

**JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 051-2008

A LAS DIECISIETE HORAS TREINTA MINUTOS DEL 20 DE AGOSTO DE 2008

SAN JOSÉ, COSTA RICA

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA NÚMERO CINCUENTA Y UNO

Celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en el salón de sesiones, a las diecisiete horas treinta minutos del veinte de agosto de dos mil ocho, que preside el señor Fernando Herrero Acosta, asisten los miembros de Junta Directiva, Pamela Sittenfeld Hernández, Marta María Vinocour Fornieri, Jorge Cornick Montero y Adolfo Rodríguez Herrera. Asiste también el Gerente General, Rodolfo González Blanco.

MODIFICACIÓN ORDEN DEL DÍA

El señor Fernando Herrero Acosta, propone a los miembros de Junta Directiva modificar el orden del día para conocer los siguientes asuntos:

1. Contratación Plan Estratégico Auditoría Interna
2. Revisión de los documentos presentados por la Gerencia General, mediante oficio 149-GG-2008 y aprobados en la sesión ordinaria 022-2008.
3. Clasificación y Valoración de Puestos

ARTÍCULO I

CONTRATACIÓN PLAN ESTRATÉGICO DE LA AUDITORIA INTERNA

El señor Fernando Herrero Acosta, propone revisar la propuesta de la Auditoría Interna para contratar el diseño de un nuevo plan estratégico de la Auditoría Interna.

Luego de analizar el tema con los miembros de la Junta Directiva, se concluye en que es conveniente posponer la ejecución del contrato con la empresa seleccionada, porque es necesario realizar antes las siguientes tareas:

1. Precisar el marco legal que rige la Auditoría interna de acuerdo con lo conversado en la sesión extraordinaria 049-2008 de 18 de agosto de 2008, con la señora Marta Acosta Zúñiga, Subcontralora General de la República;
2. Haber hecho nuestro análisis de riesgos a la luz de la legislación aprobada recientemente
3. Contar con una evaluación y un plan de reestructuración que incluya las necesidades de la Junta en materia de auditoría, control y evaluación, y las de la institución reformada, que incluya la SUTEL.

Una vez que se cumplan los elementos anteriores, se procederá a diseñar, aprobar e implementar el plan estratégico de la Auditoría Interna.

La Junta Directiva luego de deliberar por unanimidad resuelve:

ACUERDO 001-051-2008

1. Solicitar a la administración que posponga el inicio del estudio para el diseño del Plan Estratégico de la Auditoría Interna, de acuerdo con el marco legal vigente
2. Instruir a la Administración para que contrate a la brevedad posible la evaluación y propuesta de reestructuración de la Auditoría Interna y la asesoría necesaria para concluir y validar el análisis de riesgos de la institución
3. Informar a la Contraloría General de la República del presente acuerdo

4. Realizar una sesión extraordinaria el próximo 19 de setiembre de 2008, a las 13:00 horas para definir plan a seguir para la evaluación de los riesgos institucionales.

ARTÍCULO 2

REVISIÓN DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS POR LA GERENCIA GENERAL, MEDIANTE OFICIO 149-GG-2008 Y APROBADOS EN LA SESIÓN ORDINARIA 022-2008.

El señor Regulador General informa a la Junta Directiva:

- Que mediante oficio 149-GG-2008, el gerente sometió a conocimiento y aprobación de la Junta Directiva una serie de documentos (diagnóstico institucional, estructura organizacional, reglamento de organización y funciones, manual descriptivo de puestos, manual descriptivo de clases, estudio de clasificación y valoración de puestos).
- Que el 21 de abril de 2008, el gerente se refirió en sesión de Junta Directiva a los documentos del oficio 149-GG-2008 y a la propuesta de Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus Órganos Desconcentrados y sus Funcionarios.
- Que tanto los documentos señalados en el oficio 149-GG-2008, como la propuesta de reglamento autónomo citado, fueron aprobados por la Junta en la sesión 22-2008 del 21 de abril de 2008, Artículo 4) y Artículo 5).
- Ahora, la Junta necesita volver a conocer y aprobarlos, tomando en consideración los recientes cambios en nuestra normativa y las nuevas políticas de clasificación y valoración de puestos.

La Junta Directiva luego de deliberar por unanimidad resuelve:

ACUERDO 002-051-2008

- a) Aprobar con las observaciones y modificaciones de la Junta Directiva, los documentos presentados por la Gerencia General mediante oficio 149-GG-2008, así como el Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus Órganos Desconcentrados y sus Funcionarios, documento que se adjunta a esta acta.
- b) Instruir a la Administración para que realice las gestiones externas necesarias para la implementación de los documentos aprobados en el inciso anterior.”

ARTÍCULO 3

CLASIFICACIÓN Y VALORACIÓN DE PUESTOS

El señor Fernando Herrero Acosta somete a conocimiento de los miembros de Junta Directiva la propuesta de clasificación y valoración de puestos para los funcionarios de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en vista de que la reforma a la Ley 7593, introducida por la Ley 8660, vigente desde 13 de agosto del año en curso, eliminó el requerimiento de que las decisiones en este campo sean aprobadas por la Autoridad Presupuestaria. Esta reforma obliga a reconsiderar el acuerdo 001-019-2008 del 7 de abril de 2008.

El señor Herrero Acosta cede la palabra al Gerente General Rodolfo González Blanco, quien presenta el informe de los resultados de la consultoría contratada al Lic. Omar Bermúdez

Hidalgo sobre la clasificación y valoración de puestos, y de la comparación entre distintos segmentos del mercado laboral relevante para Aresep.

En el Cuadro 1 se presentan los salarios globales homologados vigentes en Aresep, la Contraloría General de la República (C.G.R.) y el Banco Central de Costa Rica (B.C.C.R.), junto con la estimación del percentil 45 de mercado según la encuesta periódica SEIS elaborada por Price Waterhouse. En este artículo se equiparará el percentil 45 con la valoración de mercado alrededor de la cual se construirá la de la Aresep.

Cuadro 1: Salarios globales homologados en Aresep, la C.G.R., el B.C.C.R. y el percentil 45 del mercado laboral

Clases Puestos	Aresep Salario Global*	C.G.R. Salario Global	B.C.C.R. Salario Global	Percentil 45 Salario Global
Profesional 1	566.219	635.300	691.319	546.038
Profesional 2	770.890	873.500	960.165	757.792
Profesional 3	840.570	952.900	1.071.272	923.361
Profesional 4 - Profesional Jefe 1	906.618	1.032.300	1.333.553	1.031.362
Profesional 5 - Profesional Jefe 2	1.105.863	1.440.000	1.921.611	1.495.316
Director - Asesor Legal/Económico	1.457.899	2.011.700	2.443.211	2.007.207
Director General	-	2.547.000	2.636.650	2.713.558
Auditor Interno	1.272.782	2.011.700	4.582.868	2.543.524
Gestor de Apoyo 3	420.651	270.000	380.061	354.024
Gestor de Apoyo 2	390.854	238.200	307.408	265.551
Gestor de Apoyo 1	331.262	222.300	307.408	205.957
Gestor Técnico	420.651	270.000	380.061	354.024
Secretaria 1	394.827	270.000	380.061	265.515
Secretaria 2	428.564	285.900	422.335	349.061
Secretaria 3	464.937	285.900	555.353	485.236

*Corresponde a salarios base homologados con el percentil 35 del Servicio Civil más 17 anualidades de 3%, prohibición y carrera profesional según el puesto, y 4,17% de vacaciones. Fuentes: Encuesta SEIS de Price Waterhouse del primer semestre de 2008 y comunicaciones de la C.G.R. y del B.C.C.R.

Se observa en primer lugar que los salarios de las clases profesionales y los directores de la Aresep son inferiores a los de las dos instituciones públicas incluidas y a los del percentil 45 del mercado laboral, con la excepción de los Profesional I y II, que se encuentra por encima de ese percentil. Las clases de apoyo, por otra parte, tienen remuneraciones superiores a las dos

instituciones y al percentil 45, con la excepción de la Secretaria 3, que es similar al percentil 45 e inferior al del B.C.C.R..

La C.G.R., por otra parte, tiene una escala que corresponde aproximadamente al percentil 45 del mercado, con tres excepciones: los Profesionales I y II, que tienen una remuneración más alta que este, el Auditor Interno que tiene una remuneración inferior e igual a la de los directores y el personal de apoyo, que tiene una remuneración inferior a la del mercado. Las remuneraciones más elevadas a los profesionales citados muestran una mayor importancia a este grupo que la que refleja la valoración de mercado, lo cual es coherente con la prioridad que requieren dar las instituciones públicas a los funcionarios responsables de la ejecución de las labores profesionales.

En la discusión se señala la necesidad de separar la escala salarial en tres niveles diferentes (gerencial, profesional y de apoyo), con el propósito de sensibilizarla a las diferencias que existen entre la realidad del mercado y los requerimientos de la institución. Es necesario, como lo hace la C.G.R., remunerar los Profesionales I y II por encima del percentil 45. En cuanto a las remuneraciones de las clases de apoyo, dado que en Aresep se encuentran por encima del mercado, se mantendrán las de los actuales funcionarios y se ajustarán las de los nuevos a los niveles del mercado (percentil 45).

Estas consideraciones sugieren la conveniencia de utilizar los salarios de la C.G.R. como índice del percentil 45, ajustado por las modificaciones señaladas anteriormente. Esto es compatible con lo establecido en los artículos 54 y 71 de la Ley 7593 vigente.

La Aresep requiere además un sistema dinámico de clasificación y valoración de puestos, que provea incentivos suficientes para que los funcionarios se desarrollen a lo largo del tiempo. Para ello es necesario construir un sistema de clasificación y valoración de puestos en el que la gestión del conocimiento sea central. Se requiere que existan mecanismos bien definidos para estimular y reconocer el avance de cada funcionario en su mismo puesto. Esto es especialmente relevante en las condiciones de transformación en las que se encuentra la institución. Conviene por tanto establecer un sistema de pasos o categorías al interior de cada uno de los puestos que reconozca el avance del funcionario a lo largo del tiempo y le permita recibir remuneraciones crecientes de acuerdo con su progreso individual. Este mecanismo no es nuevo, y se ha utilizado ampliamente (por ejemplo los sistemas de las universidades estatales y del B.C.C.R. y los de la Organización de las Naciones Unidas y el Banco Mundial).

Este sistema dinámico debe comenzar con un paso con remuneración inferior, uno igual y dos o tres superiores a los de la C.G.R., de acuerdo con lo manifestado en los párrafos anteriores

El señor Jorge Cornick Montero propone considerar asimismo, la creación de clases de asesores a plazo determinado. Esto es particularmente importante para el proceso de creación de la Sutel. Asimismo, es conveniente crear puestos de asesores de los miembros de la Junta Directiva. Señala que aunque esta administración no pudiera aprovechar los servicios de estos últimos asesores, sería conveniente que la próxima administración cuente con este apoyo.

Luego de deliberar, y por unanimidad, la Junta Directiva acuerda:

ACUERDO 003-051-2008

1. Aprobar la clasificación de puestos de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos propuesta en el estudio del Lic. Bermúdez Hidalgo, con los siguientes ajustes para su aplicación:

- a. La clasificación de las clases de la Autoridad Reguladora se organizará en tres niveles: Gerencial, Profesional y de Apoyo.
 - b. Cada clase contará con cuatro pasos o categorías para estimular el desarrollo de los funcionarios, con las excepciones que se precisan adelante.
 - c. En cuanto a la ubicación en puestos y pasos:
 - i. Para efectos de ingreso a la institución, los candidatos requerirán:
 - Satisfacer plenamente los requisitos propios de cada puesto
 - Aprobar satisfactoriamente pruebas de idoneidad de carácter técnico y psicosocial
 - Ser seleccionado a través de concurso público, previa recomendación del departamento de Recursos Humanos.
 - ii. Al ingresar a la institución las personas serán ubicadas en el paso que les corresponda de acuerdo con los resultados obtenidos en las pruebas de idoneidad técnica y psicosocial que se establecerán de acuerdo con el perfil del puesto y demás requisitos atinentes.
 - iii. Para avanzar de un paso a los siguientes el funcionario deberá satisfacer los requisitos y pruebas que el departamento de Recursos Humanos organizará al menos una vez al año. Es posible, según los resultados de las pruebas, que el avance no sea secuencial.
2. Los nuevos funcionarios serán contratados con la nueva escala salarial global.
3. La valoración de cada uno de los puestos de la escala de salario global se establece de la siguiente manera:
- a. Paso A: el 95% del salario correspondiente de la C.G.R.
 - b. Paso B: el 100% del salario correspondiente de la C.G.R.
 - c. Paso C: el 105% del salario correspondiente de la C.G.R.
 - d. Paso D: el 110% del salario correspondiente de la C.G.R.
4. Las remuneraciones se actualizarán en enero y julio de cada año según los salarios vigentes en la Contraloría General de la República (C.G.R.), al mes anterior correspondiente.
5. En el caso de los puestos del nivel gerencial:
- a. Los puestos a plazo no contarán con pasos diferenciados, por cuanto el procedimiento competitivo y temporal a través del cual se les designa es suficiente para los fines de esta normativa (Regulador General, Regulador General Adjunto, Gerente General, miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, Directores Generales y cualquier otro que se integre a este sistema).
 - b. En el caso de los miembros de la Junta Directiva que trabajen a tiempo completo o a medio tiempo en la institución, la propuesta de remuneración y reglas de funcionamiento será elaborada por el Departamento de Recursos Humanos y se someterá a aprobación de la C.G.R., de acuerdo con el artículo 54 de la Ley 7593 y sus reformas.
 - c. A los funcionarios permanentes de la clase gerencial (Auditor interno, Directores, Asesores de la Junta Directiva, Profesionales Jefe) se les aplicará el sistema de cuatro pasos al interior de cada puesto, conforme a las reglas previamente establecidas, siempre y cuando se acojan al sistema de salario global.

