

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

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA N° 013-2011

A LAS CATORCE HORAS DEL 23 DE FEBRERO DEL 2011

SAN JOSÉ, COSTA RICA

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA TRECE

Celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en la sala de sesiones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a las catorce horas del veintitrés de febrero del dos mil once. Preside el señor Dennis Meléndez Howell. Asisten los señores Directores, Edgar Gutiérrez López, Sylvia Saborío Alvarado, y Emilio Arias Rodríguez.

Inasistencia de la señora María Lourdes Echandi Gurdían, quien informó a la Junta Directiva y a su Secretario con suficiente antelación de su ausencia que, por estar viajando de regreso al país, le era imposible estar presente físicamente, incluso ella pidió para esa misma sesión que se trasladara el conocimiento de un tema, que le interesaba, porque ella tenía una posición definida, que era el tema de arrendamiento del edificio de Aresep y ahí consta dentro del acta que por eso se está trasladando para otra sesión.

Asimismo, estuvieron presentes los señores: Rodolfo González Blanco, Gerente General, Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y el señor Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario de Junta Directiva.

El señor Luis Fernando Sequeira Solís, se encuentra en disfrute de sus vacaciones.

ARTÍCULO 1 APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA

El señor Dennis Meléndez Howell, somete para su aprobación el orden del día de la sesión ordinaria 013-2011, a celebrar el día 23 de febrero de 2011.

Asimismo informa que se va a retirar el punto 3. B, propuesta de un modelo y estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con biomasa, para hacerle algunos ajustes. También a solicitud de doña María Lourdes Echandi Gurdían, propone se retire del orden del día el oficio 068-RG-2011 del 15 de febrero de 2011, remisión contrato de arrendamiento suscrito entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), se traslade para una próxima sesión.

Luego de deliberar, la Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 001-013-2011

- a. Aprobar el orden del día de la sesión ordinaria 013-2011, a celebrar el día 23 de febrero de 2011, con las modificaciones indicadas.
- b. Retirar del orden del día el punto 3. B, propuesta de un modelo y estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con biomasa, para hacerle algunos ajustes.

- c. Trasladar para una próxima sesión el oficio 068-RG-2011 del 15 de febrero de 2011, remisión contrato de arrendamiento suscrito entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC).

ARTÍCULO 2 LECTURA Y APROBACIÓN DE ACTAS

El señor Dennis Meléndez Howell, somete a conocimiento y aprobación de los señores miembros de Junta Directiva el acta de la sesión ordinaria 008-2011, celebrada el 2 de febrero de 2011.

El señor Meléndez Howell plantea la urgente necesidad de que esta acta sea aprobada, dado que en esta acta se conoció la modificación presupuestaria, la que contiene una serie de partidas urgentes.

Indica el señor Meléndez que aún quedan pendientes siete actas antes de la número ocho, pero dada la situación, nos presenta tres posibilidades: Una sería aprobar el acta separadamente sin haber conocido las actas anteriores; otra es que dado que el acuerdo que se tomó de aprobación de la modificación presupuestaria se tomó por unanimidad, que porqué no damos por firme ese acuerdo, eso simplificaría mucho procedimiento; y la tercera opción, solicitó a don Rodolfo González que tuviese lista una modificación presupuestaria, exclusivamente para los gastos que se necesitan, para que si fuera el caso se metiera en la agenda de hoy esta modificación presupuestaria, siempre y cuando se pudiera aprobar en firme.

En discusión el acta de la sesión ordinaria 008-2011

El señor Regulador General somete a discusión el acta de la sesión ordinaria 008-2011, celebrada el 2 de febrero de 2011.

Se delibera respecto de la aprobación de actas, en cuanto a su secuencia de celebración.

El señor Juan Manuel Quesada, indica que no debería ser esa la práctica, pero de procederse así habrá que dejar constancia de cuál fue la razón.

Don Edgar Gutiérrez, aporta su criterio al respecto.

Doña Sylvia Saborío, indica su anuencia en que se apruebe el acta o en su defecto, se deje el acuerdo en firme, para que se pueda proceder.

El señor Emilio Arias, no comparte ninguna de las tres opciones propuestas; sin embargo, prefiere aprobar el acta, no se puede aprobar un acuerdo de una modificación presupuestaria que trae incluidos términos ya conocidos en una modificación presupuestaria avalada en una sesión anterior, en un acta pendiente de aprobación, no solo por un asunto jurídico, sino por un asunto de Contraloría General de la República, y en cuanto a aprobarlo como si fuera firme, evidentemente en ese sentido me he manifestado mi inconformidad; por lo que preferiría aprobar esta acta, dejando muy claro que eso es una muestra absoluta de desorden, no un asunto de que no estén las actas,

23 DE FEBRERO DEL 2011

SESIÓN ORDINARIA 013-2011

estamos hablando de siete actas, no quiero entrar en discusión de si es un asunto de tiempo en la Secretaría, sin embargo; el hecho de que no se tengan los recursos necesarios, también es un asunto de responsabilidad de la Junta Directiva.

También considero que esto no es una buena práctica, es una muy mala señal hacia afuera de que los administrados vean que la Junta Directiva aprueba actas posteriores.

Dejo claro que por esta única y exclusiva vez, voy a aprobar este procedimiento, en lo sucesivo si ustedes quieren aprobarlas, será sin mi voto.

Luego de deliberar, la Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 002-013-2011

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 008-2011, con los cambios sugeridos.

**ARTÍCULO 3
ASUNTOS RESOLUTIVOS**

EVALUACIÓN DE RESULTADOS DEL AÑO 2010 Y EL PLAN DE ACTIVIDADES DEL 2011 DE LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE AGUA Y AMBIENTE.

El señor Dennis Meléndez Howell, somete a conocimiento de los señores miembros de Junta Directiva la Evaluación de Resultados del año 2010 y el Plan de Actividades del 2011 de la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente.

Ingresan al salón de sesiones los señores Mario Freer Valle, Director de la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente, Gonzalo Chaves Cubero, funcionario de esa Dirección y el señor Enrique Muñoz Aguilar, Director de la Dirección General de Estrategia y Evaluación y la señora Magda Sánchez Lépiz, funcionaria de esa Dirección.

El señor Mario A. Freer Valle, procedió a brindar una explicación sobre los resultados de la evaluación de resultados del año 2010 y plan de actividades del 2011 para la Dirección de Agua y Ambiente.

Se refirió a las competencias, a la gestión de la superintendencia, al objetivo estratégico, al objetivo operativo, a la gestión 2010, a la metodología regulatoria de acueductos y alcantarillados, a la normativa para la prestación de servicios de acueductos y alcantarillados, a la metodología del registro de riego, a la política ambiental.

Asimismo el señor Freer Valle, hizo ver que se ha dado un fuerte impulso al seguimiento regulatorio a través de la captura de información mediante las matrices de información periódica, al estudio del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA) por regiones, al proyecto de benchmarking nacional y de la Asociación de Entes Reguladores de Aguas Potable y Saneamiento de Américas (ADERASA), al inicio de elaboración de datos básica.

23 DE FEBRERO DEL 2011

SESIÓN ORDINARIA 013-2011

Además hizo mención al avance en la implementación de la norma de hidrómetros y el avance de un 80% de la norma de prestación de servicios para acueducto y alcantarillado sanitario. Por otra parte hizo un resumen de la ejecución de proyectos.

Luego de referirse a los principales proyectos del 2011, se suscitó un cambio de impresiones sobre lo que sería la conversión de la Dirección a la Superintendencia de Agua y Saneamiento.

Don Emilio hace un resumen de su posición. Señala los problemas existentes de planificación, no existen elementos adecuados de planificación, no existe estrategia clara en manejo de proyectos a nivel institucional, señala que se hagan llegar mecanismos para definir porcentajes de avance en los proyectos, señala que ojalá el cambio a superintendencia no sea un cambio semántico.

Después de un intercambio de impresiones sobre el particular, la Junta Directiva resuelve:

ACUERDO 003-013-2011

Dar por recibida la presentación realizada referente a los resultados de la evaluación de resultados del año 2010 y el plan de actividades del 2011 para la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente.

Se retiran del salón de sesiones los señores Enrique Muñoz Aguilar, Magda Sánchez Lépez, Mario Freer Valle y el señor Gonzalo Chaves Cubero.

**ARTÍCULO 4
CORRESPONDENCIA**

OFICIO P-014-11 DEL 14-2-2011 SUSCRITO POR EL SEÑOR MANUEL H. RODRÍGUEZ, PRESIDENTE DE LA UNIÓN DE CÁMARAS, RELATIVO A UNA SOLICITUD DE AUDIENCIA PARA CONVERSAR SOBRE PREOCUPACIONES GENERALES QUE EL SECTOR EMPRESARIAL POSEE EN TORNO A TEMAS QUE MANEJA LA ARESEP, LOS MODELOS DE TARIFAS RELACIONADOS CON LA GENERACIÓN ELÉCTRICA PRIVADA Y LA DEL COSTO VARIABLE DE COMBUSTIBLE, ENTRE OTROS TEMAS DE IMPORTANCIA PARA UCCAEP RELACIONADOS CON LA AUTORIDAD REGULADORA.

El señor Dennis Meléndez Howell, se refiere al oficio P-014-11 del 14-2-2011 suscrito por el señor Manuel H. Rodríguez, Presidente de la Unión de Cámaras, relativo a una solicitud de audiencia para conversar sobre preocupaciones generales que el sector empresarial posee en torno a temas que maneja la ARESEP, los modelos de tarifas relacionados con la Generación Eléctrica Privada y la del Costo Variable de Combustible, entre otros temas de importancia para la Unión Costarricense de Cámaras y Asociación del Sector Empresarial Privado (UCCAEP) relacionados con la Autoridad Reguladora.

23 DE FEBRERO DEL 2011

SESIÓN ORDINARIA 013-2011

Doña Sylvia Saborío considera adecuado que se reciba a los señores de la UCCAEP en una próxima sesión.

Don Emilio Arias señala la necesidad de escucharlos y se refiere a consultas que se le hicieron en la Asamblea Legislativa en materia tributaria y la conveniencia de conocer las consultas que llegan a la institución y las respuestas oportunas.

La Junta Directiva luego de deliberar, resuelve:

ACUERDO 004-013-2011

Se acuerda recibir a los representantes de la UCCAEP en una próxima sesión ordinaria.

**ARTÍCULO 5
RECURSOS DE APELACIÓN.**

1. ADICIÓN AL CRITERIO EMITIDO EN EL OFICIO 1129-DGJR-2010, SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-81-2010 DEL REGULADOR GENERAL, PRESENTADO POR EL SEÑOR EDGAR CUBERO CASTRO, EXPEDIENTE OT-119-2010.

El señor Dennis Meléndez Howell, somete a consideración de los señores miembros de la Junta Directiva la adición al criterio emitido en el oficio 1129-DGJR-2010 del 15 de diciembre de 2010, sobre el recurso de apelación contra la resolución RRG-81-2010 del Regulador General, presentado por el señor Edgar Cubero Castro, 101-DGJR-2011 de 17 de febrero de 2011.

Ingresó la señora Carol Solano Durán, quien se refiere al tema y se refiere al oficio 101-DGJR-2011, mediante el cual luego de realizar un análisis detallado, concluye:

Indica la señora Solano Durán, que en el dictamen 1129-DGJR-2010 de 15 de diciembre de 2010, se analizó el recurso de apelación interpuesto por el señor Edgar Cubero Castro contra la resolución RRG-81-2010 y se indicó que dicha resolución, era un acto administrativo de reclasificación de un puesto de un funcionario, cuya naturaleza evidentemente era laboral; que bajo esa inteligencia, a la luz de lo establecido en el artículo 53 inciso b) de la Ley N° 7593, contra esa resolución RRG-81-2010, sólo era posible interponer recurso de reconsideración, precisamente por ser un acto administrativo emanado por el jerarca superior administrativo y de naturaleza laboral.

Se concluyó, que no existía competencia de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, para resolver en alzada el recurso de apelación presentado, pues no existía norma alguna que así la facultara, más por el contrario que si existían normas dentro del ordenamiento jurídico que le impiden hacerlo. Por lo tanto, que era improcedente el recurso de apelación interpuesto y se recomendó que fuera rechazado de plano.

ACUERDO 001-058-2010.

Mediante oficio 032-SJD-2011, del 14 de febrero de 2011, se comunicó el acuerdo 001-058-2010, el cual señala:

☐Posponer el conocimiento del recurso de apelación presentado por el señor Edgar Cubero Castro, contra la resolución RRG-81-2010 del 4 de febrero de 2010, para una próxima sesión.

Encargar a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se sirva considerar al emitir el criterio respecto del recurso de apelación presentado por el señor Edgar Cubero castro, contra la resolución RRG-81-2010 del 4 de febrero de 2010, la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional (9928-2010) y de la Sala Primera de la Corte (1235, 1236, 1237, 1238, 1239, 1240, 1270, 1271, 1272 y 1273, entre otras.☐

Una vez analizada la jurisprudencia requerida por la Junta Directiva en sesión 058-2010, se desprende lo siguiente:

☐Sobre la ampliación del oficio 1129-DGJR-2010, solicitada por la Junta Directiva.

Se entiende que lo solicitado por la Junta Directiva, es en relación a que se valore si estamos ante un asunto laboral o no, para efectos de que pueda ser conocido por ese órgano colegiado.

Así las cosas, a la luz de lo solicitado por esa Junta Directiva en el acuerdo 001-058-2010, y del análisis de los votos referidos en los apartados anteriores, si la Junta Directiva considera que los argumentos del recurso presentado por el señor Cubero son de naturaleza estrictamente laboral, lo recomendable es resolver conforme al Dictamen 1129-DGJR-2010, del 15 de diciembre de 2010, emitido por esta Dirección General.

Si para efectos de interpretar lo dispuesto por el artículo 57 inciso a.5, la Junta Directiva, integrando la jurisprudencia judicial, concluye que la pretensión del señor Cubero Castro es un asunto que no es estrictamente laboral y por lo tanto, corresponde ser conocido en alzada por ese órgano colegiado, lo procedente sería entrar a conocer el fondo del recurso de apelación interpuesto por el señor Cubero, contra la RRG-081-2010, de la siguiente forma:

1. análisis de forma:

Naturaleza de los Recursos.

La inconformidad presentada por el señor Edgar Cubero Castro, lo es contra la resolución RRG-81-2010 de las 8:10 horas del 4 de febrero de 2010 del Regulador General. Los recursos presentados son los ordinarios de revocatoria y apelación en subsidio a los que se le aplican los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública (L.G.A.P) y sus reformas.

Temporalidad de los Recursos.

La resolución recurrida fue notificada al funcionario recurrente el día 09 de febrero de 2010 y la impugnación fue planteada el día 12 de febrero de 2010.

Por lo tanto, 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.

Legitimación.

Respecto de la legitimación activa, el funcionario recurrente está legitimado para actuar en la forma en lo que ha hecho por ser destinatario de esta resolución, de conformidad con los artículos 275 y 276 de la Ley General de la Administración Pública.

2. Análisis de Fondo:

Siendo que los argumentos del recurrente son de carácter técnico, el recurso de apelación, debería analizarse y resolverse con base en criterios técnicos.

Conclusiones:

1. Que mediante dictamen 1129-DGJR-2011, del 15 de diciembre de 2010, esta Dirección recomendó rechazar de plano por improcedente, el recurso de apelación presentado por el señor Edgar Cubero Castro, contra la resolución RRG-081-2010.

2. Que mediante acuerdo 001-058-2010, de la sesión extraordinaria 58-2010, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos el 20 de diciembre de 2010, ratificada el 26 de enero de 2011, se propuso que esta Dirección considerara al emitir el criterio respecto al mencionado recurso de apelación, la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional (9928-2010) y de la Sala Primera de la Corte (1235, 1236, 1237, 1238, 1239, 1240, 1270, 1271, 1272 y 1273, todas del 2010).

3. Que mediante el voto 9928-2010, la Sala Constitucional resolvió declarar inconstitucional el artículo 3°, inciso a), del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 28 de abril de 2006) y la jurisprudencia de la Sala Primera de Casación de la Corte Suprema de Justicia que, en aplicación del artículo 4°, inciso a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que remitía a la jurisdicción laboral cualquier controversia relacionada con una relación de empleo público al considerarla [netamente laboral] aunque el justiciable pretendiera, materialmente, impugnar la disconformidad sustancial o invalidez de una conducta administrativa o manifestación específica de la función administrativa con el ordenamiento jurídico administrativo, surgida en una relación estatutaria.

4. Vista la resolución de la Sala Constitucional, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal de conflictos entre la jurisdicción contencioso administrativa y la laboral, distinguió dos ejes fundamentales para determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente: a) el régimen jurídico aplicable a la relación de empleo, en el tanto, los conflictos jurisdiccionales surgidos en el seno del empleo público han de ser conocidos por la jurisdicción contencioso administrativo; b) según el contenido material de la pretensión, en el tanto no esté

dirigida al cuestionamiento o impugnación directa de dicha relación jurídica, debe conocerla la jurisdicción laboral, tales como pretensiones relativas a seguridad social, jubilaciones, riesgos laborales, aspectos patrimoniales o económicos (aguinaldo, cesantía, preaviso, etc.).

5. Vista la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional y la Sala Primera, podría valorar esa Junta Directiva, si la integra por analogía al ordenamiento administrativo vigente, para determinar entonces la naturaleza de las pretensiones incoadas por el señor Cubero Castro en su recurso de apelación y definir si se trata de un aspecto estrictamente laboral o no y por ende si corresponde a ese órgano conocer del recurso en alzada.□

El señor Emilio Arias Rodríguez, señala que le parece muy bien el análisis presentado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, pero considera que esa Asesoría es quien debe indicar a la Junta Directiva es o no es, dentro de cuál de los criterios cabe el recurso del señor Edgar Cubero Castro; para que alguien se responsabilice de la asesoría que se le está brindando a la Junta Directiva.

El señor Edgar Gutiérrez, señala que lo que la Junta Directiva esperaba es que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, confirmara si el análisis coincidía con la resolución tanto de la Sala como de la jurisprudencia, básicamente, entonces la pregunta sería, después de ese análisis posterior concreto, siguen considerando que las pretensiones son laborales, eso es lo que a su juicio la Junta Directiva requiere.

El señor Juan Manuel Quesada, indica que la recomendación de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria es el primer dictamen, por eso dejan abierto que se la Junta Directiva quien decida si se debía integrar a la interpretación de esa norma criterios que se utilizan para otra cosa, que es para definir si es sede laboral o si es sede contenciosa, aunque en el fondo sea un asunto que tenga que ver con la relación laboral.

El señor Dennis Meléndez, pregunta a don Juan Manuel Quesada, si la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria considera que este caso es laboral?

Don Juan Manuel Quesada responde que sí.

Don Edgar Gutiérrez, indica que en función de posible perjuicio o no del administrado, por otro lado el agotamiento de la vía administrativa ahora es requisito necesario para poder ir a la vía contenciosa, en todo caso si el señor Cubero Castro considera, podría ir a la vía contenciosa, aunque nosotros no agotemos la vía administrativa.

El señor Juan Manuel Quesada, señala que en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) sucede algo muy particular. El Regulador es el jerarca superior administrativo y según la Ley General de la Administración Pública es quien podría disciplinar. Al ser el jerarca superior administrativo, es el que debería agotar la vía administrativa en materia de un despido por ejemplo. Entonces, ¿qué sucede si llegamos a integrar esa jurisprudencia en la institución?, habría que decir que el caso es contencioso y le correspondería a la Junta verla no.

El señor Dennis Meléndez Howell, señala que no tiene más que atenerse al concepto de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, evidentemente me suena un asunto típicamente laboral, puesto que fue un caso que se planteó en términos de disconformidad con una medida que se había tomado en el caso de él, pero si ustedes lo confirman de esa manera, estoy de acuerdo en considerarlo como algo laboral.

El señor Quesada Espinoza, indica que para efectos de fondo, ya hubo una revocatoria del pronunciamiento de fondo del recurso, en caso de que decida subir a la vía judicial, estarían justificadas las acciones desde el punto de vista técnico de recursos humanos del trabajo que se le hizo.

Don Emilio Arias, indica que en ese sentido quería escuchar esa parte para tenerla clara, va a salvar su voto por la razón que lo hemos venido salvando, por el tema de las resoluciones y la doble asesoría, igual queda la misma redacción.

Don Juan Manuel Quesada, aclara para que don Emilio lo tenga en cuenta, esta cosa es un asunto de la técnica de recursos humanos, quien estuvo a cargo de esto fue el Departamento de Recursos Humanos, y desde el punto de vista jurídico lo que se hizo fue analizar los aspectos formales del recurso.

Don Emilio Arias, por eso solicité la información para tenerlo claro, aquí en el resultando de la revocatoria dice: "que en el punto 5, dice que la Dirección de Asesoría Jurídica mediante oficio 304-DGJR-2010 de fecha 22 de abril de 2010 emitió su criterio jurídico sobre el recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por el funcionario Edgar Cubero Castro".

Don Juan Manuel Quesada, indica que los argumentos son técnicos, entonces el dictamen al final lo que concluye es que al ser técnicos los argumentos se debe resolver con base en los criterios técnicos, lo jurídico que se valora es el tema de la admisibilidad.

Don Emilio Arias Rodríguez, salva su voto.

Se retira la señora Carol Solano Durán de la Dirección General de Asesoría Jurídica.

Luego de deliberar, la Junta Directiva con el voto salvado del señor Emilio Arias Rodríguez, resuelve:

ACUERDO 005-013-2011

1. Rechazar de plano por improcedente, el recurso de apelación interpuesto por el funcionario Edgar Cubero Castro, contra la resolución RRG-81-2010 del 4 de febrero de 2010.
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Dictar la siguiente resolución:

23 DE FEBRERO DEL 2011

SESIÓN ORDINARIA 013-2011

RESULTANDO:

- I. Que mediante oficio 330-RG-2009 del 10 de noviembre de 2009, a la luz de lo dispuesto en el artículo 52 del Reglamento autónomo de las relaciones de servicios entre la Autoridad Reguladora, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios, el entonces Regulador General solicitó al Departamento de Recursos Humanos efectuar los estudios de reclasificación de varios funcionarios, incluido el señor Edgar Cubero Castro. (folios 7 y 8)
- II. Que por memorando 27-DERH-2010 del 27 de enero de 2010, el Departamento de Recursos Humanos remitió al Regulador General el informe de análisis de puestos y recomendación de clasificación, referido a varios funcionarios, incluido el señor Cubero Castro. (folios 31-58)
- III. Que por resolución RRG-81-2010 del 04 de febrero de 2010, el Regulador General resolvió reasignar al señor Cubero Castro de Profesional 2 a Profesional 4. En dicha resolución se consignó que: *() Contra la presente resolución caben los recursos ordinarios de revocatoria y de apelación en el plazo de tres días contados a partir del siguiente a la notificación de la presente resolución. El de revocatoria podrá interponerse ante el Regulador General, a quien corresponde resolverlo; el de apelación podrá interponerse ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, a la que corresponde resolverlo ()* Esta resolución fue notificada al señor Cubero Castro el 09 de febrero de 2010. (folios 60-70)
- IV. Que el 12 de febrero de 2010, el señor Cubero Castro, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra de la resolución RRG-81-2010 del 04 de febrero de 2010. (folios 71-74)
- V. Que mediante resolución RRG-330-2010 del 23 de abril de 2010, el Regulador General resolvió el recurso de revocatoria respectivo, declarándolo sin lugar por el fondo y se le otorgó al recurrente el plazo de tres días para hacer valer sus derechos ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora. Dicha resolución fue notificada al señor Cubero Castro el 28 de abril de 2010. (folios 78-81)
- VI. Que el 3 de mayo de 2010, el señor Cubero Castro se apersonó ante la Junta Directiva, respondiendo el emplazamiento conferido, ampliando los argumentos del recurso y refiriéndose a lo resuelto mediante resolución RRG-330-2010. (folios 92-96)
- VII. Que el 18 de noviembre de 2010, el señor Cubero Castro presentó ante la Junta Directiva solicitud de pronta respuesta, refiriéndose al recurso de apelación presentado. (folios 90 y 91)

- VIII. Que por memorando 370-DERH-2010 del 17 de noviembre de 2010, el Jefe del Departamento de Recursos Humanos remitió criterio técnico emitido por la Fundación de Servicio Civil para la investigación y desarrollo de recursos humanos del Estado (FUSCIDERHE) número FSC-113-2010 del 4 de junio de 2010, referido al recurso de apelación interpuesto por el señor Cubero Castro. (folios 88, 97-103)
- IX. Que mediante memorando 499-SJD-2010 del 29 de noviembre de 2010, la Secretaría de la Junta Directiva remitió para análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica el recurso de apelación interpuesto por el señor Edgar Cubero. (folio 10)
- X. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria analizó los aspectos legales del recurso de apelación en subsidio, produciéndose el oficio 1129-DGJR-2010 del 15 de diciembre de 2010 en que se recomendó: *1. Rechazar de plano por improcedente el recurso de apelación presentado por el señor Cubero Castro contra la resolución RRG-81-2010 del 4 de febrero de 2010*.
- XI. Mediante oficio 032-SJD-2011, del 14 de febrero de 2011, se comunicó el acuerdo 001-058-2010, el cual señala:

Posponer el conocimiento del recurso de apelación presentado por el señor Edgar Cubero Castro, contra la resolución RRG-81-2010 del 4 de febrero de 2010, para una próxima sesión.

Encargar a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se sirva considerar al emitir el criterio respecto del recurso de apelación presentado por el señor Edgar Cubero Castro, contra la resolución RRG-81-2010 del 4 de febrero de 2010, la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional (9928-2010) y de la Sala Primera de la Corte (1235, 1236, 1237, 1238, 1239, 1240, 1270, 1271, 1272 y 1273, entre otras).

- XII. Mediante oficio N° 101-DGJR-2011 del 17 de febrero de 2010, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria adicionó su oficio 1129-DGJR-2010, con base a la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional, concluyendo lo siguiente:

1. Que mediante dictamen 1129-DGJR-2011, del 15 de diciembre de 2010, esta Dirección recomendó rechazar de plano por improcedente, el recurso de apelación presentado por el señor Edgar Cubero Castro, contra la resolución RRG-081-2010.

2. Que mediante acuerdo 001-058-2010, de la sesión extraordinaria 58-2010, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos el 20 de diciembre de 2010, ratificada el 26 de enero de 2011, se propuso que esta Dirección considerara al emitir el criterio respecto al mencionado recurso de apelación, la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional (9928-2010) y de la Sala Primera de la Corte (1235, 1236, 1237, 1238, 1239, 1240, 1270, 1271, 1272 y 1273, todas del 2010).

3. Que mediante el voto 9928-2010, la Sala Constitucional resolvió declarar inconstitucional el artículo 3°, inciso a), del Código Procesal Contencioso-Administrativo (Ley No. 8508 de 28 de abril de 2006) y la jurisprudencia de la Sala Primera de Casación de la Corte Suprema de Justicia que, en aplicación del artículo 4°, inciso a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que remitía a la jurisdicción laboral cualquier controversia relacionada con una relación de empleo público al considerarla "netamente laboral", aunque el justiciable pretendiera, materialmente, impugnar la disconformidad sustancial o invalidez de una conducta administrativa o manifestación específica de la función administrativa con el ordenamiento jurídico administrativo, surgida en una relación estatutaria.

4. Vista la resolución de la Sala Constitucional, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal de conflictos entre la jurisdicción contencioso administrativa y la laboral, distinguió dos ejes fundamentales para determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente: a) el régimen jurídico aplicable a la relación de empleo, en el tanto, los conflictos jurisdiccionales surgidos en el seno del empleo público han de ser conocidos por la jurisdicción contencioso administrativo; b) según el contenido material de la pretensión, en el tanto no esté dirigida al cuestionamiento o impugnación directa de dicha relación jurídica, debe conocerla la jurisdicción laboral, tales como pretensiones relativas a seguridad social, jubilaciones, riesgos laborales, aspectos patrimoniales o económicos (aguinaldo, cesantía, preaviso, etc.).

5. Vista la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional y la Sala Primera, podría valorar esa Junta Directiva, si la integra por analogía al ordenamiento administrativo vigente, para determinar entonces la naturaleza de las pretensiones incoadas por el señor Cubero Castro en su recurso de apelación y definir si se trata de un aspecto estrictamente laboral o no y por ende si corresponde a ese órgano conocer del recurso en alzada. □

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 1129-DGJR-2010 del 15 de diciembre de 2010, arriba citado, se extrae lo siguiente:

Oficio 1129-DGJR-2010:

□□]

III. ANÁLISIS DEL RECURSO POR LA FORMA.

a) Legitimación.

Respecto de la legitimación activa, se tiene que el señor Edgar Cubero Castro es parte interesada y destinatario de los efectos de la resolución impugnada, razón por la cual está legitimado para gestionar en la forma en que lo ha hecho (artículos 275 y 342 de la LGAP).

b) Naturaleza del recurso.

Los recursos presentados por el señor Cubero Castro, contra la resolución RRG-81-2010, son los ordinarios de revocatoria y apelación. Por su parte se tiene que en cuanto a la gestión presentado por el señor Cubero Castro el 3 de mayo de 2010, bajo el principio de admisión (artículo 348 LGAP) la misma debe tenerse como la respuesta al emplazamiento conferido mediante resolución RRG-330-2010.

