

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

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA Nº 059-2009

A LAS OCHO HORAS DEL 31 DE AGOSTO DE 2009

SAN JOSÉ, COSTA RICA

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA NÚMERO CINCUENTA Y NUEVE

Celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en la sala de sesiones, a las ocho horas del treinta y uno de agosto del dos mil nueve; preside la señora Pamela Sittenfeld Hernández, Vicepresidenta de la Junta Directiva, además asisten los señores Directores: Marta María Vinocour Fornieri, Jorge Cornick Montero y Adolfo Rodríguez Herrera.

El señor Fernando Herrero Acosta no asistió a esta sesión en virtud del permiso concedido según lo dispuesto mediante acuerdo 008-052-2009, del acta de la sesión 052-2009, celebrada el 3 de agosto del 2009.

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

ARTÍCULO 1 LECTURA Y APROBACIÓN DE ACTAS

La señora doña Pamela Sittenfeld Hernández, somete a conocimiento de los señores miembros de Junta Directiva las actas de la sesión ordinaria 057-2009, celebrada el 24 de agosto del 2009 y la sesión extraordinaria 058-2009, celebrada el 25 de agosto del 2009.

En discusión el acta de la sesión ordinaria 057-2009

Luego de deliberar la Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 001-059-2009

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 057-2009, celebrada el 24 de agosto de 2009.

Se deja constancia de que la señora Pamela Sittenfeld Hernández no aprobó el acta anterior por no haber estado presente durante su celebración.

En discusión el acta de la sesión extraordinaria 058-2009

El señor Adolfo Rodríguez Herrera presenta un recurso de revisión contra el artículo 2, acuerdos 002-058-2009 y 003-058-2009 del acta de la sesión extraordinaria 058-2009, celebrada el 25 de agosto del 2009. Señala que atendiendo las observaciones que se han planteado sobre la necesidad de justificar de mejor forma los acuerdos que dieron origen a la modificación interna N° 12-2009 y al presupuesto extraordinario N° 2-2009, se hace necesario tener un cambio de impresiones con el fin de clarificar algunos aspectos relevantes de estas modificaciones. Adicionalmente, es importante conocer también la opinión de los Asesores de la Junta Directiva sobre el particular.

Don Adolfo Rodríguez procedió a introducir el tema señalando que lo relativo al presupuesto de la SUTEL ha sido muy complicado por diversas razones. Adicionalmente, también le gustaría conocer cuáles son las dudas de don Luis Fernando, porque de la lectura del acta anterior todavía no tiene muy claro efectivamente de que se tratan.

Por otra informó, que el viernes anterior sostuvo una reunión con don Juan Manuel Quesada y con don Rodolfo González, en la cual el señor Director de la Dirección de Asesoría Jurídica manifestó algunas observaciones que él tiene sobre cómo se está procediendo en esta aprobación.

La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) tiene una serie de funciones, una parte de las cuales se quedan en la ARESEP y otra parte se trasladan a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). En relación con las que permanecen en la Autoridad Reguladora, ha habido una serie de diferendos con la Contraloría General de la República, la cual ha manifestado que todas las funciones de emitir reglamentos, de fiscalizar, etc., no son funciones regulatorias, sino que las considera como funciones administrativas y las sigue reconociendo. Lo importante es que también reconoce los fondos para ejecutarlas.

Ahora bien, de las funciones de la SUTEL, está puede llevar a cabo algunas por su propia cuenta y otras puede contratarlas a la ARESEP para que sea esa Entidad la que las lleve a cabo, dentro de estas están, las que son puramente administrativas y otras que son de carácter regulatorio que la SUTEL le encomienda a la ARESEP, por ejemplo, todo lo que son los procesos disciplinarios y la atención al usuario. Se trata de procesos disciplinarios que son responsabilidad de la SUTEL, pero que esa Superintendencia las subcontrata, aunque no se delega la responsabilidad por el cumplimiento de esas funciones en la ARESEP, pero está contratando su ejecución.

La ARESEP puede realizar todas esas funciones si existe el dinero para financiarlas. Algunas de esas funciones son puramente administrativas, sobre las cuales en algún momento se discutió si se establecían mediante el Reglamento de organización interna o mediante un convenio. No tiene claridad al respecto, pero según recuerda la Contraloría señaló que fuera mediante convenio.

En el caso de las funciones regulatorias sólo pueden ser mediante convenio porque la ARESEP no puede abocarse la ejecución de funciones específicas de la SUTEL. Por esa razón, esa Superintendencia mediante un convenio entre los dos Jerarcas solicita que la ARESEP realice esas funciones. En este caso no existe ningún problema, eso significa que la Autoridad Reguladora no va a seguir cobrando el canon, que el canon va a ingresar a SUTEL y SUTEL trasladaría a la ARESEP anualmente el costo de los servicios que esta Entidad le brinda.

Una parte del canon además va a ser para cubrir esas funciones regulatorias que la Ley delega en la ARESEP y que son precisamente las funciones por las cuales se tuvo un diferendo con la Contraloría General de la República y que precisamente se pretende aclarar con la consulta que estará redactando don Robert para que la Junta Directiva le formule a la Procuraduría dicha consulta.

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

En todo caso, se trata de un dinero que la SUTEL va a trasladar a la ARESEP todos los años y que estará compuesto por los recursos que se necesitan para las funciones propiamente de la Autoridad Reguladora y todas las funciones que la SUTEL encomienda a la ARESEP. Ahora, la dificultad y eso después de la conversación con don Juan Manuel y con don Rodolfo el viernes, es que además el Auditor Interno ha manifestado algunas dudas sobre las cuales todavía no tiene claridad, en el sentido de que todo esto se debió haber hecho inmediatamente al día siguiente después de aprobada la ley y que la administración ha dicho que eso no es posible porque no estaba nombrado el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Al respecto, don Luis Fernando agregó que su duda no es esa, sino más bien el hecho de que se haya desfinanciado la partida de salarios y que se estén pagando partidas en cero, porque se supone que en eso se debió haber respetado una relación de puestos y que se le debió haber dado contenido presupuestario hasta diciembre. Sí señala el punto de que el Transitorio habla de la vigencia de la Ley, pero también es de todos conocido que la Contraloría General de la República amplió el criterio. Su duda está en la relación de puestos.

Don Adolfo de nuevo comentó que la duda del señor Auditor Interno es más específica con el contenido del presupuesto. La que formulaba Juan Manuel, es anterior a eso y menciona que la Ley 8642, que es la Ley general de telecomunicaciones establece un transitorio en donde, por ejemplo, todos los procesos administrativos, los juicios, las quejas o todos aquellos procesos que la ARESEP hubiese iniciando antes de aprobarse la Ley, tienen que seguirse haciendo como se han hecho hasta la fecha.

Puede interpretarse que eso significa que la responsabilidad de los procesos es de la ARESEP. Según esa interpretación, que es la que ha sostenido don Juan Manuel, esos procedimientos tienen que seguir siendo hechos por la ARESEP, esas serían funciones de la ARESEP hasta su conclusión.

Así las cosas, la ARESEP tendría que dar financiamiento a esos procesos con recursos del canon, que para este año se cuenta con los recursos y ahí debería estar contabilizado ese monto entre de telecomunicaciones todos los traslados que haga esa Superintendencia. Por esa razón, esas no serían funciones que la SUTEL subcontrata a la Autoridad Reguladora, sino que serían específicas de la ARESEP, para lo cual tendría que seguir existiendo financiamiento del canon los años siguientes. Esa es una posible interpretación y tiene que estar explicitado, en el sentido de que no son funciones que la SUTEL nos contrata, sino que son funciones de la ARESEP.

Eso significa que si uno o varios de esos procesos se alargan durante muchos años, como puede ser el caso de un juicio, o incluso la ARESEP pierde un juicio, esos fondos tienen que provenir del canon de telecomunicaciones, aunque sigan siendo funciones de la ARESEP, pero ahí dentro de esa interpretación, la pregunta que se plantea es si la Contraloría General de la República está dispuesta a aprobar ese financiamiento.

Sobre este tema don Rodolfo González agregó que, precisamente, en la nota la Contraloría General de la República del 12 de julio del 2009, mediante la cual remitió la improbación de los cánones de la SUTEL para el 2009, en el punto cuatro manifiesta que: *“finalmente en concordancia con lo establecido en el punto anterior, en lo que resta del año 2009, será entera responsabilidad de la*

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

SUTEL proceder a distribuir y cobrar periódicamente entre los operadores legalmente habilitados, el saldo por cobrar del monto del canon vigente aprobado en el oficio FOE-ED-0566" que, precisamente, es el oficio con que se aprobaron a la ARESEP, los cánones incluido el de telecomunicaciones.

De nuevo don Adolfo Rodríguez comentó que, la Ley de fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector de telecomunicaciones, implícitamente elimina ese Transitorio con lo cual todas esas funciones que la Ley anterior le daba a la ARESEP quedan relegadas a la SUTEL, con lo cual, sí entran dentro del convenio que la SUTEL firmaría con la ARESEP. El tema no es delicado si no hubiera varios procedimientos que se pueden alargar durante mucho tiempo y que no pueden quedar desfinanciados.

Lo que le parece riesgoso de la interpretación que hace Juan Manuel, es que si la ARESEP considera esas funciones como propias y la Contraloría no está aprobando transferencia de cánones por esos procedimientos a la ARESEP, esta entidad tiene que dejarse recursos de este año para financiar el resto de este año, pero qué pasaría en el 2010, cómo se hará con esos recursos.

Ante un comentario de don Luis Fernando Sequeira en el sentido de que habría que firmar un convenio de partes, don Adolfo Rodríguez comentó que eso no es posible porque, por ejemplo, la ARESEP no lleva a cabo un convenio para emitir los reglamentos.

De nuevo el señor Auditor Interno agrega que se trata de un convenio de partes porque es un aspecto cuya regulación está afuera de la ARESEP. Si la ARESEP va a seguir manejando ese tema porque es un tema que se venía arrastrando o por el motivo que sea, tiene que tener la anuencia de SUTEL para que le brinde los recursos necesarios.

Don Adolfo Rodríguez hizo ver que esa es la interpretación de la Contraloría General de la República y de don Rodolfo González, pero no es la de Juan Manuel.

Don Jorge Cornick Montero destacó que, en su concepto, el tema no es complicado porque está claro que está diciendo que las reglas del juego con que se continuarán esos procesos son las que estaban vigentes cuando se iniciaron, de forma tal que, si en lo sustantivo algo hubiera cambiado, esos procesos se resuelven con la normativa anterior.

El asunto es quién lo hace y se está diciendo que en realidad va a ser la ARESEP porque es la que tiene los departamentos legales y demás y de dónde se financia, del canon, entonces se puede discutir si la Ley dejó esos procedimientos en la ARESEP, entonces, esa parte de la transferencia de la SUTEL a la ARESEP tiene que darse.

La otra posibilidad es que la ley, aparte de que señala que siguen las reglas, se trasladan esas funciones a la SUTEL lo cual le parece que no es la forma en que se plantea. Al final de cuentas se encarga a la ARESEP y los procedimientos van a ser ejecutados por los mismos funcionarios y se tiene que hacer el traslado de los recursos de la SUTEL a la ARESEP, por eso considera que el punto no es complicado.

Don Juan Manuel hizo ver que la Autoridad Reguladora con lo que cuenta es con un canon que se aprobó en el 2008 para financiar la regulación de las telecomunicaciones del 2009. En principio ese canon estaba compuesto por dos tipos de costos, los costos directos y los indirectos. Los directos que prácticamente se puede decir que eran los asignados a la dirección de telecomunicaciones y los indirectos que eran para financiar a la Auditoría Interna, a la Junta Directiva y Asesorías Legales.

Asimismo, también financiaba costos que pueden estar directamente relacionados con la labor de DITEC como son agua y luz. Ahora bien, qué es lo que pasa, que luego viene ese mismo canon que estaba asignado a la Autoridad Reguladora con el cual financiaba las tareas de regulación y las administrativas.

Con el Transitorio de la Ley de fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector de telecomunicaciones, que establece que la Autoridad reguladora debe trasladarle a la SUTEL, entre otras cosas, el presupuesto asignado a la Dirección de Telecomunicaciones, quiere decir que ese canon hay que dividirlo y ponerle a SUTEL una parte, entonces, la duda es qué hay que trasladarle, se le traslada todo o sólo la parte asignada a DITEC. Su posición es que sólo se le debe trasladar lo asignado a DITEC o bien, los costos directos.

Esto financiará la regulación que tiene que hacer SUTEL en el 2009 y, además, sus costos administrativos. Ahora con el Transitorio de la Ley General de Telecomunicaciones se dice que la Autoridad Reguladora tiene que seguir haciendo lo que estaba realizando, esa es la interpretación que la Dirección a su cargo ha hecho en un dictamen jurídico en el sentido de que la ARESEP tiene que continuar los procedimientos hasta que venzan.

Ahora, qué es lo que la SUTEL debe trasladar a la ARESEP. La Sutel puede contratar a la Autoridad Reguladora para que se le brinden los servicios administrativos y de instrucción de procedimientos, que se pueden llamar servicios administrativos, que son lo que se hacen por medio de convenio. Pero además de eso, la ARESEP después del Transitorio tiene otra tarea que son las obligaciones que la Ley de telecomunicaciones y la Ley de fortalecimiento le asignaron que son básicamente las de la Junta Directiva y las del día a día. Esas se pueden considerar como tareas nuevas.

Su preocupación es que éstas funciones nuevas de dónde se pagan. Se puede pensar que sea a través de un convenio, pero cómo? Hay convenios para los otros servicios, pero en esas dos tareas nuevas su duda está en cómo la SUTEL le va a trasladar el presupuesto para que la ARESEP continúe llevando a cabo esas labores y después se los reintegre.

Don Jorge Cornick señaló que en la sesión anterior, se comentó que lo que se iba a trasladar es el neto y no la totalidad para que después la SUTEL haga un reintegro en este año. De ahí en adelante la SUTEL cobra los cánones, así que no es que la ARESEP le traslada los recursos y la SUTEL después nos los devuelve. Particularmente en este tema no veía ningún problema por los motivos ya señalados.

El señor Gerente General comentó que lo que se ha llegado a concluir y es un tema donde don Luis Fernando estuvo presente, es que cuando los Asesores Legales hacen las alertas son asuntos a los cuales hay que ponerle mucha atención. Lo que pasa es que la posición señalada tiene efectos prácticos complicados.

Por ejemplo, si la ARESEP se deja los recursos, los procesos no necesariamente van a terminar en este año, pero resulta que al final del año lo que no se ha gastado hay que liquidarlo y devolvérselo al Instituto Costarricense de Electricidad y cómo se vuelve otra vez a recuperar esos dineros, entonces tal vez en ese caso es importante que se incorpore, como lo señala don Luis Fernando, dentro de un convenio para que quede claro que esa parte la SUTEL tiene que cancelársela a la ARESEP. La Ley dice que es responsabilidad de la ARESEP pero el financiamiento corre por cuenta de ellos. Le parece adecuado que en el acuerdo se incorpore y que quede explícito que eso se va a incorporar en un convenio de partes.

De inmediato se suscitó un cambio de impresiones dentro del cual se hizo ver la conveniencia de justificar adecuadamente los acuerdos relacionados con la modificación interna y el presupuesto extraordinario, lo anterior basado en que el transitorio I de la Ley 8642 Ley general de telecomunicaciones establece que los procedimientos en trámite a la entrada en vigencia de la Ley 8642 se les aplica el ordenamiento anterior.

Asimismo, se hizo ver que la Dirección de Asesoría Jurídica verbalmente ha señalado que para el traslado a la Sutel se debe reservar en la ARESEP los recursos necesarios para atender los procedimientos en trámite a la entrada en vigencia de la Ley 8642; sin embargo, tomando en cuenta que es inestimable el plazo de resolución de tales procedimientos, su complejidad, su costo y las eventuales indemnizaciones que debería pagar la Autoridad Reguladora, así como que es incierta la finalización de los procedimientos pendientes, pues no todos se concretarán este año y por lo tanto los recursos que la Autoridad Reguladora se reserve y queden pendientes de ejecución deberán ser devueltos a los regulados.

Se comentó que a partir de la creación de la Sutel, la recaudación de cánones de telecomunicaciones le corresponde a la Superintendencia, según fue señalado por la Contraloría General de la República en el punto 4., página 10 del oficio FOE-ED-0417, del 12 de junio de 2009 y que ante esta situación la Autoridad Reguladora estaría imposibilitada de recaudar directamente los costos que se deriven de los procedimientos que están en trámite a la entrada en vigencia de la Ley 8642.

Finalmente, se consideró que es factible incorporar dentro del Convenio de Servicios suscrito entre la Autoridad Reguladora y la Sutel, el compromiso de la Superintendencia de recaudar y trasladar a la Autoridad Reguladora los recursos necesarios para financiar los costos derivados de los procedimientos que estaban en trámite a la entrada en vigencia de la Ley 8642.

Don Luis Fernando Sequeira señaló que, a partir de ahora, una vez que existe SUTEL y ARESEP, todo lo que se rija con fondos de telecomunicaciones tiene que estar motivado y justificado en convenios. Hay que tener claro que los fondos le van a seguir llegando, financieramente, a la SUTEL, entonces cualquier cosa que en la Autoridad Reguladora se siga manejando debe estar justificado en un convenio o documento formal.

Señaló que existe todo un desglose en el presupuesto actual que está respaldando la transferencia económica que en su momento tendrá que hacer la SUTEL a la ARESEP. Eso está respaldado en una serie de partidas económicas y considera que el acuerdo ahí está cubierto. La discusión actual lo ha confundido un poco porque pareciera que se está retrocediendo en ciertos conceptos. Si existen rubros adicionales que la SUTEL tenga que trasladar a la ARESEP ya surgirá de los cánones que reciba en su oportunidad la SUTEL y si sobre eso la ARESEP debe requerir mayores recursos, por eso es que menciona el convenio de partes. Tendrá que darse una nueva renegociación con esa Superintendencia.