6. Aprobar la homologación de salarios del nivel profesional al percentil 30 con el Servicio Civil, a partir del 1 de enero de 2008. El percentil 35 regirá a partir de la vigencia de este acuerdo.
7. En el caso de los puestos de las clases de apoyo que están ocupados actualmente se mantienen los salarios base vigente, que son superiores a los de mercado, y se les aplicarán los ajustes salariales por costo de vida que decreta el Poder Ejecutivo.
8. Aprobar el siguiente índice salarial:

Clase	Salario Global			
	Paso A	Paso B	Paso C	Paso D
Profesional 1	603.535	635.300	667.065	698.830
Profesional 2	829.825	873.500	917.175	960.850
Profesional 3	905.255	952.900	1.000.545	1.048.190
Profesional 4 - Profesional Jefe 1	980.685	1.032.300	1.083.915	1.135.530
Profesional 5 - Profesional Jefe 2	1.368.000	1.440.000	1.512.000	1.584.000
Asesor Legal/Económico	1.911.115	2.011.700	2.112.285	2.212.870
Director General	2.911.700			
Auditor Interno	1.911.115	2.011.700	2.112.285	2.212.870
Gestor de Apoyo 3	281.675	296.500	311.325	326.150
Gestor de Apoyo 2	271.605	285.900	300.195	314.490
Gestor de Apoyo 1	226.290	238.200	250.110	262.020
Gestor Técnico	281.675	296.500	311.325	326.150
Secretaria 1	256.500	270.000	283.500	297.000
Secretaria 2	271.605	285.900	300.195	314.490
Secretaria 3	281.675	296.500	311.325	326.150

9. El Centro de Estudios de la Regulación será el órgano responsable de diseñar las pruebas técnicas que permitirán ingresar a un puesto y avanzar pasos. Corresponderá al Departamento de Recursos Humanos aplicarlas y establecer las pruebas psicosociales que se consideren necesarias, las cuales serán contratadas externamente.
10. Adoptar las siguientes disposiciones transitorias para la aplicación de este acuerdo:
 - a. El Departamento de Recursos Humanos comunicará a cada funcionario las condiciones específicas de clasificación y valoración que le corresponden, atenderá las dudas y cuestionamientos que surjan y los recursos formales de revisión que se presenten. Contará para ello con la asesoría de la Dirección de Asesoría Jurídica de la Autoridad Reguladora. Corresponderá al Regulador General y al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, según el caso, resolver en última instancia las apelaciones formales que se presenten.
 - b. Los funcionarios de la Autoridad Reguladora que posean puestos en propiedad a la fecha de aprobación de esta disposición y manifiesten su interés de trasladarse a la escala de salario global se ubicarán en el paso inicial –Paso A- del puesto que

- les corresponde de acuerdo con la clasificación individual propuesta por el consultor Omar Bermúdez Hidalgo, en el estudio que se le contrató al efecto.
- c. Los funcionarios que decidan trasladarse al sistema de salario global deberán expresar su decisión por escrito ante el Departamento de Recursos Humanos y la administración reconocerá el cambio a partir del primer día del mes siguiente de presentada la solicitud.
 - d. La decisión de trasladarse al sistema de salario global no es reversible.
 - e. Los funcionarios que decidan permanecer en la escala de salario por componentes mantendrán sus derechos adquiridos. En adelante, se les aplicarán los ajustes salariales por costo de vida que decreta el Poder Ejecutivo.
 - f. A más tardar el 1° de octubre de 2008 el Regulador General deberá presentar a la Junta Directiva la propuesta detallada de requisitos y pruebas que serán necesarias para cada puesto y paso.
 - g. Se instruye a la administración para que contrate un estudio de valoración de los puestos de nombramiento temporal de la clase gerencial que no hayan sido definidos, con una firma especializada a la brevedad posible.
11. Solicitar a la Administración que presente la propuesta de creación de las clases de Asesor, junto con la valoración correspondiente.
 12. Instruir a la Administración para que prepare los documentos técnicos y presupuestarios que incorporen lo acordado en esta sesión.
 13. Derogar el acuerdo 001-019-2008, adoptado por la Junta Directiva, en la sesión 019-2008, del 7 de abril de 2008, excepto la creación plazas profesionales, así como cualquier otro que se oponga al presente acuerdo.
 14. Felicitar a la Administración por el esfuerzo realizado para eliminar la rigidez de la escala salarial y facilitar la movilidad de acuerdo con los méritos de cada funcionario. Además permitirá atraer a la institución personal para asumir de la mejor forma los retos actuales.

Rige a partir de la aprobación del contenido presupuestario por parte de la Contraloría General de la República, excepto lo manifestado en el punto 6 respecto al percentil 30.

Al ser las dieciocho horas con treinta minutos ingresan al salón de sesiones los señores Asesores de Junta Directiva Robert Thomas Harvey y Xinia Herrera Durán, Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno y Juan Manuel Quesada Espinoza.

ARTÍCULO 4 RECURSOS DE APELACIÓN

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, se excusa de conocer los asuntos de SARDIMAR, S. A., en razón de que dicha empresa es cliente ocasional de su oficina.

Asume la Presidencia de la Junta Directiva el señor Jorge Cornick Montero.

- 1. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR SARDIMAR, S. A. CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-AU-085-2007-, DE LAS 11:13 HORAS DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL, EXP. AU-065-2005**

El señor Jorge Cornick Montero, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por SARDIMAR, S. A., contra la resolución RRG-AU-085-2007 de las

20 DE AGOSTO DE 2008

SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 051-2008

11:13 horas del 30 de noviembre de 2007, dictada por el despacho del Regulador General. Asimismo presenta el oficio 193-AJD-2008/4621 y 230-AJD-2008/19522 suscrito por la Asesoría I de la Junta Directiva.

El señor Cornick Montero, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey y a la señora Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría vertida mediante oficio 193-AJD-2008/4621 y 230-AJD-2008/19522.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 004-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 193-AJD-2008/4621 y 230-AJD-2008/19522, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General, en la RRG-AU-085-2007 de las 11:13 horas del 30 de noviembre de 2007, con fundamento en lo actuado por la Dirección de Protección al Usuario, resolvió declarar sin lugar la queja presentada por Sardimar S. A., contra el INCOP por la aplicación de la tarifa de alquiler de maquinaria y equipo de 10,1 hasta 20 toneladas, con un valor de \$45,63 por hora o fracción, para la descarga de atún (folio 204 al 208). Fue notificada a Sardimar S. A., por fax transmitido el 12 de diciembre de 2007 (folio 209).

- II. Que el 17 de diciembre de 2007 el Lic. Gabriel Lizama Oligier, apoderado especial de Sardimar S. A., según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-AU-085-2007 (folio 211 al 213). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que el Regulador General sustenta su equivocada decisión en los hechos probados d) y e) del acto recurrido. Cita lo que indican esos hechos. (2) Que efectivamente la Gerencia General y la Dirección de Ingeniería y Mantenimiento del Incop, de forma interna y sin su conocimiento, varió la tarifa aplicable a la grúa que era solicitada y le impidió a su representada utilizar su propia maquinaria, como reza el ordenamiento jurídico. (3) Que el Incop no tiene las grúas que exige el ordenamiento jurídico para la prestación de un servicio público eficiente, continuo y de calidad. (4) Que conforme al ordenamiento jurídico vigente Sardimar S. A., puede utilizar su propia maquinaria o solicitarle al Incop le alquile la que necesita. (5) Que no obstante que el Incop ha sido un prestador ausente en este procedimiento de queja la Autoridad Reguladora pretende resolver, después de tres años, un procedimiento administrativo que está diseñado para amparar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los usuarios. (6) Que mientras el Regulador General resolvía este procedimiento, ya el Incop cobró, durante más de tres años, una tarifa ilícita, enriqueciéndose ilegalmente y en perjuicio de su representada. (7) Que en el expediente judicial 05-000180-061-CA tramitado ante el Tribunal Superior Contencioso

Administrativo se comprueba que los informes remitidos por el Incop a este procedimiento de queja, son técnicamente insuficientes. (8) Que en el expediente judicial 05-000180-061-CA tramitado ante el Tribunal Superior Contencioso Administrativo se comprueba que los informes remitidos por el Incop a este procedimiento de queja, se podría decir que contienen información y datos falsos. (9) Que interés puede tener Sardimar S. A., en la decisión de un procedimiento en el que el Incop no compareció a la audiencia de conciliación, no compareció a la audiencia oral y privada y aportó documentos internos y de total desconocimiento para Sardimar S. A. (10) Que Sardimar S. A., realiza una actividad de interés público -industria atunera- y que dicha actividad requiere de servicios públicos comprometidos con la eficiencia, calidad, continuidad y prestación óptima; pero el Regulador General favorece todo lo contrario, y peor aún, se burla del estado de Derecho.(11) PRETENSIÓN: Admitir el recurso. O elevarlo a la Junta Directiva.

- III. Que la Dirección de Protección al Usuario por oficio 4305-DPU-2007/10181 del 18 de diciembre de 2007, solicitó a la Dirección de Asesoría Jurídica que analizara los aspectos legales del recurso de revocatoria (folio 214).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 275-DAJ-2008/2091 del 27 de marzo de 2008, analiza los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomienda su rechazo (folio 220 al 227).
- V. Que el Regulador General en la RRG-AU-022-2008 de las 12:24 horas del 10 de abril de 2008 resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria planteado por Sardimar S. A., contra la RRG-AU-085-2007. II) Emplazar a las partes ante la Junta Directiva para que hagan valer sus derechos, dentro del plazo de tres días hábiles contado a partir del día hábil siguiente al de la notificación de ese acto (folio 229 al 234). Fue notificado a Sardimar S. A., por fax transmitido el 24 de abril de 2008 (folio 235).
- VI. Que el 30 de abril de 2008 Sardimar S. A., responde al emplazamiento reiterando lo alegado en la impugnación (folios 237 y 238).
- VII. Que la Dirección de Protección al Usuario por oficio 1145-DPU-2008/3718 del 12 de mayo de 2008, con fundamento en el artículo 349 de la LGAP, eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada (folios 239 y 240).
- VIII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 193-AJD-2008/4621 del 17 de junio de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Sardimar S. A., contra la RRG-AU-085-2007 de las 11:13 horas del 30 de noviembre de 2007. (folios 244 al 251).
- IX. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 230-AJD-2008/19522, en el que se recomienda rechazar el recurso contra la resolución RRG-AU-85-2007.
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los Oficios 193-AJD-2008/4621 y 230-AJD-2008/19522, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 193-AJD-2008:

Los argumentos primero, tercero, sétimo y décimo son de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual no serán analizados.

De previo es necesario señalar que las tarifas portuarias vigentes al momento de los hechos denunciados en la queja, eran las establecidas mediante la RRG-788-99 de las 9:00 horas del 16 de marzo de 1999, publicada en La Gaceta 62 del 30 de marzo de 1999. En ese acto consta que para el alquiler de maquinaria y equipo, de 10,1 hasta 20 toneladas, la tarifa por horas/fracción era de \$45,63.

La recurrente alega en su queja que el Incop le cobra una tarifa más alta que la requerida para la descarga del atún, pues, según su dicho para tal actividad sólo necesita de una grúa de 6,1 a 10 toneladas, mientras que el Incop al suministrarle una grúa de 10,1 a 20 toneladas le cobra \$45,63/hora o fracción, que es una tarifa mayor a la de la grúa de 6,1 a 10 toneladas establecida en \$24,37/hora o fracción.

No es cierto que a la recurrente se le cobre una tarifa diferente a la establecida por la Autoridad Reguladora. En autos consta la facturación por los servicios prestados y son los fijados por el ente regulador, como se indica más adelante.

Aunado a lo anterior, considera el asesor legal de la Junta Directiva que es correcto lo afirmado por el Incop, en el sentido de que como autoridad portuaria le corresponde establecer las medidas de seguridad para la atención de las actividades portuarias, las cuales, se agrega, son de acatamiento obligatorio para los usuarios del puerto.

Constan en el expediente los informes de la Dirección de Ingeniería y Mantenimiento del Incop que recomiendan el uso de la grúa de más de 10 toneladas para la descarga de atún (ver folios 19, 20 a 27, 107 al 118). Además, de que en la respuesta al traslado de la queja, el apoderado especial judicial del Incop explica las razones técnicas que motivan el uso de grúa de más de 10 toneladas para la descarga de atún (ver folio 78 al 92).

También en autos constan las facturas por la prestación de servicios a Sardimar S. A., en las cuales se observa el cobro de \$45,63 horas/fracción por alquiler de maquinaria y equipo de una grúa de 10,1 a 20 toneladas (ver folios 30 a 68).

El acto recurrido claramente explica las razones de seguridad por las cuales el Incop utiliza grúas de más de 10 toneladas para la descarga de atún, mismas que se basan en las pruebas documentales que constan en el expediente. Por tal motivo dicho acto se encuentra ajustado a derecho.

En relación con la afirmación de la recurrente en el sentido de que el ordenamiento jurídico le permite utilizar su propia maquinaria, o solicitarle al Incop que le alquile la que necesita, debe manifestarse que no se encuentra norma expresa que permita lo afirmado por la recurrente, ni en la Ley 1721 del Incop ni en la Ley Reguladora de la Actividad Portuaria de la Costa del Pacífico, N° 8461 publicada en La Gaceta 80 del 26 de abril de 2006 ni en el Reglamento General de Servicios Portuarios del Incop,

publicado en La Gaceta 106 del 4 de junio de 2007. Tan sólo, en el último reglamento citado, el artículo 3° establece que:

Los servicios que presta directamente el Incop o a través de Concesionarios están sujetos a las leyes nacionales, los contratos de concesión y a este Reglamento de Servicios Portuarios, las disposiciones contenidas en otros Reglamentos y a las demás que se dicten dentro del marco de su jurisdicción. En este sentido toda persona física o jurídica al solicitar los servicios portuarios o utilizar toda o parte de sus instalaciones o facilidades, está sujeta a esas disposiciones.

Cada prestatario del servicio coordinará con las entidades que se requiera para el desarrollo de la actividad portuaria, las acciones, recursos materiales y humanos para ejecutar eficientemente los servicios portuarios y así abreviar la estadía de los buques en su respectiva terminal.

Sin embargo, dicho artículo no da pie para afirmar lo argumentado por la recurrente.

En cuanto al argumento de la resolución tardía de la queja por parte de la Autoridad Reguladora, si bien lleva razón la recurrente, lo cierto es que el artículo 329 de la LGAP establece el principio de la validez de los actos administrativos aún dictados fuera de plazo, por ello lo actuado por la Autoridad Reguladora es válido, aún cuando se hubiera hecho fuera de los plazos legales. Dice el artículo:

- Artículo 329- 1. La Administración tendrá siempre el deber de resolver expresamente dentro de los plazos de esta ley.
2. El no hacerlo se reputará falta grave de servicio.
3. El acto final recaído fuera del plazo será válido para todo efecto legal, salvo disposición en contrario de la Ley.

En cuanto al juicio contencioso administrativo que alega haber interpuesto contra el Incop, es materia que no tiene relación alguna con esta queja, por tanto no puede ser tomado en cuenta para resolver. Además, la declaratoria de falsedad de documentos públicos, sólo puede hacerla, mediante sentencia firme, la autoridad judicial competente.

Por último, con respecto a la afirmación de la recurrente en cuanto a que desconocía la información del Incop que constaba en autos, es necesario aclarar que dicha documentación ha estado a su disposición y que si la desconoce es porque no analizó el expediente, siendo esa omisión su responsabilidad.

Por las razones jurídicas expuestas líneas arriba, se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio.

Oficio 230-AJD-2008:

La valoración de la prueba que fundamentó la resolución RRG-AU-85-2007, sobre la que versa el recurso bajo análisis se basó en la información técnica emitida por el INCOP y la empresa Grúas y Transportes JK S. A., los cuales concluyeron que la descarga de atún, para que se brinde de manera segura y continua, requiere de una grúa con capacidad no menor a 10 toneladas, por lo cual desde el punto de vista técnico, según prueba aportada a folios 19 a 27 del expediente, el servicio que brinda el INCOP es el

adecuado para la empresa SARDIMAR y el mismo se ajusta a la tarifa autorizada por la Autoridad Reguladora, con lo que se desvirtúa el primer argumento de que INCOP no dispone de las grúas apropiadas para la prestación del servicio público que requiere SARDIMAR para la descarga del atún. Al desecharse como válido este argumento no se requiere pronunciarse sobre la necesidad del alquiler de equipo diferente por parte de INCOP o que SARDIMAR lo aporte. Además, el expediente AU-65-2005, versa sobre un cobro no autorizado de tarifas, por lo cual no corresponde extender el análisis a la conveniencia del uso de equipo ajeno al INCOP.

La resolución recurrida se basó en las pruebas aportadas en el procedimiento de queja, y fue debidamente motivada, razón por la cual debe mantenerse firme, al estar ajustada a la técnica y al derecho. El argumento segundo no requiere ningún análisis ya que el juicio contencioso administrativo al que hace referencia el recurrente, es ajeno al trámite de la queja sobre la que versa el recurso en discusión.

