



DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
Al oficio No. **07953**

25 de agosto del 2011
DCA -2180

Señor
Luis Carlos Araya Monge
Presidente
Consejo Técnico de Aviación Civil
Fax: 2290-41-21

Estimado señor:

Asunto: Se refrenda en forma condicionada Adenda N°2 del Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, suscrita entre el Consejo Técnico de Aviación Civil y la empresa AERIS HOLDING COSTA RICA S.A.

Nos referimos a su oficio CETAC-OF-1454-2011 de fecha 16 de junio del 2011, recibido en este Despacho en fecha 17 de igual mes y año, por medio del cual solicita el refrendo de este órgano contralor, de la adenda N°2 del Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, suscrita entre el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) y la empresa Aeris Holding Costa Rica S.A. (AERIS), en su condición de gestor interesado.

Con ocasión del trámite en estudio, fue requerida a la Administración solicitante, información adicional necesaria para el mejor conocimiento de la gestión presentada, la cual fue debidamente atendida por medio de los oficios y documentación complementaria que será señalada en el apartado siguiente.

I.-Antecedentes del trámite:

Mediante oficio 11310 del 11 de febrero del 2011, recibido en este Despacho en fecha 14 de igual mes y año, el Consejo Técnico de Aviación Civil –en adelante CETAC–, remitió para su refrendo a este órgano contralor, la adenda N°2 al Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, suscrita entre los representantes de ese Consejo y la empresa AERIS HOLDING Costa Rica S.A., en calidad de Gestor Interesado.

Con ocasión de dicho trámite, este Despacho mediante oficio DCA-0697 del 16 de marzo del 2011, solicitó al CETAC una serie de información adicional relacionada con los términos de la adenda suscrita, no obstante ante dicho requerimiento, el citado órgano, mediante oficio CETAC-OF-0740-2011 del 30 de marzo del año en curso, solicitó el retiro del trámite de refrendo, con la finalidad de efectuar una atención reposada de cada uno de los temas consultados por esta Contraloría General, petición que fue atendida debidamente por medio del oficio DCA-0883 (03041) del 1° de abril de este año.





En este sentido, a través del oficio CETAC-OF-1454-2011 del 16 de junio del 2011, es presentado nuevamente a conocimiento de este órgano contralor el referido trámite de refrendo, el cual requirió igualmente solicitudes de información por medio de los oficios DCA-1858 del 19 de julio y DCA-2078 del 12 de agosto, ambos del año en curso, los cuales fueron respectivamente atendidos por el CETAC por los oficios CETAC-OF-1912-2011 de fecha 11 de agosto, complementado por los oficios CETAC-OFGI-FG-OF-350-2011 de fecha 12, y CETAC-OF-1988-2011 de fecha 22, ambos del mes de agosto, y el oficio CETAC-OF-1954-2011 de fecha 23 de igual mes, todos del año en curso.

II.-Criterio del Despacho:

a)-Documentación analizada para efectos del trámite:

Como fue indicado en el apartado anterior, el Consejo Técnico de Aviación Civil mediante el oficio 11310 del 11 de febrero del 2011, remitió a este Despacho para su refrendo, una primera versión de la adenda N°2, trámite que luego de solicitud de información adicional requerida por este Despacho, fue retirado y remitido nuevamente para su refrendo con una nueva versión de la adenda, por medio del oficio CETAC-OF-1454-2011 del 16 de junio del 2011.

Bajo esta óptica, el documento contractual revisado para los efectos de brindar el requisito de eficacia solicitado, corresponde al remitido con el último trámite, no obstante en su valoración y estudio ha sido utilizado por este Despacho, la integridad de la información aportada tanto durante el trámite precedente como el actual, de tal forma que el criterio que se emita respecto a la presente solicitud, es el resultado del estudio global de esa documentación.

III.-Criterio sobre la procedencia del refrendo solicitado:

a)-Sobre la competencia de la Contraloría General para conocer de la adenda remitida.

Mediante el oficio No. CETAC-OF-1454-2011 de fecha 16 de junio del 2011, se remitió a refrendo la Adenda No.2 al Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, enviándose a refrendo una serie de modificaciones contractuales acordadas por el CETAC como parte de la discrecionalidad administrativa y como parte de una mayor consecución del interés público¹. En ese sentido, se explica en el oficio de solicitud que las modificaciones propuestas se encuentran asociadas a temas de bancabilidad² y se asocian específicamente con el procedimiento de ajuste de tarifas aeronáuticas y no aeronáuticas, criterios para la aplicación de desequilibrios financieros, reglas sobre la terminación anticipada y regulaciones sobre la participación de los acreedores ante situaciones de incumplimiento del Gestor (fideicomiso de garantías, mecanismos de sustitución del Gestor, entre otros).

¹ Oficio No. CDP-OJ-009-2010 de agosto de 2010, emitida por el Dr. Aldo Milano S en su condición de Asesor Externo del CETAC.

² En ese sentido se pueden ver las justificaciones del Gestor Interesado mediante el oficio No. GO-LE10-495 del 7 de setiembre de 2010 (página 4), que remite a su vez a las justificaciones expresadas por los señores Jean-Marc Aboussouan en su condición de Jefe de la División de Infraestructura del Departamento de Financiamiento Estructurado y Corporativo del Banco Interamericano de Desarrollo y Nancy Rivera en su condición de Directora General de Financiamiento Estructurado de la Overseas Private Investment Corporation, mediante oficio s/n del 6 de setiembre de 2010 (Anexo 1 de GO-LE10-495 del 7 de setiembre de 2010).





En relación con la participación de la Contraloría General, oportunamente el Órgano Fiscalizador de la Gestión Interesada (en adelante OFGI) estimó viable la suscripción de una adenda al Contrato de Gestión Interesada (en adelante CGI) según las valoraciones y criterios que tomara en cuenta el CETAC³, sobre lo cual se concluyó en el oficio OFGI-AL-OF-081-2010 del 24 de setiembre de 2010 del entonces Asesor Legal del OFGI que:

"B. Tramitación ante la Contraloría General de la República. / La cláusula 22.2 del Contrato de Gestión Interesada establece: "22.2. DEBER GENERAL DE COOPERACIÓN CON LOS ACREEDORES. (...) En este caso en particular se pretende precisamente la modificación de las cláusulas contractuales que no afecta la matriz de riesgos de este Contrato y el marco original de derechos y obligaciones de las partes, por lo que puede afirmarse que se trata de la aplicación de una cláusula contractual que habilita este tipo de enmiendas. / Siendo esto así, desde la perspectiva del eventual trámite de esta adenda ante la Contraloría General de la República cabe la posibilidad de tramitar una solicitud de autorización previa para modificar parcialmente el Contrato de Gestión Interesada, (...) La segunda opción es remitir la adenda para el respectivo refrendo, trámite dentro del cual cabría la posibilidad de que la Contraloría General lo rechace precisamente por estimar que se está ante una enmienda no sustancial que en consecuencia no requiere del refrendo contralor."⁴

De esa forma en una primera oportunidad mediante la sesión N°50-2010 del 21 de octubre del 2010, el CETAC aprobó una primera versión de la adenda No.2 que fue remitida mediante el oficio No. 11310 del 11 de febrero del 2011, la cual como es conocido fue retirada oportunamente sin trámite. No obstante, mediante el oficio No. CETAC-OF-1454-2011 de fecha 16 de junio del 2011, la Adenda No.2 fue remitida a conocimiento de este órgano contralor incorporando en esencia las mismas modificaciones de la gestión anterior y partiendo precisamente que las modificaciones propuestas pretenden agilizar el proceso de flujo de efectivo, que se visualiza como la única garantía para el Banco del repago de la deuda y que fueron avaladas por el OFGI mediante los oficios No. CETAC-OFGI-FG-OF-222-2011 del 27 de mayo de 2011 y CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011 del 9 de agosto de 2011.

De esa forma, a los efectos del trámite resulta necesario analizar la competencia de este órgano contralor para conocer de la solicitud de refrendo, en el tanto el artículo 4 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública dispone la posibilidad de conocer las modificaciones contractuales en el tanto procedan por monto, se ajusten a los supuestos de autorización del artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y se trate de elementos esenciales de los contratos administrativos en el tanto esos contratos hayan sido refrendados por la Contraloría General.

Sobre la modificación de los contratos administrativos, tenemos que el artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa enumera los supuestos en los que resulta factible para la Administración acordar una modificación contractual en el ejercicio de las potestades de imperio y la mejor consecución del interés público. Al respecto, tenemos que dos de los supuestos más relevantes para acordar la modificación contractual resultan precisamente: que no se exceda el 50% del monto del contrato original y que se trate de causas imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento, sea que la entidad no pudo conocerlas pese a haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto.

³ Oficio No. OFGI-FG-OF-696-2010 del 24 de setiembre de 2010.

⁴ Páginas 11 y 12.





En este caso en particular, estima este órgano contralor que las medidas que se pretenden implementar por la Administración, se han asociado a lo que se denomina la bancabilidad del contrato asociada precisamente al cierre financiero que se pretende con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Overseas Private Investment Corporation (OPIC) y que serán desarrolladas más adelante un apartado específico. Estas medidas requeridas por los acreedores resultaban una expectativa ante una eventualidad de una variación en el financiamiento, respecto de lo cual este órgano contralor indicó que:

“Es importante mencionar que a la incertidumbre que se crearía en cuanto a la efectiva consecución de un futuro cierre financiero, con el riesgo de nuevas suspensiones del contrato, se suma el hecho de que por lo general la búsqueda de un nuevo financiamiento suele traer aparejado el requerimiento de los potenciales nuevos acreedores de introducir modificaciones al contrato, aspecto que en el caso que nos ocupa no resultaría posible en el marco del plan de remediación, tal y como este órgano contralor oportunamente lo recordó a la Administración mediante oficio No. 13618 de 17 de diciembre de 2008, suscrito por la señora Contralora General, por el Gerente de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa y por este Gerente de la División de Contratación Administrativa.”⁵

Como puede verse, las modificaciones con ocasión de un cierre financiero no resultaban viables dentro del contexto del Plan de Remediación que generó la Adenda No.1, en donde debía contarse con los recursos ciertos, concretos y efectivos para la conclusión de las Fases I y II; lo cual fue asegurado oportunamente en la Adenda No.1⁶. No obstante lo anterior, en función del avance de la ejecución del contrato y en virtud del acercamiento de las etapas de construcción III y IV, el Gestor Interesado puso en conocimiento⁷ del CETAC una serie de modificaciones requeridas por los Acreedores para el financiamiento de las Fases III y IV, que son precisamente las incorporadas en la Adenda No.2.

Como ya se indicó en el oficio No.1924 del 16 de febrero de 2009 citado, la necesidad eventual de un nuevo financiamiento para las Fases III y IV podría acarrear modificaciones contractuales que usualmente requieren los potenciales nuevos acreedores⁸; con lo cual estima este órgano contralor que las modificaciones requeridas por esos agentes financieros no resultan aspectos de carácter imprevisible en la dinámica del CGI, por lo que no resulta factible para la Administración la simple aplicación del artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en los términos antes referenciados. No obstante lo anterior, el propio artículo mencionado, refiere la posibilidad de que este órgano contralor autorice modificaciones que no se ajusten a los supuestos legales y reglamentarios, para lo cual debe considerar entre otras cosas: la naturaleza de la modificación, estado de ejecución y el interés público.

⁵ Oficio No. 1924 del 16 de febrero de 2009.

⁶ Sobre el tema se indicó en el oficio No. 5523 del 28 de mayo del 2009 que: “En ese sentido, esta Contraloría General reitera que en el caso, haber mantenido a la International Finance Corporation como el acreedor principal (en adelante IFC), asegura desde nuestra óptica la existencia de las condiciones económicas suficientes para que sumando el aporte de capital propio de los cesionarios del contrato, sea posible solventar los incumplimientos graves en la construcción de las obras para las Fases I y II. Así como se considera que, la IFC se ha comprometido a mantener el financiamiento en las condiciones originalmente pactadas y no realizarán cobros adicionales del principal, permitiendo con ello contar con el flujo de caja apropiado para concluir la construcción de las obras.”

⁷ Inicialmente se presentó el oficio GO-GE-10-377 del 9 de julio de 2010, complementado posteriormente por requerimiento del CETAC con el oficio GO-LE-10-495 del 7 de setiembre de 2010.

⁸ En el oficio No. 11310 del 11 de febrero de 2011 se indica con toda claridad que el Gestor entró en negociaciones con el acreedor original “...a efectos de sustituir la acreencia y por el otro, con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Overseas Private Investment Corporation, agencia federal de los Estados Unidos de Norteamérica, a efecto de obtener un financiamiento a largo plazo por la suma de \$100.000.000.00. Tales gestiones de financiamiento generaron la aprobación de parte de ambos organismos financieros del crédito solicitado por el Gestor, siendo necesario para el giro del crédito, entre otras cosas, la formalización de la adenda que se pone en conocimiento de este Órgano Contralor para su refrendo.”





En el presente caso, si bien no se ha requerido la autorización referida, lo cierto es que en aplicación del principio de eficiencia y bajo una lectura finalista del ejercicio del control; entiende este órgano contralor que al igual que como se ha hecho en otras oportunidades procede valorar la procedencia de la autorización y sanear el trámite de refrendo que se está conociendo. En ese sentido, es evidente que tendría poco sentido práctico y lógico, denegar el refrendo para que se requiera la autorización; cuando resulta factible examinar la existencia de los elementos que prevé el artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

De acuerdo con lo expuesto, se estima procedente valorar si en el caso procede autorizar las modificaciones requeridas; respecto de lo cual estima esta Contraloría General que en el caso se entiende que se ha cumplido con el Plan de Remedación por lo que en principio se atendieron los incumplimientos que oportunamente fueron discutidos por las partes.

De igual forma, en el contexto de este trámite ha sido el CETAC quién bajo su discrecionalidad administrativa ha valorado con el aval del OFGI, la relevancia de estas modificaciones para la mejor ejecución contractual conforme el deber de cooperación con los Acreedores que prevé el mismo contrato y en afán de coadyuvar en la consecución del financiamiento para las Fases III y IV del CGI. De ahí entonces, que estima este órgano contralor que conforme las justificaciones que se han esgrimido se pretende atender el interés público en este caso, bajo la consideración de que las modificaciones pretendidas sustentan la posibilidad de evitar problemas de financiamiento del CGI para la ejecución de las obras de las Fases III y IV, bajo el reconocimiento de que existe un deber de cooperación con los acreedores y bajo el entendido que se pretende garantizar la ejecución pacífica del CGI.

Es por ello que las modificaciones propuestas procuran brindar estabilidad al Contrato de Gestión Interesada desde la óptica de la Administración, respecto de lo cual no debe perderse de vista, que el desarrollo de este proyecto no es más que la atención efectiva de la necesidad pública de contar con un aeropuerto que reúna las condiciones óptimas para un adecuado acceso y control en el flujo de ingresos y salidas de personas que utilizan las instalaciones de esta terminal, no solo con intereses turísticos sino que además comerciales.

Por lo que el contar en el mediano plazo con un aeropuerto concluido conforme el contrato, se perfila como un elemento que permitirá posicionar mejor al país a nivel internacional, teniendo la posibilidad de expandirse aún más como destino turístico y comercial en virtud del potencial interés de nuevas aerolíneas de efectuar escala en el país, a partir de la oportunidad de servicio y condiciones que brinda el aeropuerto, y con ello la eventualidad de generar mayores divisas.

De ahí que, la continuidad de las obras en el AIJS más que una obligación ineludible del Gestor, es un aspecto de evidente interés nacional que repercute en la esfera de todos los actores involucrados en el proceso -sociedad general incluida-, por lo que como fue indicado, debe existir una apertura de las partes a generar dentro del marco de legalidad, las condiciones necesarias para que el Gestor continúe con las obras pendientes de ejecución.

De acuerdo con lo expuesto, este órgano contralor estima procedente autorizar por este medio la posibilidad de modificar el contrato para efectos de incorporar las medidas aprobadas por el CETAC, para efectos de generar la viabilidad para el cierre financiero del Gestor Interesado con el BID y la OPIC.





IV.-Sobre las medidas de bancabilidad incorporadas en la adenda:

Según se aprecia del oficio de solicitud así como de la información que corre agregada en el expediente administrativo de la adenda, el objetivo de la modificación propuesta obedece a la necesidad de incorporar en el Contrato de Gestión Interesada, una serie de regulaciones destinadas a garantizar a los nuevos acreedores del proyecto, la continuidad permanente de flujos con el objetivo de asegurarse un alto grado de certeza en la recuperación de las inversiones efectuadas para su ejecución, y evitar la reproducción de situaciones que en el pasado generaron conflicto con el Gestor.

Estas regulaciones tienen su sustrato según se explica, en la necesidad de establecer una estructura financiera sólida al Contrato de Gestión Interesada, que permita la fluidez de recursos y con ello, la estabilidad a largo plazo del proyecto.⁹

Medidas que por un lado pretenden una participación activa de los acreedores durante la ejecución del proyecto, especialmente ante un eventual proceso de remediación o cura originado en incumplimientos graves del Gestor, así como en su eventual sustitución en caso de no atenderse oportunamente las medidas de mitigación originadas en ese plan de remedio.

Por otra parte se procura con la adenda, el establecer una serie de medidas financieras enfocadas a brindar estabilidad y flujos de efectivo al proyecto durante su ejecución, las cuales tienen que ver con las modificaciones a las cláusulas 18.1. y 18.2 referidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, con la finalidad de disminuir riesgos relacionados con el surgimiento de determinados supuestos que pudieren llegar a afectar los ingresos proyectados del Gestor, así como la continuidad de las obras.

Como parte de dichas modificaciones, se propone además ajustar el Apéndice I del contrato original, en cuanto a la tasa a utilizar para efecto de reconocimiento de intereses en los casos en que así corresponda.

También, se ha establecido la constitución de un fideicomiso de garantía y administración de las acciones del Gestor –cláusula 22.1.3.-, el cual vendría a constituir una nueva garantía para los acreedores en el evento de una terminación anticipada del contrato, dado que en ese supuesto, los ingresos existentes al igual que el resto de derechos y gravámenes bajo su administración, constituirían capital líquido que sería dirigido directamente a las entidades acreedoras en el evento de no poder el Gestor actual continuar con el desarrollo del proyecto.

Bajo este mismo orden de ideas se propone modificar las cláusulas 16.2.1 y 16.3.4, a efecto de establecer un mecanismo de compensación más ágil y oportuno para el Gestor por concepto de actualizaciones tarifarias, motivado en el comportamiento histórico de retrasos que durante la vigencia del Contrato de Gestión Interesada ha tenido este componente, el cual tiene como objetivo efectuar un reconocimiento célere de las diferencias producidas por ese concepto, cuyo fin radica precisamente y como ya fue indicado, en mantener un flujo constante y estable de recursos para el Gestor, y como consecuencia de ello, los acreedores puedan efectivamente recuperar sin contratiempos, su inversión.

⁹ Así en el oficio CETAC-OF-1454-2011 se expresó que "(...) En efecto, las medidas que se incluyeron en la modificación contractual, tienen como única explicación o antecedente, el afán de los acreedores de lograr ajustar los términos contractuales del CGI de modo que éste represente un aceptable riesgo crediticio. / Los cambios legislativos, el riesgo regulatorio, las medidas en caso de terminación anticipada, entre otras, tienen como objetivo último, reducir el riesgo crediticio a un nivel manejable, esfuerzo en el cual el CETAC se ha envuelto, en tanto está consciente de la importancia de un crédito de largo plazo que permita al Gestor desarrollar un plan financiero viable (...)"





Para este propósito se ha realizado una modificación sustancial también del Apéndice H del Contrato de Gestión Interesada, tema que será abordado más adelante, y que tiene como finalidad establecer un mecanismo de recuperación para el CETAC, de los montos que deba reconocer este al Gestor producto de los ajustes tarifarios que no hayan entrado en vigencia para el día 1° de junio de cada año, con lo cual la diferencia que por ajuste deba reconocer el primero al segundo, es posible recuperarlo mediante la metodología establecida en dicho apéndice.

Además, se propuso efectuar una serie de ajustes en las cláusulas 24.1.2, 24.1.3, agregándose la cláusula 24.7, referidas a las medidas a adoptar con ocasión del periodo de remediación o cura en caso de incumplimientos del Gestor, brindándose a los acreedores un papel más activo dentro del proceso. Por medio de la cláusula 24.7 que se agrega, se establecen los supuestos de inversión por los cuales resulta exigible la indemnización por terminación anticipada, medidas que tienen por destino establecer los casos y la forma de cálculo en que es procedente este reconocimiento.

