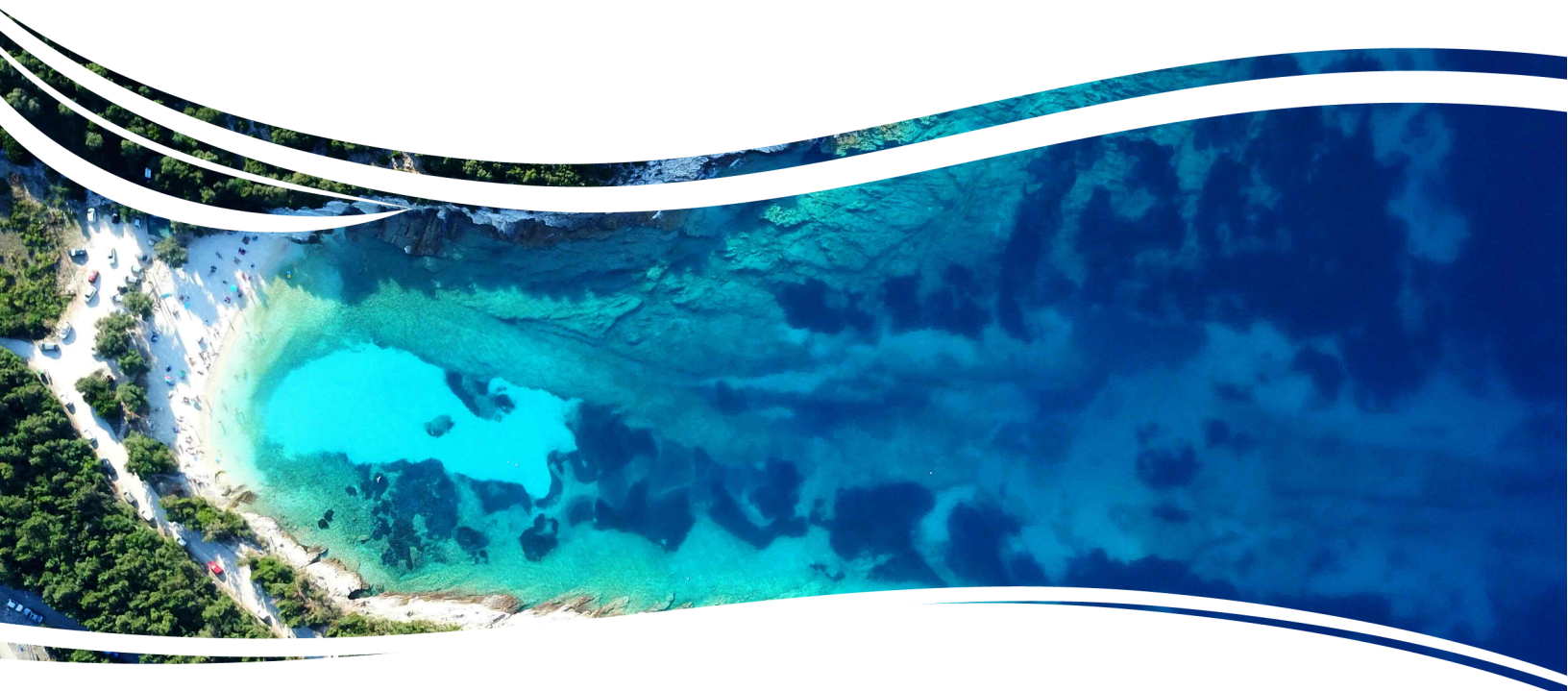




*Asesoría jurídica para la Estructuración de una APP en la  
Planta de Aguas Residuales de los Tajos*

*Costa Rica*



Financiado por



Co-implementado por



Co-ejecutado por



**El desarrollo de la Asesoría jurídica para la Estructuración de una APP en la Planta de Aguas Residuales de los Tajos fue liderado por la Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE) y financiado por el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF) bajo el Proyecto GEF CReW+.**

El GEF CReW+ es un proyecto de asociación financiado por el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF por sus siglas en inglés) que está siendo implementado conjuntamente por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en 18 países de la Región del Gran Caribe (RGC).

Este proyecto se basa en su anterior fase exitosa del proyecto “El Fondo Regional del Caribe para la Gestión de Aguas Residuales (CReW)” (2011-2017). CReW+ está siendo ejecutado por Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Secretaría del Convenio de Cartagena (CAR/RCU) en nombre del BID y el PNUMA, respectivamente.

Los 18 países participantes en el CReW+ (Barbados, Belice, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Grenada, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, St. Vincent and the Grenadines, Surinam, Trinidad y Tobago) varían geográficamente, desde grandes países continentales hasta pequeños estados insulares con contextos políticos, lingüísticos y culturales significativamente diferentes.

Sobre el GEF: el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF por sus siglas en inglés) ha proveído de \$22 millones en donaciones y blended finance y ha movilizado cerca de \$120 billones en cofinanciamiento en más de 5200 proyectos y programas. El GEF es el fondo fiduciario más grande enfocado en permitir a países en desarrollo invertir en la naturaleza y apoya la implementación de convenios internacionales en biodiversidad, cambio climático, químicos y desertificación. Reúne 184 gobiernos, adicionalmente sociedad civil, organizaciones internacionales, sector privado y aliados.

<b>Publicado por:</b>	<i>Proyecto GEF CReW+ Implementando soluciones para la gestión integrada del agua y las aguas residuales para un Caribe limpio y saludable</i>
<b>Autores:</b>	<i>Carlos Arguedas</i>
<b>Diseño:</b>	<i>Proyecto GEF CReW+</i>
<b>Fecha:</b>	<i>Septiembre 2023</i>
<b>Encargado por:</b>	<i>Grupo de Coordinación Inter-Agencial (IACG por sus siglas en Ingles)</i>

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los/as autores/as y no necesariamente reflejan los puntos del Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF por sus siglas en inglés), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Secretaría del Convenio de Cartagena (CAR/RCU), Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, la Organización de los Estados Americanos (OEA) o los países que representan.