Con respecto al argumento tercero, al disponer el INCOP del equipo apropiado tal como consta en autos, el servicio público se brinda bajo los principios de eficiencia, calidad, continuidad y prestación óptima.

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008 cuya acta fue ratificada el 8 de setiembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 193-AJD-2008/4621 y 230-AJD-2008/19522, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Sardimar S. A., contra la RRG-AU-085-2007 de las 11:13 horas del 30 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Sardimar S. A., contra la RRG-AU-085-2007 de las 11:13 horas del 30 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Sardimar S. A., contra la RRG-AU-085-2007 de las 11:13 horas del 30 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.

2. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR SARDIMAR, S. A. CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-AU-55-2007, DE LAS 9:30 HORAS DEL 13 DE AGOSTO DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL EXP. AU-138-2005.

El señor Jorge Cornick Montero, presenta ante la Junta Directiva la recurso de apelación en subsidio, interpuesto por SARDIMAR, S. A., contra la resolución RRG-AU-138-2005 de las 9:30 horas del 13 de agosto de 2007, dictada por el despacho del Regulador General. Asimismo presenta los oficios 194-AJD-2008/4622 y 231-AJD-2008/19524, suscrito por la Asesoría de la Junta Directiva.

El señor Cornick Montero, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey y a la señora Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría vertida mediante oficio 194-AJD-2008/4622 y 231-AJD-2008/19524.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 005-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva emitida en sus oficios 194-AJD-2008/4622 y 231-AJD-2008/19524, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General, en la RRG-AU-055-2007 de las 9:30 horas del 13 de agosto de 2007, con fundamento en lo actuado por la Dirección de Protección al Usuario, resolvió declarar sin lugar la queja presentada por Sardimar S. A., contra el A y A por prestarle el servicio de alcantarillado (folio 205 al 212). Fue notificada a Sardimar S. A., por fax transmitido el 25 de setiembre de 2007 (folio 213).
- II. Que el 28 de setiembre de 2007 el Lic. Gabriel Lizama Oligier, apoderado especial de Sardimar S. A., según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-AU-055-2007 (folio 215 al 223). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que le parece excesivo el plazo transcurrido desde que se presentó la queja hasta que fue resuelta. (2) Que se incorporó al expediente el oficio 280-DIAA-2005/11428 del 9 de diciembre de 2005, sobre el cual se basó el acto recurrido, en perjuicio de los derechos subjetivos de Sardimar S. A. (3) Que en cuanto al fondo del asunto le sorprende la nefasta consideración de los hechos y la aplicación de normas negligentes, puesto que el acto recurrido reproduce el contenido del oficio 280-DIAA-2005. Según esa interpretación el A y A ofrece sus servicios globalmente considerados, es decir, ofrece el suministro de agua, la infraestructura de alcantarillado y su posterior tratamiento en una sola tarifa. (4) Que el ente regulador es irresponsable al no velar objetivamente por los derechos de los usuarios (5) Que el ente regulador tolera y permite que la inversión privada en servicios relacionados con la utilización del agua, los cuales podría ser suministrados por la empresa pública, tengan que ser costeados o subsidiados por el usuario, puesto que el A y A no los brinda. (6) Que en una parte del acto recurrido el Regulador General dice que la tarifa de acueducto no es un porcentaje de la tarifa de consumo y posteriormente, en otro lado, se contradice al señalar que su cálculo se realiza sobre la base del consumo. (7) Que es un hecho probado e incontrovertible que la tarifa de alcantarillado establecida en la RRG-3363-2004 es un porcentaje fijo del servicio de acueducto -suministro de agua- brindado por el A y A, situación que no acontece en el caso de Sardimar S. A. (8) Que es necesario recordarle a la Autoridad Reguladora que el A y A no le brinda el servicio de tratamiento de aguas residuales especiales a Sardimar S. A., así como tampoco le brinda el servicio de acueducto -suministro de agua- y prácticamente no utiliza el servicio de alcantarillado del A y A. No es cierto ni

veraz que las aguas residuales especiales sean vertidas en un alcantarillado del A y A, pues son vertidas en un tanque de impulsión del A y A, en el cual se les hace un tratamiento con cloro y posteriormente las aguas son impulsadas al estero de Puntarenas. **(9)** Que es otro servicio por el cual A y A no cobra por cuanto no está así definido en la RRG-3363-2004 y es desproporcionado e irrazonable cobrar el servicio como alcantarillado sobre la base de la medición del agua de consumo y no del agua realmente vertida, dado que es un servicio no tipificado en la ley, ni en los reglamentos, ni en el decreto tarifario RRG-3363-2004. **(10)** Que es totalmente ilegal cobrar por la prestación del servicio como alcantarillado sobre la base de la medición del agua de consumo y no del agua realmente vertida, dado que es un servicio no tipificado en la ley, ni en los reglamentos, ni en el decreto tarifario RRG-3363-2004. **(11)** Que se pregunta ¿Cómo hace la Autoridad Reguladora para considerar servicio de alcantarillado un servicio que los mismos funcionarios de A y A no reconocen como alcantarillado, sino como tanque de impulsión del A y A?. ¿Dónde estaba el A y A cuando Sardimar S. A., realizó importantes inversiones para cumplir con los más estrictos estándares legales y ambientales construyendo su planta de tratamiento de aguas residuales especiales y construyendo el alcantarillado para hacerlas depositar en el tanque de impulsión del A y A? ¿Cómo hace la Autoridad Reguladora para asimilar el alcantarillado al tanque de impulsión? ¿Dónde está el principio de servicio al costo? **(12)** Que realizar las inversiones necesarias es una obligación de carácter legal conforme lo establece el numeral 276, 291 y 292 de la Ley General de Salud, N° 5395, en concordancia con el artículo 132 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre, N° 7317. **(13)** Que el A y A es una empresa estatal autorizada a brindar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado incluyendo además los servicios de recolección, tratamiento y evacuación de aguas negras y residuales. Consecuentemente con el dictamen de la Procuraduría General de la República, C-019-98, al interpretar las competencias del A y A con respecto a las otorgadas a la Autoridad Reguladora y al MINAE; no hay nada más convincente y transparente como el concepto de "alcantarillado sanitario" establecido en el Reglamento Sectorial para la Regulación de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado. **(14)** Que la evacuación de aguas negras residuales no podría legal y técnicamente asimilarse a servicio de alcantarillado. El A y A no presta el servicio de tratamiento, así como tampoco presta el servicio de alcantarillado. El único servicio que presta a Sardimar S. A., es la evacuación de aguas residuales al estero de Puntarenas, servicio que no está regulado en la RRG-3363-2004, sino en el Decreto Ejecutivo 26042-S-MINAE, y únicamente el 4% del agua especial ordinaria es descargada en el alcantarillado del A y A y posteriormente impulsada por el tanque de impulsión. Si se asimilaran los tanques de impulsión al alcantarillado sanitario, únicamente el 59,9% del agua que sale del pozo sería la que realmente utiliza infraestructura del A y A. **(15)** Que el A y A no asumió ningún costo en la construcción de la planta de tratamiento, ni en el alcantarillado para transportar dichas aguas de Sardimar S. A., al cuerpo receptor del A y A. El único costo que ha asumido es la recepción de las aguas residuales ordinarias -4,3% del agua que sale del pozo-, para después impulsarlas al mar dándoles un pequeño tratamiento. El otro costo es recibir las aguas residuales especiales -55,6% del agua que sale del pozo-, para posteriormente y de igual manera impulsarlas al mar. **(16)** Que no es justo ni razonable que Sardimar S. A., pague por un servicio de

alcantarillado y asuma el costo de los servicios que el A y A le no presta, subsidiando la tarifa de acueducto y alcantarillado. **(17) PRETENSIÓN:** Revocar el acto. Cobrar por el servicio de alcantarillado lo que realmente corresponde. Ordenar la devolución de las sumas pagadas de más y los intereses.

- III. Que la Dirección de Protección al Usuario por oficio 3594-DPU-2007/7759 del 10 de octubre de 2007, solicitó a la Dirección de Asesoría Jurídica que analizara los aspectos legales del recurso de revocatoria (folio 224).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 277-DAJ-2008/2093 del 27 de marzo de 2008, analiza los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomienda su rechazo (folio 225 al 237).
- V. Que el Regulador General en la RRG-AU-020-2008 de las 9:25 horas del 8 de abril de 2008 resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria planteado por Sardimar S. A., contra la RRG-AU-055-2007. II) Emplazar a las partes ante la Junta Directiva para que hagan valer sus derechos, dentro del plazo de tres días hábiles contado a partir del día hábil siguiente al de la notificación de ese acto (folio 239 al 249). Fue notificado a Sardimar S. A., por fax transmitido el 28 de abril de 2008 (folio 250).
- VI. Que el 30 de abril de 2008 Sardimar S. A., responde al emplazamiento reiterando lo alegado en la impugnación (folios 252 y 253).
- VII. Que la Dirección de Protección al Usuario por oficio 1166-DPU-2008/3650 del 14 de mayo de 2008, con fundamento en el artículo 349 de la LGAP, eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada (folios 254 y 255).
- VIII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 194-AJD-2008/4622 del 17 de junio de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Sardimar S. A., contra la RRG-AU-055-2007 de las 9:30 horas del 13 de agosto de 2007 (folios 261 al 269).
- IX. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 231-AJD-2008/19524, en el que se recomienda rechazar el recurso contra la resolución RRG-AU-138-2005.
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los Oficios 194-AJD-2008/4622 y 231-AJD-2008/19524, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 194-AJD-2008:

Los argumentos tercero, quinto al noveno, undécimo y décimo tercero al décimo sexto son de carácter técnico, no jurídico, por lo cual no serán analizados.

En relación con el primer argumento relativo al plazo excesivo empleado por la Autoridad Reguladora para resolver, se manifiesta que a la recurrente le asiste la razón. Sin embargo, en virtud de que el artículo 329 de la LGAP establece el principio de la validez de los actos administrativos, aún cuando sean dictados fuera de plazo, el acto recurrido es válido. Indica el referido artículo lo siguiente:

Artículo 329.- 1. *La Administración tendrá siempre el deber de resolver expresamente dentro de los plazos de esta ley.*

2. *El no hacerlo se reputará falta grave de servicio.*

3. *El acto final recaído fuera de plazo será válido para todo efecto legal, salvo disposición en contrario de la ley.*

En cuanto al segundo argumento, relativo a que la inclusión del oficio 280-DIAA-2005/11428 del 9 de diciembre de 2005 al expediente, perjudicó los intereses de la recurrente, debe manifestarse que no es cierto, puesto que el mismo fue puesto en su conocimiento mediante la realización de una segunda comparecencia (ver folio 190 al 196) y ha tenido oportunidad de rebatirlo, tal como consta en la impugnación.

Además, cabe señalar que al resolver el recurso de revocatoria el Regulador General se refirió ampliamente al contenido del informe 280-DIAA-2005/11428 del 9 de diciembre de 2005, visible del folio 138 al 140 del expediente sobre el cual se basó el acto recurrido. Dicho oficio se refiere a las tarifas para el servicio de alcantarillado, fijadas mediante la RRG-3363-2004 de las 9:30 horas del 26 de febrero de 2004, publicada en La Gaceta 54 del 17 de marzo de 2004.

En relación con el cuarto argumento, la recurrente no indica las razones por las cuales considera que el ente regulador es irresponsable porque no vela por los derechos de los usuarios. Por lo cual tal argumento carece de sustento.

En torno al décimo argumento debe manifestarse que de acuerdo con el criterio de la Dirección de Servicios de Aguas y Ambiente el cobro realizado por A y A Sardimar S. A., por el servicio de alcantarillado se ajusta a lo establecido en la RRG-3363-2004 de las 9:30 horas del 26 de febrero de 2004, publicada en La Gaceta 54 del 17 de marzo de 2004. Consecuentemente no lleva razón en lo que alega.

En cuanto al duodécimo argumento, se indica que La Ley General de Salud, N° 5395 y sus reformas, en las normas citadas por la recurrente señala:

Artículo 276.- *Sólo con permiso del Ministerio podrán las personas naturales o jurídicas hacer drenajes o proceder a la descarga de residuos o desechos sólidos o líquidos u otros que puedan contaminar el agua superficial, subterránea, o marítima, ciñéndose estrictamente a las normas y condiciones de seguridad reglamentarias y a los procedimientos especiales que el Ministerio imponga en el caso particular para hacerlos inocuos.*

Artículo 291.- *Queda prohibido, descargar residuos industriales y de establecimientos de salud en el alcantarillado sanitario sin autorización previa de la autoridad de salud y sin cumplir las instrucciones que ésta pueda ordenar para hacerlos inocuos, a fin de precaver cualquier daño al sistema de desagüe, o evitar la contaminación de las fuentes o cursos de agua; del suelo y del aire, o cualquier otro riesgo para la salud humana que se derive de la evacuación final inadecuada de los desagües.*

Artículo 292.- *Queda prohibido, en todo caso la descarga de las aguas negras, de las aguas servida y de residuos industriales, al alcantarillado pluvial. El Ministerio queda facultado para restringir, regular, o prohibir la eliminación de productos sintéticos no biodegradables a través de los sistemas de recolección de excretas, aguas negras y servidas.*

Y que el artículo 132 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre, N° 7317 establece:

Se prohíbe arrojar aguas servidas, aguas negras, desechos o cualquier sustancia contaminante en manantiales, ríos, quebradas, arroyos permanentes o no permanentes, lagos, marismas y embalses naturales o artificiales, esteros, tuberías, pantanos, aguas dulces, salobres o saladas.

Las instalaciones industriales e agroindustriales y las demás instalaciones deberán estar provistas de sistemas de tratamiento para impedir que los desechos sólidos o aguas contaminadas de cualquier tipo destruyan la vida silvestre. La certificación de la calidad del agua será dada por el Ministerio de Salud.

Quienes no cumplan con lo estipulado en este artículo, serán multados con montos que irán de cincuenta mil colones (¢50.000) a cien mil colones (¢100.000), convertibles en pena de prisión de uno a dos años.

Siendo tales artículos normas jurídicas que restringen la contaminación al medio ambiente, sin embargo, no tienen relación alguna con el tema discutido en la queja, es decir, con el cobro de la tarifa por alcantarillado.

Por las razones jurídicas expuestas líneas arriba, se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio.

Oficio 231-AJD-2008:

El argumento tercero al noveno se refiere a la interpretación que hace el recurrente del oficio 280-DIIA-2005, que obviamente lo considera errado y contradictorio. Sin embargo, es criterio de esa asesoría que dicho oficio no se contradice, pues señala claramente que la **tarifa de alcantarillado se calcula como una proporción de los metros cúbicos medidos del afluente del acueducto**, e indica además que la **tarifa de alcantarillado no es un porcentaje de la tarifa de acueducto**, hecho totalmente cierto y distinto del señalado anteriormente, donde precisamente, se presenta la confusión del recurrente.

En el caso de Sardimar, si bien es cierto que el AYA no le provee el servicio de acueducto, para poder cobrar el servicio de alcantarillado requiere conocer esa institución cuanto es el consumo de agua que se abastece por medio de pozos. Esta es la razón de que se mida la salida de agua. La tarifa de acueducto no se le cobra y lo que SARDIMAR le paga al Departamento de Aguas del MINAE es un canon de aprovechamiento del recurso hídrico, no es el servicio de acueducto.