Pero por ahora, lo que es el presupuesto de DITEC y lo que se está deteniendo es únicamente lo del periodo de transición y lo otro es un desglose que no está en el presupuesto de la SUTEL, sino que son partidas de "indirectos" que quedan respaldadas como un anexo en la modificación y que van a motivar una transferencia de gastos para que cuando llegue el dinero a la SUTEL, se haga el traslado a la ARESEP. Mentalmente esa situación la tiene clara.

Don Adolfo Rodríguez señaló que existe una diferencia de fondo porque Juan Manuel piensa que no hay que firmar un convenio para aquellas funciones que la ley asigna a la ARESEP. Hay una parte del canon que pertenece a la ARESEP y el agente recaudador de esa parte del canon es la SUTEL, pero no es de la SUTEL y no es un canon que la SUTEL deba transferir a la ARESEP en un convenio en donde, si no hay acuerdo, no se transfieren los recursos. Ese no es el tema.

Las competencias de la ARESEP están fuera de un convenio entre la SUTEL y la ARESEP, es por ley que la Autoridad Reguladora tiene que ejecutarlas y no está sometido a un proceso de negociación, la SUTEL lo tiene que incorporar en el canon y trasladarlo como corresponde. Personalmente coincidía con esa tesis, entonces estos fondos, que tienen que ver con los procesos que están en curso, no con los nuevos procedimientos, no son objeto de ningún convenio.

Destacó que, don Luis Fernando tiene una idea distinta en el sentido de que todo lo que se haga entre ambas Instituciones debe ser documentado y le parece que es una posición más conveniente y sana para la ARESEP. Desde el punto de vista jurídico me parece más adecuada la posición de don Juan Manuel Quesada, pero desde la perspectiva institucional es más sana la posición de don Luis Fernando.

Personalmente está a favor de que se aprueben las modificaciones presupuestarias y también le parece que el acuerdo debe estar debidamente fundamentado con las argumentaciones hechas por don Rodolfo González, tal vez no para que queden como considerandos del acuerdo, sino como una motivación del acto en la sesión de hoy.

Le parece que si el señor Auditor Interno señala que se debe hacer un convenio para todas las funciones propias de la SUTEL que maneja la ARESEP, es una observación que debe ser considerada, a menos que se decida que no debe ser, pero es un tema que se tiene que abordar y solicitar una opinión jurídica porque, hasta ahora, no han sido pensados de esa forma los convenios.

El convenio no dice que la ARESEP va a hacer los reglamentos que la Ley le dicta que tiene que realizar, ni que se va a requerir un Auditor o una Junta Directiva, entonces sí para que la SUTEL traslade los recursos hace falta que un convenio señale que existe Junta Directiva y que ellos tiene que pagar los fondos de la Junta Directiva, entonces hay que verificar si eso hay que hacerlo, porque lo que no quisiera es que el año entrante esta Junta Directiva se tope con la mala sorpresa de que la SUTEL no va a entregar el dinero, de ahí que quiere dejar constando que la Administración o el Asesor Jurídico de la Junta Directiva, de alguna manera puedan esclarecer este tema y que se actúe en consecuencia.

Puede ser que al final se decida que lo que dice don Luis Fernando no es lo que corresponda, pero le parece que es un tema que se debe discutir con mayor criterio.

Don Luis Fernando Sequeira dijo que la posición de la Auditoría Interna es que ellos trabajan sobre evidencia y que el día de mañana cuando se llegue a revisar por qué se están trasladando cinco millones y no dos millones no exista ningún documento que respalde ese traslado. Cuando menciona un convenio o un documento formal, es que tiene que haber un respaldo que implique por qué se está trasladando de la SUTEL a la ARESEP un monto determinado y qué es lo que lo justifica.

Don Adolfo destacó que debe ser una instrucción de la Junta Directiva a la SUTEL con base en una estimación de los costos que hace la Administración cuando se está discutiendo el canon del año siguiente. No es un convenio en el sentido de que no es el resultado de un acuerdo entre las dos partes, sino que es una instrucción en el sentido de establecer cuál es el costo y don Luis Fernando tendrá que decir cuál es el costo de su operación y se tendrá que ver el costo de toda la operación de la Institución, en aquellas cosas que le corresponden a la ARESEP y la Junta Directiva toma la decisión de manifestarle a la SUTEL cuál es el monto que debe transferir a la ARESEP y lo demás sí se negocia con base en el convenio.

Don Robert Thomas Harvey destacó que estaba totalmente de acuerdo con la tesis de don Adolfo Rodríguez en el sentido de que la Junta Directiva tome un acuerdo basado en los documentos que le plantee a la SUTEL diciéndole cuál es el monto que debe cancelar a la ARESEP, siguiendo al pie de la letra lo que ha señalado tanto la resolución de la señora Contralora en su oficio R-DC-206-2009, de las 9:00 horas del 4 de agosto del 2009, como la de don Allan en su resolución 2-2009 (FOE-ED-0336) de las 10:00 horas del 28 de mayo del 2009, que rechazaron el recurso planteado por el Regulador sobre la interpretación de la Contraloría.

Hay que tomar nota de que dieciocho meses antes de saber qué es lo que va a trasladar, la ARESEP tiene que contar con las cifras respectivas, no es que lo va a ver de la noche a la mañana porque se crearía un problema de flujo terrible y si hay rechazos y temas de esa naturaleza, la Institución queda paralizada porque no tiene de donde tomar los fondos.

Eso debe quedar establecido de forma tal que se incorpore al procedimiento y establecimiento de los proyectos de cánones y la aprobación respectiva. Le parece que es importante mencionar ese tema porque muchas veces estas conversaciones quedan en el "aire" y no se toman en cuenta en el procedimiento formal y se forman baches que después son difíciles de salvar.

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

Don Adolfo Rodríguez hizo ver que anteriormente don Fernando ha mencionado un convenio entre las partes y luego dijo que quede documentado, entonces, le parece que desde el punto de vista legal no es un convenio entre las partes, como bien señala Robert, sino que es una instrucción de la Junta que quedará debidamente documentado y habrá responsables si las estimaciones son mal hechas.

Don Luis Fernando Sequeira dijo que él está de acuerdo siempre y cuando todo quede debidamente justificado y autorizado, o sea que exista una evidencia formal.

Suficientemente analizado el tema, la Junta Directiva resuelve:

ACUERDO 002-059-2009

1. Acoger el recurso de revisión interpuesto por el señor Adolfo Rodríguez Herrera contra el artículo 2, acuerdos 002-058-2009 y 003-058-2009 del acta de la sesión extraordinaria 058-2009, celebrada el 25 de agosto del 2009.
2. Dejar sin efecto el artículo 2, acuerdos 002-058-2009 y 003-058-2009 de la Sesión Extraordinaria 058-2009, celebrada el 25 de agosto de 2009.

ACUERDO 003-059-2009

Aprobar, con las modificaciones señaladas, el acta de la sesión extraordinaria 058-2009, celebrada el 25 de agosto de 2009.

ACUERDO 004-059-2009

Aprobar a nivel de sub partida, partida y programa, la Modificación Interna N° 12-2009, al presupuesto de la Institución, por un monto de ¢18.923.367,72 (dieciocho millones novecientos veintitrés mil trescientos sesenta y siete colones con 72/100), como se muestra en el Anexo N° 4 de esta modalidad de modificación, según oficio 699-DAF-2009, de la Dirección Administrativa Financiera.

ACUERDO 005-059-2009

Aprobar a nivel de sub partida, partida y programa, el Presupuesto Extraordinario N° 2-2009, de la Institución, por un monto de ¢299.777.581,45 (doscientos noventa y nueve mil setecientos setenta y siete mil quinientos ochenta y un colones con 45/100), como se muestra en el Anexo N° 4 de esta modalidad de presupuesto, según oficio 699-DAF-2009, de la Dirección Administrativa Financiera.

ACUERDOS FIRMES.

**ARTÍCULO 2
MODIFICACIÓN AL ORDEN DEL DÍA.**

Intervino don Jorge Cornick para hacer ver que, mediante numeral 4 del artículo 4 del acta de la sesión 057-2009, se encargó a la Asesoría Legal de la Junta Directiva elaborar una propuesta del dictamen jurídico que deberá acompañar la consulta a la Procuraduría General de la República con el fin de aclarar si, en su criterio, el artículo 77 de la Ley 8642, "Ley General de Telecomunicaciones y sus reformas" se encuentra vigente y corresponde por tanto a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos emitir los reglamentos técnicos necesarios para la regulación de las telecomunicaciones, la cual sería conocida en esta oportunidad; sin embargo, no veía que el tema se hubiera agendado para la sesión de hoy.

Al respecto, el señor Secretario de la Junta Directiva informó que efectivamente el tema, en un principio se había incluido dentro de la orden del día; no obstante, en conversación con don Robert Thomas le manifestó que si bien, estaba trabajando en el tema, no podría incluirse hasta tanto él no hubiera recibido una comunicación formal al respecto.

Sobre ese tema don Jorge Cornick señaló que, en su criterio, el orden del día se debe modificar para incluir ese tema y que don Robert Thomas brinde un informe del estado en que se encuentra la elaboración de esa propuesta.

La Junta Directiva, con base en la solicitud formulada por don Jorge Cornick acuerda:

ACUERDO 006-059-2009

Modificar el Orden del Día de esta Sesión de forma tal que después de analizado el punto 2 del capítulo de asuntos resolutiveos, se incluya el conocimiento de la propuesta que está elaborando Robert Thomas, del dictamen jurídico que deberá acompañar la consulta a la Procuraduría General de la República con el fin de aclarar si, en su criterio, el artículo 77 de la Ley 8642, "Ley General de Telecomunicaciones y sus reformas" se encuentra vigente y corresponde por tanto a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos emitir los reglamentos técnicos necesarios para la regulación de las telecomunicaciones.

**ARTÍCULO 3
ASUNTOS RESOLUTIVOS:**

1. SOLICITUD DE PERMISO PARA PRESTAR SERVICIO PÚBLICO DE GENERACIÓN DE HIDROELÉCTRICA, DE LA EMPRESA LOSKO S.A.

Don Jorge Cornick Montero hizo ver que en este tipo de temas se ha señalado que el documento debe ser remitido a la Junta Directiva con un oficio del Regulador General avalándolo y recomendando un curso de acción. Por esa razón, su preferencia que es el tema se retire de la orden del día de esta sesión.

A raíz de lo señalado por el señor Cornick Montero, don Luis Alberto Cascante Alvarado dijo que la razón por la que se incluyó fue por cuanto se trata de un tema que ya se había analizado en esta Junta Directiva y se acordó solicitar a la Dirección de Servicios de Energía que incorporara al expediente una aclaración sobre la inconsistencia de la documentación que contaba en autos sobre Altrojas S.A. y Losko S.A., acuerdo que fue cumplido y de ahí la razón de conocerlo en esta oportunidad.

Doña Marta María Vinocour hizo ver que, en una oportunidad anterior, ya se había cuestionado sobre el tema y le llama la atención de que se siga estableciendo incorrectamente y con el amplio desarrollo que hizo el Asesor Legal de la Junta Directiva y las observaciones que hicieron tanto doña Pamela Sittenfeld Hernández como su persona, en el sentido de que no existe permiso temporal, porque además es un epíteto. El término "permiso provisional" es totalmente impreciso jurídicamente y eso se ha discutido ampliamente y en este caso está volviendo igual. Por otra parte, le señaló al señor Regulador, en cuanto al fondo de este tipo de solicitudes, que los permisos que otorgue la Autoridad Reguladora sean limitados porque esa es una figura que en derecho público es limitada porque es muy precaria, o sea se puede otorgar hoy y revocarla mañana.

No obstante eso y don Juan Manuel y don Robert puede corroborarlo, se están dando sólo permisos y con base en esa autorización, esas empresas están realizando una serie de actuaciones.

Al respecto, doña Xinia Herrera Durán señaló que le parece que la Junta Directiva ya había mencionado que este tipo de solicitudes ya tienen un límite, porque precisamente se menciona otorgar la concesión provisional "mientras" se resuelve la autorización definitiva, de ahí que existe un límite temporal a ese plazo.

De inmediato doña Pamela Sittenfeld Hernández sometió a votación la propuesta formulada por don Jorge Cornick en el sentido de excluir del orden del día la solicitud antes señalada, dentro del cual se suscitó un cambio de impresiones haciéndose ver la importancia de tomar en cuenta que la concesión otorgada originalmente a la empresa solicitante venció el 30 de mayo del 2009.

De nuevo la señora Sittenfeld Hernández intervino para hacer ver que su posición es contraria a la señalada por don Jorge Cornick, aunque reconoce que para estos casos se estableció una política de cómo se deben enviar los documentos a esta Junta Directiva. Le parece que en este caso, siendo que desde el 30 de mayo venció la concesión y que lo que señala doña Marta eventualmente se puede corregir en el documento y en virtud del tema de continuidad del servicio público, considera que sí debe ser conocido el tema en esta oportunidad.

Doña Marta María dijo que ella apoyaba la posición de don Jorge Cornick, la cual también ampliaba con los señalamientos hechos anteriormente.

Don Adolfo Rodríguez destacó que apoyaba la posición de doña Pamela Sittenfeld en el sentido de que el Regulador General ya había manifestado su anuencia a que esto se hiciera, pero si quería dejar constancia de su malestar en el sentido de que no se haya cumplido con la política establecida por esta Junta Directiva para estos casos.

Existe un problema en cuanto a que el Asesor Jurídico de la Junta Directiva no puede dedicarse a corregir todos los documentos que se sometan a Junta, sobre todo porque esta documentación se entregó a última hora, pero es importante solicitar al Asesor Legal que revise estos documentos para corregir esos problemas a la redacción.

Don Jorge Cornick destacó que su voto a esta moción iba a ser en contra porque le parece que ha sido la costumbre en esta Junta Directiva que los requisitos formales se incumplen sistemáticamente, porque las cosas llegan cuando son urgentes y la Junta Directiva queda en una posición incómoda. No es responsabilidad de este Directorio que los documentos lleguen sin cumplir los requisitos.

Así las cosas, sin pronunciarse sobre ningún aspecto de fondo, su voto es contrario independientemente de lo que se discuta, sino por razones puramente formales.

Doña Marta María hizo ver que, al igual que don Jorge Cornick, su voto iba a ser contrario por las razones ya externadas. Aunque le tranquiliza la observación externada por doña Xinia Herrera en el sentido de que esa concesión se da mientras se emite la concesión definitiva en el corto plazo, preferiría que no se dieran permisos por la precariedad a la que hacía referencia anteriormente y por las consecuencias jurídicas que conlleva.

Sometido el tema a votación por parte de la señora Pamela Sittenfeld Hernández, se suscitó un cambio de impresiones dentro del cual don Jorge Cornick y doña Marta María Vinocour votaron en contra de la recomendación propuesta en esta oportunidad, mientras que doña Pamela y don Adolfo Rodríguez lo hicieron a favor.

Así las cosas, y en virtud del empate registrado en la votación del tema, la señora Sittenfeld Hernández procedió a hacer uso de su voto de calidad, razón por la cual la aprobación de la recomendación de la Dirección de Servicios de Energía se da por mayoría.

Suficientemente discutido el tema la Junta Directiva acuerda, por mayoría:

ACUERDO 007-059-2009

- a) Otorgar a la empresa Losko S. A. permiso para que continúe prestando el servicio público de generación de energía eléctrica al amparo de la Ley 7200 y sus reformas, mientras se resuelve sobre la solicitud definitiva.
- b) Ordenar que se incorporen al expediente C-003-2009, los trámites siguientes:
 - Aclaración de la inconsistencia en la documentación que consta en autos, relativa a Altrojas S. A., y a Losko S. A.
 - La convocatoria a audiencia pública
 - El Informe de instrucción
 - El acta de la audiencia pública

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

- c) Valorar lo indicado bajo el apartado Trámites realizados hasta el momento e instruir para que se realicen los ajustes, donde correspondan.

SE DEJA CONSTANCIA DE QUE DON JORGE CORNICK Y DOÑA MARTA MARÍA VINOCOUR VOTARON EN CONTRA DE ESTA RESOLUCIÓN, LO ANTERIOR POR LOS MOTIVOS QUE QUEDARON EXPUESTOS EN LA PARTE EXPOSITIVA DE ESTE ACUERDO.

2. SOLICITUD DE CONCESIÓN PARA PRESTAR SERVICIO PÚBLICO DE GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, PRESENTADA POR DESARROLLOS ENERGÉTICOS MW, S.A.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández somete a conocimiento de los señores Miembros de la Junta Directiva, la solicitud de concesión presentada por la empresa Desarrollos Energéticos MW, S.A., para prestar servicios públicos de generación de energía eléctrica.

Se plantea el oficio 257-RG-2009 del 20 de agosto de 2009 suscrito por el Regulador General, que contiene el visto bueno por parte del Despacho con relación a la solicitud planteada.

También se conoce el oficio 274-AJD-2009 de 19 de agosto de 2009, mediante el cual el Asesor Legal solicita:

- a. Analizar la solicitud de otorgamiento de concesión, a la luz del criterio técnico contenido en el Oficio 571-DEN-2009/5996 del 18 de agosto de 2009 de la Dirección de Servicios de Energía.
- b. Ordenar que se incorporen al expediente C-002-2009, el Memorando 401-SJD-2009/6054, del 19 de agosto de 2009.