El uso comercial no autorizado de los documentos está prohibido y puede ser sancionado según las políticas de las agencias y/o las leyes aplicables.

## Contents

1. El Proyecto GEF CReW+ .....	1
2. Implementación de las actividades.....	3
3.1. Resumen ejecutivo .....	3
3.2. Ejecución de las actividades.....	4
3. Puntos Focales y Socios Nacionales .....	22
4. Estructura de Implementación del Proyecto.....	23

## Tablas

Tabla 1. Puntos Focales y Socios Nacionales .....	22
Tabla 2. Estructura de implementación.....	23

A decorative graphic consisting of three overlapping, wavy lines in shades of blue and green, positioned at the top left of the page.

# 1. El Proyecto GEF CReW+

El GEF CReW + es un proyecto de colaboración financiado por el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM / GEF por sus siglas en inglés) que está siendo implementado conjuntamente por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en 18 países de la Región del Gran Caribe (WCR). El concepto fue aprobado en noviembre de 2017 por un monto de US\$14,943,938 del Fondo Fiduciario del GEF. El GEF CReW + comenzó 2020 con una fase inicial.

GEF CReW + coopera con las contrapartes nacionales, regionales y locales interesadas en tecnologías de saneamiento innovadoras y los esfuerzos para salvaguardar los recursos de agua dulce. Esto también incluye consultas con el sector privado.

A nivel institucional, GEF CReW + promueve el desarrollo de normas, estrategias y políticas relativas a los recursos hídricos y la gestión de aguas residuales. Con el objetivo de proporcionar servicios a largo plazo para todos, el proyecto identifica mecanismos de financiamiento sostenibles, como el pago por servicios de los ecosistemas, la creación de incentivos y los fondos rotatorios. Las actividades técnicas de GEF CReW + comprenden el diseño y la construcción de plantas de tratamiento de aguas residuales naturales e instalaciones sanitarias, con base en los resultados de las evaluaciones específicas de cada país. Además, la gestión del conocimiento forma una parte crucial de GEF CReW +, incluido el desarrollo de una estrategia de comunicación. La estrategia incluye inventarios integrales de material sobre infraestructura de aguas residuales, reutilización, protección de cuencas hidrográficas y herramientas de financiamiento a nivel regional y nacional.

La Región del Gran Caribe enfrenta múltiples desafíos en la provisión de servicios de saneamiento y aguas residuales. Aproximadamente el 70% de la población de la región carece

de acceso a instalaciones de saneamiento de gestión segura y servicios de higiene adecuados.

Se estima que entre el 70% y el 80% de las aguas residuales domésticas se vierten al medio ambiente parcialmente tratadas o sin tratar. Los marcos legislativos, políticos y regulatorios débiles, así como la falta de recursos financieros para permitir niveles adecuados de tratamiento, agravan aún más el problema. Esto provoca una grave contaminación de las aguas subterráneas, los suelos, las cuencas hidrográficas y, en última instancia, el Mar Caribe, lo que genera importantes impactos ambientales, económicos y sociales.

El proyecto GEF CReW + proporciona soluciones innovadoras y basadas en la naturaleza para mitigar los efectos que, las aguas residuales parcialmente tratadas o sin tratar, causan a el medio ambiente y a la salud pública.

Al valorar el agua como un recurso escaso, el concepto de Gestión Integrada de los Recursos de Aguas Residuales (GIRH, IWWM en inglés) aplicado en el proyecto GEF CReW+ se basa en las cuatro R del enfoque de la economía circular: reducir, reutilizar, reciclar y recuperar. El proyecto considera las aguas residuales no como residuos, sino como un recurso valioso con potencial de reutilización en la agricultura, la industria, turismo y otros sectores comerciales. Con respecto al medio ambiente, el tratamiento de las aguas residuales de manera segura apoya los esfuerzos regionales para el desarrollo sostenible al reducir la contaminación, salvaguardar la biodiversidad marina y proteger la salud humana. GEF CReW + contribuye así directamente al logro de los ODS 3, 6, 11, 14 y 15.

## 2. Implementación de las actividades

### 3.1. Resumen ejecutivo

El proyecto GEF CReW+, a través de la Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), brindó apoyo para actividades en dos componentes principales, a saber:

#### **Componente 2. Opciones de financiamiento sostenible y hechas a la medida para la gestión integrada de recursos hídricos y aguas residuales**

*Resultado 2.2. Gestión de cuencas hidrográficas - Mayor volumen de financiamiento sostenible para la gestión integrada de las cuencas hidrográficas, incluida la protección de las fuentes de aguas superficiales y subterráneas*

Producto 2.2.2. Mecanismos públicos y privados, opciones de pago y recomendaciones sobre enfoques para implementar el pago por servicios de ecosistemas desarrollados

- + Asesoría jurídica para la Estructuración de una APP en la Planta de Aguas Residuales de los Tajos

## 3.2. Ejecución de las actividades

### *Asesoría jurídica para la Estructuración de una APP en la Planta de Aguas Residuales de los Tajos*

#### **I. Primer requerimiento**

Se me ha requerido evaluar el marco legal aplicable para el proyecto, abarcando además de la normativa relevante para la estructuración de la APP (existente o en desarrollo), el análisis sobre la regulación económica y ambiental aplicable. Determinar lineamientos legales existentes para las Fases de Elegibilidad, Formulación y Estructuración de APP.