El origen de la queja es un supuesto cobro ilegal de las tarifas por parte del AYA a la empresa Sardimar por el servicio de alcantarillado, sin embargo, ha quedado suficientemente demostrado que el cobro está apegado a la legalidad, sin que con ello se quiera decir que la metodología para definir dicha tarifa no pueda ser objeto de un replanteamiento. En este caso, el prestatario autorizado del servicio público de alcantarillado es al AYA, Sardimar es un usuario del servicio y para poder acceder al servicio que le brinda el AYA, construyó infraestructura necesaria dentro de su propiedad, con el fin de cumplir normas adicionales a las establecidas en la Ley de

creación de la ARESEP, La Ley General de Salud, en sus artículos 276, 291, 292; la Ley de Conservación de la Vida Silvestre N° 7317, así como en el Reglamento Sectorial para la Regulación de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado Sanitario N° 30413-MP-MINAE-S-MEIC, publicado en la Gaceta N° 91 del 14 de mayo de 2001, que señala:

“d) Calidad de vertido de aguas residuales. El agua residual vertida y su correspondiente control de la calidad, a llevarse a cabo por el prestador, deberá cumplir con los lineamientos establecidos en el Reglamento de Vertido y Rehuso de Aguas Residuales (Decreto Ejecutivo N° 26042-S-MINAE) y las regulaciones posteriores que sobre el tema se emitan. Para ello se definen las características bacteriológicas y físico-químicas de las aguas residuales que se viertan en los sistemas o cuerpos receptores de alcantarillado sanitario, clasificándolas de acuerdo con su origen, en efluentes ordinarios y efluentes especiales. En caso de no existir alcantarillado sanitario en funcionamiento y el servido se preste mediante tanque séptico y drenajes, las empresas encargadas de la limpieza de tanques deberán contar con sistemas de tratamiento y disposición final de los lodos, autorizado por el Ministerio de Salud. En caso de aguas que no sean de tipo ordinario, el usuario deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley de Vida Silvestre y en el artículo 292 de la Ley General de Salud”.

Lo anterior pone de manifiesto que el tratamiento que realiza SARDIMAR a las aguas servidas previo a depositarlas en el alcantarillado del AYA, se debe a normas ambientales y sanitarias, normas de orden público.

El mismo reglamento señala en su artículo 13:

“Artículo 13.—Características de la estructura tarifaria. La estructura tarifaria tendrá las siguientes características fundamentales: ... iii) Tarifas para alcantarillado sanitario que no reciben el servicio de agua potable del sistema público...”

Aspecto que la ARESEP no ha desarrollado, por lo que en efecto lleva razón el recurrente en tales omisiones, sin embargo, por esa desatención no se puede dejar de cobrar el servicio que se brinda y el cobro que le realiza el AYA a Sardimar cumple con las tarifas aprobadas por la ARESEP. Por lo tanto no existe un cobro ilegal. Del análisis realizado se concluye que el recurrente no lleva la razón, por lo que el recurso contra la RRG-AU-138-2005, debe ser rechazado.

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008 cuya acta fue ratificada el 8 de setiembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 194-AJD-2008/4622 y 231-AJD-200/19524, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Sardimar S. A., contra la RRG-AU-055-2007 de las 9:30 horas del 13 de agosto de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Sardimar S. A., contra la RRG-AU-055-2007 de las 9:30 horas del 13 de agosto de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Sardimar S. A., contra la RRG-AU-055-2007 de las 9:30 horas del 13 de agosto de 2007, dictada por el Regulador General.

II. Se da por agotada la vía administrativa.

Ingresa la señora Pamela Sittenfeld Hernández y asume la Presidencia de la Junta Directiva.

3. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD-SERVICIO TRANSMISIÓN. CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-6476-2007, DE LAS 13:35 HORAS DEL 20 DE ABRIL DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL. ET-200-2006

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6476-2007, de las 13:35 horas del 20 de abril de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 124-AJD-2008/3352 suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

Ingresa el señor Alvaro Barrantes Chaves, Director de la Dirección de Servicios de Energía.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Barrantes Chaves, así como a los Asesores Robert Thomas Harvey y Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 124-AJD-2008/3352.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 006-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 124-AJD-2008/3352, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-6476-2007 de las 13:35 horas del 20 de abril de 2007 resolvió I. Rechazar la solicitud de aumento tarifario presentada por el ICE para el servicio eléctrico de transmisión. II. Iniciar de oficio un nuevo proceso de fijación tarifaria, para el servicio de transmisión eléctrica y convocar a la respectiva audiencia pública dentro de los plazos de ley (folio 654 al 670). Fue notificada al ICE el 25 de abril de 2007 (folio 669). Fue publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007 (folio 691 al 694).
- II. Que el 30 de abril de 2007 el Ing. Teófilo de La Torre Arguello, Gerente General con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad, según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante contra la RRG-6476-2007 (folio 672 al 677). Argumenta en resumen lo siguiente:

(1) Que se cumplieron todos los requisitos de admisibilidad, por lo que, de acuerdo con la ley, lo procedente era realizar el análisis técnico de la propuesta y pronunciarse al respecto. Sin embargo, el acto recurrido se fundamenta parcialmente en el criterio técnico, el Regulador General decide rechazar la petición de tarifas, sin dar justificación alguna. (2) Que la dirección técnica había recomendado un aumento promedio del 11,36% el cual resulta insuficiente para garantizar la estabilidad financiera de su representada. (3) Que el acto recurrido resulta contradictorio porque si bien se basa en el informe técnico, resuelve cosa distinta a lo recomendado. (4) Que el artículo 160 de la LGAP establece la invalidez del acto cuando quebrante las reglas elementales de lógica, justicia o conveniencia y que de acuerdo con el artículo 132 de la LGAP los actos deben tener una justificación o motivación, de lo cual carece el acto recurrido. (5) Pretensión: Anular el acto recurrido. Aprobar tarifas solicitadas.

- III. Que la Dirección de Servicios de Energía por oficio 421-DEN-2007/3162 del 2 de mayo de 2007, hizo referencia a los aspectos técnicos del recurso de revocatoria, sin emitir recomendación alguna (folio 690).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 358-DAJ-2008/2519 del 8 de abril de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y del incidente de nulidad absoluta, recomendando que fueran rechazados por el fondo (folio 1144 al 1148).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8114-2008 de las 14:10 horas del 8 de abril de 2008, resolvió I) Rechazar el recurso de revocatoria planteado por el ICE contra la RRG-6476-2007 de las 13:35 horas del 20 de abril de 2008 y II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva y prevenirle 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 ese órgano de alzada (folio 1149 al 1153). Fue notificada al ICE el 15 de abril de 2008 (folio 1153).
- VI. Que no consta en autos que la recurrente haya respondido al emplazamiento, dentro o fuera del plazo otorgado.
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 124-AJD-2008/3352 del 7 de mayo de 2008, en el que se recomienda: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6476-2007 de las 13:35 horas del 20 de abril de 2007, (folios 180 al 187)..
- VIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del Oficio 124-AJD-2008/3352, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Como el segundo argumento de la recurrente es de índole técnica, no jurídica, la asesoría legal no emite criterio.

Con respecto al primer argumento, en el sentido de que a pesar de que el acto recurrido se fundamenta parcialmente en el criterio técnico, el Regulador General decide rechazar la petición de tarifas, sin justificación alguna, se manifiesta que no lleva razón el ICE,

pues claramente puede observarse que la justificación del rechazo de la petición tarifaria se encuentra en los Considerandos IX a XIV del acto recurrido.

En relación con el tercer argumento, relativo a que el acto recurrido resulta contradictorio porque si bien se basa en el informe técnico, resuelve cosa distinta a lo recomendado; es necesario señalar que la LGAP -en los artículos 302 y 303- instituye la regla general de la no vinculatoriedad de los dictámenes o criterios técnicos. Esos artículos, en lo que interesa, disponen lo siguiente:

Artículo 302.- 1. Los dictámenes y experimentos técnicos de cualquier tipo de la Administración serán encargados normalmente a los órganos o servidores públicos expertos en el ramo de que se trate, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Título Segundo de este libro.

Artículo 303.- Los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley.

Con respecto al artículo 303 de la LGAP, el Lic. Roberto Quirós Coronado, en su obra 'Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional', realiza la cita siguiente:

LIC. 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. (Quirós Coronado, Roberto, 'Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional', 1º edición, Editorial Aselex S. A., San José, 1996, págs 376 y 377).

De la cita anterior resulta válido concluir que el Regulador General tiene la potestad discrecional de disentir de las recomendaciones técnicas de sus asesores y de sustentar un criterio distinto en las reglas de la ciencia o la técnica o en los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (de acuerdo con los límites señalados en los artículos 15 y 16 de la LGAP).

Aplicando esa regla general al caso concreto se observa que el criterio del Regulador General se fundamenta en razones de oportunidad y conveniencia, por lo cual no existe violación al artículo 16 de la LGAP, pues como se dijo supra, la justificación para rechazar la petición de tarifas se halla en los Considerandos IX a XIV del acto recurrido. Además, debe tomarse en cuenta que el acto discrecional del Regulador General está motivado y en consonancia con el principio de razonabilidad.

Por otra parte, resulta importante aclarar que cuando el artículo 57 inciso c) de la Ley 7593 señala que el Regulador General debe resolver las solicitudes para fijar tarifas y precios, de conformidad con los estudios técnicos, se está refiriendo al dictamen de tipo obligatorio, que es aquel que tiene que pedirse pero no, necesariamente, obedecerse.

Consecuentemente al encontrarse debidamente justificado el motivo para apartarse de la recomendación técnica y, siendo que la ley establece el principio de la no vinculatoriedad de los criterios técnicos, el argumento carece de fundamento jurídico y debe ser rechazado.

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

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008 cuya acta fue ratificada el 8 de setiembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficio 124-AJD-2008/3352, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6476-2007 de las 13:35 horas del 20 de abril de 2007, publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007 y dictada por el Regulador General, dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6476-2007 de las 13:35 horas del 20 de abril de 2007, publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007 y dictada por el Regulador General, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6476-2007 de las 13:35 horas del 20 de abril de 2007, publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007 y dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.
4. **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD-ALUMBRADO PÚBLICO. CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-6478-2007, DE LAS 13:45 HORAS DEL 20 DE ABRIL DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL.-ET-201-2006**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6478-2007, de las 13:45 horas del 20 de abril de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 128-AJD-2008/3361 y 169-AJD-2008 suscrito por la Asesoría de la Junta Directiva.

Ingresó el señor Alvaro Barrantes Chaves, Director de la Dirección de Servicios de Energía.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Barrantes Chaves, así como a los Asesores Robert Thomas Harvey y Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 128-AJD-2008/3361 y de la Asesoría Económica, según oficio 169-AJD-2008.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 007-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 128-AJD-2008/3361, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-6478-2007 de las 13:45 horas del 20 de abril de 2007 resolvió fijar las tarifas que se desglosan en ese acto, para el sistema de alumbrado público del Instituto Costarricense de Electricidad, que regirán desde su publicación hasta el 31 de diciembre de 2007 (folio 438 al 446). Fue notificada a la recurrente el 25 de abril de 2007 (folio 445). Fue publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007 (folio 468 al 470).
- II. Que el 30 de abril de 2007 el Ing. Teófilo de La Torre Arguello, Gerente General con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad, según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-6478-2007 (folio 450 al 453). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que el informe técnico recomendó aumentar las tarifas en un 4,29% promedio, lo cual resulta insuficiente para garantizar la estabilidad financiera de su representada, pues deja desfinanciado el sistema de alumbrado público para cumplir con las obligaciones. (2) Que el rechazo de las solicitudes tarifarias para los sistemas de generación y transmisión, los cálculos para el alumbrado públicos se modifican, además tales cambios no están respaldados en el informe técnico. (3) Que el acto recurrido quebranta el artículo 31 de la Ley 7593, en lo que respecta a la prohibición de fijar tarifas que atenten contra el equilibrio financiero de los operadores. (4) Pretensión: Revocar la RRG-6478-2007 y fijar las tarifas solicitadas.
- III. Que la Dirección de Servicios de Energía por oficio 423-DEN-2007/3166 del 2 de mayo de 2007, se refirió a los aspectos técnicos del recurso de revocatoria, sin emitir recomendación alguna (folio 465 al 466).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 360-DAJ-2008/2521 del 8 de abril de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria, recomendando que fuera rechazado por el fondo (folio 479 al 482).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8186-2008 de las 14:30 horas del 8 de abril de 2008, resolvió I) Rechazar el recurso de revocatoria planteado por el ICE contra la RRG-6478-2007 de las 13:45 horas del 20 de abril de 2008 y II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva y prevenirle 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 ese órgano de alzada (folio 483 al 486). Fue notificada al ICE el 15 de abril de 2008 (folio 486).
- VI. Que no consta en autos que la recurrente haya respondido al emplazamiento, dentro o fuera del plazo otorgado.
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 128-AJD-2008/3361 del 7 de mayo de 2008, en el que se recomienda rechazar por el

fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6478-2007 de las 13:45 horas del 20 de abril de 2007 (folios 490 al 494).

- VIII. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 169-AJD-2008/13538, en el que se recomienda acoger el recurso contra la resolución RRG-6478-2007 y señalar la falta de interés actual del mismo (folios 495 al 497).
- IX. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del Oficio 128-AJD-2008/3361 arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Los dos primeros argumentos del ICE son de índole técnica, no jurídica, por tal motivo la asesoría legal no emitirá criterio sobre ellos.

En relación con el tercer argumento, en cuanto a que el acto recurrido quebranta el artículo 31 de la Ley 7593, se indica que de acuerdo con lo dispuesto en el Considerando V de la resolución recurrida, se otorgó un incremento tarifario de un 7,97% para el 2007 y de un 1,84% para el 2008. El ICE solicitó un incremento tarifario de un 4,39%. Entonces si se realiza un análisis comparativo entre lo otorgado por la Autoridad Reguladora y lo solicitado por el ICE, claramente se concluye que no se ha producido el alegado quebranto al artículo 31 de la Ley 7593. En razón de lo anterior, tal argumento debe ser rechazado.

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008 cuya acta fue ratificada el 8 de setiembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficio 128-AJD-2008/3361 de cita, acordó por unanimidad rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6478-2007 de las 13:45 horas del 20 de abril de 2007, publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6478-2007 de las 13:45 horas del 20 de abril de 2007, publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6478-2007 de las 13:45 horas del 20 de abril de 2007, publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007 y dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.

5. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD-DISTRIBUCIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-6477-2007, DE LAS 13:40 HORAS DEL 20 DE ABRIL DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL.- ET-202-2006.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6477-2007, de las 13:40 horas del 20 de abril de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 149-AJD-2008/3563 suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

Ingresa el señor Alvaro Barrantes Chaves, Director de la Dirección de Servicios de Energía.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Barrantes Chaves y al Asesor Legal Robert Thomas Harvey, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 140-AJD-2008/3563.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 008-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 149-AJD-2008/3563, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-6477-2007 de las 13:40 horas del 20 de abril de 2007 resolvió rechazar la solicitud de aumento tarifario presentada por el ICE para el servicio eléctrico de distribución (folio 591 al 598). Fue notificada al ICE el 25 de abril de 2007 (folio 598). Fue publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007 (folio 658 al 659).
- II. Que el 30 de abril de 2007 el Ing. Teófilo de La Torre Arguello, Gerente General con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad, según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante contra la RRG-6477-2007 (folio 638 al 643). Argumenta en resumen lo siguiente:

(1) Que se cumplieron todos los requisitos de admisibilidad, por lo que, de acuerdo con la ley, lo procedente era realizar el análisis técnico de la propuesta y pronunciarse al respecto. Sin embargo, el acto recurrido se fundamenta parcialmente en el criterio técnico, el Regulador General decide rechazar la petición de tarifas, sin dar justificación alguna. (2) Que la dirección técnica había recomendado un aumento promedio del 11,36% el cual resulta insuficiente para garantizar la estabilidad financiera de su representada. (3) Que el acto recurrido resulta contradictorio porque si bien se basa en el informe técnico, resuelve cosa distinta a lo recomendado. (4) Que el artículo 160 de la LGAP establece la invalidez del acto cuando quebrante las reglas elementales de lógica, justicia o conveniencia y que de acuerdo con el

artículo 132 de la LGAP los actos deben tener una justificación o motivación, de lo cual carece el acto recurrido. (5) Pretensión: Anular el acto recurrido. Aprobar tarifas solicitadas.

- III. Que la Dirección de Servicios de Energía por oficio 422-DEN-2007/3164 del 2 de mayo de 2007, se refirió a los aspectos técnicos del recurso de revocatoria, sin emitir recomendación alguna (folio 656).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 359-DAJ-2008/2520 del 8 de abril de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y del incidente de nulidad absoluta, recomendando que fueran rechazados por el fondo (folio 668 al 673).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8185-2008 de las 14:20 horas del 8 de abril de 2008, resolvió I) Rechazar el recurso de revocatoria planteado por el ICE contra la RRG-6477-2007 de las 13:40 horas del 20 de abril de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva y prevenirle 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 ese órgano de alzada (folio 674 al 678). Fue notificada al ICE el 15 de abril de 2008 (folio 678).
- VI. Que no consta en autos que la recurrente haya respondido al emplazamiento, dentro o fuera del plazo otorgado.
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 149-AJD-2008/3563 del 14 de mayo de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6477-2007 de las 13:40 horas del 20 de abril de 2007 (folios 683 al 689).
- VIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del Oficio 149-AJD-2008/3563, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Como el segundo argumento de la recurrente es de índole técnica, no jurídica, la asesoría legal no emite criterio sobre él.

Con respecto al primer argumento, en el sentido de que a pesar de que el acto recurrido se fundamenta parcialmente en el criterio técnico, el Regulador General decide rechazar la petición de tarifas, sin justificación alguna, se manifiesta que no lleva razón el ICE, pues claramente puede observarse que la justificación del rechazo de la petición tarifaria se encuentra en los Considerandos I y IV del acto recurrido.

En relación con el tercer argumento, relativo a que el acto recurrido resulta contradictorio porque si bien se basa en el informe técnico, resuelve cosa distinta a lo recomendado; es necesario señalar que la LGAP -en los artículos 302 y 303- instituye la regla general de la no vinculatoriedad de los dictámenes o criterios técnicos. Esos artículos, en lo que interesa, disponen lo siguiente:

Artículo 302.- 1. Los dictámenes y experimentos técnicos de cualquier tipo de la Administración serán encargados normalmente a los órganos o servidores públicos expertos en el ramo de que se trate, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Título Segundo de este libro.

Artículo 303.- Los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley.

Con respecto al artículo 303 de la LGAP, el Lic. Roberto Quirós Coronado, en su obra 'Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional', realiza la cita siguiente:

LIC. 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. (Quirós Coronado, Roberto, 'Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional', 1º edición, Editorial Aselex S. A., San José, 1996, págs 376 y 377).

De la cita anterior resulta válido concluir que el Regulador General tiene la potestad discrecional de disentir de las recomendaciones técnicas de sus asesores y de sustentar un criterio distinto en las reglas de la ciencia o la técnica o en los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (de acuerdo con los límites señalados en los artículos 15 y 16 de la LGAP).

Aplicando esa regla general al caso concreto se observa que el criterio del Regulador General se fundamenta en razones de oportunidad y conveniencia, por lo cual no existe violación al artículo 16 de la LGAP, pues como se dijo supra, la justificación para rechazar la petición de tarifas se halla en los Considerandos I y IV del acto recurrido. Además, debe tomarse en cuenta que el acto discrecional del Regulador General está motivado y en consonancia con el principio de razonabilidad.

Por otra parte, resulta importante aclarar que cuando el artículo 57 inciso c) de la Ley 7593 señala que el Regulador General debe resolver las solicitudes para fijar tarifas y precios, de conformidad con los estudios técnicos, se está refiriendo al dictamen de tipo obligatorio, que es aquel que tiene que pedirse pero no, necesariamente, obedecerse.

Consecuentemente al encontrarse debidamente justificado el motivo para apartarse de la recomendación técnica y, siendo que la ley establece el principio de la no vinculatoriedad de los criterios técnicos, el argumento carece de fundamento jurídico y debe ser rechazado.

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

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008 cuya acta fue ratificada el 8 de setiembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 149-AJD-2008/3563, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6477-2007 de las 13:40 horas del 20 de abril de 2007, publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007 y dictada por el Regulador General., dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6477-2007 de las 13:40 horas del 20 de abril de 2007, publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007 y dictada por el Regulador General., dar por agotada la vía administrativa., como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6477-2007 de las 13:40 horas del 20 de abril de 2007, publicada en La Gaceta 84 del 3 de mayo de 2007 y dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.
6. **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR LA ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DISTRIBUIDORES DE COMBUSTIBLE PEDDLER, CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-6867-2007, DE LAS 9:40 HORAS DEL 27 DE JULIO DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL.- ET-095-2007**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-6477-2007, de las 13:40 horas del 20 de abril de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 179-AJD-2008/4388, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

Ingresa el señor Alvaro Barrantes Chaves, Director de la Dirección de Servicios de Energía.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Barrantes Chaves, así como a los señores Asesores Robert Thomas Harvey y Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 179-AJD-2008/4388.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 009-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 179-AJD-2008/4388 , en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Energía, resolvió fijar los precios que se detallan en ese acto, para los combustibles a nivel de plantel, a nivel de estaciones de servicio con punto fijo, a nivel de estaciones de servicio sin punto fijo, del gas licuado de petróleo en estaciones de servicio con punto fijo, para la flota pesquera nacional y para el gas licuado de petróleo a nivel de consumidor final (folio 490 al 512). Fue notificada a la Asociación Costarricense de Distribuidores de Combustible Peddler el 9 de agosto de 2007 (folio 512). Fue publicada en La Gaceta 151 del 8 de agosto de 2007 (folio 452 al 456).

- II. Que el 10 de agosto de 2007 el señor Gustavo Madrigal Castro, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Asociación Costarricense de Distribuidores de Combustible Peddler, según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-6867-2007 (folio 457 al 464). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que considera de suma importancia para el buen funcionamiento del mercado y la fijación tarifaria se incluya al cliente directo como parte de los actores de la industria de los hidrocarburos, en concordancia con lo señalado en la jurisprudencia constitucional, la Ley 7593 y su Reglamento y el Decreto 2975-MP. (2) Que el acto recurrido es completamente nulo porque según el voto constitucional 06184-07, para establecer un aumento ordinario o extraordinario de los precios debe realizarse una audiencia pública con el fin de conocer la posición de los ciudadanos. Si bien la Autoridad Reguladora convocó a una audiencia pública, se conocieron dos expedientes y dicho acto se desarrolló de manera tal que no permitió conocer explícitamente la propuesta del modelo, ya que se conocieron dos asuntos distintos con una gran limitación de tiempo, al otorgarse 15 minutos a cada participante para referirse a los dos asuntos. Por la importancia del tema tratado debieron hacerse audiencias separadas. (3) Que la Autoridad Reguladora comete un grave error al no incluir al cliente directo en el modelo tarifario ya que continúa desobedeciendo los votos constitucionales, por ejemplo el Voto 03140-99. (4) Que en el expediente en discusión, la Dirección de Servicio de Energía en respuesta a su petitoria y de acuerdo con el oficio 893-DJE-99 del 26 de octubre de 1999, le indicó que “a nivel de plantel el trato es igual para todos en la actualidad, tomando en cuenta que la categoría de cliente no define el precio plantel sino el margen de reventa”. Tal resolución sin sentido, induce a error de interpretación, ya que el cliente directo no tiene precio de reventa y claramente eso lo conoció la Sala Constitucional al referirse al precio de compra y no de reventa. Alega que no pretende en ningún momento que se modifique el precio plantel, sino que se establezca una diferencia entre el precio de compra y el cliente directo -que es un consumidor final- y los demás son distribuidores, de manera que éstos tengan una tarifa diferente a los operadores del servicio. (5) Pretensión: Revisar el punto tercero del acto recurrido. Declarar la nulidad absoluta del acto.

- III. Que la Dirección de Servicios de Energía por oficio 786-DEN-2007/6386 del 29 de agosto de 2007, se pronuncia sobre los aspectos técnicos de la impugnación y recomienda su rechazo (folio 570 al 583).

- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 455-DAJ-2008/3231 del 30 de abril de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 614 al 618).

- V. Que el Regulador General en la RRG-8305-2008 de las 8:00 horas del 5 de mayo de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por la Asociación Costarricense de Distribuidores de Combustible Peddler contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba 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 619 al 624). Fue notificada a la Asociación Costarricense de Distribuidores de Combustible Peddler por fax transmitido el 7 de mayo de 2008 (folio 626).
- VI. Que el 12 de mayo de 2008 la Asociación Costarricense de Distribuidores de Combustible Peddler, respondió el emplazamiento, reiterando lo argumentado en la impugnación (folio 642 al 652).
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 179-AJD-2008/4388 del 11 de junio de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Asociación Costarricense de Distribuidores de Combustible Peddler, contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007. (folios 664 al 670).
- VIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del Oficio 179-AJD-2008/4388, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Los aspectos jurídicos de lo argumentado se analizan en los términos siguientes:

La convocatoria a la audiencia pública se efectuó con estricto apego a lo indicado en el artículo 36 de la Ley 7593 y su reglamento, así como lo ordenado por la Sala Constitucional en el Voto 15635-2006, el cual, en lo que interesa, señaló:

Considerando IV.- ... La audiencia pública que debe realizar la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en aquellos casos en los que tramita un estudio de aumento tarifario de servicios públicos, tiene por objeto permitir el ejercicio del derecho a la participación de la comunidad en un asunto que le afecta, directamente, con anterioridad a la toma de la decisión administrativa y, en esa forma, se constituye en una manifestación del principio democrático (sobre este particular, véase la sentencia N° 2004-09434 de las 11:26 hrs. del 27 de agosto del 2004). No se trata de un simple requisito formal, de manera que se pueda fijar de tal forma que haga nugatorio el ejercicio del derecho que pretende tutelar, al otorgarse en condiciones que impidan u obstaculicen el cumplimiento de los objetivos que está llamada a obtener, en protección del derecho a la información y participación ciudadana. De igual forma, tampoco debe llegar a constituirse en un obstáculo para que se emita una oportuna resolución de la gestión. ... // Por imperativo constitucional el Estado costarricense no sólo debe invitar a la participación, sino que debe promoverla y respetarla cuando se produzca. A ese efecto, existiendo un Sistema de Desarrollo creado y establecido con los propósitos de '...mejorar la dirección y coordinación de la Administración Pública en las Diferentes regiones del territorio nacional y de promover la

participación organizada de la población...’, la autoridad recurrida debió y debe sujetarse a la regionalización dispuesta en el Decreto Ejecutivo N° 16068-PLAN del 5 de febrero de 1985 y sus reformas –según el cual en el país existen 6 regiones, a saber: 1) Central, 2) Chorotega, 3) Pacífico Central, 4) Brunca, 5) Huetar Atlántica y 6) Huetar Norte-, y a los Decreto Ejecutivo N° 21349-MIDEPLAN del 10 de junio de 1992 y Decreto Ejecutivo N° 22604-MIDEPLAN del 30 de septiembre de 1993, que crearon las Regiones de Heredia y Cartago. Esto implica que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos estaba obligada a realizar una audiencia en cada una de esas regiones. // ...

El procedimiento seguido consta en autos, así puede verse del folio 60 al 63 que la convocatoria a la audiencia pública se publicó en dos diarios de circulación nacional, el 8 de junio de 2007. También puede verse que en dicha convocatoria claramente se estableció que el plazo de recepción de posiciones vencía el 9 de julio de 2007 y que la audiencia pública se celebraría entre el 12 y el 19 de julio de 2007 en los lugares siguientes: Autoridad Reguladora, Cartago centro, Limón centro, Heredia centro, Puntarenas centro, Liberia, San Carlos y San Isidro de El General.

La descripción de lo actuado demuestra que la Autoridad Reguladora cumplió a cabalidad con el procedimiento legal establecido y adicionado por la jurisprudencia constitucional y que otorgó un plazo razonable y suficiente para que los consumidores se manifestaran. Por tal motivo, lo argumentado carece de fundamento jurídico.

Tampoco puede hablarse de nulidad absoluta en el procedimiento de convocatoria por cuanto ésta se realizó, como se dijo, cumpliendo los requisitos legales establecidos en la Ley 7593, el acto fue dictado por quien ostenta la competencia y con los requisitos establecidos en la ley.

En relación con el argumento de que no se incluyó al cliente directo en la fijación de precios, es necesario aclarar que no cierto, puesto que el acto tarifario expresamente contempla a los distribuidores de combustible sin punto fijo. Por tanto dicho argumento también carece de sustento legal.

Por las razones jurídicas expuestas, se concluye que lo alegado carece de base legal y que lo procedente es rechazar por el fondo el recurso subsidiario de apelación.