Asimismo, se analiza el oficio 571-DEN-2009 del 18 de agosto de 2009, de la Dirección de Servicios de Energía

Suficientemente analizado el tema, la Junta Directiva acuerda:

ACUERDO 008-059-2009

I. Otorgar concesión de servicio público de generación de energía eléctrica a Desarrollos Energéticos MW, S.A., por 20 MW, como máximo, para venta al Instituto Costarricense de Electricidad.

II. La concesión se registrará por los siguientes términos y condiciones:

Primero: El plazo de la concesión que en este acto se otorga, es de 20 (veinte) años, contados a partir del 7 de setiembre de 2009.

Segundo: No se podrá prestar el servicio, si la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos no tiene fijados los precios o las tarifas correspondientes.

Tercero: La solicitud de renovación de la concesión que en este acto se otorga, debe ser presentada a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al menos seis meses antes de su vencimiento.

Cuarto: La concesionaria debe mantener al día el canon de regulación establecido por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. La falta de pago de dicho canon, dará lugar a las sanciones establecidas en la Ley 7593 y sus reformas.

Quinto: La concesionaria debe cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 14 de la Ley 7593 y sus reformas y la normativa sobre calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio, que emita la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sexto: Serán causales de extinción de la concesión que en este acto se otorga, las siguientes: **(a)** Generar más energía que la autorizada; **(b)** Vender o entregar energía eléctrica a persona distinta al Instituto Costarricense de Electricidad; **(c)** Traspasar la concesión, total o parcialmente, sin previa autorización de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sétimo: Serán causales de caducidad de la concesión que este acto se otorga, las siguientes: **(a)** La renuncia del concesionario, sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan; **(b)** Fuerza mayor o caso fortuito, que alteren las condiciones de la concesión; **(c)** La disposición expresa de la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo establecido en el inciso c) del artículo 15 de la Ley 7593 y sus reformas y; **(ch)** El incumplimiento de las disposiciones que en materia de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio y, respecto de tarifas que dicte la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Octavo: También serán causales de revocación de la concesión que en este acto se otorga, las establecidas en los artículos 38, 39 y 41 de la Ley 7593 y sus reformas

Noveno: Indicar a la empresa Desarrollos Energéticos MW, S. A., que el proyecto debe cumplir no solamente con las condiciones estipuladas en el futuro Contrato, sino con la Normativa Técnica aplicable que la Autoridad Reguladora haya aprobado o llegue a aprobar en el ejercicio de sus facultades reguladoras.

Décimo: Señalar a la empresa Desarrollos Energéticos MW, S. A., que debe cumplir con las condiciones relativas a la protección al ambiente, que establezcan tanto la legislación vigente como la que establezcan los entes estatales correspondientes, en cumplimiento de sus potestades legales.

Undécimo: Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO

- I. Que con Oficio de fecha 29 de mayo de 2009 y recibido en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), ese mismo día; Desarrollos Energéticos MW, S.A., con cédula jurídica tres-ciento uno-cero dos tres cinco siete nueve, a través del señor Franz S. Koberg, en su condición de apoderado general de dicha empresa, presentó solicitud de concesión de servicio público de generación de energía eléctrica, al amparo del Capítulo I de la Ley 7200 y sus reformas (Ley que autoriza la generación eléctrica autónoma o paralela), por 584,12 kW, para venta al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) (folios 2 y 7).
- II. Que la Dirección de Servicios de Energía de la Aresep, verificó que la siguiente documentación aportada por la solicitante, cumpliera con los requisitos establecidos para este tipo de peticiones:
 - 1) Certificaciones notariales de la personería del representante legal de la solicitante (folio 7).
 - 2) Resolución 354-H-93, de las 15 horas del 11 de octubre de 2003, del entonces Servicio Nacional de Electricidad, sobre estado de concesión de fuerza hidráulica, otorgada a Desarrollos Energéticos MW, S.A. (folios 3 y 6 al 9).
 - 3) Resolución R-376-2009 AGUAS-MINAET de las 12 horas del 13 de mayo de 2009, del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET), por la que modifica la fecha de vencimiento de la concesión otorgada en la resolución 354-H-93, para ajustarla a la fecha que estipula el Transitorio I de la Ley 8723; de manera tal, que la concesión de aprovechamiento de agua ahora vencerá el 7 de mayo de 2012 (folio 4).
 - 4) Detalles del proyecto: **(a)** lugar geográfico; **(b)** río del que se toma el agua.
- III. Que la Dirección de Servicios de Energía de la Aresep, por Oficio 367-DEN-2009/15417, del 10 de junio de 2009, le solicitó a la Dirección de Protección al Usuario de la Aresep, convocar a la audiencia pública de ley, la referida solicitud de Desarrollos Energéticos MW, S.A. (folios 12 y 13).
- IV. Que la convocatoria a audiencia pública para conocer de la citada solicitud de concesión, presentada por Desarrollos Energéticos MW, S.A., fue publicada en los diarios La Nación y, La Prensa Libre, ambos del 16 de junio del 2009 y, en La Gaceta 123, del 26 de junio de 2009 (folios 14 y 17).
- V. Que el señor Fernando Calderón Valverde y otros vecinos de Jocotal de Aserrí, presentaron oposición (folios 23 y 24), según se indica en el Oficio 1614-DPU-2009, del 17 de julio de 2009, (folio 22). Esa oposición se resume así:

(1) Presenta, para que se incorpore al expediente varios documentos. (2) En la comunidad existe desde hace muchos años una planta hidroeléctrica la cual durante mucho tiempo fue manejada responsablemente. Desde que fue adquirida por la empresa Desarrollos Energéticos MW, S.A., la comunidad se ha visto afectada de manera significativa por lo siguiente: (a) La toma de agua se encuentra debajo del puente que comunica Jocotal de Jorco y Monteredondo de Aserri, esto hace que cuando el río crece el impacto de las aguas contra la cortina o muro de la represa pone en peligro la estabilidad del mismo. (b) La cortina o muro de la represa fue levantada del nivel original aproximadamente 20 ó 50 centímetros, lo que hace que el agua al chocar se desvíe hacia tres casas de habitación las cuales por las mismas circunstancias el invierno pasado fueron afectadas drásticamente y dos de ellas están actualmente sin terreno entre las casas y el río y en lo que llevamos de este invierno está presentando la misma situación. (c) Al estar la represa debajo del puente y no cerca del camino principal de la comunidad, hace que al rellenarse de arena y lodo estreche el espacio por donde el caudal de las aguas debe pasar libremente presionando que el río busque espacio hacia la calle principal. El año pasado en una de las crecidas un árbol quedó prensado en el puente y parte del río se tiró a la calle inundando varias casas. (ch) En el mes de mayo de este año la empresa dueña de la planta hidroeléctrica metió una draga al cauce del río para desviarlo hacia las propiedades vecinas y así salvaguardar el canal que transporta el agua hacia las plantas. En el trabajo quitó todas las piedras hacia su conveniencia y las colocó en la cortina o muro que hace la represa. Este trabajo lo realizó aguas debajo de la toma principal. Que se le solicitó el permiso específico para el trabajo del dragado al señor Alex Méndez, encargado de la planta y al departamento de Aguas del MINAET y a esta fecha no ha sido presentado. (d) El río al quedar sin piedras hace que la velocidad de las aguas sea mucho mayor y como el caudal del agua está impactando directamente las propiedades vecinas, han sido lavadas y perdido mucho terreno. (e) Actualmente el camino principal que comunica a Jocotal, Santa Marta y otras comunidades con Monte Rey y San José está incomunicado debido a un deslizamiento que se produjo y cuya reparación es muy costosa. Esto hace que los vecinos se preocupen tanto por la estabilidad del puente en mención y porque el río no se vaya a salir por el camino principal y se queden incomunicados por mucho tiempo y las obras de reparación serían muy costosas. (f) Lo que más preocupa no es el hecho de los trabajos en sí, sino que la planta ha venido trabajando sin tomar en cuenta a la comunidad; el trabajo de la draga, ese aparato es muy poderoso, en media hora destruye cualquier cosa, construye o destruye. Hubo destrucción en el río, pero ya eso es irreparable. (g) No es que se quiera que la planta deje de funcionar, porque como se ha manifestado y la comunidad lo sabe; ojalá se generara energía limpia en todo el país, se dejaría de estar importando combustible contaminando el mundo, pero que se haga como dice aquí, un equilibrio entre la empresa y la comunidad. (3) Al respecto, la comunidad de Jocotal de Aserri solicita que antes de otorgar la concesión a Desarrollos Energéticos MW, S.A. sea tomado en cuenta la información aquí suministrada y consultar con el Departamento de Aguas del MINAET según expediente 823-H-463-Q, con el propósito de aclarar y subsanar las inquietudes de

la comunidad, para así lograr un equilibrio entre los intereses de la comunidad y los intereses de la planta hidroeléctrica.

- VI. Que la audiencia pública se llevó a cabo el 16 de julio de 2009, en el auditorio de la Aresep, ubicado en Sabana Sur, San José. El Acta 71-2009 de la audiencia, se halla en los folios 50 al 62.
- VII. Que en curso de la audiencia, los señores Ángel Rivera Naranjo (folios 58 a 60) y, Edgar Ceciliano Picado (folios 60 al 62), manifestaron, en resumen, lo siguiente:

Ángel Rivera Navarro

(1) Ha habido desorden respecto de los trabajos, más que nada, en el punto de la toma de agua. Ha sido algo que no se ha manejado como debe ser. Por ejemplo, cuando el señor Koberg compró esa concesión, el canal de la toma estaba en su lugar donde el señor que a él le vendió lo había hecho, pero ahora está alejado como a unos 7 u 8 metros salida hacia el canal del río. Situación que está perjudicando las casas que se ubican en la margen izquierda del río. (2) En realidad, nunca se les ha tomado en cuenta sobre los trabajos que se van a realizar ahí. Refuerza lo que externó sobre este asunto el señor Calderón Valverde. (3) Conversó con el encargado, don Alex Cruz y éste le manifestó: *“No, no, es que vamos a hacer aquí esto y esto y esto, más bien vamos a proteger allá el margen izquierdo con unas piedras, vamos a proteger para que el agua no les vaya a afectar allá”*. Pero resultó todo lo contrario, pues estaban extrayendo piedras de la margen izquierda, del lado de los vecinos y no del lado de la planta. (4) Plantea que las cosas se hagan bajo medidas de seguridad, que tomen en cuenta al pueblo, sobre lo que se va a hacer o no, si va a perjudicar o no. (5) En cuanto a la presa, señala que el muro que está debajo del puente, no se mantiene en el nivel original, que está entre 20 y 30 centímetros o más.

Edgar Ceciliano Picado

(1) Vino en representación del pueblo, que se ha presentado un escrito con una cantidad grande de firmas del pueblo de Jocotal, el cual ya está molesto por la situación que está pasando con el río y, que él es uno de los afectados por el problema del dragado. (2) Estaba trabajando cuando en esa ocasión habían metido una draga al río y siendo dueño de una propiedad que colinda con el río, el caudal estaba pasando por el lado derecho, todo lo que sacó de este lado, es un canal que conduce a la orilla de su finca, el producto de lo que sacó ahí en el puro centro del río fue para que el agua no golpeará el lado de la planta. (3) Quiere ver qué medidas se van a tomar para que el pueblo no se vea perjudicado.

- VIII. Que el 28 de julio de 2009, con Oficio 505-DEN-2009/21172, del 28 de julio de 2009, la Dirección de Servicios de Energía de la Aresep, le solicitó criterio a la Dirección de Asesoría Jurídica de la Aresep, sobre la oposición indicada en el resultando V (folios 64 y 65).

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

- IX.** Que por medio del Oficio 522-DAJ-2009/5627, del 4 de agosto de 2009, la Dirección de Asesoría Jurídica de la Aresep, rindió el criterio solicitado en el Oficio 505-DEN-2009/21172, de cita (folios 66 a 68).
- X.** Que la Dirección de Servicios de Energía de la Aresep, analizó la referida solicitud de concesión, produciéndose el Oficio 571-DEN-2009/24078, del 18 de agosto de 2009, en el que se recomienda, entre otras cosas, otorgar la concesión solicitada por Desarrollos Energéticos MW, S.A. (folios 78 al 93).
- XI.** Que con Memorando 572-DEN-2009/5997, del 18 de agosto de 2009, visible a folio 96, fueron remitidos a la Junta Directiva, el Oficio 571-DEN-2009/24078, de cita y, el expediente C-002-2009, en que se tramita la indicada solicitud de concesión presentada por Desarrollos Energéticos MW, S.A.
- XII.** Que en los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.

CONSIDERANDO

- I.** Que el artículo 9° de la Ley 7593 establece que la Aresep continuará ejerciendo la competencia que la Ley 7200 y sus reformas, confería al Servicio Nacional de Electricidad.
- II.** Que el artículo 5° de la Ley 7200 y sus reformas, establece que la Aresep está facultado para otorgar concesiones destinadas a la explotación de centrales eléctricas de limitada capacidad, hasta de un máximo de 20 MW, por un plazo no mayor de 20 años y; para prorrogar, modificar o traspasar esas concesiones, sin autorización legislativa.
- III.** Que el artículo 4° del Reglamento a la Ley 7593, que es el Decreto Ejecutivo 29732-MP, establece que corresponde a la Aresep otorgar las concesiones destinadas a la explotación de centrales eléctricas de limitada capacidad.
- IV.** Que el artículo 6°, inciso 2, subinciso 3) del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados, señala que dentro de las funciones que corresponde ejercer a esta Junta Directiva, se halla la de otorgar las concesiones de servicio público para la venta de energía.
- V.** Que del Oficio 571-DEN-2009/24078, ya citado, que sirve de fundamento a esta resolución, conviene extraer lo siguiente:
 - 1) Desarrollos Energéticos MW, S.A., genera energía eléctrica, al amparo de la Ley 7200 y sus reformas; habiendo iniciado sus operaciones en marzo de 1994, con una capacidad instalada nominal de 584,12 kW, aprovechando las aguas del río Candelaria.

- 2) Por resolución 354-H-93 de las 15:00 horas del 11 de octubre de 1993, del Servicio Nacional de Electricidad, recaída en el expediente 893-H, que lleva el Departamento de Aguas del MINAET; se le otorgó concesión de fuerza hidráulica a Desarrollos Energéticos MW, S.A.
- 3) En mayo de 2009 se promulgó la Ley 8723 que otorga a las empresas que tenían concesiones de fuerzas hidráulicas recientemente vencidas o por vencerse, un plazo de tres años de vigencia.
- 4) De acuerdo con lo establecido en las Leyes 17 y sus reformas y 7593 y sus reformas, se corroboró que Desarrollos Energéticos MW, S.A. no tiene cuentas pendientes con la Caja Costarricense del Seguro Social.
- 5) En el caso de Desarrollos Energéticos MW, S.A., no requiere de estudio de impacto ambiental, por cuanto la Ley 7200 en su artículo 8° señala que proyectos mayores y iguales que 2 000 kW requerirán una certificación sobre la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental y el caso que no ocupa, la cantidad es menor a ese valor (584,12 kW). Lo anterior se refuerza con la respuesta dada ante consulta a la Secretaría Técnica Ambiental, del MINAET, sobre el caso de Hidroeléctrica Aguas Zarcas, S.A.; esa Secretaría Técnica, en Oficio SGDAP-1395-2008-SETENA, del 20 de noviembre de 2008, visible a folios 76 y 77 del expediente CE-002-2009, indicó, en lo que interesa: **“[...] si la actividad ya se encuentra construida y en operación no es procedente la presentación del EsIA, toda vez que de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente, la aprobación previa de la Evaluación del Impacto Ambiental por parte de la SETENA, será requisito indispensable para iniciar las actividades obras o proyecto.”**
- 6) Dado que la capacidad actual del Sistema Nacional Interconectado con referencia al año 2009, es de 2 450,3 MW (Oficio 0510.1139. 2009, folio 94 del CE-002-2009), resulta que el 15% indicado en el Capítulo I de la Ley 7200 es de 367,5 MW (en tanto que la capacidad en operación al ICE de la generación privada es a la fecha de 180 MW), por lo que la incorporación de esta planta de 0,584MW y que ya formó parte del SNI afectaría poco este valor.
- 7) En cuanto a la oposición presentada por el señor Calderón Valverde y otros vecinos de Jocotal del Aserrí y, las manifestaciones de los señores, Rivera Naranjo y, Ceciliano Picado, resumidos en los resultandos V y VII de esta resolución, se concluyó:
 - a) Corresponde a denuncias por dragado de río y acciones derivadas de ello, que son aspectos relacionados con obras civiles (para mantenimiento o mejoras), siendo el MINAET y las autoridades municipales correspondientes, a los que compete conocer de este tipo de reclamos.

- b) La solicitud de los opositores va encaminada a que la comunidad sea tomada en cuenta por Desarrollos Energéticos MW, S.A. para lograr un equilibrio entre las partes.

Lo anterior se ve reforzado con lo estipulado en los Oficios: 522-DAJ-2009/5627, del 4 de agosto de 2009, de la Dirección de Asesoría Jurídica de la Aresep (folios 66 a 68), IMN-DA-2000-2009, del 30 de junio de 2009, del Departamento de Aguas del MINAET (folios 32 a 35) e, IMN-DA-2490-2009, del 7 de agosto de 2009, del indicado departamento ministerial (folios 72 y 73).

- 8) No hay objeciones técnicas a la solicitud y a la fecha, Desarrollos Energéticos MW, S.A., ha cumplido con la legislación vigente, por lo que se recomienda:

- a) Otorgar la concesión solicitada por Desarrollos Energéticos MW, S.A.
- b) En caso de ser favorable la concesión, indicarle a la empresa que el proyecto debe cumplir no solamente con las condiciones estipuladas en el contrato, sino con la normativa técnica aplicable que la Autoridad Reguladora haya aprobado o llegue a aprobar en el ejercicio de sus facultades reguladoras.