De igual manera la cláusula 22.1.3 que se incorpora con la adenda y por la cual se crea el fideicomiso de garantía y administración, establece como fideicomisarios a los acreedores, que ante un eventual proceso de terminación anticipada, serán estos los beneficiados con los ingresos y derechos del Gestor que el fideicomiso administre, sin obviar el rol activo que estos mantendrían en una fase de administración temporal.

De ahí que si bien, en otras cláusulas contractuales originales tales como la 22.3.1 y 22.3.2 que también por la presente adenda se modifican, se asignó participación a los acreedores dentro de algunas fases contractuales, es claro sin embargo que el rol asignado en la adenda sometida a conocimiento del órgano contralor es ahora mayor que en aquellas, aspecto que se justifica en función que en la adenda actual, esa participación de los acreedores forma parte de las condiciones definidas como indispensables para efectuar el cierre financiero de las nuevas condiciones del proyecto y producto de ello, para convertirlo en bancable.¹⁰

Concluyéndose el objetivo de estas medidas, con la suscripción entre el Consejo Técnico de Aviación Civil, el Gestor Interesado, el BID y la OPIC, estas últimas en calidad de acreedores, de un documento denominado "Acuerdo Administrativo de Notificación", cuyo objeto radica en establecer en el evento de una terminación anticipada del contrato, una cesión a favor de los acreedores, de los derechos de pago que correspondan a la empresa Aeris Holding Costa Rica S.A. en su condición de Gestor con ocasión de esa terminación, a efecto que ante un evento de esta naturaleza, los acreedores tengan igualmente garantizado un nivel de ingresos que responda por la deuda contraída por este último.

Ahora bien, bajo esta óptica interesa establecer para efectos de la adenda en estudio, la razonabilidad y procedencia de estas medidas bajo la óptica de un proyecto de esta naturaleza, y sobre todo respecto al tema de bancabilidad que deben tener estos proyectos.

Como punto de partida debemos tomar en cuenta, que con motivo de un proyecto de inversión como el que nos ocupa -de participación público-privada-, resulta lógico dentro de este esquema de negocios,

¹⁰ Si bien en nuestro oficio DCA-1507(5523) de 28 de mayo del 2009, correspondiente al refrendo de la adenda N° 1, no se consideró más allá de las previsiones contractuales, la participación de los acreedores como condición de cierre de financiero y de ahí para la bancabilidad del proyecto, es claro que bajo "la debida diligencia" efectuada por los Bancos acreedores para determinar la viabilidad del préstamo, esta condición resulta fundamental para ese propósito.





que los inversionistas procuren adoptar una serie de medidas destinadas a garantizar una fluidez permanente del proyecto, precisamente con la finalidad que la recuperación de su inversión no se vea afectada por atrasos del deudor. Retrasos que pueden ser ocasionados a su vez, por la imposibilidad de recepción de ingresos proyectados en un período determinado, o bien ante casos extremos de imposibilidad del deudor de continuar explotando el proyecto, por lo que la intención con estas medidas es que se pueda contar entonces con margen de maniobra para recuperar la mayor cantidad de los recursos invertidos, sea en el caso que nos ocupa, la cobertura de deuda en caso de terminación anticipada.¹¹

Siguiendo esta lógica de razonamiento, el tema de la viabilidad de un proyecto o probabilidad de que se pueda llevar a cabo con éxito, debe abarcar no sólo los aspectos de evaluación costo beneficio y capacidad operativa del proyecto, sino que adicionalmente debe considerar cómo asegurar que este resulte bancable, es decir, que el proyecto sea susceptible de ser canalizado a través de una institución bancaria.

Para lograr que sea bancable, desde su concepción el proyecto debe de contener claridad absoluta de las condiciones de contratación, -tanto el participante privado como su contraparte pública, deben de conocer y comprender el entorno jurídico-procedimental del país donde se pretende desarrollar el proyecto -procedimientos de contratación, interrelación del proyecto con competencias y funciones asignadas legalmente a organismos públicos, entre otros, -enfazando en la distribución de riesgos, factibilidad presupuestal o de flujos, así como indicadores de desempeño, que permitan proyectar con una seguridad razonable que la ejecución contractual se puede dar dentro de los parámetros estimados, y que es factible mantener durante esta fase la viabilidad del proyecto y por tanto, asegurar la capacidad de retribuir el uso de los factores productivos, con independencia de la clase de financiamiento utilizado (propio o ajeno)

Estructuraciones integrales que consideren los aspectos citados, son las que pueden incentivar a las instituciones bancarias a incursionar en el desarrollo de proyectos en el marco de la participación público-privada, tal como es el caso de la Gestión Interesada, dado que les permite establecer el nivel de riesgo asociado a la ejecución del proyecto.

Lo anterior se traduce entonces, en establecer a priori reglas precisas a partir de los eventuales riesgos que pueden ser previsibles durante la ejecución contractual y, sobre todo, en un proyecto como el de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, tomar en cuenta las vicisitudes experimentadas durante la vida del contrato, lo cual permite para los acreedores y partes involucradas, medir -con la finalidad de administrarlos mejor-, una serie de riesgos posibles dentro del escenario contractual, y que de no ser valorados dentro del proyecto de financiamiento, no existiría certeza plena respecto a su viabilidad.¹²

¹¹ En este sentido, mediante opinión jurídica CDP-OJ-009-2010 del 14 de agosto del 2010, el asesor legal externo del CETAC, señaló respecto a este tema que: "(...) Se trata, con todo, de una exigencia de viabilidad del proyecto, en tanto es sabido que bajo la modalidad del proyect finance, la intervención de los Lenders aportando el dinero requerido para el desarrollo de la infraestructura, es determinante o aún más, indispensable. / Así pues, considerando que en lo fundamental el crédito que se otorgue a la sociedad de propósito específico -en este caso Aeris-, sólo será recuperado mediante la continuidad de los flujos de efectivo esperados, es claro que para los Lenders es preciso asegurarse que exista un adecuado y sólido manejo de los riesgos propios de la operación. Es esa posibilidad la que hace que un determinado proyecto sea o no "bancable" / Como se ha comprobado en este caso concreto, estas consideraciones se ven reforzadas por el hecho de que el crédito gestionado por Aeris, lo es en condición "non recourse". / Teniendo claro estos conceptos, bien puede señalarse que el grueso de modificaciones sugeridas por los Lenders y Aeris, responden a la lógica de procurar reducir al máximo el riesgo económico o de la no obtención de ingresos suficientes para atender la deuda, ya sea en tanto el contrato llegue a su término o bien, en caso de terminar de modo anticipado (...)"

¹² Al respecto, el Órgano Fiscalizador en el oficio CETAC-OFGI-FG-345-2011 del 9 de agosto del 2011, señaló sobre el tema: "(...) De este modo, la Adenda #2 al Contrato de Gestión Interesada tiene como principal objetivo garantizar la bancabilidad del Proyecto. / Para lograr dicho objetivo, los acreedores procuran asegurarse que los riesgos que genera la operación del proyecto sean limitados y apropiadamente manejados. De este modo, un proyecto "bancable" envuelve un sólido plan financiero, técnico y económico, con una matriz de riesgos ajustada a la





Es por ello que la bancabilidad en este tipo de proyectos, se encuentra asociada a la necesidad de la entidad encargada del financiamiento de evaluar en detalle, las condiciones presentes en el proyecto de inversión, a efecto de medir los potenciales riesgos que puedan repercutir no solo en su consecución o conclusión, sino también en la rentabilidad que puedan hacer de este, no apto para recuperar la inversión dentro de un plazo determinado.

Así las cosas, y bajo el esquema de financiamiento obtenido por Aeris Holding Costa Rica S.A., para la continuidad del Contrato de Gestión Interesada, no debe resultar extraño entonces que los nuevos acreedores una vez concluido el cierre de las negociaciones para ese propósito, hayan propuesto efectuar algunas modificaciones al contrato original, precisamente como parte de esa bancabilidad que el proyecto necesita como condición ineludible para generar el préstamo, definido en un total de \$100.000.000 (cien millones de dólares).

Para el propósito indicado en la nota sin número fechada 10 de agosto del 2010, suscrita por el señor Jean Marc Aboussouan, Jefe de la División de Infraestructura del Departamento de Financiamiento Estructura y Corporativo del Banco Interamericano de Desarrollo, se indicó respecto a estas medidas que:

"(...) Luego de este análisis, OPIC y BID llegaron a la conclusión de que para minimizar la posibilidad que vuelvan a ocurrir los problemas que sucedieron en el pasado, dotar de mayor estabilidad en el largo plazo a la relación contractual de Aeris S.A., el Gobierno de Costa Rica y los Prestamistas, y a su vez cumplir con los estándares de crédito y bancabilidad requeridos por el BID y OPIC, era necesario dar claridad a los temas claves que habían sido identificados durante el proceso de análisis a través de un Addendum al CGI y la suscripción del Acuerdo Administrativo de Notificación (...)"

Así entonces, el cierre financiero precisamente lo que procura es inyectar recursos al proyecto para su continuidad, pero precisamente para lograr dicho cometido, los nuevos inversionistas han requerido contar con garantías suficientes para los recursos que se ponen a disposición, en el sentido que el proyecto generará y supondrá una constante de ingresos que permita recuperar la inversión efectuada, y estas garantías son precisamente logradas mediante la adopción de una serie de medidas contractuales que en conjunto determinan la bancabilidad del proyecto.¹³

Es por ello que los acreedores del Gestor actual, luego de un proceso de análisis y estudio de las condiciones presentes en el proyecto ("due diligencie") determinaron la viabilidad financiera de este, no obstante considerando indispensable efectuar una serie de modificaciones contractuales necesarias para otorgarle de manera definitiva esa bancabilidad que el proyecto requiere.

Aspecto que se expone también, en la nota fechada 6 de setiembre del 2010 y suscrita por el señor Jean-Marc Aboussouan antes citado (folios 291 a 309 del expediente administrativo de la adenda N°2), en donde además de explicarse las gestiones realizadas por las entidades acreedoras con ocasión de

naturaleza del proyecto, los riesgos que envuelve y los intereses de los acreedores, es decir, que el proyecto tenga un aceptable riesgo crediticio (...)"

¹³ En la opinión jurídica CDP-01-008-2011 emitida por el asesor legal externo del Consejo Técnico de Aviación se indicó sobre este tema que "... Así pues, considerando que en lo fundamental el crédito que se otorgue a la sociedad de propósito específico —en este caso AERIS—, solo será recuperado mediante la continuidad de los flujos de efectivo esperados, es claro que para los prestamistas es preciso asegurarse que exista un adecuado y sólido manejo de los riesgos propios de la operación. Es esa posibilidad la que hace que un determinado proyecto sea o no "bancable" (...)"





determinar la viabilidad financiera del proyecto, se analizan las razones que motivan el ajuste contractual en las cláusulas objeto de la adenda en estudio, concluyéndose que tanto la aprobación de este documento contractual como la suscripción del Acuerdo Administrativo de Notificación al que haremos referencia posteriormente, son los que en definitiva lograrán la bancabilidad del proyecto en cuestión. Aspecto que es afirmado por este último mediante el oficio GO-LE-11-281 del 26 de mayo del 2011, al expresar:

"(...) Como lo han reiterado BID y OPIC en comunicaciones escritas anteriores, creemos pertinente resaltar que el propósito de la adenda al Contrato de Gestión Interesada no persigue ningún beneficio ajeno a los términos del CGI para el Gestor, sino solamente dar certeza a los flujos financieros a fin de asegurar que estemos en capacidad de realizar las inversiones a que nos comprometimos, satisfaciendo así el fin de utilidad pública que se persigue concretar (...)"

De ahí que bajo una óptica de financiamiento para el proyecto, la incorporación de las modificaciones contractuales antes dichas, incluido el rol –más activo– asignado a los acreedores, deviene en una condición indisponible para el Gestor, y cuya efectiva aprobación permitirá convertir en financieramente viable el proyecto de inversión pretendido.¹⁴

V.-Sobre el cumplimiento del Plan de Remediación:

Como es de conocimiento generalizado, en el año 2008 se dio por concluida la etapa de cooperación con los acreedores y se siguió con el trámite de terminación anticipada del CGI, respecto de lo cual dentro de la etapa de remediación o cura el Gestor propuso una serie de medidas que derivaron en la suscripción de la Adenda No.1. En el trámite de refrendo de la Adenda No.1 del CGI, este órgano contralor indicó que:

"e) Obligación de que se cumpla todo el plan de remediación. Los aspectos sometidos a conocimiento de esta Contraloría General mediante adenda, son parte de la Propuesta de Remediación o Cura, pero que se han formalizado en adenda en virtud de su carácter de modificación contractual. No obstante, es claro que la propuesta incluye otros compromisos que no se encuentran asociados a la modificación del contrato, pero que resultan igual de importantes para la atención debida de los incumplimientos del Gestor Interesado determinados oportunamente, como es el caso de las propuestas relacionadas con la limitación del endeudamiento, aportar los recursos para expropiaciones, sistema de atención de derrames de combustibles, implementación de tecnologías de información, salas de abordaje, salas estériles, etc. De esa forma, se debe reiterar al CETAC la importancia de que se vigile el cumplimiento de todos los aspectos incorporados en la Propuesta de remediación según se había acordado y de cuyo estado de avance se nos informó mediante el oficio No. 90662 del 23 de abril de 2009."

Durante el trámite de refrendo de la adenda N^o1, este órgano contralor enfatizó en el deber de la Administración, de velar por el cumplimiento total del Plan de Remediación o cura propuesto en su momento por el Gestor, el cual se origina en el proceso de remediación iniciado con la finalidad de

¹⁴ Modificaciones, que desde la sesión N^o50-2010 del 21 de octubre del 2010, había sido aprobadas por el Consejo Técnico de Aviación Civil.





reiniciar las obras que se encontraban paralizadas en ese momento, y dar continuidad así al Contrato de Gestión Interesada.¹⁵

En este contexto, el Plan de Remediación se encontraba compuesto por una serie de obras pendientes de realizar con motivo del Contrato de Gestión Interesada, que el Gestor debía cumplir según un cronograma, a efecto de enervar el proceso de terminación anticipada o resolución contractual, y así dar continuidad al contrato de cita.

De esa forma, el cumplimiento de Plan de Remediación en forma oportuna y conforme lo acordado por las partes, se convierte en el presupuesto necesario e indispensable para que el Gestor Interesado pueda requerir modificaciones al contrato en el contexto del cierre financiero con el BID y la OPIC. En ese sentido, el CETAC mediante la sesión ordinaria 1-2011 aprobó el oficio No. OFGI-FG-OF-867-2010 del 17 de diciembre de 2010 emitido por el OFGI, mediante el cual se concluyó que:

“La mayoría de los supuestos incumplimientos ya han sido cumplidos por el Gestor Interesado, quedando pendiente completar algunos que se reprogramaron con la debida justificación y con la anuencia del Consejo Técnico y los que corresponden a las Fases III y IV que deberán reprogramarse con el Plan Maestro que se apruebe.”

En este sentido y según se observa del oficio antes mencionado (visible a folios 2677 a 2698 del expediente administrativo de remediación), del Plan de Remediación aprobado en su oportunidad, se encontraban pendientes de cumplir tres actividades puntuales, correspondientes a la actualización del Plan Maestro que se presentó oportunamente y se encontraba bajo análisis de una Comisión, la conclusión de la Calle de Rodaje Delta y la construcción de los Pasillos o Salas estériles.

a) Sobre la actualización del Plan Maestro:

En relación con este tema debe indicarse primero que todo, que según se desprende del expediente administrativo remitido con ocasión de la solicitud de refrendo, el Gestor entregó formalmente el 31 de agosto de 2010 al CETAC la actualización del Plan Maestro mediante el oficio No. GO-IC-10-478 de ese mismo día.

En este sentido, y como condición establecida también dentro del Plan de Remediación, se tiene que mediante oficio DGAC-DG-CPO-OF-040-11 del 6 de junio del 2011, la Comisión Evaluadora conformada al efecto, emitió sus análisis y conclusiones respecto a la versión corregida de dicho Plan Maestro, el cual fue debidamente aprobado por el CETAC mediante sesión N°43-2011 del 16 de junio del 2011, por lo que en vista de tenerse por avalado el referido Plan conforme las regulaciones del Contrato de Gestión Interesada, queda entendido para este órgano contralor, que este componente del Plan de Remediación establecido por el Gestor como mitigación de los incumplimientos contractuales atribuidos en su oportunidad, se encuentra debidamente cumplido y en consecuencia no existe pendencia de este extremo que limite a las partes a efectuar la modificación contractual de cita.

¹⁵ Al respecto, véase oficio DCA-1507 (05523) del 28 de mayo del 2009, por el cual se otorgó refrendo a la edenda N°1 del Contrato de Gestión Interesada.





b) Sobre la Calle de Rodaje Delta:

En punto a la actividad correspondiente a la Calle de Rodaje Delta, conforme los documentos remitidos por la Administración, queda claro para este órgano contralor que el incumplimiento de esta obra integrante del Plan de Remediación, ha obedecido a la imposibilidad del Gestor de contar oportunamente con el asfalto especial necesario para ese cometido, suministrado por RECOPE, aspecto que ha motivado la solicitud de prórrogas en los plazos de ejecución de esta actividad¹⁶

Esta situación motivó a que el CETAC, mediante sesión N°063-2010 del 6 de diciembre del 2010, acordara ampliar en un primer momento el cumplimiento de esta actividad, hasta el 30 de mayo del 2011. No obstante, dado que la imposibilidad de contar con el material necesario para la conclusión de dicha obra persistió,¹⁷ el citado Consejo mediante sesión N°47-2011 del 29 de junio del 2011, acordó prorrogar en tres meses más a partir del 30 de mayo del 2011, el cumplimiento de dicha actividad, de manera que el nuevo plazo previsto para ese propósito se extenderá hasta el 30 de agosto del 2011.

En este sentido y según se desprende del oficio CETAC-OFGL-OB-INF-031-2011 del 4 de agosto del 2011, suscrito por el Inspector Técnico de Obras, el proceso de sustitución de pavimento en la Calle de Rodaje Delta se encuentra en estos momentos en un porcentaje de avance aproximado del 74%, por lo que no se espera atrasos ulteriores que den lugar a suponer una nueva extensión en el cumplimiento de dichas obras, motivo por el cual esta actividad del Plan de Remediación debe tenerse por efectivamente cumplida para los efectos contractuales.¹⁸

c) Sobre los pasillos o corredores estériles:

Sobre esta actividad tenemos, que si bien esta constituye una obligación del Gestor integrada como se indicó en el Plan de Remediación, su realización fue pospuesta en el tiempo en virtud del interés de la Administración de valorar su necesaria realización, toda vez que si bien el tema de estos pasillos encuentra su sustento en un tema de seguridad aeroportuaria, de la documentación integrada en el expediente administrativo de cita, se observa una serie de valoraciones efectuadas por la Administración, a efecto de determinar si de acuerdo con las normas de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), el cumplimiento de estas medidas de seguridad debían ser solventadas por medio de estos pasillos.¹⁹

Es así, que por medio de la sesión N°61-2010 del 25 de noviembre del 2010, el CETAC acordó posponer el cumplimiento de esta actividad, hasta tanto existiera una definición clara de su necesidad y su incorporación en las fases III y IV del Plan Maestro. Razón por la cual hasta ese momento por tratarse de un asunto pendiente de resolver por la Administración, no podría atribuirse su incumplimiento al Gestor, y

¹⁶ Véase al respecto oficio del Gestor GO-IC-10-601 del 26 de octubre del 2010 visible a folios 577 y 578 del tomo II del expediente administrativo.

¹⁷ Ver al respecto oficios del Gestor GO-IC-11-264 del 16 de mayo del 2011 y GO-IC-11-316 del 14 de junio del 2011 visibles respectivamente a folios 764 a 765 y 1169 a 1190 del Tomo II del expediente administrativo.

