



Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

San José, 8 de julio de 2019
DM-1037-2019

Señora
Ana Julia Araya Alfaro
Jefa de Área
Área de Comisiones Legislativas II
Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Me refiero a su Oficio AL-C20993-054-2019 de 13 de junio de 2019 y en atención a la prórroga solicitada mediante Oficio DM-955-2019 de 26 de junio de 2019, se procede a brindar criterio respecto al Proyecto de Ley denominado: “Ley General de la Alianza Público-Privada (APP)”, Expediente Legislativo N°20.916.

Al respecto, se debe tener presente que en la actualidad esta modalidad no es nueva ya que algunas entidades públicas ya la han utilizado para el desarrollo de sus proyectos de infraestructura o para la prestación de los servicios públicos, ya que la propia normativa de concesiones se dirige hacia este objetivo, siendo que se utilizan recursos públicos y la experticia de empresas privadas para la prestación de bienes y servicios, como lo ha hecho la Caja Costarricense del Seguro Social en algunas clínicas o EBAIS o el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) en el caso de carreteras o administración de puertos. De esta forma, el proyecto se considera importante o relevante, sin embargo, se deberá analizar si es pertinente considerando que la modalidad ya se aplica en la actualidad, ya que eventualmente se podría estar duplicando esfuerzos.

En ocasión de la oportunidad brindada, respetuosamente hago de su conocimiento las siguientes observaciones y recomendaciones:

1.- Cuando se indica en su artículo 2º que los proyectos de alianza público-privada, en adelante se denominaran “alianza público-privada”, debería considerarse utilizar las siglas APP.

Las APP son una forma de financiamiento de proyectos, por lo cual para poder evaluar si esta forma es la correcta, los proyectos deben estar en etapas avanzadas de la fase de Preinversión, de forma tal que la incertidumbre sobre el proyecto sea aceptable para la





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

valoración de la fuente de financiamiento y los riesgos que asumirán cada una de las partes.

2.- Además, se debe indicar que estos proyectos deben formularse y evaluarse de acuerdo a los lineamientos emitidos por el MIDEPLAN, como rector del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), según lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Ley de Planificación Nacional (N°5525 de 2 de mayo de 1974).

3.- Las tipologías de los proyectos deberían recibir una nomenclatura para facilitar su manejo subsecuente.

4.- En el artículo 3 no queda claramente definido si para los servicios en educación, solo se podrá optar por alianzas con centros de educación superior y de investigación, públicos, o si también hay apertura para el ingreso de actores privados.

5.- Con respecto a la propuesta establecida en el artículo 4º, se debe valorar que aunque un proyecto use una proporción baja o alta de recursos de entes públicos, siempre se debe indicar en el proyecto el aporte que se realiza con recursos del Estado. Por otro lado, si se desea crear un criterio de cuándo se debe considerar si se está ejecutando una APP o no, no tiene sentido práctico hacerlo desde el punto de vista de la participación en el financiamiento de recursos públicos, sino que se debe hacer desde la tipología de proyectos establecida en el artículo 3º de la propuesta de ley.

Al respecto, también es importante clarificarse si en lo referente a órganos se pretende identificar específicamente a los órganos desconcentrados o si se requiere su conceptualización amplia, dentro de lo cual se estarían incluyendo además los órganos colegiados, dado que la posibilidad de aplicar proyectos de alianza público-privada, varía considerablemente según el grado de precisión que se le otorgue a dicho concepto.

Asimismo el término “ente” abarca a toda la institucionalidad, por lo cual resulta redundante el señalamiento específico de cada naturaleza jurídica y el de entes de la Administración Pública. Debiéndose corroborar, por ende, a qué tipo de entidades públicas se desea le sea aplicable la pretendida ley. De esta forma, es conveniente que se refiera a las naturalezas jurídicas establecidas por MIDEPLAN, siendo que se podría valorar la siguiente redacción:

“Esta ley es aplicable a las siguientes dependencias:

- a) *Los Poderes de la República (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), sus órganos auxiliares y adscritos y el Tribunal Supremo de Elecciones.*





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

- b) *El sector público descentralizado institucional conformado por: Instituciones autónomas y sus órganos adscritos, incluyendo a los Bancos y Universidades Estatales, a la Caja Costarricense de Seguro Social, al Instituto Costarricense de Electricidad y al Instituto Nacional de Seguros; instituciones semiautónomas y su órgano adscrito y empresas públicas estatales.*
- c) *El sector público descentralizado territorial conformado por las municipalidades, los concejos municipales de distrito y sus empresas."*

Lo anterior considerando que dicha redacción agrupa a la mayoría de entidades públicas, además de que en el inciso b) se hace referencia a fideicomisos, cuando esto no es un sujeto, sino una herramienta financiera utilizada para alcanzar fines públicos o privados y que al fin y al cabo es administrada por una dependencia pública. En todo caso, debe considerarse si sería aplicable a los fideicomisos públicos que operan en la actualidad o a eventuales fideicomisos que se establezcan a futuro.