El acto impugnado es la resolución RRG-81-2010 del 4 de febrero de 2010 por medio del cual se reclasificó el puesto del señor Cubero Castro de Profesional 2 a Profesional 4. Esa resolución fue emitida por el entonces Regulador General, a la luz de lo dispuesto en el artículo 52 del RAS. En dicha resolución se estableció que contra la misma, cabían los recursos de revocatoria y apelación, los cuales deberían interponerse dentro del plazo de tres días contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución.

Al respecto conviene indicar que de conformidad con el principio de legalidad que rige el actuar de la Administración Pública, tal y como lo dispone el artículo 11 de la Constitución Política, y del que se encarga de desarrollar -entre otros- los artículos 11, 13 y 131 de la Ley General de la Administración Pública, las actuaciones de la Administración se deben apegar en todo a lo que dispone el ordenamiento jurídico. En virtud de ello, ningún funcionario público puede arrogarse o tomar facultades que la ley no le concede, o bien el mismo debe estar sujeto al ordenamiento jurídico que lo manda.

En este sentido, se tiene que el principio de legalidad viene a significar que los actos y comportamientos de la Administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general. Se trata, desde luego, del sometimiento en primer lugar a la Constitución y a la Ley del Poder Legislativo, pero también al resto del ordenamiento jurídico, por ejemplo a las normas reglamentarias emanadas de la propia Administración, lo que ha sido llamado el "bloque de la legalidad" o "principio de juridicidad de la administración".

A criterio de esta asesoría, a la luz del principio de legalidad referido, en la resolución RRG-81-2010 se incurrió en un error, en particular al haberse señalado al administrado/funcionario, que contra dicha resolución cabía el recurso de apelación.

La resolución RRG-81-2010 es un acto administrativo de reclasificación de un puesto de un funcionario, cuya naturaleza evidentemente es laboral. Bajo esa inteligencia, a la luz de lo establecido en las normas citadas en este dictamen, contra esa resolución sólo era posible interponer recurso de reconsideración, precisamente por ser un acto administrativo emanado por el jerarca superior administrativo y de naturaleza laboral.

Por lo anterior, debe interpretarse que el recurso contra el acto administrativo de reclasificación de puestos, al ser emitido por el Regulador General (como jerarca superior administrativo y quien agota la vía administrativa en materia laboral) sólo puede ser establecido en esta vía, como un recurso de revocatoria y no con una apelación.

De ahí que, el error incurrido por la Administración mediante diversas formas, tolerando cuestiones de la naturaleza ya apuntada, como otorgar una medida recursiva, sin la previa existencia de una norma jurídica que la ampare en ese proceder, no crea en favor de los administrados/funcionarios derecho alguno. En consecuencia, siendo que

el error no crea derecho, no es posible tener por bien presentado el recurso de apelación interpuesto por el señor Cubero, contra la resolución RRG-81-2010.

En el caso que nos ocupa, no existe competencia de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, para resolver en alzada el recurso de apelación presentado, pues no existe norma alguna que así la faculte, más por el contrario si existen normas dentro del ordenamiento jurídico que le impiden hacerlo.

En conclusión, siendo improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-81-2010, el mismo debe ser rechazado de plano.□

- II. Que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en la sesión 013-2011 de 23 de febrero de 2011, acordó acoger las recomendaciones contenidas en el oficio 1129-DGJR-2010, de 15 de diciembre de 2010, por lo que resolvió rechazar de plano por improcedente el recurso de apelación presentado por el funcionario Edgar Cubero Castro, contra la RRG-81-2010 del 4 de febrero de 2010.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos que preceden y, de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar de plano por improcedente el recurso de apelación interpuesto por el funcionario Edgar Cubero Castro, contra la resolución RRG-81-2010 del 4 de febrero de 2010 y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

**POR TANTO:
LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
RESUELVE:**

- I. Rechazar de plano por improcedente, el recurso de apelación interpuesto por el funcionario Edgar Cubero Castro, contra la resolución RRG-81-2010 del 4 de febrero de 2010.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.

VOTO SALVADO DEL DIRECTOR EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ

Salvo el voto en el tanto el voto de mayoría, con base en lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficios 1129-DGJR-2010 del 15 de diciembre de 2010, 101-DGJR-2011 de 17 de febrero de 2011, decide conocer y resolver sobre el recurso de apelación contra la resolución RRG-81-2010 del Regulador General, presentado por el señor Edgar Cubero Castro, dejándose de lado que esa misma Dirección de Asesoría Jurídica mediante oficio 304-DGJR-2010 de fecha 22 de abril de 2010 emitió su criterio jurídico sobre el recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por el funcionario Edgar Cubero, lo cual quebranta el Principio de imparcialidad y objetividad que impera en todo procedimiento administrativo. Estimamos que en vista de tal circunstancia, resulta de aplicación una causal de inhibitoria de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria conforme a lo establecido por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal

Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica. Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias, lo cierto es que es la misma Dirección que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables al Director General de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, pues por su posición de jerarquía avala ya sea expresa o implícitamente los criterios de sus subordinados. Toda esta problemática obedece a la errónea decisión de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía. Por ello, disiento del voto de mayoría y en su lugar, solicito ordenar y enderezar el procedimiento y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure, mediante asesores permanentes e independientes de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad.

2. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR LA CÁMARA NACIONAL DE ARMADORES Y AGENTES DE VAPORES CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-9261-2008 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2008 DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL, EXPEDIENTE ET-218-2008.

El señor Dennis Meléndez Howell, somete a consideración de los señores miembros de la Junta Directiva el Recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores, contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008 dictada por el Regulador General, expediente ET-218-2008.

Ingresa la señora Karla Montero Víquez, Asesora Económica de la Dirección General de Asesoría Económica, quien se refiere al oficio 072-DGJR-2011 de fecha 04 de febrero de 2011, mediante el cual se atiende la solicitud de ampliación de criterio técnico 029-AJD-2010 de 23 de marzo de 2010, suscrito por la entonces asesoría técnica de la Junta Directiva, en virtud de la ampliación solicitada a esa Dirección por parte de dicha Junta Directiva, mediante acuerdo 005-041-2010, de la sesión extraordinaria 041-2010, celebrada el 11 de octubre de 2010 y ratificada el 27 del mismo mes.

Debidamente analizada la situación planteada en acuerdo 005-041-2010, en cuanto a los argumentos del recurrente, se concluye:

a) Tráfico de carga y la conformación de las cuadrillas:

En cuanto al tráfico de carga y la conformación de las cuadrillas, debemos de señalar que no se evidencia la existencia de discrepancia técnica o jurídica que deba ser ampliada por parte de esta Dirección General. Ergo, el rechazo de este argumento del recurrente está fundamentado.

b) Rentabilidad del 5% al 15% e incremento salarial del primer semestre de 2009:

El argumento referido al margen de rentabilidad del 5% al 15%, se considera que el uso del 15% está incluido en la Metodología Tarifaria aplicada a estos servicios hasta la fecha. El rechazo de este argumento está justificado.

c) Incremento salarial del primer semestre de 2009.

Con relación al incremento salarial del primer semestre de 2009, se debe aclarar, que el rezago tarifario respecto a los costos de los servicios era muy grande al momento de realizar la fijación cuestionada (2001-2008), y cualquier diferencia entre la vigencia de la tarifa y la del aumento salarial queda absorbida por el mismo. Por lo tanto, el rechazo de este argumento está justificado.

d) Dolarización de las tarifas:

Respecto de la dolarización de las tarifas, se manifestó que existe suficiente justificación técnica y regulatoria para expresar las tarifas en dólares. El rechazo de este argumento está justificado.

Con fundamento en lo expuesto, se recomienda, salvo mejor criterio de la Junta Directiva: Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Armadores y Agente de Vapores (NAVE), contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008.

Don Dennis Meléndez indica, en relación con el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores, la recomendación es rechazar el recurso.

Doña Sylvia Saborío apuntó que valdría la pena, de alguna manera, hacer mención de que tienen razón en lo de los salarios. Que efectivamente el mes de diciembre deberían haber considerado esos 26 días.

Don Juan Manuel Quesada dijo que es darle la razón para decirle que no tiene impacto tarifario.

Don Emilio Arias indicó que no tiene ni siquiera para ver su estudio. Lo que necesita es ver si existe un criterio técnico antes, ¿quién lo emitió?

El señor Juan Manuel Quesada señaló que es con base en criterio técnico. La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria señala que es con base en criterios técnicos, desde el punto de vista técnico, todos son iguales.

Don Emilio Arias dijo: estamos claros que son los dos informes de uno de ustedes y uno de Robert Thomas.

Don Juan Manuel Quesada respondió que el de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria es el de revocatoria, pero decimos que es técnico.

El señor Emilio Arias señala: pero entonces estamos claros. De que hay el primero lo vieron ustedes y el segundo lo vio Robert Thomas.

Doña Carol Solano indica: Sí señor. Lo que estamos haciendo es una ampliación del criterio técnico y ahí se indica que el Jurídico, en este caso, lo dictó don Robert Thomas e indicamos el número de oficio.

El señor Juan Manuel Quesada señala: es decir nosotros no asesoramos estos argumentos en primera instancia.

Don Emilio Arias dice: Este informe es el informe técnico, ¿quién lo había dado?

Doña Carol Solano indica que doña Xinia Herrera cuando era asesora de Junta, posteriormente, la Junta Directiva solicitó una ampliación y la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria que ya había asumido la asesoría técnica, emitió esta ampliación, haciendo la referencia de que el dictamen jurídico para recurso de apelación lo emitió don Robert Thomas.

Don Juan Manuel Quesada dijo que, en todo caso, es técnico.

El señor Emilio Arias señala: lo importante en este caso, es el órgano que lo emitió, si estamos claros en eso, yo no tendría problema. Esto no va a quedar en firme, cualquier cosa yo me permitiría solicitar la revisión posteriormente.

Don Dennis Meléndez indica que los recursos 3 y 4 en las mismas condiciones también.

La Junta Directiva luego de deliberar, por unanimidad resuelve:

ACUERDO 006-013-2011

1. Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores (NAVE) contra la resolución RRG-9262-2008 del 21 de noviembre de 2008.
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Mediante resolución la RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, el Regulador General en, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Fijar para el servicio de carga, descarga, estiba y desestiba del Complejo Portuario Moín, las tarifas que se detallan en ese acto. II) Solicitar a las empresas estibadoras que presente la información que se detalla en ese acto (folio 358 al 395). Fue notificada personalmente a NAVE el 4 de diciembre de 2008 (folio 394). Fue publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008 (folio 300 al 310).
- II. El 9 de diciembre de 2008, el señor Helmut Dorsam Prestinary, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores, (NAVE) según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-9261-2008 (folio 340 al 343).

- III. La Dirección de Servicios de Transporte por oficio 104-DITRA-2009/575 del 27 de enero de 2009, analizó los aspectos técnicos del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado (folio 417 al 421).
- IV. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 330-DAJ-2009/3341 del 15 de mayo de 2009, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fueran rechazados por el fondo, tanto la impugnación como el incidente de nulidad (folio 446 al 450).
- V. La Dirección de Servicios de Transporte por oficio 948-DITRA-2009/5954 del 17 de agosto de 2009, amplió el análisis técnico respecto de las impugnaciones planteadas por CADEXCO, NAVE y Cámara Nacional de Bananeros, con igual recomendación (folio 485 al 488).
- VI. El Regulador General en la RRG-10015-2009 de las 9:00 horas del 20 de agosto de 2009, resolvió I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores (NAVE), contra la RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008. II) Rechazar por el fondo el incidente de nulidad presentado por la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores (NAVE), contra la RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008. III) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a las partes que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 518 al 528). Fue notificada personalmente a NAVE el 1° de setiembre de 2009 (folio 527).
- VII. No consta en autos que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- VIII. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 607-DAJ-2009/6600 del 9 de setiembre de 2009 con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio (folios 590 y 591).
- IX. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 329-AJD-2009/8113 del 29 de setiembre de 2009, en el que se recomienda a) Resolver con criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores (NAVE), contra la RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General. b) Dar por agotada la vía administrativa, cuando se resuelva por el fondo la impugnación en subsidio.

- X. La Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 029-AJD-2010 de 23 de marzo de 2010, mediante el cual recomienda ordenar el archivo del recurso subsidiario de apelación, RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008 porque hoy carece de interés modificar la resolución señalada.
- XI. La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en cumplimiento al acuerdo 005-041-2010, de la sesión extraordinaria 041-2010, de 11 de octubre de 2010 ; analiza el caso mediante oficio 072-DGJR-2011 de 4 de febrero de 2011, recomendó rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Armadores y Agente de Vapores (NAVE), contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008.
- XII. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. De los Oficios 329-AJD-2009/811y el 72-DGJR-2011, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 329-AJD-2009

() En cumplimiento de lo ordenado por la Junta Directiva mediante Artículo Único inciso 6) de la Sesión Extraordinaria N° 027-2005 celebrada el 3 de agosto de 2005, se informa que el análisis de los autos tiene como propósito prevenir que el acto final que llegue a dictarse, contemple vicios que puedan causar nulidad de lo actuado. Una vez efectuado aquél se concluye que -en este caso- el procedimiento fue llevado a cabo conforme a la ley.

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación:

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor Helmut Dorsam Prestinary, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores, (NAVE), según consta en autos, la que es opositora a la petición de tarifas y destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente al ser parte del procedimiento, ostenta legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L.G.A.P., en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-9261-2008 fue publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008 (folio 300 al 310), fue notificada a personalmente a NAVE el 4 de diciembre de 2008 (folio 394) y que el recurso fue presentado el 9 de diciembre de 2008 (folio 340 al 343).

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado en el artículo 346 de la L. G. A. P., se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

En cuanto a los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación:

De previo se informa que si bien el Regulador General rechazó por el fondo un incidente de nulidad de la recurrente, del análisis de lo argumentado no se encuentra ningún elemento que pueda considerarse como alegato de una nulidad.

Los argumentos son de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio sobre ellos.

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

Conclusiones:

- a) *El señor Helmut Dorsam Prestinary, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de NAVE, ostenta legitimación activa para actuar en el expediente.*
- b) *La impugnación subsidiaria fue presentada dentro del plazo legal.*
- c) *Los argumentos son de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio sobre ellos. ()*

72-DGJR-2011

() PRECISIÓN NECESARIA

En este informe se hará referencia al análisis de la resolución recurrida RRG-9261-2008 de 21 de noviembre de 2008, mediante la cual se fijaron las tarifas para el servicio de carga, descarga, estiba y desestiba del Complejo Portuario Limón-Moin, con base en el criterio técnico emitido por la Dirección de Servicios de Transportes (DITRA) mediante el oficio 1385-DITRA-2010 de fecha 20 de noviembre de 2008, la resolución RRG-10015-2009 del 20 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de la empresa recurrente NAVE, y finalmente, lo manifestado en el oficio 29-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP, en virtud de la ampliación solicitada a esta Dirección General por parte de dicha Junta Directiva, mediante el acuerdo 005-041-2010 de la sesión extraordinaria 041-2010 celebrada el día 11 de octubre de 2010 y ratificada el día 27 del mismo mes y año.

ANÁLISIS DEL CASO

A continuación se transcribirán resumidamente los argumentos del recurrente, para su correspondiente análisis.

En ese sentido, tenemos:

I.- SOBRE EL PRIMER ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [TRÁFICO DE CARGA Y LA CONFORMACIÓN DE LAS CUADRILLAS]

□(1) Sobre el tráfico de carga y la conformación de cuadrillas. A) Que para la fijación del pliego tarifario para la actividad de estiba y desestiba se planteó un modelo de costos basado en el promedio de los costos de las empresas que reportan actividad en las modalidades de carga respectivas, ponderados con respecto al tráfico de carga particular de cada empresa, para lo cual según la resolución de marras en promedio el total de la carga movilizada durante julio de 2007 a junio de 2008 se encuentra distribuida según se indica en el cuadro N° 7 denominado "Unidades de carga movilizadas por modalidad" del período Julio 2007-junio 2008, elaborado por parte de DITRA, según información brindada por las empresas. B) Existe en la hoja de cálculo denominada "Estimacion-tarifas-puertos.xls", que forma parte del expediente tarifario ET 218 2008, una inconsistencia en su conceptualización, dado que para la conformación de las cuadrillas y el tráfico de carga, se promedian los datos reportados por las estibadoras, sin embargo, dicha hoja de cálculo, no discrimina si la empresa solo reporta carga o cuadrillas, es decir, considera la carga aún y cuando no la empresa no reporta la cuadrilla. C) Según la hoja de cálculo todas las empresas reportan el tráfico de carga o las horas en los diferentes tipos de carga, pero en los siguientes cálculos no se reportan la composición de las cuadrillas, a saber: Sistema de demoras (naves portacontenedores, naves bananeras, naves convencionales), Sistema roll on roll off, y Sistema Convencional (hierro). D) Como un ejemplo de esta situación, se presenta el caso de las tarifas del "sistema de demoras", en el cual los costos se ponderan por las horas; sin embargo en el cálculo de "naves portacontenedores", se considera un total de 346,80 horas, las cuales corresponden al promedio T de las reportadas por COOPEUNITRAP, 115 horas, CADESA, 977 horas, Estibadora Caribe, 275,8 horas, y COOPEUTBA, con 19 horas; sin embargo, la conformación de la cuadrilla promedio se realiza con base en los datos suministrados por Estibadora Caribe, y COOPEUTBA, arrojando un promedio de 3 estibadores y 8 portaloneros, dado que el dato reportado es igual en ambas empresas, mientras que Estibadora Caribe considera 11 supervisores y COOPEUTBA, un total de 33 supervisores, para un promedio de 22, Situación que demuestra una inconsistencia en el cálculo, ya que se utilizan las horas de las cuatro empresas, pero para calcular la cuadrilla solo el dato de 2 de ellas, por lo tanto si las otras dos hubiesen reportado un menor número de supervisores implicaría un costo menor y por ende una menor tarifa, lo cual implica que le falta solidez al cálculo tarifario. E) Por lo tanto el cálculo tarifario debe guardar la consistencia entre la conformación de las cuadrillas que determinan el costo y el tráfico de carga o las horas, que a la postre define el costo del servicio □

De previo a dar respuesta al anterior argumento del recurrente, se debe analizar conjuntamente: **[1]** la resolución recurrida RRG-9261-2008, **[2]** la resolución RRG-10015-2009 del 20 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de la empresa recurrente NAVE, y finalmente lo manifestado en **[3]** el oficio 29-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP.

Sobre estos temas en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

[]

1. Determinación de los Gastos Operativos:

Con el fin de estandarizar los costos operativos de la industria, se utilizó el tamaño de la cuadrilla reportada por parte de las estibadoras para cada una de las actividades, a la vez, se determinaron las distintas ocupaciones que la conforman y el tamaño promedio. Seguidamente se muestra el tamaño promedio de la cuadrilla para cada modalidad del tipo de carga, se hace la observación que en cuanto a los tipos de carga correspondiente al sistema de bodegas y patios, no se recibió información, por lo que no se determina el tamaño de la cuadrilla promedio en esta actividad.

CUADRO N° 1
Empleados por cuadrilla promedio

Tipo de carga	Empleados/cuadrilla promedio
Sistema Convencional	
Mercadería General	15
Hierro	15
Sistema roll on roll off	
Sistema roll on roll off	16
Sistema porta contenedor	
Con grúa pórtica	15
Con grúa nave	17
Sistema bananero y fruta fresca	
Paletizado	24
Kilo paletizado	27
Fruta Contenerizada	26
Estibador pallet	34
Sistemas trasiegos y vacíos	
Nave porta contenedor	13
Contenedores y furgones vacíos	15

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información de las empresas

[]

5. Volumen de carga movilizada:

Se determinó el volumen promedio de carga movilizada para la actividad de transporte de mercancías con base en la información aportada por las empresas estibadoras. Durante el análisis del presente estudio, se determinó que no todas las

empresas realizan la misma actividad o bien, no transportan el mismo tipo de carga, sin embargo, en promedio el total de la carga movilizada durante julio de 2007 a junio de 2008 se encuentra distribuida de la siguiente manera:

CUADRO N° 7
Unidades de carga movilizada por modalidad
(Julio 2007-junio 2008)

Tipo de carga	Unidades
Sistema Convencional	
Mercadería General	5.471.797
Hierro	9.755.265
Sistema roll on roll off	
Sistema roll on roll off	10.462
Sistema porta contenedor	
Con grúa pórtica	10.642
Con grúa nave	32.610
Sistema bananero y fruta fresca	
Paletizado	19.878.307
Kilo paletizado	1.818.507
Fruta Contenerizada	17.180
Estibador pallet	55.440
Sistemas trasiegos y vacíos	
Nave porta contenedor	2.834
Contenedores y furgones vacíos	19.432

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información brindada por las empresas

[]

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10015-2009 se dijo:

[]

Sobre el tráfico de carga y la conformación de cuadrillas.

El estudio de oficio realizado por la Autoridad reguladora fue para toda la industria de estiba, desestiba, carga y descarga en el Complejo Portuario Limón-Moín, por lo que consideró la aplicación de la metodología tarifaria que ante la variedad de participantes, en número y características de la operación de cada una, así como la necesidad de fijar tarifas que tiene esta industria, se decidió en apego al artículo 30 de la Ley 7593, buscar un modelo que aproxime esta estructura productiva, pero sin abandonar el sustento de la metodología del Costo del Servicio Prestado.

Para el cálculo tarifario, se buscó de la información disponible presentada por la mayoría de las empresas estibadoras, para cada tipo de actividad; el dato de la variable denominada cuadrilla cuyo objetivo en primera instancia fue obtener una cuadrilla modelo para cada actividad, sin considerar en forma relacionada si había información de la carga correlacionada. En otras palabras lo indicado por el recurrente no es de recibo dado que para el desarrollo del modelo tarifario no se consideró ninguna relación entre la composición de las cuadrillas y la carga,

únicamente se solicitó para cada actividad el número y descripción funcional de los componentes de la cuadrilla.

Dado que el ajuste de las tarifas se aplica para todas las empresas que conforman la industria, la fórmula de cálculo permite obtener el costo operativo promedio de realizar cada una de las actividades, a partir del volumen de carga movilizadada y la cantidad de personal que conforma la cuadrilla para movilizar dicha carga. Con base en la información recibida por algunas de las estibadoras, se determinaron los costos y la tarifa para cada actividad, de manera que no existen inconsistencias en la conceptualización de los mismos, como lo indica el recurrente, principalmente porque la hoja de cálculo contiene la información necesaria para establecer el costo promedio para el transporte de la mercadería para cada tipo. Adicionalmente, se indica que las empresas mantienen cierto grado de especialización y por esa razón se requirió de la información operativa y financiera de al menos una de las empresas para cada actividad, independientemente de su cuota de participación en el mercado, sin embargo, la mayoría de las empresas que conforman la industria brindaron información sobre las unidades de carga transportadas y su respectiva cuadrilla.

Por otra parte, para los sistemas de demoras, roll on roll off y Sistema convencional, la mayor parte de las empresas indicó que para dichas actividades requerían determinada cantidad de personal, especificándose el puesto que cada uno desempeña en la misma, tal como lo hicieron las empresas Estibadora Caribe S.A. y COOPEUTBA R.L. para los sistemas de naves porta contenedores y naves convencionales, mientras que para el sistema de naves bananeras la información la suministraron las empresas Comercializadora ANFO S.A. y COOPEUTBA R.L. tal como se observa en la hoja de cálculo denominada OPEX. De la misma manera, para el Sistema de roll on roll off, las empresas Comercializadora ANFO S.A., SERVINA VE S.A. y COOPEUNITRAP R.L. reportaron la cuadrilla utilizada, y en el sistema convencional (hierro) lo reportaron las empresas Comercializadora ANFO S.A., SERVINA VE S.A., COOPEUTBA R.L., CADESA S.A. y COOPEUTBA.

Para la determinación de los costos en el sistema por demoras (naves porta contenedores), efectivamente se utilizó el registro de horas de cuatro empresas estibadoras y para determinar la cuadrilla promedio para dicha actividad, se utilizó el único detalle disponible suministrado por dos estibadoras, tal como lo indica el recurrente. Se consideró realizar el cálculo tarifario para dicho sistema tomando en cuenta que se contó con información, aún cuando la misma fue suministrada por dos de las cuatro estibadoras (50%), de manera que se determinaron los costos operativos para dicha actividad.

[]

Y finalmente, el oficio 29-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP manifestó en cuanto a este tema:

[]

Con respecto al primer argumento del recurso, sobre el tráfico de carga y su relación con la conformación de las cuadrillas, en lo que se pone de manifiesto una inconsistencia, dado que se considera la carga aún y cuando la empresa no reporta el tamaño de la cuadrilla, se señala que de acuerdo con lo que consta en el folio 14 y 15 del expediente ET-218-2008 y en la página 11 de la resolución recurrida (ver folio 368), para determinar las tarifas de los servicios de carga y descarga, estiba y desestiba de mercancías en los puertos de Limón y Moín, se consideró la información contable y estadística de 7 empresas estibadoras con respecto a las unidades de carga movilizadas, horas por demora y las cuadrillas empleadas en cada actividad, en términos generales y en algunos casos particulares se utilizó la información disponible que no necesariamente correspondía al total de la industria. Este proceder es correcto, ya que dada la restricción del regulador de conocer en forma perfecta una industria, se debe modelar la información para solventar la limitación y fijar tarifas lo más cercanas a la realidad para la industria, tal como lo señala el artículo 31 de la Ley 7593 y sus reformas.

Para determinar los costos necesarios en personal, se utilizó información de 11 actividades diferentes, llegándose a un número promedio de empleados por cuadrilla lo que se considera apegado a la técnica.

[]

Sobre este argumento en particular, se concuerda con los criterios técnicos que fundamentan las resoluciones RRG-9261-2008, RRG-10015-2009 y lo señalado en el oficio 29-ADJ-2010. Ergo, el rechazo de este argumento del recurrente está fundamentado.

II.- SOBRE EL SEGUNDO ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [RENTABILIDAD DEL 5% AL 15%]

(2) Sobre el margen de ganancia: A) Reconoce la resolución de marras que "El 15% de rédito o margen de ganancia considerado, el principio / de servicio al costo determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31. Debido a que estas actividades eran realizadas por JAPDEVA y las mismas fueron concesionadas, el porcentaje reconocido ha sido recomendado para la Junta de Administración Portuaria y Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), de acuerdo con estudios de regulación realizados para la actividad portuaria en el año 1998" (el resaltado y subrayado no pertenecen al original). B) Extraña la posición de la ARESEP en la presente resolución, ya que en la fijación de las tarifas del 2001, en la RRG-2372-2001, en el Considerando 16 se estableció "Que los análisis de los estados financieros de las empresas estibadoras, realizados en el pasado por JAPDEVA, como el análisis actual, revelan que el margen sobre el gasto total es de un 5% aproximadamente. Este valor se utiliza en el modelo de costos propuesto". C) Esta nueva posición del ente regulador se contrapone con la resolución del 2001, máxime que en la actualidad se

hace referencia a un estudio de JAPDEVA de 1998, el cual no fue acogido en el 2001, y extrañamente en esa época se acogió el esquema tradicional aplicado por la Junta Portuaria en el pasado, es decir, el margen de ganancia era del 5% y fue acogido por ARESEP en el 2001, y en la actualidad se desconoce ese esquema de cálculo y se dispone un 10% de incremento en el margen de ganancia sin sustento alguno, y que genera parte del aumento desmedido en las tarifas fijadas.

De previo a dar respuesta al anterior argumento del recurrente, se debe analizar conjuntamente: [1] la resolución recurrida RRG-9261-2008, [2] la resolución RRG-10015-2009 del 20 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de la empresa recurrente NAVE, y finalmente lo manifestado en [3] el oficio 29-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP.

Sobre el tema en particular, analizó la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

[]

METODOLOGÍA TARIFARIA

La metodología tarifaria utilizada para el cálculo de las tarifas de la industria de estiba y desestiba es la denominada [sic] costo del servicio prestado o tasa interna de retorno. Esta metodología determina la tarifa a través de la siguiente ecuación:

FÓRMULA: $CSP = O+G+D+R$

Donde:

CSP = Costo del Servicio Prestado.
O = Gastos de Operación
G = Gastos Administración y Generales
D = Depreciación
R = Rentabilidad o Rédito para Desarrollo

Debido a las características particulares del servicio de estiba y desestiba en el cual no existe una inversión intensiva en activos de capital, el gasto de depreciación y la rentabilidad sobre le activo fijo pierde importancia como medio de cálculo tarifario, en cambio su principal rubro de erogación los salarios y las cargas sociales producto de las planillas contratadas para llevar a cabo estos servicios, cobra especial relevancia, al punto de que se torna como el principal determinante de los costos de esta actividad (85,26% del total de los costos de la actividad), conjuntamente con una tasa de ganancia, como sustituto de la rentabilidad.