¹⁸ En este sentido se indica en el citado oficio que: "(...) Al 3 de agosto de 2011 el Gestor reporta un avance general de las obras del 74%. La primera fase, que corresponde a la carpeta asfáltica frente a las posiciones de parqueo de aeronaves número 1 y 2, se encuentra concluida. Igualmente la segunda fase que se ubica frente a las posiciones número 3 y 4, se concluyó el pasado viernes 29 de julio. El sábado 30 de julio se inició la tercera y cuarta fase, correspondiente a las posiciones de parqueo número 6, 7 y 8, las cuales se estarán terminando el jueves 4 de agosto, para iniciar con la quinta fase el viernes 5 de agosto (...)"

¹⁹ Sobre este tema pueden observarse los oficios DGAC-AVSEC-FAL-OF-092-2010 visible a folios 573 a 576, DGAC-AVSEC-FAL-OF-120-2010, visible a folios 603 a 608, OFGL-OPS-OF-027-2011 visible a folios 741 a 743, todos del Tomo II del expediente administrativo. También el oficio GO-IC-10-513 del Gestor Interesado, visible a folios 368 a 376 del Tomo I del expediente administrativo.





en consecuencia del Plan de Remediación. Lo anterior tomando en cuenta la disponibilidad del Gestor de atender en el momento oportuno dicha actividad, pendiendo únicamente la decisión de la Administración sobre ese extremo.

Es por ello que mediante sesión N°49-2011 del 6 de julio del 2011, el CETAC acuerda conformar una Comisión Evaluadora del Capítulo VI del Plan de Implementación del Plan Maestro, en el cual se incorporó el tema de los pasillos estériles, dado que el informe sobre actualización aprobado mediante sesión N°43-2011 del 16 de junio del 2011, no efectuó consideración alguna sobre este tema.

Sobre este aspecto la citada Comisión rindió su informe mediante oficio CETAC-OFGI-OB-INF-030-2011 del 1° de agosto del 2011, en el cual se indicó que luego de diversas sesiones de trabajo con presencia de personal del Órgano Fiscalizador, el Gestor Interesado, y la Dirección General de Aviación Civil, se determinó el ajuste por parte del Gestor de la lista de obras presentada para el Capítulo VI. En ese sentido, no solo se incorporó la actividad correspondiente a los pasillos estériles; sino que según se indica en los anexos, el inicio de esta actividad se estableció para el 2 de enero del 2012.

Dicho Informe fue aprobado por el Consejo Técnico de Aviación Civil, en la sesión N°57-2011 del 3 de agosto del 2011, por lo que esta actividad del Plan de Remediación a pesar de encontrarse pendiente, se tiene por cumplida en vista de haberse fijado su inicio para enero del 2012.²⁰

Así las cosas, y de acuerdo con la documentación referenciada del expediente administrativo se concluye, que los aspectos pendientes del Plan de Remediación advertidos en su oportunidad se encuentran a la fecha atendidos, motivo por el cual este condicionamiento para los efectos de la presente adenda, se tiene como debidamente satisfecho.

VI.- Sobre el mantenimiento del equilibrio económico del Contrato:

Por medio de la adenda sometida a estudio, las partes acuerdan modificar las cláusulas 18.1 y 18.2 del Contrato de Gestión Interesada, referidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, estableciéndose además como causal de ajuste económico, la ausencia de remediación ambiental por parte del Gobierno de Costa Rica de los terrenos ocupados actualmente por COOPESA y RECOPE (18.2), aspecto este último al que nos referiremos más adelante.

Eliminándose además, el carácter de sustancial que debía contener la afectación para efectos del reequilibrio, en consideración a la inconveniencia de establecer categorías de lesión en el equilibrio económico para hacer procedente el reequilibrio contractual.

Igualmente dentro de los ajustes propuestos, se establece la supresión del inciso d) de la cláusula 18.2 –referida al retraso en los ajustes tarifarios–, para lo cual se ha establecido un procedimiento específico en otras cláusulas contractuales (16.2.1 y 16.3.4), corriéndose la numeración e incorporándose un nuevo inciso p), el cual será analizado en este apartado.

²⁰ Actividad que no se encuentra sujeta a disposición por parte del Gestor, en virtud de disponerse la necesidad de su cumplimiento en el informe CETAC-OFGI-OB-INF-030-2011 del 1° de agosto del 2011.





Estas medidas forman parte de la bancabilidad del proyecto requerida por los Bancos acreedores, en tanto procuran brindar una respuesta efectiva a potenciales situaciones de desequilibrio que llegaren a afectar el nivel de ingresos del Gestor, y con ello la liquidez necesaria para hacer frente al crédito otorgado, razón por la cual dentro del proyecto de financiamiento que se ha negociado por el Gestor, es entendible que los prestamistas deberán adoptar todas aquellas medidas tendentes a procurar el flujo de caja que permita recuperar el crédito concedido.

Ahora bien, no obstante que estos ajustes en las cláusulas citadas encuentran como fue indicado, su sustrato en medidas de bancabilidad, resulta importante para este órgano contralor referirse a algunos aspectos puntuales de estos, tal y como será analizado de seguido.

a) Sobre la cláusula 18.2 inciso p):

Esta cláusula, referida a la revisión excepcional de las condiciones financieras²¹, implica necesariamente el reconocimiento de que, si bien en este tipo proyectos de participación público privada, se parte de la premisa de que asume los riesgos quien mejor puede administrarlos, haciendo necesario una distribución de estos contractualmente, lo cierto del caso es que a juicio de este órgano contralor, la incorporación del inciso p) en la cláusula 18.2 del contrato, no afecta esa distribución del riesgo conforme lo apuntaremos de seguido.

Como punto de partida tenemos, que el reequilibrio económico contractual por principio constitucional, deviene en un derecho de todo contratista que el Estado debe reconocer, cuando determinadas situaciones afecten el equilibrio normal del contrato, sujeto únicamente a las limitaciones propias del particular esquema de negocios utilizado por las partes.

En este sentido, si bien la cláusula 18.1 original, apunta a un esquema de restablecimiento del equilibrio económico del contrato únicamente bajo las causales establecidas en la cláusula 18.2 contractual²², lo cierto del caso es que la modificación incorporada con la adenda, encuentra su límite natural en el propio contrato. De forma tal que, solo situaciones previstas contractualmente, son las que harían posible la activación del mecanismo de reequilibrio, tesis que surge de la misma referencia de la norma apuntada al indicar "*de conformidad con el ordenamiento jurídico costarricense*", en vista de tenerse el contrato administrativo como parte integrante de este ordenamiento para las partes.

Así pues, la cláusula en cuestión resulta congruente con la distribución de riesgos contractuales pactados desde el inicio, por lo que entendemos que las partes pretende precisar esa lectura hacia aquellas situaciones que derivadas de la naturaleza del propio contrato y no siendo imputables al Gestor, pudieren realizar una afectación en sus proyecciones económicas.

²¹ "(p) Cualquier otro evento o circunstancia que legitime al Gestor a realizar un reclamo por desequilibrio económico, de conformidad con el ordenamiento jurídico costarricense."

²² Dispone al efecto la cláusula 18.1 original: "18.1. Derecho al Equilibrio económico del contrato. El Gestor tiene el derecho y el CETAC la obligación a que se mantenga el equilibrio económico del Contrato, de tal manera que el balance de los derechos y obligaciones económicas de las Partes permanezca inalterado durante el Plazo, de conformidad con los alcances del artículo 18 de la LCA y los principios desarrollados por las resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, el Gestor podrá solicitar la aplicación de los mecanismos para el restablecimiento del equilibrio financiero cuando las circunstancias excepcionales e imprevisibles descritas en la cláusula 18.2 afecten de manera substancial las condiciones originalmente pactadas, incluyendo la recuperación razonable de los Costos del Gestor y su condición financiera. En todo caso, el Gestor debe demostrar razonablemente al CETAC cuál de las situaciones excepcionales han afectado su situación financiera, así como la cuantificación precisa del efecto causado por dicha situación de excepción."





Indudablemente que para la determinación de esas eventuales condiciones de ajuste, existe el deber del Gestor de demostrar la existencia de la causal conforme las reglas contractuales y cómo esta de existir, le ha provocado un perjuicio económico, lo cual en todo caso queda bajo la exclusiva responsabilidad del CETAC determinar en cada caso.

Esta lectura integral del contrato respecto de inciso p que se comenta, es reafirmada no sólo por el Órgano Fiscalizador del Contrato de Gestión Interesada -al establecerse sobre este tema que esa disposición no altera la matriz de riesgos del contrato²³, sino que además por el mismo Gestor, este último por medio del oficio GO-LE-11-407 de fecha 10 de agosto del 2011, al indicar respecto al inciso p) de comentario en lo que interesa lo siguiente:

"(...) Es nuestro entender que este párrafo encuentra fundamento en la línea jurisprudencial de referencia, al grado que independientemente de que sea o no incorporado en forma expresa en el texto del CGI, el Gestor estaría en idéntica posición para formular un reclamo por tratarse de materia immune a restricciones definidas por las partes o el propio legislador. / Ahora bien, es claro que los alcances de la disposición han de ser interpretados en el contexto del CGI, especialmente de la distribución de riesgos plasmada desde el propio cartel, la oferta y el contrato. Nótese que la remisión al "ordenamiento jurídico" que incluye el texto de la cláusula, hace que se deba incluir como una de sus fuentes el contrato mismo que es ley entre las partes (...)"

Bajo este esquema, encuentra este Despacho posible dimensionar y precisar los alcances de la referida cláusula contractual, en el tanto tal y como el OFGI y el Gestor lo han entendido, las causales de reequilibrio no cobijadas expresamente en la cláusula 18.2 de la adenda, tengan su origen en el mismo Contrato de Gestión Interesada, en la medida que la modificación no implica una variación de la distribución de riesgos en perjuicio para el CETAC.

b) Sobre la remediación ambiental:

En la adenda sometida a estudio, las partes acordaron incorporar como causal de reequilibrio económico contractual, la imposibilidad del Gobierno de Costa Rica de remediar ambientalmente los terrenos ocupados por COOPESA y RECOPE, toda vez que en estos espacios una vez trasladadas estas entidades, se deben realizar proyectos de obra referidos a las fases III y IV del Contrato.

Para este propósito, en vista que nuestro país carece actualmente de normativa clara y desarrollada en cuanto al proceso de remediación de suelos y aguas subterráneas, las partes acordaron utilizar para esos fines las normas que sobre remediación ambiental aplica el Estado de Alberta en Canadá, las cuales contienen un cúmulo de normas y protocolos destinados a habilitar ambientalmente determinadas áreas, estableciendo la intervención según los niveles de contaminación que se detecten en estos espacios.

La utilización de estas normas para efectos de la remediación en el caso de los terrenos antes mencionados, tiene su origen en el interés expresado por el Banco Interamericano de Desarrollo mediante nota del 25 de mayo del 2011, en el sentido que los créditos otorgados para el desarrollo de obras, versen

²³ Así en el oficio CETAC-OFGI-FG-OF-34S-2011 del 9 de agosto del 2011, el Órgano Fiscalizador actual señaló sobre el tema: *"(...) No obstante, tanto el Órgano Fiscalizador como el Gestor Interesado, entendemos que esta modificación debe leerse dentro del contexto del Contrato de Gestión y la figura aplicada, por lo que la misma no afecta la matriz de riesgos del contrato del CETAC, en tanto por tratarse de una figura especial como es la Gestión interesada, se reconocerán ajustes al equilibrio financiero del contrato por las causales contractuales (...)"*





sobre proyectos ambientalmente sostenidos, de ahí que, ante la ausencia de normativa interna en cuanto a la forma de efectuar una remediación ambiental por la existencia de eventuales agentes contaminantes en esos terrenos, se concluyó que la utilización de las normas del Estado de Alberta, en vista de ser lo suficientemente completas para el propósito dicho, resultan idóneas para la remediación ambiental que en esos espacios fuera necesario aplicar.²⁴

Sobre este tema, este órgano contralor es consciente que la inversión en un proyecto de la envergadura que representan las obras de expansión en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, debe ir aparejado con un proceso de sanidad ambiental efectivo, no solo por política bancaria internacional sino que además por responsabilidad social, sobre todo tomando en consideración que por el tipo de entidades que ocupan esos terrenos, no sería extraño algún grado de contaminación en el subsuelo, que implicara la necesidad de efectuar su habilitación ambiental.

Bajo este orden de ideas, es claro que bajo un principio de territorialidad dada la ejecución de las obras en nuestro país, la normativa a aplicar para ese propósito serían las existentes en nuestra legislación, sin embargo en el caso de estudio tenemos que en nuestro ordenamiento jurídico interno no encontramos disposiciones jurídicas capaces de ofrecer el nivel de detalle necesario para llevar a cabo en su caso, la remediación ambiental de esos espacios. Por lo que surge la necesidad de recurrir a otras fuentes normativas que bajo principios de lógica y razonabilidad, siguiendo al efecto lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, ofrezcan solución a estos vacíos en la legislación, advertidos incluso en su oportunidad por el asesor legal externo del CETAC, especialmente en cuanto a criterios numéricos y protocolo de intervención.²⁵

Es por ello que ante estas lagunas señaladas en la legislación, este órgano contralor no encuentra contrario al ordenamiento jurídico, que las partes de común acuerdo definan recurrir a una normativa aceptada internacionalmente para ese propósito específico, antes bien, la ausencia de regulación concreta en nuestra país sobre estos temas, tomaría prácticamente en especulativa y sujeta a diversa interpretación, el tema de la remediación ambiental de los terrenos ocupados por RECOPE y COOPESA.

Sobre este particular, siendo que no existe forma de medir conforme las regulaciones internas, el nivel de impacto ambiental en los terrenos mencionados ni mucho menos un protocolo de intervención adecuado, las normas propuestas –cuya oportunidad e idoneidad en su aplicación deja este Despacho bajo responsabilidad absoluta de ese órgano–, se perfilan como la solución adecuada para ese fin, aún más si como bien lo ha indicado el Órgano Fiscalizador estas normas permitirán “...determinar los niveles máximos permisibles de contaminantes tanto en suelo como en aguas subterráneas...” y además

²⁴ Criterio que es seguido también por el Gestor Interesado al manifestar en el oficio GO-LE-11-285 del 27 de mayo del 2011 visible a folio 825 del Tomo II del expediente, sobre la utilización de esta normativa internacional para la remediación ambiental que: “(...) Ante la ausencia de normas específicas en Costa Rica para remediación ambiental de suelos que han albergado actividades industriales propensas a utilización de químicos y materiales eventualmente contaminante y dada la sensibilidad internacional que adquieren los temas relacionados con la contaminación ambiental; las partes han estimado oportuno establecer como parámetro de remediación para los sitios que han venido ocupando COOPESA y RECOPE en el AJS, los estándares de remediación que define el Addendum, que son de pacífica aceptación en la práctica bancaria internacional; dado que por la orientación y proyección de entidades casualmente promotoras del desarrollo sustentable ambientalmente en el caso de ambas entidades financieras propuestas por el Gestor, las reglas sugeridas constituyen estándares internacionalmente reconocidos como de alto y deseable nivel, de forma tal que lejos de incidir en una afectación al interés público en el caso del AJS, más constituye una garantía de su tutela al ser incorporado como estándar vinculante para el CETAC (...)”

²⁵ Al respecto ver opinión jurídica CDP-OI-006-2011 de junio del 2011, emitida por el Dr. Aldo Mileno Sánchez, en su condición de asesor legal externo del CETAC, visible a folios 989 a 1019 del Tomo II del expediente administrativo.





"suministran una guía para definir las medidas de que compone el plan de remediación en caso de ser necesario desarrollarlo.."²⁶

Bajo esta óptica y siendo que la normativa del Estado de Alberta, según lo manifestado tanto por el asesor legal externo como el propio Órgano Fiscalizador en los oficios apuntados, no se contraponen a la normativa interna sino que más bien, sirven como complemento en lo no regulado por el ordenamiento interno, sumado al hecho que las mismas entidades acreedoras han manifestado su anuencia a la utilización de estas normas, no se observa como ya se indicó, incorrección alguna en su utilización, no obstante debe considerarse lo que será manifestado en el siguiente párrafo.

Dado que la normativa ambiental a utilizar implicará de parte del CETAC, la coordinación con una serie de actores ajenos al vínculo contractual, entendidos estos principalmente como el Ministerio de Salud y el Sistema Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA), es clara la obligación que asiste al primero de adoptar las medidas oportunas para ese cometido, llevando cabo no solo la contratación de los profesionales necesarios para esa labor –Gestor ambiental- sino que además estableciendo mecanismos de comunicación ágiles y efectivos con sus interlocutores.

Sobre este tema interesa mencionar el criterio AA-22-07-2011-11 vertido por el Dr. Allan Astorga Gattgens, aportado por las autoridades de CETAC con ocasión del presente trámite de refrendo, en el cual se efectúa un recuento no solo de los tiempos de ejecución de las actividades de remediación que eventualmente fueran necesarias realizar, sino que además establece las dependencias con las cuales deberían efectuarse las coordinaciones respectivas, ello con la finalidad que ese órgano preste especial atención a estos tiempos, en consideración al momento en que esos espacios deben encontrarse a disposición del Gestor.²⁷

Por otra parte como ya fue indicado, no resulta desconocido que estos espacios son necesarios para llevar a cabo obras propias de las fases comprendidas en el Plan Maestro aprobado, por lo que resulta una condición sustancial el que CETAC verifique la puesta a disposición de estos terrenos de acuerdo con los cronogramas definidos, de forma tal que se eviten que atrasos injustificados por parte de la Administración den lugar no solo a la activación del mecanismo de reequilibrio por esta causal, sino que además, atrasos al Gestor en la ejecución de las obras.

Decimos lo anterior, tomando en cuenta particularmente para el caso del espacio ocupado por COOPESA, el hecho que según lo expresado por el Gestor Interesado en su oficio GO-LE-11-283, visible a folio 819 del Tomo II del expediente administrativo, no será sino hasta enero del 2014 de acuerdo con el Plan Maestro, en donde será necesaria la disponibilidad de ese terreno para efectos de la construcción de la Terminal Doméstica, exonerando al CETAC de cualquier reclamo por desequilibrio previo a esa fecha,

²⁶ Ver al respecto oficio CETAC-OFGL-FG-OF-345-2011 del 9 de agosto del 2011, págs 43-50.

²⁷ Al respecto se indicó que: "(...) En lo que se refiere a las entidades competentes que participan en estas obras de remediación, debo señalarle que he realizado una serie de consultas, conforme a su solicitud, para determinar a ciencia cierta cuál es la participación de cada una de ellas y los tiempos estimados de su intervención. He confirmado, además, que no existe inconveniente en utilizar para la definición de las obras, las guías de Alberta, Canadá / Las entidades estatales involucradas en la remediación de suelos y aguas, respectivamente, son el Área Rectora del Ministerio de Salud de Alajuela (Ley No.8839) y la Dirección de Investigación y Gestión Hídrica del Servicio Nacional de Aguas, Riego y Avenamiento (Ley No.6877) / En un primer momento, la intervención de tales entidades consistiría en revisar el informe para su aprobación. En un segundo momento, deberían dar su aprobación y seguimiento a las medidas de remediación que eventualmente sean necesarias. En ambos casos, se harían verificaciones in situ. / En ambos casos, esaman los funcionarios consultados que les (sic) tomará aproximadamente treinta días, la revisión del protocolo informe y, una vez finalizadas las obras de remediación, otros treinta días para pronunciarse con relación al informe final que rendiré oportunamente al respecto (...)"





por lo que deberá verificarse que antes de ese plazo el citado inmueble se encuentre a disposición del Gestor Interesado.²⁵

VII.- Sobre los procedimientos de ajuste tarifario y mecanismos de compensación del Gestor:

a) Alcances jurídicos del mecanismo.

Mediante el artículo VII de la adenda remitida a refrendo, se introduce una modificación a las cláusulas 16.2.1 incorporando un procedimiento de aprobación tarifaria en el contexto del CGI que implica que el Gestor Interesado a más tardar el 10 de enero de cada año presente su solicitud de ajuste tarifario y para lo cual se prevé que deban encontrarse aprobadas y publicadas a más tardar el 1 de junio de ese mismo año, de lo contrario se aplicarán los artículos 4.5 y 4.6 del nuevo Apéndice H²⁹ que regulan lo concerniente a retrasos en la aprobación tarifaria y la compensación en caso de que CETAC y/o ARESEP se separen de la metodología establecida en el CGI para la aprobación de ajustes tarifarios.