- VI. Que por acuerdo 003-048-2007, tomado en la sesión 048-2007, del 15 de agosto de 2007, esta Junta Directiva resolvió, en lo conducente:

- I. **Ampliar las concesiones que corresponde otorgar a esta Junta Directiva, en el marco del Capítulo I de la Ley 7200, en cuanto a cantidad de energía que puede ser objeto de compraventa, a todas aquellas empresas que: || 1. Estén vendiendo al Instituto Costarricense de Electricidad, cantidades de energía eléctrica inferiores al límite establecido en esa ley, || 2. Produzcan energía eléctrica con fuentes renovables y, || 3. Soliciten al Instituto Costarricense de Electricidad, la modificación de los contratos vigentes de compraventa de energía eléctrica, en cuanto a la cantidad de esa energía que puede ser objeto de compraventa. || [...]**

- VII. Que sobre la base de los resultandos y considerandos que preceden y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es otorgar la concesión para prestar servicio público de generación de energía eléctrica, solicitada por Desarrollos Energéticos MW, S.A., como se dispone.

POR TANTO

Con fundamento en los artículos 5° de la Ley 7200 y sus reformas; 9°, párrafo segundo de la Ley 7593 y sus reformas; 4°, inciso a), subinciso 1 y; 30 del Decreto Ejecutivo 29732-MP, que es el Reglamento a la Ley 7593; 6°, inciso 2, subinciso e) del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados y; en el acuerdo 003-048-2007, tomado por esta Junta Directiva, en la sesión 048-2007, del 15 de agosto de 2007;

**LA JUNTA DIRECTIVA
RESUELVE:**

I. Otorgar concesión de servicio público de generación de energía eléctrica a Desarrollos Energéticos MW, S.A., por 20 MW, como máximo, para venta al Instituto Costarricense de Electricidad.

II. La concesión se regirá por los siguientes términos y condiciones:

Primero: El plazo de la concesión que en este acto se otorga, es de 20 (veinte) años, contados a partir del 7 de setiembre de 2009.

Segundo: No se podrá prestar el servicio, si la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos no tiene fijados los precios o las tarifas correspondientes.

Tercero: La solicitud de renovación de la concesión que en este acto se otorga, debe ser presentada a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al menos seis meses antes de su vencimiento.

Cuarto: La concesionaria debe mantener al día el canon de regulación establecido por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. La falta de pago de dicho canon, dará lugar a las sanciones establecidas en la Ley 7593 y sus reformas.

Quinto: La concesionaria debe cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 14 de la Ley 7593 y sus reformas y la normativa sobre calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio, que emita la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sexto: Serán causales de extinción de la concesión que en este acto se otorga, las siguientes: **(a)** Generar más energía que la autorizada; **(b)** Vender o entregar energía eléctrica a persona distinta al Instituto Costarricense de Electricidad; **(c)** Traspasar la concesión, total o parcialmente, sin previa autorización de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sétimo: Serán causales de caducidad de la concesión que este acto se otorga, las siguientes: **(a)** La renuncia del concesionario, sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan; **(b)** Fuerza mayor o caso fortuito, que alteren las condiciones de la concesión; **(c)** La disposición expresa de la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo establecido en el inciso c) del artículo 15 de la Ley 7593 y sus reformas y; **(ch)** El incumplimiento de las disposiciones que en materia de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio y, respecto de tarifas que dicte la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Octavo: También serán causales de revocación de la concesión que en este acto se otorga, las establecidas en los artículos 38, 39 y 41 de la Ley 7593 y sus reformas.

Noveno: Indicar a la empresa Desarrollos Energéticos MW, S. A., que el proyecto debe cumplir no solamente con las condiciones estipuladas en el futuro Contrato, sino con la Normativa Técnica aplicable que la Autoridad Reguladora haya aprobado o llegue a aprobar en el ejercicio de sus facultades reguladoras.

Décimo: Señalar a la empresa Desarrollos Energéticos MW, S. A., que debe cumplir con las condiciones relativas a la protección al ambiente, que establezcan tanto la legislación vigente como la que establezcan los entes estatales correspondientes, en cumplimiento de sus potestades legales.

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 245 de la Ley general de la administración pública, se indica que contra esta resolución cabe recurso de reposición o de reconsideración, que se interpondrá, dentro de los tres días siguientes a la notificación de este acto; ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a la que corresponde resolverlo.

ARTÍCULO 4 ASUNTOS VARIOS:

De inmediato y de conformidad con la modificación al orden del día, don Robert Thomas procedió a brindar una explicación sobre el estado en que se encontraba la elaboración de la propuesta del dictamen jurídico que deberá acompañar la consulta a la Procuraduría General de la República con el fin de aclarar si, en su criterio, el artículo 77 de la Ley 8642, "Ley General de Telecomunicaciones y sus reformas" se encuentra vigente y corresponde por tanto a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos emitir los reglamentos técnicos.

Don Robert añadió que él comenzó a analizar este tema a solicitud del Regulador General y la idea es conocer la posición de la Procuraduría General de la República en relación con la vigencia o no del Artículo 77 antes señalado, especialmente el inciso 2).

El dictamen precisa los términos y hace una introducción sobre la exposición de motivos, cita alguna doctrina y establece con claridad que esa norma no puede entenderse derogada porque no hay una legislación expresa en ese sentido y, a mayor abundamiento, el Sistema Nacional de Legislación Vigente, que es la base de datos oficial de la regulación en Costa Rica, por ninguna parte menciona ni derogación tácita ni expresa. Consecuentemente no se puede concluir otra cosa.

El dictamen no tiene las preguntas de la Junta Directiva y esto acompañaría la solicitud de criterio. Su posición es que no está derogado, antes bien, como toda norma de este tipo, incluso las normas transitorias, mantienen su vigencia en el tiempo porque la regla general es que las competencias y las potestades no se agotan con su ejercicio y cuando se trata de dictar normas para desarrollar la ley, que está en dinámica como todas las leyes, con mayor razón no se puede entender derogada como entiende la Contraloría General de la República.

Don Jorge Cornick agradeció a don Robert Thomas la presentación del borrador del dictamen, al tiempo que sugirió a la Junta Directiva la posibilidad de tomar como acuerdo firme la solicitud de que para la próxima sesión el señor Asesor Legal presente, tanto la versión final del dictamen, como el

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

borrador de la consulta a la Procuraduría General de la República, de manera que se pueda conocer y, si fuera del caso, aprobarlo en la próxima sesión.

Don Robert Thomas agregó que en el acta de hoy se aprueba el acuerdo en el que se le solicitó rendir este dictamen. Suponiendo que se le comunica hoy este acuerdo a más tardar mañana estaría cumpliendo el acuerdo. Estaría este dictamen cumpliendo con el acuerdo adoptado la semana pasada.

Ante una consulta de don Robert sobre qué es lo que la Junta Directiva estará consultando a la Procuraduría General de la República, don Jorge Cornick hizo ver que prácticamente la pregunta es si ese artículo está o no vigente.

Con respecto a este asunto quería hacer algunos comentarios. Por un lado, dejar constancia de su inconformidad con que el cumplimiento de acuerdos que se discuten y quedan claros en esta Junta Directiva, queden sujetos a una comunicación oficial. Usted acaba de señalar que este tema no se incluyó en la agenda porque el acta donde se tomó el acuerdo no está en firme y ahora acaba de señalar la frase "suponiendo que hoy se le comunique este acuerdo...".

Destacó que lo que esperaba de él como Asesor de esta Junta Directiva es que si se le solicita una opinión sobre cierta materia, si la petición no queda clara que se aclare en la sesión, pero no que se empiece a incumplir la solicitud de asesoría que le hace la Junta Directiva hasta que el acuerdo quede en firme. Le parece que es una formalidad que no corresponde, tratándose de un asesor, entonces por esa razón quería dejar constancia de su inconformidad con la repetida manifestación de que hasta que no quede en firme el acuerdo y no le haya sido comunicado no está lista determinada tarea.

Don Roberto Thomas señaló que el tema de si está o no vigente dicho artículo lo entiende claramente, lo que está tratando de preguntar es las dudas que llevaron a la Junta a formular la consulta.

Don Jorge Cornick hizo ver que la razón, según entiende, es que la Contraloría General de la República señaló que había sido derogado tácitamente el artículo en que se establecen esas facultades reglamentarias y si Usted está diciendo que está vigente, entonces se consulta si tiene razón Usted o la señora Contralora. Es decir si están vigentes dado que existe un dictamen que dice que sí y un oficio que dice lo contrario, entonces, ante dos opiniones en contrario, se le solicita a la Procuraduría General de la República que dirima el asunto.

Con respecto al primer punto señalado por don Jorge Cornick, don Robert dijo que no es una contrariedad por sí misma, sino que la ley dice que los mandatos de los cuerpos colegiados se ejecutan cuando están firmes, la Ley de Control Interno también así lo exige. No tiene ningún inconveniente y a la Junta Directiva le consta, de presentar proyectos y borradores, pero no puede cumplir un acuerdo que no está firme y que no ha sido comunicado.

Puede presentar borradores pero hasta que adquieran firmeza los acuerdos no se puede ejecutar. No es una formalidad por formalidad, la ley lo dice. Así las cosas, entiende que la razón de la consulta es porque la Contraloría General de la República ha puesto por escrito que este artículo no

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

está vigente. Es importante aclarar ese tema porque las preguntas han de salir del acta donde se discutió el tema, entonces sobre esa base que se trabaja.

Suficientemente analizado el tema, la Junta Directiva acuerda:

ACUERDO 009-059-2009

Quedar a la espera de la versión final del dictamen jurídico que está elaborando el señor Asesor Legal de la Junta Directiva, el cual deberá acompañar la consulta a la Procuraduría General de la República con el fin de aclarar si, en su criterio, el artículo 77 de la Ley 8642, "Ley General de Telecomunicaciones y sus reformas" se encuentra vigente y corresponde por tanto a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos emitir los reglamentos técnicos, así como del borrador de la consulta respectiva a la Procuraduría General de la República.

Queda claro que ambos documentos deberán someterse a conocimiento de la Junta Directiva en la próxima sesión que se celebrará el 7 de setiembre del 2009.

ACUERDO FIRME.

**ARTÍCULO 5
RECURSOS:**

1. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO PRESENTADO POR ALTERRA PARTNERS COSTA RICA S.A. CONTRA LA RRG-5554-2006 DE LAS 8:00 HORAS DEL 30 DE MARZO DE 2006. (EXPEDIENTE ET-175-2005).

Se deja constancia de que a partir de este momento ingresó al salón de sesiones el señor Luis Fernando Chavarría Alfaro, Director de la Dirección de Servicios de Transporte.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández somete a consideración de los señores Directores el recurso de apelación en subsidio presentado por la empresa Alterra Partners Costa Rica S.A., contra la resolución RRG-6554-2006 de las 8:00 horas del 30 de marzo del 2006.

Asimismo somete a conocimiento los informes 154-AJD-2006 y 067-AJD-2007, suscritos por la Asesoría Legal de la Junta Directiva, donde se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio presentado por Alterra Partners Costa Rica S. A., contra la RRG-5554-2006 de las 8:00 horas del 30 de marzo de 2006, publicada en La Gaceta N° 82 del 28 de abril de 2006 y dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa. Y del informe 067-AJD-2007, se desprende lo siguiente: Con fundamento en el mérito de los autos y en el criterio emitido en este informe, se recomienda que la Junta Directiva, al resolver el recurso de apelación en subsidio, manifieste expresamente que el hecho nuevo expuesto por Alterra Partners de Costa Rica S. A., no resulta aplicable al procedimiento seguido en el expediente administrativo ET-175-2005.

De inmediato don Luis Fernando Chavarría y doña Xinia Herrera procedieron a brindar un detalle del referido tema, dentro del cual, entre otras cosas, hicieron mención a ellos principales motivos de oposición al recurso, entre ellos, una extralimitación en que incurrió la Autoridad Reguladora al no rechazar la solicitud de tarifas presentada por CETAC para los periodos 2002, 2003 y 2004, una violación al artículo 34 de la Ley de la ARESEP, así como el no reconocimiento de la totalidad de las inversiones que habían ejecutado al momento de hacer la fijación tarifaria.

Don Robert Thomas hizo ver que en este caso el recurrente alega que se aplica retroactivamente el acto tarifario. La Dirección técnica afirma que eso no es cierto. Alega también la recurrente que los dictámenes técnicos son vinculantes y que al apartarse del dictamen técnico el Regulador incurrió en una falta grave que se sanciona con la nulidad del acto.

Ante un cambio de impresiones que se suscitó con respecto a la separación de criterios o cuál fue el criterio técnico y en qué y por qué se separó el señor Regulador, el señor Asesor Legal de la Junta Directiva destacó que en el considerando sétimo de la resolución se señala que: *"En razón del interés público cuya satisfacción deben tener las actuaciones de la administración pública, y dada la necesidad de actualizar las tarifas correspondientes, lo procedente es fijar las tarifas aeroportuarias sin considerar ajuste alguno en el factor de eficiencia "x" incluido en la respectiva formula de ajuste, por no disponer de las evaluaciones de calidad de los servicios aeroportuarios brindados en el a, i, j, s, tal y como fueron calculados por la Dirección de Servicios de Transporte en el oficio 274-DITRA 2006"*.

Doña Xinia Herrera comentó que ese precisamente era el punto medular en el sentido de que los técnicos habían recomendado no hacer la fijación tarifaria, porque las encuestas que establecen en el factor "x" para el aeropuerto no estaban listas. Esa es la separación que se da de la señora Reguladora con respecto a la recomendación de los técnicos. Ella solicita que hagan el análisis disculpando a Alterra de no haber hecho las encuestas que le permitían conocer las opiniones de los operadores con respecto a los servicios que ella brindaba. Ese requisito estaba establecido en un decreto ejecutivo que se había emitido alrededor del año 2000.

Don Robert Thomas prosiguió explicando el tema jurídico destacando que el tema no iba a quedar claro, aunque podría equivocarse. La posición técnica es que dado que no se cumplió con las evaluaciones para calcular el factor "x" debió haberse rechazado la petición porque no se cumplió un requisito previo que esa Dirección consideraba pertinente. La Reguladora dijo no, en aras del interés público voy a fijar la tarifa y no va a hacer ningún aumento, no va a modificar aquello que corresponde al factor "x" cuya información no se tenía en autos.

El argumento de la aplicación retroactiva, que no se dio según el órgano técnico, y respecto de que los dictámenes son vinculantes pues no es así. Los dictámenes son vinculantes cuando la ley expresamente señala que son vinculantes y, precisamente en este caso, la Ley General en su artículo 3 y siguiente establece que este tipo de dictámenes no son vinculantes, que el que los recibe puede hacer con él lo que a bien tenga.

Sin embargo, si se diera que lo que dice el técnico o el dictamen resultara fundamentado y el acto se dicta mal, le cabe responsabilidad al que tomó la decisión sin valorar el dictamen técnico. El acto no es nulo, el dictamen no es vinculante y no se fijaron tarifas retroactivamente.

Marta María Vinocour destacó que la figura del contrato de la gestoría de negocios no es un contrato que esté incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, fue una figura que fue tomada de la legislación española, entonces dentro de la ley que estaba vigente en su momento, para tipos abiertos una resolución de la Sala Constitucional en su voto 998 exigía que por los menos hubiera un decreto suscrito por el Presidente de la República y el Ministro del Ministerio de Obras Públicas y Transportes que tuviera el visto bueno de la Contraloría General de la República.

Ese decreto se hizo y es el que desarrolla el contrato de gestoría de negocios que da lugar a la contratación de la empresa Alterra. En una de sus cláusulas se establece que la empresa debe cumplir con estas encuestas de calidad. Tiene toda la razón don Robert en el sentido de que un jerarca puede apartarse de un dictamen al dictan una resolución obviamente motivándolo. Pero en este caso ese dictamen se encuentra referido a una norma o cláusula contractual. Entonces le parece que esto podría ser estudiado con algún cuidado.

Don Robert Thomas destacó que el contrato de gestión interesada se basa en una norma de la Ley de Contratación Administrativa que permitía suscribir contratos que no estuvieran nominados en esa Ley. El reglamento que hace relación al factor "x" no es el decreto que autoriza la gestión interesada, es el Reglamento de Servicios Aeroportuarios. No tiene nada que ver el decreto que emitieron para permitir el contrato de gestión interesada no es nominado en la Ley de Contratación Administrativa, pero autorizado por esa ley, no tiene que ver con ese Reglamento que es donde están los criterios del factor "x" y la forma de fijar la tarifa.

Doña Marta María Vinocour, agregó que en todo caso va más allá del dictamen. O es una cláusula contractual o es una norma de un reglamento, entonces igualmente tiene relevancia, no es simplemente el criterio o el dictamen de un director o un asesor, es una norma o una cláusula contractual.

Ante una consulta de don Jorge Cornick en el sentido de si el recurso debe ser acogido en lugar de rechazado, la señora Vinocour Fornieri agregó que simplemente lo que estaba haciendo es un recuento de la figura contractual de la empresa y como se preguntó a qué se refería el dictamen y qué relevancia tenía la separación o no, entonces brindó su explicación.

Estaba de acuerdo con la recomendación de la Asesoría Jurídica, pero le parece que el tema es complejo.

Suficientemente discutido el tema, la Junta Directiva acuerda:

ACUERDO 010-059-2009

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio presentado por Alterra Partners Costa Rica S. A., contra la RRG-5554-2006 de las 8:00 horas del 30 de marzo de 2006, publicada en La Gaceta 82 del 28 de abril de 2006, dictada por el Regulador General.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.

III. Manifiestar expresamente que el hecho nuevo expuesto por Alterra Partners de Costa Rica S. A., no resulta aplicable al procedimiento seguido en el expediente administrativo ET-175-2005.