Partiendo de esta situación la Dirección de Servicios de Transportes determinó establecer tarifas para la actividad por cada servicio y modalidad de la siguiente forma:

- 1. Gastos de Operación: Gastos de la planilla salarial más cargas sociales.*
- 2. Gastos de Administración y Generales: Porcentaje promedio de los gastos administrativos sobre los gastos de operación de la mayoría de participantes de la actividad.*
- 3. Un porcentaje de rentabilidad sobre los costos totales.*
- 4. El total de costos de cada servicio que corresponde a la suma de los tres puntos anteriores, se divide entre el volumen promedio de carga movilizada para cada modalidad de acuerdo con la información brindada por las estibadoras.*

[]

3. Rentabilidad:

Debido a que las operadoras de la actividad tienen como principal costo el pago por salarios y cargas sociales, y no requieren de inversiones para la compra de maquinaria y equipo en forma intensiva, las utilidades que la misma obtiene son equivalentes a un margen de ganancias que se calcula sobre los costos. En este caso, dicho margen corresponde a un 15% sobre los costos totales. En el próximo cuadro se indica este detalle por cada modalidad y tipo de carga:

CUADRO N° 5
(Cifras en colones)
(Julio 2007-junio 2008)

Tipo de carga	Costos totales + rentabilidad
Sistema Convencional	
Mercadería General	11.364.607.227,3
Hierro	18.564.168.795,4
Sistema roll on roll off	
Sistema roll on roll off	95.933.767,1
Sistema porta contenedor	
Con grúa pórtica	89.382.078,3
Con grúa nave	341.156.400,0
Sistema bananero y fruta fresca	
Paletizado	1.245.295.222,6
Kilo paletizado	4.801.574,9
Fruta Contenerizada	227.001.816,3
Estibador pallet	3.429.065,7
Sistemas trasiegos y vacíos	
Nave porta contenedor	18.356.441,3
Contenedores y furgones vacíos	146.764.094,8
Sistema de demoras	
Naves Convencionales	16.493.277,9
Naves roll on roll off	759.279,5
Naves porta contenedores	21.300.461,8
Naves bananeras	434.010.552,8

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información brindada por las empresas

4. Costos Totales y Rentabilidad :

El resumen de los costos totales: operativos y administrativos, más la rentabilidad por modalidad y tipo de carga se muestra en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 6
Cifras en colones
(Julio 2007-junio 2008)

	Costos operativos	Costos administrativos	Costos totales + rentabilidad
Sistema Convencional			
<i>Mercadería General</i>	8.425.471.967	1.456.795.187	11.364.607.227
<i>Hierro</i>	13.763.069.910	2.379.685.564	18.564.168.795
Sistema roll on roll off			
<i>Sistema roll on roll off</i>	71.123.203	12.297.464	95.933.767
Sistema porta contenedor			
<i>Con grúa pórtico</i>	66.265.924	11.457.623	89.382.078
<i>Con grúa nave</i>	252.925.915	43.731.824	341.156.400
Sistema bananero y fruta fresca			
<i>Paletizado</i>	923.234.722	159.630.689	1.245.295.223
<i>Kilo paletizado</i>	3.559.783	615.500	4.801.575
<i>Fruta Contenerizada</i>	168.294.196	29.098.687	227.001.816
<i>Estibador pallet</i>	2.542.235	439.562	3.429.066
Sistemas trasiegos y vacíos			
<i>Nave porta contenedor</i>	13.609.065	2.353.058	18.356.441
<i>Contenedores y furgones vacíos</i>	108.807.699	18.813.253	146.764.095
Sistema de demoras			
<i>Naves Convencionales</i>	12.227.757	2.114.224	16.493.278
<i>Naves roll on roll off</i>	562.913	97.330	759.279
<i>Naves porta contenedores</i>	15.791.698	2.730.443	21.300.462
<i>Naves bananeras</i>	321.765.959	55.634.521	434.010.553

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información brindada por las empresas

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10015-2009 se dijo:

[]

Sobre el margen de ganancia

En relación con el 15% de rédito o margen de ganancia considerado, se indica que con base en el principio de servicio al costo por medio del cual se determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos y debido a que estas actividades eran realizadas por JAPDEVA, las cuales fueron otorgadas mediante concesión, el porcentaje reconocido ha sido recomendado para la Junta de Administración Portuaria y Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), de acuerdo con estudios de regulación realizados para la actividad portuaria en el año 1998. Esta determinación no es una contraposición a la resolución del año 2001 como lo plantea el recurrente, sino más bien un ajuste producto de razonamientos más técnicos que en pos del servicio al costo busca una rentabilidad justa para las empresas y que permita que la actividad se desarrolle debidamente [...]

Y finalmente, el oficio 29-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP manifestó en cuanto a este tema:

[]

En el segundo motivo del recurso, el apelante señala que el 15% de rédito o margen de ganancia considerado en la resolución recurrida, se contrapone con la resolución de 2001, en la que se acogió el esquema tradicional aplicado por JAPDEVA en el que se otorgaba un margen de ganancia del 5%, y en la actualidad se desconoce ese esquema de cálculo y se dispone un 10% de incremento en el margen de ganancia sin sustento alguno. Al respecto, en la resolución recurrida se señala sobre la rentabilidad:

Debido a que las operadoras de la actividad tienen como principal costo el pago por salarios y cargas sociales, y no requieren de inversiones para la compra de maquinaria y equipo en forma intensiva, las utilidades que la misma obtiene son equivalentes a un margen de ganancias que se calcula sobre los costos. En este caso, dicho margen corresponde a un 15% sobre los costos totales.

Claramente lleva razón el recurrente con respecto a la falta de fundamentación, por parte del Regulador General en la determinación del 15% de margen de rentabilidad, en lo que no lleva la razón es en el reclamo que realiza por el cambio de criterio con respecto al valor de dicho porcentaje, para lo cual tiene la competencia de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 7593 y sus reformas.

[]

Al realizar el análisis de lo anterior, se concluye que el nivel de rentabilidad del 15% se justificó, cuando se indica en la resolución recurrida que: debido a que las operadoras de la actividad tienen

como principal costo el pago por salarios y cargas sociales, y no requieren de inversiones para la compra de maquinaria y equipo en forma intensiva, las utilidades que la misma obtiene son equivalentes a un margen de ganancias que se calcula sobre los costos. En este caso, dicho margen corresponde a un 15% sobre los costos totales, lo cual no debe confundirse con una falta de fundamentación de la resolución al haber pasado de una rentabilidad del 5% (en 2001) a un 15% (en 2008).

A criterio de esta Dirección General, la decisión de otorgar un 15% de rentabilidad se encuentra justificada en la resolución recurrida, por lo que no es de recibo el argumento del recurrente. Por esa razón no coincidimos con lo señalado en este sentido en el oficio 29-ADJ-2010

III.- SOBRE EL TERCER ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [INCREMENTO SALARIAL DEL PRIMER SEMESTRE DE 2009]

[3) Sobre la proyección de las variables. A) Señala la resolución de marras en la respuesta a las posiciones de Estibadora Caribe S. A.; Comercializadora ANFO S. A., COOPEUNITRAP R.L; SERVINAVE y SERPORATLAS S.A, "Tiene razón el opositor, se considerará la inclusión del 7% de aumento salarial para el próximo año, ya que efectivamente el impacto tarifario de este estudio será en el 2009 y ya conocemos que el primer ajuste de ese año es alrededor del 7%". B) Este criterio de la Dirección de Servicios de Transportes, implica un ajuste adicional sobre el 85,26% del total de los costos de la actividad, es decir, si el cálculo tarifario discutido en la audiencia pública consideró los costos y el tráfico de carga a junio del 2008, y generaba un ajuste tarifario importante y desmedido, al considerar el incremento salarial del primer semestre del 2009, implica otra inconsistencia en el cálculo tarifario ya que se ajustan los costos pero no se indica la proyección del tráfico de carga y de las horas de los diferentes tipos de carga.

Continuando con el orden de estudio, de previo a dar respuesta a este argumento del recurrente, se deberá analizar al respecto entonces de igual forma: **[1]** la resolución recurrida RRG-9261-2008, **[2]** la resolución RRG-10015-2009 del 20 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de la empresa recurrente NAVE, y finalmente lo manifestado en **[3]** el oficio 29-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP.

Sobre el tema en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

[]

A la vez se consideraron los salarios mínimos establecidos por ley para el segundo semestre del año 2008, según decreto N° 34612-MTSS del Ministerios de Trabajo y Seguridad Social de fecha 26 de junio de 2008, más un adicional del 7% que corresponde al aumento aprobado al sector privado, así como la información proporcionada por la Junta de Administración Portuaria y Desarrollo Económico de la

Vertiente Atlántica Puerto Limón (JAPDEVA), respecto a los salarios por hora. Y para efectos de las cargas sociales se estima un 47.83%. Seguidamente se muestra un detalle de los costos salariales y cargas sociales que en total corresponden a los costos totales que por este concepto se considera para cada modalidad y tipo de carga, equivalente para este análisis al total de gastos operativos.

CUADRO N° 2
De julio de 2007 a junio 2008
(Cifras en colones)

Tipo de carga	Costos Salariales y Cargas Sociales/cuadrilla promedio
Sistema Convencional	
Mercadería General	8.425.471.966,86
Hierro	13.763.069.910,38
Sistema roll on roll off	
Sistema roll on roll off	71.123.202,87
Sistema porta contenedor	
Con grúa pórtica	66.265.923,63
Con grúa nave	252.925.915,27
Sistema bananero y fruta fresca	
Paletizado	923.234.721,51
Kilo paletizado	3.559.782,93
Fruta Contenerizada	168.294.196,31
Estibador pallet	2.542.234,57
Sistemas trasiegos y vacíos	
Nave porta contenedor	13.609.065,31
Contenedores y furgones vacíos	108.807.699,36
Sistema de demoras	
Naves Convencionales	12.227.756,58
Naves roll on roll off	562.913,23
Naves porta contenedores	15.791.697,87
Naves bananeras	321.765.959,23
Total	24.149.252.946,1

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información de las empresas

[]

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10015-2009 se dijo:

[]

Sobre la proyección de las variables

Lo indicado por el opositor es cierto, ya que el modelo considera como mayor rubro para la operación de esta actividad a los salarios y cargas sociales, que en conjunto suman un 86% de los costos de la actividad. Como se ha mencionado, el aplicar el 7% de aumento a los salarios no tiene como intención más que lograr un mejor reflejo del servicio al costo, conociendo que el porcentaje ya está aprobado y precisamente para el plazo en que se esperan entren a regir las tarifas.

Considerando que el costo principal para desarrollar el transporte de mercancías en los puertos de Limón y Moín es la mano de obra, en el informe preliminar se estableció el costo por salarios con base en lo aprobado por el Ministerio de Trabajo para el segundo semestre del 2008 (Decreto N° 34612-MTSS del veintiséis de junio de 2008), sin embargo se tomó en cuenta la proximidad con el primer semestre del 2009, fecha en la que se comenzaría a aplicar el ajuste tarifario y se determinó ajustar dicha variable con base en el incremento aprobado del 7% (Decreto N° 34937-MTSS del veintiocho de octubre de 2008).

En cuanto a la carga movilizada, la variación esperada para los primeros seis meses del año era mínima como para afectar el cálculo tarifario, por lo que no se consideró oportuno realizar dicho análisis.

[]

Y finalmente, el oficio 29-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP manifestó en cuanto a este tema:

[]

Sobre el tercer motivo del recurso, en el que se señala que al considerarse en el cálculo tarifario el incremento salarial del primer semestre del 2009, implica otra inconsistencia en el cálculo tarifario y se genera un ajuste tarifario importante y desmedido, se señala que la resolución recurrida se dictó el 21 de noviembre de 2008 y se publicó en La Gaceta del 4 de diciembre de 2008, por lo que se reconoció por adelantado el gasto y además en contra de lo dispuesto por la Junta Directiva de la ARESEP que en sesión 15-2004 acordó:

ACUERDO 004-015- 2004

□□

- b) *Encargar a la Reguladora General para que instruya a las Direcciones Técnicas para que incluyan como parte de sus metodologías de cálculo tarifario los siguientes procedimientos:*

*- Actualizar a la fecha de celebración de la audiencia pública las siguientes variables: **Salarios mínimos**, tipo de cambio de venta del dólar de los Estados Unidos de América con respecto al colón y precio de los combustibles.*

- La actualización de estas variables no será extensiva a las fases recursivas.□

De la [sic] transcrito se concluye claramente que los salarios a considerar en la fijación tarifaria eran los vigentes al 17 de noviembre de 2008, fecha en que se realizó la audiencia pública, por lo que lleva razón el recurrente.

[□]□

Para poder dar respuesta a este argumento, debe tomarse en cuenta que las tarifas de los servicios de carga, descarga, estiba y desestiba se fijan con base en un análisis de costos de la prestación del servicio, estos costos son: gastos de operación, gastos administrativos y generales y una rentabilidad o rédito para el desarrollo. En este caso específico no se incluye depreciación porque, debido a las características del servicio, el mismo es intensivo en mano de obra; una vez analizados los gastos reales se hace una proyección para incluir variables conocidas que influyen en los resultados futuros, como es el caso de los aumentos salariales.

En estricto sentido, se podría pensar que para efectos de calcular los ingresos (o tarifas) se debió considerar para el año 2008 (27 días) los salarios vigentes para el segundo semestre del 2008 y que para las proyecciones del 2009 los salarios vigentes a partir del 1 de enero de 2009.

Es nuestro criterio que aunque existe un pequeño desfase entre la entrada en vigencia de las tarifas y la aplicación del aumento salarial establecido mediante el Decreto No. 34937-MTSS del 28 de octubre de 2008, debe verse más allá del dato y enfocarse en el análisis dinámico de la regulación económica, en que las decisiones regulatorias son a largo plazo y por lo tanto las estructuras y niveles tarifarios deben ser los óptimos desde ese punto de vista. Y en el caso particular de los costos incluidos en el cálculo de estas tarifas, debemos indicar que existía a la fecha del mismo un rezago de 8 años desde la última revisión de costos para estos servicios efectuada en el año 2001; es por eso que hacer un análisis de días no aplica para este caso, ya que el rezago tarifario es mucho mayor. Por lo tanto el rechazo de este argumento del recurrente está fundamentado. Es por esta razón que no coincidimos con el análisis del oficio 29-AJD-2010 sobre este argumento.

IV.- SOBRE EL CUARTO ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [DOLARIZACIÓN DE LAS TARIFAS]

[4) Sobre la dolarización de la tarifa. A) Indica la Resolución del Regulador General: "Se considera recomendable que dado que la actividad comercial se realiza por efectos de importaciones o exportaciones, así como que todo el resto de actividades portuarias están tarifadas en dólares, las tarifas para el servicio de carga, descarga, estiba, desestiba y manejo de mercancías en el complejo portuario de Limón y Moín se cobren en dólares; por lo que se considera como tipo de cambio de referencia 551,47 colones por dólar de fecha 17 de noviembre de 2008, fecha de la audiencia pública" (el subrayado no pertenece al original). B) Amén de que ARESEP trata de justificar la dolarización de la tarifa del servicio de estiba, el mecanismo empleado traduce las tarifas determinadas en colones al tipo de cambio del 17 de noviembre del 2008; sin embargo, si los salarios considerados en el cálculo tarifario incluye el aumento salarial del primer semestre del 2009, lo mínimo es considerar el tipo de cambio promedio del próximo año, con lo cual se daría un mecanismo de dolarización consistente técnicamente.

De previo a dar respuesta a este argumento del recurrente, se deberán analizar al respecto entonces de igual forma: **[1]** la resolución recurrida RRG-9261-2008, **[2]** la resolución RRG-10015-2009 del 20 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de la empresa recurrente NAVE, y finalmente lo manifestado en **[3]** el oficio 29-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP.

Sobre el tema en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

[]

Tarifas dolarizadas

El oficio 0678-DASTR-2004 del 9 de setiembre del 2004 dice al respecto lo siguiente:

Por su parte la Procuraduría General de la República mediante el oficio C-302-2003 del 6 de octubre remitido al Ing. Urias Ugalde Varela, gerente general del INCOP, dice sobre el tema en cuestión más específicamente refiriéndose las tarifas en dólares para los puertos en Costa Rica, y en alusión al mencionado voto de la Sala Constitucional:

Empero, dada su redacción tan amplia, al hablar de actos en general, posibilita que, cuanto existan razones de interés público, las tarifas o los precios públicos puedan ser establecidos y facturados en moneda extranjera. Como es bien sabido, la tarifa es el precio que se fija, en nuestro medio, por lo general, por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por concepto de la prestación de un determinado servicio público. Visto desde la óptica del usuario, sería aquella prestación que debe satisfacer, por lo general en dinero, a la entidad prestataria por el servicio recibido. Con base en lo anterior, a pesar de que la tarifa como tal tiene una connotación especial y particular, es posible

subsumirla dentro del concepto "acto" que utiliza el numeral 48 de la Ley N° 7558.

Ahora bien, la autorización que se deriva del ordenamiento jurídico no es irrestricta. Como toda potestad pública tiene sus límites. Con base en lo anterior, solo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone. Pero en tales casos, de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), así con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales, según la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, tienen rango constitucional, deberá estar plenamente justificado y comprobado tal hecho. (el subrayado no es del original).

Ante esta circunstancia, se debe ser sumamente cuidadoso al momento de admitir que la tarifa de un determinado servicio público regulado pueda ser facturado en dólares y cobrado en colones (al tipo de cambio del momento). En los casos del servicio público no tiene cabida suponer que al tener éste un fuerte componente de inversión financiada externamente, o bien, de adquisición en el exterior, ello incida en que la tarifa debe ser cobrada en dólares, más bien, el factor de decisión debe ser correspondiente con el tipo de usuario al cual se le brinda el servicio.

En conclusión y bajo el razonamiento expuesto, se excluyen como sujetos de facturación en dólares la mayoría de servicios públicos que regula DASTRA, siendo factible únicamente en aquellos servicios, donde inclusive por efectos prácticos para sus clientes, la facturación en dólares sería preferible, esto es en: puertos, suministro de agua a barcos, estiba y Aeropuertos internacionales, sin dejar de lado que siempre deberán presentarse razones obvias y de peso para ello.

Con lo anterior queremos indicar que las fijaciones de tarifas en dólares no dependen de los costos en dólares que manejen, sino más bien de las necesidades y facilidades para la actividad de que se trate. En el caso de puertos esta situación es aceptada por punto de operación (entradas y salidas del país) desde hace ya bastante tiempo, y no tiene sentido que todas las actividades del puerto se facturen en dólares y la actividad de estiba y desestiba no. Adicionalmente esta situación estaría manteniendo constante los costos del servicio, con lo que los aumentos tarifarios serían menos necesarios; sin que esto signifique que se renuncie de nuestra parte a las revisiones tarifarias.

Se considera recomendable que dado que la actividad comercial se realiza por efectos de importaciones o exportaciones, así como que todo el resto de actividades portuarias están tarifadas en dólares, las tarifas para el servicio de carga, descarga, estiba, desestiba y manejo de mercancías en el complejo portuario de Limón y Moín se cobren en dólares; por lo que se considera como tipo de cambio de referencia

551,47 colones por dólar de fecha 17 de noviembre de 2008, fecha de la audiencia pública.

Las tarifas en dólares se pueden observar en el siguiente pliego tarifario:

Tipo de carga	Unidad	Tarifa Máxima
Sistema Convencional		
Mercadería General	Tonelada	3,81
Hierro	Tonelada	3,45
Sistema roll on roll off		
Sistema roll on roll off	Movimiento	16,63
Sistema porta contenedor		
Con grúa portico	Movimiento	15,23
Con grúa nave	Movimiento	18,97
Sistema bananero y fruta fresca		
Paletizado	Caja 20 kg	0,11
Kilo paletizado	Kilo	0,0048
Fruta Contenerizada	Movimiento	23,96
Estibador pallet	Caja de 20 Kg	0,112
Kilo estibador Pallet	Kilo	0,006
Sistemas trasiegos y vacíos		
Nave convencional	Tonelada	nd
Nave porta contenedor	Movimiento	11,75
Contenedores y furgones vacíos	Movimiento	13,7
Sistemas bodegas y patios		
Mercadería General	Tonelada	nd
Hierro y Lingotes	Tonelada	nd
Sistema carga paletizada	Tonelada	nd
Sistema de demoras		
Naves Convencionales	Hora	71,26
Naves roll on roll off	Hora	54,21
Naves porta contenedores	Hora	111,38
Naves bananeras	Hora	98,59

[.]□

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10015-2009 se dijo:

Sobre la dolarización de las tarifas

Para la determinación de las tarifas en dólares, se utilizó el tipo de cambio indicado por el Banco Central el día de la audiencia pública tal y como lo indican los procedimientos de uso generalizado en la Autoridad Reguladora.

Recomendación:

En concordancia con lo señalado, la Dirección de Servicios de Transportes recomienda rechazar el recurso presentado por la Cámara Nacional de Vapores □ NAVE- y se mantenga lo dispuesto en la resolución recurrida (□). □

Oficio 948-DITRA-2009 del 17 de agosto de 2009

Sobre las tarifas en Dólares

(□)En primer lugar es importante aclarar que no es la primera vez que este tema se plantea, el 14 de octubre del 2003 la Junta Directiva solicitó un análisis similar con el acuerdo 004-061-2003 y aunque no tomó una decisión en concreto, sí mantuvo las tarifas fijadas en dólares que ya en esa época incluían las siguientes:

- a. *Tarifas de alta tensión del ICE.*
- b. *Compra del ICE a cogeneradores privados.*
- c. *Tarifas de los combustibles IFO 380*
- d. *Concesión de Obra Pública.*
- e. *Tarifas de telefonía internacional.*
- f. *Servicio de Internet Avanzado.*
- g. *Transporte de carga y turismo por ferrocarril.*
- h. *Puertos de JAPEVA E INCOP*
- i. *Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.*

El fundamento legal que sea ha utilizado para mantener esas tarifas en dólares es el siguiente:

- a. *Voto 3495-92 Sala Constitucional: Recurso contra Ley de la Moneda N° 6965. Toda determinación de precios en Costa Rica debe de expresarse en colones. Sin embargo, podrán celebrarse contratos en monedas extranjeras.*
- b. *Artículo 48 Ley 7558 Orgánica del BCCR: Los actos, contratos y obligaciones en moneda extranjera podrán ser pagados en colones.*
- c. *Artículo 12 Sesión 4070-85 BCCR: Autorización según JAPDEVA para el cobro de tarifas en dólares.*
- d. *Posición de la Asesoría Jurídica INCOP Of. 327-DAJ-03 (consulta INCOP): El artículo 49 de la Ley Orgánica del BCCR, el decreto de tarifas del INCOP, la*

normativa que rige las transacciones en dólares y pronunciamientos de la SUGEF justifican la facturación en esa moneda.

- e. Posición de la Junta Directiva de ARESEP Of 667-SJD-03 (consulta INCOP): El INCOP puede solicitar sus tarifas en dólares a la ARESEP y ésta fijarlas. A opción del deudor, el pago de las tarifas por los servicios portuarios recibidos, puede hacerlo en colones o en la moneda extranjera en que se facturen (no es un acuerdo de Junta Directiva).*
- f. C-302-2003 Procuraduría General (consulta INCOP): El INCOP puede facturar en dólares el cobro de las tarifas fijadas por la ARESEP en esa moneda, aceptando el pago en colones al cambio del día.*
- g. Posición de la Dirección Jurídica Of. 766-DJE-04: Comparte el criterio de la Procuraduría.*

Por su parte, el fundamento técnico que en resumen han vertido las direcciones técnicas de la Aresep al respecto, es que no se debe suponer que solo por tener el servicio público un fuerte componente de inversión financiada externamente, o bien, de adquisición en el exterior, incida en que la tarifa debe ser cobrada en dólares, más bien, el factor de decisión debe ser correspondiente con el tipo de usuario al cual se le brinda el servicio. Si se supusiera lo primero, la mayoría de servicios públicos de capital intensivo, como energía, agua, teléfonos y combustibles deberían ser cobrados en dólares, pero obviamente no sería congruente con la condición de la mayoría de los usuarios que obviamente recibe su remuneración en colones.

Para el caso específico de la actividad de la estiba que es el caso sobre el cual se recurre, no dimos a la tarea de realizar un análisis simple en un determinado periodo histórico con el objetivo de determinar la diferencia porcentual en el cual la devaluación superaría supuestamente a la inflación y luego mantener las tarifas en dólares, según los antecedentes técnicos y legales que citamos antes, pero con el ajuste de menos que encontráramos como diferencia. Esto bajo el supuesto de que las tarifas en dólares no solo no compensan la inflación, que es uno de sus principales objetivos, sino que produce una diferencia positiva a favor del operador.

En el cuadro N° 1, según se muestra seguidamente, se puede apreciar una comparación para el periodo 2003 al 2008 de las variaciones porcentuales de la tasa de inflación y del tipo de cambio promedio. Como se puede observar en el gráfico, históricamente en ese periodo la variación porcentual de la inflación ha estado por encima de la variación porcentual del tipo de cambio. En términos numéricos se puede notar que en promedio para ese periodo el tipo de cambio se muestra deficitaria en un 2% a efectos de compensar la variación de la inflación.

CUADRO N° 1							
INFLACIÓN - TIPO DE CAMBIO							
variaciones							
(2003-2008)							
							PROMEDIO
AÑO	2003	2004	2005	2006	2007	2008	
TIPO DE CAMBIO PROMEDIO	398,99	438,5	478,56	512,49	518,77	530,18	
VARIACIÓN PORCENTUAL T.C	10,82%	9,90%	9,14%	7,09%	1,23%	2,20%	6,73%
INFLACION ACUMULADA	9,87	13,13	14,07	9,43	10,81	13,90	
VARIACIÓN PORCENTUAL INFLACIÓN	1,89%	33,04%	7,21%	-32,98%	14,54%	28,66%	8,73%
DIFERENCIA TIPO DE CAMBIO / INFLACIÓN	8,93%	-23,14%	1,93%	40,07%	-13,32%	-26,46%	-2,00%

Fuente: Banco Central de Costa Rica

GRAFICO N°1

AÑO	VARIACIÓN PORCENTUAL T.C (%)	VARIACIÓN PORCENTUAL INFLACIÓN (%)
2003	10,82%	1,89%
2004	9,90%	33,04%
2005	9,14%	7,21%
2006	7,09%	-32,98%
2007	1,23%	14,54%
2008	2,20%	28,66%

CONCLUSIONES:

- Existe fundamento legal para la fijación de las tarifas en dólares, pero esta autorización no es irrestricta, como toda potestad pública tiene sus límites, por lo cual solo es posible fijar tarifas en moneda extranjera cuando las necesidades del servicio así lo imponen.
- Jurídicamente es posible que la ARESEP fije tarifas en dólares para los servicios públicos que regula, siempre que los actos tarifarios se rijan por la discrecionalidad, en cada caso, que tiene el órgano regulador para ejercer sus competencias.
- No se puede considerar que la fijación de tarifas en moneda extranjera dependa exclusivamente de que la empresa regulada tenga sus gastos ó costos en dólares, de ser así, usuarios que ganan en moneda local tendrían que pagar servicios populares, como la energía, el agua, el combustible, en moneda extranjera.
- En el periodo histórico del 2003 al 2008 el efecto de la variación en el tipo de cambio que afecta los ingresos de una tarifa en dólares no ha sido mayor al efecto de la inflación que afecta los gastos y costos de las empresas, con lo que esa condición no genera ganancias adicionales. ()

- II. En sesión 013-2011, del 23 de febrero de 2011, cuya acta fue ratificada el 08 de junio del 2011, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 329-AJD-2009/811 y el 72-DGJR-2011 de 4 de febrero de 2011, de cita, acordó por unanimidad: Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores (NAVE), contra la resolución RRG-9262-2008 del 21 de noviembre de 2008, y resolvió dar por agotada la vía administrativa.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores (NAVE), contra la resolución RRG-9262-2008 del 21 de noviembre de 2008 y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:
LA JUNTA DIRECTIVA
DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
RESUELVE

- I. Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores (NAVE), contra la resolución RRG-9262-2008 del 21 de noviembre de 2008.
 - II. Dar por agotada la vía administrativa.
- 3. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR LA CÁMARA DE EXPORTADORES DE COSTA RICA CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-9261-2008 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2008 DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL, EXPEDIENTE ET-218-2008.**

El señor Dennis Meléndez Howell, somete a consideración de los señores miembros de la Junta Directiva el Recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara de Exportadores de Costa Rica, contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008 dictada por el Regulador General, expediente ET-218-2008.

Ingresa la señora Karla Montero Víquez, Asesora Económica de la Dirección General de Asesoría Económica, quien se refiere al oficio 073-DGJR-2011 de fecha 04 de febrero de 2011, mediante el cual se atiende la solicitud de ampliación de criterio técnico 030-AJD-2010 de 23 de marzo de 2010, suscrito por la entonces asesoría técnica de la Junta Directiva, en virtud de la ampliación solicitada a esa Dirección por parte de dicha Junta Directiva, mediante acuerdo 007-041-2010, de la sesión extraordinaria 041-2010, celebrada el 11 de octubre de 2010 y ratificada el 27 del mismo mes.

Debidamente analizada la situación planteada en acuerdo 007-041-2010, en cuanto a los argumentos del recurrente, se concluye:

- a) Dolarización de las tarifas
- b) Tráfico de carga y la conformación de las cuadrillas
- c) El margen de rentabilidad del 5% al 15%.
- d) El equilibrio financiero de las concesionarias.

Sobre el primer argumento del recurrente, respecto de la dolarización de las tarifas, se manifestó que existe suficiente justificación técnica y regulatoria para expresar las tarifas en dólares. El rechazo de este argumento está justificado.

Sobre el segundo argumento del recurrente, en cuanto al tráfico de carga y la conformación de las cuadrillas, debemos de señalar que no se evidencia la existencia de discrepancia técnica o jurídica que deba ser ampliada por parte de esta Dirección General. Ergo, el rechazo de este argumento del recurrente está fundamentado.

