JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA Nº 029-2010

A LAS CATORCE HORAS DEL 30 DE AGOSTO DEL 2010

SAN JOSÉ, COSTA RICA

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA VEINTINUEVE

Celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en la sala de sesiones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a las catorce horas del treinta de agosto de dos mil diez; preside el señor Dennis Meléndez Howell, Presidente de la Junta Directiva. Asisten los señores Directores, Sylvia Saborío Alvarado, Félix Delgado Quesada, María Lourdes Echandi Gurdián y Emilio Arias Rodríguez.

Asimismo, estuvieron presentes los señores: Rodolfo González Blanco, Gerente General, Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno, Robert Thomas Harvey, Asesor Legal, Xinia Herrera Durán, Asesora Económica, Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario Junta Directiva.

ARTÍCULO 1
APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA

El señor Dennis Meléndez Howell somete para su aprobación, el orden del día de la sesión extraordinaria 029-2010, de 30 de agosto de 2010.

La Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 001-029-2010

Aprobar el orden del día de la sesión extraordinaria 029-2010.

ARTÍCULO 2
RECURSOS.

1. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO DE COGENERACIÓN DEL TEMPISQUE, S.A. C/ LA RRG-9552-2009 DEL 2-3-2009. (ET-245-2008).

El señor Dennis Meléndez Howell, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Cogeneración del Tempisque, S. A., contra la RRG-9552-2009 de las 11:50 horas del 2 de marzo de 2009, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 317-AJD-2009 del 28 de setiembre de 2009 y 337-AJD-2009/32451 de 29 de octubre de 2009, suscritos por la Asesoría de la Junta Directiva.

El señor Dennis Meléndez, cede la palabra a los señores Robert Thomas Harvey y Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los aspectos relevantes relacionados con este recurso.

El señor Robert Thomas, Asesor Legal, señala que por medio del oficio 317-AJD-2009 de 28 de setiembre de 2009, conoció del recurso y recomienda resolverlo de acuerdo con los criterios técnicos y dar por agotada la vía administrativa, cuando se resuelva por el fondo la impugnación.

La señora Xinia Herrera Durán, Asesora Económica, señala que por medio del oficio 337-AJD-2009 de 29 de octubre de 2009, recomienda acoger el recurso de apelación en subsidio, dado que en la definición de la tarifa solicitada por la empresa Cogeneración Tempisque, S. A. –COTSA-, no se consideraron todos los costos necesarios para la generación de energía. Señala que del análisis realizado se concluye que el señor Edgar Ponciano Lavergne, Vicepresidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Cogeneración Tempisque S. A. lleva razón en los argumentos segundo y cuarto en que sustenta el recurso de apelación presentado contra la RRG-9552-2009 ya que en dicha resolución se asume como período de generación 120 días, sin que se justifique el por qué no se acepta lo propuesto por COTSA S.A: que es de 105 días. Además se recomienda acoger dicho recurso en cuanto a la no procedencia de equiparar la vida útil de sus equipos de generación, con los equipos de generación del ICE. Considera que no lleva razón el recurrente en los demás argumentos en que sustenta su recurso.

Señala que la solicitud tarifaria presentada por esta empresa se basa en un estudio de factibilidad y una vez admitido para su análisis se le dio un tratamiento diferente, valorando los costos de acuerdo con justificaciones que constan en el expediente

El señor Félix Delgado señala que de nuevo se presenta el problema de que se realiza un estudio tarifario con base en un estudio de factibilidad y se le da el tratamiento como si fuera una empresa con costos ya hundidos. Agrega que lo que procede es realizar el estudio simulando el mercado y que un estudio de factibilidad se compone de datos aproximados, por tanto la tarifa sería aproximada y estaría sujeta a revisión cuando se constaten los verdaderos costos.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 317-AJD-2009 y 337-AJD-2009, por votación unánime, resuelve**:**

ACUERDO 002-029-2010

RESULTANDO:

I. Mediante resolución RRG-9552-2009 de las 11:50 horas del 2 de marzo de 2009, el Regulador General con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Energía resolvió: I) Aprobar una tarifa de $0,071/kWh para la venta de energía eléctrica por parte de la empresa Cogeneración Tempisque S. A., al Instituto Costarricense de Electricidad, la cual debe entenderse como tarifa tope, de tal forma que la empresa Cogeneración Tempisque S. A., y el Ice pueden convenir una tarifa diferente, siempre que sea menor que la referida y que deberá liquidarse al tipo de cambio de venta vigente al momento de cada transacción. II-III) Indicarle al generador que debe presentar la información que se detalla en ese acto. IV) Liquidar la respectiva tarifa al tipo de cambio de venta vigente al momento de cada transacción. V-VI) Advertir al generador y al Ice sobre el contenido de las cláusulas contractuales en materia de tarifas y del refrendo de ese acto (folio 290 al 298). Fue notificada a Cogeneración Tempisque S. A., por fax transmitido el 6 de marzo de 2009 (folio 299). Fue publicada en La Gaceta 55 del 19 de marzo de 2009 (folio 300 al 302).

II. El 11 de marzo de 2009 el Ing. Edgar Ponciano Lavergne, Vicepresidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Cogeneración Tempisque S. A., según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-9552-2009 (folio 227 al 244). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que se cuestiona el uso incorrecto de términos técnicos por los funcionarios de la Autoridad Reguladora en lo que respecta al objeto de la empresa. Aclara que en la petición tarifaria se indica que empleando la biomasa hay una fase de operación de la actividad de cogeneración de electricidad que se corresponde con el período de la zafra, de la cual se obtienen entre otros derivados, azúcar, melaza y bagazo. Por lo cual es incorrecto que el informe técnico indique que en el proceso de industrialización se "genere" melaza y bagazo. Cuestiona también que la Autoridad Reguladora haya etiquetado a la empresa como "un ingenio", ya que esa calificación provocó que se dieran aseveraciones alejadas de la realidad económica y se la incluyó en un cuadro comparativo de la potencia de generación con otros ingenios, lo cual no debió haberse hecho porque esa empresa no es un ingenio. (2) Que alega que es falso lo afirmado en el informe técnico en cuanto a que se generarán 8.571 MW durante 120 días, dado que en la petición tarifaria claramente se indicó que para la operación de diciembre a marzo del primer año de operación, se estimaba entregarle al Ice 20.160 Megas, que corresponden a 8 Mw/h producidos constantemente las 24 horas durante 105 días. (3) Que cuestiona el análisis de inversiones del informe técnico al decir que la planta de generación eléctrica es una ampliación del actual ingenio Catsa, pues resulta impreciso y lleva a confusión, porque la propuesta es sobre la adquisición, montaje y puesta en operación de un equipo de cogeneración y no de una ampliación. Además, resulta incorrecto reconocer sólo el 70,71% de la adquisición del turbogenerador, pues técnicamente es imposible operar al cien por ciento debido a las modificaciones que se harán a los equipos para que éstos no operen a una capacidad menor a la instalada. Adicionalmente, para efectos prácticos los motores nuevos no deben ser usados en su máxima capacidad para evitar desajustes o que se fundan. (4) Que apunta que el gasto por depreciación difiere para el equipo de generación, el turbogenerador, tuberías, líneas, etc., por lo que resulta incorrecto establecer una vida útil de 40 años a los equipos de generación, puesto que el Ice no tiene experiencia en la generación con bagazo. Por lo anterior, es improcedente aplicar esa corrección en las tasas de depreciación y desconocer lo que establece la Ley del Impuesto sobre la Renta, N° 7092 o aplicar el acuerdo comunicado por oficio 750-JD-89 del SNE sobre las tablas de depreciación de activos empleados por los regulados. (5) Que el capital de trabajo debe calcularse sobre la base de los 105 días en que genera y no sobre los 120 días empleados por la Autoridad Reguladora. (6) Que no está de acuerdo con la estimación de los costos directos de producción, porque se efectuó un promedio ponderado de los gastos por cada kWh generado en términos reales y se llevó a valor presente, de acuerdo con la información que había aportado en el 2007 los ingenios Taboga S. A., y El Viejo S. A., cuyo resultado fue aplicado a su representada, sin que ésta sea un ingenio, por ello no debieron asignarse esos promedios de costos. (7) Que no está de acuerdo con el criterio técnico respecto de los gastos de operación para el período 2009-2010 al estimarlos en ¢628.346,80 miles; pues ese dato resulta incorrecto ya que lo solicitado fue de ¢755.263,27 miles. Solicita anexar un detalle con todas las subcuentas de los gastos de operación y su importe, para compararlas. (8) Que tampoco está de acuerdo con los gastos de operación y mantenimiento pues se excluyeron totalmente los artículos no controlados (en los equipos de generación de vapor y de electricidad) al no haberse justificado ese gasto. Solicita aclarar ese criterio, dado que esos artículos son parte del giro normal del negocio y ampliar las razones para haber considerado un plazo de tres meses, para poder entender su alcance y valorar la razonabilidad del ajuste efectuado. (9) Pretensión: Acoger el recurso. Remitir el detalle de las subpartidas de gastos de operación. Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, en caso contrario.

III. La Dirección de Servicios de Energía por oficio 397-DEN-2009/4311 del 22 de junio de 2009 analizó los aspectos técnicos del recurso de revocatoria y señaló que lo argumentado en la impugnación no modificaba la tarifa recomendada en el informe técnico (folio 305 al 317).

IV. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 535-DAJ-2009/5679 del 5 de agosto de 2009, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 318 al 322).

V. El Regulador General en la RRG-1022-2009 de las 9:20 horas del 21 de agosto de 2009, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por Cogeneración del Tempisque S. A., contra la RRG-9552-2009 de las 11:50 horas del 2 de marzo de 2009, publicada en La Gaceta 55 del 19 de marzo de 2009. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que cuenta con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio al). Fue notificada personalmente a Cogeneración del Tempisque S. A., el 25 de agosto de 2009 (folio 339).

VI. No consta en autos que la recurrente haya dado respuesta al emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado

VII. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 602-DAJ-2009/6697 del 8 de setiembre de 2009 con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio (folios 341 y 342).

VIII. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 317-AJD-2009/8050 del 28 de setiembre de 2009, en el que se recomienda resolver con criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Cogeneración del Tempisque S. A., contra la RRG-9552-2009 de las 11:50 horas del 2 de marzo de 2009, publicada en La Gaceta 55 del 19 de marzo de 2009, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, cuando se resuelva por el fondo la impugnación planteada.

IX. La Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 337-AJD-2009/32451, por el cual recomienda acoger parcialmente el recurso de apelación en subsidio, interpuesto el señor Edgar Ponciano Lavergne, Vicepresidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Cogeneración Tempisque, S. A., contra la RRG-9552-2009 del 2 de marzo de 2009, en lo que respecta al argumento segundo y cuarto del recurso, rechazar el recurso de apelación en lo que respecto los demás argumentos y devolver el expediente al despacho del Regulador General para lo que corresponda.

X. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

I. De los Oficios 317-AJD-2009/8050 y 337-AJD-2009/32451, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 317-AJD-2009:

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación: En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el Ing. Edgar Ponciano Lavergne, Vicepresidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Cogeneración Tempisque S. A., según consta en autos, entidad que es gestora de la petición de tarifas y destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente al ser parte del procedimiento ostenta legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L.G.A.P., en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-9552-2009 fue publicada en La Gaceta 55 del 19 de marzo de 2009 (folio 300 al 302), que fue notificada a Cogeneración Tempisque S. A., por fax transmitido el 6 de marzo de 2009 (folio 299) y que el recurso fue presentado el 11 de marzo de 2009 (folio 227 al 244).

Como se observa en autos, la RRG-9552-2009 fue notificada a la recurrente por fax transmitido el 6 de marzo de 2009 (folio 299), varios días antes de que ese acto fuera eficaz ya que fue publicado en La Gaceta 55 del 19 de marzo de 2009 (folio 300 al 302) y, según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 7593 y sus reformas, que regula la eficacia de las resoluciones de carácter tarifario, éstas adquieren eficacia hacia el futuro, una vez publicadas en el diario oficial.

Así las cosas, el recurso sería prematuro y por ende, extemporáneo, porque fue presentado el 11 de marzo de 2009, es decir, antes de que el acto fuera eficaz, como se dijo. Según establece el artículo 141 de la L. G. A. P., sólo pueden ser recurridos los actos administrativos eficaces.

No obstante lo anterior, al cotejar la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, establecido en el artículo 346 de la L. G. A. P., en relación con lo estipulado en el artículo 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales, en el sentido de que las resoluciones se tendrá por notificadas el día hábil siguiente a aquél en se hizo la transmisión y, tomando en cuenta que la notificación a la recurrente pudo haberla inducido a error, en atención al principio de admisión, se tendrá por bien presentado.

En cuanto a los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación: Lo argumentado es de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio. Por último, se informa que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también a la Asesora

Económica que se pronunciara sobre la impugnación, por tal motivo sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver el recurso planteado.

Oficio 337-AJD-2009:

Análisis por el Fondo: Con respecto al primer argumento no se hace ningún señalamiento puesto que en el mismo el recurrente lo que hace es aclarar diversos aspectos.

En el segundo argumento el recurrente señala que es falso lo afirmado en el informe técnico en cuanto a que se generarán 8.571 MW durante 120 días, dado que en la petición tarifaria claramente se indicó que la generación eléctrica para venta al ICE es de 105 días. Sobre este punto se señala que, en el informe 122-DEN-2009 a folio 257, mismo que sirve de sustento a la resolución recurrida, se indica que los días que se consideran para determinar el período de generación son los de zafra activa o sea los 120 comprendidos entre diciembre y marzo. Sin embargo, el recurrente manifiesta reiteradamente que uno de los errores de la resolución recurrida es asimilar la actividad por ellos realizada con la de un ingenio, aspecto que se considera lleva la razón, tal como se indica en la resolución RRG-10022-2009 en la que se resuelve el recurso de revocatoria. A folio 328, en la página 5 de dicha resolución se señala: "*…Debe aclararse que otra vez se trata de un error de nomenclatura, en vista de que tradicionalmente las únicas empresas cogeneradoras de electricidad a partir del bagazo habían sido además ingenios azucareros…la denominación de ingenio estaba equivocada, en vista de que para la ARESEP el único interés respecto a todas estas empresas es el hecho de que son cogeneradoras de electricidad a partir del bagazo de caña…". E*n el considerando I, puntos 4 y 5 (ver folio 292) de la resolución recurrida, se indica que la producción de energía se realizará por un período de 120 días, por ser este el período de zafra activa, esto a pesar de que en los cálculos que presenta el recurrente a folios 18, 21 y 22, señala que el período de venta al ICE será de 105 días. La Dirección de Servicios de Energía, al solicitar aclaración e información adicional al solicitante, por medio del oficio 852-DEN-2008 y que consta a folios 76 y siguientes, lo que le solicita que se aclare es el período que comprende la zafra activa y no solicita explicación sobre la diferencia entre los días propuestos para generar, con respecto a los que dura la zafra. Dado lo anterior, se considera que lleva la razón el recurrente respecto a que en la RRG-9552-2009 no existe justificación para que se haya modificado la cantidad de días que se propone venderle energía al ICE.

Con respecto al tercer argumento en que el recurrente cuestiona que en la resolución RRG-9552-2009, al realizarse el análisis de las inversiones se señale que la planta de generación eléctrica es una ampliación del actual ingenio Catsa, pues resulta impreciso y lleva a confusión, porque la propuesta es sobre la adquisición, montaje y puesta en operación de un equipo de cogeneración y no de una ampliación. Señala que además resulta incorrecto, reconocer tarifariamente sólo el 70,71% de la adquisición del turbogenerador, pues técnicamente es imposible operar al cien por ciento. Al respecto se señala que de acuerdo con la información que consta en autos, el equipo que se propone instalar puede producir hasta 19,8 MW, pero la empresa manifestó que inicialmente solo se está en capacidad de generar hasta 14 MW, de los cuales 8 MW estarían disponibles para la venta y el resto se utilizaría para consumo propio, es decir, al tomar como referencia a los 14 MW como el 100% de la capacidad de generación debido a las limitaciones técnicas citadas en el corto plazo, se

tiene que el 57,14% de la energía eléctrica generada estaría disponible para la venta, el 35,71% para consumo propio y el 7,15% para operación de las máquinas de generación lo que se considera correcto desde el punto de vista tarifario. Si la capacidad de generación cambia, será la empresa la que deberá solicitar a este organismo regulador que se realicen los ajustes que correspondan.

En el argumento cuarto el recurrente señala que es un error establecer una vida útil de 40 años a los equipos de generación por ser el período que se le reconoce al ICE, ya que en esta institución no se tiene experiencia en la generación con bagazo. Sobre este argumento se señala que efectivamente, en la resolución recurrida, en el Considerando I, punto 15, a folios 293 y 294, se señala que para el cálculo de depreciación se utilizó el método de línea recta, para el caso del turbo generador, tuberías y equipo de generación, y se consideró una vida útil de 40 años. En el informe técnico, oficio 122-DEN-2009, que sustenta la resolución recurrida, a folio 271, se señala que la vida útil de estos activos se estimó en 40 años porque es la vida útil de los activos de generación que se le reconoce al ICE, descartándose tomar como parámetro la Ley 7092 Ley del Impuesto sobre la Renta y su reglamento Decreto Ejecutivo 18445-H.

Sobre este punto se considera que lleva razón el recurrente, porque los razones señaladas en la resolución recurrida para determinar la vida útil del turbo generador, tuberías y equipo de generación no son de recibo. El área técnica que tramitó el estudio tarifario debió sustentar técnicamente las razones por las cuales las tablas de depreciación del Decreto Ejecutivo 18445-H no eran de recibo, además, debería haberse solicitado al gestionante la justificación requerida para determinar la vida útil de esos activos y no asumir sin mayor explicación la que se aplica a los activos de generación del ICE.

Señala el recurrente en su argumento quinto y sexto, que no está de acuerdo con la estimación de los costos directos de producción, porque se efectuó un promedio ponderado de los gastos por cada kWh generado en términos reales y se llevó a valor presente, de acuerdo con la información que había aportado en el 2007 los ingenios Taboga S. A., y El Viejo S. A., cuyo resultado fue aplicado a su representada, sin que ésta sea un ingenio. Señala además que no está de acuerdo con el criterio técnico respecto de los gastos de operación para el período 2009-2010 al estimarlos en ¢628.346,80 miles; pues ese dato resulta incorrecto ya que lo solicitado fue de ¢755.263,27 miles. Sobre este punto se señala que en el recurso de revocatoria se argumenta que el importe solicitado por ellos fue de CRC 755 263 270, lo cual no es correcto, ya que en el estudio presentado ante la ARESEP, los gastos de operación y mantenimiento de COTSA para generar electricidad para la venta al ICE, ascienden a un monto de ¢ 437 405 223, los cuales, sumados al gasto que la empresa indica como arrendamiento, que es CRC 276 000 000 (ver folio 12) suman un total de CRC 713 405 223 y no CRC 755 263 270 como se indica en el recurso de revocatoria.

