

11 de junio de 2021
OF-0636-DGAJR-2021

8000 273737 (ARESEP)
T +506 2506-3281
F +506 2215.4267

Correo electrónico
dgjr@aresep.go.cr

Apartado 936-1000
San José – Costa Rica

Señor
Roberto Jiménez Gómez
Regulador General

Asunto: Criterio jurídico sobre la aplicación del inciso 2) del artículo 21 de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos al proyecto Ciudad Gobierno.

Referencia: Oficios: MIDEPLAN-DM-OF-0556-2021 y OF-0352-RG-2021.

Estimado señor:

En atención a la consulta realizada mediante el oficio OF-0352-RG-2021 del 7 de junio de 2021, se procede a rendir el respectivo criterio jurídico, el que de conformidad con lo establecido en el artículo 303 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), no tiene carácter vinculante.

La suscrita Carol Solano Durán, en mi calidad de Directora General a.í de Asesoría Jurídica y Regulatoria, debido a la vacancia de la plaza de Director de Asesoría Legal, a partir del 1° de enero de 2021, conforme a lo dispuesto por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora en el acuerdo 03-82-2020 y según lo comunicado en el oficio OF-1154-RG-2020 por el señor Regulador General, hasta tanto se lleven a cabo los estudios y procedimientos necesarios para modificar el artículo 13 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (RIOF), que le asigna competencias específicas al Director (a) de Asesoría Legal, por ser el superior jerárquico de dicho puesto y siempre que se garantice que ningún asunto que deba ser conocido por la Junta Directiva, sea sometido al dictamen de los mismos asesores que hayan brindado sus criterios a las instancias preliminares, según lo indica el mismo artículo 13 del RIOF, me corresponde asumir temporalmente las funciones de Director de Asesoría Legal en aquellos casos que lo solicitado a la DGAJR así lo permita, como en el presente asunto.

I. EN CUANTO A LO CONSULTADO

Mediante el oficio OF-0352-RG-2021 del 7 de junio de 2021, el Despacho del Regulador, remitió a esta Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el oficio MIDEPLAN-DM-OF-0556-2021 del 3 de junio de 2021 del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica de la República de Costa Rica (en adelante MIDEPLAN) y, solicitó criterio jurídico respecto a “(...) lo dispuesto por el artículo 21 inciso b) de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicio Público, número 7762 de 14 de abril de 1998 y sus reformas (...)”.

La solicitud de criterio jurídico, realizada por el Despacho del Regulador, se originó debido a que, mediante el oficio MIDEPLAN-DM-OF-0556-2021 supra citado, la Ministra de Planificación y Política Económica puso en conocimiento de este Ente Regulador que, dicho Ministerio se encuentra trabajando en el impulso del proyecto de infraestructura denominado “*Ciudad Gobierno*”, el cual consiste en el financiamiento, diseño, construcción, operación y mantenimiento de una serie de edificaciones que albergarán a diversas instituciones públicas. Sin embargo, dado que, dicho proyecto se prevé que, sea ejecutado mediante la figura de concesión de obra pública con servicio público, cuestiona si la Aresep debe emitir algún criterio a lo luz de lo dispuesto en el artículo 21 inciso 2) de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos. Al respecto, indica dicho oficio:

“(...) El motivo de la duda surge, en razón de que si bien la norma en su literalidad es bastante clara, no lo es en el contexto actual en virtud de que el proyecto que se pretende desarrollar no versa sobre un servicio público regulado por la ARESEP, por lo que agradeceré contar con el criterio oficial de su parte. (...)”

I. PRECISIÓN PRELIMINAR

El presente dictamen se rinde de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 inciso 13) del Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF), el cual, literalmente establece como función de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), lo siguiente: “(...) 13. *Rendir criterio jurídico sobre las consultas que le formulen las dependencias que forman parte del Despacho del Regulador General, Centro de Desarrollo de la Regulación, Dirección General de Atención al Usuario y de la Dirección General de Operaciones (...)*”, por lo tanto, este se limita a referirse

estrictamente a lo jurídicamente consultado mediante el oficio OF-0352-RG-2021 del 7 de junio de 2021, emitido por el Despacho del Regulador, a saber, el alcance del inciso 2) del artículo 21 de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, de cara a la solicitud de información requerida por el MIDEPLAN.