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008 cuya acta fue ratificada el 8 de setiembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 179-AJD-2008, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Asociación Costarricense de Distribuidores de Combustible Peddler, contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Asociación Costarricense de Distribuidores de Combustible Peddler, contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Asociación Costarricense de Distribuidores de Combustible Peddler, contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, dictada por el Regulador General.
 - II. Se da por agotada la vía administrativa.
7. **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, NULIDAD CONCOMITANTE E INCIDENTE DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO INTERPUESTOS POR LA CÁMARA NACIONAL DE PESCADORES DE PUNTARENAS CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-6867-2007, DE LAS 9:40 HORAS DEL 27 DE JULIO DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL. ET-095-2007.**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio nulidad concomitante e incidente de suspensión del acto administrativo interpuestos por la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas contra la RRG-6867-2007, de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta el oficio 182-AJD-2008/4391 y 187-AJD-2008 suscritos por la Asesoría de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey y a la señora Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficio 182-AJD-2008/4391 y 187-AJD-2008.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 010-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva emitida en su oficio 182-AJD-2008/4391 y 187-AJD-2008, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Energía, resolvió fijar los precios que se detallan en ese acto, para los combustibles a nivel de plantel, a nivel de estaciones de servicio con punto fijo, a nivel de estaciones de servicio sin punto fijo, del gas licuado de petróleo en estaciones de servicio con punto fijo, para la flota pesquera nacional y para el gas licuado de petróleo a nivel de consumidor final (folio 490 al 512). Fue notificada a la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas, por fax transmitido el 9 de agosto de 2007 (folio 514). Fue publicada en La Gaceta 151 del 8 de agosto de 2007 (folio 452 al 456).
- II. Que el 14 de agosto de 2007 el Lic. Bernal Chavarría Valverde, apoderado especial de la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante e incidente de suspensión del acto administrativo, contra la RRG-6867-2007 (folio 527 al 568). Argumenta en resumen lo siguiente:

(1) Que cuestiona el haber utilizado el índice de inflación de los Estados Unidos, como uno de los elementos del costo. (2) Que cuestiona el porcentaje de devaluación empleado en el modelo. (3) Que cuestiona el dato sobre inflación interna utilizado en el modelo. (4) Que cuestiona el análisis de inversiones contenido en el informe técnico, en relación con lo que se había establecido en la RRG-2774-2002 de las 8:00 horas del 26 de setiembre de 2002, sobre la derogación tácita del artículo 45 de la Ley de INCOPECA. Agrega que dicho artículo 45 no es excluyente de la Ley 7593 (5) Que aparte de lo que indica la legislación referente al combustible de los pescadores no deportivos, la cual definitivamente excluye ese rubro, aunque la Autoridad Reguladora lo volvió a incluir, a todas luces es ilegal y va en contra del derecho. (6) Que cuestiona el rubro para el cálculo del Programa de Evaluación de Calidad de los Combustibles, en lo que respecta al tipo de cambio promedio anual para el 2007. (7) Que a falta de información en estos momentos de los estados financieros de RECOPE de los años 2005 y 2006 (no estaban disponibles en la página web), la DEN en los gastos operativos, aplica partiendo de los estados financieros del 2005, una inflación de 11,47% para el año 2006 y de 8,59% para el 2007. (8) Que en cuanto a los precios FOB, dólares por barril, no se indica el origen o la forma de determinarlo. (9) Que se refiere a los costos de la mercadería vendida, pero no argumenta que es lo que cuestiona sobre ellos. (10) Que señala que al cuadro 2.5.3 deberían hacerse los ajustes del caso, para un aumento de \$678.48 millones. (11) Que es lamentable que no se aclare el cuadro 2.6 del Cuadro 2.6.1, sobre el costo plantel resultante de \$321,200 y el costo plantel con incremento \$197,222, que tienen una diferencia de \$-16,87. ¿Cómo se llegó a estas cifras? Considera que falta claridad. (12) Que cuestionan algunas conclusiones del informe técnico sobre inversiones, ventas totales de RECOPE para el año 2007, ingresos para el 2007, el emplear el 2005 como base del análisis financiero. (13) Que cuestiona en el modelo los incisos a) y b), sobre los precios PRi, PEi y k, mientras sean calculados para la flota pesquera nacional conforme a la ley, es decir, sin considerar impuestos y otros cargos. El concepto de "tradicionalmente" ha de ser entendido en el inciso d) de la parte dispositiva como el resultante de la fórmula que ordena la RRG-2774-2002 del 26 de setiembre de 2002. (14) Que la resolución impugnada, está viciada, entre otras razones, por no ajustarse a la regla del servicio al costo. (15) Que otra inconsistencia procesal, con efectos directos sobre el fondo de la fijación, es entre el acto final y los estudios que lo sustentan. (16) Pretensión: Revocar acto recurrido. Ordenar nulidad e inmediata ineficacia jurídica. Sobre la base de lo señalado en el artículo 148 de la LGAP, solicita la suspensión del acto administrativo, por los perjuicios que puede causar a la flota pesquera nacional.

- III. Que la Dirección de Servicios de Energía por oficio 786-DEN-2007/6386 del 29 de agosto de 2007, se pronuncia sobre los aspectos técnicos de la impugnación y recomienda su rechazo (folio 570 al 583).

- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 456-DAJ-2008/3232 del 30 de abril de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 603 al 609).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8306-2008 de las 8:05 horas del 5 de mayo de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria y la nulidad concomitante presentados por la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007. II) Declarar sin lugar el incidente de suspensión del acto administrativo presentado por la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas de la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007. III) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba 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 627 al 636). Fue notificada a la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas por fax transmitido el 7 de mayo de 2008 (folio 637).
- VI. Que el 13 de mayo de 2008 la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas, respondió el emplazamiento, reiterando lo argumentado en la impugnación. Solicita audiencia con la Junta Directiva (folios 653 y 654).
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 182-AJD-2008/4391 del 11 de junio de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el apoderado especial de la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas, contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007. (folios 676 al 683).
- VIII. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 187-AJD-2008/14845, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto, conjuntamente, por la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007.
- IX. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los Oficios 182-AJD-2008/4391 y 187-AJD-2008/14845, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 182-AJD-2008:

De previo, es conveniente señalar que el Regulador General se pronunció sobre la nulidad absoluta y sobre el incidente de suspensión del acto administrativo, por tal motivo no es necesario que la Junta Directiva resuelva al respecto.

Lo argumentado es de naturaleza técnica, no jurídica, por ello la Asesoría de la Junta Directiva no se pronunciara sobre tales argumentos.

Sin embargo, los aspectos jurídicos de lo argumentado se analizan en los términos siguientes:

En relación al cuestionamiento del criterio regulatorio establecido en la RRG-2774-2002 del 26 de setiembre de 2002, relativo a la vigencia del artículo 45 de la Ley de creación de Incopesca, N° 7384 y del artículo 123 de la Ley de pesca y acuicultura, N° 8436, es menester aclarar lo siguiente:

La Junta Directiva de la Autoridad Reguladora en la RJD-016-2002 de las 11:45 horas del 26 de febrero de 2002 (ET-177-2001) había establecido el criterio regulatorio de que con la promulgación de la Ley 7593 se había remediado la omisión sobre inversiones que contenía el artículo 45 de la Ley 7384, debido a que la aplicación del principio de servicio al costo en las fijaciones de tarifas, obligaba a considerar en éstas las inversiones que el operador del servicio hubiera demostrado como parte de sus costos. Por ello, la Ley 7384 debía entenderse complementada con las disposiciones de la Ley 7593 y, por consiguiente, las inversiones en activos fijos asociados a los combustibles para venta al sector pesquero, debían que ser uno de los parámetros en la fórmula de cálculo establecida por la Autoridad Reguladora en la RRG-2247-2001.

Además, resulta importante anotar que el Regulador General mediante la RRG-2708-2002 de las 9:00 horas del 12 de agosto de 2002, publicada en La Gaceta 159 del 21 de agosto de 2002, había incorporado el componente de inversiones en la nueva fórmula de ajuste extraordinario de precios de los combustibles para la flota pesquera nacional.

Sin embargo, revocó dicho acto al dictar la RRG-2774-2002 de las 8:00 horas del 26 de setiembre de 2002, porque en esta última estableció el nuevo método para fijar los precios a la flota pesquera nacional. Según ese método, tales precios se fijarían cuando se establecieran los precios plantel para Recope, en razón de que el precio para la flota pesquera -considerando inversiones- equivalía al precio plantel para Recope, sin impuesto único.

Desde entonces, de acuerdo con lo explicado por la Dirección de Servicios de Energía, se incorpora el rubro de inversiones dentro del cálculo del precio plantel, de acuerdo con lo que señala el artículo 45 de la Ley 7384 y lo que establece la RRG-2774-2002. Además, para cumplir con lo que dispone el artículo 45, Recope vende a los pescadores el combustible con el precio fijado a nivel de plantel, sin impuesto único.

Por las razones jurídicas expuestas, se concluye que lo alegado carece de base legal y que lo procedente es rechazar por el fondo el recurso subsidiario de apelación.

En cuanto a la solicitud de audiencia ante la Junta Directiva, realizada en la respuesta al emplazamiento, se indica que esa petición no es de recibo, en atención a lo acordado por el Cuerpo Colegiado en la Sesión Ordinaria 229-2001 celebrada el 10 de enero de 2001, en el sentido de No conferir audiencia a ninguna de las partes que la soliciten, cuando la Junta Directiva deba resolver los recursos administrativos que interesen o pueden interesar a los solicitantes.

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

Oficio 187-AJD-2008:

El principal cuestionamiento desde el punto de vista técnico que realiza el recurrente se refiere a que considera que los argumentos que presentó en la audiencia pública y que

constan a folio 111 y siguientes del expediente, no fueron analizados en forma pormenorizada, por lo que los reitera, lo que no es procedente en esta etapa del proceso ya que simplemente los repite, no señala cual es su inconformidad con respecto a la respuesta que se le brinda en la resolución recurrida y que constan en el resultando IV y en el considerando II de la resolución recurrida.

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008 cuya acta fue ratificada el 8 de setiembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 182-AJD-2008/4391 y 187-AJD-2008/14845, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el apoderado especial de la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas, contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el apoderado especial de la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas, contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el apoderado especial de la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas, contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.
8. **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO Y NULIDAD CONCOMITANTE, INTERPUESTO POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE PESCA Y ACUICULTURA-INCOPECA CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-6867-2007, DE LAS 9:40 HORAS DEL 27 DE JULIO DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL.ET-095-2007**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio nulidad concomitante e incidente de suspensión del acto administrativo interpuestos por la Cámara Nacional de Pescadores de Puntarenas contra la RRG-6867-2007, de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta el oficio 180-AJD-2008/4389 suscrito por la Asesoría de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey y a la señora Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 180-AJD-2008/4389.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 011-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 180-AJD-2008/4389, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Energía, resolvió fijar los precios que se detallan en ese acto, para los combustibles a nivel de plantel, a nivel de estaciones de servicio con punto fijo, a nivel de estaciones de servicio sin punto fijo, del gas licuado de petróleo en estaciones de servicio con punto fijo, para la flota pesquera nacional y para el gas licuado de petróleo a nivel de consumidor final (folio 490 al 512). Fue notificada a Incopesca el 9 de agosto de 2007 (folio 512). Fue publicada en La Gaceta 151 del 8 de agosto de 2007 (folio 452 al 456).
- II. Que el 13 de agosto de 2007 el señor Carlos Villalobos Solé, actuando en calidad de Presidente de la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante contra la RRG-6867-2007 (folio 517 al 524). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que como institución obligada por ley a administrar y controlar el uso eficiente del combustible destinado a la actividad pesquera y siendo que el acto recurrido fija tarifas para dicha actividad, su representada posee interés legítimo. (2) Que se hizo una aplicación errónea de lo que dispone el artículo 45 de la Ley de creación del Incopesca y el artículo 123 de la Ley de pesca y acuicultura. A la luz de lo anterior analiza la RRG-2774-2002. (3) Pretensión: Revocar el acto impugnado.
- III. Que la Dirección de Servicios de Energía no se pronunció sobre esta impugnación.
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 457-DAJ-2008/3233 del 30 de abril de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y la nulidad concomitante y recomendó que fueran rechazadas de plano por falta de legitimación (folio 610 al 613).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8307-2008 de las 8:10 horas del 5 de mayo de 2008, resolvió: I) Rechazar de plano por falta de legitimación activa, el recurso de revocatoria y la nulidad concomitante presentados por Incopesca contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba 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 638 al 640). Fue notificada a Incopesca por fax transmitido el 7 de mayo de 2008 (folio 641).
- VI. Que no consta en autos que Incopesca haya dado respuesta al emplazamiento, dentro o fuera del plazo otorgado.
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 180-AJD-2008/4389 del 11 de junio de 2008, en el que se recomienda rechazar de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto

Costarricense de Pesca y Acuicultura contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007 (folios 671 al 675).

- VIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del Oficio 180-AJD-2008/4389, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor Carlos Villalobos Solé, actuando en calidad de Presidente de la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura. Sin embargo, dicho instituto no se apersonó al procedimiento ni como opositor de la petición de tarifas ni como tercero con interés legítimo o coadyuvante. Además, en el expediente no consta certificación notarial o pública de su personería, por lo cual el señor Villalobos Solé no está facultado para actuar a nombre de Incopesca.

Consecuentemente, Incopesca carece legitimación activa a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la LGAP, en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-6867-2007 fue publicada en La Gaceta 151 del 8 de agosto de 2007 (folio 452 al 456), que no fue notificada a Incopesca por no ser parte y que el recurso fue presentado el 13 de agosto de 2007 (folio 517 al 524).

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 LGAP se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal establecido, si se partiera de la base de que la publicación del acto tarifario es el punto de partida del conteo del plazo para impugnar. Sin embargo, la presentación oportuna o no de la impugnación carece de importancia porque la recurrente no es parte en este procedimiento.

Resulta innecesario analizar por el fondo lo argumentado, en razón de la falta de legitimación activa de Incopesca.

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008 cuya acta fue ratificada el 8 de setiembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficio 180-AJD-2008/4389, de cita, acordó por unanimidad: rechazar de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007 dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura contra la RRG-6867-2007 de las 9:40 horas del 27 de julio de 2007, dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.

9. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, NULIDAD COMITANTE Y SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO INTERPUESTOS CONJUNTAMENTE, POR LA ASOCIACIÓN CÁMARA PUNTARENENSE DE PESCADORES, LA ASOCIACIÓN CÁMARA NACIONAL DE LA INDUSTRIA PALANGRERA Y LA ASOCIACIÓN CÁMARA NACIONAL DE PESCADORES ARTESANALES DE PUNTARENAS CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-7300-2007, DE LAS 8:00 HORAS DEL 3 DE OCTUBRE DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL.- ET-161-2007

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio nulidad concomitante e incidente de suspensión del acto administrativo interpuestos por la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y la Asociación Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas contra la RRG-7300-2007, de las 8:00 horas del 3 de octubre de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 170-AJD-2008 y 178-AJD-2008 suscritos por la Asesoría de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey y a la señora Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva mediante oficio 170-AJD-2008 y 178-AJD-2008.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 012-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 170-AJD-2008 y 178-AJD-2008, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-7300-2007 de las 8:00 horas del 3 de octubre de 2007, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Energía, resolvió I) Fijar el precio de los combustibles en los planteles de abasto que se detalla en ese acto. II) Fijar el precio de los combustibles a nivel de consumidor final en estaciones de servicio con punto fijo que se detallan en ese acto. III) Fijar el precio del gas licuado de petróleo para carburación de vehículos, a nivel de consumidor final, en estaciones de servicio con punto fijo, que se detalla en ese acto. IV) Fijar el precio de la gasolina regular y del diesel para venta a la flota pesquera nacional que se detalla en ese acto. V) Fijar los precios de los combustibles a nivel de consumidor final para los distribuidores sin punto fijo que se detallan en ese acto. VI) Fijar los precios del gas licuado de petróleo en la

cadena de comercialización hasta el consumidor final que se detallan en ese acto (folio 202 al 218). Fue notificada a la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, a la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y a la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas, por fax transmitido el 12 de octubre de 2007 (folio 219). Fue publicada en La Gaceta 197 del 12 de octubre de 2007 (folio 196 al 201).