Lo que se señala en el informe 122-DEN-2009, es que COTSA solicita ¢ 696 813 889, 00 de gastos de operación y en dicho monto incluye las partidas de gasto de operación y mantenimiento, mano de obra directa e indirecta y los costos de la materia prima, pero en dicho informe se excluye el monto por depreciación, con el fin de poder compararlo con el

dato de obtenido por los técnicos de ARESEP que se de ¢ 628 346 800.00 monto que no considera la depreciación, al considerarse como un rubro por aparte.

Señala el recurrente en el motivo siete del recurso que no está de acuerdo con la exclusión de gastos de operación y mantenimiento pues no se consideraron artículos como algunos equipos de generación de vapor y de electricidad, al no haberse justificado ese gasto. Solicita aclarar ese criterio. Al respecto se señala que el no considerar los artículos no controlados, se debe a que no es un gasto verificable, la misma empresa señala que no conoce la vida útil de esos equipos, pero que según el fabricante, dichos equipos requieren reemplazo, sin embargo, no hay claridad de la vida útil de los mismos, y no se indica la rotación del inventario que se espera, lo que no permite considerarlos tarifariamente.

Conclusiones: Del análisis realizado se concluye que el señor Edgar Ponciano Lavergne, Vicepresidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Cogeneración Tempisque S. A. lleva razón en los argumentos segundo y cuarto en que sustenta el recurso de apelación presentado contra la RRG-9552-2009 ya que en dicha resolución se asume como período de generación 120 días, sin que se justifica el porqué no se acepta lo propuesto por COTSA S. A., que es de 105 días. Además se recomienda acoger dicho recurso en cuanto a la no procedencia de equiparar la vida útil de sus equipos de generación, con los equipos de generación del ICE. No lleva razón el recurrente en los demás argumentos.

II. En la sesión 029-2010 del 30 de agosto de 2010, al analizar el recurso, la Junta Directiva consideró que la Asesoría Económica llevaba razón parcialmente, porque al realizarse el estudio tarifario con base en la factibilidad del proyecto, debían reconocerse los costos necesarios para su desarrollo ya que el estudio de factibilidad lo componían datos aproximados, por tanto la tarifa sería aproximada y estaría sujeta a revisión, cuando se constatasen los verdaderos costos.

III. En sesión 029-2010, del 30 de agosto de 2010, cuya acta fue ratificada el 16 de setiembre de 2010; la Junta Directiva sobre la base de lo indicado en los oficios 317-AJD-2009 y 337-AJD-2009 y de los razonamientos esgrimidos por los señores miembros, acordó por unanimidad acoger el recurso de apelación presentado por la empresa Cogeneración Tempisque, S. A. –COTSA- contra la RRG-9552-2009 de las 11:50 horas del 2 de marzo de 2009, publicada en La Gaceta 55 de 19 de marzo de 2009 y dictada por el Regulador General, trasladar el expediente ET-245-2008, al Comité de Regulación para que proceda con el análisis de la petición presentada por la empresa Cogeneración Tempisque, S. A. –COTSA- para que considere todos los costos necesarios para el desarrollo del proyecto y dar por agotada la vía administrativa.

IV. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es acoger el recurso de apelación presentado por la empresa Cogeneración Tempisque, S. A. –COTSA- contra la RRG-9552-2009 de las 11:50 horas del 2 de marzo de 2009, publicada en La Gaceta 55 de 19 de marzo de 2009 y dictada por el Regulador General, trasladar el expediente ET-245-2008, al Comité de Regulación para que proceda con el análisis de la petición presentada por Cogeneración Tempisque, S. A. para

que considere todos los costos necesarios para el desarrollo del proyecto y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

I. Se acoge el recurso de apelación presentado por la empresa Cogeneración Tempisque, S. A. –COTSA- contra la RRG-9552-2009 de las 11:50 horas del 2 de marzo de 2009, publicada en La Gaceta 55 de 19 de marzo de 2009 y dictada por el Regulador General.

II. Se traslada el expediente ET-245-2008 al Comité de Regulación para que proceda con el análisis de la petición presentada por la empresa Cogeneración Tempisque, S. A. –COTSA- para que considere todos los costos necesarios para el desarrollo del proyecto.

III. Se da por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN Y NULIDAD CONCOMITANTE INTERPUESTO POR LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA, S.A. C/ LA RRG-5590-2006 DEL 25-9-2006, LA RRG-6753-2007 DEL 6-7-2007 Y LA RRG-8292-2008 DEL 30-4-2008. (ET-242-2008).

El señor Dennis Meléndez Howell, presenta ante la Junta Directiva el recurso extraordinario revisión y nulidad concomitante interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A. c/ la RRG-5590-2006 del 25-9-2006, la RRG-6753-2007 del 6-7-2007 y la RRG-8292-2008 del 30-4-2008. (ET-242-2008). Asimismo presenta los oficios 269-AJD-2009 del 14 de agosto de 2009 y 251-AJD-2009 de 21 de julio de 2009, suscritos por la Asesoría Económica y Legal de la Junta Directiva respectivamente. Señala que la Asesoría Económica no se pronuncia por el fondo por considerar que el tema se resuelve por aspectos de orden jurídico.

El señor Dennis Meléndez, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, Asesor Legal de la Junta Directiva, quién expone los aspectos relevantes relacionados con este recurso, mediante oficio 251-AJD-2009 del 21 de julio de 2009. En dicho oficio se recomienda rechazar, por extemporáneo, el recurso extraordinario de revisión y la nulidad concomitante, interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la RRG-5590-2006 del 25 de setiembre de 2006, la RRG-6753-2007 de las 8:20 horas del 6 de julio de 2007 y la RRG-8292-2008 de las 9:30 horas del 30 de abril de 2008; rechazar, por el fondo, el recurso extraordinario de revisión y la nulidad concomitante, interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la RRG-9557-2009 de las 11:00 horas del 5 de marzo de 2009, rechazar, por improcedente, la nulidad concomitante, planteada por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra el Oficio 637-DJU-2006/7516, del 27 de julio de 2006 y una vez que se resuelva el recurso por el fondo, dar por agotada la vía administrativa.

Agrega que el origen de la inconformidad de la ESPH es el no haberse reconocido tarifariamente la inversión del Proyecto Hidroeléctrico Los Negros, S. A., porque se argumenta por parte de la ARESEP, que de acuerdo con lo señalado en el oficio 637-DJU-2006, la ESPH no puede utilizar la concesión de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica dado que la cedió a la Empresa Hidroeléctrica Los Negros S.A. como aporte de capital. Agrega que desde el punto de vista jurídico, no comparte dicha interpretación, pero de todas maneras en la resolución RRG-193-2010 de 10 de marzo de 2010, el Regulador General, al resolver solicitud de ajuste tarifario presentado por ESPH, cambió este criterio. Lo anterior, de acuerdo con el informe DM-395-2009 del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, en el que se señala que únicamente ese Ministerio tiene competencia para otorgar y definir quién tiene derecho al uso de una concesión de fuerza y del recurso hídrico. En el oficio citado se señala también, que ESPH está facultada y legitimada para el uso y aprovechamiento de la concesión referente al Proyecto Hidroeléctrico Los Negros, S. A.

Indica el señor Thomas Harvey, que con el Oficio 348-AJD-2009 del 10 de noviembre de2009, se da cumplimiento al acuerdo 002-074-2009 de la sesión 074-2009 del 5 de noviembre de 2009, relativo a cuál ha sido el accionar de la Junta en relación con las observaciones refutadas por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., en su recurso extraordinario de revisión y nulidad concomitante.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 251-AJD-2009 y 348-AJD-2009, resuelve:

ACUERDO 003-029-2010

1. Rechazar, por extemporáneo, el recurso extraordinario de revisión y la nulidad concomitante, interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la RRG-5590-2006 del 25 de setiembre de 2006, la RRG-6753-2007 de las 8:20 horas del 6 de julio de 2007 y la RRG-8292-2008 de las 9:30 horas del 30 de abril de 2008.

2. Rechazar, por el fondo, el recurso extraordinario de revisión y la nulidad concomitante, interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la RRG-9557-2009 de las 11:00 horas del 5 de marzo de 2009.

3. Rechazar, por improcedente, la nulidad concomitante, planteada por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra el Oficio 637-DJU-2006/7516, del 27 de julio de 2006.

4. Dar por agotada la vía administrativa.

RESULTANDO:

I. Mediante resolución RRG-9557-2009 de las 11:00 horas del 5 de marzo de 2009, el Regulador General, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Energía, resolvió: I) Fijar para el 2009 las tarifas que se detallan en ese acto, para el sistema de distribución de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A. II) Fijar a partir del 1° de enero de 2010 las tarifas que se detallan en ese acto, para el sistema de distribución de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A. III) Indicar a la ESPH S.A., que debe remitir

semestralmente a la Autoridad Reguladora un informe resumen del avance o estado de las obras ejecutadas en el programa de inversiones (obras efectuadas al 30 de junio y obras terminadas al 31 de diciembre). IV) Indicar a la ESPH S.A., que en el próximo estudio tarifario para el sistema de distribución debe: a) Tomar en cuenta el plazo legal establecido para las fijaciones tarifarias, al momento de determinar cuándo entra a regir el aumento propuesto. Es la única forma de no sobreestimar los ingresos para ese año en particular, b) Incluir los incrementos que corresponden para compensar los gastos por compras de energía, cuando presente un aumento propio y existe en trámite en la Autoridad Reguladora una solicitud del Ice para variar las tarifas del sistema de generación o de transmisión y c) Presentar en la próxima petición tarifaria un resumen de las inversiones ejecutadas en el 2008 (folios 929 al 945). Fue notificada a la empresa, por fax transmitido el 9 de marzo de 2009 (folio 946). Fue publicada en La Gaceta 55 del 19 de marzo de 2009 (folios 950 al 954).

II. El 21 de mayo de 2009, la Licda. Alba Lucía Villalobos Villalobos, Presidenta de la Junta Directiva y, el Ing. Edgar Allan Benavides Vílchez, Gerente General de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A. (E.S.P.H., S.A.), según consta en autos, plantearon "RECURSO DE REVISIÓN || ANTE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL REGULADOR GENERAL NO. RRG-9557-2009 DEL CINCO DE MARZO DEL DOS MIL NUEVE, DONDE SE REALIZA UNA FIJACIÓN TARIFARIA DE ESPH PARA EL SERVICIO PÚBLICO DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA. Expediente No. ET-242-2008." (folios 957 al 977).

III. En Oficio AJ-079-2009, del 2 de junio de 2009, recibido en la Aresep, al día siguiente, la Licda. Villalobos Villalobos manifiesta: "El 21 de mayo de 2009 la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos recibió recurso de Revisión contra la resolución del regulador General N. RRG-9557-2009, expediente N. ET-242-2008, sin embargo, por un error involuntario se envió un primer borrador, por lo que se adjunta el documento correcto." (folio 979).

IV. El documento adjunto al Oficio AJ-079-2009 de cita, se titula "RECURSO DE REVISIÓN Y NULIDAD CONCOMITANTE ANTE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CONTRA LAS RESOLUCIONES QUE ACOJEN [sic] EL CRITERIO JURÍDICO 637-DJU-2006, DEL 27 DE JULIO DE 2006, INCLUSIVE. Expedientes [sic] No. ET-242-2008" (folios 980 al 1001). Alegan en resumen:

Según lo establecido y facultado en el artículo 354 de la Ley General de la Administración Pública nos presentamos ante ustedes en su carácter de Presidencia de la Junta Directiva y como miembros de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos a interponer el recurso de REVISIÓN Y NULIDAD CONCOMITANTE, en contra de la resolución RRG-5590-2006 del 25 de setiembre de 2006; 6753 de las 8:20 horas del 6 de julio de 2007; resolución 8292 de las 9:30 horas del 30 de abril de 2008 y resolución 9757-2009 de las 11:00 hrs del 5 de marzo de 2009 [sic], para que se anulen parcialmente dichas resoluciones, en cuanto admiten el criterio jurídico NULO ABSOLUTAMENTE externado mediante CRITERIO JURÍDICO 637-DJU-2006, DEL 27 DE JULIO DE 2006, inclusive, criterio que produce un grave e irreparable perjuicio a nuestra representada ante las

evidentes y graves violaciones constitucionales, legales y técnicas cometidas en el mismo, y que produjeron la denegatoria en cada una de las resoluciones recurridas, de las fijaciones tarifarias por el reconocimiento [sic] de los gastos y costos de operación de la Planta Hidroeléctrica Los Negros, conforme que paso a exponer: || PRIMERO: I ANTECEDENTES: FIJACIONES TARIFARIAS Y [sic] LEGALES. (1) Mediante la RRG-5990-2006 de las 13:30 horas del 25 de setiembre de 2006, dictada en el ET-104-2005, la Autoridad Reguladora resolvió: '... Considerando... 3. La ESPH cedió la concesión de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica a la Empresa Hidroeléctrica Los Negros por lo que la primera no puede utilizar esta concesión para generar... || IV. Que de conformidad con los resultandos y considerando que preceden y, de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: Rechazar el estudio de mercado presentado por la ESPH... ESPH cedió la concesión de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica a la Empresa Hidroeléctrica Los Negros por lo que la primera no puede utilizar está concesión para generar y las adiciones de los activos proyectadas no concuerdan con la entrada en operación de los proyectos. Lo anterior induce a errores que afectan representativamente el cálculo del ajuste tarifario. || Por tanto: […] EL REGULADOR GENERAL RESUELVE: || 1- Rechazar la solicitud tarifaria para el servicio de distribución de energía eléctrica presentada por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia. ...' || (2) De acuerdo con lo considerado en dicha resolución, el rechazo TOTAL de la fijación tarifaria por costos propios, nace de la imposibilidad de considerar como gastos operativos de la ESPH S.A., los generados por el Proyecto Hidroeléctrico Los Negros, debido que según los profesionales de la ARESEP 'ESPH ... no puede utilizar la concesión de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica, por cuanto se la cedió a la empresa subsidiaria Empresa Hidroeléctrica los Negros', o sea que la ESPH S.A., no tenía el uso de esa concesión. Esta posición es asumida y puesta en práctica por la ARESEP, desde el criterio que consta en el oficio 637-DJU-2006, del 27 de julio de 2006, emitido por los funcionarios Ileana Reyes Rivas, Francisco Muñoz Chacón y Juan Manuel Quesada Espinoza, todos de la Dirección Jurídica de la ARESEP, quienes en cuanto a ese tema, indicaron: '...Desde este punto de vista, La Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., aunque arriende el inmueble denominado Planta Hidroeléctrica Los Negros, no puede utilizar la concesión de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica, por cuanto se la cedió a la empresa subsidiaria Empresa Hidroeléctrica Los Negros S.A., (página 8 párrafo 4) Conclusiones: ... 4.- Al ceder la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., la concesión de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica, pierde el uso y goce de la misma, aunque no la titularidad .... 5.- El hecho de que la Empresa de Servicios Públicos de Heredia arriende la Planta Hidroeléctrica Los Negros, no la faculta a utilizar la concesión de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica, en vista de que la cedió a Empresa Hidroeléctrica Los Negros S.A...' || Este criterio es ABSOLUTAMENTE NULIO, por cuanto solo el Ministerio del Ambiente, Energía y telecomunicaciones es el órgano facultado para certificar e indicar, quienes tienen derecho a la utilización de una CONCESION emitida por ese organismo estatal. Tal y como indicamos líneas adelante, aparte III inciso 3, oficio DM-395-2009 del 20 de marzo de 2009, ese Ministerio, luego de analizar los mismos documentos que analizó la Dirección Jurídica de la ARESEP y los argumentos jurídicos de dicha asesoría, así como los oficios a ellos remitidos por la Contraloría General de la República, concluye que la ESPH S.A., está facultada y legitimada para el uso y aprovechamiento de las concesiones indicadas. (3) Mediante la RRG-6754-2007, de las 9:30 horas del 6 de julio de 2007, ET-050-2007, la ARESEP resuelve: || '... IX.- Que mediante oficio 425-DEN-2007 del 2 de mayo de 2007, se solicitó criterio legal sobre la información adicional aportada por la empresa con respecto al Proyecto Hidroeléctrico Los Negros, debido a las conclusiones emitidas por la Dirección Jurídica en el oficio 637-DJU-2006. || X- Que mediante oficio 226-DAJ-2007 del 11 de junio de 2007 la Dirección de