Sobre este requerimiento procedo a puntualizar lo siguiente, sin perjuicio del mayor detalle que me pueda ser solicitado:

#### **A. Sobre las atribuciones del AyA:**

1. De conformidad con el artículo 1 de la Ley No. 2726, Ley Constitutiva Instituto Costarricense Acueductos y Alcantarillados y sus reformas, le corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (en adelante, AyA) realizar y promover el planeamiento, financiamiento y desarrollo de todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos.
2. El inciso g) del artículo 3 de la misma ley, dispone que le corresponde al AyA administrar y operar directamente los sistemas de acueductos y alcantarillados en todo el país, sin perjuicio del suministro por parte de las municipalidades que lo hagan de manera eficiente y de la existencia de convenios de delegación con las denominadas Asociaciones Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunes (ASADA).
3. Cabe agregar que el mismo inciso g) de referencia estipula que bajo ningún concepto el AyA puede delegar la administración de los sistemas de acueductos y alcantarillado sanitario del

Área Metropolitana, ni puede delegar la administración de los sistemas sobre los cuales exista responsabilidad financiera y mientras ésta corresponda directamente al propio AyA. En mi criterio, esta disposición no supone necesariamente una prohibición para el uso de medios contractuales de asociación público privada para que el AyA pueda desarrollar las inversiones que le corresponden para la prestación de los servicios a su cargo, pues precisamente no se trataría propiamente de actos de delegación sino de relaciones de naturaleza contractual administrativa para la gestión indirecta pero bajo la responsabilidad institucional del AyA, sin que se pierda la titularidad de bienes y servicios por parte del AyA. Tómese en cuenta que el inciso b) del artículo 5 de la Ley No. 2726 habilita al AyA para contratar y formalizar todo tipo de documentos, necesarios o convenientes, para el mejor logro de sus fines, según estén regulados en el ordenamiento jurídico, lo que en mi criterio subraya que el AyA puede recurrir a figuras contractuales dispuestas en la legislación general de contratación pública o bien leyes especiales, salvo que en estas leyes existan limitaciones o exclusiones que deban ser atendidas.

4. De manera que para los efectos del análisis que nos ocupa, es claro entonces que el AyA tiene atribuciones directas en la materia objeto del proyecto y en mi criterio puede recurrir a figuras contractuales instrumentales, incluyendo las relativas a la asociación público-privada.
  
5. Como nota meramente informativa, cabe destacar que, en temas de plantas de tratamiento de aguas residuales, no solo el AyA tiene participación directa. Debe indicarse que también se presenta el caso de sujetos privados que desarrollan inversiones relativas a plantas de tratamiento de aguas residuales, lo que está relacionado en términos generales a los casos de condominios y desarrollos urbanísticos. Esta materia está regulada fundamentalmente por el Reglamento de Aprobación de Sistemas de Tratamiento de Aguas Residuales, Decreto No. 39887-S-MINAE, así como por el Reglamento de aprobación y recepción de sistemas de saneamiento por parte del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, emitido por el propio AyA. Sin embargo, claramente estos no son esquemas de asociación público-privada como tales, por lo que no se profundizará sobre estos aspectos, más allá de su mención para efectos informativos y de contexto.

**B. Esquema de asociación público-privada aplicable al AyA según la legislación nacional:**

• **Identificación del marco normativo aplicable:**

6. En materia de modalidades de contratación de asociaciones público-privadas, debe identificarse en primer término la Ley No. 7762, Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y sus reformas (LGCOP). Esta es la legislación general en materia de concesión que se encuentra vigente y que tiene alcances generales en el sector público, tanto a nivel de las Administraciones que la pueden aplicar como de los proyectos que puede abarcar. Sin pretender hacer un análisis detallado de la LGCOP, cabe puntualizar:
  - a. Regula tres modalidades contractuales, sobre las que se amplía más adelante en este escrito: contratos de concesión de obras públicas, obras públicas con servicios públicos y optimización de activos de infraestructura (artículo 1, párrafo 1).
  - b. Dispone una cobertura amplia: Toda obra y su explotación son susceptibles de concesión cuando existan razones de interés público, que deberán constar en el expediente mediante acto razonado (artículo 2, párrafo 1). La Ley contiene algunas exclusiones sectoriales que son totales o parciales, pero ninguna se refiere al ámbito de acción del AyA.
7. Además de la LGCOP, no existe otra figura contractual de asociación público-privada con alcances generales regulada en una ley vigente. La Ley General de Contratación Pública, que es entró en vigencia en el mes de diciembre del año 2022, no contiene regulación de algún tipo contractual de asociación público-privada (de hecho, se suprimió la figura de los contratos de concesión de gestión de servicio público, que antes estaba prevista en la ya derogada Ley de Contratación Administrativa).
8. Más allá de la LGCOP nuestro ordenamiento jurídico no habilita otros tipos contractuales de

asociación público-privada de carácter general. Con la entrada en vigencia de la Ley General de Contratación Pública el 1 de diciembre del año 2022, se derogó la Ley de Contratación Administrativa, que estipulaba la figura de la concesión de gestión de servicio público. Asimismo, bajo el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa se había emitido el Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada, Decreto Ejecutivo No. 39965-H-MP, pero en vista de la derogatoria de la ley que le daba sustento, se plantea una duda jurídica razonable en cuanto a si también este decreto ha quedado derogado, en la medida en que se entienda que se trata de un reglamento a la ley derogada. En vista de esta incertidumbre jurídica, en mi criterio no es recomendable su valoración sin que se siga antes un proceso de consulta formal ante la Contraloría General de la República, que puede tomar meses. Además, es lo cierto que la LGCOP constituye el marco especializado más robusto con el que cuenta el país para el desarrollo de contratos de asociación público-privada.