6.- Se recomienda ajustar la redacción del último párrafo del artículo 5º propuesto, para darle más congruencia, ya que primero establece que no se pueden comprometer recursos, pero seguido indica que sí se puede mediante un contrato cuando haya una declaratoria de interés público. Es importante aclarar que en un APP debe haber una distribución de riesgo, por lo que siempre el Estado tendría que comprometer algún recurso (aunque sería en menor medida que en caso de que la Administración lo ejecutara por cuenta propia por completo).

7.- El artículo 7 hace referencia a que el Ministerio de Hacienda será el órgano competente para interpretar la ley para efectos administrativos y financieros, sin embargo, conforme al artículo 2 que define el término de alianza público-privada se indica que "...son esquemas de asociatividad que se realizan mediante una relación contractual de largo plazo, entre entidades del sector público y del sector privado, nacional o extranjera, para la prestación de servicios o desarrollo de una obra pública, en función del interés general, o el usuario final y en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de progreso y desarrollo del país."

En este sentido, no se comprende la relación de dicho Ministerio y la adscripción de la Comisión Técnica (artículo 8) con este tipo de proyectos, ya que no es un tema propio de finanzas públicas, sino la innovación, desarrollo de proyectos de obra pública y mejora en la prestación de los servicios públicos, siendo que el Ministerio competente en dicha materia debería ser el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), a través del Área de Inversiones¹, ya que el mismo proyecto establece que

¹ En apego a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley N°5525, que cita lo siguiente:





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

estos proyectos de APP deberán estar alineados al propio Plan Nacional de Desarrollo, siendo que deberá existir una coordinación con el Ministerio de Hacienda, así como con otras instituciones como el MOPT, MEIC, entre otras.

8.- En el artículo 8 se crea la Comisión Técnica de Proyectos de Alianza Público-Privada, el cual conforme se desprende del proyecto es un órgano colegiado conformado por distintos Ministros de Gobierno (MH, MIDEPLAN, MEIC, MINAE, MOPT, COMEX), un representante de los Gobiernos Locales, uno del CFIA y uno de la Cámara de Comercio, siendo un órgano deliberativo y tomador de decisiones a efectos de determinar las políticas, directrices y demás guías de los proyectos de alianza público-privada, sin embargo, conforme a la observación antes indicada se le brinda la presidencia al MH, siendo que lo correcto sería en MIDEPLAN por la materia de este tipo de proyectos y la búsqueda de la mejora en la prestación de los servicios públicos en procura del desarrollo del país.

Por otra parte, se indica que los miembros serán electos, cuando en realidad no son "electos", ya que la normativa establece claramente quienes, siendo que la redacción correcta es indicar que es los miembros se mantendrán es estos cargos por un período de cuatro años.

Por otra parte, conforme al dictamen C-015-95 de la Procuraduría General de la República (PGR), se indica que *"el término "adscrito" carece de un significado propio en Derecho Administrativo, por lo que no puede llegarse afirmar que tal término otorga o confiere por sí mismo, un mayor o menor grado de libertad al órgano de que se trata (...) el término "adscrito" lo que le permite al operador jurídico es señalar una particular o determinada relación del órgano de que se trata, con respecto al Poder Ejecutivo y al mismo órgano o ente al que mantiene esa relación de dependencia o sujeción."*

De esta forma, el concepto de adscripción significa simplemente "pertenencia" y denota el grado de inferioridad y dependencia que el órgano tiene, respecto del ente al que se encuentra circunscrito, sin embargo, no significa que se trata de un órgano independiente. En este sentido, se recomienda suprimir esta referencia en el último párrafo del artículo 8, ya que al tratarse de un órgano colegiado no tiene dependencia a ningún ente, siendo lo

"Artículo 9.- Corresponde al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica vigilar que los programas de inversión pública, incluidos los de las instituciones descentralizadas y demás organismos de derecho público, sean compatibles con las previsiones y el orden de prioridad establecido en el Plan Nacional de Desarrollo, y que respeten las diferencias y las necesidades propias de una sociedad multiétnica y pluricultural"





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

pertinente que el Ministerio competente desarrolle el apoyo ejecutivo y operativo a dicha Comisión conforme a las dependencias con las que cuenta en la actualidad.