IV. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Mediante resolución RRG-5554-2006 de las 8:00 horas del 30 de marzo de 2006, la entonces Reguladora General, Lic. Aracelly Pacheco Salazar, resolvió fijar para los servicios aeroportuarios que se brindan en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, las tarifas que se detallan en dicho acto y establecer condiciones vinculantes (folio 1140 al 1171). Fue notificada a Alterra Partners Costa Rica S. A., por fax transmitido el 4 de mayo de 2006 (folio 1171). Fue publicada en La Gaceta 82 del 28 de abril de 2006 (folio 1110 al 1122).

II. El 4 de mayo de 2006, el Lic. Alfredo Aguilera Ángeles y el Lic. Uri Rudelman Wohlstein, apoderados generalísimos sin límite de suma de Alterra Partners Costa Rica S. A., según consta en autos, plantearon recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante contra la RRG-5554-2006 (folio 1122 al 1137). En resumen alegan lo siguiente:

(1) Señalan que la Autoridad Reguladora se extralimitó al no rechazar la petición de tarifas para los períodos 2002, 2003 y 2004, al quebrantar el artículo 34 de la Ley 7593, al apartarse sin ningún fundamento del criterio técnico y al no considerar la totalidad de las obras aprobadas por el CETAC en detrimento de los ingresos y del principio de equilibrio financiero. (2) Indican que hay una violación constitucional (desviación de poder) porque se aprobaron tarifas para el período 2006, las cuales no fueron solicitadas por el CETAC. Que eso también quebranta el Principio de Legalidad. (3) Manifiestan que el Considerando IV inciso 5) del acto recurrido, infringió la Ley 7593 y su Reglamento al desconocer a su representada como gestora de los servicios aeroportuarios, pues dice que el prestador del servicio es CETAC y sólo reconoce como un costo por administración el Contrato de Gestión Interesada (CGI) que se trasladará a las tarifas en tanto sea razonable y proporcionado. (4) Expresan que hay nulidad del acto por las razones ya expuestas y porque el criterio técnico resulta vinculante y el Regulador General se apartó de él sin fundamento. (5) PRETENSIÓN: Acoger el recurso. Declarar la nulidad. NOTIFICACIONES: En las oficinas de su representada ubicadas 300 metros al noroeste de la entrada principal del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, Fax 437-2424.

III. La Dirección de Servicios de Transporte por oficio 356-DITRA-2006/4690 del 12 de mayo de 2006 analizó los aspectos técnicos de la impugnación (folio 1174 al 1176).

IV. La Dirección Jurídica por oficio 522-DJU-2006/6009 del 1° de junio de 2006 analizó los aspectos legales de la impugnación y recomendó que fuera declarado sin lugar (folio 1177 al 1218).

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

- V. El Regulador General en la RRG-5644-2006 de las 8:45 horas del 26 de junio de 2006 resolvió declarar sin lugar en todos sus extremos el recurso de revocatoria y la nulidad concomitante planteados por Alterra Partners Costa Rica S. A., contra la RRG-5554-2006 y emplazar a las partes ante la Junta Directiva para que hicieran valer sus derechos con respecto a la impugnación. Fue notificado a Alterra Partners Costa Rica S. A., el 29 de junio de 2006 (folio 1219 al 1258).
- VI. El 4 de julio de 2006 Alterra Partners Costa Rica S. A., respondió el emplazamiento reiterando lo alegado en la impugnación (folio 1259 al 1270).
- VII. El 23 de mayo de 2007 el Lic. Alfredo Aguilera Ángeles y el Lic. Uri Rudelman Wohlstein, Apoderados Generalísimos sin límite de suma de Alterra Partners Costa Rica S. A., presentan gestión para manifestar la existencia de un HECHO NUEVO de especial relevancia para el resultado del recurso de apelación en subsidio (folio 1292 al 1298).
- VIII. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso y la gestión de hecho nuevo, produciéndose los oficios 154-AJD-2006/7549 del 27 de julio de 2006 y 067-AJD-2007 de 6 de junio 2007, respectivamente, en el primero recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio presentado por Alterra Partners Costa Rica S. A., contra la RRG-5554-2006 de las 8:00 horas del 30 de marzo de 2006, publicada en La Gaceta N° 82 del 28 de abril de 2006 y dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa; en el segundo oficio recomienda que la Junta Directiva, al resolver el recurso de apelación en subsidio, manifieste expresamente que el hecho nuevo expuesto por Alterra Partners de Costa Rica S. A., no resulta aplicable al procedimiento seguido en el expediente administrativo ET-175-2005.
- IX. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. De los Oficios 154-AJD-2006 y 067-AJD-2007, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 154-AJD-2006:

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación: En cuanto a la legitimación activa se informa que el recurso fue planteado por el Lic. Alfredo Aguilera Ángeles y por el Lic. Uri Rudelman Wohlstein, Apoderados Generalísimos sin límite de suma de Alterra Partners Costa Rica S. A., según consta en autos, entidad que se ha apersonado al procedimiento como opositora de la petición de tarifas y la que participó en la audiencia pública. En virtud de lo anterior se configura en parte del procedimiento y, en esa condición, ostenta legitimación activa para actuar a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L. G. A. P., en relación con los artículos 30 y 36 de la Ley 7593.

En relación con la interposición de la impugnación se informa que la RRG-5554-2006 fue publicada en La Gaceta 82 del 28 de abril de 2006 (folio 1110 al 1122), que fue notificada a Alterra Partners Costa Rica S. A., por fax transmitido el 4 de mayo de 2006 (folio 1171) y que la impugnación fue interpuesta el 4 de mayo de 2006 (folio 1122 al 1137).

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., 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 que se hizo la transmisión, se concluye que la presentación de la impugnación se hizo dentro del plazo legal estipulado.

En cuanto a los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación: Se informa que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 356-DITRA-2006/4690 del 12 de mayo de 2006, que corre del folio 1174 al 1176 del expediente, se refirió a la impugnación. De ese informe se desprende lo siguiente:

Señala la dirección técnica que su análisis tomó en consideración solamente el motivo d) de la impugnación relativo a que el acto es violatorio del principio del equilibrio financiero del operador al no tomar en cuenta la totalidad de las obras aprobadas por el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) y puestas al servicio de los usuarios.

En esa línea de pensamiento expuso que sobre la base de lo establecido en los artículos 6 inciso a) y 14 inciso c) de la Ley 7593 se solicitó al CETAC que aportara información en cuanto al cuadro de obras del AIJS incluyendo la descripción de las obras ejecutadas y en ejecución, porcentajes de avance y costos aprobados por ese Consejo a traspasar a las tarifas en cada período, incluyendo 2004-2005, 2005-2006 con los acuerdos correspondientes.

Como respuesta el CETAC solicitó ampliación del plazo debido a la complejidad de la información pedida, lo cual fue denegado en razón de la extemporaneidad de la petición y de su falta de fundamentación. Entonces por el incumplimiento de aportar información relacionada con las inversiones, la dirección técnica únicamente tomó en cuenta las inversiones debidamente reconocidas, aprobadas y sustentadas por el CETAC en el expediente, para los períodos coincidentes con la petición de tarifas.

Por su parte la Dirección Jurídica en el oficio 522-DJU-2006/6009 del 1º de junio de 2006, visible del folio 1177 al 1218 de los autos, analizó los aspectos legales de la impugnación. De ese informe se extracta lo siguiente: En relación con el argumento de la extralimitación de la Autoridad Reguladora por no rechazar la petición de tarifas para los años 2002, 2003 y 2004 manifestó que independientemente de la pretensión que plantearan los prestadores de los servicios públicos regulados, la Autoridad Reguladora, en ejercicio de sus competencias, tenía la obligación de dar curso a las solicitudes tarifarias que cumplieran los requisitos de admisibilidad. Que en último término correspondía al criterio técnico y jurídico determinar la procedencia o no de la solicitud. Que la Autoridad Reguladora contaba con facultades

suficientes para fijar tarifas a los operadores de los servicios públicos de acuerdo con su realidad operativa, financiera y técnica sin que estuviera vinculada u obligada a fijar tarifas por instrucción o directriz de cualquier ente u órgano administrativo.

En cuanto al argumento de que se quebrantó el artículo 34 de la Ley 7593 indicó esa dirección que dicha norma jurídica lo que establecía era un requisito de eficacia del acto administrativo tarifario, al disponer que las resoluciones que implicaran una variación de la estructura tarifaria regían a partir de su publicación. Pero ante todo establecía un aspecto sustancial de carácter regulatorio, como era que las tarifas regían a futuro, sin posibilidad de retrotraer sus efectos y que el desequilibrio financiero se ajustaba con las tarifas a futuro. Que en el caso del acto recurrido no se había quebrantado el artículo 34 de la Ley 7593 porque las tarifas fueron fijadas para el período 2006 sin que se le dieran efecto retroactivo.

En torno al argumento de que el Regulador General se apartó sin ningún fundamento del criterio técnico quebrantando el artículo 57 de la Ley 7593, señaló que si bien una lectura superficial y aislada de esa norma jurídica podría arrojar una conclusión como la sostenida por el recurrente, lo cierto era que entender que el Regulador General se encontraba vinculado inexorablemente al criterio técnico de su área asesora, negaría por sí mismo las facultades y competencias del órgano decisor, el cual podía fijar tarifas –dentro de la técnica y la ciencia- que los estudios técnicos determinaran, pero no de acuerdo con lo que recomendara el criterio técnico.

Sobre la base de lo anterior indicó que los estudios técnicos y el criterio técnico o recomendación, eran cosas distintas. Por una parte los estudios técnicos eran los elaborados por las direcciones técnicas correspondientes, de cuya interpretación deparaba un criterio técnico o recomendación dirigida al Regulador General (como órgano decisor).

Luego éste –con base en los estudios técnicos- podía acoger la recomendación del área técnica asesora o apartarse de ella y, de acuerdo con su propio análisis e interpretación de los estudios técnicos, determinar un resultado diverso al recomendado. El único requisito que debía cumplir era el de fundamentar su decisión, tal como lo indicaba el artículo 136 de la LGAP. Y siendo que el acto recurrido se encontraba fundamentado, el argumento carecía de sustento.

En cuanto al argumento de que se aprobaron tarifas que no fueron solicitadas, manifestó que debían realizarse algunas precisiones sobre el tema. En primer término debía recalcar que la Autoridad Reguladora era enteramente competente y se encontraba facultada para establecer la definición, aplicación y el precio de las tarifas de los servicios públicos regulados por ella, sin más límite que el que le impusiera el ordenamiento jurídico, la ciencia y la técnica.

También consideró conveniente acreditar que conforme a la jurisprudencia constitucional las tarifas de los servicios públicos no constituían ni creaban derechos subjetivos para los prestadores y, con mucha mayor razón, para los usuarios, pues era una facultad del Estado. Es decir, el precio o la tarifa no constituía un derecho subjetivo a favor del particular, por el cual, se le facultaba a exigir un precio o tarifa determinada a la Autoridad Reguladora. Por

ende, su fijación, reajuste o disminución quedaba librada a la determinación de la Administración, obviamente conforme al ordenamiento jurídico y a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica.

En último término se encontraba en discusión el carácter dispositivo o no del procedimiento tarifario regulado en la Ley 7593, lo que implicaba que el ente regulador se encontraba vinculado y debía resolver dentro de los límites de las pretensiones de las partes. Como un primer aspecto señaló que dicho procedimiento tenía como objeto la emisión de un acto administrativo que, en caso de cumplirse los supuestos previstos, podía modificar, ajustar o variar la tarifa de un servicio público regulado. Ese procedimiento especial se regulaba por sus propias reglas, siendo supletorio el estipulado en la Ley General de la Administración Pública, para concluir que el procedimiento tarifario no revestía una naturaleza de carácter sancionatoria y que resultaría contrario a la esencia misma de la regulación, vincular las potestades regulatorias a la solicitud del prestador e incluso contradiría la facultad de fijar de oficio las tarifas.

En relación con el argumento de la naturaleza jurídica del contrato de gestión interesada y su tratamiento regulatorio, apuntó la Dirección Jurídica que de acuerdo con la doctrina la gestión interesada podía ser definida como un contrato mediante el cual una empresa gestionaba un servicio público en nombre de la Administración, la que corría con los riesgos de la actividad y remuneraba al gestor con los productos de la explotación del servicio y, el gestor por su parte, efectuaba las operaciones de gasto e ingreso del servicio en nombre de la Administración.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato, señaló que los autores estaban divididos viendo algunos un mandato y otros que el explotador del servicio era en efecto el gestor interesado y no la Administración y que esa función resultaba incompatible con la del mandato.

Citó el criterio de la Contraloría General de la República, el Voto 11657-2001 en el cual la Sala Constitucional definió la figura de la gestión interesada y lo señalado en el artículo 2° del Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios para concluir que la gestión interesada constituía una modalidad de prestación indirecta de un servicio público, cuyo riesgo corría a cargo de la Administración y en la cual se remuneraba al gestor con los resultados de la explotación, conservando la Administración la titularidad del servicio. Lo que significa –para efectos regulatorios- que el prestador del servicio público seguía siendo la Administración competente, en este caso, la Dirección General de Aviación Civil del MOPT.

Reiteró las facultades de fijar tarifas del ente regulador y se refirió a los antecedentes que llevaron a la contratación del gestor del AIJS y a las disposiciones contractuales y reglamentarias en las cuales se establecían claramente la potestad de la Autoridad Reguladora de fijar las tarifas para los servicios aeroportuarios, para concluir que el ente regulador no era parte del contrato del gestión interesada y por ende dicho contrato no lo vinculaba ni lo obligaba.

Añadió que como el prestador del servicio era la DGAC, resultaba correcto el tratamiento regulatorio de considerar el contrato de gestión interesada como un costo por administración trasladado a las tarifas, en tanto resultara razonable y proporcionado. Aclaró que la Autoridad Reguladora debía velar por el equilibrio financiero del prestador, no del contrato.

En cuanto a la nulidad alegada, manifestó que no se configuraban las causales establecidas en los artículos 158, siguientes y 223 de la L. G. A. P., por lo tanto tal argumento debía ser rechazado.

En relación con la no vinculatoriedad de los criterios técnicos, esta área asesora en los oficios 101-AJD-2001/4389 del 5 de junio de 2001 y 117-AJD-2001 del 21 de junio de 2001, había manifestado lo siguiente:

... Por su parte la Ley General de la Administración Pública en los artículos 302 y 303 establecen la regla general de la no vinculatoriedad de los dictámenes o criterios técnicos al indicar, en lo que interesan, que: // 'Artículo 302.- 1. Los dictámenes y experimentos técnicos de cualquier tipo de la Administración serán encargados normalmente a los órganos o servidores públicos expertos en el ramo de que se trate, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Título Segundo de este libro. ...'. // 'Artículo 303.- Los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley.' // En torno al último artículo transcrito, el Lic. Roberto Quirós Coronado en su obra 'Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional', cita lo siguiente: 'LIC. ORTIZ ORTIZ: Los dictámenes son los facultativos, los obligatorios y los vinculantes. Los facultativos son los que la autoridad puede o no pedir, obligatorio es el que tiene que pedir pero no obedecer, el vinculante el que tiene que pedir y obedecer. La regla es que serán facultativos y no vinculantes en el sentido de que la autoridad como regla general tiene libertad para pedirlo o no, pero si lo pide, en caso de que se lo den, podrá hacer con el dictamen lo que la sana crítica le aconseje, sin necesidad de obedecerlo. La situación es igual a la de los juzgados'. (Quirós Coronado, Roberto, 'Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional', 1º edición, Editorial Aselex S. A., San José, 1996, págs 376 y 377). // Aplicando todo lo anterior al caso concreto, resulta claro que el Regulador General tiene la potestad discrecional de disentir de las recomendaciones técnicas de sus asesores y de sustentar un criterio técnico distinto en las reglas de la ciencia o la técnica o en los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (de acuerdo con los límites establecidos en los artículos 15 y 16 de la LGAP), por lo que al encontrarse el criterio técnico del Regulador General fundamentado en las ciencias contables, no existe violación al artículo 16 de la LGAP, tal como lo argumenta la recurrente. Ni tampoco se constituye el alegado vicio de exceso de poder, pues el acto discrecional del Regulador General está motivado y se mantiene dentro del principio de razonabilidad. // Además cuando el artículo 57 inciso c) señala que el Regulador General debe resolver las solicitudes para fijar tarifas y precios, de conformidad con los estudios técnicos, se está refiriendo, precisamente, al dictamen de tipo obligatorio que es aquel que se tiene que pedir pero no, necesariamente, obedecer."

En el caso en examen la entonces Reguladora General, Lic. Aracelly Pacheco Salazar, en el Considerando VII del acto recurrido, indicó: *Que en razón del interés público a cuya satisfacción deben tender las actuaciones de la Administración Pública, y dada la necesidad de actualizar las tarifas correspondientes, lo procedente es fijar las tarifas aeroportuarias, sin considerar ajuste alguno en el factor de eficiencia X incluido en la respectiva fórmula de ajuste (por no disponer de las evaluaciones de calidad de los servicios aeroportuarios brindados en el AIJS) tal como fueron calculadas por la Dirección de Servicios de Transporte en el oficio 274-DITRA-2006.*

Por tanto al encontrarse debidamente justificado el motivo para apartarse de la recomendación técnica y, siendo que la ley establece el principio de la no vinculatoriedad de los criterios técnicos, el argumento carece de sustento jurídico.

Como las dependencias asesoras del Despacho del Regulador General analizaron y rebatieron lo argumentado en la impugnación y como además, no existen otros elementos de juicio que deban ser analizados -y que pudieran hacer variar la decisión de aquél- esta asesoría considera que debe rechazarse por el fondo el recurso subsidiario al carecer de sustento legal.