De igual forma, la adenda No.2 modifica en ese mismo artículo la cláusula 16.3.4 para incorporar precisamente los supuestos de retrasos en los procedimientos tarifarios conforme las reglas ya referidas señalando que las tarifas aeronáuticas y no aeronáuticas no se encuentran vigentes al 1 de junio o en caso de que las tarifas de ARESEP mantengan diferencia con la aprobación de CETAC se aplicarán los artículos 4.5 y 4.6 del Apéndice H.

En relación con la definición de un plazo al 1 de junio, tenemos que si bien inicialmente el Gestor Interesado sustentó un primer plazo al 1 de mayo de cada año³⁰, lo cierto es que conforme el análisis

²⁵ Al respecto, en el oficio GO-LE-11-283 antes citado el Gestor indicó al respecto que "(...) Por lo demás, en atención a lo recomendado por el Plan Maestro sometido a conocimiento del CETAC y en proceso de aprobación final, el Gestor requerirá disponer de los terrenos ocupados por COOPESA y por RECOPE, no después del mes de enero del año 2014, de donde el Gestor está en disposición de exonerar al CETAC de cualquier responsabilidad patrimonial derivada del retraso en el traslado de las instalaciones de COOPESA, siempre y cuando el Plan Maestro llegue a constituir documento vinculante; es decir, en el supuesto de que el mismo llegase a contar con la aprobación del CETAC (...)" Folios 824-825 Tomo II del expediente administrativo.

²⁹ "4.5 Compensación en casos de retraso en la aprobación tarifaria. En caso de que las Tarifas Aeronáuticas o No Aeronáuticas presentadas por el Gestor no entren en vigencia conforme al artículo 16.2.1 del Contrato, el CETAC reconocerá mensualmente al Gestor la diferencia que esta demora en la aprobación de tarifas le genere. Para tal efecto, el Gestor presentará liquidaciones mensuales al Fideicomiso con la diferencia por concepto de tarifas no percibidas en razón de la demora utilizando las siguientes fórmulas: (...) 4.6. Compensación en caso de que CETAC y/o ARESEP se separen de la metodología establecida en el CGI para la aprobación de ajustes tarifarios. En caso de que las tarifas aeronáuticas y no aeronáuticas fijadas por ARESEP y/o CETAC respectivamente, sean inferiores a las que hubiesen resultado de la aplicación de la metodología establecida en este Apéndice, el CETAC reconocerá mensualmente al Gestor la diferencia que dicha reducción le genere utilizando las Fórmulas 11 y 12 de este Apéndice. El Gestor presentará liquidaciones mensuales al Fideicomiso con la diferencia por concepto de tarifas no percibidas en razón de la disminución generada por las tarifas aprobadas. / En caso de que el Gestor y CETAC estimen que la reducción acordada por ARESEP es fundada (en el caso de las aeronáuticas), se deberá, suspender las liquidaciones mensuales aplicadas y solicitar al Gestor el reintegro de las sumas que le hayan sido giradas por este concepto más los intereses calculados con base en el artículo 2.4.1.2 del Apéndice H de este Contrato. / En caso de desacuerdo que será comunicado por la parte inconforme a la otra por escrito, el Gestor y CETAC podrán acogerse al procedimiento para resolución de disputas establecido en el CGI. Finalizado este proceso con resultado favorable al criterio de CETAC, el Gestor deberá reintegrar todas las sumas percibidas por el reembolso antes citado, más los intereses calculados con base en el artículo 2.4.1.2 del Apéndice H de este Contrato."

³⁰ "En este orden de ideas, se definió un plazo y fecha exacta dentro del proceso de revisión y aprobación tarifaria, tomando como base una combinación entre los plazos ya existentes en el CGI y el Reglamento de Servicios Aeroportuarios, otorgando no solo un tiempo razonable a todas las partes que participan en este proceso, sino dando mayor certeza a los eventos que culminarían en la generación de ingresos y por ende en los flujos de caja. / La fecha máxima para la entrega de las propuestas tarifarias por parte del Gestor se definió en el 10 de Enero de cada año y la entrada en vigencia técnica y formal para las partes firmantes del CGI se definió como el 01 de Mayo de cada año." Oficio No. GO-LE-10-495 del 7 de setiembre de 2010.





realizado por el OFGI³¹ determinó que aun contemplando los plazos normales de tramitación en el procedimiento tarifario, lo cierto es que en el caso de las tarifas aeronáuticas se alcanzaba el 1 de mayo teniendo aún pendiente la publicación de las tarifas en La Gaceta, por lo que se sugirió un plazo de un mes adicional hasta el 1 de junio de cada año. Estimó en esa oportunidad el OFGI que la modificación no tendría ningún impacto en el flujo de fondos al Gestor que es lo que interesaba a los Bancos y disminuyendo la presión sobre el CETAC por un aspecto que está fuera de su control.

En relación con las justificaciones para la introducción de estos mecanismos, se ha indicado que responde precisamente a un requerimiento de parte de los acreedores en el contexto del nuevo cierre financiero en aras de evitar potenciales conflictos durante la fase de ejecución sobre temas asociados a los plazos de aprobación de las instancias competentes, cálculos aritméticos no definidos con claridad en el contrato y parámetros no definidos dentro de las fórmulas matemáticas, respecto de lo cual indicaron los organismos financieros que:

“A grandes rasgos, los temas que se debían cubrir en el Addendum II, que se comentan con más detalle en el apartado siguiente, pueden ser resumidos de la siguiente manera: / • Proceso de Ajustes de Tarifas Aeronáuticas y No Aeronáuticas: la revisión del pasado en relación a este tema, demostró ser una fuente permanente de conflictos. Atrasos en la aprobación de tarifas, la aplicación de diferentes metodologías y la multiplicidad de interpretaciones sobre este tema fueron y siguen siendo la norma y no la excepción. Bajo esta estructura sería de esperar que se generen conflictos en el futuro. La ausencia de certeza con respecto al nivel tarifario posee un impacto directo sobre el flujo de fondos futuros generados por el AJS, el cual constituye la principal fuente de pago de los préstamos y obligaciones de Aeris. Todo lo cual podría afectar la habilidad de mantener el nivel de servicio requerido en las operaciones. En este contexto, el Addendum II propone una serie de clarificaciones al contrato que tienden a ajustar el Anexo H y establecer responsabilidades concretas entre Aeris y OFGI/CETAC. Se sugieren por tanto modificaciones al artículo 16.2.1 y el artículo 16.3.4 del CGI, así como al Artículo V del Apéndice J. (...)Es importante destacar que los cambios propuestos en ningún momento intentan producir un desbalance en las obligaciones de las partes, no crean mayores obligaciones para el CETAC, ni procuran en modo alguno disminuir las responsabilidades Aeris o mucho menos aumentar sus derechos. Son cambios fundamentalmente de procedimiento que tienen por objetivo hacer bancable el proyecto y por esa vía lograr el financiamiento de los Prestamistas que de otra manera sería imposible.”³²

A su vez, tanto los anteriores integrantes del OFGI como la conformación actual avalaron las medidas incorporadas en la adenda. Al respecto, mediante el oficio No. OFGI-FG-OF-602-2010 del 16 de agosto de 2010 concluyó que los temas objeto de regulación de una eventual adenda No.2 son razonables y no presentan problemas de legalidad sustanciales; así como mediante el oficio No. OFGI-FG-OF-696-2010 del 24 de setiembre de 2010 se indicó que no existían impedimentos legales o financieros para la

³¹ Oficio No. OFGI-FIN-MEM-024-2010 del 22 de setiembre de 2010 (REF: CETAC-OF-1837-2010). Ver en igual sentido la Opinión Jurídica emitida por el Asesor Jurídico Externo del CETAC mediante el oficio No. CDP-OJ-013-2010 del 23 de setiembre de 2010.

³² Anexo de la nota suscita por los señores Jean-Marc Aboussouan en su condición de Jefe de la División de Infraestructura del Departamento de Financiamiento Estructurado y Corporativo del Banco Interamericano de Desarrollo y Nancy Rivera en su condición de Directora General de Financiamiento Estructurado de la Overseas Private Investment Corporation, mediante oficio s/n del 6 de setiembre de 2010 (Anexo 1 de GO-LE10-495 del 7 de setiembre de 2010). De igual forma se indicó en dicho anexo que: “Típicamente el parámetro de mayor volatilidad de cualquier proyecto de este tipo es el nivel de ingresos ya que los mismos dependen de una multiplicidad de variables. A modo de ejemplo, en el caso del AJS, se puede decir que el nivel de ingresos depende de: i) el volumen de tráfico el cual depende de variables tales como desempeño económico de Costa Rica y otros países entre otras variables y, ii) la estructura de tarifas. (...) En el caso particular del CGI, la estructura tarifaria es particularmente compleja y requiere una multiplicidad de cálculos para poder arribar al cuadro tarifario. Sumado a esta complejidad el CGI presenta varias imprecisiones en cuanto a la explicación de la metodología tarifaria que se prestan (y se han prestado) a interpretación y que constituyen un riesgo inaceptable para los Prestamistas.”





suscripción de esta adenda, sin perjuicio de valoraciones de oportunidad y conveniencia que pudiera hacer el CETAC. De igual forma, el actual OFGI recomendó la aprobación de la adenda en cuestión mediante el oficio No. CETAC-OFGI-FG-OF-222-2011 del 27 de mayo de 2011³³, indicando en el Anexo No.1 que las cláusulas en cuestión no imponen nuevas obligaciones al CETAC, en la medida que se pretende el manejo del riesgo tarifario como un tema del Consejo, por lo que no se afecta la matriz de riesgos original. De igual forma en el oficio No. CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011 del 9 de agosto de 2011 el OFGI señaló respecto de la procedencia de estas medidas que:

“16.2.1 Estas modificaciones se realizan para dar claridad y certeza al proceso de administración del CGI. así como para eliminar una fuente de confusión y desacuerdo históricos. Los cambios eliminan la incertidumbre al estipular plazos claros y definitivos para la tramitación de los ajustes tarifarios, y si se incumpliese con dichos plazos, el Gestor tendrá derecho a compensación. El mecanismo es imprescindible a los efectos de no afectar el equilibrio económico del contrato y de que las entidades financieras perciban certeza jurídica en que el Gestor no estará expuesto a demoras interminables e incontrolables, en los procedimientos de fijación de tarifas. Es menester considerar que esos procedimientos son los que a su vez dan certeza a las proyecciones financieras, que en este tipo de proyectos es la garantía principal de los créditos. Con estos ajustes se pretende blindar al Gestor y al CETAC, ante consecuencias desequilibrantes del contrato ocasionadas por no aprobación o demoras de la autoridad encargada de la fijación de tarifas. En caso de retrasos del CETAC, se aplicaría el mismo mecanismo de reajuste del equilibrio, sin perjuicio de que si el CETAC aprobase finalmente un ajuste en la Tarifa (No Aeronáutica), en un monto inferior al propuesto por el Gestor, el Gestor deberá reembolsar al CETAC por cualquier compensación en exceso que hubiese recibido. (...) Esta modificación, evidentemente impone obligaciones al Consejo Técnico, en tanto delimita el tiempo para conocer y aprobar o improbar las peticiones tarifarias. No obstante, esta obligación que se establece explícitamente en esta cláusula, ya existe como obligación constitucional y legal, dentro de nuestro sistema jurídico, cual es el mantener el equilibrio económico financiero de los contratos. De este modo, con este mecanismo automático se evitan entre otras cosas el reconocimiento de pago de intereses o el desembolso en un sólo tracto de montos por atrasos por varios meses acumulados que hoy día está obligado el CETAC a hacer en caso de reclamo del Gestor ante atrasos. / 16.3.4 El ajuste de esta cláusula es una consecuencia de lo descrito en la modificación de la cláusula 16.2.1 y también una aclaración de las reglas del Apéndice H sobre Régimen Tarifario (que también ha sido otro punto débil y controvertido del CGI durante toda su vigencia). Se procura aclarar un punto focal de conflictos durante los años anteriores, para evitar la incertidumbre en eventuales procesos administrativos o judiciales.”

En ese sentido, estimó el OFGI que efectivamente, en la actualidad el Apéndice H establece una obligación contractual para el CETAC en la remisión oportuna a la ARESEP del pliego tarifario, sino también de reconocer la posibilidad de resarcir al Gestor por retrasos en la aprobación tarifaria según se desprende de las cláusulas 18.2 inciso d) y 16.3.4 del CGI, según consta en los oficios No. CETAC-OFGI-FG-OF-222-2011 del 27 de mayo de 2011 y CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011 del 9 de agosto de 2011. En ese sentido se pronunció también el Dr. Aldo Milano en su condición de Asesor Externo del CETAC, en el oficio No. CDP-OJ-012-2011 del 16 de agosto de 2011³⁴.

³³ En igual sentido se pronunció el Asesor Jurídico Externo del CETAC mediante Opinión Jurídica No. CDP-OJ-013-2010 del 23 de setiembre de 2010.

³⁴ En dicho oficio se indica: “Como resulta de lo dispuesto en el Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios, el cartel que definió las condiciones en que sería seleccionado el Gestor y el CGI: (...) el riesgo tarifario, esto es, el riesgo de no percibir ingresos con sustento en tarifas actualizadas conforme a la metodología definida en el Apéndice H, sea por dilación u omisión o bien, por quebranto de la metodología tarifaria definida por el Reglamento de Servicios Aeroportuarios y el Apéndice H, corre por cuenta del CETAC. Igualmente, el CETAC está obligado a equilibrar financieramente al Gestor, en caso de que una modificación de la metodología definida por las partes, la ARESEP y el Poder Ejecutivo, así lo haga exigible.”





No pierde de vista este órgano contralor que un tema recurrente en los diferentes oficios ya referidos al examinar la modificación de comentario (sea por parte de los organismos financieros, por el Gestor Interesado o por el OFGI y el Asesor Externo del CETAC), ha sido precisamente el ejercicio oportuno de las competencias de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (en adelante ARESEP) y la eventual situación de que el ente regulador se aparte de la metodología tarifaria dispuesta por el CGI³⁵, situación que tiene plena vigencia en la actualidad según se acredita en el trámite con el reclamo presentado por el Gestor Interesado para el reconocimiento de las sumas económicas no contempladas en las tarifas aeronáuticas correspondientes al periodo 2010 -2011, las cuales fueron fijadas por ARESEP con "desviación" de la metodología del CGI por una suma de US\$1.010.353,53³⁶ y que será resuelto oportunamente. Es por ello que resulta procedente realizar algunas consideraciones respecto de los alcances de las potestades de ARESEP y las modificaciones que se introducen al CGI mediante la adenda.

Al respecto, tenemos que la competencia de ARESEP es exclusiva para la aprobación y fijación de tarifas conforme dispone el artículo 5 inciso g de la Ley No. 7593 (reformada por la Ley No. 8660)³⁷, lo cual también se encuentra desarrollado en el artículo 9 del Reglamento de Servicios Aeroportuarios (Decreto Ejecutivo No. 27380-MOPT), que dispone:

Artículo 9º—Competencia de la ARESEP en la aprobación de pliegos tarifarios. La ARESEP tiene competencia exclusiva y excluyente para aprobar los pliegos tarifarios de los servicios aeroportuarios regulados por ella.

En igual sentido, el artículo 19 del Reglamento de Contratos de Gestión Interesada de Servicios Aeroportuarios (Decreto Ejecutivo No. 26801-MOPT), señala:

Artículo 19.-Fijación de tarifas. Las tarifas aplicables por los servicios aeroportuarios serán fijadas de conformidad con los procedimientos legales establecidos. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos regulará las tarifas correspondientes a los servicios aeronáuticos según los términos de la Ley No 7593.

Como puede verse, las tarifas de servicios aéreos incorporadas en los pliegos tarifarios, no pueden cobrarse al usuario sino hasta tanto sea aprobado por la ARESEP y debidamente publicado en el Diario Oficial La Gaceta. De esa forma, dentro del trámite de aprobación tarifario, es claro que el CETAC no está en capacidad de aplicar las tarifas aeronáuticas, sino que esto depende del ejercicio de la competencia de

³⁵ En especial puede verse el Anexo No.1 del oficio No. CETAC-OFGI-FG-OF-222-2011 del 27 de mayo de 2011.

³⁶ Reclamo presentado el 22 de julio de 2011, mediante el oficio No. GO-LE-11-379 del 20 de julio del 2011.

³⁷ En este sentido puede verse la sentencia No. 54-2011 de las once horas cincuenta y un minutos del veintuno de marzo de dos mil once, del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Y que indicó: "Haciendo una relación entre las normas y los conceptos expuestos, se concluye en primer lugar, que hay dos tipos de servicios aeroportuarios: los aeronáuticos o aéreos y los no aeronáuticos. Corresponde a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos la fijación de las tarifas de los aeronáuticos. Con respecto a los servicios no aeronáuticos, han de hacerse las siguientes indicaciones: como acaba de señalarse, los aeropuertos son bienes de dominio público, administrados por el Estado. Dentro de los servicios que se prestan, está la utilización de los espacios para el desarrollo de actividades comerciales. En razón de lo anterior, lo que se estaría fijando el Consejo Técnico de Aviación Civil y el Poder Ejecutivo, no sería una tarifa, sino un canon por la utilización del local, al cual no le aplicarían los principios propios del derecho tributario, ni las regulaciones establecidas para las tarifas establecidas por la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sino los principios generales establecidos en la Ley General de la Administración Pública para la emisión de un acto administrativo, así como las propias de la Ley General de Aviación Civil."





aprobación y fijación prevista legalmente para la ARESEP³¹, por lo que tampoco resulta un aspecto disponible en forma contractual precisamente por la potestad pública que supone reservada a la ARESEP.

En esa medida, entiende este órgano contralor que el CGI no podría en modo alguno disponer de las potestades de aprobación y fijación tarifaria reservadas a la ARESEP, con lo cual no es posible cobrar al usuario aspectos derivados de la relación contractual que mantiene el CETAC con el Gestor Interesado sino ha sido aprobado por el ente regulador. Así entonces, es cierto que el CETAC tiene una serie de atribuciones legales dispuestas en los artículos 10 inciso IX, 90, 104, 162, 164, 165 y 166 de la Ley General de Aviación Civil, pero que deben dimensionarse con las reglas ya mencionadas en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos según se ha indicado.

No obstante lo anterior, es preciso deslindar las competencias previstas en la normativa antes citada de los alcances del CGI y de la relación contractual que mantiene el CETAC, en donde bajo su discrecionalidad y sin desnaturalizar los alcances del CGI, es factible disponer la modificación contractual para atender aspectos derivados del principio de intangibilidad patrimonial y atender de esa forma cualquier discusión relativa al equilibrio económico en la lectura del flujo de ingresos que supone un proyecto de esta naturaleza.

Es precisamente, bajo esta lógica que resulta plenamente factible que el CETAC rechace o impruebe la propuesta presentada por el Gestor luego de realizar sus respectivos análisis conforme las cláusulas contractuales del CGI. En ese sentido, la formulación del pliego tarifario y por ende la petición de fijación de tarifas para servicios aeroportuarios que contempla el artículo 21 del Reglamento de Servicios Aeroportuarios, es una labor del CETAC que no resulta la de un simple remitir de la petición del Gestor Interesado, sino que demanda de ese órgano un análisis exhaustivo que luego se utilizará para cumplir con los requisitos del numeral reglamentario ya mencionado, a saber: Propuesta de tarifas debidamente justificada, Informe sobre el cumplimiento de los acuerdos emitidos por la ARESEP, Estudio de mercado, análisis histórico (oferta y demanda) y metodología de proyección utilizada, Costos o gastos de operación, cuando menos al tercer nivel de subcuentas, reales o proyectados, Activo fijo neto en operación, revaluado, Programa quinquenal de inversiones, Servicio de la deuda, Análisis de la situación económico - financiera del prestatario del servicio con tarifas vigentes y propuestas y Estructura de precios o tarifas.