9.- Deberá revisarse las funciones establecidas en el artículo 9 para la Comisión, considerando que al tratarse de un órgano colegiado deliberativo, se le establecen algunas funciones de índole operativa y en cierta manera de administración de ciertos proyectos de APP, lo cual no se considera pertinente por su naturaleza. Por otra parte, se establece la conformación de un plan operativo y un presupuesto para la Comisión, siendo que este tipo de apoyo deberá brindarlo el Ministerio competente.

Se plantea entre las funciones de la Comisión Técnica de Proyectos de Alianza Público-Privada (APP) “*gestionar en forma exclusiva los procesos de contratación que permitan la participación público-privada en la ejecución, desarrollo y administración de obras y servicios públicos*”; pudiéndose interpretar que el proceso de contratación de este tipo de alianzas sería asumido por dicho órgano colegiado, compuesto en su mayoría jerarcas de diversos ministerios, complejizando no sólo el establecimiento de APP, según lo pretendido en el proyecto de ley, sino además asumiendo funciones técnicas referidas al proceso de contratación, entre otras.

Según la descripción de funciones detalladas en el artículo 9, se le encomiendan a la Comisión Técnica competencias de gran envergadura (procesos de contratación, evaluación, asesorar a entidades del Estado, coordinar la gestión de todas las autorizaciones, permisos, licencias y demás requerimientos de viabilidad técnica, operativa y financiera; entre otros) que requerirían, posiblemente, del apoyo técnico de funcionarios que coadyuven en el desarrollo de las mismas; lo cual probablemente generaría mayor erogación financiera por parte del Estado.

Dado lo anterior, se recomienda revisar lo correspondiente al órgano competente y la Comisión Técnica, ya que las funciones encomendadas a la “*Comisión Técnica de Proyectos de Alianza Público-Privada (APP)*” son tan amplias que requeriría del apoyo técnico de funcionarios que ejecuten las funciones, pudiendo incurrir el Estado en la necesidad de ampliar la estructura organizacional y el tamaño del Estado en momentos en que la realidad fiscal del país requiere por el contrario, la disminución del gasto público.

10.- Se recomienda incorporar en el artículo 10 sobre normativa supletoria, la Ley de Planificación Nacional (Nº5525 de 2 de mayo de 1974).

11.- El artículo 12 hace la referencia a un sistema electrónico de información pública gubernamental en el cual se incluirá la información de los proyectos de APP, sin embargo, dicho sistema en la actualidad no existe, siendo que este tipo de regulación podría no ser ejecutada. De esta forma, lo pertinente es indicar que cada dependencia y entidad pública





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

en su portal de transparencia y rendición de cuentas presentará la información de este tipo de proyectos.

Esta observación se realiza considerando que el sistema indicado no es sólo para este tipo de proyectos, sino que implica mayor información la cual debería estar integrada y unificada para el caso de toda la institucionalidad costarricense, sin considerar quién será el administrador de dicho sistema electrónico.

Además, sobre el acceso a la información, publicidad y transparencia, se podría realizar por los sistemas que actualmente están disponibles, a saber, Mapa de Inversiones², Banco de Proyectos de Inversión Pública³ y el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), sistema en el cual se ha hecho un gran esfuerzo e inversión por parte del Estado para que sea utilizado por todas las entidades públicas, y que además estos sistemas se encuentran a disposición de diferentes usuarios.

12.- Según la definición establecida en el artículo 13 respecto a las alianzas público-privada podría ser tan amplia que incluiría cualquier tipo de contratación con participación de entidades públicas y privadas, para lo cual debería establecerse algún tipo de limitación mediante la cual se clarifica que ambas partes asumen riesgos y compromisos a un plazo establecido.