Sobre el tercer argumento del recurrente, referido al margen de rentabilidad del 5% al 15%, se considera que el uso del 15% está incluido en la Metodología Tarifaria aplicada a estos servicios hasta la fecha. El rechazo de este argumento está justificado.

Sobre el cuarto argumento del recurrente, con relación al equilibrio financiero de las concesionarias, se debe aclarar, que se desarrolla ampliamente la conveniencia técnica de realizar una actualización de tarifas. Por lo tanto, el rechazo de este argumento está justificado.

Con fundamento en lo expuesto, se recomienda, salvo mejor criterio de la Junta Directiva: Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara de Exportadores de Costa Rica (CADEXCO), contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008.

La Junta Directiva luego de deliberar, por unanimidad resuelve:

ACUERDO 007-013-2011

1. Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara de Exportadores de Costa Rica (CADEXCO), contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Mediante resolución RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, el Regulador General en la, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Fijar para el servicio de carga, descarga, estiba y desestiba del Complejo Portuario Moín, las tarifas que se detallan en ese acto. II) Solicitar a las empresas estibadoras que presente la información que se detalla en ese acto (folio 358 al 395). Fue notificada a CADEXCO por fax transmitido el 4 de diciembre de 2008 (folio 395). Fue publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008 (folio 300 al 310).
- II. El 9 de diciembre de 2008, la Lic. Mónica Araya Esquivel, Presidenta con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Cámara de Exportadores de Costa Rica, (CADEXCO), según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-9261-2008 (folio 341 al 351).
- III. La Dirección de Servicios de Transporte por oficio 109-DITRA-2009/603 del 28 de enero de 2009, analizó los aspectos técnicos del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado (folio 422 al 429).
- IV. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 326-DAJ-2009/3412 del 15 de mayo de 2009, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fueran rechazados por el fondo, tanto la impugnación como el incidente de nulidad (folio 451 al 455).
- V. La Dirección de Servicios de Transporte por oficio 948-DITRA-2009/5954 del 17 de agosto de 2009, amplió el análisis técnico respecto de las impugnaciones planteadas por CADEXCO, NAVE y Cámara Nacional de Bananeros, con igual recomendación (folio 485 al 488).
- VI. El Regulador General en la RRG-10010-2009 de las 8:15 horas del 19 de agosto de 2009, resolvió I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por la Cámara de Exportadores de Costa Rica (CADEXCO), contra la RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008. II) Rechazar por el fondo el incidente de nulidad presentado por la Cámara de Exportadores de Costa Rica (CADEXCO), contra la RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008. III) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a las partes que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 494 al 508). Fue notificada a CADEXCO por fax transmitido el 24 de agosto de 2009 (folio 509).
- VII. No consta en autos que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.

- VIII. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 597-DAJ-2009/6604 del 8 de setiembre de 2009 con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio (folios 592 y 593).
- IX. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 320-AJD-2009/8114 del 29 de setiembre de 2009, en el que se recomienda a) Resolver con criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara de Exportadores de Costa Rica (CADEXCO), contra la RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General. b) Dar por agotada la vía administrativa, cuando se resuelva por el fondo la impugnación en subsidio.
- X. La Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el 030-AJD-2010 de 23 de marzo de 2010, mediante el cual recomienda ordenar el archivo del recurso subsidiario de apelación, RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008 porque hoy carece de interés modificar la resolución señalada.
- XI. La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en cumplimiento al acuerdo 007-041-2010, de la sesión extraordinaria 041-2010, de 11 de octubre de 2010, comunicado con oficio 487-SJD-2010 de 9 de noviembre de 2010; analizó el caso y mediante oficio 073-DGJR-2011 de 4 de febrero de 2011, recomendó rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara de Exportadores de Costa Rica (CADEXCO), contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008.
- XII. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. De los Oficios 319-AJD-2009/8114 y 73-DGJR-2011, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 319-AJD-2009

(□) En cumplimiento de lo ordenado por la Junta Directiva mediante Artículo Único inciso 6) de la Sesión Extraordinaria N° 027-2005 celebrada el 3 de agosto de 2005, se informa que el análisis de los autos tiene como propósito prevenir que el acto final que llegue a dictarse, contemple vicios que puedan causar nulidad de lo actuado. Una vez efectuado aquél se concluye que -en este caso- el procedimiento fue llevado a cabo conforme a la ley.

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación:

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por la Lic. Mónica Araya Esquivel, Presidenta con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Cámara de Exportadores de Costa Rica, (CADEXCO), según consta en autos, la

que es opositora a la petición de tarifas y destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente al ser parte del procedimiento, ostenta legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L.G.A.P., en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-9261-2008 fue publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008 (folio 300 al 310), fue notificada a CADEXCO por fax transmitido el 4 de diciembre de 2008 (folio 395) y que el recurso fue presentado el 9 de diciembre de 2008 (folio 341 al 351).

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

En cuanto a los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación:

De previo se informa que si bien el Regulador General rechazó por el fondo un incidente de nulidad de la recurrente, del análisis de lo argumentado no se encuentra ningún elemento que pueda considerarse como alegato de una nulidad.

Los argumentos son de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio sobre ellos.

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

Conclusiones:

- a) La Lic. Mónica Araya Esquivel, Presidenta con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de CADEXCO, ostenta legitimación activa para actuar en el expediente.
- b) La impugnación subsidiaria fue presentada dentro del plazo legal.
- c) Los argumentos son de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio sobre ellos. ()

Oficio 73-DGJR-2011

PRECISIÓN NECESARIA

En este informe se hará referencia al análisis de la resolución recurrida RRG-9261-2008 de 21 de noviembre de 2008, mediante la cual se fijaron las tarifas para el servicio de carga,

descarga, estiba y desestiba del Complejo Portuario Limón-Moín, con base en el criterio técnico emitido por la Dirección de Servicios de Transportes (DITRA) mediante el oficio 1385-DITRA-2010 de fecha 20 de noviembre de 2008, la resolución RRG-10010-2009 del 19 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de CADEXCO, y finalmente, lo manifestado en el oficio 30-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP, en virtud de la ampliación solicitada a esta Dirección General por parte de la Junta Directiva mediante acuerdo 007-041-2010 de la sesión extraordinaria 041-2010 celebrada el día 11 de octubre de 2010 y ratificada el día 27 del mismo mes y año.

ANÁLISIS DEL CASO

A continuación se transcribirán resumidamente los argumentos del recurrente, para su correspondiente análisis.

En ese sentido, tenemos:

I.- SOBRE EL PRIMER ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [TARIFAS DOLARIZADAS]

(1) TARIFAS DOLARIZADAS. La Procuraduría General de la República en el dictamen C-302-2003 del 6 de octubre de 2003 estableció que "solo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone." En este punto la resolución impugnada estableció lo siguiente: "En el caso de los puertos esta situación es aceptada por punto de operación (entradas y salidas del país) desde hace ya bastante tiempo, y no tiene sentido que todas las actividades del puerto se facturen en dólares y la actividad de estiba y desestiba no. Adicionalmente esta situación estaría manteniendo constante los costos del servicio, con lo que los aumentos tarifarios serían menos necesarios; sin que esto signifique que se renuncie de nuestra parte a las revisiones tarifarias. // Se considera recomendable que dado que la actividad comercial se realiza por efectos de importaciones o exportaciones, así como que todo el resto de las actividades portuarias están tarifadas en dólares, las tarifas para el servicio de carga, estiba, desestiba y manejo de mercancías en el complejo portuario de Limón y Moín se cobren en dólares..." (p. 76 de La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008) // En primer lugar, no existe en el expediente demostración de la "necesidad" de que se facture en dólares. // La resolución tiene como base una presunción de que solo por tratarse de un puerto, todas las tarifas deben dolarizarse, estableciéndose una falacia de seguimiento entre el hecho que se está en presencia de actividades de importación y exportación y que por lo tanto las tarifas deben dolarizarse. // La carga, estiba y desestiba no son actividades de importación o exportación, sino de apoyo a éstas, por lo tanto, lo que se establezca para estas últimas no tiene porque "transmitirse" a la primeras como presume la resolución cuestionada. // De igual forma, no se demuestra la necesidad por el hecho que el resto de las actividades portuarias están "tarifadas en dólares". // Tampoco queda demostrada la necesidad cuando se indica que "el establecer tarifas en dólares facilitará las transacciones que se realicen en esta actividad tal como se aplica en otros puertos internacionales..." (p.80 de La Gaceta

235 del 4 de diciembre de 2008) // En realidad no existe fundamentación técnica de porque se facilitarán las transacciones, dado que desde el año 2001 se han aplicado las tarifas en colones sin que esto haya sido obstáculo para las transacciones, lo cual también implica violación del principio de motivación de los actos administrativos. // Un primer hecho cierto consiste en que las empresas de estiba son todas empresas nacionales que operan en Costa Rica y sus clientes son empresas exportadoras costarricenses. // Un segundo hecho cierto que consta en el expediente consiste en que el principal costo de la estiba son los salarios y cargas sociales los que representan 85,26% de los costos de la actividad, y estos costos están en colones. // En consecuencia, no habiéndose demostrado la necesidad de facturar en dólares salvo las presunciones contenidas en la resolución, el hecho demostrable aplicando parámetros objetivos de técnica y ciencia con base en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública consiste en que el principal costo son los salarios y cargas sociales en colones y que por lo tanto no se justifican las tarifas en dólares dado que no estamos frente a actividades de exportación o importación, sino actividades de apoyo a estas. □

De previo a dar respuesta al anterior argumento del recurrente, se debe analizar conjuntamente al respecto: [1] la resolución recurrida RRG-9261-2008, la [2] resolución RRG-10010-2009 del 19 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de CADEXCO, [3] el oficio 30-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP, y finalmente [4] el dictamen C-302-2003 de la Procuraduría General de la República.

Sobre estos temas en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

[]

Tarifas dolarizadas

El oficio 0678-DASTR-2004 del 9 de setiembre del 2004 dice al respecto lo siguiente:

Por su parte la Procuraduría General de la República mediante el oficio C-302-2003 del 6 de octubre remitido al Ing. Urias Ugalde Varela, gerente general del INCOP, dice sobre el tema en cuestión más específicamente refiriéndose las tarifas en dólares para los puertos en Costa Rica, y en alusión al mencionado voto de la Sala Constitucional:

Empero, dada su redacción tan amplia, al hablar de actos en general, posibilita que, cuanto existan razones de interés público, las tarifas o los precios públicos puedan ser establecidos y facturados en moneda extranjera. Como es bien sabido, la tarifa es el precio que se fija, en nuestro medio, por lo general, por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por concepto de la prestación de un determinado servicio público. Visto desde la óptica del usuario, sería aquella prestación que debe

satisfacer, por lo general en dinero, a la entidad prestataria por el servicio recibido. Con base en lo anterior, a pesar de que la tarifa como tal tiene una connotación especial y particular, es posible subsumirla dentro del concepto "acto" que utiliza el numeral 48 de la Ley N° 7558.

Ahora bien, la autorización que se deriva del ordenamiento jurídico no es irrestricta. Como toda potestad pública tiene sus límites. Con base en lo anterior, solo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone. Pero en tales casos, de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), así con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales, según la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, tienen rango constitucional, deberá estar plenamente justificado y comprobado tal hecho. (el subrayado no es del original).

Ante esta circunstancia, se debe ser sumamente cuidadoso al momento de admitir que la tarifa de un determinado servicio público regulado pueda ser facturado en dólares y cobrado en colones (al tipo de cambio del momento). En los casos del servicio público no tiene cabida suponer que al tener éste un fuerte componente de inversión financiada externamente, o bien, de adquisición en el exterior, ello incida en que la tarifa debe ser cobrada en dólares, más bien, el factor de decisión debe ser correspondiente con el tipo de usuario al cual se le brinda el servicio.

En conclusión y bajo el razonamiento expuesto, se excluyen como sujetos de facturación en dólares la mayoría de servicios públicos que regula DASTRA, siendo factible únicamente en aquellos servicios, donde inclusive por efectos prácticos para sus clientes, la facturación en dólares sería preferible, esto es en: puertos, suministro de agua a barcos, estiba y Aeropuertos internacionales, sin dejar de lado que siempre deberán presentarse razones obvias y de peso para ello.

Con lo anterior queremos indicar que las fijaciones de tarifas en dólares no dependen de los costos en dólares que manejen, sino más bien de las necesidades y facilidades para la actividad de que se trate. En el caso de puertos esta situación es aceptada por punto de operación (entradas y salidas del país) desde hace ya bastante tiempo, y no tiene sentido que todas las actividades del puerto se facturen en dólares y la actividad de estiba y desestiba no. Adicionalmente esta situación estaría manteniendo constante los costos del servicio, con lo que los aumentos tarifarios serían menos necesarios; sin que esto signifique que se renuncie de nuestra parte a las revisiones tarifarias.

Se considera recomendable que dado que la actividad comercial se realiza por efectos de importaciones o exportaciones, así como que todo el resto de actividades portuarias están tarifadas en dólares, las tarifas para el servicio de carga, descarga, estiba, desestiba y manejo de mercancías en el complejo portuario de Limón y Moín se cobren en dólares; por lo que se considera como tipo de cambio de referencia

551,47 colones por dólar de fecha 17 de noviembre de 2008, fecha de la audiencia pública.

Las tarifas en dólares se pueden observar en el siguiente pliego tarifario:

Tipo de carga	Unidad	Tarifa Máxima
Sistema Convencional		
Mercadería General	Tonelada	3,81
Hierro	Tonelada	3,45
Sistema roll on roll off		
Sistema roll on roll off	Movimiento	16,63
Sistema porta contenedor		
Con grúa portico	Movimiento	15,23
Con grúa nave	Movimiento	18,97
Sistema bananero y fruta fresca		
Paletizado	Caja 20 kg	0,11
Kilo paletizado	Kilo	0,0048
Fruta Contenerizada	Movimiento	23,96
Estibador pallet	Caja de 20 Kg	0,112
Kilo estibador Pallet	Kilo	0,006
Sistemas trasiegos y vacíos		
Nave convencional	Tonelada	nd
Nave porta contenedor	Movimiento	11,75
Contenedores y furgones vacíos	Movimiento	13,7
Sistemas bodegas y patios		
Mercadería General	Tonelada	nd
Hierro y Lingotes	Tonelada	nd
Sistema carga paletizada	Tonelada	nd
Sistema de demoras		
Naves Convencionales	Hora	71,26
Naves roll on roll off	Hora	54,21
Naves porta contenedores	Hora	111,38

[]

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución ~~RPG-10010-2009~~ ~~10010-2009~~ se dijo:

[]

Oficio 109-DITRA-2009 del 28 de enero de 2009.

() B. Criterio Técnico:

Tarifas dolarizadas

Las principales razones que consideró la ARESEP para fijar las tarifas de estos servicios en dólares, amparado al criterio de la Procuraduría General de la República mediante el oficio C-302-2003 del 6 de octubre del 2003 que dice:

Ahora bien, la autorización que se deriva del ordenamiento jurídico no es irrestricta. Como toda potestad pública tiene sus límites. Con base en lo anterior, solo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone. Pero en tales casos, de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), así con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales, según la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, tienen rango constitucional, deberá estar plenamente justificado y comprobado tal hecho. (el subrayado no es del original).

Las tarifas fijadas en dólares procuran evitar la pérdida del valor adquisitivo del colón y, desde el punto de vista de la regulación, pueden ser facturadas en esa moneda. Desde luego legalmente el deudor tiene la opción de pagar el servicio en moneda extranjera o en colones al tipo de cambio del día en que se prestó el servicio, de conformidad con lo permitido en el artículo 48 de la Ley Orgánica del Banco Central y la Jurisprudencia constitucional.

Son las siguientes:

a. El objetivo principal del esquema tarifario vigente para esta actividad que aplica la Autoridad Reguladora, es el de determinar los ingresos, costos y procedimientos óptimos bajo el régimen de tarifa máxima y mínima (bandas) para la prestación de los servicios de infraestructura, manejo de carga y servicios auxiliares, que permitan asegurar el buen mantenimiento y la continua modernización de los puertos, mejorando su competitividad a nivel internacional. En ese sentido uno de los aspectos a resolver es el de establecer un sistema tarifario uniforme para todos los puertos nacionales, considerando dentro de varios asuntos a solucionar, el establecer las tarifas de los servicios portuarios en un mismo tipo de moneda; esto se ha venido aplicando en los últimos ocho años a todos los servicios portuarios brindados por el INCOP y por JAPDEVA, de manera que únicamente faltaba uniformar las tarifas de estiba cuyas tarifas están vigentes desde el año 2001.

b. Si bien es cierto que la mayoría de los costos operativos de los servicios de las empresas estibadoras están en colones, esto no impide que los precios que fije la Autoridad Reguladora se fijen en dólares, al tipo de cambio pertinente, que en el caso de la resolución recurrida fue el que estaba vigente a la fecha de la audiencia pública. Igualmente se ha actuado en ocasiones tarifarias anteriores cuando se han fijado tarifas para el resto de servicios portuarios brindados por el INCOP y JAPDEVA.

c. Las empresas de esta actividad se dedican a actividades portuarias que al igual que el resto de actividades de puerto, se relacionan con un grupo de clientes que se desenvuelve en un mercado internacional y por lo tanto deben manejarse con precios que estén expresados en una moneda de uso

internacional como lo es el dólar, a pesar de que sus costos operativos sean en una moneda diferente como es en este caso el colón. Es la misma situación y por las mismas razones que las empresas exportadoras lo hacen, en su mayoría sino todas, a pesar de que manejan costos operativos en colones.

d. En el caso concreto del INCOP, la tarifa para el servicio de estiba está fijada en dólares, de manera que ante la petición tarifaria planteada por las empresas estibadoras que brindan los servicios en el Complejo Portuario Limón-Moín, era oportuno realizar el cambio, fijando tarifas en dólares siendo así congruentes con la situación tarifaria autorizada al INCOP para estos servicios.

e. El Regulador General ha expresado en diferentes oportunidades a través circulares internas y resoluciones (un caso concreto, el INCOP (RRG-6111-2006 de las catorce horas del 26 de octubre de 2006, publicada en La Gaceta N° 212 del 6 de noviembre de 2006) que la política tarifaria en el caso de los puertos y los aeropuertos está dirigida a que las mismas sean competitivas internacionalmente. En este sentido el uniformar el tipo de moneda en que se cobran los servicios a una moneda internacional como es el dólar, permite realizar análisis comparativos para medir la competitividad de los puertos locales con respecto a los puertos de otros países que pueden representar una competencia importante para dichos puertos. En este sentido ha señalado textualmente lo siguiente:

□En puertos y aeropuertos, contribuiremos a que las tarifas (y los estándares) sean competitivos internacionalmente. Benchmarking es la palabra clave en ese campo.□

De acuerdo con lo anterior en el análisis tarifario que se hizo, se incluyó un Análisis comparativo de las tarifas resultantes con respecto a otros puertos regionales incluidas las tarifa aprobadas al INCOP. El resultado que se obtuvo permitió determinar la razonabilidad de los precios que se obtuvieron para las empresas estibadoras los cuales en términos generales resultaron ser menores a los establecidos en esos otros puertos, Cabe destacar por ejemplo el caso del manejo de la carga general cuyo precio resultó ser el más bajo de la región 3,81, con excepción del puerto de Mazatlán en México que reportó un precio ligeramente menor de 3,60.

f. Las fijaciones de tarifas en dólares no dependen de los costos en dólares que manejen, sino más bien de las necesidades y facilidades para la actividad de que se trate. En el caso se puertos esta situación es aceptada por punto de operación (entradas y salidas del país) desde hace ya bastante tiempo, y no tiene sentido que todas las actividades del puerto se facturen en dólares y la actividad de estiba y desestiba no. Adicionalmente esta situación estaría manteniendo constante los costos del servicio, con lo que los aumentos tarifarios serían menos necesarios; sin que esto signifique que se renuncie de nuestra parte a las revisiones tarifarias.

[]

Oficio 948-DITRA-2009 del 17 de agosto de 2009

Sobre las tarifas en dólares

() En primer lugar es importante aclarar que no es la primera vez que este tema se plantea, el 14 de octubre del 2003 la Junta Directiva solicitó un análisis similar con el acuerdo 004-061-2003 y aunque no tomó una decisión en concreto, sí mantuvo las tarifas fijadas en dólares que ya en esa época incluían las siguientes:

- j. Tarifas de alta tensión del ICE.*
- k. Compra del ICE a cogeneradores privados.*
- l. Tarifas de los combustibles IFO 380*
- m. Concesión de Obra Pública.*
- n. Tarifas de telefonía internacional.*
- o. Servicio de Internet Avanzado.*
- p. Transporte de carga y turismo por ferrocarril.*
- q. Puertos de JAPEVA E INCOP*
- r. Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.*

El fundamento legal que sea ha utilizado para mantener esas tarifas en dólares es el siguiente:

- c. Voto 3495-92 Sala Constitucional: Recurso contra Ley de la Moneda N° 6965. Toda determinación de precios en Costa Rica debe de expresarse en colones. Sin embargo, podrán celebrarse contratos en monedas extranjeras.*
- d. Artículo 48 Ley 7558 Orgánica del BCCR: Los actos, contratos y obligaciones en moneda extranjera podrán ser pagados en colones.*
- d. Artículo 12 Sesión 4070-85 BCCR: Autorización según JAPDEVA para el cobro de tarifas en dólares.*
- e. Posición de la Asesoría Jurídica INCOP Of. 327-DAJ-03 (consulta INCOP): El artículo 49 de la Ley Orgánica del BCCR, el decreto de tarifas del INCOP, la normativa que rige las transacciones en dólares y pronunciamientos de la SUGEF justifican la facturación en esa moneda.*
- f. Posición de la Junta Directiva de ARESEP Of 667-SJD-03 (consulta INCOP): El INCOP puede solicitar sus tarifas en dólares a la ARESEP y ésta fijarlas. A opción del deudor, el pago de las tarifas por los servicios portuarios recibidos, puede hacerlo en colones o en la moneda extranjera en que se facturen (no es un acuerdo de Junta Directiva).*
- g. C-302-2003 Procuraduría General (consulta INCOP): El INCOP puede facturar en dólares el cobro de las tarifas fijadas por la ARESEP en esa moneda, aceptando el pago en colones al cambio del día.*

h. Posición de la Dirección Jurídica Of. 766-DJE-04: Comparte el criterio de la Procuraduría.

Por su parte, el fundamento técnico que en resumen han vertido las direcciones técnicas de la Aresep al respecto, es que no se debe suponer que solo por tener el servicio público un fuerte componente de inversión financiada externamente, o bien, de adquisición en el exterior, incida en que la tarifa debe ser cobrada en dólares, más bien, el factor de decisión debe ser correspondiente con el tipo de usuario al cual se le brinda el servicio. Si se supusiera lo primero, la mayoría de servicios públicos de capital intensivo, como energía, agua, teléfonos y combustibles deberían ser cobrados en dólares, pero obviamente no sería congruente con la condición de la mayoría de los usuarios que obviamente recibe su remuneración en colones.

Para el caso específico de la actividad de la estiba que es el caso sobre el cual se recurre, no dimos a la tarea de realizar un análisis simple en un determinado periodo histórico con el objetivo de determinar la diferencia porcentual en el cual la devaluación superaría supuestamente a la inflación y luego mantener las tarifas en dólares, según los antecedentes técnicos y legales que citamos antes, pero con el ajuste de menos que encontramos como diferencia. Esto bajo el supuesto de que las tarifas en dólares no solo no compensan la inflación, que es uno de sus principales objetivos, sino que produce una diferencia positiva a favor del operador.

En el cuadro N° 1, según se muestra seguidamente, se puede apreciar una comparación para el periodo 2003 al 2008 de las variaciones porcentuales de la tasa de inflación y del tipo de cambio promedio. Como se puede observar en el gráfico, históricamente en ese periodo la variación porcentual de la inflación ha estado por encima de la variación porcentual del tipo de cambio. En términos numéricos se puede notar que en promedio para ese periodo el tipo de cambio se muestra deficitaria en un 2% a efectos de compensar la variación de la inflación.

CUADRO N° 1							
INFLACIÓN - TIPO DE CAMBIO							
variaciones							
(2003-2008)							
AÑO	2003	2004	2005	2006	2007	2008	PROMEDIO
TIPO DE CAMBIO PROMEDIO	398,99	438,5	478,56	512,49	518,77	530,18	
VARIACIÓN PORCENTUAL T.C	10,82%	9,90%	9,14%	7,09%	1,23%	2,20%	6,73%
INFLACION ACUMULADA	9,87	13,13	14,07	9,43	10,81	13,90	
VARIACIÓN PORCENTUAL INFLACIÓN	1,89%	33,04%	7,21%	-32,98%	14,54%	28,66%	8,73%
DIFERENCIA TIPO DE CAMBIO / INFLACIÓN	8,93%	-23,14%	1,93%	40,07%	-13,32%	-26,46%	-2,00%

Fuente: Banco Central de Costa Rica

GRAFICO N°1

AÑO	VARIACIÓN PORCENTUAL T.C (%)	VARIACIÓN PORCENTUAL INFLACIÓN (%)
2003	10,82%	1,89%
2004	9,90%	33,04%
2005	9,14%	7,21%
2006	7,09%	-32,98%
2007	1,23%	14,54%
2008	2,20%	28,66%

CONCLUSIONES:

e. *Existe fundamento legal para la fijación de las tarifas en dólares, pero esta autorización no es irrestricta, como toda potestad pública tiene sus límites, por lo cual solo es posible fijar tarifas en moneda extranjera cuando las necesidades del servicio así lo imponen.*

f. *Jurídicamente es posible que la ARESEP fije tarifas en dólares para los servicios públicos que regula, siempre que los actos tarifarios se rijan por la discrecionalidad, en cada caso, que tiene el órgano regulador para ejercer sus competencias.*

g. *No se puede considerar que la fijación de tarifas en moneda extranjera dependa exclusivamente de que la empresa regulada tenga sus gastos ó costos en dólares, de ser así, usuarios que ganan en moneda local tendrían que pagar servicios populares, como la energía, el agua, el combustible, en moneda extranjera.*

h. En el periodo histórico del 2003 al 2008 el efecto de la variación en el tipo de cambio que afecta los ingresos de una tarifa en dólares no ha sido mayor al efecto de la inflación que afecta los gastos y costos de las empresas, con lo que esa condición no genera ganancias adicionales.

RECOMENDACIÓN:

Mantener la autorización de las fijaciones tarifarias en moneda extranjera para el servicio de la estiba, sin ajuste alguno por efecto de supuestas ganancias adicionales producto del tipo de cambio. □

Ahora bien, sobre el tema, en el oficio 30-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP se analizó lo siguiente:

[□]

El recurrente señala en el primer motivo del recurso que no existe fundamentación técnica para fijar las tarifas de estiba y desestiba en dólares, ya que consta en el expediente que el principal rubro de esta actividad son los salarios y cargas sociales los que representan 85,26% de los costos de la actividad y están en colones, además, que no estamos frente a actividades de exportación o importación, sino actividades de apoyo a éstas. Al respecto se señala que la competencia de la Autoridad Reguladora para definir tarifas en dólares pagaderas al tipo de cambio no se cuestiona, ya que existe suficiente jurisprudencia al respecto. El señalamiento del recurrente que se hace necesario analizar, se refiere a la conveniencia y si se justifica que se fije en dólares las tarifas de los servicios de carga y descarga en los muelles de Limón y Moín. Al respecto señala el pronunciamiento C-302-2003 de la Procuraduría General de la República:

□ Ahora bien, la autorización que se deriva del ordenamiento jurídico no es irrestricta. Como toda potestad pública tiene sus límites. Con base en lo anterior, sólo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone. Pero en tales casos, de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia □ □

Señala este mismo pronunciamiento:

□ que de donde no se puede extraer la autorización del ordenamiento jurídico para fijar y facturar tarifas de los servicios públicos en moneda extranjera, es del inciso b) del artículo 49 de la Ley n.º 7558, ya que el supuesto de hecho del precepto se refiere a personas que están realizando transacciones internacionales (importaciones o exportaciones), las cuales deben ser canceladas en moneda extranjera por razones obvias. En vista de lo anterior, recurrir a esta norma para fijar y cobrar tarifas de servicios públicos en dólares, es darle un alcance más allá de lo que el legislador le dio □ □

En el caso de las tarifas de carga y descarga en los puertos de Limón y Moín no se está realizando una transacción internacional, el contrato es entre personas nacionales fundamentalmente para el pago de mano de obra, señala el estudio tarifario en que se sustenta la resolución recurrida, que los salarios y cargas sociales representan 85,26% de los costos de la actividad, y estos costos están en colones (ver folio 14). El otro rubro reconocido en los costos para definir la tarifa son los gastos de administración y generales, así como la rentabilidad. Los gastos de administración y generales también se cancelan en colones y no tienen componentes que se determinen en dólares, puesto que son compras locales.

De lo anterior se deriva que en el caso de las tarifas de carga y descarga en los muelles de Moín y Limón no se justifica su fijación en dólares, por lo que procede darle la razón al recurrente.

[]

Finalmente en cuanto a este tema, el citado dictamen de la Procuraduría General de la República C-302-2003 de fecha 6 de octubre del mismo año, en el cual se analizó en su oportunidad, el tema de dolarización de tarifas para el INCOP, que a grosso modo, fue clara en señalar:

[] sólo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone. Pero en tales casos, de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), así con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales, según la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, tienen rango constitucional, deberá estar plenamente justificado y comprobado tal hecho. []

Del análisis de lo anterior concluimos, que no existiría en tesis de principio problema en cuanto a realizar el cobro de tarifas para los servicios prestados de estiba y desestiba, carga y descarga en los puertos de Limón y Moín, en dólares o colones, siempre y cuando se le otorgue al usuario o cliente la opción de cancelar en la moneda de su elección.