II. ANÁLISIS DE FONDO

Con el fin de atender lo consultado, hemos estructurado el análisis en los siguientes apartados: **1.** Sobre el alcance de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley N°.7762. **2.** Sobre la aplicación del inciso 2) del artículo 21 de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, en atención a la consulta realizada por el MIDEPLAN.

1. Sobre el alcance de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley N°.7762.

Para la atención de la presente consulta, resulta oportuno precisar brevemente algunos elementos importantes que componen la figura de concesión de obra pública, su naturaleza y el espíritu legislativo que impulsó la promulgación de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos (en adelante Ley N°.7762), dado que tienen relación inmediata con la consulta en cuestión.

Como punto de partida, resulta oportuno indicar que, la concesión de obra pública, en su conceptualización más general, se define como aquel contrato que la Administración Pública suscribe con una persona, sea esta física o jurídica, en la cual, esta última se obliga *“a ejecutar una obra pública determinada, con la particularidad de que el precio no le será pagado por la administración directamente, sino por los administrados que la utilicen o se beneficien de ella, a cuyo fin le serán otorgadas temporalmente al cocontratante ciertas facultades para que pueda efectivamente percibir esa remuneración, durante el lapso en que deba hacerlo (...)”*¹

Cabe señalar que, la modalidad de obra pública puede venir integrada con la prestación simultánea de un servicio público, siendo definida esta por la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley N°.7762, en el artículo 1° que, en lo que interesa, reza:

¹ Escola, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Volumen II. Ediciones De Palma. 1979. pág. 303.

*“(...) b) **Concesión de obra con servicio público**: contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, la ampliación o la reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra, a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente. (...)” Resaltado es suplido.*

Dentro del marco de discusión legislativa con ocasión a la aprobación de la actual Ley.Nº.7762, cabe indicar que, la intención del legislador que imperó fue, la de contar con un instrumento jurídico para la atracción de inversión privada en la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier inmueble público, es decir, financiar infraestructura necesaria para el desarrollo del país con inversión privada. Al respecto, la Procuraduría General de la República, en el Dictamen C-243-2000 del 3 de octubre de 2000, indicó:

*“(...) La Ley de Concesión de Obra Pública se plantea, así, como un medio de lograr la inversión privada en obras públicas. **Un mecanismo que permite al inversionista destinar sus recursos en proyectos que sean de interés para el país, de manera que el Gobierno no tenga que hacer fuertes desembolsos en ese campo y destine sus recursos a la atención de otras necesidades prioritarias.** La construcción de obras públicas y la explotación de servicios públicos con base en ella puede resultar una actividad económicamente interesante para el sector privado, por lo que en aplicación del principio de subsidiaridad, el Estado debe no sólo permitir sino propiciar que sea dicho sector el que se ocupe de esa construcción y explotación. **La figura jurídica de la concesión de obra pública con servicios públicos es, entonces, una manifestación de la necesidad de contar con recursos financieros externos al presupuesto gubernamental para la construcción y mantenimiento de las obras públicas. Se trata de que, en la medida de lo posible, los recursos públicos no sean invertidos en la infraestructura nacional, sino que se reorienten hacia otros ámbitos de acción propios de la función estatal, tales como educación, salud, justicia, etc. Y uno de los mecanismos para alcanzar este objetivo es el financiamiento de***

las obras públicas a través de la inversión privada. (...).” Resaltado es suplido.

Se desprende de lo anterior entonces que, con la entrada en vigencia de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, lo que se busca es racionalizar el gasto público, mediante la búsqueda de instrumentos de financiamiento alternativos que permitan la construcción y mantenimiento de infraestructura pública, que a su vez signifiquen para la Administración un ahorro de recursos públicos, para su inversión en otras áreas estratégicas para el cumplimiento de los fines públicos que orientan su actuar.