13.- Entre los requisitos que debería contener el Contrato y requisitos de la alianza público-privada (APP), establecidos en el artículo 14, como primer requisito a considerar es que el proyecto debe contar al menos con estudios de factibilidad y diseños completos, dejando la posibilidad de que el privado obtenga la viabilidad ambiental. Este aspecto es fundamental ya que de lo contrario no es posible valorar correctamente los riesgos y la distribución de los mismos entre el Estado y el sujeto privado. Además, debe ser formulado y evaluado según los requerimientos del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) como se ha indicado anteriormente y estar inscrito en el Banco de Proyectos de Inversión Pública, ambos son instrumentos proporcionados por MIDEPLAN.

Según el tipo de proyecto 40 años puede ser un plazo inapropiado, es más recomendable dejar el plazo abierto según el tipo de proyecto y las necesidades de financiamiento, así

² Disponible en la página Web de MIDEPLAN

(<http://mapainversionescr.mideplan.go.cr/#/proyectos/?zoom=8¢er=9.64844915487312,-84.430126953125&topLeft=11.47629589178186,-87.8194091796875&bottomRight=7.810635773455402,-81.0408447265625>).

³ Disponible en la página Web de MIDEPLAN (<https://www.mideplan.go.cr/banco-proyectos-inversion-publica>).





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

como la realidad presupuestaria de la institucionalidad pública referido a una planificación anual e incluso pretendiendo que indistintamente del objetivo que se pretenda alcanzar y las acciones ligadas a este, la duración sea la señalada; pudiendo no ser una temporalidad adecuada para todo tipo de contrato y particularmente poco práctico para aquellos referidos a innovación y desarrollo tecnológico cuyo ciclo de actualización es de corta duración. El plazo es un aspecto a definir en la estructuración financiera.

14.- En el artículo 15 del proyecto de ley, se recomienda revisar los términos de viabilidad y factibilidad ya que son diferentes, los puntos que se indican corresponde a factibilidad de la iniciativa de inversión. Se sugiere que se indique que el documento de factibilidad del proyecto se elabore de acuerdo a los lineamientos y metodologías indicadas por el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), y solo agregar los puntos adicionales y específicos de la figura APP.

También es importante considerar que la viabilidad ambiental de un proyecto se define hasta que se tengan diseños finales, para poder pasar a SETENA.

15.- En el inciso 4 del artículo 16 relacionado a las consideraciones del proyecto, se recomienda ajustar la redacción para que se lea de la siguiente manera:

“4- Los requerimientos e instrumentos del Sistema Nacional de Planificación y del Sistema Nacional de Inversión Pública, así como su congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Sectorial, programa institucional, regional o especial que corresponda.”

16.- Indicar que para realizar las evaluaciones sobre la rentabilidad social del proyecto se establece en el artículo 18, se deberá cumplir con los parámetros definidos por MIDEPLAN a través del Sistema Nacional de Inversión Pública.

17.- Se recomienda valorar la posibilidad que la Contraloría General de la República, como ente fiscalizar de la Hacienda Pública refrende los contratos de las APP.

18.- Según lo establecido en el artículo se sugiere indicar la diferencia entre la aprobación del proyecto como tal y la aprobación del financiamiento y ejecución, por medio de la figura de una APP.

19.- El artículo 24 de la propuesta tiene cierta contradicción con el artículo 10 de la Ley 5525 “Ley de Planificación Nacional” y con el Decreto N°34694-PLAN-H “Reglamento para la Constitución y Funcionamiento del Sistema Nacional de Inversión Pública”, el cual establece lo siguiente:





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

"Artículo 10.- Ningún ministerio u organismo autónomo o semiautónomo podrá iniciar trámites para obtener créditos en el exterior sin la previa aprobación del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica.

La aprobación final de los proyectos de inversión de los organismos públicos, cuando estos proyectos incluyan total o parcialmente financiamiento externo o requieren aval del Estado para su financiación, será otorgada por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, en cuanto a su prioridad dentro del Plan Nacional de Desarrollo. Este último trámite de aprobación conjunta se seguirá también en el caso de los proyectos de inversión del sector privado que necesiten el aval o garantía del Estado para su gestión financiera. La prioridad de cada proyecto se establecerá tomando en cuenta, entre otras cosas, los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, todo sin perjuicio de lo que establece el inciso 15 del artículo 121 de la Constitución Política.