En nuestro criterio, las resoluciones aquí evaluadas RRG-9261-2008 y RRG-10010-2009 así como los criterios técnicos aportados en las mismas y los cuales se encuentran supratranscritos en este informe, desarrollan ampliamente la conveniencia técnica y regulatoria de expresar en dólares americanos la tarifa de estos servicios, los cuales compartimos. Por esa razón no coincidimos con el criterio externado en el oficio 30-AJD-2010, sobre este tema.

Por lo anterior, se debe mantener en firme en cuanto a este punto, lo resuelto en la resolución recurrida.

II.- SOBRE EL SEGUNDO ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [FALTA DE INFORMACIÓN PARA DETERMINACIÓN DE LA CARGA]

□(2) FALTA DE INFORMACIÓN PARA DETERMINACIÓN DE LA CARGA. En cuanto a la estimación de la carga, la ARESEP indicó a CADEXCO que: "Para el análisis de dicho expediente, se les solicitó a las empresas información operativa y financiera de manera desagregada a partir del 2003, sin embargo, para estandarizar los costos de las empresas que conforman la industria, se consideró el periodo en el cual se recibió información por parte de la mayoría de las empresas, solo se pudo contar con la información operativa para el período considerado en el cálculo tarifario. Ante la falta de datos, no es posible para la Autoridad Reguladora realizar las estimaciones correspondientes para períodos anteriores" (p.80 de La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008). El subrayado no corresponde al original. // A falta de información proporcionada por las empresas estibadoras, la ARESEP calculó los volúmenes de carga movilizada durante julio 2007 a junio del 2008, es decir, solo para un año (expediente ET-218-2008), la razón de su consideración fue de comodidad y conveniencia, sin atender a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, pero lejos de cumplir la confiabilidad técnica necesaria para llevar a cabo un cálculo de una manera razonable y exacto, con una serie de tiempo más prolongada. // Además, al afirmar que por falta de datos, la Autoridad Reguladora no puede realizar las estimaciones de carga para períodos anteriores, ella misma ignora sus propias facultades y derechos como la máxima autoridad reguladora, así como las obligaciones de las empresas prestadoras de servicios de proporcionar información para mejor resolver. Al respecto el artículo 24 de la Ley 7593 y sus reformas establece: "A solicitud de la Autoridad Reguladora, las entidades reguladas suministrarán informes, reportes, datos, copias de archivo y cualquier otro medio electrónico o escrito donde se almacene información financiera, contable, económica, estadística y técnica relacionada con la prestación del servicio público que brindan. Para el cumplimiento exclusivo de sus funciones, la Autoridad Reguladora tendrá la potestad de inspeccionar y registrar los libros legales y contables, comprobantes, informes, equipos y las instalaciones de los prestadores". // De igual forma, el artículo 14 del mismo texto ley establece que la información debe ser proporcionada a la ARESEP, no solo a requerimiento de ésta, sino que periódicamente. // En este proceso de fijación de las tarifas del servicio de carga, descarga, estiba y desestiba de las mercaderías en los puertos de Limón y Moín, la ARESEP se sometió a la voluntad e información brindada por las empresas prestadoras, esto pese a que además desde el 2001 se les indico que deben presentar semestralmente las estadísticas del volumen del tráfico de carga por modalidad y tipo de carga y sus respectivos rendimientos de trabajo. Además de los estados financieros reales, en que se incluyan las cuentas de Ingresos y Gastos, detallados por subcuenta, debiendo ser auditados al final de cada año (RRG-2372-2001, publicada en La Gaceta 217 del 12/11/2001). // El cálculo de las tarifas de carga, descarga, estiba y desestiba se estima con base en el costo del servicio prestado, que lo forma la sumatoria de los gastos operativos, gastos de administración y la rentabilidad) dividido entre la carga movilizada. Fórmulas: 1. $CSP=O+G+R$ 2. Tarifa por unidad= $CSP/Estimación\ de\ la\ carga$. // Donde: $CSP=Costo\ del\ Servicio\ Prestado$, $O= Gastos$

de Operación, G= Gastos de Administración y Generales, R= Rentabilidad. // Dado lo anterior, la carga como denominador en esta operación aritmética es trascendental, ya que determina en gran medida el valor de la tarifas. // Por lo anterior, resulta evidente que la ARESEP no ha agotado las vías legales para obtener información del volumen de carga de años anteriores, que permitan un cálculo más preciso. En los expedientes, tan solo se evidencia una solicitud realizada a las empresas el 1° de julio del 2008 (como ejemplo tomo 1, folio 232, expediente ET-083-2008). En esa fecha la ARESEP solicitó: "...información del 2003 al 2007 y los primeros meses transcurridos del 2008 hasta el mes de mayo: 1. Estadísticas del Volumen del tráfico de carga por modalidad y tipo de carga y sus respectivos rendimientos de trabajo". // Posteriormente, no hay evidencia que la ARESEP haya solicitado la información faltante de períodos anteriores. Consecuentemente, el actuar de la ARESEP en la fijación de las tarifas de los servicios de carga, descarga, estiba y desestiba no es conforme con las potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico en cuanto a la obtención de la información. // Recuérdese que se trata de empresas que han recibido una concesión, y por lo tanto, están obligadas a presentar información financiera contable, y dado que su contabilidad no estaba al día o auditada en forma adecuada, no puede de oficio la Autoridad Reguladora establecer nuevas tarifas, sin basarse en forma adecuada en una contabilidad razonable, esto genera que cualquier decisión sobre tarifas carezca de adecuada fundamentación. // Por tal razón, CADEXCO (sic) solicita a la ARESEP suspender el incremento de las tarifas de los servicios de carga, descarga, estiba y desestiba, y utilizar el límite de sus facultades para obtener la información de la carga para años anteriores, permitiendo recalcular la estimación de la carga con un período de tiempo más prolongado que incluya ciclos de contracción y expansión y permita dar mayor precisión y transparencia. □

De previo a dar respuesta al anterior argumento del recurrente, se debe analizar al respecto: [1] la resolución recurrida RRG-9261-2008 conjuntamente con la [2] resolución RRG-10010-2009 del 19 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de CADEXCO, y finalmente, lo manifestado en [3] el oficio 30-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP.

Sobre estos temas en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

[]

2. Determinación de los Gastos Operativos:

Con el fin de estandarizar los costos operativos de la industria, se utilizó el tamaño de la cuadrilla reportada por parte de las estibadoras para cada una de las actividades, a la vez, se determinaron las distintas ocupaciones que la conforman y el tamaño promedio. Seguidamente se muestra el tamaño promedio de la cuadrilla para cada modalidad del tipo de carga, se hace la observación que en cuanto a los tipos de carga correspondiente al sistema de bodegas y patios, no se recibió información, por lo que no se determina el tamaño de la cuadrilla promedio en esta actividad.

CUADRO N° 1
Empleados por cuadrilla promedio

Tipo de carga	Empleados/cuadrilla promedio
Sistema Convencional	
<i>Mercadería General</i>	15
<i>Hierro</i>	15
Sistema roll on roll off	
<i>Sistema roll on roll off</i>	16
Sistema porta contenedor	
<i>Con grúa pórtica</i>	15
<i>Con grúa nave</i>	17
Sistema bananero y fruta fresca	
<i>Paletizado</i>	24
<i>Kilo paletizado</i>	27
<i>Fruta Contenerizada</i>	26
<i>Estibador pallet</i>	34
Sistemas trasiegos y vacíos	
<i>Nave porta contenedor</i>	13
<i>Contenedores y furgones vacíos</i>	15

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información de las empresas

[]

6. Volumen de carga movilizada:

Se determinó el volumen promedio de carga movilizada para la actividad de transporte de mercancías con base en la información aportada por las empresas estibadoras. Durante el análisis del presente estudio, se determinó que no todas las empresas realizan la misma actividad o bien, no transportan el mismo tipo de carga, sin embargo, en promedio el total de la carga movilizada durante julio de 2007 a junio de 2008 se encuentra distribuida de la siguiente manera:

CUADRO N° 7
Unidades de carga movilizada por modalidad
(Julio 2007-junio 2008)

Tipo de carga	Unidades
Sistema Convencional	
Mercadería General	5.471.797
Hierro	9.755.265
Sistema roll on roll off	
Sistema roll on roll off	10.462
Sistema porta contenedor	
Con grúa pórtica	10.642
Con grúa nave	32.610
Sistema bananero y fruta fresca	
Paletizado	19.878.307
Kilo paletizado	1.818.507
Fruta Contenerizada	17.180
Estibador pallet	55.440
Sistemas trasiegos y vacíos	
Nave porta contenedor	2.834
Contenedores y furgones vacíos	19.432

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información brindada por las empresas

[]

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10010-2009 se dijo:

[]

1. Falta de información para la determinación de la carga

Esta Autoridad Reguladora rechaza enfáticamente el vaticinio que realiza CADEXCO en el sentido de que actuáramos en la estimación de la carga movilizada, bajo la guía de la [comodidad y conveniencia], igualmente no estamos de acuerdo en que se nos impute que ignoramos nuestras potestades establecidas en la Ley 7593 y su Reglamento.

En primera instancia del análisis inicial que se realizó del movimiento de la carga movilizada a través de los años del 2000 al 2007 se obtuvo el siguiente resultado.

COMPORTAMIENTO DE LA CARGA MOVILIZADA									
2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	7
-9%	2%	5%	9%	6%	0%	17%	15%		6%

Como puede notarse el movimiento promedio de los 8 años apenas alcanza el 6%, o sea, menos de un 1% anual, concluyéndose que en esta actividad, en los puertos de Limón y Moín el crecimiento de la carga movilizada es sumamente baja, aunque desde el año 2006 al 2007 el promedio tendía a estabilizarse en un porcentaje mayor que el histórico.

En segunda instancia debe saber el recurrente que cuando las empresas estibadoras iniciaron el proceso de solicitud tarifaria en el año 2008 se les instó a cumplir con los requerimientos de información señalados en resoluciones tarifarias anteriores, sin embargo, esto solo obligaba a ANFO S.A. quien fue el único peticionario y quien recibió tarifas en el año 2002. Al resto de empresas se les solicitó la información necesaria para el estudio y fue presentada por la gran mayoría, pero sin ningún tipo de uniformidad en sus modelos de presentación; o sea, que estandarizar dicha información para efectos de la fijación a la industria no nos era naturalmente posible, ni a nosotros ni a las empresas.

Por tanto, tomando en cuenta el lento grado de movimiento de la carga movilizada, ya antes mencionada y contemplando que para el plazo de julio 2007 a junio 2008 sí fue posible estandarizar la información, concluimos que técnicamente la información contemplada es suficiente.

Por otro lado, al utilizar la Autoridad Reguladora las estadísticas de un período reciente, guardó consistencia con los costos de operación que se emplearon en el cálculo tarifario, ya que dichos costos se actualizaron en un período de corto de tiempo, específicamente los salarios fueron actualizados con fundamento en los salarios mínimos establecidos por la Ley para el segundo semestre del año 1998, con base en el decreto N° 34612-MTSS del Ministerio de trabajo y seguridad social de fecha 26 de junio de 2008, más un incremento adicional de un 7% que corresponde al aumento aprobado al sector privado para el primer semestre del año 2009. También se consideró la información proporcionada por JAPDEVA, con respecto a los salarios por hora efectivamente pagados en las fechas correspondientes al análisis tarifario y para efectos de las cargas sociales se determinó un monto de un 47,83%.

Debe considerarse también, que no se estableció un precio único sino que se establecieron bandas tarifarias donde se definió un precio máximo y un precio mínimo, de manera que este tipo de fijación tarifaria permite la negociación tarifaria entre las partes, en otras palabras con esta metodología se pretende que exista un grado de flexibilidad en la determinación del precio que va a pagar el cliente.

[]

Y finalmente, el oficio 30-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP manifestó en cuanto a este tema:

[]

En el segundo motivo del recurso, se señala que la ARESEP calculó las tarifas en la resolución recurrida con información parcial, por lo que solicita suspender el incremento de las tarifas de los servicio de carga, descarga, estiba y desestiba, y utilizar sus facultades para obtener la información de la carga para años anteriores, permitiendo recalcular la estimación de la carga con un período de tiempo más prolongado que incluya ciclos de contracción y expansión y permita dar mayor precisión y transparencia. Al respecto se menciona que en la definición de las tarifas recurridas, se utilizó la información contable y estadística aportada por las empresas estibadoras que consta en el expediente ET-083-2008 (ver folio 368 del expediente). Dado que los resultados que el recurrente considera erróneos, no se impugnan con información que permita determinar en qué consiste el error, lo procedente es rechazar el argumento.

[]

En nuestro criterio, las resoluciones aquí evaluadas RRG-9261-2008 y RRG-10010-2009 así como los criterios técnicos aportados en las mismas y el oficio 30-AJD-2010, y los cuales se encuentran supratranscritos en este informe, desarrollan y fundamentan el rechazo de este argumento del recurrente. Ergo, no existe necesidad de realizar ampliación alguna en este sentido.

III.- SOBRE EL TERCER ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [RENTABILIDAD]

[RENTABILIDAD] Mediante RRG-9261-2008, la ARESEP pretende incrementar las tarifas basado en un 15% de rédito o margen de ganancia sobre los gastos y los justifica de la siguiente manera: "...Debido a que estas actividades eran realizadas por JAPDEVA y las mismas fueron concesionadas, el porcentaje reconocido ha sido recomendado para la Junta de Administración Portuaria y Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), de acuerdo con estudios de regulación realizados para la actividad portuaria en el año 1998". (Punto 4 de la RRG-9261-2008 publicada en La Gaceta 235 del 4/12/08). // La ARESEP, ha considerado el porcentaje de utilidad sobre los gastos con base en estudios de JAPDEVA que datan de finales de la década de los noventa. En el 2001, mediante las RRG-2372-2001, RRG-2437-2001 y RRG-2438-2201, la ARESEP determinó un 5% de utilidad sobre los gastos: "Que los análisis de los estados financieros de las empresas estibadoras, realizados en el pasado por JAPDEVA, como el análisis actual, revelan que el margen sobre el gasto total es de un 5% aproximadamente. Este valor se utiliza en el modelo de costos propuesto". (Considerando 16 de la RRG-2372-2001, Gaceta 217 del 12/11/01). // [El criterio de la Autoridad Reguladora, para establecer a las empresas estibadoras un margen en promedio sobre los gastos del 5% como porcentaje de utilidad, se basó en los datos históricos del monto de utilidades de los estados financieros aportados por dichas empresas a la Junta de Administración Portuaria y a la misma Autoridad Reguladora, por lo que el criterio si tiene sustento técnico". (II. ANÁLISIS DEL RECURSO POR EL FONDO, numeral 4 RRG-2437-2001 y RRG-23438-2001,

publicadas en La Gaceta 245 del 20/12/01) // Si la ARESEP consideró los estudios de 1998, y no existe ningún otro estudio técnico posterior que justifique la modificación de la utilidad de 5% hacia un 15% como se propone. Como usuarios de los servicios de estiba y desestiba no hemos tenido acceso a los eventuales estudios técnicos dado que estos no se incluyen en los expedientes ET-083-2008 (Comercializadora ANFO, S. A., Solicitud de Fijación de Tarifas para el Servicio de carga, descarga, estiba y desestiba) y en el ET-218-2008 (Fijación de oficio) que sustentan el aumento en el rédito realizado por la ARESEP, con lo cual conculcan nuestro derecho a un debido proceso. // Esta carencia de motivación en el expediente y los considerandos de la resolución conllevan la nulidad de esta por falta de fundamentación, lo que impide que podamos presentar argumentos en contra, violándose el debido proceso. // De forma muy somera y sin justificantes la ARESEP considera un margen de ganancias del 15% sobre los costos. En folio 65 (tomo 1, expediente ET-083-2008), Comercializadora ANFO, S. A., estimo una utilidad sobre gastos del 15% para el 2009, que coinciden en el nuevo margen, pero que no es representativa de la totalidad de la industria, y no se presentan estudios técnicos que justifiquen en forma adecuada el cambio en el margen de utilidad. // De hecho, no consta en el expediente que un margen de utilidad del 5% provoque un desequilibrio financiero de las empresas que prestan los servicios de carga, descarga, estiba, y dado que estos servicios se encuentran concesionados en oligopolio, tienen un mercado cautivo que no puede acudir a otros prestadores de servicios, situación por la cual cualquier margen de utilidad o cambio de este debe justificarse motivadamente en el expediente administrativo. □

De previo a dar respuesta al anterior argumento del recurrente, se debe analizar al respecto: [1] la resolución recurrida RRG-9261-2008 conjuntamente con la [2] resolución RRG-10010-2009 del 19 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de CADEXCO y finalmente lo manifestado en [3] el oficio 30-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP.

Sobre estos temas en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

[]

METODOLOGÍA TARIFARIA

La metodología tarifaria utilizada para el cálculo de las tarifas de la industria de estiba y desestiba es la denominada costo del servicio prestado o tasa interna de retorno. Esta metodología determina la tarifa a través de la siguiente ecuación:

FÓRMULA: $CSP = O+G+D+R$

Donde:

CSP = Costo del Servicio Prestado.

- O = Gastos de Operación
- G = Gastos Administración y Generales
- D = Depreciación
- R = Rentabilidad o Rédito para Desarrollo

Debido a las características particulares del servicio de estiba y desestiba en el cual no existe una inversión intensiva en activos de capital, el gasto de depreciación y la rentabilidad sobre el activo fijo pierde importancia como medio de cálculo tarifario, en cambio su principal rubro de erogación los salarios y las cargas sociales producto de las planillas contratadas para llevar a cabo estos servicios, cobra especial relevancia, al punto de que se torna como el principal determinante de los costos de esta actividad (85,26% del total de los costos de la actividad), conjuntamente con una tasa de ganancia, como sustituto de la rentabilidad.

Partiendo de esta situación la Dirección de Servicios de Transportes determinó establecer tarifas para la actividad por cada servicio y modalidad de la siguiente forma:

5. *Gastos de Operación: Gastos de la planilla salarial más cargas sociales.*
6. *Gastos de Administración y Generales: Porcentaje promedio de los gastos administrativos sobre los gastos de operación de la mayoría de participantes de la actividad.*
7. *Un porcentaje de rentabilidad sobre los costos totales.*
8. *El total de costos de cada servicio que corresponde a la suma de los tres puntos anteriores, se divide entre el volumen promedio de carga movilizada para cada modalidad de acuerdo con la información brindada por las estibadoras.*

[]

5. *Rentabilidad:*

Debido a que las operadoras de la actividad tienen como principal costo el pago por salarios y cargas sociales, y no requieren de inversiones para la compra de maquinaria y equipo en forma intensiva, las utilidades que la misma obtiene son equivalentes a un margen de ganancias que se calcula sobre los costos. En este caso, dicho margen corresponde a un 15% sobre los costos totales. En el próximo cuadro se indica este detalle por cada modalidad y tipo de carga:

CUADRO N° 5
(Cifras en colones)
(Julio 2007-junio 2008)

Tipo de carga	Costos totales + rentabilidad
Sistema Convencional	
Mercadería General	11.364.607.227,3
Hierro	18.564.168.795,4
Sistema roll on roll off	
Sistema roll on roll off	95.933.767,1
Sistema porta contenedor	
Con grúa pórtica	89.382.078,3
Con grúa nave	341.156.400,0
Sistema bananero y fruta fresca	
Paletizado	1.245.295.222,6
Kilo paletizado	4.801.574,9
Fruta Contenerizada	227.001.816,3
Estibador pallet	3.429.065,7
Sistemas trasiegos y vacíos	
Nave porta contenedor	18.356.441,3
Contenedores y furgones vacíos	146.764.094,8
Sistema de demoras	
Naves Convencionales	16.493.277,9
Naves roll on roll off	759.279,5
Naves porta contenedores	21.300.461,8
Naves bananeras	434.010.552,8

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información brindada por las empresas

6. Costos Totales y Rentabilidad :

El resumen de los costos totales: operativos y administrativos, más la rentabilidad por modalidad y tipo de carga se muestra en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 6
Cifras en colones
(Julio 2007-junio 2008)

	Costos operativos	Costos administrativos	Costos totales + rentabilidad
Sistema Convencional			
Mercadería General	8.425.471.967	1.456.795.187	11.364.607.227
Hierro	13.763.069.910	2.379.685.564	18.564.168.795
Sistema roll on roll off			
Sistema roll on roll off	71.123.203	12.297.464	95.933.767
Sistema porta contenedor			
Con grúa portico	66.265.924	11.457.623	89.382.078
Con grúa nave	252.925.915	43.731.824	341.156.400
Sistema bananero y fruta fresca			
Paletizado	923.234.722	159.630.689	1.245.295.223
Kilo paletizado	3.559.783	615.500	4.801.575
Fruta Contenerizada	168.294.196	29.098.687	227.001.816
Estibador pallet	2.542.235	439.562	3.429.066
Sistemas trasiegos y vacíos			
Nave porta contenedor	13.609.065	2.353.058	18.356.441
Contenedores y furgones vacíos	108.807.699	18.813.253	146.764.095
Sistema de demoras			
Naves Convencionales	12.227.757	2.114.224	16.493.278
Naves roll on roll off	562.913	97.330	759.279
Naves porta contenedores	15.791.698	2.730.443	21.300.462
Naves bananeras	321.765.959	55.634.521	434.010.553

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información brindada por las empresas

[] []

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10010-2009 se dijo:

3. Rentabilidad

El dato de un 15% como margen de ganancia sobre gastos operativos utilizado por la Autoridad Reguladora para fijar las tarifas de los servicios brindados por las empresas estibadoras, proviene de la Metodología Tarifaria establecida y aplicada por la Autoridad Reguladora para los servicios de Transporte Marítimo desde hace varios años (1998), cuando fijó tarifas tanto para el INCOP como para JAPDEVA. En el caso concreto de los servicios que brindan las empresas estibadoras en el complejo Portuario Limón-Moín no se había aplicado el citado margen de ganancia, debido a que dichas empresas hasta el año 2008 no solicitaron modificar las tarifas autorizadas desde el año 2001.

Mantener el uso de un 5% de rentabilidad atenta contra el principio del servicio al costo, no solo porque su fuente fueron los estados financieros de las empresas, los cuales en el momento de la presentación tarifaria estaban distorsionados por las negociaciones dentro de la banda, a las que se ven obligadas las empresas para no perder sus clientes, sino porque se trata de una tasa que ni siquiera se compara con la tasa básica pasiva del sector bancario y solo se aplica al capital de trabajo que está financiando el operador.

Con el propósito de facilitar la comprensión y aplicación de las metodologías tarifarias utilizadas por la Dirección de Servicios de Transporte (DITRA) para cada una de las actividades que regula, la Autoridad Reguladora ha detallado en su página WEB la metodología tarifaria vigente que aplica para los servicios portuarios. Esta información está disponible para todos los interesados en conocer estas metodologías. En la descripción de dicha metodología se menciona con claridad cuál es el margen de ganancia recomendado para los servicios portuarios para el manejo de carga general y contenedores el cual es de un 15%.

El margen recomendado se ha manejado, considerando que el objetivo principal del esquema tarifario es el de determinar los ingresos, costos y procedimientos óptimos bajo el régimen de tarifa máxima para la prestación de los servicios de infraestructura, manejo de carga y servicios auxiliares, que permitan asegurar el buen mantenimiento y la continua modernización de los puertos mejorando su competitividad a nivel internacional. Con fundamento en este objetivo, se calcularon las bandas tarifarias estableciendo el límite superior con un margen de ganancia máximo de un 15% y el límite inferior con un 20% de descuento determinado en función de la productividad que logren alcanzar las empresas estibadoras.

La condición de pocos clientes de importancia por prestador del servicio (de uno a tres) incide en que la cuota de poder de mercado se incline a favor del cliente. Asimismo, la dependencia en pocos clientes de importancia provoca que la pérdida de uno de ellos incida en forma muy negativa en el equilibrio financiero de la empresa o a que las empresas intenten capturar los clientes de importancia de sus competidoras. En este sentido la tendencia que históricamente se ha observado es

que las tarifas que se cobran están más cercanas al límite inferior de la banda tarifaria. □

Y finalmente, el oficio 30-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP manifestó en cuanto a este tema:

[□]

En el tercer motivo del recurso se señala que de forma muy somera y sin justificantes, la ARESEP considera un margen de ganancias del 15% sobre los costos y no se presentan estudios técnicos que justifiquen en forma adecuada el cambio en el margen de utilidad. Al respecto, en la resolución recurrida únicamente se señala como justificación sobre el incremento del porcentaje de rentabilidad:

Debido a que las operadoras de la actividad tienen como principal costo el pago por salarios y cargas sociales, y no requieren de inversiones para la compra de maquinaria y equipo en forma intensiva, las utilidades que la misma obtiene son equivalentes a un margen de ganancias que se calcula sobre los costos. En este caso, dicho margen corresponde a un 15% sobre los costos totales □ □

Claramente lleva razón el recurrente con respecto a la falta de fundamentación, por parte del Regulador General en la determinación del 15% de margen de rentabilidad, en lo que no lleva la razón es en el reclamo que realiza por el cambio de criterio con respecto al valor de dicho porcentaje, para lo cual este Organismo Regulador tiene la competencia, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 7593 y sus reformas.

[□] □

Al realizar el análisis de lo anterior, se concluye que el nivel de rentabilidad del 15% se justificó, cuando se indica en la resolución recurrida que: debido a que las operadoras de la actividad tienen como principal costo el pago por salarios y cargas sociales, y no requieren de inversiones para la compra de maquinaria y equipo en forma intensiva, las utilidades que la misma obtiene son equivalentes a un margen de ganancias que se calcula sobre los costos. En este caso, dicho margen corresponde a un 15% sobre los costos totales; lo cual no debe confundirse con una falta de fundamentación de la resolución al haber pasado de una rentabilidad del 5% (en 2001) a un 15% (en 2008).

A criterio de esta Dirección General, la decisión de otorgar un 15% de rentabilidad se encuentra justificada en la resolución recurrida, por lo que no es de recibo el argumento del recurrente. Por esa razón no coincidimos con lo señalado en este sentido en el oficio 30-AJD-2010.

IV.- SOBRE EL CUARTO ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [EQUILIBRIO FINANCIERO DE LAS CONCESIONARIAS]

□(4) **EQUILIBRIO FINANCIERO DE LAS CONCESIONARIAS.** En nuestro escrito establecimos que en los estados financieros de las empresas concesionarias se denota que estas obtuvieron ganancias, aspecto que hicimos ver en nuestro escrito inicial y sobre el cual no se obtuvo una respuesta, violándose los artículos 27 y 41 de la Constitución Política, dado que no se obtuvo respuesta. // El hecho que las empresas concesionarias obtuvieran utilidades descarta que exista desequilibrio financiero, y por lo tanto, no existe fundamento fáctico para la nueva aprobación tarifaria. // El hecho que exista un cambio del contexto económico del año 2001 al 2008, no basta con afirmarlo como se consigna en la resolución cuestionada (p.80 de La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008), sino que deben especificarse esos cambios que ameritan una revisión tarifaria, dado que se ha partido de una suposición y no de un estudio, lo cual implica una violación del principio de motivación de los actos de la Administración en abierta infracción del artículo 132 de la Ley General de Administración Pública. // En resumen, que las empresas estibadoras padezcan un desequilibrio financiero no es un hecho probado en el expediente, únicamente el cambio se ha basado en suposiciones. □

Continuando con el orden de estudio, de previo a dar respuesta a este argumento del recurrente, se deberá analizar al respecto entonces de igual forma: [1] la resolución recurrida RRG-9261-2008, [2] la resolución RRG-10010-2009 del 20 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de CADEXCO, y finalmente lo manifestado en [3] el oficio 30-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP.

Sobre estos temas en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

"[□]

Las fijaciones tarifarias que realiza esta Autoridad en el transporte de mercancías en los puertos de Limón y Moín, son para toda la industria aún cuando una sola empresa presente una solicitud de revisión ante la ARESEP, tal como lo solicitó la Comercializadora ANFO S.A el 28 de mayo de 2008 (ET-083-2008, folio 01). Con base en la propuesta presentada por la Comercializadora ANFO S.A, se recibió por parte de la mayoría de las concesionarias información operativa y financiera solicitada por esta Autoridad y de acuerdo con el acta de la audiencia pública N° 55-2008, no hubo oposiciones por parte de las empresas estibadoras, ni de los usuarios del servicio en cuanto a la revisión tarifaria, por lo que se desprende el interés de las demás empresas para la revisión de ajuste tarifario. Adicionalmente, según las razones por las cuales se rechazó la solicitud tarifaria en esa oportunidad, se justifica el realizar un estudio tarifario de oficio y más aún cuando puede verse afectado el equilibrio financiero de las empresas a pesar de que la mayoría de las empresas presentan utilidades en los estados financieros presentados.