Bajo esa tesitura, la particularidad de los contratos de concesión de obra pública con servicios públicos es que, la retribución o pago que percibe el concesionario encargado del desarrollo de la obra, corresponde al pago que tiene derecho a percibir de los administrados que utilizan la obra, cuyo cobro no depende de la voluntad del co contratante, sino de lo que al respecto se haya establecido en el contrato de concesión o en las bases cartelarias definidas por la Administración.

En esta línea, la concesión de obra pública con servicio público consiste en aquella figura contractual, en la cual, el sistema de remuneración surge en razón de la explotación de la misma obra. Es decir, el contrato se compone de dos etapas, la construcción de la obra y la explotación del servicio respectivo. Al respecto, la Procuraduría General de la República, en el Dictamen C-243-2000 del 3 de octubre de 2000, indicó:

“(...) La contraprestación del concesionario radicará, básicamente, en el pago de las tarifas que realicen los usuarios del servicio durante el lapso de la explotación convenido en el contrato. De esta forma, la inversión realizada por el concesionario en la primera etapa del contrato, o sea en la construcción de las obras, es recuperada por él mediante la posterior explotación del servicio. Etapa esta última en la que los usuarios le cancelarán las tarifas respectivas por el uso del servicio en cuestión. Este elemento remuneratorio está presente en la definición misma de la concesión de obra: la remuneración final a cargo de los usuarios. Podría decirse que la remuneración del concesionario consiste en el derecho que se le confiere para percibir de los usuarios una tarifa mientras dure la concesión. (...).” Resaltado es suplido.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la forma convencional de remuneración del concesionario a través de la explotación del servicio también ha sido integrada con la posibilidad legal de que la Administración otorgue aportes económicos o subvenciones como contraprestación. Al respecto, rezan respectivamente los artículos 40 y 43 de la citada ley, lo siguiente:

*“(...) Artículo 40.- Contraprestación. **Como contraprestación por las obras que realice y los servicios que preste, el concesionario, sin estar obligado a conceder exenciones en favor de ningún usuario, percibirá el precio, la tarifa o el aporte convenidos, así como los otros beneficios expresamente estipulados por el cartel.***

(...)

Artículo 43.- Aportes y contrapartidas otorgadas por la Administración concedente

El contrato de concesión podrá prever aportes y contrapartidas de la Administración concedente para construir y explotar las obras en concesión, tales como:

a) Aportes en dinero, los cuales podrán ser entregados en la etapa de construcción o la de explotación, según se determine en el cartel respectivo.

b) Aportes en bienes en calidad de usufructo, para ser explotados por el concesionario, aun cuando no tengan relación directa con la concesión.

c) Deuda subordinada. (...).” Resaltado es suplido.

De esta forma, los aportes económicos o subvenciones que percibe el concesionario como contrapartida por las obras y los servicios que preste, refieren a una parte que sirve para financiar la obra, pero no a la totalidad, pues tal y como se indicó supra, el objetivo de la Ley.N°.7762 es atraer inversión privada para la construcción y mantenimiento de las obras públicas, por lo que un financiamiento de la totalidad del proyecto con recursos públicos desnaturalizaría dicha figura contractual, pues precisamente con la concesión de obra pública, lo que se persigue por parte del concesionario es lograr la mayor retribución posible, mientras que la otra parte, sea el Estado, busca cumplir con las funciones que le son propias,

sin incurrir en gasto alguno, de ahí que los aportes económicos o subsidios que otorgue el Estado como contraprestación en las concesiones de obra pública, sea parcial.

Así las cosas, queda claro que, la concesión de obra pública posee como características esenciales, entre ellas, *“el constituir un contrato cuyo objeto incorpora la construcción o rehabilitación de un inmueble susceptible de ser explotable, por medio de una gestión que se traduce en la prestación de un servicio a los usuarios de este, los cuales retribuyen al primero durante el plazo de la concesión, los gastos en que haya incurrido más una utilidad proyectada, por medio de una tarifa preestablecida”*².