Como puede verse, existen aspectos propios de la fijación tarifaria que implican precisamente la recuperación del costo del servicio y la obtención de un margen de ganancia en justo equilibrio a los intereses de los usuarios, todo conforme las reglas contractuales previstas en el CGI. Esta valoración conforme las reglas contractuales le corresponden al CETAC. Debe entonces distinguirse con toda claridad que existe un primer plano referente a las tarifas en donde la ARESEP tiene la competencia para el ejercicio de la potestad regulatoria y tarifaria; mientras que existe un segundo plano que es el reservado al clausulado contractual, en donde es precisamente el CETAC quien se constituye en el actor relevante en

³¹ En ese sentido, ha indicado la Procuraduría General de la República que: "Como los servicios enumerados por el artículo 5 de la Ley de la ARESEP están plenamente titularizados, se sigue la sujeción de la potestad tarifaria a los elementos que conforme el artículo 31 antes transcrito deben ser considerados para dar debido cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. De modo que a partir de la potestad atribuida por el legislador y conforme las metodologías que reglamentariamente se haya establecido, ARESEP deberá fijar las tarifas. Lo cual implica la emisión de los actos administrativos que, ejercitando la potestad reguladora, determinen cuál es la tarifa que los usuarios deben pagar por un servicio público determinado. Una tarifa que debe tomar en consideración los costos necesarios, una retribución competitiva y garantizar la inversión necesaria para que el servicio pueda continuar funcionando en condiciones de calidad, confiabilidad, continuidad y eficiencia. Ergo, el acto tarifario expresará los elementos que, conforme el ordenamiento y la técnica, determinen cuál es la remuneración correspondiente al servicio público de que se trata." Opinión Jurídica No. OJ-066-2009 del 23 de julio de 2009.





relación con su contraparte y en donde ya no se discute tarifas, sino reglas de ejecución propias del CGI que implican la posibilidad de tomar medidas propias para la continuidad del contrato, en tanto no se oponga al ordenamiento jurídico y a la naturaleza misma del CGI.

Así entonces, el mecanismo contractual propuesto por las partes supone trasladar los efectos entre las partes bajo un esquema intracontractual³⁹, que no resulta trasladable a tarifas pero que permita precisamente compensar el retraso en el ejercicio de las potestades. De esa forma, las partes dispone de un mecanismo para atender los riesgos que originalmente fueron regulados contractualmente mediante las cláusulas 18.2 inciso d y 16.3.4 del CGI, regulan una nueva forma de enfrentar el riesgo de CETAC bajo este mecanismo automático y no mediante un mecanismo posterior, todo en aras de asegurar el flujo de ingresos del CGI.

Desde luego, entiende este órgano contralor que esta posibilidad no resulta ajena a nuestro ordenamiento jurídico, sino que deriva precisamente del principio de efecto relativo de los contratos o principio de relatividad contractual reflejado en el artículo 1025 del Código Civil, el cual resulta de aplicación en este caso. En ese sentido, los contratos solo surten efecto entre las partes que los han otorgado, sin afectar entonces a terceras personas ajenas a la relación contractual y que no han concurrido con su voluntad a su otorgamiento. En ese sentido indica Juan Carlos Rezzónico que:

“Significa, en otras palabras, que la autonomía que vincula a los contratantes no puede convertirse en heteronomía respecto de terceros que no han intervenido en la convención. Como observa Lafaille, el acuerdo contractual está destinado a reglar los derechos de quienes intervienen en él, pero el propósito de los contratantes no ha podido ser el de involucrar a los extraños en sus consecuencias: éstos no podrían quedar afectados por esos actos, sin que su libertad individual resultara afectada, al igual que el derecho de cada uno para administrar y disponer de lo suyo. En verdad, el principio del efecto relativo de los contratos se concibe por la doctrina como uno de los tres pilares de materia convencional: la libertad contractual (...) la fuerza obligatoria de los contratos, y por último, su efecto relativo, restringiendo los alcances de lo pactado a las únicas personas que lo han convenido;...”⁴⁰

Así entonces, la forma en cómo se aborda el riesgo contractual por retrasos en los procesos de aprobación tarifaria o inobservancia de la metodología del CGI, son aspectos que resultan administrables por las partes en el tanto no se opongan a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y a la esencia de la naturaleza que tiene el CGI. De esa forma, resulta posible en criterio de este órgano contralor que el CETAC acuerde mecanismos contractuales como el incorporado en las cláusulas comentadas, que responde precisamente al deber general de cooperación con los acreedores⁴¹ y no aumenta materialmente las obligaciones del CETAC, según ha también indicado el propio OFGI.

La lógica de estas previsiones obedece a la participación de los acreedores bajo la dinámica de un contrato bajo la estructura de *project finance*, en donde los acreedores resultan un elemento relevante; lo

³⁹ Al respecto el OFGI señaló en el oficio No. CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011 del 9 de agosto de 2011 que: “En caso de que exista atraso no imputable al Gestor, para que las tarifas estén debidamente aprobadas y publicadas para el primero de junio de cada año; el importe o monto de la tarifa sometido a aprobación, será de aplicación inmediata entre las partes (Interpartes) para efectos contractuales. / Las tarifas aeronáuticas serán aplicadas a los usuarios hasta que se encuentren debidamente aprobadas por la ARESEP, y las no aeronáuticas hasta que las apruebe el CETAC y se publiquen en el diario oficial La Gaceta.” En igual sentido puede verse el oficio No. CETAC-OFGI-FG-OF-222-2011 del 27 de mayo de 2011.

⁴⁰ Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p.244-245.

⁴¹ “2.2 DEBER GENERAL DE COOPERACION CON LOS ACREEDORES. El CETAC cooperará en forma razonable con los Acreedores y considerará errándias no substanciales a este Contrato, cuando ello sea razonablemente requerido por los Acreedores y en el tanto tales errándias no aumenten materialmente las obligaciones del CETAC ni disminuyan materialmente los derechos del CETAC.”





cual lógicamente se refleja también en el clausulado del CGI cuando se refiere a que restablecimiento del equilibrio financiero debe considerar también las obligaciones con los acreedores según dispone el propio artículo 18.3 del CGI cuando señala:

“En la determinación del mecanismo para el restablecimiento del Equilibrio Financiero, el CETAC deberá tomar en consideración la necesidad de cumplimiento de las obligaciones financieras del Gestor para con sus Acreedores.”

De esa forma, estima este órgano contralor que el mecanismo incorporado para el caso de los retrasos irrazonables en la aprobación tarifaria, contempla tanto los supuestos de CETAC como de ARESEP desde la lógica contractual como un impacto a los ingresos que percibiría el Gestor en caso de haber operado oportunamente el ejercicio de las competencias, ya sea en lo referente a sus plazos contractuales o de índole legal para resolver, que también contempló originalmente el CGI como aspectos propios del manejo de riesgo bajo la lógica intracontractual al amparo del principio de relatividad contractual.

Como puede apreciarse, bajo esta línea de razonamiento las modificaciones contractuales acordadas no suponen un desconocimiento de las competencias de ARESEP, en el tanto no se está cargando a tarifa y por ende al usuario, sino que CETAC está regulando los efectos de esos retrasos en sus obligaciones contractuales según ya se ha referido⁴². Sobre el particular, indicó el Dr. Aldo Milano en su condición de Asesor Jurídico Externo del CETAC que:

“Nótese, en todo caso, que las cláusulas no pretenden sustituir en el ejercicio de la potestad a la ARESEP o el Poder Ejecutivo, al grado que se deja en claro que lo pretendido, tan sólo, es que el mecanismo contractual de compensación permita al CETAC cumplir con su obligación contractual de actualizar conforme a la metodología que forma parte del Contrato, la remuneración al Gestor, sin que para ello sea necesario que terceros ajenos a la relación, como la ARESEP, el Poder Ejecutivo y los usuarios, sean vinculados por tales cláusulas contractuales. / La vigencia de las tarifas sigue estando regida por las reglas que integran el Bloque de Legalidad, no así por ninguna contenida regla contenida en el CGI. / Aún más, es claro que la voluntad de las partes del CGI no es relevar en el ejercicio de la potestad de fijar tarifas ni a la ARESEP ni al Poder Ejecutivo, desde que han mantenido inalteradas reglas como la contenida en el punto IV.B del cartel y, especialmente, la cláusula 16.1.1. del CGI según la cual “La fijación de las tarifas es y seguirá siendo potestad exclusiva del Estado ...”⁴³

Por su parte, la propia ARESEP ante una consulta realizada por el OFGI señaló en relación con el ejercicio de sus competencias en esta materia y la distinción con la regulación sobre efectos contractuales que:

“En atención al oficio de referencia, en el que se nos solicita señalar, si la Autoridad Reguladora tiene objeción en que sea incorporado en el Contrato de Gestión Interesada un mecanismo de compensación que opere exclusivamente a lo interno de la relación entre el CETAC y Gestor, no así hacia terceros, indicamos lo siguiente: (...) De conformidad con lo anterior, resulta claro que lo dispuesto en contrato

⁴² Al respecto puede verse el oficio No. CETAC-OFGI-FG-OF-356-2011 del 16 de agosto de 2011. En igual sentido se ha expresado el Gestor Interesado mediante el oficio No. GO-LE-415 del 16 de agosto de 2011, en el sentido de que las tarifas no entran en vigencia ni entre las partes, ni a terceros hasta que ARESEP ejerza formalmente la competencia, por lo que se trata de un mecanismo de compensación que no podría alterar las facultades regulatorias de ARESEP, pues rige únicamente entre las partes (p.3).

⁴³ Oficio No. CDP-OJ-012-2011 del 16 de agosto de 2011, suscrito por el Dr. Aldo Milano en su condición de Asesor Jurídico Externo del CETAC.





de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría y sus adendas no enerva las competencias de la Autoridad Reguladora referidas a la regulación del servicio público aeroportuario. (...) La adenda del contrato sometida a conocimiento del Ente Regulador, por parte del CETAC, lo que procura es insertar un mecanismo de compensación entre el CETAC y el Gestor Interesado, en el sentido de establecer formalmente un criterio mediante el cual se establece que de existir diferencias entre lo acordado como ingresos esperados según el contrato y los ingresos producidos por la aplicación de las tarifas aprobadas por la Autoridad Reguladora. El CETAC realizará la totalidad de pagos comprometidos según contrato, independientemente de la fecha de la aprobación de tarifas que emita la Autoridad Reguladora y del monto resultante. En razón de lo anterior, no le corresponde a la Autoridad Reguladora, pronunciarse sobre la pertinencia, conveniencia u oportunidad de este tipo de modificaciones contractuales."⁴⁴ (el subrayado no es del original)

Como se desprende del oficio transcrito y según se ha venido indicando, lo dispuesto en contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría y sus adendas no afecta las competencias de la ARESEP, sino que justamente obedece a una regulación contractual sobre la que tampoco tiene competencia ese ente regulador, por lo que tampoco puede referirse precisamente a la pertinencia, conveniencia u oportunidad de las modificaciones en tanto se encuentran dentro de la esfera de discrecionalidad del CETAC.

Ahora bien, es cierto que el CGI en la actualidad no contempla la posibilidad de discusión por desajustes en la metodología tarifaria como si lo contempla la cláusula 4.6 del Apéndice H, pero ya el inciso q) de la cláusula 18.2 contemplaba también la posibilidad de revisar las condiciones financieras en los supuestos de cambios en la metodología de ajustes de las tarifas; respecto de lo cual encuentra sentido este órgano contralor en tanto afecta el corazón mismo de este tipo de contrato en donde precisamente la tarifa se convierte en el mecanismo clave de recuperación de los ingresos por parte del Gestor Interesado y luego también de los acreedores. Sobre este tema ha indicado justamente la Procuraduría General de la República que:

"De lo dispuesto en el artículo 3 citado en conexión con el 31, ha derivado la Procuraduría que la fijación de la tarifa debe mantener el equilibrio financiero del servicio (artículo 31, in fine), lo que implica que las tarifas no pueden ser fijadas en montos o porcentajes que provoquen una situación de déficit o de superávit para la entidad operadora del servicio. Si se produjera un déficit o superávit no sólo se violentaría el principio de equilibrio financiero sino también el de eficiencia económica. Afirmación que se ha fundado en que un concesionario de servicio público no puede ser eficiente si las tarifas que recibe como contraprestación no le aseguran una remuneración por los costos reales y totales del servicio y un porcentaje necesario para invertir en la mejora del propio servicio. Tal sería el caso de una fijación que no llegue a cubrir los costos del servicio, que afecte la competitividad del prestatario o no permita el desarrollo de su actividad. Pero, también se ha indicado que si la fijación de las tarifas permite un superávit presupuestario, se podría lesionar los intereses y derechos de los usuarios, ya que se le estaría exigiendo una contraprestación por un monto superior al requerido para mantener el servicio en condiciones de eficacia y eficiencia y, por ende, el equilibrio que el legislador consideró."⁴⁵

De esa forma, es factible que el CETAC en pleno respeto del ejercicio de las potestades de la ARESEP no pueda trasladar a tarifas los montos pretendidos en el escenario de una disputa por tarifas

⁴⁴ Oficio No. 5811 de 23 de agosto de 2011 (478-RG-2011) del 23 de agosto de 2011 remitido mediante el oficio No. CETAC-OF-1988-2011 del 22 de agosto de 2011.

⁴⁵ Opinión Jurídica No. OJ-30-2011 del 6 de junio de 2011.





inferiores a los que correspondan por la aplicación de la metodología, aunque tampoco pareciera factible que el ente regulador pueda apartarse de la metodología fijada⁴⁶. Sobre este tema indicó el Asesor Jurídico Externo del CETAC que:

“Es de especial interés resaltar que idéntica sujeción a la metodología tarifaria vincula a la ARESEP, dado que conforme al artículo 57 c) de la Ley No. 7593, artículos 21, 22, 23 y 24 del Reglamento de Servicios Aeroportuarios, así como conforme a la cláusula 16.1.4 del CGI, las tarifas han de ser fijadas con base en y solo con base en, la metodología tarifaria prevista por el citado Reglamento y el Apéndice H del CGI. / A esta altura del análisis, interesa detenerse en la caracterización, en el marco del procedimiento tarifario, del acuerdo de aprobación del CETAC del pliego que le corresponde adoptar, cuando éste se ajuste a la metodología. / Para ello, basta con apoyarse en la citada Res. No. 57 de 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia antes citada. No cabe duda de que de modo análogo cabe concluir que el acuerdo del CETAC “...constituye una recomendación necesaria pero no de acatamiento obligatorio. Por ende, desde ningún plano condicionaba la decisión de la ARESEP. Nótese que la misma legislación le faculta aprobar, improbar o modificar la propuesta de aquél órgano, lo que por sí solo hace concluir que se trata de una proposición no vinculante, que por tal no compone sujeción alguna para esa autoridad, que en orden a lo expuesto ostenta facultades exclusivas en esta materia, ergo, excluyentes de cualquier otro órgano o ente público.” / Ahora bien, ello no significa, en modo alguno, que la fijación que en definitiva establezca la ARESEP, sea de carácter discrecional. En efecto, al igual que en el caso examinado en el aludido fallo, resulta válida y aplicable al caso concreto, la consideración de la Sala Primera según la cual, “cuando el examen refleje la necesidad del incremento y se han satisfecho los requisitos pertinentes, no existe discrecionalidad para dictar el rechazo, alegando razones ajenas a la técnica. Ergo, en ese tanto opera una reducción a cero de las potestades inicialmente discrecionales, siendo que una vez realizado el cálculo, es el resultado de esa operación la que determina y precisa el contenido de la decisión.” / Es decir, la decisión que se adopta está predispuesta por los presupuestos técnicos reflejados en la metodología tarifaria, de modo que el margen de acción discrecional del ente regulador se ha visto reducido a cero.”⁴⁷

No obstante, conforme han determinado oportunamente el OFGI y el propio CETAC, es viable que bajo la regulación de riesgos propios del CETAC, se tome las respectivas provisiones contractualmente, en tanto cualquier discusión desfavorable a la resolución de la ARESEP impactaría necesariamente su presupuesto como contraparte en el CGI. Sobre el ejercicio de la potestad tarifaria y la potencial afectación o desequilibrio ha señalado también la Procuraduría General de la República que:

“La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución N° 380-F-SI-2009 de las nueve horas del veinte de abril del presente año ha determinado que debe existir un equilibrio en la

⁴⁶ Al respecto puede verse el Dictamen No. C-053-2010 del 25 de marzo de 2010 en donde se indicó citando otro anterior que: “Si bien fue emitido en relación con las tarifas para los servicios públicos enumerados en el artículo 5 de la Ley 7593, consideramos aplicable lo indicado en el dictamen C-329-2002 de 4 de diciembre de 2002 sobre la competencia tarifaria: / “La potestad tarifaria es un poder-deber, lo que sin duda implica que la institución que tiene una determinada potestad en materia de su competencia, no sólo puede, sino que debe ejercerla” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución 6326-2000 de las 18 hrs. del 19 de julio de 2000). Y está comprendida dentro de esa potestad el definir, conforme el ordenamiento, cuáles son los elementos que deben ser considerados para dar debido cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 3, 25, 29 y 31 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. De modo que a partir de la potestad atribuida por el legislador y conforme las metodologías que reiteradamente se haya establecido, le corresponde fijar las tarifas. Lo cual implica la emisión de los actos administrativos que, ejercitando la potestad reguladora, determinen cuál es la tarifa que los usuarios deben pagar por un servicio público determinado. Una tarifa que debe tomar en consideración los costos necesarios, una retribución competitiva y garantizar la inversión necesaria para que el servicio pueda continuar siendo prestado en condiciones de calidad, confiabilidad, continuidad y eficiencia. Ergo, el acto tarifario expresará los elementos que, conforme el ordenamiento y la técnica, determinan cuál es la remuneración correspondiente al servicio público de que se trata”. (el subrayado no es del original).

⁴⁷ Oficio No. CDP-OJ-012-2011 del 16 de agosto de 2011, suscrito por el Dr. Aldo Milano en su condición de Asesor Jurídico Externo del CETAC.





tarifa, que satisfaga tanto los derechos de los usuarios como la ganancia justa para el prestador. El análisis se desarrolla en lo que interesa según lo siguiente: / "VI.- Fijaciones tarifarias. Principios regulatorios. En las concesiones de servicio público (dentro de estas las de transporte remunerado de personas), corresponde a la ARESEP fijar las tarifas que deben cancelar los usuarios por la prestación de la actividad recibida (numerales 5, 30 y 31 de la Ley 7593), la que constituye, a su vez, la retribución económica que, como derecho, debe darse al operador delegado del servicio público, y la cual debe permitir la cobertura de la inversión y costos necesarios para su desarrollo, más el margen de utilidad que de antemano ha sido pactado. Ese cálculo, ha de realizarse conforme al principio del servicio al costo, en virtud del cual, según lo señalado por el precepto 3 inciso b) de la Ley no. 7593, deben contemplarse, únicamente, los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garantice el adecuado desarrollo de la actividad. (...) El párrafo final de esa norma expresa que no se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestatarias, postulado que cumple un doble cometido. Por un lado, se insiste, dotar al operador de un medio de retribución por la actividad prestada que permita la amortización de la inversión realizada para prestar el servicio y obtener la rentabilidad que por contrato le ha sido preñada. Por otro, asegurar al usuario que la tarifa que paga por el transporte obtenido sea el producto de un cálculo matemático en el cual se consideren los costos necesarios y autorizados, de manera tal que se pague el precio justo por las condiciones en que se brinda el servicio público. Pero además, como punto relevante, cabe destacar que la tarifa es la base esencial para dotar al operador de los recursos financieros que le posibiliten invertir en el desarrollo de la actividad, lo que supone, dar el contenido económico que permita mejorar el servicio de manera continua, (...) Este aspecto lleva a que el proceso tarifario deba constituir un equilibrio entre ambas posiciones, al punto que se satisfagan los derechos de los usuarios, pero además el derecho que se deriva del contrato de concesión, de la recuperación del capital y una ganancia justa. Por ende, si bien un principio que impregna la fijación tarifaria es el de mayor beneficio al usuario, ello no constituye una regla mediante la cual se pueda validar la negación del aumento cuando técnicamente proceda, siendo que en esta dinámica debe imperar un equilibrio justo de intereses, lo que se logra, entre otras cosas, con un precio objetivo, razonable y debido. En su correcta dimensión, implica un servicio de calidad a un precio justo. Con todo, el incremento tarifario dista de ser un fenómeno automático. Está sujeto a un procedimiento y su viabilidad pende de que luego del análisis técnico, se deduzca una insuficiencia económica."⁴³

Se trata entonces de armonizar el respeto a las competencias con la debida atención de sus obligaciones contractuales y contemplar un mecanismo que permita precisamente ajustar un supuesto en el que se genere una disputa de esta naturaleza⁴⁹, cuyas resultas le corresponde reconocer económicamente al CETAC independientemente de si coincide o no con el Gestor Interesado en caso de que así sea resuelto judicialmente (impugnación de la fijación tarifaria) o reconsiderado por la propia ARESEP.