Asesoría Jurídica afirma no haber encontrado elementos nuevos que justifiquen una reconsideración del criterio emitido en el oficio 637-DJU-2006... || Considerando: I… || 16. En cuanto a la planta Hidroeléctrica Los Negros, se mantiene el criterio legal acerca de que la ESPH no puede utilizar la concesión de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica, dado que la cedió a la Empresa Hidroeléctrica Los Negros S.A., como parte del aporte del capital. No obstante lo anterior las unidades físicas se consideran al costo de compra de energía al ICE. (1) En el caso del Proyecto Hidroeléctrico los Negros se analizó el estudio correspondiente de cada una de las partidas incluidas en los cálculos de la ESPH y con base en el criterio de la Dirección Jurídica se concluye que la valoración de la energía que necesita la empresa para abastecer a los usuarios se hará al costo de compra al ICE. No se está considerando el proyecto en sí, sino únicamente la energía por cuestiones de continuidad del servicio…'. (4) Mediante la RRG-8292-2008 de las 9:30 horas del 30 de abril de 2008, ET-05-2008, partiendo de la tesis inmutable de la ARESEP, la ESPH S.A., realiza una solicitud tarifaria en la cual no incluye los gastos operativos de la Planta Hidroeléctrica Los Negros, para la determinación del ajuste tarifario requerido, sino únicamente como información justificante para el reconocimiento de la energía evitada, debido a que la ARESEP sólo considera las unidades físicas al costo de compra de energía al ICE. || Nótese que los efectos del criterio jurídico aquí cuestionado CONTINÚA causando perjuicios a la ESPH S.A., pues esta forma de consideración de la energía producida por la Planta Hidroeléctrica Los Negros, causa un efecto acumulativo en contra de nuestras finanzas, cuyo efecto en números financieros se verá más claramente en los estados financieros para el año 2010[.] || (5) La RRG-9557-2009 recurrida, igualmente corresponde a la petición tarifaria gestionada sin considerar los gastos y costos operativos de la Planta Hidroeléctrica Los Negros, ya que la ARESEP sólo considera las unidades físicas al costo de compra de energía al ICE. || No obstante esta omisión, en el estudio técnico que respalda esta fijación se confirma la consideración de la Planta Hidroeléctrica Los Negros, como un "costo evitado", asumiéndose que: '...Con respecto a los gastos de la Planta Hidroeléctrica Los Negros el Ente Regulador mantiene la metodología empleada en resoluciones anteriores, aplicando la estimación de generación de la planta el precio de compra al ICE...'. || II ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LA ESPH S.A. CONTRA EL CRITERIO LEGAL 637-DJU-2006. (1) Este criterio jurídico fue la base para rechazar totalmente aumento tarifario rechazado en la resolución 5990 en forma total y en los restantes en forma parcial, dejando a nuestra representada en una situación de "desequilibrio financiero", en violación, en violación del artículo 31 de la Ley 7593, cuyos efectos más graves se dieron en la caótica situación financiera provocada por el rechazo tarifario total del año 2006 y que para el año 2010 se espera de nuevo que los estados financieros vuelvan a generar números rojos. || (2) Mediante escrito del 5 de octubre de 2006, presentado al día siguiente, se recurrió la RRG-5990-2006, que inicialmente estableció el criterio de rechazar el estudio de mercado presentado por la ESPH… ESPH cedió la concesión de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica a la Empresa Hidroeléctrica Los Negros por lo que la primera no puede utilizar esa concesión para generar… El recurso de revocatoria fue rechazado por el Regulador General mediante la RRG-6146-2006 de las 13:00 horas del 2 de noviembre de 2006, la cual resolvió a folio 11 aparte IV de Conclusiones, punto 4 que || 'Al crearse la subsidiaria denominada Empresa Hidroeléctrica Los Negros, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., aportó como capital el uso y goce de la concesión que tenía de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica, según articulo 2.3.2.a) del Convenio Privado de Accionistas (y por la facultad otorgada por el artículo 7 de la Ley 7789), manteniendo la titularidad de las concesiones. 5. Aunque la Empresa de Servicios Públicos de Heredia arriende el inmueble denominado Planta Hidroeléctrica Los Negros, no puede utilizar la concesión de aprovechamiento de aguas y fuerza hidráulica, por

cuanto no cuenta con ella al habérsela cedido a la empresa subsidiaria Empresa los Negros S.A. 6. Si se interpreta como pretende la recurrente, que el aporte de capital representado por el uso y goce de las concesiones de aprovechamiento de agua y fuerza hidráulica no implica su cesión, la razón de ser de la Empresa subsidiaria no tendría sentido porque esta no lo podría explotar...'. || (3) Mediante escrito del 20 de noviembre de 2006, presentado a la Junta Directiva de la ARESEP ese mismo día hicimos apersonamiento ante ese órgano. || Las objeciones esgrimidas en el recurso de apelación, se fundamentaron en cuatro alegatos específicos, a saber: || 1. Obligatoriedad de la ARESEP de realizar fijaciones que no atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestatarias del servicio público. || 2. Trato desigual de los técnicos de la ARESEP hacia las solicitudes tarifarias gestionadas por su representada, respecto de otras empresas del sector. || 3. Respuesta a las objeciones técnicas de las recomendaciones admitidas en la resolución recurrida. || 4. Improcedencia de la recomendación jurídica en el oficio 637-DJU-2006. || Mediante la RRG-6146-2006 de las 13:00 horas del 2 de noviembre de 2006, el Regulador General rechazó el recurso de revocatoria ratificando prácticamente bajo los mismos argumentos de la resolución originalmente impugnada, el rechazo del pliego tarifario presentado por nuestra empresa. || No obstante, que nuestros argumentos de alzada están correcta y ampliamente externados en el escrito citado, me permito realizar una sumaria insistencia en las consideraciones indicadas contra la opinión jurídica 637-DJU-2006, con fundamento en la cual, prácticamente se rechaza en su totalidad el pliego tarifario, debido a que, al desatenderse el vinculo jurídico entre la ESPH S.A. y la Hidroeléctrica Los Negros, se desconocen una serie de gastos e inversiones que arroja esa relación y que sustentó en su mayoría los pliegos tarifarios reseñados. || La ESPH S.A., no pone en duda que las amplias explicaciones que sobre la situación jurídica de las concesiones dichas se dan , y que las mismas constituyen valiosos elementos de juicio para el esclarecimiento de tan importante tema jurídico que ha cobrado gran relevancia para la fundamentación de la resolución recurrida, como también es obvio el conocimiento absoluto que tiene en la ARESEP de la Ley N° 7789, que ha sido la base sobre la cual la ESPH S.A. justificó la construcción de la Planta Hidroeléctrica Los Negros, que bien se desprende de los Artículos 7, 10, 14 y 15 de nuestra tan citada ley constitutiva. || Los técnicos de la ARESEP encargados de la evaluación de los estudios tarifarios han detenido la aprobación del aumento tarifario, a causa de una errada interpretación del contrato de arrendamiento de la planta, fijando su atención en ese ínfimo detalle, sin atender al hecho de que dicha planta ha sido una obra exitosa, pues entró en operación desde el pasado mes de abril de ese mismo año, y de inmediato pasó a formar parte del sistema nacional interconectado, ayudando al país a enfrentar la crisis energética destacándose que, en todo el proceso de construcción y operación, ha existió más obstáculo que el que se ha planteado para efectos de las aprobaciones tarifarias reseñadas. || El dictamen 637-DJU-2006 del 27 de junio de 2006, no tiene un sentido práctico ni lógico, pues, pareciera pretender descifrar una inconsistencia en la negociación, entre la ESPH S.A. y la Empresa Nerja S.A., tendiente a la concreción del verdadero aporte de la ESPH S.A., que no es problema ni resorte de la ARESEP, y cuya intromisión ilegal, ha venido a implicar una SANCION EXPRESA a los estados Financieros de la ESPH S.A., que no tiene una "infracción previa y correlativa", pues se supone que una sanción es la consecuencia de una infracción y la duda que expuso la Dirección Jurídica de la ARESEP, se expresa como una duda y no como una infracción, duda que ha sido resuelta por el MINAE como se ha indicado. || La inconsistencia dentro de la mala interpretación del informe referido se refleja en los siguientes puntos: || A) En primer lugar —como se admite en el punto 3° analizado— ciertamente la ESPH S.A., está facultada para aportar como elemento de capital el uso y el goce de sus concesiones, para los efectos de constituir una sociedad subsidiaria como lo

es la EHLN S.A., en virtud de lo dispuesto por el artículo 7° antes citado. || Sin embargo, a dicha facultad debe agregarse la potestad que le otorga a la Empresa su pre aludida ley, en su artículo 5° según el cual: || 'La Empresa goz ará de plenas facultades para prestar servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y evacuación de aguas pluviales, así como para la generación, distribución, transmisión y comercialización de energía eléctrica y alumbrado publico...'. || De lo expuesto se sigue que tal derecho, no deviene propiamente de una "concesión administrativa" en los términos que lo propone la ARESEP, sino, de una autorización que dimana de la propia ley; independientemente de las facultades que en forma adicional le reconozcan a la Empresa otras leyes como la 8345 (Ley Cooperativas de Electrificación Rural y Empresas de Servicios Públicos Municipales), a que se hace referencia en el informe. || Lo anterior, sin perjuicio de las atribuciones que le otorga además su Ley de Transformación —cuando de constituir una sociedad subsidiaria para los indicados fines se trata— en ejercicio de la prerrogativa que le confiere el mismo artículo 5° en mención, en cua nto al desempeño de sus operaciones de generación de servicios, en forma directa o indirectamente por medio de este tipo de sociedades. || B) Ahora bien, definitivamente no es admisible concluir como lo hace la ARESEP que al ceder la ESPH el uso de ambas concesiones —nos referimos a la concesión de fuerza hidráulica y a la de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica— ésta ha perdido el uso y goce de tales concesiones aunque no la titularidad. || La Empresa Hidroeléctrica Los Negros es producto de la autorización conferida a la ESPH por el artículo 7° de la Ley 77 89, y esa sociedad subsidiaria está concebida 'como una entidad instrumental a la que recurre la ESPH para el desarrollo de un proyecto de su interés' (dicho en las propias palabras del informe) y agregan los dictaminantes a renglón seguido: || 'Y en este sentido es absolutamente claro que las personas que representan o administren la EHLN están vinculadas con la gestión de un proyecto de naturaleza pública destinado a la satisfacción de intereses públicos...'. A lo que agregamos de nuestra parte: 'Cuyos mecanismos han sido desarrollados dentro del marco de la ley y para el cumplimiento de los fines en ella previstos'. || Es más, como se acepta en el dictamen, ni en el contrato de arrendamiento de la Planta Hidroeléctrica Los Negros, ni en el Pacto Constitutivo de la sociedad subsidiaria que lleva el mismo nombre, se consigna como parte del aporte de la ESPH S.A., traspaso alguno de las referidas concesiones; y la referencia que existe sobre el particular es la que se señala en el dictamen relativa al Convenio Privado de Accionistas en que —para los efectos de establecer la ecuación financiera del proyecto— en el punto 2.3.2., inciso a) que se cita en el informe se contempla, se cuantifica, como parte del capital social aportado por la ESPH, el valor del derecho de uso relacionado. || Empero, en el cuidadoso análisis que contiene el dictamen se omite hacer referencia al rubro 2.3.4 del referido Convenio Privado de Accionistas, en el cual se dejó testimonio expreso de que: 'Las partes de este convenio reconocen y aceptan, que por las restricciones legales que rigen a la ESPH, el aporte del derecho de uso de las concesiones no implica una cesión a favor de la EHLN o un traspaso de la titularidad de la concesión para generar energía eléctrica o su concesión de fuerza hidráulica. Sin embargo, la ESPH —como es natural, acotamos— no podrá en ningún momento mientras se mantenga vigente este convenio o sus contratos relacionados que se dirán, retirar de la EHLN el beneficio de la concesión para generar energía eléctrica o el beneficio del uso de la concesión de fuerza hidráulica'. || De lo anterior se colige que, al no existir ningún contrato de cesión de concesión debidamente formalizado y registrado ante las entidades competentes; y si de otro lado, la ESPH está en facultad plena de operar directa o indirectamente por medio de su subsidiaria la central hidroeléctrica repetidamente citada, no es posible aseverar como se hace en el dictamen relacionado que la Empresa haya traspasado la titularidad de dichas concesiones, ni tampoco que el hecho del aprovechamiento de éstas para la operación de

la PHLN, haya significado "per se" la pérdida de tales concesiones. || Adicionalmente, no puede dejar de señalarse que si —como se expresa en el informe— la referida central hidroeléctrica, con todos sus activos, pasará a ser propiedad de la ESPH al vencimiento del plazo de 20 años —previsto en el Art. 2° inciso 2.2 del mencionado Convenido Privado de Accionistas: ¿Qué sentido tendría que la Empresa hubiera ejecutado un traspaso formal de las referidas concesiones? || C) Dentro de ese orden de ideas no es igualmente afortunada la conclusión 5° del pre aludido dictamen, en cuanto a la hipótesis de que el derecho de la ESPH S.A., al uso de las concesiones de generación eléctrica y fuerza hidráulica, pudiera en algún momento depender del contrato de arrendamiento suscrito con su mencionada subsidiaria (Empresa Hidroeléctrica Los Negros S.A.); puesto que, de acuerdo con lo expresado supra, la ESPH S.A., jurídicamente hablando no ha hecho cesión alguna de las concesiones; y por ende, no ha dejado de ser titular de ellas. || Consecuentemente, en ningún caso dependería el derecho de aprovechamiento de lo que pudiere establecer el contrato de ya se ha indicado— no hace referencia a ningún tipo de cesión o traspaso de derechos de concesión. || Entender lo contrario, sería interpretar el negocio jurídico en consulta en contradicción con la mente de la ley y la voluntad del legislador... || Ya ha sido aportado a las oficinas de la ARESEP, y en el acto y con carácter de para mejor resolver, en complemento del informe que antecede, se acompañaron a los recursos interpuestos, los siguientes atestados: || 1) Copia literal y exacta de la escritura constitutiva de la Empresa Hidroeléctrica Los Negros S.A. || 2) Convenio privado de accionistas, celebrado entre la ESPH y Nerja de San José S.A. y, || 3) Contrato de arrendamiento de la Planta Hidroeléctrica Los Negros… || Con todo lo anterior expuesto, queda con suma claridad evidenciado, que el contrato de arrendamiento efectuado para la operación del Proyecto Hidroeléctrico Los Negros, es legalmente factible para la ESPH S.A., y en consecuencia resulta incorrecto el rechazo por parte del señor Regulador, de los gastos operativos y financieros sustentados en ese proyecto y presentados por la ESPH S.A. en los respectivos pliegos tarifarios. || Dos últimas consideraciones son, por una lado el hecho de que la estrategia que ha seguido la ESPH S.A., al crear la subsidiaria Hidroeléctrica Los Negros, ha sido todo un éxito, y permite a corto, mediano y largo plazo un beneficio directo para el sistema nacional interconectado, y, específicamente, para las finanzas de la ESPH S.A. y el beneficio directo al abonado, lográndose una prestación de servicios con mejores índices de satisfacción incluyendo una mejora en los precios futuros. || Asimismo y también como prueba para mejor resolver, se ofrecen las copias de sendas constancias emitidas por el Ministerio del Ambiente y Energía, Departamento de Aguas del Instituto Meteorológico Nacional, que ya constan en la ARESEP, en la que se acredita, lo siguiente: || Que a nombre de la ESPH S.A., aparecen registradas al 14 de noviembre de 2006, las siguientes concesiones: || 1- Uso. Fuerza Hidráulica-Generación Eléctrica. || a. Fuente: Río Raudales. || b. Captación en finca de Inversiones Nerja de San José S.A. || c. Caudales otorgados: 2250. || d. Fecha de vencimiento: 18-03-2024. || 2.- Uso. Fuerza Hidráulica-Generación Eléctrica. || a. Fuente: Río Caño Negro. || b. Captación en finca de Inversiones Nerja de San José S.A. || c. Caudales otorgados: 7390. || d. Fecha de vencimiento: 18-03-2024. || 3- Uso. Fuerza Hidráulica-Generación Eléctrica. || a. Fuente: Río Frijoles. || b. Captación en finca de Inversiones Nerja de San José S.A. || c. Caudales otorgados: 2190. || d. Fecha de vencimiento: 18-03-2024. || En consecuencia, no pueden los funcionarios de la ARESEP arrogarse la facultad de determinar que la ESPH S.A., no puede operar la planta, cuando las concesiones de generación de la misma, aparecen a su nombre en el ente competente en esa materia. || Como segundo punto de énfasis se hace referencia al tema de la obligatoriedad de la ARESEP realizar fijaciones que no atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestatarias del servicio público. || En igual forma nos permitimos realizar una somera referencia a las explicaciones dadas por el Honorable señor Regulador General en respuesta al recurso de revocatoria,

respecto de la resolución 5590, mismo que manifestó: || '...Así la Autoridad Reguladora a la hora de determinar tarifas para este servicio, se encuentran dirigidos a cumplir con el principio de servicio al costo que califica la actividad de este ente regulador, permitiendo que los prestadores, a través de la retribución tarifaria, cubran los costos invertidos en la prestación del servicio y obtenga una rentabilidad razonable manteniendo el equilibrio financiero de sus empresas...' (página 8 párrafo tercer, RRG-6146-2006). || Sea que se hace depender el 'equilibrio financiero de la prestadora del hecho de que '...los prestadores, a través de la retribución tarifaria, cubran los costos invertidos en la prestación del servicio y obtenga una rentabilidad razonable...' || Por su parte, a la hora de analizar nuestros argumentos, tendiente a acreditar —de nuestra parte—, que con el rechazo de nuestras solicitudes tarifarias la ARESEP está afectando el equilibrio económico de la ESPH S.A., la resolución del señor Regulador que resuelve el recurso de revocatoria expresa: || '...La empresa presenta estados de resultados reales con resultados negativos del 1 de enero al 30 de junio del 2006, lo cual no indica necesariamente, en el corto plazo, que esté en riesgo su equilibrio financiero, pues con las utilidades anteriores puede cubrir esas pérdidas… Por lo tanto, lo estipulado en la resolución RRG-5990-2006 no atenta contra el equilibrio financiero de la empresa...' (Considerando I, párrafos dos y tres de la resolución RRG-6146-2006). || De manera que consideramos que los dos párrafos anteriores son contradictorios entre sí, y que la propia definición de lo que considera el señor Regulador que es una resolución tarifaria que no atente contra el equilibrio financiero de un prestador, está siendo violentada por el mismo ente regulador, al obligar a la ESPH S.A., a mantener una situación financiera con resultados negativos reales, obligándola a no sustentar la sostenibilidad tarifaria con una fijación que le permita cubrir los costos invertidos en la prestación del servicio y obtenga una rentabilidad razonable obligándola a emplear utilidades anteriores para cubrir las pérdidas. || El señor Regulador, al argumentar su rechazo a nuestro recurso de revocatoria, aceptó que el régimen tarifario actual arroja resultados negativos y pérdidas para la ESPH S.A., y este no es un "adecuado equilibrio económico" para un prestador, ello obliga a la ARESEP a aprobar el pliego tarifario presentado, para evitar, casual y directamente la permanencia de los 'resultados económicos negativos y las pérdidas'. || Asimismo, y haciendo especial énfasis, el señor Regulador reconoce directamente que la ESPH S.A., mantiene un régimen tarifario que le está acarreando pérdidas, por ende se insiste, el cuadro económico reflejado en el pliego tarifario presentado a la ARESEP, independientemente de criterios de forma y color, exige la aprobación de las tarifas presentadas, pues la ARESEP tiene como misión fundamental: || a) Armonizar los intereses de los consumidores, usuarios y prestatarios de los servicios públicos definidos en esta ley y los que se definan en el futuro. || b) Procurar el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestatarios de los servicios públicos. || c) Asegurar que los servicios públicos se brinden de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 3 de esta ley. || d) Formular y velar porque se cumplan los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima, los servicios públicos sujetos a su autoridad. || e) Coadyuvar con los entes del Estado, competentes en la protección del ambiente, cuando se trate de la prestación de los servicios regulados o del otorgamiento de concesiones. || f) Ejercer, conforme lo dispuesto en esta ley, la regulación de los servicios públicos definidos en ella. || No existe "equilibrio", no existe "armonía de intereses", no existe "servicio al costo" y no existe '...una retribución competitiva que garantice el adecuado desarrollo de la actividad...' cuando el mismo regulador acepta expresa y directamente que hay resultados negativos y pérdidas, eso es ni más ni menos, afectar el equilibrio económico de la prestataria al denegarle un incremento tarifario necesario para llegar a una situación de equidad financiera. || Por ende, no encontramos una justificación objetiva, financiera ni