Cabe mencionar que de acuerdo con el artículo 30 de la Ley N° 7593 y sus reformas a la misma, los prestatarios deberán presentar, por lo menos una vez al año, un estudio ordinario, de manera que si no hubo solicitud tarifaria por parte de las empresas en años anteriores, esta Autoridad podría interpretar que durante ese periodo posiblemente mantuvieron el equilibrio financiero, sin embargo, por el tipo de actividad, las variaciones en el entorno económico desde el año 2001 y la solicitud presentada por la Comercializadora ANFO S.A., hacen que la Autoridad Reguladora actúe de oficio y determine la tarifa que le corresponda a cada actividad, según el principio del servicio al costo.

[]

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10010-2009 se dijo:

[]

3. Equilibrio financiero de las concesionarias

Es cierto que la mayoría de empresas de la actividad mostraron utilidades durante el año 2007, sin embargo, la empresa recurrente no consideró que una buena parte de las mismas provengan de actividades diferentes a la actividad regulada.

Lo que sí es un hecho contundente es que las condiciones económicas han variado en los últimos siete años y que por tanto era necesario una revisión de los costos de las empresas estibadoras para que sus tarifas se actualizaran, esto debido a que dentro de las obligaciones de la Autoridad Reguladora están el considerar la sostenibilidad de los servicios a través del tiempo, que estos se brinden en condiciones óptimas y que sus tarifas sean razonables y competitivas internacionalmente, todo ello en función del bienestar de los usuarios de los servicios públicos y de las empresas que los brindan.

También es cierto que la metodología tarifaria aplicada para este caso, reveló la necesidad del aumento tarifario, con lo que se demuestra y no solo se afirma como lo dice la recurrente la evidencia del citado aumento, producto de un estudio técnico que precisamente es el que ahora recurre y no de una suposición como irónicamente lo manifiesta CADEXCO.

En la página N° 80 de La Gaceta N° 235, que contiene la resolución recurrida se indica con claridad lo siguiente:

[Cabe mencionar que de acuerdo al artículo N° 30 de la Ley 7593 y sus reformas, los prestatarios deberán presentar, por lo menos una vez al año, un estudio ordinario, de manera que si no hubo solicitud tarifaria de parte de las empresas estibadoras en años anteriores, esta Autoridad podría interpretar que durante ese periodo posiblemente mantuvieron el equilibrio financiero, sin embargo, por el tipo de actividad, las variaciones en el entorno económico desde el año 2001 y la solicitud presentada por la Comercializadora ANFO S.A., hacen que la Autoridad Reguladora actúe de oficio y

determine la tarifa que corresponda a cada actividad, según el principio del servicio al costo. □

El análisis comparativo de los precios en puertos regionales permitió evidenciar la conveniencia de que los precios de los servicios brindados por las estibadoras fueran actualizados. Dichos precios resultaron ser en la mayoría de los casos menores que los aplicados en los puertos regionales lo cual beneficia desde el punto de vista de la competencia la situación de los servicios portuarios locales.

Conforme con los criterios técnicos vertidos en el presente informe, se considera improcedente lo solicitado por CADEXCO y en consecuencia se recomienda mantener lo dispuesto en la resolución RRG-9261-2008 del 31 de noviembre de 2008 (□) □

Para concluir, en el oficio 30-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP se dijo:

[□]

En el cuarto y último argumento del recurrente se señala que el hecho que las empresas concesionarias obtuvieran utilidades descarta que exista desequilibrio financiero, y por lo tanto, no existe fundamento fáctico para la nueva aprobación tarifaria. No lleva razón el recurrente ya que en materia de servicios públicos regulados por la Ley 7593 no basta que los prestadores de dichos servicios tengan utilidades, dicha rentabilidad debe ser de manera tal que se cumpla el artículo 3 de la Ley 7593 y sus reformas que señala:

□□ Para efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

- a) □
- b) *Servicio al costo. Principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31. □ □*

Definir la tarifa de manera tal que se elimine o restrinja la retribución competitiva o utilidad, infringe los principios regulatorios más elementales, puesto que también se violenta el artículo 31 de la Ley 7593 y sus reformas, ya que se atenta contra el equilibrio financiero del servicio público y contra la eficiencia en la prestación del servicio puesto que el prestatario del servicio no podría reinvertir en la mejora del mismo. Por lo anterior, no lleva la razón el recurrente.

[□] □

En las resoluciones aquí evaluadas RRG-9261-2008 y RRG-10010-2009 así como en los criterios técnicos aportados en las mismas y el oficio 30-AJD-2010, los cuales se encuentran supratranscritos en este informe, se desarrollan ampliamente la conveniencia técnica de realizar una actualización de tarifas, por lo que compartimos lo expuesto en las mismas.

Por lo anterior, se debe mantener en firme en cuanto a este punto, lo resuelto en la resolución recurrida.

CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, podemos llegar a las conclusiones siguientes:

- 1. Sobre el primer argumento del recurrente, respecto de la dolarización de las tarifas, se manifestó que existe suficiente justificación técnica y regulatoria para expresar las tarifas en dólares. El rechazo de este argumento está justificado.*
 - 2. Sobre el segundo argumento del recurrente, en cuanto al tráfico de carga y la conformación de las cuadrillas, debemos de señalar que no se evidencia la existencia de discrepancia técnica o jurídica que deba ser ampliada por parte de esta Dirección General. Ergo, el rechazo de este argumento del recurrente está fundamentado.*
 - 3. Sobre el tercer argumento del recurrente, referido al margen de rentabilidad del 5% al 15%, se considera que el uso del 15% está incluido en la Metodología Tarifaria aplicada a estos servicios hasta la fecha. El rechazo de este argumento está justificado.*
 - 4. Sobre el cuarto argumento del recurrente, con relación al equilibrio financiero de las concesionarias, se debe aclarar, que se desarrolla ampliamente la conveniencia técnica de realizar una actualización de tarifas. Por lo tanto, el rechazo de este argumento está justificado. ()*
- II. En sesión 013-2011, del 23 de febrero de 2011, cuya acta fue ratificada el 08 de junio del 2011; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 319-AJD-2009/8114, 30-AJD-2010 y 73-DGJR-2011, de cita, acordó por unanimidad: Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara de Exportadores de Costa Rica(CADEXCO), contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008, y resolvió dar por agotada la vía administrativa.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara de Exportadores de Costa Rica (CADEXCO), contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008 y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara de Exportadores de Costa Rica (CADEXCO), contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
4. **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR LA CÁMARA NACIONAL DE BANANEROS CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-9261-2008 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2008 DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL, EXPEDIENTE ET-218-2008.**

El señor Dennis Meléndez Howell, somete a consideración de los señores miembros de la Junta Directiva el Recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Bananeros contra la resolución RRG-9261-2008 del 21-11-2008 dictada por el Regulador General, expediente ET-218-2008.

Ingresó la señora Karla Montero Víquez, Asesora Económica de la Dirección General de Asesoría Económica, quien se refiere al oficio 074-DGJR-2011 de fecha 04 de febrero de 2011, mediante el cual se atiende la solicitud de ampliación de criterio técnico 031-AJD-2010 de 23 de marzo de 2010, suscrito por la entonces asesoría técnica de la Junta Directiva, en virtud de la ampliación solicitada a esa Dirección por parte de dicha Junta Directiva, mediante acuerdo 008-041-2010, de la sesión extraordinaria 041-2010, celebrada el 11 de octubre de 2010 y ratificada el 27 del mismo mes.

Debidamente analizada la situación planteada en acuerdo 007-041-2010, en cuanto a los argumentos del recurrente, se concluye:

- a) Dolarización de las tarifas
- b) Tráfico de carga y la conformación de las cuadrillas
- c) El margen de rentabilidad del 5% al 15%.
- d) El equilibrio financiero de las concesionarias.

Sobre el primer argumento del recurrente, respecto de la dolarización de las tarifas, se manifestó que existe suficiente justificación técnica y regulatoria para expresar las tarifas en dólares. El rechazo de este argumento está justificado.

Sobre el segundo argumento del recurrente, en cuanto al tráfico de carga y la conformación de las cuadrillas, debemos de señalar que no se evidencia la existencia de discrepancia técnica o jurídica que deba ser ampliada por parte de esta Dirección General. Ergo, el rechazo de este argumento del recurrente está fundamentado.

Sobre el tercer argumento del recurrente, referido al margen de rentabilidad del 5% al 15%, se considera que el uso del 15% está incluido en la Metodología Tarifaria aplicada a estos servicios hasta la fecha. El rechazo de este argumento está justificado.

Sobre el cuarto argumento del recurrente, con relación al equilibrio financiero de las concesionarias, se debe aclarar, que se desarrolla ampliamente la conveniencia técnica de realizar una actualización de tarifas. Por lo tanto, el rechazo de este argumento está justificado.

Con fundamento en lo expuesto, se recomienda, salvo mejor criterio de la Junta Directiva: Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Bananeros contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008.

Con fundamento en lo expuesto, se recomienda, salvo mejor criterio de la Junta Directiva: Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Bananeros c/ la RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008.

La Junta Directiva luego de deliberar, por unanimidad resuelve:

ACUERDO 008-013-2011

1. Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Bananeros contra la resolución RRG-0261-2008 del 21 de noviembre de 2008.
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Mediante resolución RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, el Regulador General en la, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Fijar para el servicio de carga, descarga, estiba y desestiba del Complejo Portuario Moín, las tarifas que se detallan en ese acto. II) Solicitar a las empresas estibadoras que presente la información que se detalla en ese acto (folio 358 al 395). No fue notificada a la Cámara Nacional de Bananeros porque no se constituyó en parte. Fue publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008 (folio 300 al 310).

- II. El 9 de diciembre de 2008, el Lic. Eduardo Alvarado Salazar, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Cámara Nacional de Bananeros, según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-9261-2008 (folio 326 al 331).
- III. La Dirección de Servicios de Transporte, por oficio 109-DITRA-2009/603 del 28 de enero de 2009, analizó los aspectos técnicos del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado (folio 422 al 429).
- IV. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 326-DAJ-2009/3412 del 15 de mayo de 2009, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fueran rechazados por el fondo, tanto la impugnación como el incidente de nulidad (folio 451 al 455).
- V. La Dirección de Servicios de Transporte por oficio 948-DITRA-2009/5954 del 17 de agosto de 2009, amplió el análisis técnico respecto de las impugnaciones planteadas por CADEXCO, NAVE y Cámara Nacional de Bananeros, con igual recomendación (folio 485 al 488).
- VI. El Regulador General en la RRG-10010-2009 de las 8:15 horas del 19 de agosto de 2009, resolvió I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por la Cámara de Exportadores de Costa Rica (CADEXCO), contra la RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008. II) Rechazar por el fondo el incidente de nulidad presentado por la Cámara de Exportadores de Costa Rica (CADEXCO), contra la RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008. III) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a las partes que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 494 al 508). Fue notificada a CADEXCO por fax transmitido el 24 de agosto de 2009 (folio 509).
- VII. No consta en autos que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- VIII. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 597-DAJ-2009/6604 del 8 de setiembre de 2009 con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio (folios 592 y 593).
- IX. La entonces Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 321-AJD-2009/8115 del 29 de setiembre de 2009, en el que se recomienda a) Resolver con criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Bananeros, contra la RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General. b) Dar por agotada la vía administrativa, cuando se resuelva por el fondo la impugnación en subsidio.

- X. La Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 031-AJD-2010 de 23 de marzo de 2010, mediante el cual recomienda ordenar el archivo del recurso subsidiario de apelación, RRG-9261-2008 de las 8:00 horas del 21 de noviembre de 2008 porque hoy carece de interés modificar la resolución señalada.
- XI. La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en cumplimiento al acuerdo 008-041-2010, de la sesión extraordinaria 041-2010, de 11 de octubre de 2010, comunicado con oficio 490-SJD-2010 de 11 de noviembre de 2010; analiza el caso y con oficio 074-DGJR-2011 de 4 de febrero de 2011, recomienda rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Bananeros, contra la resolución RRG-9261-2008 del 21 de noviembre de 2008.
- XII. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los Oficios 321-AJD-2009 y el oficio 74-DGJR-2011 de 4 de febrero de 2011, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 321-AJD-2009

(□) En cumplimiento de lo ordenado por la Junta Directiva mediante Artículo Único inciso 6) de la Sesión Extraordinaria N° 027-2005 celebrada el 3 de agosto de 2005, se informa que el análisis de los autos tiene como propósito prevenir que el acto final que llegue a dictarse, contemple vicios que puedan causar nulidad de lo actuado. Una vez efectuado aquél se concluye que -en este caso- el procedimiento fue llevado a cabo conforme a la ley.

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación:

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el Lic. Eduardo Alvarado Salazar, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Cámara Nacional de Bananeros, según consta en autos, la que es interesada en la petición de tarifas y destinataria de los efectos del acto. Si bien no se apersonó al procedimiento como parte, sí tiene un interés legítimo en su resultado, consecuentemente ostenta legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L.G.A.P., en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-9261-2008 fue publicada en La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008 (folio 300 al 310), no fue notificada a la Cámara Nal. de Bananeros porque no se constituyó en parte y que el recurso fue presentado el 9 de diciembre de 2008 (folio 326 al 331).

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

En cuanto a los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación:

De previo se informa que si bien el Regulador General rechazó por el fondo un incidente de nulidad de la recurrente, del análisis de lo argumentado no se encuentra ningún elemento que pueda considerarse como alegato de una nulidad.

Los argumentos son de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio sobre ellos.

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

Conclusiones:

- a) *El Lic. Eduardo Alvarado Salazar, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Cámara Nacional de Bananeros, ostenta legitimación activa para actuar en el expediente.*
- b) *La impugnación subsidiaria fue presentada dentro del plazo legal.*
- c) *Los argumentos son de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio sobre ellos. ()*

Oficio 74-DGJR-2011

()

PRECISIÓN NECESARIA

En este informe se hará referencia al análisis de la resolución recurrida RRG-9261-2008 de 21 de noviembre de 2008, mediante la cual se fijaron las tarifas para el servicio de carga, descarga, estiba y desestiba del Complejo Portuario Limón-Moín, con base en el criterio técnico emitido por la Dirección de Servicios de Transportes (DITRA) mediante el oficio 1385-DITRA-2010 de fecha 20 de noviembre de 2008, la resolución RRG-10016-2009 del 20 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de Cámara Nacional de Bananeros, y finalmente, lo manifestado en el oficio 31-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP, en virtud de la ampliación solicitada a esta Dirección General por parte de la Junta Directiva mediante acuerdo 008-041-2010

de la sesión extraordinaria 041-2010 celebrada el día 11 de octubre de 2010 y ratificada el día 27 del mismo mes y año.

ANÁLISIS DEL CASO

A continuación se transcribirán resumidamente los argumentos del recurrente, para su correspondiente análisis.

En ese sentido, tenemos:

I.- SOBRE EL PRIMER ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [TARIFAS DOLARIZADAS]

(1) TARIFAS DOLARIZADAS. La Procuraduría General de la República en el dictamen C-302-2003 del 6 de octubre de 2003 estableció que "solo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone." En este punto la resolución impugnada estableció lo siguiente: "En el caso de los puertos esta situación es aceptada por punto de operación (entradas y salidas del país) desde hace ya bastante tiempo, y no tiene sentido que todas las actividades del puerto se facturen en dólares y la actividad de estiba y desestiba no. Adicionalmente esta situación estaría manteniendo constante los costos del servicio, con lo que los aumentos tarifarios serían menos necesarios; sin que esto signifique que se renuncie de nuestra parte a las revisiones tarifarias. // Se considera recomendable que dado que la actividad comercial se realiza por efectos de importaciones o exportaciones, así como que todo el resto de las actividades portuarias están tarifadas en dólares, las tarifas para el servicio de carga, estiba, desestiba y manejo de mercancías en el complejo portuario de Limón y Moín se cobren en dólares..." (p. 76 de La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008) // En primer lugar, no existe en el expediente demostración de la "necesidad" de que se facture en dólares. // La resolución tiene como base una presunción de que solo por tratarse de un puerto, todas las tarifas deben dolarizarse, estableciéndose una falacia de seguimiento entre el hecho que se está en presencia de actividades de importación y exportación y que por lo tanto las tarifas deben dolarizarse. // La carga, estiba y desestiba no son actividades de importación o exportación, sino de apoyo a estas, por lo tanto, lo que se establezca para estas últimas no tiene porque "transmitirse" a la primeras como presume la resolución cuestionada. // De igual forma, no se demuestra la necesidad por el hecho que el resto de las actividades portuarias están "tarifadas en dólares". // Tampoco queda demostrada la necesidad cuando se indica que "el establecer tarifas en dólares facilitará las transacciones que se realicen en esta actividad tal como se aplica en otros puertos internacionales..." (p.80 de La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008) // En realidad no existe fundamentación técnica de porque se facilitarán las transacciones, dado que desde el año 2001 se han aplicado las tarifas en colones sin que esto haya sido obstáculo para las transacciones, lo cual también implica violación del principio de motivación de los actos administrativos. // Un primer hecho cierto consiste en que las empresas de estiba son todas empresas nacionales que operan en Costa Rica y sus clientes son empresas exportadoras costarricenses. // Un segundo hecho cierto que consta en el expediente consiste en que el principal costo de la estiba son los salarios y cargas sociales los que representan 85,26% de los costos de la actividad, y estos costos están en colones. // En consecuencia, no habiéndose demostrado la necesidad de facturar en dólares salvo las presunciones contenidas en la resolución, el hecho demostrable aplicando parámetros objetivos de técnica y ciencia con base en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública consiste en que el principal costo son los salarios y cargas sociales en colones y que por lo tanto no se justifican las tarifas en dólares dado que no estamos frente a actividades de exportación o importación, sino actividades de apoyo a estas. □

De previo a dar respuesta al anterior argumento del recurrente, se debe analizar conjuntamente al respecto: [1] la resolución recurrida RRG-9261-2008, la [2] resolución RRG-10016-2009 del 20 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria interpuesto por la Cámara Nacional de Bananeros, [3] el oficio 31-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP, y finalmente [4] el dictamen C-302-2003 de la Procuraduría General de la República.

Sobre estos temas en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

[]

Tarifas dolarizadas

El oficio 0678-DASTRA-2004 del 9 de setiembre del 2004 dice al respecto lo siguiente:

□ Por su parte la Procuraduría General de la República mediante el oficio C-302-2003 del 6 de octubre remitido al Ing. Urias Ugalde Varela, gerente general del INCOP, dice sobre el tema en cuestión más específicamente refiriéndose las tarifas en dólares para los puertos en Costa Rica, y en alusión al mencionado voto de la Sala Constitucional:

□ Empero, dada su redacción tan amplia, al hablar de actos en general, posibilita que, cuanto existan razones de interés público, las tarifas o los precios públicos puedan ser establecidos y facturados en moneda extranjera. Como es bien sabido, la tarifa es el precio que se fija, en nuestro medio, por lo general, por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por concepto de la prestación de un determinado servicio público. Visto desde la óptica del usuario, sería aquella prestación que debe satisfacer, por lo general en dinero, a la entidad prestataria por el servicio recibido. Con base en lo anterior, a pesar de que la tarifa como tal tiene una connotación especial y particular, es posible subsumirla dentro del concepto "acto" que utiliza el numeral 48 de la Ley N° 7558.

Ahora bien, la autorización que se deriva del ordenamiento jurídico no es irrestricta. Como toda potestad pública tiene sus límites. Con base en lo anterior, solo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone. Pero en tales casos, de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), así con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales, según la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, tienen rango constitucional, deberá estar plenamente justificado y comprobado tal hecho. □ (el subrayado no es del original). □

□ Ante esta circunstancia, se debe ser sumamente cuidadoso al momento de admitir que la tarifa de un determinado servicio público regulado pueda ser facturado en dólares y cobrado en colones (al tipo de cambio del momento). En los casos del servicio público no tiene cabida suponer que al tener éste un fuerte componente de inversión financiada externamente, o bien, de adquisición en el exterior, ello incida en que la tarifa debe ser cobrada en dólares, más bien, el factor de decisión debe ser correspondiente con el tipo de usuario al cual se le brinda el servicio. □

□ En conclusión y bajo el razonamiento expuesto, se excluyen como sujetos de facturación en dólares la mayoría de servicios públicos que regula DASTRA, siendo factible únicamente en aquellos servicios, donde inclusive por efectos prácticos para sus clientes, la facturación en dólares sería preferible, esto es en: puertos, suministro de agua a barcos, estiba y Aeropuertos

internacionales, sin dejar de lado que siempre deberán presentarse razones obvias y de peso para ello. □

Con lo anterior queremos indicar que las fijaciones de tarifas en dólares no dependen de los costos en dólares que manejen, sino más bien de las necesidades y facilidades para la actividad de que se trate. En el caso de puertos esta situación es aceptada por punto de operación (entradas y salidas del país) desde hace ya bastante tiempo, y no tiene sentido que todas las actividades del puerto se facturen en dólares y la actividad de estiba y desestiba no. Adicionalmente esta situación estaría manteniendo constante los costos del servicio, con lo que los aumentos tarifarios serían menos necesarios; sin que esto signifique que se renuncie de nuestra parte a las revisiones tarifarias.

Se considera recomendable que dado que la actividad comercial se realiza por efectos de importaciones o exportaciones, así como que todo el resto de actividades portuarias están tarifadas en dólares, las tarifas para el servicio de carga, descarga, estiba, desestiba y manejo de mercancías en el complejo portuario de Limón y Moín se cobren en dólares; por lo que se considera como tipo de cambio de referencia 551,47 colones por dólar de fecha 17 de noviembre de 2008, fecha de la audiencia pública.

Las tarifas en dólares se pueden observar en el siguiente pliego tarifario:

Tipo de carga	Unidad	Tarifa Máxima
Sistema Convencional		
Mercadería General	Tonelada	3,81
Hierro	Tonelada	3,45
Sistema roll on roll off		
Sistema roll on roll off	Movimiento	16,63
Sistema porta contenedor		
Con grúa portico	Movimiento	15,23
Con grúa nave	Movimiento	18,97
Sistema bananero y fruta fresca		
Paletizado	Caja 20 kg	0,11
Kilo paletizado	Kilo	0,0048
Fruta Contenerizada	Movimiento	23,96
Estibador pallet	Caja de 20 Kg	0,112
Kilo estibador Pallet	Kilo	0,006
Sistemas trasiegos y vacíos		
Nave convencional	Tonelada	nd
Nave porta contenedor	Movimiento	11,75
Contenedores y furgones vacíos	Movimiento	13,7
Sistemas bodegas y patios		
Mercadería General	Tonelada	nd
Hierro y Lingotes	Tonelada	nd
Sistema carga paletizada	Tonelada	nd
Sistema de demoras		
Naves Convencionales	Hora	71,26
Naves roll on roll off	Hora	54,21
Naves porta contenedores	Hora	111,38
Naves bananeras	Hora	98,59

[]

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10016-2009 se dijo:

[]

Oficios 109-DITRA-2009 de fecha 28 de enero de 2009 y el oficio 478-DITRA- 2009 de fecha 8 de mayo de 2009.

() B. Criterio Técnico:

Tarifas dolarizadas

Las principales razones que consideró la ARESEP para fijar las tarifas de estos servicios en dólares, amparado al criterio de la Procuraduría General de la República mediante el oficio C-302-2003 del 6 de octubre del 2003 que dice:

Ahora bien, la autorización que se deriva del ordenamiento jurídico no es irrestricta. Como toda potestad pública tiene sus límites. Con base en lo anterior, solo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone. Pero en tales casos, de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), así con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales, según la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, tienen rango constitucional, deberá estar plenamente justificado y comprobado tal hecho. (el subrayado no es del original).

Las tarifas fijadas en dólares procuran evitar la pérdida del valor adquisitivo del colón y, desde el punto de vista de la regulación, pueden ser facturadas en esa moneda. Desde luego legalmente el deudor tiene la opción de pagar el servicio en moneda extranjera o en colones al tipo de cambio del día en que se prestó el servicio, de conformidad con lo permitido en el artículo 48 de la Ley Orgánica del Banco Central y la Jurisprudencia constitucional.

Son las siguientes:

a. El objetivo principal del esquema tarifario vigente para esta actividad que aplica la Autoridad Reguladora, es el de determinar los ingresos, costos y procedimientos óptimos bajo el régimen de tarifa máxima y mínima (bandas) para la prestación de los servicios de infraestructura, manejo de carga y servicios auxiliares, que permitan asegurar el buen mantenimiento y la continua modernización de los puertos, mejorando su competitividad a nivel internacional. En ese sentido uno de los aspectos a resolver es el de establecer un sistema tarifario uniforme para todos los puertos nacionales, considerando dentro de varios asuntos a solucionar, el establecer las tarifas de los servicios portuarios en un mismo tipo de moneda; esto se ha venido aplicando en los últimos ocho años a todos los servicios portuarios brindados por el INCOP y por JAPDEVA, de manera que únicamente faltaba uniformar las tarifas de estiba cuyas tarifas están vigentes desde el año 2001.

b. Si bien es cierto que la mayoría de los costos operativos de los servicios de las empresas estibadoras están en colones, esto no impide que los precios que fije la

Autoridad Reguladora se fijen en dólares, al tipo de cambio pertinente, que en el caso de la resolución recurrida fue el que estaba vigente a la fecha de la audiencia pública. Igualmente se ha actuado en ocasiones tarifarias anteriores cuando se han fijado tarifas para el resto de servicios portuarios brindados por el INCOP y JAPDEVA.

c. Las empresas de esta actividad se dedican a actividades portuarias que al igual que el resto de actividades de puerto, se relacionan con un grupo de clientes que se desenvuelve en un mercado internacional y por lo tanto deben manejarse con precios que estén expresados en una moneda de uso internacional como lo es el dólar, a pesar de que sus costos operativos sean en una moneda diferente como es en este caso el colón. Es la misma situación y por las mismas razones que las empresas exportadoras lo hacen, en su mayoría sino todas, a pesar de que manejan costos operativos en colones.

d. En el caso concreto del INCOP, la tarifa para el servicio de estiba está fijada en dólares, de manera que ante la petición tarifaria planteada por las empresas estibadoras que brindan los servicios en el Complejo Portuario Limón-Moín, era oportuno realizar el cambio, fijando tarifas en dólares siendo así congruentes con la situación tarifaria autorizada al INCOP para estos servicios.

e. El Regulador General ha expresado en diferentes oportunidades a través circulares internas y resoluciones (un caso concreto, el INCOP (RRG-6111-2006 de las catorce horas del 26 de octubre de 2006, publicada en La Gaceta N° 212 del 6 de noviembre de 2006) que la política tarifaria en el caso de los puertos y los aeropuertos está dirigida a que las mismas sean competitivas internacionalmente. En este sentido el uniformar el tipo de moneda en que se cobran los servicios a una moneda internacional como es el dólar, permite realizar análisis comparativos para medir la competitividad de los puertos locales con respecto a los puertos de otros países que pueden representar una competencia importante para dichos puertos. En este sentido ha señalado textualmente lo siguiente:

En puertos y aeropuertos, contribuiremos a que las tarifas (y los estándares) sean competitivos internacionalmente. Benchmarking es la palabra clave en ese campo.□

De acuerdo con lo anterior en el análisis tarifario que se hizo, se incluyó un □Análisis comparativo de las tarifas resultantes con respecto a otros puertos regionales incluidas las tarifas aprobadas al INCOP. El resultado que se obtuvo permitió determinar la razonabilidad de los precios que se obtuvieron para las empresas estibadoras los cuales en términos generales resultaron ser menores a los establecidos en esos otros puertos, Cabe destacar por ejemplo el caso del manejo de la carga general cuyo precio resultó ser el más bajo de la región 3,81, con excepción del puerto de Mazatlán en México que reportó un precio ligeramente menor de 3,60.

f. Las fijaciones de tarifas en dólares no dependen de los costos en dólares que manejen, sino más bien de las necesidades y facilidades para la actividad de que se trate. En el caso de puertos esta situación es aceptada por punto de operación (entradas y salidas del país) desde hace ya bastante tiempo, y no tiene sentido que todas las actividades del puerto se facturen en dólares y la actividad de estiba y desestiba no. Adicionalmente esta situación estaría manteniendo constante los costos del servicio,

con lo que los aumentos tarifarios serían menos necesarios; sin que esto signifique que se renuncie de nuestra parte a las revisiones tarifarias.

[]

Oficio 948-DITRA-2009 del 17 de agosto de 2009.

Sobre las tarifas en Dólares

([]) En primer lugar es importante aclarar que no es la primera vez que este tema se plantea, el 14 de octubre del 2003 la Junta Directiva solicitó un análisis similar con el acuerdo 004-061-2003 y aunque no tomó una decisión en concreto, sí mantuvo las tarifas fijadas en dólares que ya en esa época incluían las siguientes:

- s. Tarifas de alta tensión del ICE.
- t. Compra del ICE a cogeneradores privados.
- u. Tarifas de los combustibles IFO 380
- v. Concesión de Obra Pública.
- w. Tarifas de telefonía internacional.
- x. Servicio de Internet Avanzado.
- y. Transporte de carga y turismo por ferrocarril.
- z. Puertos de JAPEVA E INCOP
- aa. Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.