9. Finalmente, cabe señalar que el artículo 85 de la Ley General de Contratación Pública permite emitir reglamentos con nuevas figuras contractuales, que podrían ser una vía para nuevos modelos de asociación público-privada. Si bien es una vía que se puede explorar, se trata de adicionar el marco regulatorio por la vía reglamentaria, sin que se aprecie una ventaja relevante en relación con la LGCOP y en todo caso en la actualidad no existe regulación vigente por estos mecanismos.
10. Por lo tanto, el único esquema de asociación público-privada que es posible considerar viable desde la perspectiva legal, es el modelo concesional regulado en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, de la que se adjunta copia para su respectiva valoración.

- **Los esquemas legales de la LGCOP:**

11. En vista de que la consulta que se me ha realizado versa específicamente sobre la modalidad de asociación público-privada, debe indicarse que por las razones ya indicadas debo hacer

entonces referencia específicamente a las previstas en la LGCOP, tal y como las regula en su artículo 1.

12. En el inciso a) se regula el contrato de concesión de obra pública (en adelante, COP). Con fundamento en esta modalidad, el AyA puede encargar a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier inmueble público bajo su competencia, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios, a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por el propio AyA.

13. En el inciso b) se regula el contrato de concesión de obra con servicio público (en adelante, COPSP). Con fundamento en esta modalidad, el AyA puede encargar a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, la ampliación o la reparación de cualquier bien inmueble público bajo su competencia, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios, a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por el propio AyA.

14. Según se puede apreciar, diferencia fundamental entre el COP y el COPSP radica en que la segunda modalidad, COPSP, implica la concesión no solo de la obra sino también una concesión del servicio público, es decir, es una concesión compuesta. Ahora bien, sobre este corresponde hacer algunas consideraciones:

a. Sobre el concepto de servicio público, más allá de consideraciones de naturaleza doctrinaria, debe indicarse que en nuestro país se ha seguido una línea de naturaleza regulatoria: una ley define el carácter público del servicio y lo sujeta al régimen regulatorio de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP). Esta es la dimensión más concreta en nuestro medio para reconocer la existencia del servicio público. Así lo explica la Procuraduría General de la República, por ejemplo, en la Opinión Jurídica OJ-138-2007 de 10 de diciembre de 2007, en los siguientes términos:

*"Bien es cierto, que nuestro ordenamiento jurídico recoge una tesis formalista de*

*servicio público en el sentido de que es “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” (artículo 3 inciso a de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, n.º 7593 del 9 de agosto de 1996).*

*Sin embargo, la alusión a una actividad como objeto de dicha declaratoria es constante en el análisis que la Procuraduría, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, hizo de dicho artículo en el citado pronunciamiento OJ- 120-2001:*

*“Dado lo cambiante del concepto de servicio público, es necesario señalar que una determinada actividad será servicio público si así lo define el legislador. Ergo, una actividad que en determinado ordenamiento constituye servicio público puede no serlo en otro ordenamiento. La Sala Constitucional ha tomado cuenta de esta realidad, por lo que ha señalado que el considerar una determinada actividad como servicio público es un aspecto de oportunidad:*

*“Por ejemplo, el artículo 3 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos contiene varias definiciones, entre ellas la de servicio público, como toda actividad que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificada como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarla a las regulaciones de esta ley. Como puede apreciarse, la determinación de si una necesidad es de interés público no es una cuestión jurídica, sino de hecho y circunstancial, que obliga -como ya se dijo- a un juicio de oportunidad y conveniencia. No existen actividades que por “naturaleza” o imperativos del Derecho Constitucional sean propias del servicio público, sino que eso dependerá de cada sociedad, sus necesidades y en el ámbito -privado o público- en que estas se satisfagan de mejor manera...”. Sala Constitucional, resolución N. 517-98 de 14:32 hrs. del 26 de agosto de 1998.*

*Corresponde al legislador señalar cuáles son las actividades que en razón de interés general que encierren, son consideradas como servicio público. Este aspecto de la competencia del legislador está presente en nuestro ordenamiento, ya que la Ley de creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dispone:*

*“Artículo 3. - Definiciones: Para los efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:*

*a) Servicio Público, 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". (La cursiva no es del original).*

*Disposición que debe entenderse en el sentido de que es servicio público la actividad calificada por tal por el legislador, para efectos de sujetarlo a un determinado régimen. Pero para efectos de la ley N. 7593, sólo son servicios públicos los expresamente así señalados por la ley. La Procuraduría ha interpretado esa disposición, indicando que "no significa que solo existe servicio público si expresamente la ley indica que se trata de un servicio público o bien, si expresamente está contemplado en el artículo 5° de la Ley de la ARESEP. En efecto, aparte de que dicho artículo es una disposición de rango legal que no vincula al legislador, cabe recordar que comúnmente el legislador crea servicios públicos sin señalar expresamente que la actividad que regula y atribuye a la Administración es servicio público, lo que no desdice de la naturaleza jurídica de esa actividad. Basta, al efecto, que la actividad haya sido legalmente considerada de interés público. Se cumple, así, el principio de que la publicación, acto de declaración de una actividad como de interés público, se realiza a través de la ley, en virtud del principio de reserva legal" (dictamen N. C-152-2000, antes citado).*

*A contrario sensu, si el legislador ha calificado determinada actividad no sólo de interés público sino de servicio público, resulta evidente que la Administración debe tenerla, para todos los efectos, como servicio público. Por consiguiente, a dicha actividad le resulta aplicable el régimen general de los servicios públicos, salvo disposición en contrario del ordenamiento" (el destacado no es del original)."*

- b. De manera que, si se pretende encargar a un concesionario la explotación de un servicio, debe determinarse si ese servicio está calificado como servicio público, pues en ese caso, debe recurrirse a la figura de la COPSP, pues se estaría ante bienes públicos (concesión de obra pública) y ante servicios públicos (concesión de servicios públicos). La calificación del servicio se hace a partir de un análisis de legalidad, pues deberá determinarse si hay una ley que califique el servicio como público, según ya se ha explicado. En el caso del AyA, debe señalarse que la Ley 7593, que es la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), determina como servicio público en el inciso c) del artículo 5, el "Suministro del servicio de acueducto y

alcantarillado, incluso el agua potable, la recolección, el tratamiento y la evacuación de las aguas negras, las aguas residuales y pluviales, así como la instalación, la operación y el mantenimiento del servicio de hidrantes". En consecuencia, si se pretende que el concesionario preste este servicio de manera directa ante el usuario, por medio de una tarifa regulada bajo el régimen de la concesión, deberá utilizarse la COPSP.