⁴³ Opinión Jurídica No. OJ-066-2009 del 23 de julio de 2009.

⁴⁹ Sobre este tema el Asesor Jurídico Externo del CETAC indicó: "De este modo, es claro entonces que el mecanismo de compensación automática previsto por la Adenda No.2, sin duda, debe verse como la respuesta ante la eventualidad de una actividad administrativa ilegítima, ya sea por omisión del ejercicio oportuno de la potestad de fijación tarifaria o bien, por violar un parámetro de legalidad debidamente incorporado al Ordenamiento, es decir, las reglas técnicas de índole financiera que conforman la metodología de ajustes tarifarios. / El mecanismo, entonces, representa el instrumento mediante el cual el CETAC remedia el desequilibrio financiero que causa, objetivamente, una dilación irrazonable en la resolución de los pliegos tarifarios o la infracción de la metodología tarifaria, sea por falta de aplicación o por indebida aplicación. / Cabe destacar que por tratarse de un remedio previsto en el CGI, sus efectos se reducen a ese ámbito, quedando inalteradas reglas tales como la definida por el artículo 2 del Reglamento de Servicios Aeroportuarios, según la cual, la vigencia de los pliegos tarifarios corre a partir de su aprobación por el órgano competente (ARESEP o el Poder Ejecutivo) y publicación en el Diario Oficial 'La Gaceta'. / El remedio, con todo, tiene como sustento el paradigma conforme al cual, nadie está obligado a soportar cargas que jurídicamente no le corresponden. Esto es, el Gestor no está obligado a soportar la carga que significa financieramente que un tercero ajeno a la relación (ARESEP o el Poder Ejecutivo) no fijen anualmente las tarifas en plazos razonables y conforme a la metodología que su contraparte, el CETAC, le aseguró que sería la considerada para estimar sus ingresos de modo estable durante el largo plazo." Oficio No. CDP-OJ-012-2011 del 16 de agosto de 2011.





De esa forma, entendemos que la modificación contractual propuesta supone una lectura acorde con el principio de relatividad de los contratos que ya se ha referido, pero ante todo un mecanismo que la Administración articuló en aras de atender un eventual pago y sus obligaciones contractuales en cuanto a la afectación económica que esta discusión pueda generar, sin renunciar por ello a la impugnación oportuna del acto de fijación en caso de que se encuentre en desacuerdo. En este sentido, es claro que el CETAC se impone la obligación de impugnar tanto en sede administrativa como judicial, los supuestos en que exista desacuerdo. Adicionalmente, debe considerarse respecto de la aplicación del procedimiento de resolución de disputas del CGI, que el CETAC debe valorarse previamente, si resulta un mecanismo apropiado para las pretensiones que se deban discutir en el contexto de una diferencia de criterios por la aplicación de la metodología tarifaria⁵⁰.

No se pierde de vista que tanto el OFGI como el Gestor Interesado, han insistido sobre la novedad de que la cláusula 4.7 del Apéndice H permite la posibilidad de recuperar las compensaciones que deba realizar al Gestor⁵¹, lo cual en las condiciones actuales no estaría en capacidad de recuperar si el Gestor reclama algún desequilibrio por retrasos en aprobación de tarifas, el CETAC no podría recuperar esos recursos. Al respecto, estima este órgano contralor que, si bien el mecanismo de recuperación sobre los Servicios No Aeronáuticos es potestad exclusiva del CETAC, necesariamente implica para ese órgano la obligación de mantener los registros apropiados y verificar la aplicación del mecanismo automático de compensación; sino también de que se respeten en lo pertinente los principios de servicio al costo y equidad⁵². De igual manera, se hace énfasis en la responsabilidad del CETAC en el seguimiento de los

⁵⁰ Sobre estos temas ha indicado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: "V.- (...) En consecuencia, la fijación de dicha tarifa es una potestad estatal, lo mismo que sus reajustes y actualizaciones, por ser de la misma naturaleza, no siendo un elemento consensual del contrato. Si el ejercicio de esa potestad pública es intransferible e irrenunciable, no puede ser objeto de un proceso arbitral, aunque por supuesto, no escapan al control de la jurisdicción contencioso administrativa. / VI.- Del estudio de las peticiones de la demanda, no le cabe duda a esta Sala, que el objeto del proceso arbitral no se construye exclusivamente a determinar si el CTP incumplió su obligación de diseñar una metodología de reajuste de tarifas (no de precio) y su posible responsabilidad en el pago de los eventuales daños y perjuicios derivados de esa omisión, porque aunque el Tribunal Arbitral trate de reducir todo el problema a la determinación de si existe un incumplimiento contractual o no, de las pretensiones esgrimidas en la demanda, se aprecia que ellas superan tanto en calidad como en cantidad, a las que alude. Nótese que en el punto sexto de la petitoria, se le solicita al Tribunal Arbitral que declare cuál es la metodología correcta que debe aplicarse para reajustar las tarifas originales (aunque se diga "precio") a su valor real, y con base en esa metodología (petitoria séptima), determinar la diferencia entre la tarifa vigente y la que "hubiere correspondido percibir si el CTP y el MOPT hubiesen cumplido con sus obligaciones contractuales y constitucionales...", a ser retribuida como daños y perjuicios, para lo cual, los árbitros tendrían que pronunciarse y sustituir a la Administración en el diseño del mecanismo de reajuste, lo cual es materia indisponible. La declaratoria de incumplimiento contractual, que contienen las peticorias primera a quinta, no son más que el fundamento donde descansa la pretensión sexta y de ésta, depende la indemnizatoria, por lo que todo está ligado inexorablemente al diseño de la metodología de reajuste de tarifas, pronunciamiento que escapa el objeto de un proceso arbitral, porque de permitirse, se estaría incurriendo una sustitución de potestades legales que solo competen en su exclusivo ejercicio a la Administración, o a los Tribunales Jurisdiccionales comunes en su potestad de control de la función administrativa. / VII.- No está de más advertir, que ya la Jurisprudencia Constitucional, cuanto los mismos dictámenes de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, todos de carácter vinculante para la Administración, relativos al tema en cuestión, y de los cuales el propio apelante cita ejemplos, hacen mención al carácter indelegable de la potestad legal que aquí interesa, y de la indisponibilidad de someter al examen de árbitros, materias como tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud entre otras. Por el contenido de tales criterios y lo demás aquí sustentados, es que se estima que el compromiso arbitral suscrito entre las partes no alcanza ni comprende los aspectos que aquí interesan, ya que permitirlo violentaría el ordenamiento jurídico, por el carácter irrenunciable e indelegable a un Tribunal Arbitral del ejercicio de potestades públicas." Sentencia No. 000906-A-04 de las nueve horas cuarenta minutos del veintinueve de octubre del año dos mil cuatro.

⁵¹ La cláusula comentada indica en lo que interesa: "4.7. Mecanismo de compensación. Derivado de la aplicación de las Fórmulas 11 y 12, y en caso de que el CETAC demuestre que durante el período k-1, entendiéndose como período k-1 el año de amortización que va de 01 de Mayo de un año anterior al 30 Abril del año corriente, haya incurrido en compensaciones al Gestor por cualquiera de las dos causales descritas en los puntos 4.5. y 4.6. de este Apéndice, (...) Este Monto de Compensación, será considerado como parte de los Servicios No Aeronáuticos según el punto 3.1. de este Apéndice y su aprobación será exclusiva potestad del CETAC. Asimismo su aplicación se deberá realizar como parte del boleto emitido por las Aerolíneas de forma que su recolección y control sea estricto y detallado."

⁵² "El principio de servicio al costo procura armonizar los intereses de los consumidores, usuarios y prestadores de los servicios, así como el equilibrio entre las necesidades de estos. Cumpliendo con los objetivos fundamentales que el legislador le ha confiado, la Autoridad debe velar porque los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima los servicios públicos que están sujetos a su autoridad, sean cumplidos." Opinión Jurídica No. 01-066-2009 del 23 de julio de 2009.



recursos generados a partir de la aplicación de esta cláusula, en la medida que se trata de ingresos reservados de CETAC.

Finalmente, la aplicación de los mecanismos de compensación que se han venido comentando definitivamente tendrá un impacto sobre los ingresos del CETAC, por lo que procede realizar algunas consideraciones al respecto. En cuanto a los efectos sobre la liquidez del CETAC como resultado de la aplicación del punto 4.6 del apéndice H por eventuales compensaciones que realice la Administración al Gestor, ya sea porque la ARESEP, o el mismo CETAC, se aparten de la metodología establecida para aprobación de ajustes tarifarios, la Administración señala que no se estima que la compensación prevista pueda poner en entredicho su capacidad de atender su actividad sustancial y que no se ocasionarán efectos adversos sobre su presupuesto que comprometan su estabilidad institucional.⁵³

Para sustentar su dicho, la Administración toma como referencia un reclamo reciente presentado por el Gestor relacionado con la petitoria tarifaria 2010-2011, en el cual se indica que la ARESEP se apartó de la metodología del CGI y no consideró dentro del cálculo tarifario las expropiaciones y las reservas por mantenimiento y nuevo aeropuerto. Dicho reclamo comprende un plazo de siete meses, para un total de \$1.010.353,53, lo que equivale a \$144.336,21 mensuales, suma que señala, de acuerdo con información sobre ingresos⁵⁴ aportada por la Fiscalizadora Financiera del OFGI, equivale apenas a un 5.5% de los ingresos mensuales promedio que percibe el CETAC provenientes del AIJS, y por lo tanto, concluye esa Administración que para efectos de operación dicha reducción en sus ingresos no representaría de modo alguno un problema en su presupuesto.

Asimismo, refiere a información presupuestaria⁵⁵ elaborada por la Unidad de Presupuesto de la Dirección General de Aviación Civil (DGAC) a efecto de demostrar que, considerando el límite de gasto impuesto por el Ministerio de Hacienda, la DGAC ha tenido en cada uno de los últimos tres años un superávit importante, el cual para el 2010 equivale a aproximadamente \$14,0 millones, razón por la cual considera esa Administración que aún bajo el supuesto de que el monto anual a compensar fuera de \$1 millón, esto no ocasionaría ningún efecto sobre el presupuesto de la DGAC. Incluso, manifiesta que si el Consejo Técnico tomará la decisión de utilizar el superávit acumulado para invertir en proyectos prioritarios para la institución, siempre se estaría en capacidad de atender las compensaciones con la partida de asignaciones globales del período.

Aunado a lo anterior, la Administración señala como antecedente el diferimiento de ingresos a favor del Gestor aprobado en el año 2001, en virtud del cual, manifiesta que durante un período de tres años, los ingresos del AIJS percibidos por el CETAC se redujeron en un promedio de 12%, lo cual, según información financiera aportada por la Fiscalizadora Financiera del OFGI⁵⁶, equivale a \$350.000 mensuales, situación que afirma no le ocasionó ninguna dificultad al CETAC en su operación.

Adicionalmente, se explica que mediante la cláusula 4.7 del apéndice H, se incorpora al contrato un mecanismo mediante el cual el CETAC podría recuperar la compensación realizada al Gestor, con lo

⁵³ Este tema es desarrollado en los oficios CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011 y CETAC-OF-1912-2011 del 9 y 11 de agosto de 2011 respectivamente.

⁵⁴ Oficio CETAC-OFGI-OF-075-2011 del 8 de agosto de 2011, incluido como Anexo 15 del oficio CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011.

⁵⁵ Oficio DGAC-PRE-OF-1479-2011 del 8 de agosto de 2011, incluido como Anexo 16 del oficio CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011.

⁵⁶ Oficio CETAC-OFGI-OF-075-2011 del 8 de agosto de 2011, incluido como Anexo 15 del oficio CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011.





cual se reduce aún más la probabilidad de que las compensaciones generen un efecto adverso sobre la liquidez del CETAC.

En atención de lo expuesto, la Administración ha acreditado que la aplicación del punto 4.6 del apéndice H no representa un riesgo importante para el cumplimiento de la actividad sustancial del CETAC, sea por falta de liquidez o efectos adversos en su presupuesto, aspecto que se deja librado a la exclusiva responsabilidad de la Administración. Asimismo, se toma en consideración que el CETAC ha realizado gestiones atinentes a mitigar el riesgo de desequilibrio por desviaciones en la metodología tarifaria aplicada por la ARESEP⁵⁷, de forma tal que la aplicación del mecanismo de compensación contemplado en el punto 4.6 citado, resulte de carácter excepcional, siendo responsable esa Administración por el seguimiento oportuno de las acciones emprendidas.

VIII.- Consideraciones específicas sobre el Apéndice H:

En cuanto al Apéndice H, indica el Órgano Fiscalizador⁵⁸ que es necesario aclarar las reglas sobre el régimen tarifario contenidas en el Apéndice H, por cuanto este ha sido un punto débil y controvertido del CGI, razón por la cual señala que la intención es tener reglas matemáticas aplicables a todas las situaciones y por eso el énfasis de los cambios se ha centrado en las fórmulas y sus descripciones. Manifiesta que ha sido el entender de las partes, que cuanto menos subjetividad persista en esta materia, mayor seguridad jurídica habrá y menos posibilidades de conflicto derivadas de esta situación.

Del análisis integral de los documentos aportados en la solicitud de refrendo y de los incorporados al expediente durante el trámite, se desprende que en el texto sustitutivo del Apéndice H actual se realizan las siguientes modificaciones:

- a. Se incorporan 10 fórmulas matemáticas para el cálculo de tarifas, que se derivan del modelo de proyecciones financieras (MPF), para reconocer las obras y la deuda virtual que resulta de éstas, los fondos de reserva, el cálculo del P(capex) y los ajustes por demanda, entre otros; por medio de las cuales se trasladan los costos del Gestor a tarifas, por centro de costos.
- b. Aunado al punto anterior, mediante la fórmula 5 del Apéndice H se establece explícitamente que los costos asociados al Fondo para el Desarrollo de Futuros Aeropuertos Internacionales como el Fondo para el Mantenimiento y Desarrollo del Sistema Nacional de Aeropuertos, estipulados en la definición de Ingresos Reservados del CGI serán trasladados a tarifas.
- c. Se incorporan 4 fórmulas nuevas en los puntos 4.5 al 4.8 del Apéndice, mediante las fórmulas 11 y 12 se cuantifica la compensación a favor del Gestor por retrasos en la aprobación tarifaria o por acciones del CETAC y/o ARESEP que se separen de la metodología establecida para la aprobación de ajustes tarifarios. Asimismo, la fórmula 13 establece un mecanismo de compensación al CETAC para recuperar las compensaciones que haya realizado por las causales reconocidas en fórmulas 11 y 12. Finalmente, se introduce la fórmula 14 para compensar al CETAC por órdenes de cambio en el Plan Maestro que ese Consejo Técnico financie, una vez que las obras han sido concluidas y puestas al servicio del usuario.

⁵⁷ Oficios CETAC-OF-1348-2011 y CETAC-OF-1349-2011 dirigidos a la ARESEP, así como artículo 12 de la sesión ordinaria 43-2011 del Consejo Técnico del CETAC en relación con el Reglamento de Servicios Aeroportuarios.

⁵⁸ Oficio CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011 del 9 de agosto de 2011.





- d. Se realizan ajustes en el punto 2.4.1.2 del Apéndice H a efectos de explicitar que la "tasa tope" o "costo financiero tope" para efectos del régimen tarifario del CGI corresponde a una tasa de 9.853570% anual, la cual no podrá ser superada durante la ejecución del contrato.

En cuanto al primer ajuste, incorporación de 10 fórmulas para el cálculo de tarifas, el Gestor afirma⁵⁹ que *"No se han realizado cambios a las fórmulas para el cálculo de las tarifas en relación con las Fórmulas de Apéndice H, del texto del Contrato y del Modelo de Proyecciones Financieras [entiéndase MPF]. El único cambio en el Apéndice consiste en hacer explícita las fórmulas que anteriormente se derivaban del MPF"*.

En esta línea de pensamiento, el asesor legal externo del Órgano Fiscalizador⁶⁰, rinde opinión jurídica en relación con el texto sustitutivo del Apéndice H actual y señala que *"el nuevo texto permite consolidar todas las fórmulas matemáticas que actualmente se encuentran dispersas en el CGI, describiéndose además de forma detallada con el fin de eliminar el actual margen de interpretación que se produce en su aplicación práctica. Esto permite, además, mitigar las limitantes técnicas que puedan tener los diferentes operadores que han de acudir a esta fuente"*.

Sobre el particular, con el propósito de verificar que las fórmulas propuestas no modifican las condiciones originales del contrato y que no se está incorporando un nuevo elemento no previsto originalmente, el Órgano Fiscalizador aporta informes⁶¹ realizados por su Asesor Financiero, mediante los cuales se evalúan las fórmulas presentadas en el Apéndice H de la adenda⁶². A partir de los resultados obtenidos en este ejercicio, el citado Asesor Financiero del OFGI concluye que la metodología presentada en la adenda no está variando el cálculo de las tarifas en el CGI, ya que conforme la revisión realizada de la aplicación de las fórmulas incorporadas en el nuevo Apéndice H, al comparar resultados con la metodología utilizada en pliegos tarifarios aprobados por el CETAC y remitidos a la ARESEP se presentan los mismos resultados⁶³, así como que *"existe similitud entre la prosa y las fórmulas indicadas en dicho Apéndice H, para el cálculo de tarifas, razón por la cual no se está incorporando ningún elemento nuevo en el cálculo de tarifas del CGI"*.

En consecuencia, se tiene que la Administración ha acreditado bajo su exclusiva responsabilidad, que en lo que se refiere a las 10 fórmulas para el cálculo de tarifas incorporadas en el texto sustitutivo del Apéndice H, no se está ante una modificación de la metodología para el cálculo de tarifas ni se están introduciendo nuevos elementos, por lo cual entiende este Despacho que lo que se pretende es facilitar la

⁵⁹ Oficio GO-LE-11-283 del 27 de mayo de 2011.

⁶⁰ Opinión Jurídica CDP-01-009-2010, del 14 de agosto de 2010, suscrita por el Dr. Aldo Milano S., Socio Director, Cep Consultores en Derecho Público.

⁶¹ Oficios CETAC-OFGI-FIN-OF-041-2011 y CETAC-OFGI-FIN-OF-71-2011 de fecha 19 de abril de 2011 y 4 de agosto de 2011 respectivamente.

⁶² En cuanto al procedimiento aplicado, el oficio CETAC-OFGI-FG-OF-345-2001, señala: *"Para cada una de las 10 fórmulas propuestas, se realizó este análisis, el cual consiste en / 1- Se analiza la fórmula propuesta, en este caso la fórmula de "Intereses durante la construcción" / 2- Se busca la fórmula correspondiente, en la hoja de cálculo de tarifas de los pliegos tarifarios, en este caso el del pliego tarifario 2011-2012, el cual es ya un documento de referencia conocido tanto por la ARESEP y la CGR (...) / 3- Conforme el paso #2] se verifican los datos incluidos en la fórmula y el resultado obtenido y se procede a sustituir los datos obtenidos en la fórmula propuesta en el apéndice H y se comparan los resultados obtenidos"*.

⁶³ Valga indicar que las observaciones realizadas por el Asesor Financiero del OFGI en el oficio CETAC-OFGI-FIN-OF-71-2011, en cuanto a las fórmulas 3, 6 y 10, se reflejan en el texto sustitutivo del apéndice H que se adjunta a la adenda No. 2 remitida mediante el oficio CETAC-OF-1454-2011 del 16 de junio de 2011.





correcta interpretación de la metodología tarifaria del CGI, expresando en forma algebraica la metodología que se ha aplicado en los pliegos tarifarios remitidos a la ARESEP, la cual se deriva del Apéndice H y del MPF del contrato. Lo anterior, con el propósito de reducir al mínimo la posibilidad de que se presenten diferencias de interpretación entre el CETAC y la ARESEP, por cuanto en proyectos de este tipo reviste especial importancia la certeza de los flujos para el repago de la deuda.