Oficio 067-AJD-2007:

Análisis jurídico sobre la admisibilidad de la gestión: Con respecto a la gestión que corre del folio 1292 al 1298 de los autos, en los cuales se gestiona la incorporación de un hecho nuevo dentro de la impugnación que se había planteado contra la fijación de tarifas, se manifiesta que -con fundamento en el Principio de Preclusión- esta asesoría es del criterio de que una vez transcurrido el plazo establecido en el artículo 349 de la L. G. A. P., (emplazamiento ante el superior) la ampliación de lo alegado no es de recibo. En todo caso, la Junta Directiva sobre la base de lo establecido en el artículo 292 de la L. G. A. P., discrecionalmente puede resolver si toma en cuenta o no, lo alegado.

Por si la Junta Directiva decidiera tomar en consideración el hecho nuevo argumentado, se procede a realizar su análisis. Cabe señalar, que lo resuelto por la Sala Constitucional en el Voto 06184-2007 de las 18:28 horas del 8 de mayo de 2007 (obligación de incluir audiencia pública en procedimientos extraordinarios de fijación de tarifas), no es aplicable al caso en examen, por dos razones:

- 1) El procedimiento en que recayó la RRG-5554-2006 es un procedimiento ordinario y no extraordinario.
- 2) En dicho procedimiento, sí se realizaron las gestiones previas y la audiencia pública que ordenan, tanto el artículo 36 de la Ley 7593, como los artículos 44 a 59 del Decreto Ejecutivo 29732-MP, que es el Reglamento a la Ley 7593.

Lo anterior se comprueba con el examen del expediente, en el que puede constatarse que la convocatoria a audiencia pública se publicó en los diarios La Nación y Al Día del 23 de enero de 2006 (folios 712 y 713) y en La Gaceta 19 del 26 de enero de 2006 (folio 679).

También se observa en autos que la entonces Dirección de Fiscalización y Defensa del Usuario, por oficio 584-DDU-2006 realizó el Informe de Instrucción (folio 735 al 741).

Finalmente, se aprecia en el expediente que la audiencia pública fue celebrada el 8 de marzo de 2006 cuya acta, la N° 27-2006, se halla incorporada del folio 752 al 763 del expediente.

Con fundamento en el mérito de los autos y en el criterio emitido en este informe, se recomienda que la Junta Directiva, al resolver el recurso de apelación en subsidio, manifieste expresamente que el hecho nuevo expuesto por Alterra Partners de Costa Rica S. A., no resulta aplicable al procedimiento seguido en el expediente administrativo ET-175-2005.

- II. En sesión 059-2009, del 31 de agosto de 2009, cuya acta fue ratificada el 7 de setiembre de 2009 del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 154-AJD-2006 y 067-AJD-2007, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio presentado por Alterra Partners Costa Rica S. A., contra la RRG-5554-2006 de las 8:00 horas del 30 de marzo de 2006, publicada en La Gaceta 82 del 28 de abril de 2006 y dictada por el Regulador General, dar por agotada la vía administrativa y manifestar expresamente que el hecho nuevo expuesto por Alterra Partners de Costa Rica S. A., no resulta aplicable al procedimiento seguido en el expediente administrativo ET-175-2005.
- 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 el recurso de apelación en subsidio presentado por Alterra Partners Costa Rica S. A., contra la RRG-5554-2006 de las 8:00 horas del 30 de marzo de 2006, publicada en La Gaceta N° 82 del 28 de abril de 2006 y dictada por el Regulador General, dar por agotada la vía administrativa y manifestar expresamente que el hecho nuevo expuesto por Alterra Partners de Costa Rica S. A., no resulta aplicable al procedimiento seguido en el expediente administrativo ET-175-2005, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio presentado por Alterra Partners Costa Rica S. A., contra la RRG-5554-2006 de las 8:00 horas del 30 de marzo de 2006, publicada en La Gaceta 82 del 28 de abril de 2006, dictada por el Regulador General.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Manifiestar expresamente que el hecho nuevo expuesto por Alterra Partners de Costa Rica S. A., no resulta aplicable al procedimiento seguido en el expediente administrativo ET-175-2005.

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

REVISIÓN DE TODAS LAS METODOLOGÍAS DE FIJACIÓN TARIFARIA.

El señor Adolfo Rodríguez, manifiesta que en atención a lo discutido en el recurso de Apelación presentado por Alterra Partners de Costa Rica S. A., su preocupación porque aún no se han presentado en esta Junta Directiva las propuestas de Metodología Tarifarias, así como la falta de claridad de las fechas de corte para que las empresas entreguen la información necesaria para los análisis tarifarios.

Le parece que se requiere revisar el procedimiento de recibo de documentos necesarios para los análisis correspondientes. Muchas veces después del día de la audiencia pasan varias semanas, antes de que el área técnica correspondiente emita su criterio final, y si durante ese periodo el expediente es completado, no tendría sentido utilizar la fecha firme del día de la audiencia para descartar todos los documentos que lleguen después y en algunos casos no se da razón al solicitante y hay que recomenzar todo el procedimiento, simplemente porque no había un documento en esa fecha.

Considera importante que haya una regla clara, para que uno queden indefensos los usuarios pero que tampoco se malogre todo el proceso para el incumplimiento de formalidades que pueda ampliarse luego sin dejar indefensos a los operadores, pero que no se preste para arbitrariedad de la Administración en qué caso podría y qué caso no, un documento que llega pero si hay tiempo para que se incorpore más tarde, sobre todo cuándo es un documento que viene de la Administración, se debe abrir un espacio. No es objeto de la discusión, pero si los compañeros consideraran que es pertinente, solicitaría que revisen los procedimientos para tratar de modificar esa fecha para que haya la mayor economía procesal posible.

Don Robert Thomas agregó que varias de esas fechas de corte fueron determinadas por la Junta, otras fueron determinadas por el Regulador, dependiendo de los servicios de que se trate. Debe haber una fecha de corte y es muy complicado, porque si los asuntos que presentan después de la audiencia pública deben ser conocidos por las partes y se toman en cuenta sin que hayan pasado por la audiencia es muy probable que se presentes recursos de amparo contra la ARESEP, en el sentido de que son documentos que no se vieron el día de la audiencia y usted los está tomando en cuenta para resolver, entonces ese es una restricción que habría que valorar.

Le parece que ya es hora de revisar a profundidad todas estas fechas de corte de los datos de cuándo entran y cuando no.

La señora Asesora Económica recalcó que precisamente hay un recurso de los que están por conocerse donde había hecho una recomendación al respecto y es que le parece que en forma arbitraria algunas direcciones han decidido que la fecha de corte de toda la información es la audiencia y le parece que el acuerdo de la Junta Directiva dice única y exclusivamente que es tipo de cambio, salarios y el precio de combustible y han extendido esa interpretación a todo, incluso, ha revisado expedientes en donde las empresas se dan el lujo de cambiar o sustituir el día de la audiencia el estudio tarifario solicitado originalmente.

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

Esa situación deja en indefensión a otro grupo de gente. Considera que la sugerencia de don Adolfo es muy pertinente y debería entrar a conocerse por el fondo ese acuerdo de la Junta Directiva que es del 2002.

Don Jorge Cornick hizo ver que acogiendo la petición del señor Rodríguez Herrera pero generalizándola, hace bastantes sesiones esta Junta Directiva había solicitado a la Administración que le presentara un calendario para la revisión de todas las metodologías de fijación tarifaria que la ARESEP regula. Ese calendario no ha sido presentado. En tal caso sería oportuno recordar a esta Junta Directiva el calendario porque le parece que ese tema debe verse dentro del contexto de una reforma integral de los procedimientos y no ver este acuerdo de manera individual, sino ver las reglas generales que se siguen para estos procedimientos.

El señor Gerente General acotó que ese estudio que señala don Jorge Cornick había sido presentado por la Administración, si mal no recordaba, en la última sesión del año anterior. Lo que sí sucedió es que no se cumplió el calendario, se reprogramó y a pesar de que se insistió en el tema, hubo un momento en que ya se dejó de aplicar.

De nuevo don Jorge Cornick hizo ver que, efectivamente, en algún momento se hicieron varias presentaciones al respecto, pero en esta oportunidad le parece que se está hablando de temas distintos. En algún momento se tomó ese acuerdo que fue el año pasado con el propósito fundamental de ilustrar a esta Junta Directiva, posteriormente conocimos un oficio del señor Regulador en el que se informaba a la Junta Directiva de la facultad de emitir las metodologías y reglamentos que había pasado a ser una competencia de esta Junta Directiva.

A partir de ahí se tomó un acuerdo que le parece que es distinto porque no es que se nos presente para fines informativos esas metodologías, sino que se nos presenten para propósitos resolutivos, las propuesta de metodología para todos los sectores. Entonces el acuerdo es distinto.

La moción que quería sugerir en esta oportunidad a la Junta Directiva, es dirigir una instancia al señor Regulador General solicitándole que presente a la brevedad posible ese calendario para la revisión de todas las metodologías de fijación tarifaria que la ARESEP regula.

Sobre el particular se suscitó un cambio de impresiones dentro del cual se mencionó la conveniencia de que además de la sugerencia de don Jorge Cornick, se le solicite a Xinia Herrera que lleve a cabo una revisión y presente la propuesta del caso sobre el acuerdo adoptado por esta Junta Directiva mediante el cual se definió cuál es la fecha de corte y para cuáles documentos es esa fecha de corte que se deben incorporar en un estudio.

ACUERDO 011-059-2009

- I. Solicitar al señor Regulador General, don Fernando Herrero Acosta que presente, a la brevedad posible, un calendario para la revisión de todas las metodologías de fijación tarifaria que la ARESEP regula.

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

- II. Solicitar a Xinia Herrera Durán, Asesora Económica que, lleve a cabo una revisión y presente la propuesta del caso sobre la resolución adoptada por esta Junta Directiva mediante acuerdo 004-015-2004, del acta de la sesión 015-2004, celebrada el 24 de febrero del 2004, oportunidad en que se llevó a cabo una actualización de variables en los estudios tarifarios que las Direcciones Técnicas deben realizar como parte de sus metodologías de cálculo.

ACUERDO FIRME.

2. **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR TRANSPORTES EL CARMEN DE TRES RÍOS, S. A., CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-9241-2008, DE LAS 8:30 HORAS DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 2008, PUBLICADA EN LA GACETA 233 DEL 2 DE DICIEMBRE DE 2008. DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL (EXPEDIENTE ET-191-2008).**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes El Carmen de Tres Ríos, S.A. contra la resolución RRG-9241-2008, de las 8:30 horas del 13 de noviembre de 2008, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 094-AJD-2009/3178 del 11 de mayo de 2009, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

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

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 094-AJD-2009/3178, por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 012-059-2009

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., contra la RRG-9241-2008 de las 8:30 horas del 13 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Mediante la resolución RRG-9241-2008 de las 8:30 horas del 13 de noviembre de 2008, el Regulador General, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Fijar para la ruta 306, operada por Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., las tarifas que se detallan en ese acto. II) Rechazar la solicitud de ajuste de tarifas por corredor

común para las rutas 303, 50, 60, 60BS, 65BS, 65, 62, 62BS, 56, 301, 301SD, 301-A, 301-ASD, 309 y 346. III) Solicitar al operador que presente la información que se detalla en ese acto (folio 407 al 420). Fue notificada a Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., el 2 de diciembre de 2008 (folio 420). Fue publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008 (folio 403 al 406).

- II. El 5 de diciembre de 2008 el señor Daniel Barboza Castro, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-9241-2008 (folio 424 al 431). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que sobre la metodología de cálculo aplicada. Para la Autoridad Reguladora, el modelo econométrico vigente pasó a ser una fuente de referencia al realizar los análisis de solicitudes. Dicho modelo, después de haber sido acogido por la Autoridad Reguladora como la metodología ideal para cumplir con lo ordenado por la Ley 7593, ha sido sustituido de hecho por esa Institución, al margen de la Ley. Comprende que también para el ente regulador el modelo econométrico no es de aplicación obligatoria y lo sustituye por "herramientas" que desconocen el principio de servicio al costo, evidentemente atentando contra el equilibrio financiero de los operadores (arts. 3 y 31 de la Ley 7593). Las tarifas deben calcularse y resolverse de acuerdo con los resultados que arroje el modelo econométrico, por lo que es menester acotar que el párrafo 1° del artículo 133 de la L. G. A. P., establece que dicho elemento deberá "... ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto". En este orden de ideas, el Lic. Ernesto Jinesta Lobo, en el Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, ha señalado lo siguiente: "... habrá ausencia de motivo o causa cuando los hechos invocados como antecedentes v que justifican su emisión son falsos o bien, cuando el derecho invocado y aplicado a la especie fáctica no existe -v.g. si la ley o el reglamento que le dan sustento se encuentran derogados, modificados, reformados o anulados por inconstitucionales-. El acto administrativo, sea reglado o discrecional debe fundamentarse en hechos ciertos, verdaderos v existentes, lo mismo que en el derecho vigente, de lo contrario faltara el motivo" (el subrayado y resaltado no pertenecen al original). La Ley le ordena a la Autoridad Reguladora la utilización de un modelo para resolver las peticiones tarifarias (artículo 31 de la Ley 7593). El único modelo que puede y debe aplicar la Autoridad Reguladora es el econométrico, porque no existe ningún otro autorizado con las formalidades legales establecidas por la propia ley, la jurisprudencia constitucional y los pronunciamientos vinculantes de la Procuraduría General de la República. Un modelo para esta actividad debe respetar el principio de servicio al costo y será modelo en el tanto tome en cuenta las estructuras productivas modelo del transporte remunerado de personas, así lo reconoce y lo ha resuelto el Regulador General en la RRG-2716-2002 (ET-029-2002). Las herramientas de análisis empleadas en la resolución impugnada, no cumplen con esos extremos y con el mandato legal. Si la Autoridad Reguladora pretende crear o utilizar un nuevo modelo debe someterlo al procedimiento de audiencia pública, que es insalvable porque así lo determinan el artículo 36-d) de la Ley 7593 y el artículo 15 del Decreto 29732-MP. Así lo han confirmado la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República y la propia Autoridad Reguladora. Cita el Voto 5113-98 y el dictamen C-003-2002 de la Procuraduría General de la República, para afirmar que: a) Cualesquiera modelos de fijación de precios y tarifas que pretenda utilizar o haya creado la Autoridad Reguladora, debe obligatoriamente someterse a

audiencia pública. Esa obligación es extensiva a la revisión del modelo vigente adoptado por el ente regulador, el modelo econométrico o modelo estructura general de costos; b) Si el Regulador General, estima que el modelo econométrico arroja resultados que obligan a recurrir a otros análisis técnicos y científicos, no puede, por ello arrogarse la facultad de aplicar o desaplicar la ley y c) El Regulador no puede desconocer los términos del contrato de concesión refrendado por la propia Autoridad Reguladora en cuanto a la fijación de la variable precio. No tanto porque lo establezca el contrato de concesión, sino porque el clausulado del instrumento se ajusta exactamente a lo establecido en la ley. Las tarifas deben establecerse dentro del marco del principio del servicio al costo (arts. 3 y 31 de la Ley 7593) a partir de un modelo (Véase a mayor abundamiento el artículo 15 del Decreto 29732-MP. Está claro que se trata de modelos, no de otros instrumentos que no sean modelos aprobados conforme a la ley y que no cumplan con ese principio. // No tiene el Regulador, por lo tanto, independencia en la selección de herramientas para la fijación de tarifas y precios, eso no lo permiten los artículos 3, 31, 36 d) de la Ley 7593 y 15 del Decreto: 29732-MP. Además, no existe otro modelo adoptado e institucionalizado válidamente, más allá del modelo econométrico. // Reitera que si la Autoridad Reguladora quiere otro modelo debe cumplir con el procedimiento legal. // Además, "En virtud de que el motivo es el antecedente que da a luz el acto administrativo, para efectos de cualquier análisis de una situación concreta, reviste una importancia fundamental, tanto para verificar su existencia, como para determinar su correlación con el contenido del acto, en tanto que éste debe "abarcar todas las cuestiones de hecho y de derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas" de conformidad con lo señalado en el párrafo 1° del artículo 132 de la Ley General de la Administración Pública. En el anterior orden de ideas, la existencia y perfección de los indicados elementos del acto administrativo -junto con las señaladas ut supra- son evidencia de su validez y conformidad con el ordenamiento jurídico. El párrafo 1° del artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública indica al respecto: "La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de este...", (Sentencia 005-2008, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, del 15 de abril de 2008). // En el Considerando II del acto recurrido, se indica que el resultado del modelo econométrico arroja una necesidad de ajuste tarifario del 40,61%, para garantizar el equilibrio financiero establecido en la Ley 7593 y 3503. // El accionar del analista, de sustituir y aplicar casuísticamente fórmulas alternativas de cálculo implica dejar de lado el garantizar el equilibrio financiero de la concesión (artículo 31 de la Ley 7593), el garantizar el Principio de servicio al costo (artículo 30 de la Ley 7593, 30 ss Ley 3503), ya que como lo prevé la ley se deben considerar los costos asociados a la inversión e incluso se garantice la dotación de recursos cuando éstos se otorgan para cumplir el compromiso de mejorar el servicio. Garantizar un rédito anual justo al capital invertido (artículo 30 de la Ley 7593, 30 ss Ley 3503), para lo cual es ineludible considerar la inversión de la empresa y no la del mercado, máxime que según el ente rector, las tarifas se fijan por ruta o, en el casos especiales, por empresa y nunca por estrato o mercado, como lo pretende hacer ver el técnico de DITRA. // Que hay que tener en cuenta en el contexto de este análisis que la aplicación de modelos y metodologías distintas al modelo econométrico con la eventual intencionalidad de escoger (discrecionalmente) el que sirva para rechazar la solicitud o autorizar una tarifa más baja, podría implicar una línea de conducta, que sería la de dictar resoluciones contrarias a la ley. Claro está que la disposición debe ser emanada de un acuerdo de Junta Directiva de ese ente regulador, como