De esta forma, y de interés para el análisis de la consulta realizada, se aprecia que, los elementos esenciales del contrato de concesión de obra pública con servicios públicos, **es el objeto** y plazo de concesión, **el servicio público que se explota por el concesionario** y la retribución o tarifa percibida por ese servicio, que en los términos que se exponen a continuación, evidencian que, en lo que respecta a la consulta realizada, el establecimiento de la estructura tarifaria, así como los parámetros de ajuste de ésta que deben incorporarse en el cartel de licitación, no competen a la Aresep, y por ende, la consulta sobre estos parámetros que exige el artículo 21.2 de la Ley N°.7762, resulta improcedente para el caso que nos atañe.

2. Sobre la aplicación del inciso 2) del artículo 21 de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, en atención a la consulta realizada por el MIDEPLAN.

En términos generales, el objeto de la consulta es determinar si, en el trámite de las actuaciones preparatorias para la licitación de la concesión de obra pública con servicio público que pretende desarrollar el MIDEPLAN con el proyecto denominado *“Ciudad Gobierno”*, resulta indispensable que, la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones, consulte a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos sobre la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste que se incorporarán en el cartel de la licitación, así como los parámetros para evaluar la calidad del servicio. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 21 de la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos.

² Oficio N°.12543 DJ-2295-2009 del 30 de noviembre de 2009, de la División Jurídica de la Contraloría General de la República.

Al respecto, resulta oportuno indicar que, la Ley N°.7762, Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, establece un régimen legal propio para la concesión de obras públicas, obras públicas con servicios públicos y optimización de activos de infraestructura, en el tanto, establece el punto 2) del artículo 64 de la ley de cita que “Salvo por lo dispuesto en esta ley, a las concesiones que se otorguen no les será aplicable la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593, de 9 de agosto de 1996”.

Por este motivo, conviene mencionar a la luz de lo establecido en dicho cuerpo normativo, cuales son las funciones o potestades de la Aresep, con respecto a los proyectos que son dados en concesión por el Estado. Al respecto rezan los artículos 19.b); 21.b) y 41.4) de la Ley N°.7762, lo siguiente:

“(...) Artículo 19.- Derechos

Los usuarios tendrán los siguientes derechos: (...)

b) Presentar denuncias, peticiones o quejas ante la Administración concedente o las instancias administrativas correspondientes, con el objeto de que sus derechos e intereses sean tutelados con motivo de la concesión o prestación del servicio.

Ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, serán presentadas las denuncias por cobros irregulares de tarifas efectuados por los concesionarios, así como por la prestación del servicio que no se ajuste a los principios de calidad y continuidad. Para resolver, la Autoridad podrá inspeccionar técnicamente propiedades, plantas, obras y equipos destinados a brindar tales servicios. Si se comprobare la veracidad de la denuncia, la Autoridad Reguladora sancionará al concesionario infractor con una multa de cien salarios base mínimo fijados en el presupuesto ordinario de la República, de acuerdo con la Ley No. 7337, de 5 de mayo de 1993, que ingresará a la caja única del Estado.

La Administración concedente deberá cancelar un canon a la Autoridad Reguladora de los Servicios, por el costo en que incurra por concepto de lo dispuesto en el párrafo anterior. La Contraloría General de la República aprobará este canon tomando en cuenta el principio de servicio al costo.

(...)

Artículo 21.- Trámite.

1.- (...)

2.- La Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones deberá consultar, a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste que se incorporarán en el cartel de licitación; asimismo, los parámetros que se utilizarán para evaluar la calidad del servicio. Esta Autoridad dispondrá de diez días hábiles para rendir su criterio, el cual será vinculante. Transcurrido este plazo sin recibir respuesta, se interpretará que la Autoridad no tiene objeciones. (...).”

Artículo 41.- Tarifa, modificaciones y reajuste

(...)