legal, en ninguna de las resoluciones a las que se refieren estos recursos de REVISION Y NULIDAD, que nos deje en una situación de tranquilidad, como representantes de la ESPH S.A., administradora del servicio que nos convenza más allá de la duda razonable, que ante todo existe una justificación subjetiva y no una objetiva y justa. || (5) La Junta Directiva de la ARESEP, mediante la RJD-012-2007 de las 12:00 horas del 7 de febrero de 2007, rechazó el recurso de apelación y revisión originalmente incoado contra la 5990 indicada. III CRITERIO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE, ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES. (1) Mediante oficio DFOE-ED-12-2008 del 26 de agosto de 2008, relacionado con: 'Informe No. DFOE-ED-12-2008, sobre fijación tarifaria del proyecto hidroeléctrico Los Negros y contrato de Fideicomiso de Garantía Hipotecaria Los Negros No. 930. En dicho informe, luego de considerar los argumentos de la ARESEP, respecto del rechazo tarifario y al criterio legal externado por la ARESEP de repetida cita en este memorial, refiere la Contraloría que. || '... De lo informado por la ARESEP se sugiere la existencia de una situación preocupante e inconclusa desde el punto de vista del reconocimiento tarifario de los costos asociados a la Planta Hidroeléctrica Los Negros, que ha representado inconvenientes de tipo técnico y jurídico a la ESPH, originados principalmente en el esquema dispuesto por esa empresa para la conformación del capital social de la Empresa Hidroeléctrica Los Negros, particularmente en lo relativo al aporte de las concesiones de uso del agua y generación de energía eléctrica.... Este Órgano Contralor tiene plena conciencia de la importancia que tiene para el país, en la actual coyuntura, que el Sistema Nacional Interconectado obtenga la provisión de electricidad que le brinda la PHLN, por lo que considera conveniente y necesario que se aclaren las dudas plateadas sobre sus condiciones de operación... || 4-DISPOSICIONES || b) Ordenar a la respectiva administración que coordine lo pertinente para que efectúen un examen conjunto de la situación descrita en el punto 2 de este informe, con el propósito de que sean apuntadas y detalladas las dimensiones y consecuencias directas que sobre las finanzas de esas Empresas se puedan estar presentando a raíz de las resoluciones que ha dictado la ARESEP y aclarar las condiciones de operación del provecto hidroeléctrico Los Negros, respecto de la titularidad, uso y explotación de las concesiones involucradas. || c) Adoptar las medidas correctivas que procedan, a lo interno de esas empresas y ante la Autoridad reguladora y otros entes competentes, para normalizar la situación relacionada con el no reconocimiento tarifario de los costos de operación de la Planta Hidroeléctrica así como el uso y la titularidad que le asiste a cada una sobre las concesiones de uso de las aguas y generación de energía eléctrica....' || (2) En el oficio FOE-ED-0646, del mismo día, dirigido al Ministro del Ambiente y Energía la Contraloría General de la República expone al citado Ministerio: || '...se podrá apreciar que la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos ha manifestado dudas de importancia sobre la cesión que realizó la ESPH de las concesiones de uso de las aguas y de generación de energía para la conformación del capital social de la Empresa Hidroeléctrica Los Negros S.A. y ser explotadas en la Planta Hidroeléctrica Los Negros de su propiedad, respecto de lo que ha concluido que, dado ese traspaso del derecho de uso y explotación de esa concesión, no le resulta factible a la ESPH, que arrienda la referida planta, utilizarlas para generar la energía eléctrica. Así las cosas, el resultado que ha obtenido la ESPH en varias solicitudes tarifarias, es que esa Autoridad Reguladora no le ha reconocido la generación eléctrica en esa Planta como propia y no ha considerado como gastos tarifarios todos aquellos gastos en que ha incurrido esa empresa para la operación, administración y gestión de esa planta, dentro de lo cual está el contrato de arrendamiento que pactó la EHLN. … || Ante lo expuesto y dado que la discusión de fondo alude además a temas que son del resorte de ese Ministerio, este órgano contralor ha estimado pertinente, hacer de su conocimiento esta situación con la finalidad de que se valore, al amparo de las competencias que le

otorgan, entre otros los Decretos Ejecutivos No. 34582 del 4 de junio del 2008, Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo; Decreto Ejecutivo 30077 del 21 del 12 del 2001, Reglamento General del MINAE y decreto ejecutivo No. 21351 del 3 de junio de 1992. Constitución del Sector Recursos Naturales, Energía y Minas, ese Ministerio, en su calidad de rector del sector energía y como responsable del otorgamiento de las concesiones que están siendo utilizadas para la generación de la energía en el Proyecto Hidroeléctrico citado, la conveniencia de realizar el examen correspondiente de la situación y determine, desde sus atribuciones y competencias, las consecuencias y particularidades que desde el punto de vista jurídico tiene o no el traspaso del uso y explotación de las concesiones que posee la ESPH S.A, a la Empresa Hidroeléctrica los Negros... || En ese orden, es de importancia indicar a la luz de los establecido en el artículo 7 de la Ley 7789, Ley de Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, en los casos que esa Empresa constituya empresas subsidiarias y aporte, como uno de los elementos del capital, el uso y goce de una concesión, dicha concesión podrá ser utilizada o explotada por la subsidiaria creada para ese efecto, pero no podrá salir en ningún momento del dominio de la ESPH. De tal forma, para este Despacho es imprescindible aclarar dentro del marco señalado las dudas formuladas por la entidad reguladora y el marco bajo el cual esas empresas pueden o no explotar las concesiones mencionadas. No omitimos mencionar, como referencia, que situaciones relativamente similares podrían darse en figuras novedosas que al país ha utilizado de habilitar infraestructura de generación eléctrica, como es el caso de los fideicomisos que suscriben los operadores públicos...' || (3) Hemos sido notificados del contenido del oficio DM-395-2009, del 20 de marzo de 2009, emitido por el señor Jorge Rodríguez Quirós, en su condición de Ministro del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, dicho documento se emite en respuesta a la solicitud realizada mediante oficios 08716 y 002346 suscrito por Vilma Gamboa Bolaños, este es un DOCUMENTO NUEVO, emitido POR EL ORGANO COMPETENTE A NIVEL NACIONAL en materia de concesiones. || Al respecto no es imprescindible realizar los siguientes comentarios y solicitudes: || I- En sus afirmaciones el MlNAET manifiesta tener pleno conocimiento, porque así consta en el expediente de concesión de aprovechamiento de aguas 953-H, del convenio realizado entre la ESPH S. A., con la Empresa Inversiones Nerja S.A., e indica: '5- ...la Concesión de aprovechamiento de agua otorgada a la Empresa de Servicios Públicos de Heredia consiste en la generación de fuerza hidráulica por parte de esa empresa. Ahora bien, la ESPH celebró una alianza con la sociedad denominada Inversiones Nerja S.A., un convenio que se encuentra amparado en e! artículo 15 de la Ley 7789 para el desarrollo de! proyecto hidroeléctrico Los Negros...'. || II- Finalmente concluye: '8. Así la concesión de aprovechamiento de aguas se otorgó en apego a la legalidad. Actualmente no existe en el expediente de concesión 953-H, solicitud de traspaso de concesión y en todo caso, debido al vacío legal para el otorgamiento de concesiones de fuerza hidráulica, no sería posible autorizar un traspaso a un sujeto de derecho privado o mixto que no estuviera bajo el supuesto de la Ley 8345, por lo que se entiende que la concesión del expediente número 953-H está otorgada y es utilizada por la ESPH, concesionaria en el expediente...' || III- Ello implica que el MINAEL considera sin duda alguna que la ESPH S.A., está legitimada y en pleno derecho, de utilizar la citada concesión para operar la Planta Hidroeléctrica Los Negros, y que el convenio de constitución de la sociedad Empresa Hidroeléctrica Los Negros, no afectó, no afecta y no afectará la concesión citada propiedad do la ESPH S.A. || IV- Asimismo acredita que los abogados de la Dirección Jurídica de la Autoridad Reguladora, emitieron un criterio legal equivocado y contradictorio, que extralimitó sus facultades y conocimientos legales, ya que es el MlNAE el encargado de resolver quienes están o no legitimados para el uso de una concesión de fuerza hidráulica y no la ARESEP, lo que provocó la afectación directa a la

ESPH S.A., en sus regímenes tarifarios y en su estabilidad financiera y económica, tal y como claramente se expresó en el oficio FOE-ED-0646 del 26 de agosto de 2008, ese criterio es ABSOLUTAMENTE NULO, no solo por su incongruencia en cuanto al fondo del asunto considerad, sino, en cuanto a la Dirección Jurídica de la ARESEO extralimitó sus facultades, arrogándose las facultades que le corresponden exclusivamente al MINAE, conforme lo establecen los Decretos Ejecutivos No. 34582 del 4 de junio de 2008, Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo; Decreto Ejecutivo No. 30077 del 21 del 12 de 2001, Reglamento General del MINAE y decreto ejecutivo N. 21351 del 3 de junio de 1992. || (5) El error que ocasiona el vicio de nulidad de la ARESEP nace desde el criterio que consta en oficio 637-DJU-2006, del 27 de julio de 2006, […], cuyo criterio lleva TRES AÑOS AFECTANDO LAS FIJACIONES TARIFARIAS DE LA ESPH S.A. pues ese criterio jurídica fue la base para rechazar los aumentos tarifarios transcritos, dejando a nuestra representada en una situación de "desequilibrio financiero", en violación del artículo 31 de la Ley 7593. || (6) La respuesta de MINAE, a la consulta que hiciera la CGR en oficio 08716, en relación al uso de la concesión de fuerza hidráulica que utilizó la ESPH S.A. en el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Los Negros, es para quienes participaron activamente en la conformación del proyecto la prueba contundente de que el sustento legal que permitió conformar la factibilidad legal, financiera y técnica, siempre estuvo apegado a la Ley 8345, que igualmente fue elaborada con una visión para promover la participación de las empresas del Estado en una actividad que permitiera la inversión mixta con el capital privado, en donde estas hicieran valer sus fortalezas de empresas del Estado y poderlos convertir 'como parte del aporte en elementos de capital'. || (7) La ley 8345, se adelanto a los tiempos y, es emulada con la apertura de los monopolios de electricidad y telecomunicaciones, pues muchas de las facultades que se le aprobaron a la ESPH S.A. se le aplican hoy también a otras instituciones del sector, que se convierten en condiciones especiales para poder competir, en un mercado abierto o de la contrario sucumbirán. || (8) La respuesta de MINAE es clara y contundente en el punto 8 donde dice 'Así, la concesión de aprovechamiento de aguas se otorgo en apego a la legalidad…', lo anterior porque para quienes tienen la obligación de resolver el problema de los servicios públicos con apego a una visión nacional, en especial en el caso de la energía, que fue la razón de la aprobación de las Leyes 8345 y 7789, fue precisamente aclarar una incertidumbre legal que impidió construir plantas hidroeléctricas, facultad que sólo se le daba al ICE, pero que para los funcionarios de esa empresa, ambas leyes fueron un camino claramente trazado para avanzar con seguridad. Pero que de pronto, se vio totalmente bloqueado cuando funcionarios del departamento jurídico de ARESEP, interpretaron a su manera la Ley 8345, sin importar lo avanzado del proyecto y las consecuencias financieras, económicas, y disciplinarias de orden personal que nos causaron. || (9) [¿]Qué tal que en la ESPH S.A., interpretáramos la ley a nuestro antojo e incumpliéramos con lo que la misma ordena? Pues por experiencia, por menos de como actuaron los funcionarios del departamento legal de la ARESEP —por la envergadura de los efectos negativos hacia la ESPH S.A.— nos hemos visto en litigios muy costosos y tensos, no así los que por cuenta propia pueden cuestionar la ley sobre la marcha y poner en entredicho todo el planteamiento legal que dio origen a un planificado proyecto, que es hoy un modelo de como las empresas del Estado pueden asociarse con el capital privado sin detrimento a sus interés y con resultados positivos, porque al fin y al cabo lo que no es rentable no se sostiene y causa perdidas. || (10) En nuestro país siempre ha sucedido todo lo contrario, el Estado o las empresas publicas son las que tienen que afrontar las condiciones de pérdida en beneficio de las empresas privadas que siempre salen gananciosas, muchas veces a propósito. En este caso, el haber puesto la concesión en el negocio como aporte de capital, tal y como lo dice la ley en el artículo 7, no fue un invento de esta administración, y si debe valorarse con un bien tangible es porque al final la

seriedad de una empresa obliga a formalizar el aspecto contable y cuantificar el elemento concesión como un bien, como un activo, lo cual no había sido concebido antes, en ninguna actividad del Estado con la empresa privada, pero ha sido un paso importantísimo, para el desarrollo de alianzas y de ahora en adelante se repetirán como una forma justa de defender los interés del país. || PETITORIA: || Conforme con lo expuesto, solicitamos a la ARESEP declarar con lugar este RECURSO DE REVISIÓN, declarando NULO ABSOLUTAMENTE EL CRITERIO LEGAL 637-DJU-2006, y con ello nulas absolutamente las resoluciones No. RRG-5590-2006 del 25 de setiembre de 2006, resolución RRG-6753-2007, de las 8:20 horas del 6 de julio de 2007, resolución RRG-8292-2008 de las 9:30 horas del 30 de abril de 2008 y resolución RRG-9557-2009 de las 11:00 hrs del 05 de marzo del 2009, en cuanto se considere dicho criterio legal para la denegatoria total o parcial de la aprobación de las solicitudes tarifarias de la ESPH S.A., y con ello solicitamos: || (1) Normalizar la situación financiera de la ESPH S.A., que le causó la errónea interpretación legal del oficio 637-DJU-2006, al violentar las facultades y competencias de dichos funcionarios, asumiendo la Autoridad de dictaminar quien puede y quien no, utilizar una concesión de aprovechamiento de fuerza hidráulica, cuando dicha competencia es del MINAE a los presentes efectos. Criterio errado emitido sin siquiera solicitar directamente el criterio al MINAE, antes de resolver con una posición negativa y perjudicial, que puso en riesgo la imagen de la empresa y su posición financiera. || (2) Tomar las medidas correspondientes para sentar las responsabilidades del caso, en cuanto al error cometido, ya que no se puede afectar al Estado Costarricense, a través de una de sus empresas, con criterios no apegados a derecho, sin un fin y sentido lógico, y fuera de toda razonabilidad. || (3) Revocar el criterio jurídico externado mediante el oficio 637-DJU-2006, del 27 de julio de 2006, emitido por los funcionarios Ileana Reyes Rivas, Francisco Muñoz Chacón y Juan Manuel Quesada Espinoza, todos de la Dirección Jurídica de la ARESEP y permitir a la ESPH S.A. presentar en sus estudios tarifarios la INCORPORACION de los cálculos tarifarios que incluyan los costos operativos por la administración y generación que realiza la ESPH S.A en la Planta Hidroeléctrica Los Negros para la determinación de sus tarifas. DERECHO: || Decretos Ejecutivos No. 34582 del 4 de junio de 2008, Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo; Decreto Ejecutivo No. 30077 del 21 del 12 de 2001, Reglamento General del MINAE y decreto ejecutivo No. 21351 del 3 de junio de 1992. Constitución del Sector Recursos Naturales, Energía y Minas, ese Ministerio. Artículos 5, 7, 10, 14 y 15 de la Ley 7789, así como la Ley 8345. Artículos 152, 153, 169 a 175, 353, 354 de la Ley General de la Administración Pública, LEY DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, Ley No. 7593 […], artículos 3, 29 a 35. || VOTO: 12 de las 9 hrs del 15 de marzo de 1990, Sala Primera y RESOLUCIÓN: 523 de las Sala Primera del año 2009.

V. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 251-AJD-2009/5260 del 21 de julio de 2009, en el que se recomienda rechazar, por extemporáneo, el recurso extraordinario de revisión y la nulidad concomitante, interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la RRG-5590-2006 del 25 de setiembre de 2006, la RRG-6753-2007 de las 8:20 horas del 6 de julio de 2007 y la RRG-8292-2008 de las 9:30 horas del 30 de abril de 2008, rechazar, por el fondo, el recurso extraordinario de revisión y la nulidad concomitante, interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la RRG-9557-2009 de las 11:00 horas del 5 de marzo de 2009, rechazar, por improcedente, la nulidad concomitante, planteada por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra el Oficio 637-DJU-2006/7516, del 27 de julio de 2006, dar por agotada la vía administrativa.

VI. La Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.

VII. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

I. Del Oficio 251-AJD-2009/5260, arriba citado, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Análisis de los aspectos formales del recurso: Con el fin de facilitar la comprensión del análisis de la impugnación, es menester transcribir las normas de la Ley general, que regulan el recurso extraordinario de revisión, a saber, los artículos 353, 354 y, 355, que dicen:

Artículo 353.
1. Podrá interponerse recurso de revisión ante el jerarca de la respectiva Administración contra aquellos actos finales firmes en que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando al dictarlos se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho que aparezca de los propios documentos incorporados al expediente;

b) Cuando aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente;

c) Cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior del acto, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de falsedad; y

d) Cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial.

Artículo 354.
El recurso de revisión deberá interponerse:

a) En el caso primero del artículo anterior, dentro del año siguiente a la notificación del acto impugnado;

b) En el caso segundo, dentro de los tres meses contados desde el descubrimiento de los documentos o desde la posibilidad de aportarlos; y

c) En los demás casos, dentro del año posterior al conocimiento de la sentencia firme que los funde.

Artículo 355.
Se aplicarán al recurso de revisión las disposiciones relativas a recursos ordinarios en lo que fueren compatibles.

De conformidad con lo establecido en el citado artículo 355, en lo que concierne a los aspectos formales se aplicarán —en lo que fueren compatibles— las disposiciones relativas a los recursos ordinarios.

Claro lo anterior, procede analizar, la legitimación activa, la representación y, los plazos de interposición de la impugnación, esto último según lo señalado en el artículo 354 de cita.

Sobre la legitimación activa y la representación: El recurso fue interpuesto por la Licda. Alba Lucía Villalobos Villalobos, Presidenta de la Junta Directiva y por el Ing. Edgar Allan Benavides Vílchez, Gerente General, ambos de la E.S.P.H., S.A., empresa gestora de la petición de tarifas y destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la Ley general, en relación con lo dispuesto en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593 y sus reformas, al ser parte del procedimiento, la recurrente está legitimada para actuar y, la Licda. Villalobos Villalobos y el Ing. Benavides Vílchez, ostentan la representación de la recurrente.

Sobre las circunstancias y los plazos para interponer el recurso: Debe acudirse al artículo 353 de la Ley general, para encontrar las circunstancias en las que puede plantearse el recurso extraordinario de revisión y, al artículo 354 de esa ley, para determinar cuál de los plazos es el aplicable al presente caso.