- c. Esto lleva a otro tema relevante en la distinción entre la COP y la COPSP. Según se puede apreciar en la literalidad la LGCOP, en el caso de la COPSP precisamente se menciona la explotación de la obra prestando los servicios respectivos. Pero en mi criterio esto no implica que en la COP no exista prestación de servicios, pues es perfectamente posible que en una obra concesionada sea posible prestar servicios complementarios o de naturaleza meramente comercial, que no están legalmente calificados como servicios públicos según el régimen jurídico ya explicado, por lo que podrían ser prestados por el concesionario dentro de una COP, sin que se requiera el uso de una COPSP precisamente por no estarse ante servicios públicos como tales. Nótese que el inciso a) que regula la COP, hace mención de que los flujos a favor del concesionario pueden provenir de "contraprestaciones cobradas a los usuarios" o "a los beneficiarios del servicio" por lo que no se puede excluir la prestación de servicios complementario o comerciales, aunque sí los servicios públicos como tales, pues estos últimos requerirían una concesión de servicio público que solo está integrada en la COPSP. Y precisamente en este punto debe mencionarse que la figura de la COPSP se refiere en exclusiva a la "explotación" de servicios públicos, pero eso tampoco excluye, al menos en la literalidad de la norma, que en el caso de la COP pueda tenerse como parte de las prestaciones legítimas del concesionario la operación de la obra, aun cuando en última instancia se esté en el marco de un servicio público regulado, por cuanto el permitir la participación de un privado en la operación, y por lo tanto en estructura productiva tendiente en última instancia a la prestación de un servicio público, no implica que se le haya otorgado a ese privado la prestación directa al usuario bajo una tarifa propia del concesionario, cosa que precisamente no se hace en una COP. En mi criterio, el concesionario no solo construye y mantiene la obra, sino que puede operarla, siendo que la Administración mantiene la titularidad del servicio público como tal y no lo concesiona, de manera que

ante el usuario el prestatario del servicio sigue siendo la Administración titular, que es la que cobra el servicio. En este sentido, el concesionario ya no recibe el precio regulado bajo régimen de concesión, sino probablemente una “contrapartida pagada por la Administración”, tal y como lo permite el inciso a) que regula la COP. Para estos casos, es posible que esa contrapartida provenga a su vez de flujo que genera la tarifa que la Administración cobra a los usuarios, pero traslada el riesgo tarifario como tal a la Administración, siendo que pueden utilizarse figuras como el fideicomiso instrumental para capturar esos flujos y que se repartan según los acuerdos contractuales (esto ocurre, por ejemplo, en el caso de los contratos de gestión interesada, puntualmente en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría). Nótese que en esta medida el contrato de concesión pasa a ser parte de la estructura productiva de la Administración para la prestación del servicio público. Este tema si bien no ha sido tratado a nivel de casos bajo la LGCOP, sí ocurre por ejemplo en el caso de generación de energía, en los que se ha analizado la participación del privado de un contrato de BOT como parte de la estructura productiva de la Administración en la venta final de la energía al usuario (se adjunta copia del Dictamen C-141-2016 de la Procuraduría General de la República que resulta de interés en el análisis). Debe reconocerse que es un tema complejo, pero en mi criterio es posible establecer razonablemente la participación del concesionario en la “operación” de la obra aún en un COP. Para mayor seguridad jurídica es posible hacer consultas formales ya sea a la Procuraduría General de la República o bien a la Contraloría General de la República, en caso de que se estime pertinente.

15. Finalmente, en el inciso c), que es una adición relativamente reciente a la LGCOP, se regula el contrato de optimización de activos de infraestructura (en adelante, OAI). con fundamento en esta modalidad, el AyA puede encargar a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, la operación, el mantenimiento, la ampliación o la reparación, así como la explotación de cualquier bien inmueble público bajo su competencia, previamente existente, prestando los servicios a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios, a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por el propio AyA. El elemento notable de la OAI es que en estos casos, el concesionario reconocerá al AyA un pago inicial, un pago diferido o la combinación de ambos, según se

defina en el caso concreto, siendo que en todos los servicios públicos, regulados o no regulados (esa frase es de la ley y en mi criterio puede tener un problema jurídico en su construcción, pues ya se vio que servicio público es el regulado), dichos pagos, así como las inversiones por realizar, podrán ser considerados dentro de la estructura tarifaria. Sobre esto tres puntualizaciones:

- a. No se establece que el pago inicial corresponda a la recuperación de la inversión realizada por la Administración, por lo que claramente esta puede ser parcial.
- b. En mi criterio, esto supone que el mayor pago inicial puede ser tenido como un criterio de adjudicación, según se desprende del inciso e) del artículo 28 de la LGCOP que dispone que el concesionario puede ser elegido a partir de factores tales como los "pagos ofrecidos por el oferente al Estado".
- c. Nótese que los OAI pueden o no incorporar la concesión de servicio público, por lo que lo antes expuesto sobre la COP y la COPSP resulta aplicable en este caso como variantes de la estructuración de la OAI. En mi criterio, sin embargo, esta figura pareciera más naturales para el caso en el que hay un servicio público que genera el flujo de recuperación o al menos servicios complementarios o comerciales significativos, aunque debo subrayar que la ley no excluye los escenarios de contrapartidas de la Administración, siendo entonces un aspecto que depende de la estructuración del caso concreto.