4.- En caso de discrepancia entre el concesionario y la Administración concedente, respecto de los resultados obtenidos por la aplicación de las metodologías de revisión consignadas en el contrato, el concesionario podrá apelar la decisión de la Administración concedente, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación. Esta Administración trasladará la apelación, junto con el expediente del contrato de concesión, a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para que resuelva en definitiva, en un plazo máximo de cinco días hábiles.

La resolución de la Autoridad Reguladora agotará la vía administrativa. (...).” Resaltado es suplido.

Se desprende del anterior marco normativo que, según la Ley N°.7762, la Aresep, tiene las siguientes competencias:

1. Tramitar las denuncias presentadas por los usuarios por cobros irregulares efectuados por los concesionarios; así como por la prestación de servicios que no se ajusten a los principios de calidad y continuidad establecidos en la legislación y en la concesión (artículo 19.b).

2. Emitir criterio técnico vinculante con presunción de silencio positivo sobre la estructura tarifaria, los parámetros de ajuste de las tarifas y los parámetros que se utilizarán para evaluar la calidad del servicio prestado por el concesionario; que se incorporen en el cartel de licitación de la respectiva concesión (artículo 21.b).
3. Resolver agotando la vía administrativa, las apelaciones que se originen en discrepancias que se puedan dar entre el concesionario y la administración concedente, respecto de los resultados obtenidos por la aplicación de las metodologías tarifarias de revisión consignadas en el contrato (artículo 41.4).

De lo anterior, es importante destacar que, el artículo 41 inciso 1) de la citada ley establece con respecto a la tarifa que, esta *“será la que resulte del **contrato de concesión, con sus correspondientes reajustes**”* mientras que, el inciso 3) del mismo numeral indica que *“Los reajustes de las tarifas y sus metodologías de revisión **serán fijados en el cartel**”*. Es decir, se desprende de la normativa expuesta que en lo que respecta a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, esta no tiene injerencia en la determinación de las tarifas durante el período de vigencia de la concesión, excepto lo indicado en el artículo 21 inciso 2) que establece la participación de este Ente Regulador, en etapas previas a la publicación del respectivo cartel de licitación.

Cabe reiterar que, de conformidad con el artículo 64 de la Ley N°.7762 anteriormente transcrito, dicha ley excluye expresamente a las concesiones que se otorguen mediante esta ley, la aplicación de la Ley N°.7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por lo que, en lo que respecta al diseño de la estructura tarifaria del cartel licitatorio de la concesión, con base a las consideraciones económicas-financieras que la sustenten, incumbe exclusivamente a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones y no a este Ente Regulador, que se limita exclusivamente a verter su criterio sobre la razonabilidad y coherencia de la estructura tarifaria en relación con el proyecto de concesión.

De esta forma, queda claro que, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en la materia que nos atañe, sea la concesión de obra pública o concesión en obra pública con servicios públicos, no realiza fijaciones tarifarias, ni aprueba en sentido técnico o jurídico estructuras tarifarias como tal, como sí le compete definir las en los servicios públicos asignados por el artículo 5 de la Ley N°.7593, que expresamente indica, como funciones propias de este Ente Regulador:

*“(…) **En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas;** además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. Los servicios públicos antes mencionados son:*

a) Suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización.

b) (Así derogado este inciso por el artículo 42 de la Ley N° 8660 del 8 de agosto de 2008)

c) Suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, incluso el agua potable, la recolección, el tratamiento y la evacuación de las aguas negras, las aguas residuales y pluviales, así como la instalación, la operación y el mantenimiento del servicio de hidrantes.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 5° de la Ley N° 8641 del 11 de junio del 2008)

d) Suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, dentro de los que se incluyen: 1) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados a abastecer la demanda nacional en planteles de distribución y 2) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados al consumidor final. La Autoridad Reguladora deberá fijar las tarifas del transporte que se emplea para el abastecimiento nacional.

e) Riego y avenamiento, cuando el servicio se presta por medio de una empresa pública o por concesión o permiso.

f) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.

g) Los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales.

h) Transporte de carga por ferrocarril.

i) Recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales.