En el artículo 353 transcrito líneas arriba, se observa que los presupuestos para que proceda el recurso extraordinario de revisión, son: **a)** manifiesto error de hecho, **b)** cuando aparezcan documentos de valor esencial para resolver el asunto que hayan sido ignorados al dictarse el acto o que hubiere sido imposible aportarlos al expediente, **c)** cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme y, **d)** cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta declarada en sentencia judicial.

El 21 de mayo de 2009, la recurrente presentó el recurso visible a folios 957 al 977. Posteriormente, el 3 de junio de 2009, presentó un nuevo escrito recursivo en el que indica que este es el quiere presentar. De ello concluimos, que el escrito que había presentado el 21 de mayo de 2009, debe descartarse.

En su escrito del 3 de junio de 2009, la recurrente impugna la RRG-5590-2006, de las 13:30 horas, del 25 de setiembre de 2006, la RRG-6753-2007, de las 8:20 horas del 6 de julio de 2007, la RRG-8292-2008 de las 9:30 horas del 30 de abril de 2008, la RRG-9757-2009, de las 11:00 horas del 5 de marzo de 2009. Sin embargo, debemos aclarar que la RRG-9757-2009, no es de las 11:00 horas del 5 de marzo de 2009, si no, de las 15:00 horas del 28 de abril de 2009 y recayó en el ET-070-2008, relativo a recurso de revocatoria con apelación en

subsidio, interpuesto contra la RRG-8653-2008, del 17 de julio de 2008; que no guarda relación alguna, con los servicios que presta la recurrente.

Lo cierto es que la resolución de las 11:00 horas del 5 de marzo de 2009, es la RRG-9557-2009 y, recayó en el ET-242-2008, concerniente a solicitud de ajuste tarifario presentado por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., para el servicio de distribución de energía eléctrica. Aclarado ese asunto, debemos indicar lo siguiente:

1. No se deduce del escrito recursivo, cuál es el presupuesto del artículo 353 de la Ley general, en que se sustenta. Por ello, para determinar el plazo en que corresponde interponerlo, nos basaremos en el artículo 224 de dicha ley, que ordena interpretar las normas de modo que se favorezca la admisión de las gestiones de los administrados. Así, consideramos que corresponde aplicar el plazo más extenso permitido por la ley, es decir, el del inciso a) del artículo 354, arriba transcrito.

2. El inciso a) del artículo 354 arriba citado, establece el plazo de un año (contado a partir de la notificación del acto de que se trate), para interponer el recurso extraordinario de revisión. Es claro entonces, que en lo concerniente a la RRG-5590-2006, del 25-9-2006, la RRG-6753-2007, del 6-7-2007 y, la RRG-8292-2008 del 30-4-2008; la impugnación resulta extemporánea.

3. La RRG-9557-2009 fue notificada a la recurrente por fax, transmitido el 9 de marzo de 2009 (folio 949) y publicada en La Gaceta 55 del 19 de marzo de 2009 (folios 950 al 954) y, el recurso fue presentado el 21 de mayo de 2009 (folios 957 al 977 y 980 al 1001). Por tanto, la impugnación fue presentada dentro del plazo previsto al efecto, en el inciso a) del artículo 354 de cita.

Análisis de los aspectos de fondo del recurso y de la nulidad: A partir de lo expuesto en el apartado anterior, consideramos conveniente indicar lo siguiente.

Sobre el recurso: En el referido escrito recursivo del 3 de junio de 2009, no se ataca explícita y expresamente la RRG-9557-2009. En ese memorial lo que se dice y se pide, es que dicha resolución; la RRG-5590-2006, la RRG-6753-2008 y, la RRG-8292-2008, sean anuladas parcialmente,

[…] **en cuanto admiten el criterio jurídico NULO ABSOLUTAMENTE externado mediante** [Oficio] **637-DJU-2006, DEL 27 DE JULIO DE 2006,** […]**, criterio que produce un grave e irreparable perjuicio a nuestra representada ante las evidentes y graves violaciones constitucionales, legales y técnicas cometidas en el mismo, y que produjeron la denegatoria en cada una de las resoluciones recurridas, de las fijaciones tarifarias por el reconocimiento** [sic] **de los gastos y costos de operación de la Planta Hidroeléctrica Los Negros,** […]

Ninguna de las causales establecidas en el artículo 353 de la Ley general, dan cabida el recurso extraordinario de revisión, incoado contra la RRG-9557-2009, por consiguiente, la impugnación carece de sustento legal.

Siendo, inimpugnable el Oficio 637-DJU-2006/7516, como abajo veremos y, siendo además, que el perjuicio que pudo haber causado sería de carácter económico —dado que se refieren al reconocimiento de gastos y costos de operación de la Planta Hidroeléctrica Los Negros—; no emitimos criterio.

Sobre la nulidad de la RRG-9557-2009: En lo concerniente a la nulidad alegada, estudiado el ET-242-2008, en el que recayó la RRG-9557-2009, concluimos que aquélla no se ha producido, porque, para se produzca, —dice el artículo 166 de la Ley general—, deben faltarle totalmente al acto administrativo de que se trate, uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

De acuerdo con esa ley, esos elementos son: **1.** Sujeto (artículo 129); **2.** Forma (artículo 134); **3.** Procedimiento (artículo 308 y siguientes); **4.** Motivo (artículo 133); **5.** Contenido (artículo 132) y; **6.** Fin (artículos 131).

La RRG-9557-2009 tiene todos los elementos exigidos por las referidas normas, porque:

a) Fue dictado por el órgano competente **(sujeto)** —el Regulador General—, órgano que tiene la investidura para dictarlo.

b) Fue expresado por escrito **(forma)**, como jurídicamente corresponde.

c) Antes de dictarlo, se desplegaron las actuaciones **(procedimiento)**, establecidas en el ordenamiento jurídico para el caso en cuestión.

d) Fueron consideradas las situaciones de hecho y de Derecho **(motivo)**, atinentes al caso.

e) Se expresó en sus partes considerativa y dispositiva **(contenido)**, la decisión del órgano que lo dictó.

f) La fijación de tarifas es el **(fin)** que se busca con el acto.

Como se puede apreciar, al acto recurrido no le falta ninguno de sus elementos constitutivos. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que se ha producido la nulidad alegada.

Sobre la nulidad del Oficio 637-DJU-2006/7516: El Oficio 637-DJU-2006/7516 es un acto preparatorio que no tiene efecto propio; consecuentemente, es inimpugnable, a la luz del artículo 163, en relación con el 345, ambos de la Ley general, que se leen así:

Artículo 163.

1. Los vicios propios de la ejecución del acto inválido se impugnarán por aparte de los que afecten el acto.

2. Los vicios propios de los actos preparatorios se impugnarán conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio.

3. Los vicios de los actos de contralor o, en general, de los que afecten la eficacia del acto en forma desfavorable a éste, se impugnarán por aparte.

Artículo 345.

1. En el procedimiento ordinario cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.

2. La revocatoria contra el acto final del jerarca se regirá por las reglas de la reposición del *Código Procesal Contencioso-Administrativo. **(Así reformado por el artículo 200, inciso 12) de la Ley N° 8508 de 28 de abril de 2006 , Código Procesal Contencioso-Administrativo).*

3. Se considerará como final también el acto de tramitación que suspenda indefinidamente o haga imposible la continuación del procedimiento.

Debemos tener presente además, que el oficio en cuestión no es vinculante, según lo prescrito en el artículo 303 de la Ley general, así: ***"Artículo 303. || Los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley."*** En relación con esa norma, conviene citar lo expresado por el profesor Ortiz Ortiz —ante la Comisión de Gobierno y Administración, de la Asamblea Legislativa—, durante la discusión del Proyecto de Ley general de la administración pública. Veamos:

LICENCIADO ORTIZ ORTIZ: Los dictámenes son los facultativos, los obligatorios y los vinculantes. Los facultativos son los que la autoridad puede o no pedir, obligatorio es el que tiene que pedir pero no obedecer, el vinculante el que tiene que pedir y obedecer. La regla es que serán facultativos y no vinculantes en el sentido de que la autoridad como regla general tiene libertad para pedirlo o no, pero si lo pide, en caso de que se lo den, podrá hacer con el dictamen lo que la sana crítica le aconseje, sin necesidad de obedecerlo. La situación es igual a la de los juzgados. (Roberto Quirós Coronado. Ley General de la Administración Púbica concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional, San José, Costa Rica: Aselex, 1996, pp. 376 y 377).

Así las cosas, en lo que concierne al Oficio 637-DJU-2006/7516, del 27 de julio de 2006, debería rechazarse la impugnación, por improcedente.

Por último, se informa que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también a la Asesora Económica que se pronunciara sobre la impugnación, por lo que sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver el recurso.

II. En sesión 029 -2009, del 30 de agosto de 2010, cuya acta fue ratificada el 16 de setiembre de 2010; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 251-AJD-2009, de cita, acordó por unanimidad rechazar por extemporáneo, el recurso extraordinario de revisión y la nulidad concomitante, interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la RRG-5590-2006 del 25 de setiembre de 2006, la RRG-6753-2007 de las 8:20 horas del 6 de julio de 2007 y la RRG-8292-2008 de las 9:30 horas del 30 de abril de 2009, rechazar, por el fondo, el recurso extraordinario de revisión y la nulidad concomitante, interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la RRG-9557-2009 de las 11:00 horas del 5 de marzo de 2009, rechazar, por improcedente, la nulidad concomitante, planteada por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra el Oficio 637-DJU-2006/7516, del 27 de julio de 2006 y dar por agotada la vía administrativa.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, se dispone:

POR TANTO:

1. Se rechaza, por extemporáneo, el recurso extraordinario de revisión y la nulidad concomitante, interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la RRG-5590-2006 del 25 de setiembre de 2006, la RRG-6753-2007 de las 8:20 horas del 6 de julio de 2007 y la RRG-8292-2008 de las 9:30 horas del 30 de abril de 2008.

2. Se rechaza, por el fondo, el recurso extraordinario de revisión y la nulidad concomitante, interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la RRG-9557-2009 de las 11:00 horas del 5 de marzo de 2009.

3. Se rechaza, por improcedente, la nulidad concomitante, planteada por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra el Oficio 637-DJU-2006/7516, del 27 de julio de 2006.

4. Se da por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

3. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR THE TICO TRAIN TOUR CORPORATION S.A., C/ LA RRG-AU-64-2008 DEL 25-8-DE 2008. (AU-038-2008).

El señor Dennis Meléndez Howell, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por The Tico Train Tour Corporation, S. A. contra la resolución RRG-AU-64-2008, de 25 de agosto de 2008.

El señor Meléndez Howell, cede la palabra a los señores Asesores de la Junta Directiva Robert Thomas Harvey y Xinia Herrera Durán, quienes se refieren a los aspectos relevantes de este recurso. El señor Thomas Harvey, indica que mediante oficio 289-AJD-2009 de 7 de setiembre de 2009, conoció del recurso y recomienda resolverlo de acuerdo con los criterios técnicos y dar por agotada la vía administrativa, cuando se resuelva por el fondo la impugnación.

La señora Xinia Herrera Durán, Asesora Económica, señala que por medio del oficio 318-AJD-2009 de 29 de octubre de 2009, recomienda rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor Juan Paniagua Zeledón, apoderado generalísimo sin límite de suma de The Tico Train Tour Corporation S. A., contra la RRG-AU-64-2008, de 25 de agosto de 2008. Indica la señora Herrera que el recurso se refiere a una solicitud de devolución de un dinero realizada por el señor Juan Paniagua Zeledón al INCOFER por el alquiler de vagones para el transporte de pasajeros con objetivos turísticos, ya que la Junta Directiva de ese ente decidió modificar las tarifas estipuladas por la ARESEP en la resolución RRG-2676-2002.

En la resolución recurrida se le da la razón parcialmente a The Tico Train Tour Corporation, S. A. porque a pesar de que lleva la razón en sus argumentos, algunas de las facturas se aportan posteriormente y no se adjunta la información completa.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 289-AJD-2009 y 318-AJD-2009, resuelve:

ACUERDO 004-029-2010

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor Juan Paniagua Zeledón, apoderado generalísimo sin límite de suma de The Tico Train Tour Corporation S. A., contra la RRG-AU-64-2008.

2. Dar por agotada la vía administrativa.

RESULTANDO:

I. Mediante resolución RRG-AU-64-2008 de las 15:28 horas del 25 de agosto de 2008, el Regulador General en la, con fundamento en el criterio de la Dirección de Protección al Usuario resolvió: I) Declarar con lugar la queja planteada por el señor Juan Paniagua Zeledón, en representación de The Tico Train Tour Corporation S. A., contra Incofer por las tarifas aplicadas en el servicio de transporte de pasajeros con objetivo turístico. II) Ordenar al Incofer hacer la devolución de $1044,00 a The Tico Train Tour Corporation S. A., por los cobros efectuados de más en el servicio, para los viajes realizados el 4 y el 26 de abril de 2008. III) ordenar al Incofer aplicar las tarifas por el servicio señalado, tal y como se establecieron en la RRG-2676-2002 por parte de la Autoridad Reguladora y suspender la aplicación de las tarifas que definió mediante los acuerdos 2744 de la sesión 1551-2007 del 25 de junio de 2007 y 2809 de la sesión 1572-2007 del 24 de setiembre de 2007. IV) Ordenar a la Dirección de Servicios de Transporte que inicie de oficio un estudio tarifario para determinar la estructura tarifaria y los niveles tarifarios que correspondan al servicio de

transporte de pasajeros con objetivo turístico (folio 711 al 718). Fue notificada a The Tico Train Tour Corporation S. A., por fax transmitido el 1° de setiembre de 2008 (folio 719).

II. El 4 de setiembre de 2008 el señor Juan Paniagua Zeledón, apoderado generalísimo sin límite de suma de The Tico Train Tour Corporation S. A., según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-AU-64-2008 (folio 722 al 727). Alega en resumen lo siguiente:

> ***(1) Que tal y como se desprende del acápite segundo de la parte dispositiva del acto recurrido, se ordena al Incofer devolver a su representada $1044,00 vistos los cobros efectuados de más en el servicio, para los viajes realizados el 4 y el 26 de abril de 2008. (2) Que dentro de dichos importes no se encuentran incluidos los montos que en igual forma el Incofer cobró de más en los viajes realizados el 19 de abril y 11 y 17 de mayo de 2008, cuyas facturas o recibos de dinero se encuentran en el expediente. (3) Que en igual forma existen rubros que fueron pagados de más, cuyas facturas no constan dentro del expediente, pero sí los comprobantes de transferencia, los recibos de dinero del Incofer y los comprobantes de pago; todos correspondientes a lo cancelado a Incofer por los viajes realizados el 11 y el 17 de mayo de 2008. Lo anterior es así porque una vez efectuado el pago exigido por el Incofer para emitir la respectiva factura, dicha institución tarda entre una y dos semanas para confeccionarla. Por tal motivo no fueron aportadas, sino sólo el recibo de dinero correspondiente. (4) Que apréciese que para efectos de evidenciar las diferencias adicionales pagadas al Incofer, en el recibo de pago # 105474 consta el número exacto de coches utilizado en ese viaje. En el caso del recibo de dinero # 105502, consta a folio 638 del expediente el oficio de su representada AT-37-2008 en el cual se la aclara al Incofer que para ese viaje sólo emplearía dos vagones. Ese oficio fue contestado por el Incofer en el sentido de que independientemente del número de coches utilizado siempre debía pagarse por un mínimo de cinco vagones (folio 642). (5) Que por lo anterior existe una diferencia de $1992,00 que debe anexarse a lo resuelto, por lo cual debería reintegrarle a su representada un total de $3036,00. (6) Pretensión: Revocar parcialmente el acto recurrido en lo que respecta al monto que debe reintegrar el Incofer a su representada.***

III. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 212-DAJ-2009/1996 del 18 de marzo de 2009 analiza los aspectos formales del recurso de revocatoria y recomienda, dado que lo argumentado es de carácter técnico tarifario, que se solicite a la Dirección de Servicios de Transporte que analice los argumentos (folio 736 al 739).

IV. La Dirección de Servicios de Transporte por oficio 335-DITRA-2009/2150 del 25 de marzo de 2009 en respuesta a la solicitud de Dirección de Protección al Usuario, manifiesta que en la RRG-2676-2002 se retoman las tarifas del sector Atlántico, fijadas mediante la RRG-1687-2000, por lo que esa resolución no establece una cantidad mínima de vagones para brindar el servicio, así como tampoco lo hizo la RRG-1687-2000. En ambas fijaciones se empleó una proyección de 4 vagones para calcular las tarifas (folio 741).

V. La Dirección de Protección al Usuario por oficio 1154-DPU-2009 del 28 de mayo de 2009 analiza los aspectos técnicos del recurso de revocatoria y recomienda que se rechace por el fondo y se intime por segunda vez al Incofer al pago establecido (749 al 757).

VI. El Regulador General en la RRG-AU-25-2009 de las 14:01 horas del 28 de mayo de 2009, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por The Tico Train Tour Corporation S. A., contra la RRG-AU-64-2008. II) Elevar el recurso de apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a las partes que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 758 al 761). Fue notificada a The Tico Train Tour Corporation S. A., por fax transmitido el 24 de junio de 2009 (folio 763).

VII. El 29 de junio de 2009 The Tico Train Tour Corporation S. A., respondió el emplazamiento reiterando lo alegado en la impugnación y señalando que la información sobre los viajes del 11 y 17 de mayo de 2008 consta en el expediente AU-131-2008. Aporta prueba documental (folio 780 al 831).

VIII. La Dirección de Protección al Usuario por oficio 1544-DPU-2009/5607 del 28 de julio de 2009 con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada (folio 834 al 839).

IX. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 289-AJD-2009/6525 del7 de setiembre de 2009, en el que se recomienda resolver con criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por The Tico Train Tour Corporation S. A., contra la RRG-AU-64-2008 de las 15:28 horas del 25 de agosto de 2008, dictada por el Regulador General, dar por agotada la vía administrativa, cuando se resuelva la impugnación subsidiaria por el fondo.

X. La Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el 318-AJD-200, en el que recomienda rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor Juan Paniagua Zeledón, apoderado generalísimo sin límite de suma de The Tico Train Tour Corporation S. A., contra la RRG-AU-64-2008.

XI. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

I. De los Oficios 289-AJD-2009/6525 y 318-AJD-2009/8181, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 289-AJD-2009:

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación: En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor Juan Paniagua Zeledón, apoderado generalísimo sin límite de suma de The Tico Train Tour Corporation S. A., según consta en autos, entidad que es gestora de la queja, la que se ha

apersonado al procedimiento en defensa de sus intereses y la que resulta destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente al ser parte del procedimiento ostenta legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L.G.A.P., en relación con los artículos 27 y 28 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición de la impugnación se informa que la RRG-AU-64-2008 fue notificada a The Tico Train Tour Corporation S. A., por fax transmitido el 1° de setiembre de 2008 (folio 719) y que el recurso fue presentado el 4 de setiembre de 2008 (folio 722 al 727).