16. La elección de cada la modalidad específica, depende del proyecto concreto, la viabilidad y el interés institucional y público. Las dos primeras modalidades suponen esquemas de diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento, mientras que la tercera modalidad, de optimización de activos, está referida concretamente al caso de un activo existente, por lo que su aplicación al caso concreto depende de que ese elemento esté presente; es claro que una vez concesionado, el activo puede ser ampliado, pero en el punto de partida debe existir un activo que sea objeto de la concesión para su respectiva

explotación.

17. Por los objetivos iniciales que plantea el proyecto bajo estudio, en mi criterio en principio la modalidad que puede adaptarse de mejor manera es la de COP, con la posibilidad de que se incluya la operación en los términos ya explicados y por las razones ya indicadas, de manera que el AyA conserve la prestación del servicio público ante el usuario. La figura de concesión de obra pública parece ser la más apropiada, pues se acerca al modelo de DBFOT que se menciona como usual para una APP en materia de PTAR, según la documentación de referencia suministrada por el Banco en cuanto a modelos de APP en proyectos de PTAR en la región latinoamericana. En nuestro país la concesión de obra pública con servicio público ha sido muy polémica y combatida socialmente, especialmente cuando coloca al concesionario en la prestación del servicio público directamente en relación con el usuario. Considero que este aspecto puede ser mejor tratado en una COP.
18. En este caso, sin embargo, es importante tener en cuenta que en los estudios de factibilidad debe tenerse presente cuál es la fuente financiera para cubrir las obligaciones que asuma la Administración Concedente, pues en la medida en que se trate de recursos que a su vez derivan de cobros hechos a los usuarios, se debe considerar el régimen jurídico de ese precio público y los riesgos que pueda implicar.

**C. Otra normativa aplicable a los estudios y estructuración que deben ser considerados:**

19. En cuanto a la normativa aplicable para los efectos de la estructuración de la eventual asociación público-privada bajo la modalidad sugerida, debe indicarse que el AyA está cobijado por las regulaciones del Sistema Nacional de Inversión Pública, por la normativa ambiental y, en la medida en que los flujos de recuperación de las inversiones estén vinculados a tarifas públicas reguladas, deben considerarse las atribuciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

20. A continuación, se menciona normativa a considerar en la estructuración, aunque es prudente consultar de manera directa las páginas de MIDEPLAN, Ministerio de Hacienda y SETENA, pues en la actualidad hay evolución en esta normativa y puede haber actualización frecuente:

- Mediante el Decreto Ejecutivo No. 43251-PLAN <sup>1</sup>, se emitió recientemente el Reglamento para el funcionamiento del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), que según su artículo 1 dispone que su objeto es establecer la organización, competencias, funciones, actores y procedimientos por los cuales se regirá el Sistema Nacional de Inversión Pública con el fin de cumplir con su función de regular y organizar el proceso de la inversión pública costarricense. El artículo 7 de dicho reglamento señala que forman parte del SNIP la Administración Descentralizada, de la que forma parte del AyA, sin que el Instituto esté mencionado en las exclusiones, que son: "Poder Legislativo y Judicial, la Contraloría General de la República, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Caja Costarricense de Seguro Social, las Universidades Estatales, las Municipalidades, los bancos del Estado y los entes públicos no estatales, así como las instituciones y empresas públicas que actúen bajo régimen de competencia". En dicho reglamento se describe el ciclo de vida de los proyectos, el funcionamiento del Banco de Proyectos de Inversión Pública y los demás aspectos que deben ser considerados en la estructuración. Se adjunta copia del Reglamento para su respectiva valoración.
- En el mes de abril del año 2023, y como parte del componente normativo del SNIP, se emitieron las Normas Técnicas de Inversión Pública. Según se define en su texto, dichas normas establecen "las disposiciones, especificaciones, procedimientos y directrices que deben utilizar las instituciones para la planificación, identificación, formulación, priorización, presupuestación, ejecución, seguimiento y evaluación de los proyectos de inversión pública, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) de Costa Rica". En consecuencia, estas normas deben ser valoradas en la estructuración

---

<sup>1</sup> Se reporta como vigente en el Sistema Nacional de Legislación Vigente

respectiva y por dicha razón se adjuntan a este documento.

- Adicionalmente y siempre en el marco del SNIP, en el año 2022 se emitió el Lineamiento Metodológico para optar por la Modalidad de Contratación de Asociaciones Público-Privadas (APP). Este lineamiento aborda de manera específica lo relativo a la estructuración de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada y por lo tanto debe ser considerado en la estructuración respectiva, por lo que se adjunta al presente criterio.
- Por su parte, en materia ambiental, para los efectos de la estructuración debe considerarse el marco regulatorio especial contenido en el Reglamento de evaluación, control y seguimiento ambiental, que es el Decreto Ejecutivo No. No 43898 de 21 de diciembre de 2022.
- Finalmente, debe indicarse que, si la estructuración implica que el flujo de recuperación de las inversiones está relacionado con el cobro de tarifas públicas reguladas, deben considerarse las disposiciones de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de la que se adjunta copia, en la que destaca el principio de servicio al costo de los servicios. Cabe destacar que en caso de que encargue el concesionario la prestación directa del servicio regulado, la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos establece en su artículo 21 un régimen especial que implica que en la estructuración del proyecto debe elaborarse una esquema tarifario, mecanismos de ajuste y parámetros de evaluación de la calidad, que deben ser consultados a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos antes de la publicación del pliego de condiciones de la licitación pública respectiva, pues esas reglas serán precisamente incorporadas en el pliego y pasarán a ser regla contractual. Sin embargo, este caso la figura inicialmente considerada es la de COP, por lo que no se estaría ante una tarifa de la concesión, pero igualmente debe considerarse en los estudios el régimen regulatorio en la medida en que la fuente de pago de las obligaciones de la Administración Concedente provengan de un precio público regulado, según ya se ha explicado de

manera amplia.