- II. Que el Regulador General en la RRG-7331-2007 de las 9:30 horas del 12 de octubre de 2007 corrige un error material en los cuadros correspondientes a los precios del gas licuado de petróleo en estaciones de servicio y por tipo de envase (folio 244 al 246). Fue publicada en La Gaceta 204 del 24 de octubre de 2007 (folio 256).
- III. Que el 18 de octubre de 2007 los señores Jorge Niño Villegas, Presidente de la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, Rodolfo Salazar Vargas, Presidente de la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y Jorge Barrantes Gamboa, Presidente de la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas, según consta en autos, interpusieron, conjuntamente, recurso de revocatoria con apelación en subsidio, nulidad concomitante y solicitud de suspensión del acto administrativo, contra la RRG-7300-2007 (folio 226 al 243). Alegan en resumen lo siguiente:

(1) Que el acto recurrido reconoce la vigencia del artículo 45 de la Ley 7384 y, por ende, según su apreciación, del artículo 123 de la Ley 8436, lo cual califican de altamente relevante pues –según su parecer– implica la desaparición de la controversia sobre la derogatoria tácita del primer artículo citado. (2) Que reiteran todos los alegatos de la oposición planteada. (3) Que afirman que no se realizó el análisis de admisibilidad a la luz de lo preceptuado en la RRG-6570-2007, lo cual consideran es un vicio esencial que causa indefensión. Alegan que Recope incumplió con varias obligaciones tributarias y de salud ocupacional. (4) Que el acto recurrido quebranta el Decreto 32527-MAG-MINAE que es el Reglamento a los artículos 45 de la Ley 7384 y 123 de la Ley 8436. Y agregan que el oficio 875-DJE-2003 es ilegal por no haber tomado en cuenta la jurisprudencia de la Procuraduría General de la República y el Voto 10484-2004. (5) Que hay una indebida concepción de que el desarrollo del Decreto 32527-MAG-MINAE crea un subsidio adicional. Cuestiona la exclusión de los gastos de administración, la depreciación de activos como el muelle, cargos portuarios e inversión. (6) Que hay una inobservancia directa del artículo 123 de la Ley 8436, pues el modelo empleado atenta contra el sentido, la letra, el espíritu y la lógica de esa norma, porque no garantiza un precio competitivo a nivel internacional. Alega que no se hizo un estudio técnico sobre la competitividad de los precios internacionales, lo que provoca que el acto recurrido carezca de motivo válido. (7) En sustento de su tesis citan los dictámenes OJ-091-2000, C-132-2002, C-111-2003, C-370-2003 de la Procuraduría General de la República y el artículo 31 de la Ley 7593 sobre aplicar lo más favorable al usuario. (8) Que el acto recurrido no se pronunció sobre su oposición, por lo que la reiteran, lo dicho sobre una diferencia porcentual sin explicación entre el precio del combustible para el sector pesquero y el precio al consumidor final en estaciones de servicio. (9) Que plantea una solicitud urgente de suspensión del acto administrativo. (10) Pretensión: Revocar el acto. Ordenar su nulidad e inmediata ineficacia jurídica. Dejar establecida la apelación en subsidio.

- IV. Que la Dirección de Servicios de Energía por oficios 944-DEN-2007/8119 del 25 de octubre de 2007 y 1121-DEN-2007/8894 del 9 de noviembre de 2007, analizó los

aspectos técnicos de la impugnación, recomendando que fuera rechazada (folios 251 y 252 y folio 257 al 259).

- V.** Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 464-DAJ-2008/3240 del 30 de abril de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria, de la nulidad concomitante y de la solicitud de suspensión del acto administrativo, recomendando que los dos primeros fueran rechazados por el fondo y que la segunda fuera declarada sin lugar (folio 260 al 267).

- VI.** Que el Regulador General en la RRG-8314-2008 de las 8:45 horas del 5 de mayo de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria y la nulidad concomitante presentados por la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas contra la RRG-7300-2007 de las 8:00 horas del 3 de octubre de 2007. II) Declarar sin lugar la solicitud de suspensión del acto administrativo RRG-7300-2007, presentada por la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas. III) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a las partes que contaban 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 268 al 276). Fue notificada a la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, a la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y a la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas el 7 de mayo de 2008 (folio 278).

- VII.** Que el 13 de mayo de 2008, por fax, la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas, respondieron el emplazamiento reiterando lo alegado en la impugnación. El documento original fue presentado al día siguiente (folios 279 y 280 y folios 281 y 282).

- VIII.** Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 170-AJD-2008/4125 del 2 de junio de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto, conjuntamente, por la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas contra la RRG-7300-2007 de las 8:00 horas del 3 de octubre de 2007 (folios 286 al 295).

- IX.** Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 138-AJD-2008/14598, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto conjuntamente por la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas contra la RRG-7300-2007 de las 8:00 horas del 3 de octubre de 2007, publicada en La Gaceta 197 del 12 de octubre de 2007, dictada por el Regulador General.

- X.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los Oficios 170-AJD-2008/4125- y 178-AJD-2008/14598, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 170-AJD-2008:

En torno a la argumentación jurídica, es necesario iniciar señalando que el ente regulador en la RRG-2774-2002 del 26 de setiembre de 2002, estableció su criterio sobre la vigencia del artículo 45 de la Ley de creación de Incopesca, N° 7384 y sobre el artículo 123 de la Ley de pesca y acuicultura, N° 8436.

Por lo anterior, es preciso considerar que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora en la RJD-016-2002 de las 11:45 horas del 26 de febrero de 2002 (ET-177-2001) había establecido el criterio regulatorio de que con la promulgación de la Ley 7593 se había remediado la omisión sobre inversiones que contenía el artículo 45 de la Ley 7384, debido a que la aplicación del principio de servicio al costo en las fijaciones de tarifas, obligaba a considerar en éstas las inversiones que el operador del servicio hubiera demostrado como parte de sus costos. Por ello, la Ley 7384 debía entenderse complementada con las disposiciones de la Ley 7593 y, por consiguiente, las inversiones en activos fijos asociados a los combustibles para venta al sector pesquero, debían que ser uno de los parámetros en la fórmula de cálculo establecida por la Autoridad Reguladora en la RRG-2247-2001.

Además, resulta importante anotar que el Regulador General mediante la RRG-2708-2002 de las 9:00 horas del 12 de agosto de 2002, publicada en La Gaceta 159 del 21 de agosto de 2002, había incorporado el componente de inversiones en la nueva fórmula de ajuste extraordinario de precios de los combustibles para la flota pesquera nacional.

Sin embargo, revocó dicho acto al dictar la RRG-2774-2002 de las 8:00 horas del 26 de setiembre de 2002, porque en esta última estableció el nuevo método para fijar los precios a la flota pesquera nacional. Según ese método, tales precios se fijarían cuando se establecieran los precios plantel para Recope, en razón de que el precio para la flota pesquera -considerando inversiones- equivalía al precio plantel para Recope, sin impuesto único.

Hasta la fecha, de acuerdo con lo explicado por la Dirección de Servicios de Energía, se incorpora el rubro de inversiones dentro del cálculo del precio plantel, de acuerdo con lo que señala el artículo 45 de la Ley 7384 y lo que establece la RRG-2774-2002. Además, para cumplir con lo que dispone el artículo 45, Recope vende a los pescadores el combustible con el precio fijado a nivel de plantel, sin impuesto único.

Alegan las recurrentes que el beneficio del artículo 45 de la Ley 7384 y del artículo 123 de la Ley 8436, fue reconocido por la Sala Constitucional mediante el Voto 10484-2004 (consulta legislativa de constitucionalidad del proyecto de ley de pesca y acuicultura). Al respecto debe señalarse que esa afirmación no es cierta, como se verá del texto que se transcribe, porque el Tribunal Constitucional con respecto al precio preferencial del combustible, únicamente estableció:

VI.- Venta de combustible a precio preferencial. (Artículo 123.2) En opinión de las y los promotores de esta consulta, el párrafo 2° del artículo 123 del proyecto es contrario a los artículos 33 y 188 de la Constitución

Política, por entender que dicha medida discrimina a los otros sectores productivos y además se obliga a RECOPE a vender el combustible a un precio menor, en detrimento de su autonomía. No llevan razón por varias razones. Para comenzar, el deber de la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. de vender gasolina y diesel a la flota pesquera nacional a precios mejores que los del mercado interno está prevista en el artículo 45 de la Ley de creación del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPECA), es decir que no sería impuesta por este artículo en caso de que el proyecto en consulta se convirtiera en Ley de la República. De todos modos, la disposición no resulta discriminatoria, pues lo que se pretende es otorgar un incentivo a una actividad productiva generadora de divisas y de alto impacto en el mercado laboral de las zonas costeras del país, que precisamente depende en mucho de los combustibles para poder ser llevada a cabo. (Subrayado no es del original).

En atención de las potestades de estímulo de la producción y mejor reparto de la riqueza que le confiere el artículo 50 de la Constitución Política, el Estado puede conferir incentivos a ciertas actividades especialmente sensibles, sin que ello implique una discriminación que en modo alguno perjudique a las otras actividades humanas que no son favorecidas por el beneficio. ...

De lo transcrito se observa, con meridiana claridad, que el artículo 123 de la Ley 8436 no es la norma jurídica que establece el precio preferencial del combustible para el sector pesquero, sino, como bien lo indica la Sala Constitucional, es el artículo 45 de la Ley 7384.

En cuanto al alegato de que la admisibilidad de la petición tarifaria tiene vicios de nulidad, es necesario aclarar que a folio 40 de los autos consta declaración jurada rendida por el Presidente Ejecutivo de la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A., sobre el cumplimiento de las leyes laborales, aportando, además las certificaciones respectivas del INS y de la CCSS. También constan en el expediente las certificaciones municipales sobre el pago de patentes e impuesto de bienes inmuebles (folio 41 a 66). Por tales razones lo alegado carece de sustento jurídico.

Con respecto al argumento de que se ha quebrantado lo establecido en el Decreto 32527-MAG-MINAE, publicado en La Gaceta 151 del 8 de agosto de 2005, se indica que el ente regulador reiteradamente ha establecido el criterio de que excluir los gastos de administración, la depreciación de activos como los del muelle, los cargos portuarios y la inversión, crea un subsidio adicional que no contemplaba el artículo 45 de la Ley 7384. El artículo 2° de ese decreto establece tal disposición.

De acuerdo con el Principio de la Jerarquía de las Normas, establecido en el artículo 6° de la LGAP, cuando hay contradicción entre dos normas de distinto rango, lo jurídicamente correcto es aplicar la norma de rango superior.

El Decreto 32527-MAG-MINAE resulta ser una norma de rango inferior que contradice la ley, ya que se opone al principio de servicio al costo de Ley 7593 y al artículo 6° de la Ley 6588. La Autoridad Reguladora lo que ha venido haciendo es aplicar correctamente el Principio de la Jerarquía de las Normas.

Además, es conveniente comentar la reciente modificación del Decreto 32527-MAG-MINAE, en sus artículos 3° y 4°. Tal modificación ocurrió con la promulgación del

Decreto 34421-MAG-H-MINAE, publicado en La Gaceta 73 del 16 de abril de 2008, el cual, en su parte considerativa estableció que debía garantizarse el principio de servicio al costo de la Ley 7593 porque el subsidio otorgado al sector pesquero no debía ser cubierto por los demás consumidores de combustibles.

En razón de lo anterior, se modificaron los indicados artículos para que el Estado reconociera al sector pesquero, a partir del 29 de enero de 2008, la diferencia resultante en la determinación del precio competitivo con el precio internacional, entre el monto correspondiente por aplicación de la excepción del impuesto único y los rubros no incorporados.

Esa modificación demuestra que era correcta la tesis sostenida por la Autoridad Reguladora sobre la creación de un subsidio adicional con la reglamentación del artículo 45 de la Ley 7384, en los términos señalados por el decreto en cuestión.

Por las razones jurídicas expuestas, se concluye que lo alegado carece de base legal y que lo procedente es rechazar por el fondo el recurso subsidiario de apelación.

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

Oficio 178-AJD-2008:

El principal cuestionamiento desde el punto de vista técnico que realiza el recurrente se refiere a la interpretación que se hace por parte de la Autoridad Reguladora referente al artículo 45 de la Ley de Inopesca, Ley 7384 y del artículo 123 de la 8436, Ley de Pesca y Acuicultura, sin embargo este es un argumento que ha reiterado la recurrente desde el año 2002 ya que por medio de la RRG-2774-2002 del 26 de setiembre de 2002, se estableció un criterio sobre la vigencia del artículo 45 de la Ley de creación de Inopesca, N° 7384 y sobre el artículo 123 de la Ley de pesca y acuicultura, N° 8436 en relación con la Ley 7593.

Este criterio consiste en la aplicación del principio de servicio al costo en las fijaciones de tarifas del precio de los combustibles que se le venden a la flota pesquera nacional, lo que obligó a considerar en éstas las inversiones que el operador del servicio hubiera demostrado como parte de sus costos, por consiguiente, las inversiones en activos fijos asociados a los combustibles para venta al sector pesquero, debían que ser uno de los parámetros en la fórmula de cálculo establecida por la Autoridad Reguladora, lo que equivale al precio plantel de los combustibles, sin impuesto único. Lo anterior quedó plasmado en la RRG-2774-2002 del ET-58-2002, en consonancia con el acuerdo RJD-016-2002 de las 11:45 horas del 26 de febrero de 2002 (ET-177-2001) de la Junta Directiva que estableció como criterio regulatorio de que con la promulgación de la Ley 7593 se había remediado la omisión sobre inversiones que contenía el artículo 45 de la Ley 7384.

Este criterio ha sido reiterado por la Junta Directiva en las sesiones 044-2002 y en la 014-2003.

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008 cuya acta fue ratificada el 8 del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 170-AJD-2008/4125- y 178-AJD-2008/14598, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto conjuntamente por la Asociación Cámara

Puntarenense de Pescadores, la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas contra la RRG-7300-2007 de las 8:00 horas del 3 de octubre de 2007, publicada en La Gaceta 197 del 12 de octubre de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa.

- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto conjuntamente por la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas contra la RRG-7300-2007 de las 8:00 horas del 3 de octubre de 2007, publicada en La Gaceta 197 del 12 de octubre de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto conjuntamente por la Asociación Cámara Puntarenense de Pescadores, la Asociación Cámara Nacional de la Industria Palangrera y la Asociación Cámara Nacional de Pescadores Artesanales de Puntarenas contra la RRG-7300-2007 de las 8:00 horas del 3 de octubre de 2007, publicada en La Gaceta 197 del 12 de octubre de 2007, dictada por el Regulador.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.
10. **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR JORGE DÍAZ DÍAZ CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-7293-2007, DE LAS 8:40 HORAS DEL 28 DE SETIEMBRE DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL. ET-139-2007**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Jorge Díaz Díaz contra la RRG-7293-2007, de las 8:40 horas del 28 de setiembre de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta el oficio 172-AJD-2008/4127 suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 172-AJD-2008/4127.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 013-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 172-AJD-2008/4127, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-7293-2007 de las 8:40 horas del 28 de setiembre de 2007, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió fijar las tarifas que se detallan en ese acto para la ruta 438, operada por el señor German Ruiz Rodríguez (folio 224 al 230). No fue notificada al señor Jorge Díaz Díaz. Fue publicada en La Gaceta 198 del 16 de octubre de 2007 (folio 221 al 223).
- II. Que el 18 de octubre de 2007 el señor Jorge Díaz Díaz y otros, interpusieron recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de suspensión del acto administrativo contra la RRG-7293-2007 (folio 233 al 234). Alega en resumen lo siguiente:
 - (1) Que el acto recurrido, con base en lo dicho por el operador, realizó un alocado aumento de las tarifas, porque no menciona el incremento de diez colones que hizo el operador. Tales incrementos lo que producen es más dinero para el empresario, ya que nadie quiere ni tiene un negocio con una rentabilidad regular o buena. (2) Que no hace más de 45 días se había otorgado un incremento en las tarifas para la ruta 438 y otras más. (3) Que los apelantes son trabajadores, amas de casa, estudiantes y pensionados, quienes con base en el principio de solidaridad cristiana, detallan los factores, que a su juicio, se escaparon a los técnicos de la Autoridad Reguladora. (4) Pretensión: Aplicar un incremento real y justo con base en los cánones de salarios mínimos.
- III. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficios 958-DITRA-2007/9194 del 16 de noviembre de 2007 y 959-DITRA-2007/9195 del 16 de noviembre de 2007, analizó el incidente de suspensión del acto administrativo y la impugnación y recomendó que fueran rechazados (folio 237 al 238 y 239 al 241).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 466-DAJ-2008/3242 del 30 de abril de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado de plano por falta de legitimación (folio 242 al 244).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8316-2008 de las 8:55 horas del 5 de mayo de 2008, resolvió: I) Rechazar el recurso de revocatoria presentado por el señor Jorge Díaz Díaz y otros contra la RRG-7293-2007 de las 8:40 horas del 28 de setiembre de 2007. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba 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 259 al 265). Fue notificada al a señor Jorge Díaz Díaz y otros por fax transmitido el 7 de mayo de 2008 (folio 249).
- VI. Que no consta en autos que el recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera del plazo otorgado.
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 172-AJD-2008/4127 del 2 de junio de 2008, en el que se recomienda rechazar de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio y el incidente de suspensión del acto administrativo interpuesto por el señor Jorge Díaz Díaz y otros, contra la RRG-7293-2007 de las 8:40 horas del 28 de setiembre de 2007. (folios 253 al 257).
- VIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del Oficio 172-AJD-2008/4127 arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor Jorge Díaz Díaz y otros, en calidad de ciudadanos. Sin embargo, en el expediente no hay constancia de que se hayan apersonado al procedimiento en calidad de opositores de la petición de tarifas ni como coadyuvantes ni terceros con interés legítimo, por lo cual carecen de legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la LGAP, en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593. Debido a lo anterior lo procedente es rechazar de plano el recurso.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-7293-2007 fue publicada en La Gaceta 198 del 16 de octubre de 2007 (folio 221 al 223), que no fue notificada al señor Jorge Díaz Díaz y que el recurso fue presentado el 18 de octubre de 2007 (folio 233 al 234).