Para asegurar el cumplimiento de la política general de financiamiento externo, el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica participará en las negociaciones de crédito para el sector público. En lo referente a los bancos del Sistema Bancario Nacional, se mantienen vigentes las normas establecidas en las leyes del Banco Central de Costa Rica y del Sistema Bancario Nacional"

20.- Para efectos de una mejor aplicación del artículo 25 es importante tomar en cuenta que la correcta práctica en APP, es considerar el costo de inversión de la APP en su totalidad como tomado de recursos públicos, ya que en cualquiera de sus modalidades representa siempre un costo para el Gobierno en algún momento de su ciclo de vida.

21.- El término "estudio preliminar de factibilidad" citado en el artículo 28 de la iniciativa, no existe o se están refiriendo a un estudio de prefactibilidad. El estudio debe cumplir con los requerimientos del SNIP, incluyendo estructura y contenido. En esta propuesta se dejan por fuera análisis relevantes para la toma de decisiones como el análisis de riesgo.

22.- Los plazos establecidos en los artículos 23 y 29 pueden resultar contradictorios entre sí.

23.- Como parte del artículo 31, relacionado con el contenido de la evaluación de la propuesta, es importante incorporar el tema de los indicadores de las evaluaciones económica-social y financiera, como el criterio de primer orden para evaluar la propuesta y poder priorizarla dentro de una cartera de APP.

24.- En el artículo 56, sobre las causas de descalificación se puede agregar otras causales tales como el tener un estado de deudor con Hacienda, FODESAF o la CCSS, como ya sucede en otras figuras de contratación administrativa.





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

25.- Dentro del alcance del artículo 63, Adjudicación de proyectos sin sujeción a concurso, sería importante que se aclare, que a pesar de estos condicionantes que se citan en la norma, siempre se tiene que hacer el análisis de la opción de APP frente a otras formas de desarrollo de proyectos.

26.- En el artículo 65, sobre los procedimientos de invitación, se puede considerar incluir en qué casos y en cuales proyectos se pueden realizar invitaciones internacionales.

27.- Con respecto al tema de la expropiación es importante señalar que ya existe la "Ley de Expropiaciones" (N°7495 de 3 de mayo 1995), que tiene como principal objetivo según lo dispone su artículo 1°: "*regular la expropiación forzosa por causa de interés público legalmente comprobado. La expropiación se acuerda en ejercicio del poder de imperio de la Administración Pública y comprende cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera sean sus titulares, mediante el pago previo de una indemnización que represente el precio justo de lo expropiado*", se recomienda revisar la propuesta con lo que ya establece la ley 7495 para evitar una posible contradicción.

28.- En la sección segunda de la propuesta relacionada a la prestación de los servicios, se recomienda dejar de forma explícita la relación con la ARESEP, en los casos que sea necesario.

29.- Se recomienda que los contratos de colaboración público privada se encuentren sujetos al Refrendo y demás disposiciones reglamentarias que emita la Contraloría General de la República.

30.- El país cuenta con dos entidades que manejan figuras de APP, el Consejo Nacional de Concesiones y la Unidad de APP del Ministerio de Hacienda. Por lo cual, se recomienda se realice la consulta a ambas entidades sobre las funciones y roles que desempeñan en el proceso de APP.

31.- Esta propuesta de Ley debería estar alineada con la Ley y el Reglamento de Concesiones, ya que independientemente de quién apruebe la figura de APP, los interesados deberían tener los mismos requisitos y procedimientos, así como el mismo comité que valore las propuestas. Es decir, todos los actores trabajando con las mismas reglas y normativa.

32.- Todos los proyectos deben cumplir con los requerimientos del Sistema Nacional de Inversión (SNIP) durante la fase de Preinversión, de forma tal que se pueda realizar una priorización de proyectos para luego valorar las modalidades de financiamiento, incluyendo la figura de APP.





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

33.- En términos generales el proyecto presenta buenas intenciones, actualmente se encuentra en vigencia el Decreto Ejecutivo N° 40.933-MEIC-PLAN que promueve y regula el establecimiento de APP en el país, por lo que la implementación de una ley que respalde el marco jurídico de estas alianzas tiene relevancia para impulsar esta figura como una nueva alternativa en el financiamiento de obra pública.

Atentamente,

María del Pilar Garrido Gonzalo
Ministra

Sr. Francisco Tula Martínez, Gerente del Área de Inversiones.
Sr. Jorge Ortega Vindas. Modernización del Estado.
Archivo.