Del análisis comparativo entre la fecha de publicación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado en el artículo 346 de la L. G. A. P., lo estipulado en el artículo 3º del "Reglamento para el Uso de Fax como Medio de Notificación en los Despachos Judiciales", vigente en ese momento, en el sentido de que las resoluciones se tendrá por notificadas el día hábil siguiente a aquél en se hizo la transmisión, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

En cuanto a los aspectos de fondo del recurso de apelación en subsidio: Lo argumentado es de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio.

Se informa que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también a la Asesora Económica que se pronunciara sobre la impugnación, por tal motivo sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver el recurso planteado.

Oficio 318-AJD-2009:

Análisis por el Fondo: Señala el recurrente que en el cálculo de la devolución de dinero por concepto del servicio recibido, no se consideraron los viajes efectuados los días 19 de abril, 11 y 17 de mayo de 2008, de acuerdo con la información que fue aportada, por lo que queda pendiente de reconocer un monto de 1992 dólares, lo que daría un total de 3036 dólares que INCOFER debe reintegrar a THE TICO TRAIN TOUR CORPORATION S.A. Al respecto se señala que la queja presentada por el señor Juan Paniagua Zeledón, el 3 de marzo de 2008 se refiere al cobro de tarifas no autorizadas, por parte de INCOFER, por el alquiler de vagones para el transporte de pasajeros con objetivos turísticos para la zona del Pacífico.

Para el análisis de dicha queja, se utilizó como criterio para el reconocimiento de los montos sobre los pagos efectuados, tanto la solicitud del servicio, como el depósito efectuado y adicionalmente el comprobante en bitácora del viaje realizado o como indica el documento "Control de Prestación de Servicio de Transporte en Tren para Turistas" para corroborar que se prestó el servicio y la cantidad real de vagones utilizados. En ese sentido, para las facturas que se solicita la devolución en la resolución recurrida, se identificaron en el expediente AU-38-2008 esos tres documentos que además están ligados entre sí, (ver folios 116 al 119, 121,123, 125 y del 147 al 639. No obstante, para el caso de las facturas 0019245, 105474 y 105502 no consta en el expediente el detalle de la hoja de control indicada donde se pueda establecer que efectivamente utilizó menos de 5 vagones por lo que el procedimiento no se puede hacer extensivo a dichas facturas.

Conclusiones: Del análisis realizado se concluye que el recurrente no lleva la razón en los argumentos técnicos en que sustenta el recurso de apelación presentado contra la RRG-AU-64-2008 resolución RRG-8969-2008 del 20 de octubre de 2008.

Recomendación: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor Juan Paniagua Zeledón, apoderado generalísimo sin límite de suma de The Tico Train Tour Corporation S. A., contra la RRG-AU-64-2008.

II. En sesión 029-2010, del 30 de agosto de 2010, cuya acta fue ratificada el 16 setiembre de 2010; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 289-AJD-2009/6525 y 318-AJD-2009/8181,de cita, acordó por unanimidad acoger los informes técnicos transcritos en el considerando anterior y rechazar el recurso de apelación en subsidio interpuesto por The Tico Train Tour Corporation S. A., contra la RRG-AU-64-2008 de las 15:28 horas del 25 de agosto de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, se dispone:

POR TANTO:

I. Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el señor Juan Paniagua Zeledón, apoderado generalísimo sin límite de suma de The Tico Train Tour Corporation S. A., contra la RRG-AU-64-2008.

II. Se da por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

4. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE FERROCARRILES (INCOFER), C/ LA RRG-AU-64-2008 DEL 25-8-2008. (AU-038-2008).

El señor Dennis Meléndez Howell, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Ferrocarriles (INCOFER) contra la resolución RRG-AU-64-2008, de 25 de agosto de 2008.

El señor Meléndez Howell, cede la palabra a los señores Asesores de la Junta Directiva Robert Thomas Harvey y Xinia Herrera Durán, quienes se refieren a los aspectos relevantes de este recurso. El señor Thomas Harvey, indica que mediante oficio 290-AJD-2009 de 7 de setiembre de 2009, conoció del recurso y recomienda resolverlo de acuerdo con los criterios técnicos y dar por agotada la vía administrativa, cuando se resuelva por el fondo la impugnación.

La señora Xinia Herrera Durán, Asesora Económica, señala que por medio del oficio 312-AJD-2009 de 28 de setiembre de 2009, recomienda rechazar el recurso de revocatoria presentado por el Ing. Miguel Carabaguíaz Murillo, Presidente Ejecutivo del Instituto Costarricense de Ferrocarriles contra la resolución RRG-AU-64-2008, por estar ajustada a criterios técnicos. Solicitar al Regulador General iniciar de oficio un estudio para determinar la estructura y los niveles tarifarios que corresponden al servicio de transporte de pasajeros con fines turísticos y del transporte de carga por ferrocarril dado que se presentan serias dudas sobre la competencia de este Organismo Regulador para definir tarifas para el alquiler de vagones.

La Junta Directiva luego de deliberar y ante lo expuesto, por unanimidad resuelve:

ACUERDO 005-029-2010

1. Solicitar al Asesor Legal de la Junta Directiva que emita un dictamen donde se pronuncie sobre la competencia de este Organismo Regulador para definir tarifas para el alquiler de vagones.

2. Posponer el conocimiento de este asunto hasta que se cuente con el dictamen del Asesor Legal de la Junta Directiva sobre la competencia de este Organismo Regulador para definir tarifas para el alquiler de vagones.

5. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR EL SECRETARIO TÉCNICO, A. Í. DEL CONSEJO NACIONAL DE CONCESIONES, C/ EL OFICIO 192-RG-2009/4907 DEL 8-7-2009, DEL REGULADOR GENERAL. (OT-008-2000).

El señor Dennis Meléndez Howell, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Consejo Nacional de Concesiones contra el oficio 192-RG-2009 del 8 de julio de 2009, así como los oficios 354-AJD-2009 y 326-AJD-2009, de la Asesoría de Junta Directiva.

El señor Meléndez Howell, cede la palabra a los señores Asesores de la Junta Directiva Robert Thomas Harvey y Xinia Herrera Durán, quienes se refieren a los aspectos relevantes de este recurso.

El señor Thomas Harvey, indica que mediante oficio 326-AJD-2009 de 13 de octubre de 2009, conoció del recurso y señala que si la autorización solicitada por el Consejo Nacional de Concesiones, es para que el concesionario pueda reducir la tarifa, la autorización solicitada es innecesaria, por cuanto las tarifas vigentes son máximas y el artículo 41 de la ley 7762, autoriza al concesionario a reducirla, hacer descuentos por pago pronto, cantidad, uso frecuente u otras consideraciones. Agrega que si por el contrario, la solicitud del Consejo Nacional de Concesiones es para que se modifique la estructura tarifaria, la Autoridad Reguladora tiene la competencia para conocer dicha solicitud y el definir si la misma es una modificación de la estructura tarifaria, es un tema técnico.

La señora Xinia Herrera Durán, Asesora Económica, señala que en el oficio 354-AJD-2009 de 16 de noviembre de 2009, concluye que la solicitud del Consejo Nacional de Concesiones se refiere a un cambio en la estructura tarifaria, por lo que la institución debe conocer de dicha solicitud, por lo que se recomienda aceptar el recurso y prevenir al gestionante para que aporte la información necesaria que sustente la petición.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 326-AJD-2009 y 354-AJD-2009, resuelve:

ACUERDO 006-029-2010

1. Aceptar el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Consejo Nacional de Concesiones contra el oficio 192-RG-2009 del 8 de julio de 2009.

2. Trasladar al Comité de Regulación el expediente OT-008-2000 para que se prevenga al gestionante aportar la información necesaria que sustente su petición.

3. Dar por agotada la vía administrativa.

RESULTANDO:

I. En nota del 19 de enero de 2000, recibido ese mismo día en la Aresep, el Secretario Técnico del Consejo Nacional de Concesiones (Consejo), solicitó el pronunciamiento a que se refiere la Ley 7762, Ley general de concesión de obras públicas con servicios públicos y sus reformas (Ley 7762), en relación con la modificación de la estructura tarifaria de los peajes, en los tramos: Radial-Ciudad Colón, Ciudad Colón-Radial El Coyol y Atenas-Orotina, de la carretera San José - Caldera (folios 1 al 7).

II. Mediante la RJD-016-2000, de las 10:00 horas del 31 de enero de 2000, la Junta Directiva de la Aresep estableció la tarifa, la estructura tarifaria, los parámetros de reajuste de las tarifas, para el mantenimiento del equilibrio económico de la ecuación financiera y; los parámetros para valorar la calidad del servicio, todo respecto de la Concesión de la carretera San José-Puerto Caldera, en el contexto de la Licitación Pública Internacional 01-98 (folios 717 al 728).

III. El 25 de junio de 2009 el Consejo, mediante Oficio 1634 (DST-OF-0882-2009) de esa fecha, suscrito por su Secretario Técnico, a. í., señor Guillermo Matamoros Carvajal; solicitó "[…] la aprobación de la Entidad Reguladora para realizar los cambios propuestos en la estructura tarifaria vigente del contrato de concesión que nos ocupa [se refiere al Contrato de concesión Carretera San José-Caldera.]"; de los peajes, en los tramos: Radial-Ciudad Colón, Ciudad Colón-Radial El Coyol y Atenas-Orotina, de la carretera San José-Caldera.

IV. En la "Justificación técnica-jurídica" de la referida solicitud, se transcribe este párrafo del Oficio 508-DEN-2000/05583, del 12 de julio de 2000, dirigido al Consejo, —oficio que no consta en autos, pero sí en los archivos de la Aresep—: "'(…) Entendiéndose por el término estructura

tarifaria como el conjunto de tarifas por medio del cual el concesionario se retribuyen los costos de inversión, operación y mantenimiento (O&M) de la concesión otorgada. En general se entiende que dichas tarifas surgen como retribución o pago de un usuario a un prestador de servicios, y por lo tanto se cobran a cada usuario como resultado del uso de bien prestado (…)'" (folios 834 al 842).

V. Por Oficio 192-RG-2009/4907, del 8 de julio de 2009 (folio 848), el Regulador General, con fundamento en los criterios de la Dirección de Asesoría Jurídica y de la Dirección de Servicios de Transporte, ambos de la Aresep, respondió, en estos términos, el Oficio 1634 (DST-OF-0882-2009) arriba citado, notificado al Consejo, el 9 de julio de 2009 (folio 848): […] se solicita aprobación para realizar los siguientes cambios: Disminuir la tarifa relativa del tramo Radial-Ciudad Colón en un 50%. Aumentar las tarifas relativas de Ciudad Colón-Radial El Coyol y Atenas Orotina en un monto no definido.

VI. Con fundamento en los oficios 448-DAJ-2009 de la Dirección de Asesoría Jurídica y 0785-DITRA-2009/18374 de la Dirección de Servicios de Transportes, de los cuales adjunto copia, se concluye: «(…) 1. La ley No. 7762 Ley de Concesión de Obra Pública con Servicio Público y su reglamento constituye el marco legal a aplicar en la consulta planteada. // 2. No existiendo fundamento jurídico, en la normativa legal vigente, para que la ARESEP apruebe las gestiones, que no impliquen nuevas inversiones, modificaciones o ampliaciones en las obras ni en los servicios contratados y en los que consecuentemente, no existe un cambio en la estructura tarifaria aprobada, la ARESEP, debe declararse no competente para la aprobación de la solicitud formulada.»

VII. El 14 de julio de 2009, mediante Oficio 1858 (DST-OF-991-2009) de esa fecha, el señor Matamoros Carvajal, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra el Oficio 192-RG-2009/4907 de cita (folios 863 al 867). Alega en resumen, que:

> ***(1) SOBRE LA COMPETENCIA DE LA ARESEP. El diferendo que origina la declaratoria de incompetencia, y la posición de este Consejo, deriva de una incorrecta valoración normativa. || (a) Específicamente, nos referimos al contenido y alcance de las normas contenidas en los artículos artículo 21 y 7 de la Ley 7762 y su reglamento respectivamente. (b) Se disiente de lo resuelto, en cuanto a que las variaciones en la estructura tarifaria, no son de la competencia de la ARESEP, salvo en materia de "(…) nuevas inversiones, modificaciones o ampliaciones en las obras ni en los servicios contratados (…)". (c) Estima que toda modificación de la estructura tarifaria requiere necesariamente de la intervención de la Aresep, ya que el único ente público competente para modificar la estructura tarifaria, aprobado previamente a la publicación del cartel, es la Aresep, independientemente de las causas que originan la variación de la estructura tarifaria. Esto implica, a su entender, que el Consejo carece de la competencia legalmente asignada para modificar la estructura tarifaria previamente aprobada la Aresep. (ch) Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la norma no debe ser considerada independientemente de la voluntad de quien la formuló, sino que queda ligada a ella, de allí que el operador del Derecho, debe emplear los mecanismos necesarios para determinar la correcta intención del emisor. En el caso en análisis, estima que no puede interpretarse (como lo ha hecho la Aresep), que la voluntad del legislador, al emitir el artículo 21, inciso 2) [de la Ley 7762], limitara material y temporalmente la competencia de la Aresep. Muy por el contrario, considera que la intención del emisor y de la propia ley, no puede limitarse a que la Administración concedente, gestione y obtenga***

una primera y única aprobación. Aceptar ese significaría que la Administración en toda ocasión posterior, sea competente con entera libertad, para introducir las modificaciones o variaciones que considere pertinentes a la estructura tarifaria, extinguiéndose la competencia de la Aresep; con excepción de lo que concierne a "(…) nuevas inversiones, modificaciones o ampliaciones de las obras ni en los servicios contratados (…)", como se indica en la interpretación que no comparte. (d) Por fundamento constitucional, y específicamente, en virtud de lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley general de la administración pública, existe una relación de sujeción especial entre el concedente y el concesionario. Ese tipo de relación le permite a la Administración concedente introducir definiciones "(…) de aspectos propios del servicio y entrar a determinar elementos de la organización que debe de tener el concesionario a la hora de prestar su servicio, para garantizar un mejor cumplimiento de lo pactado (…)", [2 Ventura Rodríguez, Manuel. Las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Público Económico, Derecho Público Económico, Editorial Jurídico Continental, San José Costa Rica, Enero 2008, página 118.], dentro de las cuales no puede ubicarse lo atinente a la modificación de la estructura tarifaria, puesto que hay un ente especializado, encargado de ello. (e) En torno al tema de la competencia la Ley general de la administración pública en su artículo 66 preceptúa de forma terminante: || "(…) 1. Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. || 2. Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso (…)". || Además, debe considerarse que dentro de una articulación lógica, se acuda a los Principios generales, que son fuente de Derecho (artículo 6.° de la citada ley general). Dentro de ese orden, estima procedente la aplicación del Principio de Accesoriedad, [3 Contenido en el adagio Romano "accesorium Sequitur principale" lo accesorio sigue a lo principal], ya que las modificaciones que eventualmente se requieran, de los términos previamente aprobados por la Aresep, deberán, necesariamente, contar su aprobación. || Dentro de la interpretación, como afirma el jurista costarricense Rodolfo Piza Escalante, "(…) la verdad es que, sin acudir a la interpretación de conformidad con los principios, no es posible explicarse ninguna interpretación del Derecho, y la jurisprudencia que prescinda de hacerlo se convierte en un estéril ejercicio (…)" [4 Piza Escalante Rodolfo E., Piza Rocafort Rodolfo E., Navarro Fallas Ramón: Principios Constitucionales", Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, Julio de 2008, Primera Edición, página 44.]. (2) PETITORIA: Revocar el acto recurrido y realizar el análisis solicitado. En caso contrario, elevar la impugnación en subsidio al superior.

VIII. La Dirección de Servicios de Transporte por Oficio 857-DITRA-2009/5336, del 23 de julio de 2009, señaló que por no ser lo argumentado de naturaleza técnica, remitía el asunto a la Dirección de Asesoría Jurídica. Sin embargo, por considerarlo de interés, realizaba varias observaciones (folios 868 al 872). Adicionó ese criterio con el Oficio 863-DITRA-2009/5399, del 24 de julio de 2009 (folio 873).

IX. La Dirección de Asesoría Jurídica analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria, produciéndose el Oficio 515-DAJ-2009/5446, del 28 de julio de 2009, en que se recomienda rechazarlo por la forma, por falta de representación (folios 1274 al 1286).

X. El Regulador General en la RRG-9960-2009 de las 11:00 horas del 28 de julio de 2009, resolvió: I) Rechazar por la forma el recurso de revocatoria interpuesto por el Lic. Guillermo Matamoros Carvajal, Secretario Técnico a. i., del Consejo Nacional de Concesiones, contra el oficio 192-RG-2009, por falta de representación. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta

Directiva, previniéndole a las partes que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folios 1293 al 1308). Fue notificada al Consejo, por fax transmitido el 4 de agosto de 2009 (folio 1309).

XI. El 7 de agosto de 2009 la señora Karla González Carvajal, Ministra de Obras Públicas y Transportes, responde el emplazamiento ratificando en todos sus extremos la impugnación planteada por el señor Matamoros Carvajal y, aporta certificación de personería de ella y de él (folios 1288 al 1292).

XII. La Dirección de Asesoría Jurídica por Oficio 539-DAJ-2009/5792, del 10 de agosto de 2009, con fundamento en el artículo 349 de la Ley general, eleva a conocimiento de la Junta Directiva, el recurso subsidiario de apelación (folios 1312 y 1313).

XIII. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 326-AJD-2009/8469 del 13 de octubre de 2009, en el que se recomienda:

1. Si la autorización solicitada por el Consejo Nacional de Concesiones, es para que el concesionario pueda disminuir la tarifa máxima: Rechazar, por el fondo, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Consejo Nacional de Concesiones, contra el Oficio 192-RG-2009/4907, del 8 de julio de 2009, del Regulador General.

2. Si la autorización solicitada por el Consejo Nacional de Concesiones, es para que se modifique la estructura tarifaria: Resolver sobre la base de criterios técnicos, previa determinación de lo que debe entenderse por estructura tarifaria.

3. Dar por agotada la vía administrativa.

XIV. La Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 354-AJD-2009 de 16 de noviembre de 2009, en el que recomienda aceptar el recurso y prevenir al gestionante para que aporte la información necesaria para sustentar su petición.