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 LGAP, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal establecido, si se partiera de la base de que la publicación del acto tarifario es el punto de partida del conteo del plazo para impugnar. Sin embargo, la presentación oportuna o no de la impugnación carece de importancia porque los recurrentes no son parte en este procedimiento.

Por la falta de legitimación activa de los recurrentes, resulta innecesario analizar por el fondo lo argumentado.

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008, cuya acta fue ratificada el 8 de setiembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficio 172-AJD-2008/4127, de cita, acordó por unanimidad rechazar de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio y el incidente de suspensión del acto administrativo interpuesto por el señor Jorge Díaz Díaz y otros, contra la RRG-7293-2007 de las 8:40 horas del 28 de setiembre de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio y el incidente de suspensión del acto administrativo interpuesto por el señor Jorge Díaz Díaz y otros, contra la RRG-7293-2007 de las 8:40 horas del 28 de setiembre de 2007, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio y el incidente de suspensión del acto administrativo interpuesto por el señor Jorge Díaz Díaz y otros, contra la RRG-7293-2007 de las 8:40 horas del 28 de setiembre de 2007, dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.

11. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR LA ESTACION DE SERVICIO SAN JUAN, S. A. CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-7175-2007, DE LAS 11:00 HORAS DEL 6 DE SETIEMBRE DE 2007, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL. ET-096-2007

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Estación de Servicio San Juan, S. A contra la resolución RRG-7175-2007, de las 11:00 horas del 6 de setiembre de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta el oficio 171-AJD-2008/4126 y 198-AJD-2008/15363 suscritos por la Asesoría de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra a los señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando las recomendaciones de la Asesoría de la Junta Directiva, vertida mediante oficio 171-AJD-2008/4126 y 198-AJD-2008/15363.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 014-051-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 171-AJD-2008/4126 y 198-AJD-2008/15363, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-7175-2007 de las 11:00 horas del 6 de setiembre de 2007, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Energía, resolvió I) Fijar en ¢31,859/litro el margen de comercialización para las estaciones de servicio terrestres y marinas con punto fijo. II) Fijar los precios al consumidor final que se detallan en ese acto, derivados del nuevo margen de comercialización. III) Fijar en ¢31,524/litro el margen de comercialización para las estaciones de servicio con punto fijo, que expenden gas licuado de petróleo para carburación. IV) Fijar el precio por litro para el gas licuado de petróleo para carburación, derivado del nuevo margen de comercialización (folio 487 al 500). Fue notificada a la Estación de Servicio San Juan S. A., por fax transmitido el 20 de setiembre de 2007 (folio 501). Fue publicada en La Gaceta 181 del 20 de setiembre de 2007 (folio 483 al 486).
- II. Que el 25 de setiembre de 2007 el Ing. Agr. Alberto Mesén Madrigal, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Estación de Servicio San Juan S. A., según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-7175-2007 (folio 505 al 522). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que la recurrente establece el marco conceptual y legal dentro del cual, considera, deben moverse las fijaciones tarifarias. (2) Que esboza un concepto teórico de lo que es la discrecionalidad y sus límites en la fijación tarifaria. (3) Que en el acto recurrido se aplicó un concepto distinto en el análisis de ventas, al establecido por la Junta Directiva en la RJD-112-97 del 11 de noviembre de 1997 y que no se aplicó la RRG-6100-2006 del 23 de octubre de 2006. Considera que no se aplicó la metodología aprobada por la

Junta Directiva. (4) Que en materia de rentabilidad se aplica un modelo foráneo que no se adapta a las condiciones del mercado nacional, aún cuando tenga un sustento teórico razonable, además de no haber sido aprobada en ninguna audiencia pública, lo que contraría la Ley 7593. (5) Que en torno a la valoración de las estaciones de servicio, la Autoridad Reguladora ha establecido el criterio de que la modificación de algún valor requiere de un estudio técnico que lo justifique. Agrega que presentaron el estudio para mejorar la gasolinera a petición del MINAE, pero que no se aceptó el 5% por pérdidas en la comercialización que sí acepta el Ministerio de Hacienda. Solicita incorporar el monto invertido en mejoras porque el MINAE modificó el Decreto 30131 solicitando nuevos requisitos. Afirma que los gastos no deben demostrarse contablemente. (6) Que se dio una errónea valoración en los gastos de operación del rubro de salarios, pues éstos deben calcularse considerando el salario diario multiplicado por 7 para obtener el salario semanal y éste por 52 para obtener el anual, y a su vez, éste se divide entre 12 para obtener el salario mensual. A los pisteros y cajeros se le paga por semana, (7) Que se dio una errónea valoración en los gastos de operación del rubro otros gastos, porque no se reconocen los gastos por salud ocupacional ni las mejoras para evitar riesgos ambientales. (8) Que cuestiona el criterio empleado para determinar los surtidores fuera de uso, considerándolo ilógico. (9) Pretensión: Revocar el acto recurrido. Conceder el margen de comercialización solicitado.

- III. Que la Dirección de Servicios de Energía por oficio 921-DEN-2007/8045 del de 23 de octubre 2007, analizó los aspectos técnicos de la impugnación y recomendó que fuera rechazada (folio 523 al 529).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 465-DAJ-2008/3241 del 30 de abril de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 531 al 535).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8315-2008 de las 8:50 horas del 5 de mayo de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por Estación de Servicio San Juan S. A., contra la RRG-7175-2007 de las 11:00 horas del 6 de setiembre de 2007. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba 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 259 al 265). Fue notificada a la Estación de Servicio San Juan S. A., el 8 de mayo de 2008 (folio 544).
- VI. Que el 13 de mayo de 2008 la Estación de Servicio San Juan S. A., respondió el emplazamiento, reiterando lo alegado en la impugnación y haciendo expresa referencia a los ítems de análisis de ventas, salarios, modernización de instalaciones (folio 545 al 547).
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 171-AJD-2007/ 4126 del 2 de junio de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Estación de Servicio San Juan S. A., contra la RRG-7175-2007 de las 11:00 horas del 6 de setiembre de 2007 (folios 551 al 557).
- VIII. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 198-AJD-2008/15363, en el que se recomienda aceptar parcialmente el recurso de

apelación en subsidio interpuesto, por la Estación de Servicio San Juan, S. A. contra la RRG-7175-2007 de las 11 horas del 6 de setiembre de 2007 y solicitar al Despacho del Regulador General realizar los cálculos según corresponda.

- IX. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los Oficios 171-AJD-2008/ 4126 y 198-AJD-2008/15363, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 171-AJD-2008:

Los argumentos tercero a octavo son de naturaleza técnica, no jurídica, por eso la asesoría legal no se pronuncia sobre ellos.

En cuanto a lo expuesto por la recurrente como fundamentos de la impugnación y, resumidos para efectos de análisis, como los dos primeros argumentos, debe indicarse que los mismos no son tales, sino tan solo opiniones sobre el marco legal en el que las fijaciones tarifarias deben cimentarse y sobre el concepto jurídico de la discrecionalidad administrativa.

En razón de que el primer tema jurídico se encuentra explicado en el artículo 31 de la Ley 7593 y el segundo, en la Ley General de la Administración Pública, en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional nacional, considera la Asesoría Legal de la Junta Directiva que es innecesario desarrollarlos para efectos de esta impugnación.

En la respuesta al emplazamiento, la recurrente afirma -en cuanto al tema del análisis de ventas- que claramente se ha configurado el vicio de exceso de poder, lo que supone la inadecuación de un elemento discrecional (el motivo) que afecta el fin objetivo del acto, que lo convierte en un acto no idóneo que frustra la obtención del fin impuesto por el ordenamiento jurídico.

Al respecto debe manifestarse que en autos consta el criterio de la Dirección de Servicios de Energía emitido mediante oficio 921-DEN-2007/8045 del de 23 de octubre 2007, que consta del folio 523 al 529 del expediente, en el cual explica las razones que tuvo el ente regulador para variar la forma de cálculo de las ventas anuales en litros que se incorporan al modelo tarifario, variación que no puede ser calificada de exceso de poder, sino de un acto discrecional que encuentra apoyo en los artículos 15 y 16 de la LGAP, en relación con el principio establecido en el artículo 31 de la Ley 7593, de hacer prevalecer lo que más favorezca al usuario.

Por las razones jurídicas expuestas, se concluye que lo alegado carece de base legal y que lo procedente es rechazar por el fondo el recurso subsidiario de apelación.

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

Oficio 198-AJD-2008:

Con respecto al primer motivo lleva razón el recurrente ya que en efecto existe un acuerdo de la Junta Directiva de la ARESEP, el RJD-112-97 del 11 de noviembre de 1997 que establece: "... **para las próximas revisiones del modelo de fijación de precios de las estaciones de combustibles debe tomarse en consideración la evolución de los datos reales promedio de la venta de los combustibles de los años recientes...**". Sin embargo, en la resolución recurrida, en el Considerando I-5 a folio 490 se indica que: "...**la Dirección de Energía utilizó las ventas reales de enero a julio de 2007, adicionándole las ventas estimadas para los meses de agosto a diciembre de 2007.**" De lo transcrito anteriormente se concluye claramente que en efecto, en el trámite de la petición tarifaria que concluyó con la resolución RRG-7175-2007 se modificó el acuerdo de la Junta Directiva sin cumplir con los trámites de rigor, por lo que se recomienda acoger este motivo del recurso.

Con respecto a los motivos 2, 3 y 5 del recurso se recomienda rechazarlos ya que este no es el momento procesal para discutir desacuerdos con la metodología que se aplica para definir el margen de comercialización. Estos aspectos deben discutirse en el análisis que se realice de la metodología siguiendo el procedimiento que establece el artículo 36 de la Ley 7593.

Con respecto a la inconformidad número 4 referida a la valoración del rubro de salarios en los gastos de operación también lleva razón el recurrente puesto que de acuerdo con el informe 805-DEN-2007 y que consta a folio 436 y siguientes, que sirvió de base a la resolución recurrida según se señala en el Considerando I (folio 490) se consideró que el pago de los salarios para los pisteros y la cajera de la estación de servicio son salarios mensuales cuando lo correcto es considerar los salarios semanales tal como lo establece los Decretos Ejecutivos 33437-MTSS publicado en la Gaceta 229 del 29 de noviembre de 2006 y el 33840-MTSS publicado en la Gaceta 132 del 10 de julio de 2007. En ambos decretos el salario para el subsector servicios, está definido por semana y no por mes.

Del análisis realizado se concluye que el recurrente señala motivos de diversa naturaleza, los referidos al cálculo de la rentabilidad, reconocimiento de los costos de salud ocupacional y el valor de la estación promedio se refieren a aspectos que deben considerarse en un análisis integral del modelo que se utiliza en la fijación del margen de utilidad para las estaciones de servicio; los que se refieren a la valoración de las ventas y los salarios son cálculos previamente establecidos y en esta fijación no se consideraron como corresponde. Por lo tanto el asesor económico de la Junta Directiva recomienda aceptar parcialmente el recurso de apelación en subsidio interpuesto, por la Estación de Servicio San Juan S. A., contra la RRG-7175-2007 de las 11:00 horas del 6 de setiembre de 2007 y solicitar al Despacho del Regulador General realizar los cálculos según corresponda.

- II. Que en su sesión 051-2008, del 20 de agosto de 2008 cuya acta fue ratificada el 8 de setiembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficio 178-AJD-2008/15363, de cita, acordó por unanimidad acoger parcialmente con lugar el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Estación de Servicio San Juan S. A., contra la RRG-7175-2007 de las 11:00 horas del 6 de setiembre de 2007, dictada por el Regulador General, en lo que respecta a la valoración de las ventas y al cálculo de los salarios por semana y devolver el expediente al Despacho del Regulador General para que se realicen los cálculos según corresponda.

- III. Que con fundamento en los resultados y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es acoger parcialmente con lugar el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Estación de Servicio San Juan S. A., contra la RRG-7175-2007 de las 11:00 horas del 6 de setiembre de 2007, dictada por el Regulador General, en lo que respecta a la valoración de las ventas y al cálculo de los salarios por semana y devolver el expediente al Despacho del Regulador General para que se realicen los cálculos según corresponda, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se acoge parcialmente con lugar el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Estación de Servicio San Juan S. A., contra la RRG-7175-2007 de las 11:00 horas del 6 de setiembre de 2007, dictada por el Regulador General, en lo que respecta a la valoración de las ventas y al cálculo de los salarios por semana.
- II. Se devuelve el expediente ET-096-2007 al Despacho del Regulador General para que se realicen los cálculos según corresponda.
- III. Se revoca, por conexidad, la RRG-8315-2008 de las 8:50 horas del 5 de mayo de 2008 mediante la cual se rechazó el recurso de revocatoria presentado por Estación de Servicio San Juan S. A., contra la RRG-7175-2007 de las 11:00 horas del 6 de setiembre de 2007.

Por lo avanzado de la hora se traslada para una próxima sesión los recursos numerados del 11 al 28, excluyendo el recurso número 19 de Sardimar, que fue conocido como inciso 2 del artículo 4.

CONCLUYE LA SESIÓN A LAS VEINTIUNA HORAS

FERNANDO HERRERO ACOSTA
PRESIDENTE DE JUNTA DIRECTIVA

PAMELA SITTENFELD HERNÁNDEZ
VICEPRESIDENTA JUNTA DIRECTIVA

JORGE CORNICK MONTERO
PRESIDENTE AD-HOC

XINIA HERRERA DURÁN
SECRETARIA , A. I. JUNTA DIRECTIVA

ANEXOS