La autorización para prestar el servicio público será otorgada por los entes citados a continuación:

Inciso a): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso c): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso d.2): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso e): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso f): Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Inciso g): Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Junta de

Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica e Instituto Costarricense de

Puertos del Pacífico, respectivamente.

Inciso h): Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Inciso i): Las municipalidades.

En el otorgamiento de la concesión para el aprovechamiento de aguas para riego deberá incluirse la obligación del usuario de aplicar las técnicas adecuadas de manejo de agua, a fin de evitar la degradación del recurso suelo, ya sea por erosión, revenimiento, salinización, hidromorfismo y otros efectos perjudiciales. (Así adicionado este párrafo final por el artículo 63 de la Ley de Uso y Conservación de Suelos No.7779 de 30 de abril de 1998) (...)" Resaltado es suplido.

Las reflexiones anteriormente realizadas, respecto a las funciones o potestades de la Aresep, dentro de la Ley N°.7762, son congruentes con lo dispuesto también en los artículos 24 inciso g) y 25 de dicha ley que, expresamente rezan:

"(...) Artículo 24.- Contenido del cartel

*El Consejo Nacional de Concesiones promoverá, en el Sector Público descentralizado y en las empresas públicas, la utilización de carteles de licitación uniformes, que permitan lograr una mayor eficiencia y eficacia en la tramitación de los proyectos de concesión. **El cartel de licitación deberá establecer:***

(...)

*g) Las condiciones económicas y **la estructura tarifaria de la explotación de la concesión.***

(...)

Artículo 25.- Consultas y aclaraciones

*1.- **La Administración concedente podrá solicitar a los oferentes y recibir de ellos proposiciones y observaciones escritas sobre el texto final del cartel de licitación** y deberá realizar una sesión formal para tratar sobre las versiones finales de los documentos. Sin embargo, la Administración licitante tendrá la decisión final sobre los asuntos tratados.*

*2.- Si como consecuencia de esa sesión formal se produjeran modificaciones del cartel, estas deberán ser publicadas en La Gaceta, al menos diez días hábiles antes de la fecha de recepción de las ofertas. (...).”
Resaltado es suplido.*

Acorde con lo transcrito, queda claro que, corresponde a la Secretaría Técnica “confeccionar la propuesta de cartel o sus modificaciones”³ y, además que, dicho pliego cartelario deberá incluir las condiciones económicas y la estructura tarifaria de la explotación de la concesión, así como que, corresponde a una potestad de la Administración Concedente, modificar el cartel, producto de sus propias necesidades o proposiciones de los potenciales oferentes, las cuales para que surtan sus efectos deberán ser comunicadas a éstos, circunscribiéndose por ende, la competencia de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a la emisión de un criterio técnico sobre la estructura tarifaria, los parámetros de ajuste de las tarifas y los parámetros de evaluación de la calidad del servicio, que se incorporarán en el cartel de la respectiva concesión.

³ Artículo 9. Ley N°.7762.

En este sentido, y dado que la participación de la Aresep se da en la etapa previa a la publicación del cartel y, teniendo presente que, la estructura tarifaria es responsabilidad exclusiva de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones, así como de los parámetros de calidad del servicio, los cuales responden a la necesidad de que la Administración concedente vele porque el interés público y el beneficio a los usuarios se vean plenamente satisfechos mediante la contratación de concesión, se concluye que, la intervención de la Aresep debe entenderse dentro del contexto de un órgano especializado, en el que se pretende aprovechar su experiencia en materia regulatoria para beneficio en última instancia del usuario del servicio.

Dicho lo anterior, en el caso particular, resulta menester señalar que, en virtud de que los servicios relacionados con el proyecto de infraestructura denominado “Ciudad Gobierno” que pretende desarrollar el MIDEPLAN a través de la figura de concesión de obra pública con servicio público consiste en el “*el financiamiento, diseño, construcción, operación y mantenimiento de una serie de edificaciones que albergarán a diversas instituciones públicas*”, y dichos servicios no constituye alguno de los servicios públicos a los que refiere el artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, anteriormente transcritos, se concluye que, no corresponde a este Ente Regulador, realizar ningún análisis tanto de la fijación tarifaria como de los demás aspectos relacionados a esta.