El fundamento legal que sea ha utilizado para mantener esas tarifas en dólares es el siguiente:

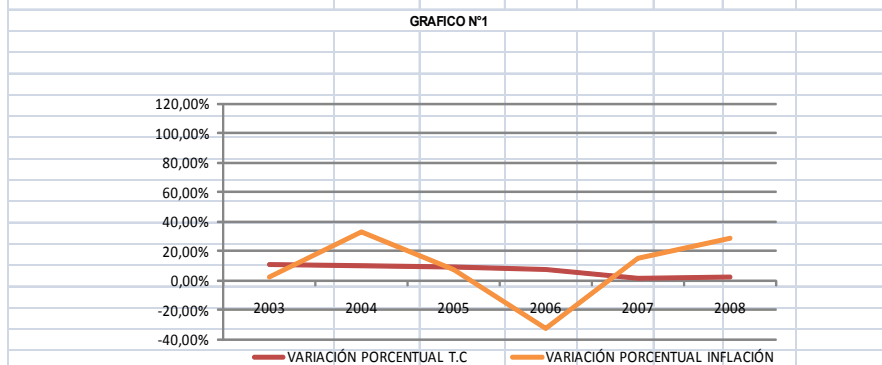
- i. Voto 3495-92 Sala Constitucional: Recurso contra Ley de la Moneda N° 6965. Toda determinación de precios en Costa Rica debe expresarse en colones. Sin embargo, podrán celebrarse contratos en monedas extranjeras.
- j. Artículo 48 Ley 7558 Orgánica del BCCR: Los actos, contratos y obligaciones en moneda extranjera podrán ser pagados en colones.
- e. Artículo 12 Sesión 4070-85 BCCR: Autorización según JAPDEVA para el cobro de tarifas en dólares.
- k. Posición de la Asesoría Jurídica INCOP Of. 327-DAJ-03 (consulta INCOP): El artículo 49 de la Ley Orgánica del BCCR, el decreto de tarifas del INCOP, la normativa que rige las transacciones en dólares y pronunciamientos de la SUGEF justifican la facturación en esa moneda.
- l. Posición de la Junta Directiva de ARESEP Of 667-SJD-03 (consulta INCOP): El INCOP puede solicitar sus tarifas en dólares a la ARESEP y ésta fijarlas. A opción del deudor, el pago de las tarifas por los servicios portuarios recibidos, puede hacerlo en colones o en la moneda extranjera en que se facture (no es un acuerdo de Junta Directiva).
- m. C-302-2003 Procuraduría General (consulta INCOP): El INCOP puede facturar en dólares el cobro de las tarifas fijadas por la ARESEP en esa moneda, aceptando el pago en colones al cambio del día. []
- n. Posición de la Dirección Jurídica Of. 766-DJE-04: Comparte el criterio de la Procuraduría. Por su parte, el fundamento técnico que en resumen han vertido las direcciones técnicas de la Aresep al respecto, es que no se debe suponer que solo por tener el servicio público un fuerte componente de inversión financiada externamente, o bien, de adquisición en el exterior, incida en que la tarifa debe ser cobrada en dólares, más bien, el factor de decisión debe ser correspondiente con el tipo de usuario al cual se le brinda el servicio. Si se supusiera lo primero, la mayoría de servicios públicos de capital intensivo, como energía, agua, teléfonos y combustibles deberían ser cobrados en dólares, pero obviamente no sería congruente con la condición de la mayoría de los usuarios que obviamente recibe su remuneración en colones.

Para el caso específico de la actividad de la estiba que es el caso sobre el cual se recurre, no dimos a la tarea de realizar un análisis simple en un determinado periodo histórico con el objetivo de determinar la diferencia porcentual en el cual la devaluación superaría supuestamente a la inflación y luego mantener las tarifas en dólares, según los antecedentes técnicos y legales que citamos antes, pero con el ajuste de menos que encontraríamos como diferencia. Esto bajo el supuesto de que las tarifas en dólares no solo no compensan la inflación, que es uno de sus principales objetivos, sino que produce una diferencia positiva a favor del operador.

En el cuadro N° 1, según se muestra seguidamente, se puede apreciar una comparación para el periodo 2003 al 2008 de las variaciones porcentuales de la tasa de inflación y del tipo de cambio promedio. Como se puede observar en el gráfico, históricamente en ese periodo la variación porcentual de la inflación ha estado por encima de la variación porcentual del tipo de cambio. En términos numéricos se puede notar que en promedio para ese periodo el tipo de cambio se muestra deficitaria en un 2% a efectos de compensar la variación de la inflación.

CUADRO N° 1							
INFLACIÓN - TIPO DE CAMBIO							
variaciones							
(2003-2008)							
AÑO	2003	2004	2005	2006	2007	2008	PROMEDIO
TIPO DE CAMBIO PROMEDIO	398,99	438,5	478,56	512,49	518,77	530,18	
VARIACIÓN PORCENTUAL T.C	10,82%	9,90%	9,14%	7,09%	1,23%	2,20%	6,73%
INFLACION ACUMULADA	9,87	13,13	14,07	9,43	10,81	13,90	
VARIACIÓN PORCENTUAL INFLACIÓN	1,89%	33,04%	7,21%	-32,98%	14,54%	28,66%	8,73%
DIFERENCIA TIPO DE CAMBIO / INFLACIÓN	8,93%	-23,14%	1,93%	40,07%	-13,32%	-26,46%	-2,00%

Fuente: Banco Central de Costa Rica



CONCLUSIONES:

- i. Existe fundamento legal para la fijación de las tarifas en dólares, pero esta autorización no es irrestricta, como toda potestad pública tiene sus límites, por lo cual solo es posible fijar tarifas en moneda extranjera cuando las necesidades del servicio así lo imponen.

- j. *Jurídicamente es posible que la ARESEP fije tarifas en dólares para los servicios públicos que regula, siempre que los actos tarifarios se rijan por la discrecionalidad, en cada caso, que tiene el órgano regulado para ejercer sus competencias.*
- k. *No se puede considerar que la fijación de tarifas en moneda extranjera dependa exclusivamente de que la empresa regulada tenga sus gastos ó costos en dólares, de ser así, usuarios que ganan en moneda local tendrían que pagar servicios populares, como la energía, el agua, el combustible, en moneda extranjera.*
- l. *En el periodo histórico del 2003 al 2008 el efecto de la variación en el tipo de cambio que afecta los ingresos de una tarifa en dólares no ha sido mayor al efecto de la inflación que afecta los gastos y costos de las empresas, con lo que esa condición no genera ganancias adicionales.*

RECOMENDACIÓN:

Mantener la autorización de las fijaciones tarifarias en moneda extranjera para el servicio de la estiba, sin ajuste alguno por efecto de supuestas ganancias adicionales producto del tipo de cambio. □

Ahora bien, sobre el tema, en el oficio 31-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP se analizó lo siguiente:

□ □]

El recurrente señala en el primer motivo del recurso que no existe fundamentación técnica para fijar las tarifas de estiba y desestiba en dólares, ya que consta en el expediente que el principal rubro de esta actividad son los salarios y cargas sociales los que representan 85,26% de los costos de la actividad y están en colones, además, que no estamos frente a actividades de exportación o importación, sino actividades de apoyo a éstas. Al respecto se señala que la competencia de la Autoridad Reguladora para definir tarifas en dólares pagaderas al tipo de cambio no se cuestiona, ya que existe suficiente jurisprudencia al respecto. El señalamiento del recurrente que se hace necesario analizar, se refiere a la conveniencia y si se justifica que se fije en dólares las tarifas de los servicios de carga y descarga en los muelles de Limón y Moín. Al respecto señala el pronunciamiento C-302-2003 de la Procuraduría General de la República:

□ □ Ahora bien, la autorización que se deriva del ordenamiento jurídico no es irrestricta. Como toda potestad pública tiene sus límites. Con base en lo anterior, sólo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone. Pero en tales casos, de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia □ □

Señala este mismo pronunciamiento:

[] que de donde no se puede extraer la autorización del ordenamiento jurídico para fijar y facturar tarifas de los servicios públicos en moneda extranjera, es del inciso b) del artículo 49 de la Ley n.º 7558, ya que el supuesto de hecho del precepto se refiere a personas que están realizando transacciones internacionales (importaciones o exportaciones), las cuales deben ser canceladas en moneda extranjera por razones obvias. En vista de lo anterior, recurrir a esta norma para fijar y cobrar tarifas de servicios públicos en dólares, es darle un alcance más allá de lo que el legislador le dio [] []

En el caso de las tarifas de carga y descarga en los puertos de Limón y Moín no se está realizando una transacción internacional, el contrato es entre personas nacionales fundamentalmente para el pago de mano de obra, señala el estudio tarifario en que se sustenta la resolución recurrida, que los salarios y cargas sociales representan 85,26% de los costos de la actividad, y estos costos están en colones (ver folio 14). El otro rubro reconocido en los costos para definir la tarifa son los gastos de administración y generales, así como la rentabilidad. Los gastos de administración y generales también se cancelan en colones y no tienen componentes que se determinen en dólares, puesto que son compras locales.

De lo anterior se deriva que en el caso de las tarifas de carga y descarga en los muelles de Moín y Limón no se justifica su fijación en dólares, por lo que procede darle la razón al recurrente.

[] []

Finalmente en cuanto a este tema, el citado dictamen de la Procuraduría General de la República C-302-2003 de fecha 6 de octubre del mismo año, en el cual se analizó en su oportunidad, el tema de dolarización de tarifas para el INCOP, a grosso modo, fue clara en señalar:

[] sólo es posible fijar y facturar el cobro de las tarifas en moneda extranjera, cuando las necesidades del servicio así lo impone. Pero en tales casos, de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica y conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), así con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales, según la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, tienen rango constitucional, deberá estar plenamente justificado y comprobado tal hecho. [] []

Del análisis de lo anterior concluimos, que no existiría en tesis de principio problema en cuanto a realizar el cobro de tarifas para los servicios prestados de estiba y desestiba, carga y descarga en los puertos de Limón y Moín, en dólares o colones, siempre y cuando se le otorgue al usuario o cliente la opción de cancelar en la moneda de su elección.

En nuestro criterio, las resoluciones aquí evaluadas RRG-9261-2008 y RRG-10016-2009 así como los criterios técnicos aportados en las mismas y los cuales se encuentran supratranscritos en este informe, desarrollan ampliamente la conveniencia técnica y regulatoria de expresar en dólares americanos la tarifa de estos servicios, los cuales compartimos. Por esa razón no coincidimos con lo señalado en el criterio del oficio 31-AJD-2010, sobre este tema.

Por lo anterior, se debe mantener en firme en cuanto a este punto, lo resuelto en la resolución recurrida.

II.- SOBRE EL SEGUNDO ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [FALTA DE INFORMACIÓN PARA DETERMINACIÓN DE LA CARGA]

(2) FALTA DE INFORMACIÓN PARA DETERMINACIÓN DE LA CARGA. En cuanto a la estimación de la carga, la ARESEP indicó a CADEXCO que: "Para el análisis de dicho expediente, se les solicitó a las empresas información operativa y financiera de manera desagregada a partir del 2003, sin embargo, para estandarizar los costos de las empresas que conforman la industria, se consideró el periodo en el cual se recibió información por parte de la mayoría de las empresas, solo se pudo contar con la información operativa para el periodo considerado en el cálculo tarifario. Ante la falta de datos, no es posible para la Autoridad Reguladora realizar las estimaciones correspondientes para periodos anteriores" (p.80 de La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008). El subrayado no corresponde al original. // A falta de información proporcionada por las empresas estibadoras, la ARESEP calculó los volúmenes de carga movilizada durante julio 2007 a junio del 2008, es decir, solo para un año (expediente ET-218-2008), la razón de su consideración fue de comodidad y conveniencia, sin atender a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, pero lejos de cumplir la confiabilidad técnica necesaria para llevar a cabo un cálculo de una manera razonable y exacto, con una serie de tiempo más prolongada. // Además, al afirmar que por falta de datos, la Autoridad Reguladora no puede realizar las estimaciones de carga para periodos anteriores, ella misma ignora sus propias facultades y derechos como la máxima autoridad reguladora, así como las obligaciones de las empresas prestadoras de servicios de proporcionar información para mejor resolver. Al respecto el artículo 24 de la Ley 7593 y sus reformas establece: "A solicitud de la Autoridad Reguladora, las entidades reguladas suministrarán informes, reportes, datos, copias de archivo y cualquier otro medio electrónico o escrito donde se almacene información financiera, contable, económica, estadística y técnica relacionada con la prestación del servicio público que brindan. Para el cumplimiento exclusivo de sus funciones, la Autoridad Reguladora tendrá la potestad de inspeccionar y registrar los libros legales y contables, comprobantes, informes, equipos y las instalaciones de los prestadores". // De igual forma, el artículo 14 del mismo texto ley establece que la información debe ser proporcionada a la ARESEP, no solo a requerimiento de ésta, sino que periódicamente. // En este proceso de fijación de las tarifas del servicio de carga, descarga, estiba y desestiba de las mercaderías en los puertos de Limón y Moín, la ARESEP se sometió a la voluntad e información brindada por las empresas prestadoras, esto pese a que además desde el 2001 se les indico que deben presentar semestralmente las estadísticas del volumen del tráfico de carga por modalidad y tipo de carga y sus respectivos rendimientos de trabajo. Además de los estados financieros reales, en que se incluyan las cuentas de Ingresos y Gastos, detallados por subcuenta, debiendo ser auditados al final de cada año (RRG-2372-2001, publicada en La Gaceta 217 del 12/11/2001). // El cálculo de las tarifas de carga, descarga, estiba y desestiba se estima con base en el costo del servicio prestado, que lo forma la sumatoria de los gastos operativos, gastos de administración y la rentabilidad) dividido entre la carga movilizada. Fórmulas: 1. $CSP=O+G+R$ 2. Tarifa por unidad= $CSP/Estimación\ de\ la\ carga$. // Donde: CSP=Costo del Servicio Prestado, O= Gastos de Operación, G= Gastos de Administración y Generales, R= Rentabilidad. // Dado lo anterior, la carga como denominador en esta operación aritmética es trascendental, ya que determina en gran medida el valor de la tarifas. // Por lo anterior, resulta evidente que la ARESEP no ha agotado las vías legales para obtener información del volumen de carga de años anteriores, que permitan un cálculo más preciso. En los expedientes, tan solo se evidencia una solicitud realizada a las empresas el 1° de julio del 2008 (como ejemplo tomo 1, folio 232, expediente ET-083-2008). En esa fecha la ARESEP solicitó: "...información del 2003 al 2007 y los primeros meses transcurridos del 2008 hasta el mes de mayo: 1. Estadísticas del Volumen del tráfico de

carga por modalidad y tipo de carga y sus respectivos rendimientos de trabajo". // Posteriormente, no hay evidencia que la ARESEP haya solicitado la información faltante de períodos anteriores. Consecuentemente, el actuar de la ARESEP en la fijación de las tarifas de los servicios de carga, descarga, estiba y desestiba no es conforme con las potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico en cuanto a la obtención de la información. // Recuérdese que se trata de empresas que han recibido una concesión, y por lo tanto, están obligadas a presentar información financiera contable, y dado que su contabilidad no estaba al día o auditada en forma adecuada, no puede de oficio la Autoridad Reguladora establecer nuevas tarifas, sin basarse en forma adecuada en una contabilidad razonable, esto genera que cualquier decisión sobre tarifas carezca de adecuada fundamentación. // Por tal razón, CADEXCO (sic) solicita a la ARESEP suspender el incremento de las tarifas de los servicio de carga, descarga, estiba y desestiba, y utilizar el límite de sus facultades para obtener la información de la carga para años anteriores, permitiendo recalcular la estimación de la carga con un período de tiempo más prolongado que incluya ciclos de contracción y expansión y permita dar mayor precisión y transparencia. □

De previo a dar respuesta al anterior argumento del recurrente, se debe analizar al respecto: [1] la resolución recurrida RRG-9261-2008 conjuntamente con la [2] resolución RRG-10016-2009 del 20 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de Cámara Nacional de Bananeros, y finalmente lo manifestado en [3] el oficio 31-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP.

Sobre estos temas en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

[]

3. *Determinación de los Gastos Operativos:*

Con el fin de estandarizar los costos operativos de la industria, se utilizó el tamaño de la cuadrilla reportada por parte de las estibadoras para cada una de las actividades, a la vez, se determinaron las distintas ocupaciones que la conforman y el tamaño promedio. Seguidamente se muestra el tamaño promedio de la cuadrilla para cada modalidad del tipo de carga, se hace la observación que en cuanto a los tipos de carga correspondiente al sistema de bodegas y patios, no se recibió información, por lo que no se determina el tamaño de la cuadrilla promedio en esta actividad.

CUADRO N° 1
Empleados por cuadrilla promedio

Tipo de carga	Empleados/cuadrilla promedio
Sistema Convencional	
<i>Mercadería General</i>	15
<i>Hierro</i>	15
Sistema roll on roll off	
<i>Sistema roll on roll off</i>	16
Sistema porta contenedor	
<i>Con grúa pórtica</i>	15
<i>Con grúa nave</i>	17
Sistema bananero y fruta fresca	
<i>Paletizado</i>	24
<i>Kilo paletizado</i>	27
<i>Fruta Contenerizada</i>	26
<i>Estibador pallet</i>	34
Sistemas trasiegos y vacíos	
<i>Nave porta contenedor</i>	13
<i>Contenedores y furgones vacíos</i>	15

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información de las empresas

[]

5. Volumen de carga movilizada:

Se determinó el volumen promedio de carga movilizada para la actividad de transporte de mercancías con base en la información aportada por las empresas estibadoras. Durante el análisis del presente estudio, se determinó que no todas las empresas realizan la misma actividad o bien, no transportan el mismo tipo de carga, sin embargo, en promedio el total de la carga movilizada durante julio de 2007 a junio de 2008 se encuentra distribuida de la siguiente manera:

CUADRO N° 7
Unidades de carga movilizadas por modalidad
(Julio 2007-junio 2008)

Tipo de carga	Unidades
Sistema Convencional	
Mercadería General	5.471.797
Hierro	9.755.265
Sistema roll on roll off	
Sistema roll on roll off	10.462
Sistema porta contenedor	
Con grúa pórtica	10.642
Con grúa nave	32.610
Sistema bananero y fruta fresca	
Paletizado	19.878.307
Kilo paletizado	1.818.507
Fruta Contenerizada	17.180
Estibador pallet	55.440
Sistemas trasiegos y vacíos	
Nave porta contenedor	2.834
Contenedores y furgones vacíos	19.432

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información brindada por las empresas

[] []

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10016-2009 se dijo:

[] []

2. Falta de información para la determinación de la carga

Esta Autoridad Reguladora rechaza enfáticamente el vaticinio que realiza CADEXCO en el sentido de que actuáramos en la estimación de la carga movilizada, bajo la guía de la [comodidad y conveniencia] igualmente no estamos de acuerdo en que se nos impute que ignoramos nuestras potestades establecidas en la Ley 7593 y su Reglamento.

En primera instancia del análisis inicial que se realizó del movimiento de la carga movilizada a través de los años del 2000 al 2007 se obtuvo el siguiente resultado.

COMPORTAMIENTO DE LA CARGA MOVILIZADA									
2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	7
-9%	2%	5%	9%	6%	0%	17%	15%		6%

Como puede notarse el movimiento promedio de los 8 años apenas alcanza el 6%, o sea, menos de un 1% anual, concluyéndose que en esta actividad, en los puertos de Limón y Moín el crecimiento de la carga movilizada es sumamente baja, aunque desde el año 2006 al 2007 el promedio tendía a estabilizarse en un porcentaje mayor que el histórico.

En segunda instancia debe saber el recurrente que cuando las empresas estibadoras iniciaron el proceso de solicitud tarifaria en el año 2008 se les instó a cumplir con los requerimientos de información señalados en resoluciones tarifarias anteriores, sin embargo, esto solo obligaba a ANFO S.A. quien fue el único peticionario y quien recibió tarifas en el año 2002. Al resto de empresas se les solicitó la información necesaria para el estudio y fue presentada por la gran mayoría, pero sin ningún tipo de uniformidad en sus modelos de presentación; o sea, que estandarizar dicha información para efectos de la fijación a la industria no nos era naturalmente posible, ni a nosotros ni a las empresas.

Por tanto, tomando en cuenta el lento grado de movimiento de la carga movilizada, ya antes mencionada y contemplando que para el plazo de julio 2007 a junio 2008 sí fue posible estandarizar la información, concluimos que técnicamente la información contemplada es suficiente.

Por otro lado, al utilizar la Autoridad Reguladora las estadísticas de un período reciente, guardó consistencia con los costos de operación que se emplearon en el cálculo tarifario, ya que dichos costos se actualizaron en un período de corto de tiempo, específicamente los salarios fueron actualizados con fundamento en los salarios mínimos establecidos por la Ley para el segundo semestre del año 1998, con base en el decreto N° 34612-MTSS del Ministerio de trabajo y seguridad social de fecha 26 de junio de 2008, más un incremento adicional de un 7% que corresponde al aumento aprobado al sector privado para el primer semestre del año 2009. También se consideró la información proporcionada por JAPDEVA, con respecto a los salarios por hora efectivamente pagados en las fechas correspondientes al análisis tarifario y para efectos de las cargas sociales se determinó un monto de un 47,83%.

Debe considerarse también, que no se estableció un precio único sino que se establecieron bandas tarifarias donde se definió un precio máximo y un precio mínimo, de manera que este tipo de fijación tarifaria permite la negociación tarifaria entre las partes, en otras palabras con esta metodología se pretende que exista un grado de flexibilidad en la determinación del precio que va a pagar el cliente.

[]

Y finalmente, en el oficio 31-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP se expresó lo siguiente en cuanto a este tema:

[]

En el segundo motivo del recurso, se señala que la ARESEP calculó las tarifas en la resolución recurrida con información parcial, por lo que solicita suspender el incremento de las tarifas de los servicio de carga, descarga, estiba y desestiba, y utilizar sus facultades para obtener la información de la carga para años anteriores, permitiendo recalcular la estimación de la carga con un período de tiempo más prolongado que incluya ciclos de contracción y expansión y permita dar mayor precisión y transparencia. Al respecto se menciona que en la definición de las tarifas recurridas, se utilizó la información contable y estadística aportada por las empresas estibadoras que consta en el expediente ET-083-2008 (ver folio 368 del expediente). Dado que los resultados que el recurrente considera erróneos, no se impugnan con información que permita determinar en qué consiste el error, lo procedente es rechazar el argumento.

[] []

En nuestro criterio, las resoluciones aquí evaluadas RRG-9261-2008 y RRG-10016-2009 así como los criterios técnicos aportados en las mismas y el oficio 31-AJD-2010, los cuales se encuentran supratranscritos en este informe, desarrollan y fundamentan el rechazo de este argumento del recurrente. Ergo, no existe necesidad de realizar ampliación alguna en este sentido.

III.- SOBRE EL TERCER ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [RENTABILIDAD]

(3) RENTABILIDAD Mediante RRG-9261-2008, la ARESEP pretende incrementar las tarifas basado en un 15% de rédito o margen de ganancia sobre los gastos y los justifica de la siguiente manera: "...Debido a que estas actividades eran realizadas por JAPDEVA y las mismas fueron concesionadas, el porcentaje reconocido ha sido recomendado para la Junta de Administración Portuaria y Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), de acuerdo con estudios de regulación realizados para la actividad portuaria en el año 1998". (Punto 4 de la RRG-9261-2008 publicada en La Gaceta 235 del 4/12/08). // La ARESEP, ha considerado el porcentaje de utilidad sobre los gastos con base en estudios de JAPDEVA que datan de finales de la década de los noventa. En el 2001, mediante las RRG-2372-2001, RRG-2437-2001 y RRG-2438-2201, la ARESEP determinó un 5% de utilidad sobre los gastos: "Que los análisis de los estados financieros de las empresas estibadoras, realizados en el pasado por JAPDEVA, como el análisis actual, revelan que el margen sobre el gasto total es de un 5% aproximadamente. Este valor se utiliza en el modelo de costos propuesto". (Considerando 16 de la RRG-2372-2001, Gaceta 217 del 12/11/01). // El criterio de la Autoridad Reguladora, para establecer a las empresas estibadoras un margen en promedio sobre los gastos del 5% como porcentaje de utilidad, se basó en los datos históricos del monto de utilidades de los estados financieros aportados por dichas empresas a la Junta de Administración Portuaria y a la misma Autoridad Reguladora, por lo que el criterio si tiene sustento técnico". (II. ANÁLISIS DEL RECURSO POR EL FONDO, numeral 4 RRG-2437-2001 y RRG-23438-2001, publicadas en La Gaceta 245 del 20/12/01) // Si la ARESEP consideró los estudios de 1998, y no existe ningún otro estudio técnico posterior que justifique la modificación de la utilidad de 5% hacia un 15% como se propone. Como usuarios de los servicios de estiba y desestiba no hemos tenido acceso a los eventuales estudios técnicos dado que estos no se incluyen en los expedientes ET-083-2008 (Comercializadora ANFO, S. A., Solicitud de Fijación de Tarifas para el Servicio de carga, descarga, estiba y desestiba) y en el ET-218-2008 (Fijación de oficio) que sustentan el aumento en el rédito realizado por la ARESEP, con lo cual conculcan nuestro derecho a un debido proceso. // Esta carencia de motivación en el expediente y los considerandos de la resolución conllevan la nulidad de esta por falta de fundamentación, lo que impide que podamos presentar argumentos en contra, violándose el debido proceso. // De forma muy somera y sin justificantes la ARESEP considera un margen de ganancias del 15% sobre los costos. En folio 65 (tomo 1, expediente ET-083-2008), Comercializadora ANFO, S. A., estimo una utilidad sobre gastos del 15% para el 2009, que coinciden en el nuevo margen, pero que no es representativa de la totalidad de la industria, y no se presentan estudios técnicos que justifiquen en forma adecuada el cambio en el margen de utilidad. // De hecho, no consta en el expediente que un margen de utilidad del 5% provoque un desequilibrio financiero de las empresas que prestan los servicios de carga, descarga, estiba, y dado que estos servicios se encuentran concesionados en oligopolio, tienen un mercado cautivo que no puede acudir a otros prestadores de servicios, situación por la cual cualquier margen de utilidad o cambio de este debe justificarse motivadamente en el expediente administrativo. []

De previo a dar respuesta al anterior argumento del recurrente, se debe analizar al respecto: [1] la resolución recurrida RRG-9261-2008 conjuntamente con la [2] resolución RRG-10016-2009 del 20 de agosto de 2009, con

la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de Cámara Nacional de Bananeros, y finalmente lo manifestado en [3] el oficio 31-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP.

Sobre estos temas en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

[]

METODOLOGÍA TARIFARIA

La metodología tarifaria utilizada para el cálculo de las tarifas de la industria de estiba y desestiba es la denominada costo del servicio prestado o tasa interna de retorno. Esta metodología determina la tarifa a través de la siguiente ecuación:

FÓRMULA: $CSP = O + G + D + R$

Donde:

- CSP = Costo del Servicio Prestado.
- O = Gastos de Operación
- G = Gastos Administración y Generales
- D = Depreciación
- R = Rentabilidad o Rédito para Desarrollo

Debido a las características particulares del servicio de estiba y desestiba en el cual no existe una inversión intensiva en activos de capital, el gasto de depreciación y la rentabilidad sobre el activo fijo pierde importancia como medio de cálculo tarifario, en cambio su principal rubro de erogación los salarios y las cargas sociales producto de las planillas contratadas para llevar a cabo estos servicios, cobra especial relevancia, al punto de que se torna como el principal determinante de los costos de esta actividad (85,26% del total de los costos de la actividad), conjuntamente con una tasa de ganancia, como sustituto de la rentabilidad.

Partiendo de esta situación la Dirección de Servicios de Transportes determinó establecer tarifas para la actividad por cada servicio y modalidad de la siguiente forma:

9. Gastos de Operación: Gastos de la planilla salarial más cargas sociales.
10. Gastos de Administración y Generales: Porcentaje promedio de los gastos administrativos sobre los gastos de operación de la mayoría de participantes de la actividad.
11. Un porcentaje de rentabilidad sobre los costos totales.
12. El total de costos de cada servicio que corresponde a la suma de los tres puntos anteriores, se divide entre el volumen promedio de carga movilizada para cada modalidad de acuerdo con la información brindada por las estibadoras.