XV. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

I. De los Oficios 326-AJD-2009/8469 y 354-AJD-2009/3874, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 326-AJD-2009:

Aclaración necesaria. El subinciso v. del inciso 1 del artículo 25, del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados, establece que la Superintendencia de Transporte Público (Sutransporte),

tiene la función de ***"Atender las solicitudes relacionadas con la concesión de obra pública en el sector de su competencia de acuerdo con lo que establece la ley."***

Esa función, estaba en cabeza del Regulador General, según disponía el inciso 6 del artículo 10 del Reglamento autónomo de organización de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus reformas —que rigió desde el 22 de abril de 2005, fecha de su publicación en La Gaceta 77 de esa fecha—. Decía esa norma:

Artículo 10º. Deberes y atribuciones. El Regulador General tendrá las atribuciones establecidas en el artículo 57 de la Ley, en el Reglamento a la Ley y las siguientes: 6. Rendir el criterio a que se refieren los artículos 14, inciso 1) y 21 inciso 2) de la Ley Nº 7762 y el artículo 7.2.5 del Decreto Ejecutivo Nº 27098-MOPT del 12 de junio de 1998, que es el Reglamento a la Ley Nº 7762.

La razón por la que el Regulador General resolvió la solicitud que desembocó en el recurso bajo examen, está expuesta en la nota preliminar de este dictamen, a la que remitimos.

ANÁLISIS DE LA ADMISIBILIDAD DE LA IMPUGNACIÓN. El recurso de apelación en subsidio bajo examen, resulta admisible en razón de que el Oficio 192-RG-2009/4907, es un acto con efecto propio que pone fin al procedimiento. Los artículos 163 y 342, ambos de la Ley general, dan la posibilidad procesal de que ese tipo de acto sea recurrido.

ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS FORMALES DEL RECURSO SUBSIDIARIO DE APELACIÓN. En cuanto a la representación y la legitimación activa, se informa que la impugnación fue presentada por el señor Matamoros Carvajal, en el carácter arriba indicado, cuya personería fue aportada con la respuesta al emplazamiento. Como el Consejo es gestor de la solicitud y destinatario de los efectos del acto, consecuentemente es parte del procedimiento, por ello, conforme a lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la Ley general, en relación con el artículo 7.2 de la Ley 7762, está legitimado para actuar en la forma que lo ha hecho.

Consideramos que de acuerdo con lo establecido en el artículo 287, inciso 2) de la Ley general, de previo a resolver el recurso de revocatoria debió prevenírsele al señor Matamoros Carvajal, aportar la certificación de personería que se echaba de menos; pero no se hizo así. Sin embargo, esa omisión fue salvada por la señora ministra, González Carvajal, al responder el emplazamiento, ocasión en la que presentó la certificación visible a folio 1292.

En torno a la interposición del recurso, se informa que el Oficio 192-RG-2009/4907 se le notificó al Consejo, el 9 de julio de 2009 (folio 848) y que el recurso fue presentado el 14 de julio de 2009 (folios 863 al 867).

Al observar la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, se concluye que fue presentado dentro del plazo de tres días hábiles establecido en el artículo 346 de la Ley general, por consiguiente, esa impugnación se presentó en tiempo.

ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS DE FONDO DEL RECURSO SUBSIDIARIO DE APELACIÓN. Aun cuando la pretensión del recurrente, es que se revoque el acto recurrido y se realice el análisis que solicitó; se aprecian en el escrito del recurso, además de los aspectos que tienen que ver, propiamente con esa gestión; manifestaciones que hacen relación a un conflicto negativo de competencia entre la Aresep y el Consejo, de ahí que debamos referirnos a esos dos aspectos de la impugnación.

Sobre los conflictos de competencia

Afirma el recurrente en el **argumento (1), incisos (a), (b), (c), (ch) y, (e)**; que de acuerdo con lo establecido en los artículo 21 de la Ley 7762 y, 7.° de su reglamento —normas que, según el recurrente, han sido interpretadas incorrectamente por la Institución—; la Aresep tiene competencia para resolver lo pedido por el Consejo; que el Consejo carece de competencia legalmente asignada, para modificar la estructura tarifaria aprobada por la Aresep; que el artículo 66 de la Ley general, preceptúa que las potestades de imperio y su ejercicio, los deberes públicos y su cumplimiento; son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.

Contrastados esos alegatos con lo resuelto por el Regulador General en el oficio recurrido, se desprende un conflicto negativo de competencia, aunque, hasta donde sabemos, no ha sido planteado siguiendo el procedimiento previsto al efecto en la Ley general, como veremos.

El conflicto de competencia surge cuando dos autoridades judiciales o administrativas, se declaran competentes o incompetentes, para conocer de un mismo asunto. En palabras de Jinesta, ***"***[…] ***Tal oposición, determina el conflicto, cuestión o contienda de competencia.*** […]***"*** (Ernesto Jinesta Lobo. Tratado de Derecho administrativo, t. I, Parte general, 2ª edición, San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, 2009, p. 487).
Ortiz dice que el conflicto de competencia se presenta, ***"***[…] ***sea porque los dos*** [entes] ***intenten actuar sobr***[e] ***un mismo asunto, sea porque ninguno de los dos quiera hacerlo y cada uno afirma que es el otro el único competente."*** (Eduardo Ortiz Ortiz. Tesis de Derecho administrativo, t. II, 1ª edición, San José, Costa Rica, Editorial Stradtmann, 2000, p. 47).

Así, tenemos que puede surgir conflicto positivo o negativo de competencia. Sobre esto, refiere Jiménez, que ***"El conflicto es positivo cuando dos o más órganos administrativos creen ostentar la potestad competencial para resolver un mismo asunto y, a la inversa, será negativo cuando dos o más órganos se declaran incompetentes."*** (Manrique Jiménez Meza. Justicia constitucional y administrativa, 1.ª edición, San José Costa Rica, Imprenta y litografía Mundo Gráfico, S.A., 1997, p. 23).

En el mismo sentido que venimos exponiendo, ha dicho la Procuraduría General de la República (P.G.R.):

De conformidad con la doctrina, los conflictos de competencia pueden ocurrir por dos vías: por acción o por omisión. En el primer caso, estamos en presencia de un conflicto positivo, es decir, donde los sujetos involucrados en él reclaman para sí y, en forma exclusiva y excluyente, el ejercicio de una competencia o atribución. *[…]* ***En el***

***segundo caso, estamos ante un conflicto negativo, donde los actores rehúsan asumir la competencia o atribución, ya que consideran recíprocamente que corresponde al otro*.** (Procuraduría General de la República. Opinión jurídica OJ-025-2004, del 3 de marzo de 2004).

Con fundamento en lo expuesto, podemos afirmar, que es negativo el conflicto de competencia surgido entre la Aresep y el Consejo.

Sobre las normas que regulan los conflictos de competencia en Costa Rica

Las normas jurídicas sustantivas —reguladoras y ordenadoras, del comportamiento de los sujetos de una sociedad—, que regulan la solución de los conflictos de competencia, como el que nos ocupa, son los artículos 26, inciso c) y, 78 de la Ley general, que disponen:

Artículo 26.
El Presidente de la República ejercerá en forma exclusiva las siguientes atribuciones:

c) Dirimir en vía administrativa los conflictos entre los entes descentralizados y entre éstos y la Administración Central del Estado;
(La Sala Constitucional mediante resolución Nº 3855-93 del 12 de agosto de 1993, dispuso que este inciso no vulnera la autonomía de las entidades descentralizadas, toda vez que ésta se reduce a la autonomía administrativa, no a la de gobierno, la cual queda reservada a la ley).

Artículo 78.
Cuando surja un conflicto de competencia o de cualquier otra naturaleza entre un Ministerio y una institución descentralizada, o entre éstas, la decisión corresponderá al Presidente de la República.
(La Sala Constitucional mediante resolución Nº 3855-93 del 12 de agosto de 1993, dispuso que este artículo no vulnera la autonomía de las entidades descentralizadas, toda vez que ésta se reduce a la autonomía administrativa, no a la de gobierno, la cual queda reservada a la ley).

Las normas adjetivas —reguladoras de los aspectos formales, tanto en sede judicial como administrativa—, que deben seguirse para plantear y resolver el conflicto de competencia, son los artículos 79 y 80 de la Ley general, que se leen así:

Artículo 79.
1. El órgano que quiera plantear un conflicto deberá exponerlo al jerarca correspondiente, con expresión de pruebas y razones.

1. ***El jerarca podrá libremente acoger o desechar la petición dentro del octavo día después de recibida, comunicando su decisión al inferior.***

3. Si la acoge la enviará al Presidente de la República a la brevedad posible, modificándola en lo que quisiere.

4. ***El Presidente dará audiencia por un mes a la otra parte y decidirá en el plazo máximo de un mes, pasada la audiencia dicha, haya sido contestada o no la audiencia.***

5. ***Si se requiere la evacuación de prueba, el Presidente dispondrá de un mes más para tal efecto.***

Artículo 80.
Si es el Estado el que plantea el conflicto se observará el mismo trámite anterior.

De conformidad con las normas citadas, el Presidente de la República (Presidente), es quien tiene la competencia para resolver el pre aludido conflicto entre la Aresep y el Consejo.

Respecto de dicha competencia del Presidente, la doctrina costarricense, la opinión de la P.G.R. y, los precedentes, judicial y, administrativo, son coincidentes, como veremos a continuación.

En efecto, Jinesta Lobo, Jiménez Meza y, la P.G.R., han dicho:

En los conflictos negativos o positivos entre los Ministerios o el Estado y los entes públicos menores descentralizados o entre éstos, la decisión corresponde al Presidente de la República." (Ernesto Jinesta Lobo. Op. cit., p. 488).

[…] el Presidente de la República es el órgano de máxima jerarquía de la Administración Central, pudiendo serlo también, en ocasiones, para los entes descentralizados por la potestad de resolver los conflictos de competencia generados entre los órganos de la Administración Central y los entes descentralizados, o respecto de los entes descentralizados institucionalmente considerados, no así en relación con los entes territoriales o municipales (Manrique Jiménez Meza. Op. cit., pp. 23 y 24).

[…] nuestra Ley General de la Administración Pública estatuye un conjunto de técnicas de resolución de conflictos de competencia en sede administrativa. En efecto, en su numeral 71 y siguientes, se establecen las reglas para la solución de los conflictos administrativos, dentro de las cuales se incluyen los conflictos entre entes públicos. De conformidad con el numeral 78 de ese cuerpo normativo, la decisión que resuelve el conflicto, en estos casos, corresponde al señor Presidente de la República. […] (Procuraduría General de la República. Opinión jurídica OJ-025-2004, del 3 de marzo de 2004).

Los precedentes judicial (Sala constitucional) y administrativo (Presidente), a que nos referimos, tienen que ver con un conflicto positivo de competencia (vindicatio potestas), suscitado en el año 1991, entre el Servicio Nacional de Electricidad (S.N.E.) y la Administración tributaria, porque ésta última, para estimar la base imponible de un impuesto, fijó el margen de comercialización del gas licuado de petróleo que expende la Refinadora Costarricense de Petróleo y el S.N.E., por considerar que esa fijación era de su exclusiva competencia, planteó ante la Sala Constitucional el conflicto; que la Sala resolvió así, en lo que interesa:

[…] || CONSIDERANDO [único] || […] esta Jurisdicción sólo tiene facultades para conocer sobre conflictos relativos a competencias constitucionales; es decir, de esferas de atribuciones, inmunidades y privilegios establecidos por la Constitución y no relativos a competencias de otra naturaleza, como la de fijar el precio de venta de los productos de la Refinadora Costarricense de Petróleo, por lo que según lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que faculta a esta Sala para rechazar de plano cualquier gestión manifiestamente improcedente, procede rechazar de plano el conflicto planteado. En el numeral 78 de la Ley General de la Administración Pública se dispone que cuando suja un conflicto de competencia o de cualquier otra naturaleza entre un Ministerio y una institución descentralizada, o entre éstas, la decisión corresponde al Presidente de la República, ante quien deberá acudir el petente para lo que corresponda. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2413-91 de las 14:50 horas del 14 de noviembre de 1991).

Planteado el conflicto ante el Presidente, éste lo resolvió en estos términos: ***"***[…] ***SE DECLARA que CORRESPONDE UNICA Y EXCLUSIVAMENTE al SERVICIO NACIONAL DE ELECTRICIDAD la fijación del precio final de venta al público de GAS LICUADO DE PETROLEO ("LPG")*** […]***"*** (Presidencia de la República. Resolución de las 9:30 horas del 20 de agosto de 1992).

Reiteramos que corresponde al Presidente, conocer de los conflictos de competencia, positivos o negativos, que se susciten entre un Ministerio y un ente descentralizado —que comprende, desde luego, a las instituciones autónomas o semiautónomas— y, entre esos entes.

Sin embargo, en lo que concierne a la presentación, ante el Presidente, del referido conflicto negativo de competencia; es necesario decir que pueden hacerla, tanto la Aresep, como el Consejo.

Expuesto lo anterior, procedemos al análisis del recurso subsidiario de apelación, propiamente.

Sobre el recurso subsidiario de apelación propiamente

Como arriba se indicó, el Consejo le solicitó a Aresep aprobar la modificación de la estructura tarifaria de los peajes de varios tramos de la carretera San José-Caldera.

La Aresep, por medio del Regulador General, se declaró no competente para aprobar lo solicitado por el Consejo, dado que no existe fundamento en la legislación vigente, para que la Aresep apruebe gestiones que no impliquen nuevas inversiones, modificaciones o ampliaciones de las obras o de los servicios contratados (folio 848).

Respecto de esa decisión, manifiesta el recurrente en el **argumento (1), inciso (ch)**, que el operador del Derecho, debe emplear los mecanismos necesarios para determinar la correcta voluntad del legislador, quien al emitir el artículo 21, inciso 2) de la Ley 7762, no limitó material ni temporalmente la competencia de la Aresep; que la intención del legislador y de la propia ley, no puede limitarse a que la Aresep apruebe una primera y única, vez la estructura tarifaria a que se refiere esa norma, porque aceptar esa posición, significaría que la

Administración concedente, en toda ocasión posterior a la primera aprobación, sea competente para modificar dicha estructura, como lo considere pertinentes, extinguiéndose así, la competencia de la Aresep. Al respecto debemos indicar lo siguiente:

1. La Ley 7762 y el Decreto Ejecutivo 27098-MOPT y sus reformas, que es el reglamento a esa ley; le otorgan varias competencias a la Aresep, entre ellas, citamos las contenidas en el inciso 2 del artículo 21; en párrafo final del artículo 48 de dicha ley y; en los artículos 7.3, 11 y, 47.4 del citado reglamento, por ser los que atañen al asunto que nos ocupa. Dicen esas normas:

Artículo 21.- Trámite
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. (El original no está subrayado).

Artículo 48.- Nuevas inversiones
De requerirse una modificación de la estructura tarifaria, antes de que sea acordada deberá ser aprobada por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), de conformidad con el artículo 21.2 de esta Ley. (Así reformado por el artículo 1° aparte B) punto 16) de la Ley N°8643 del 30 de junio de 2 008). (El original no está subrayado).

Artículo 7º- Actuaciones preparatorias
7.3 Consulta a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos sobre la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste que se incorporarán en el cartel. Igualmente se consultarán los parámetros que serán utilizados para evaluar la calidad del servicio.

Esa Autoridad dispondrá de diez días hábiles para pronunciarse. Transcurrido este plazo sin recibir respuesta, se interpretará que la Autoridad no tiene objeciones que realizar. El criterio de la Autoridad Reguladora es vinculante para la Administración concedente.

En la misma consulta, se solicitará a la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, establecer los parámetros para fijar los costos de los servicios de fiscalización y control. Una vez establecida, esta se revisará únicamente a gestión de la Administración concedente o del concesionario.

En los casos en que se resuelva realizar la etapa de precalificación, la consulta a que se refiere este numeral estará sujeta a lo que se dispone en el artículo 11 del presente Reglamento. (Así reformado por el artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 27253 de 25 de agosto de 1998).

Artículo 11.- Precalificación
Cuando la Administración concedente lo estime oportuno, en la decisión inicial, podrá disponer que el proceso de licitación se realice previa etapa de precalificación para evaluar la experiencia técnica, financiera y de disponibilidad de los oferentes.

Para realizar la precalificación no será requisito que el estudio de factibilidad esté acompañado de la consulta a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos a que se refiere el numeral 7.3, que podrá realizarse en una etapa posterior, pero siempre de previo a la publicación del cartel de la licitación. (Así reformado por el artículo 1° del Decreto Ejecutivo N°27253 de 25 de agosto de 1998) .

Artículo 47.- Derecho de modificación por razones de interés público
47.4. Cuando varíen las condiciones pactadas inicialmente en favor del concesionario y éstas le permitan recuperar de manera anticipada su inversión y su correspondiente utilidad, la Administración podrá gestionar una disminución real en la tarifa, previo estudio de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. (El original no está subrayado).

2. Con fundamento en las normas recién citadas, estimamos que la Aresep es competente para modificar la estructura tarifaria concerniente a las concesiones de obras públicas con servicios públicos; porque no se agotan con su ejercicio, las competencias otorgadas a un órganos (unipersonal o colegiado), a un ente o a una institución. Al contrario, las competencias son permanentes en el tiempo, salvo, desde luego, que sean abrogadas o derogadas, tácita o expresamente por quien las otorgó o por quien pueda abrogarlas o derogarlas.

3. No es entonces —como afirma el Consejo en el **argumento (1), inciso (e)—**, por medio de interpretación, ni por aplicación del Principio de accesoriedad o, de dependencia, como prefieren decir algunos tratadistas del Derecho; que debe la Aresep resolver las solicitudes de modificación a la referida estructura tarifaria.

4. Procede indicar, que una cosa es que el órgano de que se trate, carezca de competencia para conocer de un asunto y, otra; que lo se le pida no esté debidamente justificado.

5. Tal como arriba indicamos, en el punto 4 de los antecedentes, el recurrente citó la definición de estructura tarifaria contenida en el Oficio 508-DEN-2000/05583; definición diferente de esta otra: ***"6.2 Estructura Tarifaria || El análisis de la estructura tarifaria (definida esta como las diferentes tarifas posibles a partir de la tarifa base o promedio), se basa en dos parámetros: el tipo de vehículo y el tramo recurrido.";*** que figura en el documento intitulado *Análisis del borrador del Cartel de Licitación Concesión Carretera San José-Caldera (Aspectos Regulatorios)* —remitido a la Junta Directiva de la Aresep, mediante Oficio 054-DEN-2000/00784, del 28 de enero de 2000, que ocupa los folios 508 al 570, ver especialmente el folio 542—; que sirvió de base a la referida RJD-016-2000.