política tarifaria para poder ser aplicada de esa manera por DITRA, la cual desconoce y agradecería se le indicara su fuente, en caso contrario, reitera que "Dichos actos administrativos se presentan en nuestro ordenamiento como el más claro ejercicio de la función administrativa y por dicha razón, nuestra Ley General de la Administración Pública, exige que cuenten con una serie de elementos constitutivos, tanto formales como materiales, para su plena validez y eficacia. Como elementos formales del acto administrativo, encontramos tanto la competencia del órgano responsable de su emisión, como la investidura y legitimación del servidor que emite el acto y el cumplimiento de determinados requisitos en la emisión de la voluntad de este, sea su razonabilidad, proporcionalidad, la ausencia de error, dolo y violencia en la voluntad y la sujeción a las reglas de la técnica y la ciencia, fundamentalmente. Con respecto a este último aspecto, para efectos de la presente resolución, resulta de especial relevancia lo señalado en el párrafo 2 del artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto indica lo siguiente: "El error no será vicio del acto administrativo pero cuando recaiga sobre otros elementos del mismo, al ausencia de estos viciara el acto, de conformidad con esta ley". De conformidad con esta disposición, la existencia de error en un acto administrativo puede viciar de tal modo un acto administrativo que implique la inexistencia de uno de sus elementos tanto formales como materiales" (Sentencia 005 2008, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, del 15 de abril del 2008). (2) Que sobre las variables consideradas en la aplicación del modelo econométrico. El ajuste tarifario solicitado es de un 105,25%, según el modelo econométrico vigente en la Autoridad Reguladora, en su momento setiembre 2008. // En el Considerando I inciso 1) del acto recurrido, a excepción del dato de distancia por carrera, el resto de las variables son aceptadas y/o reconocidas por el técnico de DITRA. // El analista encargado del informe que sustenta la resolución de marras, en forma arbitraria y malintencionada decide separar los horarios autorizados por el Consejo de Transporte Público, que se encuentran incluidos en contrato de concesión debidamente refrendado por esa Autoridad en los servicios de El Carmen de Tres Ríos-San José y viceversa, lo cual carece de todo sustento técnico y legal, ya que según el artículo 3° de la Ley 8220 la Administración está obligada a no cuestionar ni revisar y, mucho menos, alterar los acuerdos o permisos firmes emitidos por otros órganos o entidades. // Incluso no solo altera los horarios autorizados, sino que redistribuye sin justificación alguna, por lo menos dentro del expediente de marras, la demanda de pasajeros por los servicios de El Carmen de Tres Ríos-San José y viceversa, cuando su representada nunca ha presentado el reporte estadística de eso modo y, no solo no lo ha hecho así por desconocimiento, sino porque la exigencia, la costumbre y la práctica de reporte del Mopt, que han sido avaladas por esa Autoridad, han sostenido que en caso de rutas con fraccionamientos en su pliego tarifario, deben calcularse los pasajeros con la tarifa máxima. Eso se presenta así dada la dificultad del ente regulador y del rector de verificar la distribución de la demanda en los distintos fraccionamientos. Pero no solo el analista hace caso omiso a esa práctica y lo que le viene en gana, en perjuicio de su representada; sino que además decide ponderar la distancia por los servicios de El Carmen de Tres Ríos-San José y viceversa, cuando como bien se tiene por sentado, el cálculo tarifario se hace por ruta o por ramal y no por servicios definidos, en forma arbitraria por el técnico. Por cierto la ruta 306 se describe como: El Carmen de Tres Ríos-San José y viceversa. // Eso implica un perjuicio económico, que deberá ser resarcido por esa Autoridad mediante su responsabilidad solidaria. (3) Pretensión: Revocar parcialmente el acto recurrido. Aprobar tarifas según el resultado de la aplicación del modelo

econométrico y de acuerdo con los argumentos esgrimidos. Dar respuesta a todos y cada uno de los argumentos expuestos.

- III. La Dirección de Servicios de Transporte por oficio 096-DITRA-2009/858 del 26 de enero de 2009, analizó el recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado (folio 437 al 444).
- IV. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 151-DAJ-2009/1338 del 19 de febrero de 2009 analiza los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomienda rechazarlo por el fondo (folio 445 al 449).
- V. El Regulador General en la RRG-9510-2009 de las 14:30 horas del 20 de febrero de 2009 resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., contra la RRG-9241-2008 de las 8:30 horas del 13 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndoles 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 450 al 461). Fue notificada a Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., el 2 de marzo de 2009 (folio 460).
- VI. No consta en autos que la recurrente haya dado respuesta al emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- VII. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 187-DAJ-2009/1830 del 10 de marzo de 2009, con fundamento en el artículo 349 de la LGAP eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio (folios 462 y 463).
- VIII. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 094-AJD-2009/3178 del 11 de mayo de 2009, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., contra la RRG-9241-2008 de las 8:30 horas del 13 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General; dar por agotada la vía administrativa.
- IX. La Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.
- X. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Del Oficio 094-AJD-2009/3178, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

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 Daniel Barboza Castro, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., según consta en autos, la que es gestora de la petición de tarifas y destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente al ser parte del procedimiento ostenta legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L. G. A. P., en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-9241-2008 fue publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008 (folio 403 al 406), que fue notificada a Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., el 2 de diciembre de 2008 (folio 420) y que el recurso fue presentado el 5 de diciembre de 2008 (folio 424 al 431).

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, establecido en el artículo 346 de la L.G.A.P., se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

Análisis jurídico de los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación: En cuanto a los aspectos jurídicos contenidos en el primer argumento, en el sentido de que sólo debe emplearse el modelo econométrico, porque es el basado en la Ley 7593, corresponde aclarar que esa metodología no fue determinada con base en dicha ley, ya que ésta ni siquiera existía cuando ese modelo fue creado. La Ley 7593 fue promulgada el 9 de agosto de 1996 y entró a regir el 5 de octubre de ese año. Además, la Ley General de la Administración Pública en los artículos 15 y 16 establece la prohibición de dictar actos administrativos que contraríen las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica o que sean contrarios a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

Lo que ocurre es que la Autoridad Reguladora, en materia de transporte remunerado de personas, ha venido empleando el modelo desarrollado por el Mopt para determinar las tarifas de ese servicio. Pero la experiencia surgida de su empleo ha enseñado que ese instrumento arroja resultados que obligan a complementarlo con otros análisis técnicos y científicos, perfectamente pertinentes y acordes con el ordenamiento jurídico.

En torno al uso de herramientas complementarias al modelo econométrico, esta área asesora reitera lo manifestado en el oficio N° 192-AJD-2002 del 12 de diciembre de 2002, en el sentido que:

... c) Que la Autoridad Reguladora, en materia de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, ha venido empleando el modelo desarrollado por Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para determinar las tarifas de ese servicio. Sin embargo, la experiencia surgida del empleo del modelo en cuestión, ha enseñado que ese instrumento arroja resultados que obligan a complementarlo con otros análisis técnicos y científicos, perfectamente pertinentes y acordes con el ordenamiento jurídico.

d) Que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional de nuestro país los contratos de concesión, en lo que concierne a la fijación de precios y tarifas de los servicios públicos regulados por la Autoridad Reguladora, no pueden señalarle cómo debe proceder o cuáles instrumentos utilizar en el cumplimiento de sus funciones.

Por último, se indica que en el tanto y en el cuanto las tarifas y precios sean fijados dentro del marco del Principio de Servicio al Costo establecido en el artículo 3º de la Ley 7593 y no violen las reglas unívocas de la ciencia y la técnica y no sean ilógicas, injustas o inconvenientes al fin público que la Administración debe buscar, independientemente de los instrumentos que se utilicen para ello, las actuaciones de la Institución no pueden calificarse de ilegales o inconstitucionales.

De lo transcrito supra se desprende que el Regulador General está facultado legalmente para determinar cuáles herramientas emplear en la consecución del fin público, es decir, en la fijación de tarifas sustentadas en el Principio de Servicio al Costo.

En razón de lo anterior, lo argumentado carece de sustento jurídico por lo cual lo recomendable es que se rechace.

Los otros argumentos de la recurrente son de carácter técnico, no jurídico, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio.

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

- II. En sesión 059-2009, del 31 de agosto de 2009, cuya acta fue ratificada el 7 de setiembre en curso; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 094-AJD-2009/3178, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., contra la RRG-9241-2008 de las 8:30 horas del 13 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., contra la RRG-9241-2008 de las 8:30 horas del 13 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes El Carmen de Tres Ríos S. A., contra la RRG-9241-2008 de las 8:30 horas del 13 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General.

- II. Dar por agotada la vía administrativa.
3. **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR EL ING. JORGE ARTURO QUESADA GUZMÁN, CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-9021-2008, DE LAS 10:00 HORAS DEL 4 DE NOVIEMBRE DE 2008, PUBLICADA EN LA GACETA 233 DEL 2 DE DICIEMBRE DE 2008. DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL (EXPEDIENTE ET-185-2008).**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Jorge Arturo Quesada Guzmán contra la resolución RRG-9021-2008, de las 10:00 horas del 4 de noviembre de 2008, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 093-AJD-2009/3177 del 11 de mayo de 2009, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

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

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 093-AJD-2009/3177, por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 013-059-2009

- I. Rechazar de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Ing. Jorge Arturo Quesada Guzmán, usuario de la ruta 229, contra la RRG-9021-2008 de las 10:00 horas del 4 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Mediante resolución RRG-9021-2008 de las 10:00 horas del 4 de noviembre de 2008 el Regulador General con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Fijar las tarifas que se detallan en ese acto, para la ruta 229, operada por el señor Carlos Bonilla Rodríguez II) Indicar al operador que debe presentar la información que se le solicita en ese acto (folio 452 al 468). No fue notificada al señor Jorge Arturo Quesada Guzmán. Fue publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008 (folio 445 al 449).
- II. El 4 de diciembre de 2008 el Ing. Jorge Arturo Quesada Guzmán, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RRG-9021-2008 (folios 450 y 451). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que la ruta 229 está conformada por tramos bien definidos y aprobados, los que a su vez, están fraccionados, según los estudios técnicos. (2) Que el incremento aprobado no es claro, pues sólo indica un porcentaje de incremento a la tarifa actual, no se reflejan en un cuadro tarifario los precios de acuerdo con los tramos y fraccionamientos de la ruta, éstos últimos históricamente han tenido tarifas diferentes. (3) Que al aprobarse un 31,58% de incremento general y al no estar claro los tramos, el operador antojadizamente aumenta las tarifas en los fraccionamientos, en mucho por la confusión fijación realizada. (4) Que en tan solo una lectura rápida de la publicación, ha encontrado defectos técnicos y de redacción que confunden al lector y al usuario del servicio y además afectan directamente los bolsillos de los usuarios. (5) Pretensión: Resolver el recurso. Tiene interés en analizar el informe técnico y el expediente.

- III. La Dirección de Servicios de Transporte por oficio 043-DITRA-2009/281 del 9 de enero de 2009 analizó los aspectos técnicos del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado (folios 491 y 492).
- IV. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 152-DAJ-2009/1333 del 19 de febrero de 2009 analiza los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomienda rechazarlo ad portas por falta de legitimación (folio 493 al 496).
- V. El Regulador General en la RRG-9502-2009 de las 9:00 horas del 19 de febrero de 2009 resolvió: I) Rechazar ad portas el recurso de revocatoria presentado por el Ing. Jorge Arturo Quesada Guzmán, usuario de la ruta 229, contra la RRG-9021-2008 de las 10:00 horas del 4 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndoles a las partes que contaban con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 497 al 502). No fue notificada al Jorge Arturo Quesada Guzmán, porque no señaló lugar o medio para ese fin (folio 501).
- VI. No consta que el recurrente haya respondido al emplazamiento, dentro o fuera del plazo otorgado.
- VII. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 188-DAJ-2009/1831 del 10 de marzo de 2009, con fundamento en el artículo 349 de la L. G. A. P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva las impugnaciones planteadas (folios 503 y 50).
- VIII. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 093-AJD-2009/3177 del 11 de mayo de 2009, en el que se recomienda rechazar de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Ing. Jorge Arturo Quesada Guzmán, usuario de la ruta 229, contra la RRG-9021-2008 de las 10:00 horas del 4 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General; dar por agotada la vía administrativa.
- IX. La Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.
- X. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Del Oficio 093-AJD-2009/3177, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación: En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el Ing. Jorge Arturo Quesada Guzmán, quien no se apersonó al procedimiento como opositor de la petición de tarifas ni como tercero interesado, aunque sí ostenta un interés legítimo en los efectos del acto, por ser usuario de la ruta 229. Consecuentemente al no constituirse en parte del procedimiento carece de 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 de los recursos se informa que la RRG-9021-2008 fue publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008 (folio 445 al 449), que no fue notificada a Jorge Arturo Quesada Guzmán, por no ser parte del procedimiento y que el recurso fue presentado el 4 de diciembre de 2008 (folios 450 y 451).

De la relación entre la fecha de publicación de la resolución y la de interposición del recurso, se infiere que el recurrente se enteró del acto con su publicación. Por lo que, aplicando el plazo de tres días hábiles para impugnar, establecido en el artículo 346 de la L. G. A. P., se concluye que fue presentado dentro del plazo legal.

En cuanto a los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación: Dada la falta de legitimación del recurrente, resulta innecesario analizar por el fondo lo argumentado.

No obstante, se informa que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también a la Asesora Económica que se pronunciara sobre las impugnaciones, por lo cual sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver el recurso.

- II. En sesión 059-2009, del 31 de agosto de 2009, cuya acta fue ratificada el 7 de setiembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficio 093-AJD-2009/3177, de cita, acordó por unanimidad: recomienda rechazar de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Ing. Jorge Arturo Quesada Guzmán, usuario de la ruta 229, contra la RRG-9021-2008 de las 10:00 horas del 4 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar de plano, por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Ing. Jorge Arturo Quesada Guzmán, usuario de la ruta 229, contra la RRG-9021-2008 de las 10:00 horas del 4 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa. como se dispone.

POR TANTO:

- I. Rechazar por falta de legitimación, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Ing. Jorge Arturo Quesada Guzmán, usuario de la ruta 229, contra la RRG-9021-2008 de las 10:00 horas del 4 de noviembre de 2008, publicada en La Gaceta 233 del 2 de diciembre de 2008, dictada por el Regulador General.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
4. **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR EL SEÑOR EDGAR RUIZ RAMÍREZ CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-6499-2007, DE LAS 13:15 HORAS DEL 27 DE ABRIL DE 2007, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL (EXPEDIENTE OT-132-2006).**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Edgar Ruiz Ramírez contra la resolución RRG-6499 -2007, de las 13:15 horas del 27 de abril de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 109-AJD-2009/3429 del 21 de mayo de 2009, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

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

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 109-AJD-2009/3429, por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 014-059-2009

- I. Tener por no presentado el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Edgar Ruiz Ramírez, contra la RRG-6499-2007 de las 13:15 horas del 27 de abril de 2007, dictada por el Regulador General.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Mediante resolución RRG-6499-2007 de las 13:15 horas del 27 de abril de 2007, el Regulador General con fundamento en el criterio del órgano director del procedimiento resolvió: I) Declarar que el señor Edgar Ruiz Ramírez, cédula 5-102-879, el 2 de octubre de 2006 prestó un servicio público de transporte remunerado de personas sin la autorización del Estado, por lo que se le impone como sanción el pago de una multa (sic) que deberá depositar a favor de la Tesorería Nacional, en un plazo de diez días contado a partir del día siguiente a la notificación del acto. II) Advertir al señor Edgar Ruiz Ramírez que si no efectúa el pago de la

multa impuesta, la Tesorería Nacional podrá aplicar coercitivamente el acto administrativo, de conformidad con lo establecido en los artículos 149 y 150 de la L. G. A. P. Para esos efectos se notifica a la Tesorería Nacional (folio 39 al 45). Fue notificada al señor Edgar Ruiz Ramírez, por fax transmitido el 2 de mayo de 2007 (folio 46).

- II. El 7 de mayo de 2007, por fax, el señor Edgar Ruiz Ramírez, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-6499-2007 (folio 47 al 53). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que el 2 de octubre de 2006 fue detenido por oficiales de tránsito cuando viajaba de Liberia a Cañas Dulces y se le confeccionó una boleta de citación. Alega que los oficiales de tránsito presionaron a sus acompañantes de nacionalidad salvadoreña para que dijeran cosas que no son ciertas. (2) Que ese día viaja con esos acompañantes en su vehículo particular y que les estaba haciendo el favor de llevarlos al mismo lugar a donde él se dirigía, pues se dedica al comercio, no al transporte informal. (3) Que no es cierto que se le encontrara prestando un servicio público no autorizado, pues sus acompañantes nunca manifestaron a los oficiales de tránsito que les hubiera cobrado. Los llevaba gratuitamente. (4) Que su vehículo no tiene ningún tipo de rotulación que lo identifique como de servicio público, por lo cual lo consignado por los oficiales de tránsito en la boleta, no es cierto. (5) Que el acto recurrido lo deja en estado de indefensión porque no se le comunicó la comparecencia para presentar testigos, los que había ofrecido oportunamente. Alega que ese acto sólo se fundamenta en el dicho de los oficiales de tránsito, no indica las razones por las cuales no se admitió la prueba testimonial ofrecida, ni tampoco fundamenta las razones que lo llevaron a rechazar sus manifestaciones y la contestación que obra en autos. Los acompañantes fueron enviados en un taxi por el oficial de tránsito, razón por la cual no pudieron rendir su testimonio y ese es un motivo para revocar el acto recurrido. No hay prueba que demuestre la infracción. Se ha violentado el debido proceso en su contra. La multa es desproporcionada. (6) Pretensión: Declarar con lugar el recurso. Aceptar prueba testimonial. Devolver el vehículo.