Como segundo ajuste y siempre en referencia con el cálculo de tarifas, señala el Gestor⁶⁴ que mediante modificación al punto 2.4.1.3 del Apéndice H actual, la intención de las partes ha sido *"explicitar que los fondos de reserva y de mantenimiento y desarrollo de aeropuertos nacionales o internacionales, podrán ser trasladados a tarifas, tal y como lo indica la metodología tarifaria original contemplada en el Modelo de Proyecciones Financieras de la Oferta, el cual fue suministrado por la Administración, siendo esa razón de traslado, parte integral del Cartel del concurso y después parte integral del Contrato que nos ocupa. No se pretende incorporar ninguna modificación sobre el particular, aunque, como ha sido el espíritu e intención de la actualización del Apéndice H de esta adenda, sí se ha intentado mejorar la redacción..."*

En ese mismo sentido, la Administración refiere al oficio⁶⁵ mediante el cual el CETAC, de conformidad con interpretación contractual que realiza, expone a la ARESEP las justificaciones para incluir en el cálculo del P(capex) los costos reales asociados con los fondos de mantenimiento y desarrollo de aeropuertos nacionales e internacionales. Al respecto, señala que: *"El "Modelo de Proyecciones Financieras" incluido en el Cartel de la Licitación Pública Internacional N° 01-98, Contrato de Gestión Interesada de los Servicios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría (Apéndice U del CGI), muestra que las reservas para los fondos referidos son transferibles a las tarifas aeronáuticas, tal y como se puede verificar en la Tabla número 8 de dicho modelo y en la Tabla número 16 del mismo. El cual, para todo efecto, es parte integral del Contrato de Gestión Interesada y consiguientemente parte fundamental del mismo, por lo que resulta inexacto afirmar que el CGI no establece cómo se deben recuperar los costos asociados a las reservas para el Fondo de Mantenimiento y Desarrollo del Sistema Nacional de Aeropuertos y el Fondo para el Desarrollo de Futuros Aeropuertos Internacionales (...) Así, siendo que el "Modelo de Proyecciones Financieras" incluido en el Cartel fue creado y suministrado por la misma Administración, y el mismo muestra que las reservas para los fondos referidos son transferibles a las tarifas aeronáuticas, tal y como se puede verificar en la Tabla número 8 de dicho modelo y en la Tabla número 16 del mismo (Apéndice U) es claro que para todo efecto, el Cartel, el cual incluye el Modelo de Proyecciones Financieras, prevalece por sobre el clausulado del contrato según las Disposiciones Generales del Apéndice U del CGI"*.

Asimismo, durante el trámite de refrendo la Administración incorpora al expediente copia certificada⁶⁶ por el asesor financiero del Órgano Fiscalizador, de las tablas 8 y 16 contenidas en el Modelo de Proyecciones Financieras AIFCAP-36, según el expediente administrativo que al efecto lleva el OFGI. Sobre el particular, se aporta oficio⁶⁷ mediante el cual el Asesor Financiero del Órgano Fiscalizador explica el procedimiento de cálculo de tarifas contenido en el modelo de proyecciones financieras AIFCAP-36 presentado por el adjudicatario en su oferta.

⁶⁴ Oficio GO-IC-11-403 del 9 de agosto de 2011.

⁶⁵ Oficio CETAC-OF-1348-2011.

⁶⁶ Anexo No 17 del oficio CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011.

⁶⁷ Oficio CETAC-OFGI-FIN-OF-71-2011 del 4 de agosto de 2011, aportado como anexo 21 del oficio CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011.





De igual forma, en este oficio se muestra que en la Tabla 16 de dicho modelo, se incluyen tanto el Fondo para el Desarrollo de Futuros Aeropuertos Internacionales como el Fondo para el Mantenimiento y Desarrollo del Sistema Nacional de Aeropuertos y se presenta un ejemplo de aplicación de estos fondos para el cálculo de la tarifas según la metodología contenida en la Tabla 8 del mismo modelo, a partir de lo cual concluyó que *"se puede observar que desde un inicio del CGI y en el AIFCAP-36, ya se establecía el traslado de los Fondos de Desarrollo de Futuro Aeropuerto y Fondo de Desarrollo Aeropuerto Nacionales a tarifas"*. A su vez manifiesta, que la metodología empleada en el AIFCAP-36 es concordante con la metodología utilizada a la fecha para el cálculo de tarifas por parte del Gestor Interesado, el Órgano Fiscalizador y el CETAC, así como con el modelo de proyecciones financieras de la Adenda No. 1 al CGI⁶⁴.

De lo anterior, se desprende que la Administración ha acreditado bajo su exclusiva responsabilidad, que el traslado a tarifas de los costos asociados a estos fondos para el desarrollo y mantenimiento de aeropuertos, fue establecido en el modelo de proyecciones financieras (MPF) del CGI. Así las cosas, considera este Despacho deviene necesario hacer algunas consideraciones sobre el modelo de proyecciones financieras.

De acuerdo con el punto II.D.3 del cartel de la Licitación Pública Internacional No. 1-98 se desprende que efectivamente el MPF fue considerado como documentación adicional que forma parte del cartel y del CGI⁶⁵.

Respecto de la vinculación de la metodología para el cálculo de tarifas y el MPF, el artículo XVI del CGI que regula el régimen tarifario, establece en la cláusula 16.1.4 que: *"En el Apéndice H indicado se adjunta nota de la ARESEP confirmando el procedimiento y la metodología establecida para la fijación de las Tarifas. Asimismo, las aplicaciones numéricas de la metodología tarifaria aprobada por la ARESEP se encuentran detalladamente ilustradas en el Modelo de Proyecciones Financieras adjunto a este Contrato"*.

En ese mismo sentido, el punto 2.4.1.4 del actual Apéndice H indica que *"El cálculo de P(capex) correspondiente a cada tarifa, por centro de costo, se realizará de conformidad con la metodología expuesta en el MPF"*, en tanto que en el punto 2 del Apéndice U del CGI dispone que *"El Modelo de Proyecciones Financieras incluido en este Contrato es el mismo presentado en la Oferta adjudicada y tiene incorporado los precios topes y firmes cotizados en ella, así como las metodologías y fórmulas para la fijación de tarifas, de conformidad con el apéndice H"*.

Por otra parte, en cuanto al alcances del MPF el citado punto 2 del Apéndice U agrega: *"las Partes entienden que el Modelo de Proyecciones Financieras se refiere a proyecciones de variables comerciales, precios topes, demanda y otros factores y, por ende, los resultados de sus cálculos y proyecciones son*

⁶⁴ Al respecto el artículo VII de la Adenda No. 1 señala: *"DEL MODELO DE PROYECCIONES FINANCIERAS/ Se modifica el primer párrafo del punto 2 del Apéndice U "Modelo de Proyecciones Financieras", para que en lo sucesivo se lea: / "El Modelo de Proyecciones Financieras vigente a partir de la eficacia del Addendum N°1 es el que se adjunta en el Addendum N°1 al Contrato, denominado "2009 03 24x Financiera Model San José-Cetac. Xls" y tiene como base los precios topes y firmes cotizados en la oferta, así como las metodologías y fórmulas para la fijación de tarifas, de conformidad con el apéndice H. No obstante, lo anterior, las Partes entienden que el Modelo de Proyecciones Financieras se refiere a proyecciones de variables comerciales, precios topes, demanda y otros factores y, por ende, los resultados de sus cálculos y proyecciones son indicativas. / Se modifica el punto 3 del Apéndice U "Modelo de Proyecciones Financieras, para que en lo sucesivo se lea: / "El Modelo de Proyecciones Financieras vigente a partir de la eficacia del Addendum 1 es el que se adjunta, denominado "2009 03 24x Financiera Model San José-Cetac. Xls"*.

⁶⁵ Al respecto señala *"Se consideran parte integral de esta licitación y del sucesivo contrato los siguientes documentos: / 2. El Modelo de Proyecciones Financieras (MPF) entregado a los oferentes junto con este cartel en formato electrónico"*.





indicativas", aspecto que es analizado tanto por el Gestor como por el Órgano Fiscalizador, los cuales concluyen que lo indicativo del MPF son los resultados, los cuales dependen de variables comerciales, demanda y tiempos de ejecución, no así la metodología que se emplea para el cálculo de tarifas⁷⁰. Aunado a lo anterior, esta Contraloría General se ha referido al tema en diversas ocasiones reiterando que los resultados y proyecciones que contiene el MPF son indicativos y que por tanto, éstos no representan en ningún momento una garantía de ingresos por parte de la Administración⁷¹.

En virtud de las consideraciones anteriores y dado que, que tal y como ya se indicó, la Administración ha acreditado bajo su exclusiva responsabilidad, que el traslado a tarifas de los costos asociados a estos fondos para el desarrollo y mantenimiento de aeropuertos, fue establecido en el modelo de proyecciones financieras (MPF) del CGI, no encuentra este Despacho objeción en cuanto a la modificación del Apéndice H en lo que lo que se refiere a este tema.

En lo que respecta a los puntos 4.5 a 4.8 del Apéndice H comentado, nos remitimos a lo comentado por este Despacho en el apartado VII del presente oficio.

En cuanto a la modificación del apéndice H referida a la tasa de interés aplicable para efectos del régimen tarifario del CGI, del análisis integral de los documentos remitidos con la solicitud de refrendo y los aportados durante el trámite, se desprenden una serie de consideraciones de interés realizadas por las partes.

- i. Manifiesta el Gestor⁷² que la tasa de interés promedio de financiamiento incluida en la oferta presentada en 1998, según condiciones del cartel, resultó ser de 9.9250%.
- i. Señalan las partes⁷³ que el cierre financiero de este proyecto contempló una tasa de interés promedio de 9.89%, correspondiente a las condiciones existentes a ese momento, según fue aprobado en el artículo 2 de la sesión extraordinaria 79-2001 del Consejo Técnico de Aviación Civil, celebrada el 28 de agosto de 2001, con el cual se modificó el artículo quinto de la sesión extraordinaria No. 78-2001 del 21 de agosto de 2001⁷⁴, la cual según indica el Gestor es entendida en primera instancia como el costo financiero tope que podría ser transferido a tarifas.
- ii. Que para efectos de la metodología tarifaria del CGI, las partes manifiestan que históricamente se ha utilizado la tasa de interés de 9.853570% como la tasa de recuperación de las inversiones en las tarifas, la cual resulta inferior a la del cierre financiero del contrato.

⁷⁰ Oficios CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011 así como su anexo 20 que corresponde al oficio GO-IC-11-403 ambos del 9 de agosto de 2011 y CETAC-OF-1912-2011.

⁷¹ Sobre el particular, en el Informe DFOE-OP-1/2003 esta Contraloría General señaló que "Las aplicaciones numéricas de la metodología tarifaria establecida en el Apéndice H del Contrato, se encuentran ilustradas en el MPF. Este modelo, que es parte del Apéndice U del CGI —y que es el mismo presentado en la Oferta adjudicada— consiste en un conjunto de hojas de cálculo que contienen además de la aplicación metodológica citada, los precios tope y firmas cotizados en la Oferta, las proyecciones de variables comerciales, de demanda y otras. Respecto de este modelo, debe tenerse presente que los resultados de sus cálculos y proyecciones son indicativos."

⁷² Oficio GO-IC-11-403 del 9 de agosto de 2011, incluido como Anexo 20 del oficio CETAC-OFGI-OF-345-2011.

⁷³ Oficios CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011 así como su anexo 20 que corresponde al oficio del Gestor GO-IC-11-403 ambos del 9 de agosto de 2011 y CETAC-OF-1912-2011.

⁷⁴ Según consta en el anexo 4 del oficio CETAC-OFGI-OF-345-2011.





- iii. Que a partir de lo anterior, la citada tasa de 9.853570% ha sido aceptada y entendida por las partes como la tasa tope o costo financiero tope para efectos del régimen tarifario del CGI⁷⁵.
- iv. Que según lo indicado por las partes, la tasa tope de 9.853570% se origina a partir de las reglas cartelarias, de la oferta, del cierre financiero, del plan de financiamiento y de las disposiciones establecidas en el apéndice H del CGI⁷⁶.

Así las cosas, de la información aportada para efectos del presente trámite, la cual queda bajo la responsabilidad de la Administración, este Despacho entiende que la modificación propuesta al apéndice H, particularmente en lo que se refiere a la tasa de interés, tiene como propósito hacer explícito que la "tasa tope" o "costo financiero tope" para efectos del régimen tarifario corresponde a una tasa de 9.853570% anual, la cual no podrá ser superada durante la ejecución del contrato. Por tanto, la modificación propuesta se estima resulta consistente con la filosofía de precios tope que rige el CGI.

Ahora bien, en cuanto a la tasa o tasas de interés que se aplicarán en los pliegos tarifarios futuros, en primer lugar, se debe tomar en cuenta que con la Adenda No. 2 se está ante un nuevo cierre financiero, respecto del cual las partes⁷⁷ han señalado que la propuesta de financiamiento que se negocia corresponde a una tasa de interés fija. Así las cosas, de formalizarse el financiamiento en las condiciones antes indicadas, deberá entenderse que la tasa de interés⁷⁸ para el cálculo de las tarifas, será la que resulte de ese nuevo cierre financiero, ello siempre y cuando no exceda la tasa tope de 9.853570%, aspecto que ha sido entendido y aceptado por ambas partes.

En este particular, el Gestor mediante oficio GO-IC-11-403 de fecha 9 de agosto de 2011, manifiesta lo siguiente: *"el Gestor entiende y acepta, que en caso de que un nuevo cierre financiero imponga una tasa inferior, esa nueva tasa inferior sería la tasa a aplicar en lugar del 9.85357% y esa sería la nueva tasa a emplear para efectos de cualquier fijación en relación con la cual la Adenda 2 refiere a la tasa citada de 9.85357%, la cual cesará de aplicarse en beneficio de la Administración y de los usuarios, pues es lo cierto que en ese evento de baja en la tasa, el propio Gestor también pasaría a tener un costo financiero inferior"*. Aunado a ello, agrega el Gestor manifestación expresa en el sentido de que entiende que el riesgo en caso de aumento en las tasas correrá exclusivamente a su cargo.

Por su parte, en el oficio CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011, de fecha 9 de agosto pasado, el Órgano Fiscalizador ha señalado que *"la tasa definitiva será aquella que se logre en el cierre financiero. De esta forma, se protege al Usuario ante una eventual alza de la tasa por arriba del 9.85357%, ya que, debe insistirse, esta debe entenderse como la tasa tope, tal y como históricamente se ha entendido también"*.

⁷⁵ Mediante el oficio GO-IC-11-403, el Gestor manifiesta que "Tal como se menciona en el acta 79-2001 del CETAC la tasa del cierre financiero oficialmente aprobada fue de 9.89%, [sic] Esa tasa ha sido entendida y aplicada por las partes como una tasa "techo" o tasa "tope", en el sentido de que el Gestor nunca ha superado esa tasa y más bien ha aplicado tasas inferiores por cuanto ese ha sido el costo real del financiamiento según se ha reflejado en las propuestas de ajuste tarifario que ha enviado el Gestor y que han sido aprobadas por OFGI en los casos en que se han ajustado las tarifas. Este entendimiento mutuo de que la tasa fijada en el cierre financiero fue una tasa "techo", será mantenida aún sin perjuicio de la indicación de una tasa actual de 9.85357%". Respecto del Órgano Fiscalizador ver el oficio CETAC-OFGI-OF-345-2011 en el cual se reitera el concepto de tasa máxima o tope.

⁷⁶ Oficios CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011, de fecha 9 de agosto de 2011, suscrito por los miembros del Órgano Fiscalizador del Contrato de Gestión Interesada y CETAC-OF-1988-2011 de fecha 22 de agosto pasado, suscrito por los señores Luis Carlos Araya Monge, Presidente del CETAC, Carlos Plass W. y Eduardo Chamberlain G., Director Ejecutivo y Director de Ingeniería respectivamente de AERIS HOLDING COSTA RICA S.A.

⁷⁷ Oficio CETAC-OF-1988-2011 de fecha 22 de agosto de 2011, suscrito por ambas partes.

⁷⁸ Entendida como el costo integral del financiamiento, según lo dispuesto en el Apéndice H.





Aunado a lo anterior, en caso de que a futuro el Gestor obtenga un financiamiento a una tasa fija más favorable deberá aplicarse lo dispuesto en el punto 2.4.1.2 del Apéndice H, párrafo tercero, bajo el título Certificación de los Términos y Condiciones Financieras, de manera que en los términos allí establecidos, la Administración y el usuario se vean beneficiados por la obtención de un mejor financiamiento.

Por otra parte, en lo que se refiere a tasas fluctuantes, las partes mediante oficio CETAC-OF-1988-2011 de fecha 22 de agosto de 2011, manifiestan que *"en caso de que se llegase a obtener a futuro una opción de financiamiento con tasa de interés variable que se traduzca en beneficios para la Administración y el usuario, en términos de reducción de las tasas reales a aplicar al financiamiento del CGI, el Gestor podrá optar por dicha alternativa, previa aprobación de la Administración contratante y previa acreditación de las mejores condiciones que en tal supuesto, justificarían el cambio a una tasa fluctuante"*. En consecuencia, entiende este Despacho que existe la posibilidad de que el Gestor recurra a financiamiento con tasas variables, sea en este cierre financiero o a futuro. Así las cosas, de conformidad con el espíritu del cartel respecto de tasas fluctuantes, de concretarse este escenario, deberá entenderse que serán esas tasas de interés variables⁷⁹ las que se trasladen a tarifas, ello siempre y cuando no exceda la tasa tope de 9.853570%.

Cabe recalcar, que mediante el oficio antes indicado las partes manifiestan que tanto para financiamiento con tasa fija como variable, se considerará en todo momento como tasa tope o costo financiero tope la tasa de 9.853570%.

El cumplimiento de todo lo anterior, queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración. Al respecto, resulta pertinente indicar que en el oficio supracitado las partes reconocen que le corresponde al CETAC realizar el seguimiento sobre los términos de financiamiento y velar por su correcta aplicación para efectos tarifarios.

IX.-Sobre el Apéndice I:

Las partes han acordado dos modificaciones en relación con el Apéndice I del CGI, en los términos que de seguido se indican. La primera, según artículo XII de la adenda No. 2, consiste en modificar la definición del término (r) de manera que en adelante la tasa de interés utilizada en la Fórmula 2 de ese Apéndice se define en el nivel de 9.853570%.

Al respecto, consideran las partes⁸⁰ que la definición vigente de "r" se presta para confusión y para su aplicación es necesario recurrir a una agencia de riesgo, lo cual complica el escenario innecesariamente, razón por la cual se procuró estandarizar en el contrato el uso de una única tasa de referencia, optando por el valor indicado de 9.853570%. En relación con el efecto de esta modificación, el Gestor manifiesta que *"la tasa incluida en la Fórmula 2 no afecta el resultado de la aplicación de la misma, porque su función es exclusivamente demostrar si existe paridad o no ante dos supuestos de hecho diferentes, por lo que la tasa utilizada no tiene ningún efecto en relación con las obligaciones patrimoniales que derivan para las partes la aplicación de esta fórmula. (...) Aprovechamos además la oportunidad para destacar el hecho de que la fórmula 2, en ningún momento se emplea para calcular algún monto de desequilibrio; esta tarea se realiza con la fórmula 2.3 en la que no se utiliza ninguna tasa de interés"*.

⁷⁹ Incluyendo intereses, comisiones y demás costas directamente relacionados con el endeudamiento, de conformidad con el Apéndice H del CGI.

⁸⁰ Oficio GO-IC-11-403 del 9 de agosto de 2011, incluido como Anexo 29 del oficio CETAC-OFGI-OF-345-2011 y CETAC-OF-1912-2011 del 11 de agosto de 2011.





En esa misma línea de pensamiento, se aporta criterio del Asesor Financiero del Órgano Fiscalizador⁸¹, mediante el cual se exponen los principales argumentos sobre la neutralidad resultante de la tasa para los efectos de verificar la igualdad de la Fórmula 2. En ese documento, se aclara que para calcular los montos de compensación al Gestor solamente se utilizan las fórmulas 1 y 2.3 del Apéndice I, no así la fórmula 2 que se aplica en forma excluyente de éstas, solo para verificar una igualdad en dicha fórmula⁸².