En concordancia con lo anterior, conviene señalar lo indicado por la Procuraduría General de la República en el Dictamen C-003-2002 del 7 de enero de 2002, en relación con la potestad regulatoria de la Aresep, que en lo que interesa señaló:

“(…) La función de la ARESEP es exclusiva y excluyente de cualquier intervención respecto de los servicios que enumera el artículo 5 antes citado. Lo cual significa que ningún otro organismo, público o privado, puede intervenir en la fijación de las citadas tarifas. La tarifa es el precio, definido unilateralmente por el Ente regulador, que remunera la prestación del servicio público por parte de los usuarios. Una remuneración que debe responder a la financiación del servicio, por ende, al principio de equilibrio financiero. (…).” Resaltado es suplido.

En consecuencia, con lo anterior y dado que, según refiere la Ministra de Planificación en su oficio MIDEPLAN-DM-OF-0556-2021, el proyecto que se “*pretende desarrollar no versa sobre un servicio regulado por la ARESEP*”, se

concluye que, no le corresponde a la Aresep emitir algún criterio en los términos que dispone el artículo 21.2 de la Ley N°.7762, específicamente en lo relacionado a la estructura tarifaria, parámetros de ajuste de esta, y parámetros de calidad del servicio, en el tanto, no son servicios relacionados con regulaciones propias de la Aresep que, a la fecha son las vigentes en nuestro ordenamiento jurídico y corresponden a los dispuestos en el artículo 5 de la Ley N°.7593.

III. CONCLUSIONES

En atención al análisis de fondo realizado, se concluye lo siguiente:

1. El artículo 64 inciso 2) excluye a las concesiones que se otorguen mediante la Ley N°.7762, Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, la aplicación de la Ley N°.7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, salvo lo expresamente dispuesto por la citada Ley N°.7762.
2. En aplicación de la Ley N°.7762, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos tiene entre sus funciones o potestades con respecto a los proyectos dados en concesión por el Estado -entre otras-, la de emitir criterio técnico vinculante, con presunción de silencio positivo, sobre la estructura tarifaria, los parámetros de ajuste de las tarifas y los parámetros que se utilizarán para evaluar la calidad del servicio prestado por el concesionario, que se incorporen en el cartel de licitación de la respectiva concesión, conforme al artículo 21 inciso 2) de la ley de cita. De modo tal que, este Ente Regulador no tiene injerencia en la **determinación** de las tarifas durante el período de vigencia de la concesión.
3. Salvo lo establecido en los artículos 19 inciso b) y 41 inciso 4), le compete a la Aresep la tramitación de denuncias de usuarios por cobros irregulares de tarifas y la resolución y agotamiento de la vía administrativa en las apelaciones originadas en discrepancias entre el concesionario y la administración concedente en la aplicación de las metodologías tarifarias de revisión, cuando correspondan a servicios públicos regulados por la Aresep al amparo de lo dispuesto en los artículo 5 y 9 de la Ley N°.7593.
4. La Aresep en atención a las disposiciones contenidas en la Ley N°. 7762, se limita a verter un criterio sobre la "*razonabilidad y coherencia*" de la

estructura tarifaria sobre un proyecto de concesión, siendo, el diseño de dicha estructura y las consideraciones económicas financieras que la sustenta, responsabilidad de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones. Asimismo, su participación se enmarca dentro de las etapas previas a la publicación del cartel de licitación, en el tanto, los servicios públicos relacionados con el proyecto de concesión de obra pública con servicios públicos, constituya uno de los servicios públicos a que refiere el numeral 5 de la Ley N°.7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

De esta manera, se deja atendida la consulta realizada dentro del plazo otorgado por su despacho.

Cordialmente,

**DIRECCIÓN GENERAL DE ASESORÍA
JURÍDICA Y REGULATORIA**

Elaborado por:

Revisado y aprobado por:

Daniela Retana Vargas
Coordinadora, Asesoría Jurídica

Carol Solano Durán
Directora General a.í.