21. Es importante señalar que la adjudicación de los contratos de concesión que son los que se han identificado como viables en este caso, debe llevarse a cabo mediante licitación pública de conformidad con los términos, requisitos y demás condiciones establecidas en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos.

## **II. Segundo requerimiento**

Se me ha requerido asesorar al equipo de proyecto en la identificación y análisis legal del modelo de APP idóneo en base al análisis que realizará el Banco, y entregará a este asesor legal, sobre modelos de APP aplicados en América Latina para la operación y mantenimiento de plantas de tratamiento de aguas residuales.

Sobre este requerimiento procedo a puntualizar lo siguiente, sin perjuicio del mayor detalle que me pueda ser solicitado:

1. He tenido a la vista los distintos insumos que me han sido suministrados en el plano de experiencias comparadas en la región latinoamericana, así como los documentos sobre la materia disponibles en el repositorio de información del Banco en su página web. Cabe destacar que existen documentos relevantes y que suministran insumos de interés.
2. Del estudio de esos documentos, se aprecia que en general los modelos de negocio están en la línea del diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento, con esquemas de pago no asociados a riesgos relevantes de demanda, pues se trata de pagos realizados por la entidad gubernamental proponente, bajo distintas modalidades, como el pago por disponibilidad asociado a parámetros de desempeño, entre otros. Incluso en algunos casos, dados los niveles de inversión y en vista de la necesidad de no impactar las tarifas finales a los usuarios, los Estados han realizado aportaciones extraordinarias especialmente en la fase de inversión propiamente dicha.

3. En mi criterio, esos esquemas descritos en el punto anterior, se ajustan precisamente al régimen dispuesto en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, y concretamente al tipo contractual de concesión de obra pública (numeral a) del párrafo segundo del artículo 1 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos) que ya mencioné en el primer apartado de este documento, por lo que el esquema sugerido ya ha considerado el estudio de las experiencias comparadas en la región latinoamericana.
4. Por lo tanto, no resulta posible en la situación normativa actual una recomendación distinta a la ya desarrollada ampliamente en el apartado primero de este documento.

### **III. Tercer requerimiento**

Se me ha requerido identificar los requerimientos establecidos a nivel nacional para la preparación y aprobación de proyectos de inversión en modalidad de APP.

1. La identificación de estos aspectos ya fue desarrollada en el primer apartado de este documento, pero se reitera en este tercer apartado para los efectos de subrayar los conceptos, aunque es prudente consultar de manera directa las páginas de MIDEPLAN, Ministerio de Hacienda y SETENA, pues en la actualidad hay evolución en esta normativa y puede haber actualización frecuente:
  - Mediante el Decreto Ejecutivo No. 43251-PLAN <sup>2</sup>, se emitió recientemente el Reglamento para el funcionamiento del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), que según su artículo 1 dispone que su objeto es establecer la organización, competencias, funciones, actores y procedimientos por los cuales se regirá el Sistema

---

<sup>2</sup> Se reporta como vigente en el Sistema Nacional de Legislación Vigente

Nacional de Inversión Pública con el fin de cumplir con su función de regular y organizar el proceso de la inversión pública costarricense. El artículo 7 de dicho reglamento señala que forman parte del SNIP la Administración Descentralizada, de la que forma parte del AyA, sin que el Instituto esté mencionado en las exclusiones, que son: "Poder Legislativo y Judicial, la Contraloría General de la República, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Caja Costarricense de Seguro Social, las Universidades Estatales, las Municipalidades, los bancos del Estado y los entes públicos no estatales, así como las instituciones y empresas públicas que actúen bajo régimen de competencia". En dicho reglamento se describe el ciclo de vida de los proyectos, el funcionamiento del Banco de Proyectos de Inversión Pública y los demás aspectos que deben ser considerados en la estructuración. Se adjunta copia del Reglamento para su respectiva valoración.

- En el mes de abril del año 2023, y como parte del componente normativo del SNIP, se emitieron las Normas Técnicas de Inversión Pública. Según se define en su texto, dichas normas establecen "las disposiciones, especificaciones, procedimientos y directrices que deben utilizar las instituciones para la planificación, identificación, formulación, priorización, presupuestación, ejecución, seguimiento y evaluación de los proyectos de inversión pública, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) de Costa Rica". En consecuencia, estas normas deben ser valoradas en la estructuración respectiva y por dicha razón se adjuntan a este documento.
- Adicionalmente y siempre en el marco del SNIP, en el año 2022 se emitió el Lineamiento Metodológico para optar por la Modalidad de Contratación de Asociaciones Público-Privadas (APP). Este lineamiento aborda de manera específica lo relativo a la estructuración de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada y por lo tanto debe ser considerado en la estructuración respectiva, por lo que se adjunta al presente criterio.
- Por su parte, en materia ambiental, para los efectos de la estructuración debe considerarse el marco regulatorio especial contenido en el Reglamento de evaluación,

control y seguimiento ambiental, que es el Decreto Ejecutivo No. No 43898 de 21 de diciembre de 2022.