Precisamente, en cuanto a la fórmula 2 la Administración concluye que: *"al verificar la igualdad de la fórmula 2 al término de un periodo t, el resultado de la misma (igualdad entre los datos proyectados y los datos reales) no varía, ya que este caso no afectaría los resultados obtenidos (igualdad de la fórmula 2) el utilizar una tasa de descuento de un 1%, 9.85% o un 20%, ya que al aplicar la misma tasa de descuento, a ambas partes de la fórmula el efecto es el mismo y al verificarse la igualdad de la fórmula 2, no se activa la fórmula 2.3"*. En su defecto, se tiene que si al final del periodo t se verifica una desigualdad de esta fórmula, tal desigualdad se mantiene independientemente de la tasa de interés que se utilice para verificación, en cuyo caso se procede a calcular el monto de indemnización R, con la fórmula 2.3, cuyo valor no se ve afectado por la tasa de interés que se haya utilizado en la fórmula 2.

Así las cosas, concluye este órgano contralor que las partes han acreditado que el cambio en la definición de la tasa de interés en la fórmula 2 del Apéndice I no tiene efectos patrimoniales en este contrato y que a su vez esta modificación limita las ambigüedades o confusiones que se puedan generar a futuro cuando se aplique la fórmula 2 para verificar si existe desequilibrio financiero del contrato. Por lo anterior no se encuentra objeción en relación con esta modificación, ello siempre y cuando la fórmula 2 se utilice únicamente con el propósito de verificar la igualdad de dicha fórmula, tal como lo han indicado las partes. Asimismo, para ser consistentes con lo que de seguido se dirá sobre la tasa de intereses moratorios del Apéndice I, esta aprobación se da en el entendido que la tasa de 9.853570% es un precio tope y por tanto, si las condiciones de financiamiento mejoran en relación con ese precio tope, la tasa interés que se aplique en la fórmula 2 será la que corresponda a estos nuevos términos de financiamiento, esto de conformidad con lo dispuesto por este Despacho en el apartado VIII del presente oficio, específicamente en lo que se refiere a la tasa de interés utilizada para el cálculo de tarifas (Apéndice H), aspectos cuyo cumplimiento se deja bajo exclusiva responsabilidad del CETAC.

En cuanto a la segunda modificación, según el Artículo XI de la adenda No. 2, se modifica el párrafo final de la página seis del Apéndice I, con el propósito de definir la tasa de interés que se utilizará para compensar al Gestor por el periodo de atraso en la cancelación de cualquier indemnización proveniente de reequilibrio financiero del contrato (R_t), para lo cual se propone utilizar la misma tasa empleada en la fórmula 2 (9.853570%).

Al respecto, de lo señalado por las partes se desprende que en la redacción actual del párrafo que se modifica, no se indica explícitamente cual es el parámetro que se empleará para reconocer el valor del dinero en tiempo ante un eventual atraso del CETAC en el pago de las compensaciones por reequilibrio

⁸¹ Oficio CETAC-OfGI-FIN-OF-072-2011 del 14 de agosto de 2011, incluido como Anexo 24 del oficio CETAC-OfGI-OF-345-2011.

⁸² En cuanto a las fórmulas contenidas en el apéndice I, del citado oficio se desprende que la Fórmula 1 se utiliza al final de un periodo k para efectos de calcular un valor R_k para compensar al Gestor por diferencias adversas provenientes del valor esperado y el valor efectivo de los componentes de esta fórmula, derivadas de las situaciones establecidas en la cláusula 18.2 del CGI. En cuanto a la Fórmula 2 se indica que esta es de aplicación general para verificar si el final de algún periodo t la igualdad de la misma no se cumple debido a disminución de los ingresos o incrementos de los costos del Gestor por razones que no le son imputables a éste, imputables a la Administración o no a ella, pero imprevisibles y excepcionales de conformidad con la cláusula 18.2 del CGI. En dicho caso el CETAC procederá a compensar al Gestor con un valor R_t que se determinará mediante la Fórmula 2.3 y no así con la fórmula 2.





financiero del contrato. De forma tal que las partes han acordado en esta adenda que se utilizará a tasa de 9.853570%.

Por otro lado, según han indicado las partes el espíritu de la modificación es establecer una tasa de interés para reconocer el valor del dinero por atrasos en el pago de indemnizaciones por reequilibrio financiero, que resulte consistente con el costo financiero tope aplicable al cálculo de las tarifas, por lo que este Despacho no encuentra objeción en la modificación propuesta, en el entendido que la tasa de 9.853570% es un precio tope y si las condiciones de financiamiento mejoran en relación con ese precio tope, la tasa de intereses moratorios será la que corresponda a estos nuevos términos de financiamiento, esto de conformidad con lo dispuesto por este Despacho en el apartado VIII del presente oficio, específicamente en lo que se refiere a la tasa de interés utilizada para el cálculo de tarifas (Apéndice H), aspectos cuyo cumplimiento se deja bajo exclusiva responsabilidad del CETAC.

X.- Sobre terminación anticipada:

En punto al tema referente a la terminación anticipada del contrato, las partes acordaron incorporar mediante la adenda en estudio, un nuevo párrafo a la cláusula veinticuatro contractual, la cual tiene como propósito precisar los mecanismos para el cálculo de las indemnizaciones al Gestor, en el evento de resolución del contrato de Gestión Interesada. Para este efecto la cláusula en cuestión establece que la indemnización comprenderá la totalidad de las inversiones realizadas por el Gestor desde la fecha de firma del contrato hasta la fecha de decisión de terminación, con inclusión de las obras aún no terminadas de acuerdo con los montos de inversión definidos por el CETAC.

Igualmente se precisa el mecanismo de cálculo de dichas indemnizaciones y la fecha a partir de la cual se considerarán debidas según el evento que la origine y de acuerdo con las regulaciones de las cláusulas 24.1.3, 24.2.1, 24.3.2, 24.4 y 25.4 del Contrato.

Según se expresa en el oficio CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011 de repetida cita, el objetivo de incorporar esta disposición contractual, obedeció a la necesidad de los Bancos acreedores de eliminar interpretaciones y criterios subjetivos en punto a la forma de establecer el cálculo de las indemnizaciones que por ocasión de una terminación anticipada le fuera debida al Gestor, medida que es claro se origina en la necesidad de los prestamistas de asegurarse claridad en los extremos indemnizatorios, visto que en esencia, en el evento de una terminación contractual, estos serían utilizados para cubrir el crédito.

Esta disposición contractual a juicio de este Despacho, encuentra su sustento no solo en consideraciones de bancabilidad ya analizadas al inicio del presente oficio, sino que además en la necesidad de establecer seguridad jurídica a las partes en cuanto al cómo y el porqué efectuar reconocimientos indemnizatorios al Gestor ante el evento de una terminación anticipada.

Por otra parte, dentro de esta misma cláusula, se establece la posibilidad de reconocer al Gestor el monto de las inversiones en obras aún no concluidas, utilizando para ello la estimación que realice el Órgano Fiscalizador, aspecto sobre el que este órgano contralor no encuentra reparo alguno que efectuar, considerando que corresponderá al primero por medio del inspector de obras, la determinación de los porcentajes de avance acumulados al momento de la terminación, para de esta forma traducir el monto a reconocer al Gestor por la terminación.





Ahora bien respecto al tema de la amortización de las inversiones realizadas por el Gestor, y recuperadas por medio de la fórmula de deuda virtual a través de las fijaciones tarifarias, para los efectos de descontar estas del cálculo de los extremos indemnizatorios, queda claro para este Despacho según lo manifestado por el Órgano Fiscalizador en el ya reiterado oficio CETAC-OFGI-FG-OF-345-2011, que será responsabilidad del CETAC mantener actualizados los registros históricos con la información de esas amortizaciones, para los efectos de una eventual terminación anticipada.⁴³ Aunado a lo anterior, para efectos de determinar el monto acumulado de amortizaciones de las inversiones, deberán tomarse en consideración las compensaciones que el Gestor haya recibido del CETAC por la aplicación de los puntos 4.5 y 4.6 del Apéndice H.

En relación con el cálculo de intereses que se adeuden sobre el monto de pago de eventuales indemnizaciones por terminación anticipada, según lo dispuesto en el Artículo XIII de la Adenda No. 2, las partes han acordado utilizar una tasa de 9.853570%. Al respecto, siendo que el espíritu de la modificación es establecer una tasa de interés para reconocer el valor del dinero en el tiempo por atrasos en el pago de las supracitadas indemnizaciones, que resulte consistente con el costo financiero tope aplicable al cálculo de las tarifas, este Despacho no encuentra objeción en la modificación propuesta, en el entendido que la tasa de 9.853570% es un precio tope y por tanto, si las condiciones de financiamiento mejoran en relación con ese precio tope, la tasa de intereses moratorios que se aplicará será la que corresponda a estos nuevos términos de financiamiento, esto de conformidad con lo dispuesto por este Despacho en el apartado VIII del presente oficio, específicamente en lo que se refiere a la tasa de interés utilizada para el cálculo de tarifas (Apéndice H), aspectos cuyo cumplimiento se deja bajo exclusiva responsabilidad del CETAC.

XI.-Sobre el Acuerdo Administrativo de Notificación (ANN):

Dentro del trámite de suscripción de la adenda N°2 al Contrato de Gestión Interesada, el CETAC, AERIS HOLDING Costa Rica S.A y los Bancos acreedores, procedieron a la formalización de un documento adicional denominado Acuerdo Administrativo de Notificación, cuyo propósito consiste en esencia en la obligación del CETAC de notificar a los acreedores de cualquier evento de incumplimiento del Gestor de sus obligaciones contractuales, así como en caso de una terminación anticipada del contrato, se gire a estos la integridad de los montos que por concepto de indemnización correspondería recibir al Gestor como contraparte.

Este tipo de acuerdos, dentro del giro habitual de este tipo financiamiento bajo un esquema de "project finance" se constituye en una práctica usual entre los órganos encargados de inyectar recursos a un proyecto, y tiene por efecto, establecer a favor de los acreedores, una serie de garantías de pago para que en casos de resolución o terminación anticipada del contrato,

⁴³ Al respecto se indicó en el referido oficio que: "(...) se deberá entender que para efecto del cálculo de las amortizaciones se realizará de la siguiente manera: "Descontando del valor de dichas inversiones el monto acumulado de las amortizaciones al momento de la decisión de terminación, el cual se obtendrá de la sumatoria de los montos efectivamente recobrados por el Gestor por concepto de "principal" en la fórmula de deuda virtual, a través de las fijaciones tarifarias, más las compensaciones recibidas del CETAC por aplicación de las cláusulas 4.5 y 4.6 del Apéndice H. En donde la determinación del monto acumulado obedecerá al registro de datos históricos y no referenciales. El instrumento a utilizar como referencia de control histórica, serán las peticiones tarifarias efectivamente publicadas por la Autoridad Reguladora y cualquier pago recibido por el Gestor por concepto de compensación relacionada con tarifas (...), lo cual será controlado a partir de las instrucciones realizadas al Fideicomiso de Ingresos del AIDS, el cual es manejado por el Banco de Costa Rica, lo que permitirá hacer una contabilización exacta de los montos compensados al Gestor. La suma de estos dos elementos, permitirán a la Administración tener control y hacer un resumen de los montos anuales efectivamente amortizados (recuperados) por el Gestor por concepto de inversiones en obras. Adicionalmente, el Órgano Fiscalizador dispondrá de un registro control que le permita mantener al día la información de amortización, en caso de presentarse una terminación anticipada (...)"





estos puedan recibir sin mayor dilación los pagos que por concepto de esa terminación pudieren corresponder al deudor, en este caso, el Gestor Interesado.

En otras palabras, lo que se establece bajo este tipo de acuerdo, es el compromiso de la Administración Concedente, -en este caso CETAC en representación del Poder Ejecutivo-, de girar con carácter preferente a los acreedores, todos aquellos montos que por concepto de terminación anticipada, indemnizaciones o cualquier otro pago derivado la extinción contractual deban ser reconocidos al Gestor.

Es en suma, una cesión de los derechos de pago -extendidas en el acuerdo a todo derecho económico-, que el Gestor realiza a favor de sus acreedores, para que en caso de terminación contractual, estos últimos perciban en forma directa, el pago por aquellos créditos que mantiene con ellos, siendo un mecanismo propio o habitual en proyectos de financiamiento como el estudiado.⁸⁴

Indudablemente que este tipo de acuerdos constituyen parte de las condiciones de bancabilidad antes apuntada, pues resulta claro que por medio de este acuerdo, los acreedores garantizan que con independencia de la causa que en una eventualidad llegare a provocar la extinción del contrato, su crédito se encontrará siempre protegido con carácter preferente.⁸⁵

Esta garantía a favor de los acreedores, forma parte de las medidas de bancabilidad propuestas por los acreedores, con la finalidad de dotar de seguridad financiera a su inversión, asumiendo estos por este instrumento un rol activo en un eventual proceso de terminación que producto de un incumplimiento grave haya sido imputado al Gestor, tal y como quedó ampliamente analizado en los criterios jurídicos que sobre ese tema emitió el asesor legal externo del CETAC.⁸⁶

No obstante lo anterior debe quedar claro a la Administración solicitante, que este acuerdo de voluntades no se encuentra sujeto al refrendo contralor, si bien es parte de las medidas propuestas principalmente por los Bancos financieristas para hacer viable el financiamiento del proyecto, el documento en que han sido plasmadas las condiciones de este, no es un aspecto vinculado a una modificación del contrato original, siendo más que todo un aspecto de ejecución en que las partes se han puesto de acuerdo para el evento de una terminación anticipada del contrato. De esa forma, debe indicarse que, sobre el contenido de dicho documento en torno a sus alcances y efectos, este Despacho omite especial pronunciamiento al respecto.

⁸⁴ En doctrina se ha establecido respecto a este tipo de cesiones que "... En el caso del financiamiento de proyectos, la cesión de créditos en garantía podría servir como instrumento útil para garantizar obligaciones asumidas frente a los acreedores, aunque se debe tener especialmente en cuenta que los créditos cedidos en garantía sean susceptibles de ser cedidos, sin que dicha cesión se halle prohibida por la ley, un contrato o los términos de la concesión otorgada por el Estado (conf. art. 1444, Cód. Civ) / Cabe señalar asimismo, que a efectos de que la cesión en garantía resulte oponible al deudor cedido, es necesario que dicha cesión le sea debidamente notificada (conf. Art. 1467, Cód. Civ). Además, para que resulte oponible también a terceros, dicha notificación se debe practicar por medio de un instrumento público..." Gerscovich, Carlos G. Tavarone, Marcelo R. Financiación de Proyectos -Project Finance. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 2000. pág 165-166.

⁸⁵ Inclusive la cláusula arbitral incorporada en dicho Acuerdo Administrativo de Notificación, establecida para dirimir conflictos generados con ocasión de la aplicación de sus disposiciones, fue ratificada por el Poder Ejecutivo, con fundamento en el artículo 27.3 de la Ley General de la Administración Pública mediante Acuerdo Ejecutivo N°012-MOPT del 9 de febrero del 2011, publicado en La Gaceta N°59 del 24 de marzo del mismo año (ver folio 731 del expediente administrativo de la adenda).

⁸⁶ Sobre este tema pueden observarse los criterios jurídicos CDP-OJ-009-2010 del 14 de agosto del 2010 y CDP-OJ-008-2011 del 30 de mayo del 2011.





XII.- Sobre el resultado de la gestión sometida a estudio:

Una vez analizado el contenido del documento contractual sometido a estudio, la información que corre agregada en el expediente administrativo remitido, así como la complementaria incorporada durante el trámite, este Despacho estima procedente otorgar el refrendo solicitado a la adenda N°2 del Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, lo anterior, de conformidad con el artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

No obstante lo anterior, el acto de refrendo otorgado se encuentra sujeto a las condiciones que de seguido indicaremos, cuya verificación será responsabilidad absoluta del Luis Carlos Araya Monge, en su condición de Presidente del Consejo Técnico de Aviación Civil, o quien ejerza este cargo. En caso que no resulte competente para verificarlas, será su responsabilidad instruir o bien comunicar a la dependencia que corresponda, para ejercer el control sobre los citados condicionamientos que consisten en los siguientes:

1. De conformidad con el artículo 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el análisis de legalidad que realiza la Contraloría General de la República, se circunscribe a la corroboración de los aspectos definidos en el artículo 8 de la citada reglamentación. De suerte tal, que conforme lo indicado en el párrafo tercero del artículo 9 referido, *"...corresponde a la Administración y al contratista garantizar, según sea el caso, el cumplimiento de los permisos, licencias, estudios y en general cualesquiera otros requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la ejecución del objeto contractual, sin que tales aspectos sean verificados durante el trámite de refrendo..."*
2. Queda bajo responsabilidad absoluta del CETAC, el haber verificado al momento de la emisión de cada acuerdo, la existencia de los informes y los estudios técnicos necesarios, para tener por cumplidas cada una de las actividades pendientes del Plan de Remediación aprobado en su oportunidad.
3. En punto al traslado de las instalaciones que actualmente ocupan RECOPE y COOPESA dentro de los espacios previstos para la expansión del aeropuerto, queda claro que de conformidad con lo manifestado por el Gestor en el oficio GO-LE-11-283 del 27 de mayo del año en curso, estos espacios será necesario tenerlos disponibles hasta el mes de enero del 2014, motivo por el cual antes de esa fecha, no será presentada por el Gestor, ninguna solicitud de reequilibrio económico basado en los atrasos de la Administración para ese traslado. De igual forma, siendo que con posterioridad a ese traslado, la Administración debe llevar a cabo el proceso de remediación ambiental que en su caso fuera necesario practicar en esos terrenos, será su responsabilidad efectuar las coordinaciones y labores necesarias para que esta labor se encuentre cumplida en su totalidad antes de la fecha descrita, evitando con ello la activación del mecanismo de reequilibrio previsto en la cláusula 18.2 inciso g).
4. Sobre este mismo tema de remediación ambiental, queda bajo responsabilidad del CETAC, la valoración efectuada en punto a la oportunidad y pertinencia para el uso de las normas ambientales del Estado de Alberta para esa finalidad, aspecto que queda liberado a lo manifestado por el Órgano Fiscalizador en el oficio CETAC-OFGI-FG-345-2011 del 9 de agosto del 2011 antes citado.






5. En punto al mecanismo de compensación establecido en el Apéndice H que por la presente adenda se modifica, referido a la posibilidad del CETAC de reconocer las diferencias existentes entre la tarifa vigente y la aprobada por CETAC, antes de su aprobación definitiva por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, queda claro de la información aportada por ese órgano durante el presente trámite, que esta circunstancia no causará una afectación en la liquidez del CETAC, en el evento de un efecto sostenido en el tiempo, quedando igualmente bajo su responsabilidad, las valoraciones realizadas con esa finalidad.
6. En relación con la cláusula 16.2.1 de la adenda, entiende este órgano contralor que a partir del 1º de junio de cada año –en el tanto no exista aprobación de las tarifas por parte de ARESEP- en el caso de la tarifas aeronáuticas, el mecanismo de compensación ahí previsto, supone únicamente un acuerdo entre las partes a efecto de garantizar la liquidez del proyecto, sin que ello implique un desconocimiento de las competencias que por Ley posee la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.
7. En lo que respecta a la cláusula 24.7 que por la presente adenda se incorpora, tome en cuenta esa Administración, en lo referido a la indemnización por terminación de mutuo acuerdo entre las partes, que el plazo para considerar debida esa suma conforme a esa causal, no implica una sustracción de la competencia de la Contraloría General para conocer de esa liquidación cuando así corresponda. De forma tal que el plazo a partir del cual empezarían a correr intereses por la suma a indemnizar, no debe comprender el que a su vez posee este órgano contralor para pronunciarse sobre esa eventual liquidación.

Sobre este mismo tema, entiende este Despacho que la referencia que se hace de la cláusula 24.5 al final de la disposición comentada en este punto, corresponde en realidad a un error material, dado que esta no establece referencia específica a un plazo para cancelar sumas por terminación contractual, siendo lo correcto leerse la cláusula 25.4, que es la que dispone la fijación de un plazo de común acuerdo entre las partes, cuando la terminación se produzca por motivos de fuerza mayor.

Atentamente,


Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División


Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado


MGEF. Laura Chinchilla Araya
Asistente Técnica

Anexo: Contrato original, Acuerdo Administrativo de Notificación y Tomo Administrativo compuesto por un total de 8 tomos debidamente foliados.

EOP/LCHA/FHB/EHL/MVQM/chc
NI:10407, 10538, 13108, 13819, 13892, 14177, 14449, 14451. (DCA-2180)
G: 2006000943-19