6. No obstante lo indicado en el párrafo inmediato anterior; dejamos, como corresponde, a lo que se determine técnicamente, respecto de la debida justificación de lo solicitado por el Consejo, así como la definición del concepto "estructura tarifaria".

Afirma también el Consejo en el **argumento (1), inciso (d)**, que por fundamento constitucional y el artículo 14 de la Ley general; existe relación de sujeción especial entre el concedente y el concesionario; relación que, según el recurrente, le permite a la Administración concedente introducir definiciones sobre aspectos propios del servicio y, determinar elementos de la organización que debe de tener el concesionario en punto a la prestación del servicio, para garantizar un mejor cumplimiento de lo pactado.

En relación con ese alegato, debe decirse que no le falta razón al recurrente. Sin embargo, sólo si la aplicación del citado artículo 14 comprende aspectos atinentes a competencias de la Aresep; ésta habrá de ejercerlas en lo que corresponda. En todo caso, el oficio recurrido no menciona las indicadas relaciones de sujeción especial.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que la propia Ley 7762, contiene disposiciones que regulan las modificaciones de las tarifas, así como los mecanismos para sus revisiones, por acción de la Administración concedente o por la del concesionario; como se aprecia del artículo 41 de esa ley, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 41. Tarifa, modificaciones y reajuste
1.- La tarifa podrá ser expresada en moneda nacional o extranjera, y será la que resulte del contrato de concesión, con sus correspondientes reajustes. (El original no está subrayado).

2.- Las tarifas resultantes del contrato se entenderán como máximas, por lo que el concesionario podrá reducirlas, salvo que el cartel lo haya prohibido expresamente. El concesionario podrá definir las políticas comerciales, ya sea mediante descuentos por pago pronto, cantidad, uso frecuente u otras consideraciones, siempre que no sean discriminatorias para los usuarios. (El original no está subrayado).

3.- Los reajustes de las tarifas y sus metodologías de revisión serán fijados en el cartel. (El original no está subrayado).

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.

5.- Para poder iniciar, ante la administración, cualquier gestión en materia tarifaria, el concesionario deberá certificar, por medio de un contador público autorizado, que lleva al día los registros contables y de conformidad con las normas de contabilidad estipuladas o, si no hubieren sido expresamente señaladas en el cartel o

el contrato o sus modificaciones, de conformidad con las normas de contabilidad internacionalmente aceptadas.
(Así adicionado el inciso anterior, por el artículo 1° aparte B) punto 13) de la Ley N° 8643 del 30 de junio de 2008). (El original no está subrayado).

Estimamos conveniente transcribir, en lo conducente, los incisos IV y V de la parte dispositiva de la RJD-016-2000, que dicen así:

Por tanto:

IV. El Consejo Nacional de Concesiones deberá modificar el punto 3.2. Ajuste de tarifas, del Cartel de Licitación Pública Internacional 01-98, referente a la concesión de la Carretera San José–Puerto Caldera […], de tal forma que agregue un punto que será el 3.2.2. Procedimientos para la aplicación de los ajustes tarifarios, que se leerá así:

3.2.2. Procedimiento para la aplicación de los ajustes tarifarios
Los reajustes de las tarifas deberán ser revisadas y autorizadas de previo por la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones, y se basarán en una solicitud escrita, acompañada de la documentación de respaldo. El Consejo […] tendrá un plazo máximo de 5 días hábiles para revisar y aprobar la solicitud del Concesionario cuando se trate de ajustes por inflación o devaluación. En los otros casos de ajuste tarifario el Consejo […] tendrá un plazo máximo de 15 días naturales para revisar y aprobar la solicitud del concesionario y autorizar la nueva tarifa redondeada en colones. De no resolver la Secretaría del Consejo […] en ese periodo, las tarifas se aplicarán automáticamente, sin embargo deberán ser revidadas, y si es procedente, ajustadas por el Consejo […] a más tardar en la siguiente revisión trimestral. Las tarifas que aplicará el concesionario deberán ser informadas a los usuarios con por lo menos 5 días naturales de anticipación, para lo cual deberán ser publicadas en forma destacada en por lo menos los dos medios de prensa de mayor circulación, así como en otros medios electrónicos, y por medio de letreros y avisos temporales en la misma carretera concesionada y en especial en los alrededores de las estaciones de pago de peaje.

V. Establecer la tarifa máxima de U.S. $ 2,75 incorporada en el Cartel de la Licitación Pública […] 01-98, referente a la concesión de la carretera San José–Puerto Caldera.

Las estructuras tarifarias y las fórmulas para su reajuste, se hallan en los incisos VII y siguientes de la parte dispositiva de la citada resolución.

Así las cosas, si la autorización solicitada por el Consejo, es para el concesionario pueda disminuir la tarifa, aquélla no es necesaria, ya que; por una parte, la tarifa vigente es máxima (ver artículo 41 de la Ley 7762 e inciso V de la parte dispositiva de la RJD-016-2000) y, por otra, ese artículo 41, autoriza al concesionario a reducir dicha tarifa máxima, hacer descuentos por pago pronto, cantidad, uso frecuente u otras consideraciones, siempre que no sean discriminatorias para los usuarios.

Siendo vinculante la RJD-016-2000, como lo es, para la Administración concedente, para el Consejo y, para el concesionario, por expresa disposición del inciso 2 del artículo 21 de la Ley 7762; deben estarse a lo dispuesto en esa resolución y en el artículo 41 de dicha ley.

Ahora bien, si la solicitud de Consejo, es para que se modifique la estructura tarifaria, la Aresep sí tiene competencia para conocer de dicha solicitud. Sin embargo, siendo que del concepto "estructura tarifaria" hay cuando menos dos definiciones, la determinación de cuál de las dos —u otra, si fuere del caso— es la que corresponde tomar en cuenta para resolver el recurso bajo examen; habrán de hacerla los técnicos.

Por último, se informa que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también a la Asesora Económica de la Junta, que se pronunciara sobre la impugnación, por lo que sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver el recurso.

Oficio 354-AJD-2009:

Análisis del recurso por el fondo: La solicitud del Consejo, tal como se indico, es para que la Aresep le apruebe una modificación en la estructura tarifaria de los peajes de varios tramos de la carretera San José-Caldera.

Al respecto se señala que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora en la resolución RJD-16-2000 del 28 de enero de 2000 publicada en la Gaceta 35 del 18 de febrero de 2000, con respecto a la estructura tarifaria ([1]) acordó lo siguiente:

"06-180-2000: Establecer la siguiente clasificación, según tipo de vehículo:

Clasificación Según Tipo de Vehículo

TIPO	CLASE DE VEHÍCULO
Tipo 1	Vehículos livianos (motos, bicimotos, automóviles y vehículos de carga liviana con un máximo de cuatro llantas de apoyo sobre el pavimento – placa CL-)
Tipo 2	Autobuses (ruta fija, turismo, excursiones y especiales)
Tipo 3	Camiones pesados de 2 y 3 ejes (a partir de más de cuatro llantas de apoyo sobre el pavimento –placa C-)
Tipo 4	Camiones pesados 5 ó más ejes (cabezal con furgón)

07-180-2000: Establecer la siguiente estructura tarifaria, respecto del tipo de vehículo:

[1] Tomando como base el informe 054-DEN-2000 en el que se analiza el cartel de licitación de la concesión de la Carretera San José-Caldera.

Estructura de Tarifas por Tipo de Vehículo por Sentido de Cobro

TIPO	CLASE DE VEHÍCULO	TARIFA RELATIVA	TARIFAMÁXIMA 100% recorrido
1	Vehículos livianos	1 * T_o	U.S.$ 2,750
2	Autobuses	2 * T_o	U.S.$ 5,500
3	Camiones pesados de 2 ejes y 3 ejes	2.5 * T_o	U.S.$ 6,875
4	Camiones pesados de 5 ó más ejes	6.33 * T_o	U.S.$ 17,408
T_o = Tarifa de Peaje Básica a cobrar a los usuarios de un vehículo liviano por un recorrido completo en cada sentido			

08-180-2000: Establecer la siguiente estructura tarifaria por estaciones de cobro de peaje para un vehículo liviano, por sentido de cobro.

Estructura de Tarifas por Estaciones de Cobro de Peaje por Uso Efectivo para un Vehículo Liviano, por Sentido de Cobro

TRAMO	TARIFA RELATIVA	TARIFA MÁXIMA Vehículo liviano
Escazú - Multiplaza	0,1658 * T_o	U.S.$ 0,456
Radial Ciudad Colón	0,0829 * T_o	U.S.$ 0,228
Ciudad Colón - Radial El Coyol	0,2512 * T_o	U.S.$ 0,691
Radial Atenas	0,1658 * T_o	U.S.$ 0,456
Atenas – Orotina	0,3318 * T_o	U.S.$ 0,912
Pozón – Caldera	0,2512 * T_o	U.S.$ 0,691
Costanera Sur	0,0829 * T_o	U.S.$ 0,228

En la página 32 del oficio 054-DEN-2000 se define como estructura tarifaria: "Estructura Tarifaria: …definida ésta como las diferentes tarifas posibles a partir de la tarifa base o promedio, y se basa en dos parámetros: el tipo de vehículo y el tramo recorrido". (2)

Según el mismo oficio, la estructura se definió a partir de cuatro tipos de vehículos y por número de kilómetros recorridos. Se señala también que tendrá ajustes por diferentes razones, a saber: inflación externa, por devaluación del colón, por premio de seguridad vial y por congestión en horas punta. Se indica que estos ajustes no significan cambios en la estructura tarifaria ya que las variaciones afectan todas las tarifas en la misma proporción, por lo que serían únicamente cambios en el nivel tarifario.

El Consejo, en el oficio DST-OF-0882-2009 del 25 de junio de 2009 solicita: Cambiar la estructura tarifaria para disminuir la tarifa de peaje de las estaciones de cobro del intercambio Ciudad Colon de 0,0829*To a 0,0414*To, aplicando un incremento de cobro en la sección II: Ciudad Colon-Orotina, correspondiente a las plazas de peaje de La Reforma y Atenas sin indicarse de cuanto será ese incremento. Señala el CNC que la razón para realizar estas modificaciones es que sin afectar el equilibrio económico del contrato, el cobro del peaje se realice en función de la inversión ejecutada. Tampoco se detalla a que inversiones se refiere, por lo que no existe justificación técnica que sustente la petición del Consejo para cambiar dicha estructura.

Es criterio de esta asesoría que en efecto, la solicitud del Consejo se refiere a un cambio en la estructura tarifaria. Cosa diferente es si dicha solicitud está técnicamente justificada. Al respecto se reitera que en la solicitud presentada por el Consejo no se sustenta dicha petición.

Es importante señalar además, que en los folios 729 a 734 del expediente OT-008-2000, consta el oficio 20050191 remitido a la ARESEP el 19 de mayo de 2005, por la entonces secretaria técnica del Consejo, Rocío Aguilar Montoya en el que informa a esta institución sobre la ubicación de tres nuevas plazas de peaje en los intercambios de La Guácima, Siquiares y Limonal del proyecto San José-Caldera. En dicha nota se expone que los cambios señalados se remitirán a la Junta Directiva del Consejo para su aprobación y posterior remisión a la CGR con el fin de que se autorice el refrendo a la adenda del contrato de concesión y la cesión de dicho contrato. Justifican estos cambios en el hecho de que la carretera General Cañas y Bernardo Soto no se han concesionado según lo previsto, por lo que la estructura actual de peajes fomenta la competencia de estas dos vías con la de San José-Caldera. Se señala además que la inclusión de estas nuevas plazas de peaje busca garantizar el equilibrio económico del contrato.

A folio 786 y siguientes consta el oficio 866-DITRA-2005 del 18 de noviembre de 2005 remitida por el señor Mario Freer Valle al señor William Calvo Quesada en su condición de secretario técnico del Consejo en el que en uno de sus puntos se señala:

---

[2] Otra definición de estructura tarifaria es***: Escala y organización de valores para la facturación al consumidor***. Fuente: Glosario del Public Research Center.

(…) "3. Sin embargo, pese a lo señalado anteriormente, es oportuno observar que la inclusión de dos nuevas plazas de peaje cambia la estructura tarifaria que se consultó a la Autoridad Reguladora. Asimismo los cambios propuestos no garantizan que se mantengan inalterados los resultados financieros presentados en el cartel de licitación." (…)

En el folio 1396 consta el oficio 998-DITRA-2009 del 24 de agosto del año en curso, en el que el señor Luis Fernando Chavarría Alfaro consulta al secretario técnico del Consejo señor Guillermo Matamoros Carvajal:

"Con respecto al oficio citado, mediante el cual la Gerencia del Proyecto autoriza la actualización de las tarifas de peaje en la estación Escazú – Multiplaza por ajuste basado en las variaciones del entorno económico, mismo que la concesionaria empezara a cobrar a partir del 5 de agosto del presente año, a saber:

Tramo	Tarifas en colones				
	Liviano	Autobuses	Camiones pesados		
			2 - 3 Ejes	4 Ejes	5 Ejes
Escazú - Multiplaza	320	640	800	1.410	2.010

Se le solicita:

1. Indicar el procedimiento que se siguió para incorporar dentro de la estructura de las tarifas por tipo de vehículo el camión pesado de 4 ejes.
2. Indicar el fundamento legal de dicha modificación en la estructura tarifaria.
3. Aclarar el cálculo aritmético por medio del cual se obtuvo una tarifa resultante de ¢800, para los camiones pesados de 2 y 3 ejes.
4. Indicar y justificar como se determinó la tarifa relativa para el camión pesado de 4 ejes…"

El 29 de setiembre de 2009 el señor Matamoros Carvajal responde con el oficio DST-OF-1380-09 y que consta a folios1583 y siguientes, señala: que la tarifa relativa al vehículo pesado de 4 ejes se incorporó a la estructura tarifaria del contrato de concesión San José-Caldera por medio de una autorización otorgada por la Junta Directiva del Consejo a través del acuerdo Nª 6 de la sesión ordinaria Nª 10-2009. El por tanto de dicho acuerdo señala:

"SE ACUERDA autorizar la modificación de la Tabla 3.1 de la cláusula 3.8.3 Estructura de las Tarifas por Tipos de Vehículo y la Tabla 3.3 de la cláusula 3.8.4 Estructura Tarifaria por Tipo de Vehículo y por Uso Efectivo, del Contrato de Concesión, para que en adelante se lean así:

Tabla 3.1

Clasificación Según Tipo de Vehículo

Vehículos livianos (Motos, bicimotos, automóviles y vehículos de carga liviana con un máximo de cuatro llantas de apoyo sobre el pavimento - plaza CL-)

1 Autobuses (Ruta fija, turismo, excursiones y especiales)

2 Pesados de 2 ejes y 3 ejes (a partir de más de cuatro y hasta un máximo de seis llantas de apoyo sobre el pavimento -placa C-)

3 Pesados de 4 ejes (a partir de seis llantas y con un máximo de ocho llantas de apoyo sobre el pavimento-placa C-)

4 Camiones Pesados de 5 o más ejes (cabezal con furgón).

Tabla 3.3

Estructura de Tarifas por Tipo de Vehículo por Sentido de Cobro

Tipo	Clase de Vehículo	Tarifa Relativa	Tarifa Máxima
		100% recorrido	
		l	2
1	Vehículos livianos	2	5
2	Autobuses	*2	6
3	Pesados de 2 ejes y 3 ejes	4	1
4	Pesados de 4 ejes	6	1
5	Camiones Pesados de 5 o más ejes		

To: Tarifa de Peaje Básica a cobrar a los usuarios de un vehículo liviano por un recorrido completo en cada sentido. Estas tarifas máximas son las cotizadas a precios de fecha 29 de noviembre de 2000. Las demás condiciones de las referidas cláusulas se mantienen iguales. ACUERDO UNÁNIME."

Es importante mencionar que ninguna de estas modificaciones al contrato de concesión fue remitida a la Autoridad Reguladora para su correspondiente aprobación, lo que pone en evidencia que no ha existido un único procedimiento por parte del Consejo para solicitar la aprobación correspondiente ante un cambio de estructura tarifaria, lo que es de conocimiento de este Organismo Regulador.

Conclusiones: La solicitud del CNC se refiere a un cambio en la estructura tarifaria, por lo que de acuerdo con el Oficio 326-AJD-2009, si tiene competencia esta institución para tramitarlo.

Dado que dicha solicitud no está debidamente justificada, lo procedente es aceptar el recurso y prevenir al gestionante para que aporte la información necesaria para sustentar su petición.

II. En sesión 029 -2009, del 30 de agosto de 2010, cuya acta fue ratificada el 16 de setiembre de 2010; la Junta Directiva sobre la base de lo indicado en los oficios 326-AJD-2009/8469 y 354-AJD-2009/3874, de cita, acordó por unanimidad aceptar el recurso y prevenir al gestionante para que aporte la información necesaria para sustentar su petición.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es aceptar el recurso y prevenir al gestionante para que aporte la información necesaria para sustentar su petición, como se dispone.

POR TANTO:

1. Aceptar el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Consejo Nacional de Concesiones contra el oficio 192-RG-2009 del 8 de julio de 2009.

2. Trasladar al Comité de Regulación el expediente OT-008-2000 para que se prevenga al gestionante aportar la información necesaria que sustente su petición.

3. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

6. RECURSO DE APELACIÓN, ÚNICAMENTE, INTERPUESTO POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD C/ LA RRG-10018 DEL 20-8-2009. (ET-062-2009).

El señor Dennis Meléndez Howell, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-10018 del 20 de agosto de 2009.

Según lo establece el artículo 56, de la Ley 7593 y sus reformas, los señores Directores María Lourdes Echandi Gurdián y Félix Delgado Quesada, se excusan de participar en la discusión de este asunto, por lo que se pospone su conocimiento dado que no se cuenta con los votos necesarios que ordena el artículo 55, de la Ley 7593 y sus reformas.

La señora María Lourdes Echandi Gurdián se excusa por haber prestado, en el pasado, servicios profesionales a las aquí interesadas en rebajar tarifas de electricidad y el señor Félix Delgado por haber formado parte de la Junta Directiva del ICE.

La Junta Directiva luego de deliberar sobre el asunto, resuelve:

ACUERDO 007-029-2010

Trasladar el conocimiento del Recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-10018 del 20 de agosto de 2009, hasta que se disponga de los votos necesarios que ordena el artículo 55 de la Ley 7593 y sus reformas.

A LAS DIECISÉIS HORAS CUARENTA MINUTOS FINALIZÓ LA SESIÓN.

DENNIS MELÉNDEZ HOWELL
PRESIDENTE JUNTA DIRECTIVA

SYLVIA SABORÍO ALVARADO
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA

FÉLIX DELGADO QUESADA
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA

MARIA LOURDES ECHANDI GURDIÁN
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA

LUIS A. CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO JUNTA DIRECTIVA