- Debe indicarse que, si la estructuración implica que el flujo de recuperación de las inversiones está relacionado con el cobro de tarifas públicas reguladas, deben considerarse las disposiciones de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de la que se adjunta copia, en la que destaca el principio de servicio al costo de los servicios. Cabe destacar que en caso de que encargue el concesionario la prestación directa del servicio regulado, la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos establece en su artículo 21 un régimen especial que implica que en la estructuración del proyecto debe elaborarse una esquema tarifario, mecanismos de ajuste y parámetros de evaluación de la calidad, que deben ser consultados a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos antes de la publicación del pliego de condiciones de la licitación pública respectiva, pues esas reglas serán precisamente incorporadas en el pliego y pasarán a ser regla contractual. Sin embargo, este caso la figura inicialmente considerada es la de COP, por lo que no se estaría ante una tarifa de la concesión, pero igualmente debe considerarse en los estudios el régimen regulatorio en la medida en que la fuente de pago de las obligaciones de la Administración Concedente provengan de un precio público regulado, según ya se ha explicado de manera amplia.
  - Es importante señalar que la adjudicación de los contratos de concesión que son los que se han identificado como viables en este caso, debe llevarse a cabo mediante licitación pública de conformidad con los términos, requisitos y demás condiciones establecidas en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos.
2. En cuanto a la situación documental actual del proyecto, según lo que me ha sido comentado, no tengo conocimiento de que se haya cumplido con la normativa antes descrita.

#### **IV. Cuarto requerimiento**

1. El cuarto requerimiento está referido en términos generales nuevamente a la identificación de roles y evaluación de los requisitos relevantes en materia económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental y social para el desarrollo del proyecto. En este sentido, respetuosamente se remite a la normativa citada en el apartado anterior que precisamente abarca esos aspectos que me han sido consultados, para lo que se adjunta copia de los documentos correspondientes de manera que puedan ser valorados.
  
2. En cuanto a la identificación preliminar en materia de inmuebles ligados al proyecto, de la documentación revisada no se desprende ese nivel de detalla de información. Sin embargo, debe señalar que, en materia de concesión de obra pública, se parte de la premisa de que los bienes involucrados son de naturaleza pública. En este caso, debe determinarse si los bienes inmuebles necesarios para el desarrollo del proyecto son propiedad del AyA o si deben ser adquiridos. En este caso, lo usual en la estructuración de proyectos de concesión es que la Administración Concedente retenga el riesgo de adquisición y/o expropiación de los bienes, para lo que el concesionario puede apoyar en labores de logística y eventualmente de financiamiento (dependiendo de lo que resulte posible, necesario y conveniente para la viabilidad financiera del proyecto). Debe apuntarse que, si existe la necesidad de expropiar bienes inmuebles, se estaría ante trámites que pueden ser extensos y complejos en el país, por lo que se trata de un riesgo significativo.
  
3. Finalmente, en cuanto a la identificación de roles y evaluación de los requisitos relevantes en materia económica, legal, regulatoria, organizacional, ambiental y social para el desarrollo del proyecto, respetuosamente se remite a lo desarrollado en el apartado tercero de este criterio, por cuanto la normativa ahí referida es clara en cuanto a lo necesario y a las instancias involucradas. Dejo de esta manera atendido el requerimiento y quedo en la mejor disposición para ampliar o aclarar lo que se estimen pertinente, según mayor nivel de información que me pueda ser suministrada.

### 3. Puntos Focales y Socios Nacionales

Tabla 1. Puntos Focales y Socios Nacionales

Nombre	Role en CReW+	Organización	Correo electrónico
José Miguel Zeledón Calderón	Punto Focal	Dirección de Agua Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE)	jzeledon@da.go.cr
Vivian González	Punto Focal Técnico	Dirección de Agua Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE)	vgonzalez@da.go.cr
Alejandro Quirós Ivankovich	Punto Focal Técnico	Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA)	aquiros@aya.go.cr

## 4. Estructura de Implementación del Proyecto

Tabla 2. Estructura de implementación

Agencia	Rol en el Proyecto	Contacto	Correo electrónico
Banco Interamericano de Desarrollo (BID)	Agencia Implementadora Líder	Rodrigo Riquelme Especialista Líder de Agua y Saneamiento, INE/WSA	rodrigor@iadb.org
Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)	Agencia Implementadora	Isabelle Van der Beck Directora Aguas Internacionales GEF División de Ecosistemas, Marina y Costera Unidad de Ecosistemas	isabelle.vanderbeck@un.org
	Grupo de Coordinación del Proyecto (PCG por sus siglas en Inglés)	Pedro Moreo Mir Coordinador Regional	pmoreo@oas.org

<p>Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH</p>	<p>Agencia Ejecutora</p>	<p>Bärbel Schwaiger            Directora del programa <i>Sanitation for Millions</i>            División Medio Ambiente, Clima e Infraestructura</p>	<p>baerbel.schwaiger@giz.de</p>
<p>Secretaría de la Convención de Cartagena (CAR/RCU)</p>	<p>Agencia Ejecutora</p>	<p>Laverne Walker            Oficial de Programas            Subprogramas de Contaminación y Comunicaciones            Secretaría del Convenio de Cartagena            División de Ecosistemas</p>	<p>laverne.walker@un.org</p>
<p>Organización de los Estados Americanos (OEA)</p>	<p>Agencia Ejecutora</p>	<p>Andrés Sánchez            Especialista Programas de Agua            Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (SEDI)            Departamento de Desarrollo Sostenible (DDS)            Sección de Gestión Integrada de Recursos Hídricos (GIRH)</p>	<p>asanchez@oas.org</p>

Financiado por



Co-implementado por



Co-ejecutado por



OEA Más derechos para más gente

En alianza con



MINISTERIO DE AMBIENTE Y ENERGÍA

GOBIERNO DE COSTA RICA

DIRECCIÓN DE AGUA

**CRew+**

The logo for CRew+ features the text "CRew+" in a bold, white, sans-serif font. Below the text are three white, wavy lines that sweep from left to right, creating a sense of motion or a stylized wave.