[]

13. Rentabilidad:

Debido a que las operadoras de la actividad tienen como principal costo el pago por salarios y cargas sociales, y no requieren de inversiones para la compra de maquinaria y equipo en forma intensiva, las utilidades que la misma obtiene son equivalentes a un margen de ganancias que

se calcula sobre los costos. En este caso, dicho margen corresponde a un 15% sobre los costos totales. En el próximo cuadro se indica este detalle por cada modalidad y tipo de carga:

CUADRO N° 5
(Cifras en colones)
(Julio 2007-junio 2008)

Tipo de carga	Costos totales + rentabilidad
Sistema Convencional	
Mercadería General	11.364.607.227,3
Hierro	18.564.168.795,4
Sistema roll on roll off	
Sistema roll on roll off	95.933.767,1
Sistema porta contenedor	
Con grúa pórtica	89.382.078,3
Con grúa nave	341.156.400,0
Sistema bananero y fruta fresca	
Paletizado	1.245.295.222,6
Kilo paletizado	4.801.574,9
Fruta Contenerizada	227.001.816,3
Estibador pallet	3.429.065,7
Sistemas trasiegos y vacíos	
Nave porta contenedor	18.356.441,3
Contenedores y furgones vacíos	146.764.094,8
Sistema de demoras	
Naves Convencionales	16.493.277,9
Naves roll on roll off	759.279,5
Naves porta contenedores	21.300.461,8
Naves bananeras	434.010.552,8

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información brindada por las empresas

14. Costos Totales y Rentabilidad :

El resumen de los costos totales: operativos y administrativos, más la rentabilidad por modalidad y tipo de carga se muestra en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 6
Cifras en colones
(Julio 2007-junio 2008)

	Costos operativos	Costos administrativos	Costos totales + rentabilidad
Sistema Convencional			
<i>Mercadería General</i>	8.425.471.967	1.456.795.187	11.364.607.227
<i>Hierro</i>	13.763.069.910	2.379.685.564	18.564.168.795
Sistema roll on roll off			
<i>Sistema roll on roll off</i>	71.123.203	12.297.464	95.933.767
Sistema porta contenedor			
<i>Con grúa pórtico</i>	66.265.924	11.457.623	89.382.078
<i>Con grúa nave</i>	252.925.915	43.731.824	341.156.400
Sistema bananero y fruta fresca			
<i>Paletizado</i>	923.234.722	159.630.689	1.245.295.223
<i>Kilo paletizado</i>	3.559.783	615.500	4.801.575
<i>Fruta Contenerizada</i>	168.294.196	29.098.687	227.001.816
<i>Estibador pallet</i>	2.542.235	439.562	3.429.066
Sistemas trasiegos y vacíos			
<i>Nave porta contenedor</i>	13.609.065	2.353.058	18.356.441
<i>Contenedores y furgones vacíos</i>	108.807.699	18.813.253	146.764.095
Sistema de demoras			
<i>Naves Convencionales</i>	12.227.757	2.114.224	16.493.278
<i>Naves roll on roll off</i>	562.913	97.330	759.279
<i>Naves porta contenedores</i>	15.791.698	2.730.443	21.300.462
<i>Naves bananeras</i>	321.765.959	55.634.521	434.010.553

Fuente: Elaboración por parte de DITRA, según información brindada por las empresas
[] □

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10016-2009 se dijo:

3. Rentabilidad

El dato de un 15% como margen de ganancia sobre gastos operativos utilizado por la Autoridad Reguladora para fijar las tarifas de los servicios brindados por las empresas estibadoras, proviene de la Metodología Tarifaria establecida y aplicada por la Autoridad Reguladora para los servicios de Transporte Marítimo desde hace varios años (1998), cuando fijó tarifas tanto para el INCOP como para JAPDEVA. En el caso concreto de los servicios que brindan las empresas estibadoras en el complejo Portuario Limón-Moín no se había aplicado el citado

margen de ganancia, debido a que dichas empresas hasta el año 2008 no solicitaron modificar las tarifas autorizadas desde el año 2001.

Mantener el uso de un 5% de rentabilidad atenta contra el principio del servicio al costo, no solo porque su fuente fueron los estados financieros de las empresas, los cuales en el momento de la presentación tarifaria estaban distorsionados por las negociaciones dentro de la banda, a las que se ven obligadas las empresas para no perder sus clientes, sino porque se trata de una tasa que ni siquiera se compara con la tasa básica pasiva del sector bancario y solo se aplica al capital de trabajo que está financiando el operador.

Con el propósito de facilitar la comprensión y aplicación de las metodologías tarifarias utilizadas por la Dirección de Servicios de Transporte (DITRA) para cada una de las actividades que regula, la Autoridad Reguladora ha detallado en su página WEB la metodología tarifaria vigente que aplica para los servicios portuarios. Esta información está disponible para todos los interesados en conocer estas metodologías. En la descripción de dicha metodología se menciona con claridad cuál es el margen de ganancia recomendado para los servicios portuarios para el manejo de carga general y contenedores el cual es de un 15%.

El margen recomendado se ha manejado, considerando que el objetivo principal del esquema tarifario es el de determinar los ingresos, costos y procedimientos óptimos bajo el régimen de tarifa máxima para la prestación de los servicios de infraestructura, manejo de carga y servicios auxiliares, que permitan asegurar el buen mantenimiento y la continua modernización de los puertos mejorando su competitividad a nivel internacional. Con fundamento en este objetivo, se calcularon las bandas tarifarias estableciendo el límite superior con un margen de ganancia máximo de un 15% y el límite inferior con un 20% de descuento determinado en función de la productividad que logren alcanzar las empresas estibadoras.

La condición de pocos clientes de importancia por prestador del servicio (de uno a tres) incide en que la cuota de poder de mercado se incline a favor del cliente. Asimismo, la dependencia en pocos clientes de importancia provoca que la pérdida de uno de ellos incida en forma muy negativa en el equilibrio financiero de la empresa o a que las empresas intenten capturar los clientes de importancia de sus competidoras. En este sentido la tendencia que históricamente se ha observado es que las tarifas que se cobran están más cercanas al límite inferior de la banda tarifaria. □

Ahora bien, en el oficio 31-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP manifestó en cuanto a este tema:

[]

En el tercer motivo del recurso se señala que de forma muy somera y sin justificantes, la ARESEP considera un margen de ganancias del 15% sobre los costos y no se presentan estudios técnicos que justifiquen en forma adecuada el cambio en el margen de utilidad. Al respecto, en la resolución recurrida únicamente se señala sobre la rentabilidad:

□Debido a que las operadoras de la actividad tienen como principal costo el pago por salarios y cargas sociales, y no requieren de inversiones para la compra de maquinaria y equipo en forma intensiva, las utilidades que la misma obtiene son equivalentes a un margen de ganancias que se calcula sobre los costos. En este caso, dicho margen corresponde a un 15% sobre los costos totales □ □

Claramente lleva razón el recurrente con respecto a la falta de fundamentación, por parte del Regulador General en la determinación del 15% de margen de rentabilidad, en lo que no lleva la razón es en el reclamo que realiza por el cambio de criterio con respecto al valor de dicho porcentaje, para lo cual este Organismo Regulador tiene la competencia, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 7593 y sus reformas.

Al realizar el análisis de lo anterior, se concluye que el nivel de rentabilidad del 15% se justificó, cuando se indica en la resolución recurrida que: [debido a que las operadoras de la actividad tienen como principal costo el pago por salarios y cargas sociales, y no requieren de inversiones para la compra de maquinaria y equipo en forma intensiva, las utilidades que la misma obtiene son equivalentes a un margen de ganancias que se calcula sobre los costos. En este caso, dicho margen corresponde a un 15% sobre los costos totales] lo cual no debe confundirse con una falta de fundamentación de la resolución al haber pasado de una rentabilidad del 5% (en 2001) a un 15% (en 2008).

A criterio de esta Dirección General, la decisión de otorgar un 15% de rentabilidad se encuentra justificada en la resolución recurrida, por lo que no es de recibo el argumento del recurrente. Por esa razón no coincidimos con lo señalado en este sentido en el oficio 31-AJD-2010.

IV.- SOBRE EL CUARTO ARGUMENTO DEL RECURRENTE: [EQUILIBRIO FINANCIERO DE LAS CONCESIONARIAS]

[4) EQUILIBRIO FINANCIERO DE LAS CONCESIONARIAS. *En nuestro escrito establecimos que en los estados financieros de las empresas concesionarias se denota que estas obtuvieron ganancias, aspecto que hicimos ver en nuestro escrito inicial y sobre el cual no se obtuvo una respuesta, violándose los artículos 27 y 41 de la Constitución Política, dado que no se obtuvo respuesta. // El hecho que las empresas concesionarias obtuvieran utilidades descarta que exista desequilibrio financiero, y por lo tanto, no existe fundamento fáctico para la nueva aprobación tarifaria. // El hecho que exista un cambio del contexto económico del año 2001 al 2008, no basta con afirmarlo como se consigna en la resolución cuestionada (p.80 de La Gaceta 235 del 4 de diciembre de 2008), sino que deben especificarse esos cambios que ameritan una revisión tarifaria, dado que se ha partido de una suposición y no de un estudio, lo cual implica una violación del principio de motivación de los actos de la Administración en abierta infracción del artículo 132 de la Ley General de Administración Pública. // En resumen, que las empresas estibadoras padezcan un desequilibrio financiero no es un hecho probado en el expediente, únicamente el cambio se ha basado en suposiciones.*

De previo a dar respuesta al anterior argumento del recurrente, se debe analizar al respecto: [1] la resolución recurrida RRG-9261-2008 conjuntamente con la [2] resolución RRG-10016-2009 del 20 de agosto de 2009, con la cual se resolvió en primera instancia el recurso de revocatoria de Cámara Nacional de Bananeros, y finalmente lo manifestado en [3] el oficio 31-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP.

Sobre estos temas en particular, se analizó en la resolución recurrida RRG-9261-2008 lo siguiente:

Las fijaciones tarifarias que realiza esta Autoridad en el transporte de mercancías en los puertos de Limón y Moín, son para toda la industria aún cuando una sola empresa presente una solicitud de revisión ante la ARESEP, tal como lo solicitó la Comercializadora ANFO S.A el 28 de mayo de 2008 (ET-083-2008, folio 01). Con base en la propuesta presentada por la Comercializadora ANFO S.A, se recibió por parte de la mayoría de las concesionarias información operativa y financiera solicitada por esta Autoridad y de acuerdo con el acta de la

audiencia pública N° 55-2008, no hubo oposiciones por parte de las empresas estibadoras, ni de los usuarios del servicio en cuanto a la revisión tarifaria, por lo que se desprende el interés de las demás empresas para la revisión de ajuste tarifario. Adicionalmente, según las razones por las cuales se rechazó la solicitud tarifaria en esa oportunidad, se justifica el realizar un estudio tarifario de oficio y más aún cuando puede verse afectado el equilibrio financiero de las empresas a pesar de que la mayoría de las empresas presentan utilidades en los estados financieros presentados.

Cabe mencionar que de acuerdo con el artículo 30 de la Ley N° 7593 y sus reformas a la misma, los prestatarios deberán presentar, por lo menos una vez al año, un estudio ordinario, de manera que si no hubo solicitud tarifaria por parte de las empresas en años anteriores, esta Autoridad podría interpretar que durante ese periodo posiblemente mantuvieron el equilibrio financiero, sin embargo, por el tipo de actividad, las variaciones en el entorno económico desde el año 2001 y la solicitud presentada por la Comercializadora ANFO S.A., hacen que la Autoridad Reguladora actúe de oficio y determine la tarifa que le corresponda a cada actividad, según el principio del servicio al costo. □

Ahora bien, en cuanto a este tema, en la resolución RRG-10016-2009 se dijo:

3. Equilibrio financiero de las concesionarias

Es cierto que la mayoría de empresas de la actividad mostraron utilidades durante el año 2007, sin embargo, la empresa recurrente no consideró que una buena parte de las mismas provengan de actividades diferentes a la actividad regulada.

Lo que sí es un hecho contundente es que las condiciones económicas han variado en los últimos siete años y que por tanto era necesario una revisión de los costos de las empresas estibadoras para que sus tarifas se actualizaran, esto debido a que dentro de las obligaciones de la Autoridad Reguladora están el considerar la sostenibilidad de los servicios a través del tiempo, que estos se brinden en condiciones óptimas y que sus tarifas sean razonables y competitivas internacionalmente, todo ello en función del bienestar de los usuarios de los servicios públicos y de las empresas que los brindan.

También es cierto que la metodología tarifaria aplicada para este caso, reveló la necesidad del aumento tarifario, con lo que se demuestra y no solo se "afirma" como lo dice la recurrente la evidencia del citado aumento, producto de un estudio técnico que precisamente es el que ahora recurre y no de una suposición como irónicamente lo manifiesta CADEXCO.

En la página N° 80 de La Gaceta N° 235, que contiene la resolución recurrida se indica con claridad lo siguiente:

□Cabe mencionar que de acuerdo al artículo N° 30 de la Ley 7593 y sus reformas, los prestatarios deberán presentar, por lo menos una vez al año, un estudio ordinario, de manera que si no hubo solicitud tarifaria de parte de las empresas estibadoras en años anteriores, esta Autoridad podría interpretar que durante ese periodo posiblemente mantuvieron el equilibrio financiero, sin embargo, por el tipo de actividad, las variaciones en el entorno económico desde el año 2001 y la solicitud presentada por la Comercializadora ANFO S.A., hacen que la Autoridad Reguladora actúe de oficio y determine la tarifa que corresponda a cada actividad, según el principio del servicio al costo. □

El análisis comparativo de los precios en puertos regionales permitió evidenciar la conveniencia de que los precios de los servicios brindados por las estibadoras fueran

actualizados. Dichos precios resultaron ser en la mayoría de los casos menores que los aplicados en los puertos regionales lo cual beneficia desde el punto de vista de la competencia la situación de los servicios portuarios locales ()

Para concluir, en el oficio 31-AJD-2010 de fecha 23 de marzo de 2010, de la entonces asesoría técnica de Junta Directiva de ARESEP se dijo:

[]

En el cuarto y último argumento del recurrente se señala que el hecho que las empresas concesionarias obtuvieran utilidades descarta que exista desequilibrio financiero, y por lo tanto, no existe fundamento fáctico para la nueva aprobación tarifaria. No lleva razón el recurrente ya que en materia de servicios públicos regulados por la Ley 7593 no basta que los prestadores de dichos servicios tengan utilidades, dicha rentabilidad debe ser de manera tal que se cumpla el artículo 3 de la Ley 7593 y sus reformas que señala:

Para efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

- a) Servicio al costo. Principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31.*

Definir la tarifa de manera tal que se elimine o restrinja la retribución competitiva o utilidad, infringe los principios regulatorios más elementales, puesto que también se violenta el artículo 31 de la Ley 7593 y sus reformas, ya que se atenta contra el equilibrio financiero del servicio público y contra la eficiencia en la prestación del servicio puesto que el prestatario del servicio no podría reinvertir en la mejora del mismo. Por lo anterior, no lleva la razón el recurrente.

[]

En las resoluciones aquí evaluadas RRG-9261-2008 y RRG-10016-2009 así como en los criterios técnicos aportados en las mismas y el oficio 31-AJD-2010, los cuales se encuentran supratranscritos en este informe, se desarrollan ampliamente la conveniencia técnica de realizar una actualización de tarifas, por lo que compartimos lo expuesto en las mismas.

Por lo anterior, se debe mantener en firme en cuanto a este punto, lo resuelto en la resolución recurrida.

CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, podemos llegar a las conclusiones siguientes:

- 5. Sobre el primer argumento del recurrente, respecto de la dolarización de las tarifas, se manifestó que existe suficiente justificación técnica y regulatoria para expresar las tarifas en dólares. El rechazo de este argumento está justificado.*

6. *Sobre el segundo argumento del recurrente, en cuanto al tráfico de carga y la conformación de las cuadrillas, debemos de señalar que no se evidencia la existencia de discrepancia técnica o jurídica que deba ser ampliada por parte de esta Dirección General. Ergo, el rechazo de este argumento del recurrente está fundamentado.*
 7. *Sobre el tercer argumento del recurrente, referido al margen de rentabilidad del 5% al 15%, se considera que el uso del 15% está incluido en la Metodología Tarifaria aplicada a estos servicios hasta la fecha. El rechazo de este argumento está justificado.*
 8. *Sobre el cuarto argumento del recurrente, con relación al equilibrio financiero de las concesionarias, se debe aclarar, que se desarrolla ampliamente la conveniencia técnica de realizar una actualización de tarifas. Por lo tanto, el rechazo de este argumento está justificado. ()*
- II. En sesión 013 -2011, del 23 de febrero de 2011, cuya acta fue ratificada el 08 de junio del 2011; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 321-AJD-2009, 031-AJD-2010 y el oficio 74-DGJR-2011, de cita, acordó por unanimidad: Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Bananeros contra la resolución RRG-0261-2008 del 21 de noviembre de 2008, y resolvió dar por agotada la vía administrativa.
 - III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Bananeros contra la resolución RRG-0261-2008 del 21 de noviembre de 2008 y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:
LA JUNTA DIRECTIVA
DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS
RESUELVE

- I. Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Cámara Nacional de Bananeros contra la resolución RRG-0261-2008 del 21 de noviembre de 2008.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.

Se retira del salón de sesiones la señora Karla Montero Víquez.

5. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO Y NULIDAD CONCOMITANTE E INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES Y RESOLUCIONES INTERPUESTOS POR LA REFINADORA COSTARRICENSE DE PETRÓLEO S.A., CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-9770-2009 DE LAS 8:30 HORAS DEL 8 DE MAYO DE 2009 DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL, EXPEDIENTE ET-38-2009.

El señor Dennis Meléndez Howell, somete a consideración de los señores miembros de la Junta Directiva el Recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante e incidente de nulidad de actuaciones y resoluciones interpuestos por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE S.A.), contra la resolución RRG-9770-2009 de las 8:30 horas del 8 de mayo de 2009 dictada por el Regulador General, expediente ET-38-2009.

Ingresan los señores Robert Thomas Harvey la señora Xinia Herrera Durán.

La señora Xinia Herrera señala que es el tercer recurso que se presenta en este estilo, los otros los dos la Junta Directiva los dejó en suspenso alegando que se iba analizar un cambio de metodología, en este caso la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) hizo una fijación extraordinaria de los precios de los combustibles amparado a una resolución en que se definió la metodología que establecía el factor k como variable y RECOPE insiste en que en ese recurso, de acuerdo con la resolución que es la RRG-9790-2009, en forma reiterada han insistido en que hay un error en la determinación del factor k en este caso RECOPE manifiesta de acuerdo con la determinación del factor k el ajuste en los precios debería considerarse una k de 30,29, pero que como la ARESEP lo que dejó como un dato fueron los ingresos de RECOPE, lo que hace es entrar en un proceso de aproximación calculando la k de manera tal que esta sea variable y no los ingresos que se le calculan a RECOPE, ese es uno de los argumentos.

El otro argumento es el perjuicio económico que se le causa a la Refinadora porque no se le están dando los ingresos suficientes para poder hacerle frente a los costos; y un tercer argumento es, señalando un error en un tipo de cambio cuando se calculan las bandas para los precios que se venden en el aeropuerto y en los muelles, en este caso, la recomendación a la Junta Directiva, que no lleva razón RECOPE, porque la resolución está en firme, la resolución que RECOPE alega estar mala, es una resolución que está en firme y de acuerdo con ella es que se hace el cálculo, el cálculo está bien hecho de acuerdo con la resolución, en el sentido de que si el factor k es variable, lo que la ARESEP hace es precisamente tomar como un dato los ingresos calculados en la primera resolución donde se definen los precios, que se establece como ingreso fijo para RECOPE $\$179.000$ millones y a partir de ahí es que se ajusten los precios de los diferentes productos modificando la k . Entonces la fijación es conforme con la resolución.

Ese recurso contra la metodología es el que no está resuelto.

Don Emilio Arias consulta, si la Junta Directiva había visto en ese sentido dos recursos y que habíamos decidido posponerlo mientras estaba la metodología de RECOPE?

Doña Xinia Herrera, indica que sí se pospusieron, no tiene claro si ya se resolvieron.

Don Robert Thomas, señala que en cuanto a los asuntos de carácter formal, se aclara, es importante que la Junta Directiva conozca que hay varias impugnaciones: el recurso de revocatoria con apelación en subsidio; una nulidad concomitante y un incidente de nulidad de actuaciones sobre varias resoluciones, dos básicamente, la RRG-9770-2009 de 8 de mayo de 2009 y otra resolución sobre la que se ha dictado una impugnación es la RRG-9785 y en ambas se alegan razones para considerar por parte de RECOPE que hay nulidad de lo actuado, el aspecto formal que puedo destacar es que el acto del Regulador en su momento rechazó el recurso por considerar que lo presentó en ese entonces Presidente de RECOPE, Ing. Desanti Montero, no había acreditado su personería en el expediente y por esa razón se rechazó.

Nuestro criterio es que el señor Desanti vino actuando en el expediente desde el principio, se le admitieron los recursos y las gestiones que presentó, sin cuestionar que estaba actuando en representación de RECOPE, ni se indicó tampoco que estaba en su carácter personal.

Dos cosas hay que decir al respecto, cuando ocurre una admisión de este tipo, lo procedente es prevenir al gestionante para que cumpla los requisitos, si no se le previene y además se tramitan sus gestiones, hay una especie de legitimación que la administración ha aceptado, en todo caso era público y notorio en ese momento, que el señor Desanti era Presidente de RECOPE, son nombramientos que salen publicados en La Gaceta y además en otros expedientes en la ARESEP está acreditado que el señor Desanti Montero era el Presidente de RECOPE, en consecuencia mi criterio es de no haberse aceptado el recurso y resuelto por el fondo, no rechazado porque faltaba ese requisito, aunque posteriormente el señor Desanti presentó una certificación de personería.

Indicado sobre la admisibilidad de la gestión se analiza por el fondo y se establece que el acto recurrido no puede calificarse de nulo porque contiene todos los elementos que deben tener los actos administrativos y respecto del incidente de nulidad y actuaciones se trata de que la ARESEP, le comunicó a RECOPE por medio de un fax la resolución, después se le notificó y después se publicó la resolución.

Alega RECOPE que como se notificó por fax y ese no era el medio que había indicado para recibir notificaciones, se le había causado un perjuicio porque no pudo actuar a tiempo en vista de esa manera de comunicar el acto, lo cierto es que sí se le notificó el acto en el lugar señalado para notificar, lo que pasa es que alguien le comunicó de manera informal, y RECOPE tomó esa comunicación como si fuera la notificación en un medio que no había señalado. En este punto yo me fui a enterar que no es conveniente que la ARESEP realice trámites o actuaciones que no están presentados en la ley y que no está obligado y que si lo hace por alguna razón importante debe consignarlo así.

Al argumentar también RECOPE y en eso lleva razón que el informe técnico que da sustento a la resolución no constaba en autos en el plazo que debiera estar para que tuviera conocimiento.

Sin embargo, como yo recomiendo volver a notificar esa resolución para que RECOPE tenga la oportunidad de hacer lo que a bien tenga y siendo que la resolución es del año 2009 y estamos en el 2011, a mí me parecería que no deberían recoger esa recomendación hoy.

El interés de notificarle a RECOPE una resolución dictada en mayo de 2008, para que vuelva a recurrir, siendo que hay otras fijaciones tarifarias y otras decisiones en esa materia, no parece tener mucho sentido, aunque en estricta asesoría jurídica lleva razón RECOPE.

Sobre el fondo ya doña Xinia Herrera se refirió, situación que está en suspenso de resolver cuando a la Junta le expliquen la metodología correspondiente, que fue lo que se resolvió la última vez que se vio este punto.

El señor Dennis Meléndez, indica que está pendiente de un informe de la Dirección de Servicios de Energía sobre la metodología y del factor k vienen en proceso algunos términos de la metodología dentro de eso el factor k de hecho se está recomendando que efectivamente no sea variable, la principal razón que da RECOPE en este caso es que si es variable no tienen control sobre el flujo de caja, consecuentemente, ellos prefieren obtener un k que sea constante que no sea porcentual sino simplemente tomar los gastos administrativos de RECOPE y dividirlos entre 12 y eso es lo que se aplica mensualmente.

El señor Robert Thomas, también discutía sobre los datos que se iban a tomar en cuenta para hacer esos cálculos, se hablaba de un benchmarking, y ahora es lo que la ARESEP considere conveniente, es uno de los temas que se discutieron, los criterios que se van a tomar en cuenta para hacer la proyección.

Doña Sylvia Saborío, consulta sobre los recursos que han quedado pendientes, eran contra la metodología o contra las tarifas.

Doña Xinia Herrera, señala que es uno de cada caso. Uno es contra la metodología y dos son contra la aplicación de esa metodología, RECOPE indica que está mal calculado el precio de los combustibles porque el k es variable, pero de acuerdo con la metodología vigente es así. RECOPE insiste en que como ellos recurrieron la metodología que las otras dos están mal hechas; pero no es así, ambas fijaciones están acordes con la metodología.

Don Emilio Arias, pregunta, si este caso es igual a alguno de los otros?

Se le responde que sí, es similar a uno de los que está suspendido.

Don Emilio Arias, qué procedería en este caso, y habría que resolver también el otro.

Doña Xinia Herrera, considera que hay que resolverlo.

Doña Sylvia Saborío, se debería resolver cuando se tenga un mayor avance de la nueva propuesta metodológica para fijar los precios de los combustibles.

Don Dennis Meléndez, señala que entiende es no es un asunto que tenga efecto sobre el stock, sino sobre el flujo, de manera que al final.

Doña Xinia Herrera, aclara que el recurso que está pendiente no solo tiene implicaciones sobre la [K] RECOPE recurre varios aspectos, y una fijación de una metodología será a partir de la resolución de la cuenta hacia adelante, siempre igual habrá que resolver ese recurso que está pendiente.

Doña Sylvia Saborío, considera que lo tarifario se debe resolver con la metodología existente en el momento en que se hizo la fijación, porque ese es el marco de congruencia en ese momento. Otra cosa es si se llega a cambiar la metodología muy significativamente y se ve que hubo algún gran problema con la metodología anterior, y que haya que hacer algo para compensar. Eso es otra cosa.

En este momento lo que habría que verificar es si esta fijación tarifaria se hizo de acuerdo por la metodología vigente en el momento en que se hizo.

El señor Robert Thomas, eso es cierto, sin embargo, no debemos perder de vista que la administración no puede dictar actos contrarios a las normas técnicas, si se concluye que la metodología técnica no está bien, los actos que se basan en esa metodología correrán la suerte que corra la metodología, consecuentemente hay una conexión tan importante, no considera conveniente resolver un asunto que está avanzado en un acto administrativo que la Junta tiene duda de si tiene los fundamentos técnicos.

Doña Sylvia Saborío, es siempre el caso que las metodologías pueden mejorarse, y eso va a suceder conforme cambia la ciencia y el conocimiento y la información, etc. Sin embargo, en este momento la Junta Directiva no tiene enfrente una metodología que hayamos concluido que es superior.

Don Robert Thomas, no es que se va a superar la metodología, no es que se va a mejorar, estamos hablando de que si la metodología está correctamente diseñada o no.

Don Juan Manuel Quesada, tal vez valdría la pena ver los recursos en conjunto, pedir al área técnica que exponga la posición técnica de ese momento, para que ustedes tengan noción de eso, escuchen la posición de doña Xinia nuevamente y decidan sobre la metodología.

Don Dennis Meléndez, señala que sería conveniente dejar pendiente la resolución de este asunto, hasta que la Dirección de Servicios de Energía presente lo solicitado en la sesión 007-2011.

ACUERDO 009-013-2011

Posponer el conocimiento de este tema hasta que la Dirección de Energía presente lo solicitado en sesión 007-2011.

**ARTÍCULO 6
ASUNTOS INFORMATIVOS**

- a. **OFICIO 279-SUTEL-2011 DEL 14-2-2011 DIRIGIDO A LA SEÑORA MAGALLY PORRAS PORRAS, DIRECTORA DE LA DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA FINANCIERA, RELATIVO A LA ENTREGA DE LOS ESTADOS FINANCIEROS Y EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA AL 31 DE DICIEMBRE DE 2010 PARA LA APROBACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA DE ARESEP.**
- b. **OFICIO 09-AFAR-2011 DEL 14-2-2011 DIRIGIDO AL SEÑOR DENNIS MELÉNDEZ HOWELL, REGULADOR GENERAL, RELATIVO A LAS OBSERVACIONES A LA AFAR, SOBRE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA PARA LA CONTRATACIÓN DE UN ESTUDIO GENERAL DE SALARIOS.**
- c. **OFICIO 030-AI-2010 DEL 7-2-2011 SUSCRITO POR EL SEÑOR AUDITOR INTERNO, RELATIVO A UN PROBLEMA DE SALUD EL PRÓXIMO VIERNES 18 DE FEBRERO SERÁ SOMETIDO A UN PROCESO QUIRÚRGICO.**

El señor Dennis Meléndez Howell, se refiere a cada uno de los asuntos informativos y el trámite de cada uno de ellos, por lo que propone se dé por recibidos los asuntos informativos.

La Junta Directiva, luego de deliberar, resuelve:

ACUERDO 010-013-2011

Dar por recibidos los asuntos informativos, a saber:

- a. oficio 279-sutel-2011 del 14-2-2011 dirigido a la señora Magally Porras Porras, Directora de la Dirección Administrativa Financiera, relativo a la entrega de los estados financieros y ejecución presupuestaria al 31 de diciembre de 2010 para la aprobación de la Junta Directiva de ARESEP.
- b. oficio 09-afar-2011 del 14-2-2011 dirigido al señor Dennis Meléndez Howell, Regulador General, relativo a las observaciones a la AFAR, sobre los términos de referencia para la contratación de un estudio general de salarios.
- c. oficio 030-ai-2010 del 7-2-2011 suscrito por el señor Auditor Interno, relativo a un problema de salud el próximo viernes 18 de febrero será sometido a un proceso quirúrgico.

23 DE FEBRERO DEL 2011

SESIÓN ORDINARIA 013-2011

**ARTÍCULO 7
ASUNTOS POSPUESTOS**

El señor Dennis Meléndez Howell, propone a los señores miembros de Junta Directiva posponer los siguientes asuntos: punto 3, inciso b, punto 4, inciso b, punto 5, incisos 5, 6 y 7.

La Junta Directiva por unanimidad, resuelve:

ACUERDO 011-013-2011

Trasladar para una próxima sesión los siguientes asuntos: punto 3, inciso b, punto 4, inciso b, punto 5, incisos 5, 6 y 7.

A LAS DIECISÉIS HORAS TREINTA Y CINCO MINUTOS FINALIZÓ LA SESIÓN.

**DENNIS MELÉNDEZ HOWELL
PRESIDENTE JUNTA DIRECTIVA**

**SYLVIA SABORÍO ALVARADO
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA**

**EDGAR GUTIÉRREZ LÓPEZ
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA**

**EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA**

**LUIS A. CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO JUNTA DIRECTIVA**