- III. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 163-DAJ-2009/1489 del 23 de febrero de 2009, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que se tuviera por no presentado (folios 55 y 56).
- IV. El Regulador General en la RRG-9530-2009 de las 14:20 horas del 25 de febrero de 2009, resolvió: I) Declarar no presentado (sic) el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Edgar Ruiz Ramírez contra la RRG-6499-2007 de las 13:15 horas del 27 de abril de 2007. II) Elevar el recurso de apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que cuenta con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 69 al 71). Fue notificada al señor Edgar Ruiz Ramírez, por fax transmitido el 27 de febrero de 2009 (folio 72).
- V. No consta que el recurrente haya dado respuesta al emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

- VI.** La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 190-DAJ-2009/1835 del 10 de marzo de 2009 con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada (folios 73 y 74).
- VII.** La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 109 AJD-2009/3429 del 21 de mayo de 2009, en el que se recomienda tener por no presentado el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Edgar Ruiz Ramírez, contra la RRG-6499-2007 de las 13:15 horas del 27 de abril de 2007, dictada por el Regulador General; dar por agotada la vía administrativa.
- VIII.** La Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.
- IX.** Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Del Oficio 109-AJD-2009/3429, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso de apelación: En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor Edgar Ruiz Ramírez, a quien se investiga por prestar un servicio no autorizado, quien se ha apersonado al procedimiento en defensa de sus intereses y quien resulta destinatario 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 el artículo 38 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-6499-2007 fue notificada al señor Edgar Ruiz Ramírez, por fax transmitido el 2 de mayo de 2007 (folio 46) y que el recurso fue presentado por fax el 7 de mayo de 2007 (folio 47 al 53). No consta en autos que haya aportado el documento original.

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 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 y lo dispuesto en el artículo 6º bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, N° 8 y sus reformas, también vigente en ese momento, se concluye que la impugnación debe tenerse por no presentada, puesto que –debido al tipo de medio empleado para recurrir- es necesario tomar en cuenta que el referido artículo 6º bis establecía un requisito indispensable para el uso del fax como medio para plantear impugnaciones. En lo conducente la norma indicaba:

Artículo 6º bis.- Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original, los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinados a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Lo anterior siempre que cumplan con los procedimientos establecidos para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad. ...

Las autoridades judiciales podrán utilizar los medios referidos para comunicarse oficialmente entre sí, remitiéndose informes, comisiones y cualquier otra documentación. Las partes también podrán utilizar esos medios para presentar sus solicitudes y recursos a los tribunales, siempre que remitan el documento original dentro de los tres días siguientes, en cuyo caso la presentación de la petición o recurso se tendrá como realizada en el momento de recibida la primera comunicación. (Subrayado es propio). ...

De lo transcrito se desprende, con toda claridad, que –en aquel momento- la ley exigía que dentro de tercero día se remitiera el documento original del recurso. Si ello no ocurría, la consecuencia jurídica era que se tuviera por no presentada la impugnación.

Aplicando dicha norma al caso concreto, se observa que en autos no hay constancia de que el recurrente hubiera remitido el escrito original de la impugnación. Por ende, tal omisión conlleva a la consecuencia jurídica de tener por no presentado el recurso.

Análisis jurídico de los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación: Resulta innecesario analizar por el fondo lo argumentado, en razón de que la impugnación se debe tener como no planteada.

- II. En sesión 059-2009, del 31 de agosto de 2009, cuya acta fue ratificada el 7 de setiembre en curso; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 109-AJD-2009/3429 de cita, acordó por unanimidad: tener por no presentado el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Edgar Ruiz Ramírez, contra la RRG-6499-2007 de las 13:15 horas del 27 de abril de 2007, dictada por el Regulador General; y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es tener por no presentado el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Edgar Ruiz Ramírez, contra la RRG-6499-2007 de las 13:15 horas del 27 de abril de 2007, dictada por el Regulador General; y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Tener por no presentado el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Edgar Ruiz Ramírez, contra la RRG-6499-2007 de las 13:15 horas del 27 de abril de 2007, dictada por el Regulador General.
 - II. Dar por agotada la vía administrativa.
5. **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR BUSETAS HEREDIANAS, S. A., CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-8896-2008, DE LAS 11:50 HORAS DEL 3 DE OCTUBRE DE 2008, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL (EXPEDIENTE ET-160-2008).**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Busetas Heredianas, S. A. contra la resolución RRG-8896-2008, de las 11:50 horas del 3 de octubre de 2008, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 107-AJD-2009/3429 del 21 de mayo de 2009, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

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

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 107-AJD-2009/3429, por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 015-059-2009

1. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Busetas Heredianas S. A., contra la RRG-8896-2008 de las 11:50 horas del 3 de octubre de 2008, dictada por el Regulador General.
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Mediante resolución RRG-8896-2008 de las 11:50 horas del 3 de octubre de 2008 el Regulador General en la, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Rechazar la petición de tarifas de Busetas Heredianas S. A., operadora de la ruta 400BS. II) Solicitar al operador que presente la información que se detalla en ese acto (folio 136 al 146). Fue notificada a Busetas Heredianas S. A., el 14 de octubre de 2008 (folio 146).

- II. El 17 de octubre de 2008 el señor Oscar Gerardo Ramírez Jiménez, Presidente de Busetas Heredianas S. A., según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-8896-2008 (folio 151 al 208). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que en el acto recurrido se rechaza la petición de tarifas porque la dirección técnica en su análisis consideró una demanda neta mensual mayor a la reportada por su representada y porque excluyó 9 unidades. (2) Que sobre la demanda de pasajeros señala que la demanda/promedio/mes empleada por la Dirección de Servicios de Transporte fue un 16,82% mayor, es decir, aplicó en el cálculo tarifario 66.908/pasajeros/promedio/mes de más sin ninguna justificación técnica. Alega que su representada ha reportado en tiempo y forma, las estadísticas mensuales solicitadas, lo cual es desconocido por el analista. Es decir, lo aplicado es ilógico y fuera de toda ciencia y, lo exigido también, por lo cual debe considerarse el dato reportado que se sustenta en el ingreso reportado certificado por un contador público autorizado, quien tiene fe pública, la cual no está siendo reconocida, lo cual solicita se indique expresamente en la respuesta a esta impugnación. El dato de demanda empleado por la Autoridad Reguladora no tiene ningún sustento técnico o legal o, al menos, no consta en el expediente, con lo cual se le dejó en estado de indefensión. Solicita el estudio técnico que sustenta la demanda empleada. (3) Que según el Considerando I.1.2 y I.2.4.c, del acto recurrido, relativo al análisis de calidad, la Autoridad Reguladora establece la flota óptima aprobada por el Mopt, pero indica que 8 unidades reportan una certificación vencida de revisión técnica y otra con resultado desfavorable. Por ello fueron excluidas del cálculo tarifario, con lo cual está en desacuerdo, pues fueron autorizadas a operar por el Mopt. Alega que el artículo 3° de la Ley 8220 obliga a la Administración a no cuestionar ni revisar los acuerdos o permisos firmes otorgados por otros entes. Además, señala que dicha exclusión podría ser un acto viciado de nulidad absoluta porque la Autoridad Reguladora se está arrogando competencias propias del Consejo de Transporte Público, porque está violentando en contrato de concesión refrendado, dado que se invirtió en esas unidades y según la búsqueda del equilibrio financiero, debe recibirse un beneficio por la explotación de esas unidades, lo que según el modelo econométrico, se traduce en factores de rentabilidad y depreciación, que son desestimados con la exclusión. (4) Pretensión: Declarar con lugar el recurso. Aplicar tarifas resultantes del modelo econométrico. Elevar al superior la impugnación en subsidio, en caso contrario.

- III. La Dirección de Servicios de Transporte por oficio 042-DITRA-2009/089 del 9 enero de 2009, analizó el recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado (folio 209 al 211).
- IV. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 135-DAJ-2009/1260 del 17 de febrero de 2009 analiza los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 215 al 219).
- V. El Regulador General en la RRG-9479-2009 de las 9:00 horas del 17 de febrero de 2009 resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por Busetas Heredianas S. A., contra la RRG-8896-2008 de las 11:50 horas del 3 de octubre de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndoles 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 220 al 226). Fue notificada a Busetas Heredianas S. A., el 3 de marzo de 2009 (folio 226).

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

- VI. No consta en autos que la recurrente haya dado respuesta al emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- VII. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 195-DAJ-2009/1834 del 10 de marzo de 2009, con fundamento en el artículo 349 de la LGAP eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio (folios 227 y 228).
- VIII. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 107-AJD-2009/3427 del 21 de mayo de 2009, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Busetas Heredianas S. A., contra la RRG-8896-2008 de las 11:50 horas del 3 de octubre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- IX. La Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.
- X. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Del Oficio 107-AJD-2009, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

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 Oscar Gerardo Ramírez Jiménez, Presidente de Busetas Heredianas S. A., según consta en autos, la que es gestora de la petición de tarifas y destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente al ser parte del procedimiento ostenta legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L. G. A. P., en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-8896-2008 que fue notificada a Busetas Heredianas S. A., el 14 de octubre de 2008 (folio 146) y que el recurso fue presentado el 17 de octubre de 2008 (folio 151 al 208).

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, establecido 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: Lo argumentado es de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio. No obstante, los aspectos jurídicos que contienen tales argumentos se analizan en los términos siguientes:

En el segundo argumento alega la recurrente que la Autoridad Reguladora empleó un dato de demanda sin ninguna justificación técnica o legal, lo cual no es cierto porque en el Considerando I.1.1 del acto recurrido (folio 138), constan claramente las razones que justificaron el empleo de ese dato por parte del ente regulador. En ese sentido lo argumentado carece de sustento jurídico.

En el tercer argumento alega la recurrente que la dependencia técnica excluyó 9 unidades sin ningún sustento técnico o legal, lo que atenta contra el artículo 3° de la Ley 8220, le causa indefensión y además, es un acto que podría estar viciado de nulidad absoluta al arrogarse el ente regulador competencias que no tiene.

Al respecto cabe aclarar que no resulta aplicable el principio determinado en el artículo 3° de la Ley 8220 a la flota autorizada en una ruta, porque el ente regulador no está cuestionando el contenido del acuerdo emitido por el Consejo de Transporte Público del Mopt, sino que está aplicando los criterios regulatorios dictados en torno a la calidad de las unidades. Para efectos aclaratorios se cita el referido artículo:

Artículo 3°.- Respeto de competencias. *La Administración no podrá cuestionar ni revisar los permisos o las autorizaciones firmes emitidos por otras entidades u órganos, salvo lo relativo al régimen de nulidades. Únicamente podrá solicitarle al administrado, copia certificada de la resolución final de un determinado trámite. Tampoco podrán solicitársele requisitos o información que aún se encuentre en proceso de conocimiento o resolución por otra entidad u órgano administrativo; a lo sumo, el administrado deberá presentar una certificación de que el trámite está en proceso.*

Además, debe aclararse que -desde el punto de vista jurídico- la flota establecida por el Consejo de Transporte Público del Mopt, para una determinada ruta, no equivale al otorgamiento de un permiso o de una autorización, que son los actos a los cuales se refiere el citado artículo 3°, sino al establecimiento de una de las condiciones esenciales para la prestación del servicio público, cosa muy distinta. Esa es la razón por la cual se afirma que tal artículo no resulta aplicable a la determinación de la flota en el transporte remunerado de personas, modalidad autobuses.

Tampoco puede hablarse de indefensión por falta de fundamento, porque el sustento técnico de los criterios empleados en el análisis de la flota, consta en el Considerando I.1.2 del acto recurrido (folio 139).

Al revisar los componentes de las condiciones generales de prestación del servicio público, para efectos de fijar las tarifas, la Autoridad Reguladora no se arroga facultades que la ley no le da, porque revisar esos componentes no implica el autorizarlos o el otorgarlos, que es la competencia que ostenta el Ministerio de Obras Públicas y Transportes; sino tan solo aplicar los criterios regulatorios establecidos.

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

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.

- II. En sesión 059-2009, del 31 de agosto de 2009, cuya acta fue ratificada el 7 de setiembre en curso; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 107-AJD-2009, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Busetas Heredianas S. A., contra la RRG-8896-2008 de las 11:50 horas del 3 de octubre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Busetas Heredianas S. A., contra la RRG-8896-2008 de las 11:50 horas del 3 de octubre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Busetas Heredianas S. A., contra la RRG-8896-2008 de las 11:50 horas del 3 de octubre de 2008, dictada por el Regulador General.
 - II. Dar por agotada la vía administrativa.
- 6. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR EL SEÑOR VIDAL ZAMORA CÓRDOBA CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-8810-2008, DE LAS 12:30 HORAS DEL 8 DE SETIEMBRE DE 2008, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL (EXPEDIENTE OT-160-2008).**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Vidal Zamora Córdoba contra la resolución RRG-8810-2008, de las 12:30 horas del 8 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 108-AJD-2009/3428 del 21 de mayo de 2009, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

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

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 108-AJD-2009/3428, por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 016-059-2009

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Vidal Zamora Córdoba, operador de la ruta 667, contra la RRG-8810-2008 de las 12:30 horas del 8 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Mediante resolución RRG-8810-2008 de las 12:30 horas del 8 de setiembre de 2008, el Regulador General en la, con fundamento en el criterio del órgano director del procedimiento resolvió: I) Imponer al señor Vidal Zamora Córdoba, permisionario de la ruta 667, el pago de una multa de ¢1.053.000,00 (un millón cincuenta y tres mil colones exactos), correspondiente a cinco salarios base que es la sanción mínima, por cobro de tarifas no autorizadas, de conformidad con el artículo 38 inciso a) de la Ley 7593. II) Imponer al señor Vidal Zamora Córdoba, permisionario de la ruta 667, el pago de una multa de ¢1.053.000,00 (un millón cincuenta y tres mil colones exactos), correspondiente a cinco salarios base que es la sanción mínima, por prestación no autorizada del servicio de transporte remunerado de personas, en el trayecto El Mojón-La Unión, de conformidad con el artículo 38 inciso d) de la Ley 7593. III) Rechazar las excepciones de falta de derecho, interpuestas por el señor Vidal Zamora Córdoba. IV) Intimar por primera vez al señor Vidal Zamora Córdoba, para que dentro del plazo de diez días hábiles proceda a cancelar la suma de ¢2.106.000,00 (dos millones ciento seis mil colones exactos). Ese monto debe ser pagado a favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 7593 y sus reformas, según lo establecen los numerales 150 y 264.1 de la L. G. A. P. Dicho plazo se contará a partir del día hábil inmediato siguiente a la comunicación de las intimaciones de ley. El pago debe hacerse en la oficina de Tesorería de la Autoridad Reguladora, o bien, por medio de depósito en la cuenta corriente 2169-1 del Banco Nacional de Costa Rica, en cuyo caso deberá aportarse copia del comprobante al expediente (folio 137 al 142). Fue notificada al señor Vidal Zamora Córdoba, por fax transmitido el 24 de setiembre de 2008 (folio 143).
- II. El 29 de setiembre de 2008 el señor Vidal Zamora Córdoba, permisionario de la ruta 667, según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-8810-2008 (folio 145 al 168). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que aunque la sanción recibida es mínima, la condición financiera no le permite cumplir con el pago, pues apenas recibe ingresos para vivir y el precio del diesel representa más del 50% de los gastos. Aporta facturas. (2) Que moviliza unos 400 usuarios al día: a) que con una tarifa de ¢75,00 son ¢30.000,00; lo que lo obligaría a suspender el servicio porque le genera una pérdida de ¢35.306.637,00; b) con una tarifa de ¢200,00 serían ¢80.000,00 a lo que si se le resta el diesel, el salario del conductor, ¢10.000,00 con todas las deducciones y obligaciones contractuales, le sobrarían ¢4.000,00

para cubrir los demás gastos. (3) Que hay que recordar que La Unión es un precario, que está en proceso de cierre por parte del Banco Hipotecario de la Vivienda y de la municipalidad, por lo que sólo quedan unas 20 familias, las cuales próximamente serán trasladadas al Barrio Santa Marta, en el sector de Marañonal. Si se le exige pagar la multa se verá obligado a suspender de inmediato el servicio y a solicitar el apoyo de la comunidad. Alega que la denunciante, de hecho, se fue para Santa Marta una vez causado el daño, aunque ahora se arrepienta y pueda ir a retractarse a la Autoridad Reguladora. Agrega que hay información importante no explicada o mal entendida en su momento, como de seguido detalla, lo que motivará a revocar el acto recurrido a su favor. (4) Que puesto que la situación de cobro acordada con la comunidad fue antes de la reforma a la Ley 7593, no ha incurrido en ninguna falta grave, pues existía tarifa fijada por la Autoridad Reguladora y, por ende, no puede afirmarse que se cobrara una tarifa distinta a la establecida. (5) Que aporta las gestiones realizadas ante el Mopt solicitando un permiso para operar en la comunidad de La Unión. Alega que es el Estado el que ha incumplido su parte y el hecho de que el Mopt no le haya otorgado el permiso, obliga a la Autoridad Reguladora a sancionarlo, lo cual es injusto porque el ente sancionador también es corresponsable de darle el permiso, para evitar la sanción. (6) Que el 4 de julio de 2008 la comunidad solicitó que se aumentaran las tarifas a €200,00; gestión sobre la cual no ha obtenido respuesta. Agrega que desde agosto de 2005 solicitó al Mopt la renovación del permiso, incluyendo hasta la comunidad de La Unión, pero no ha sido resuelta. Es decir, el Mopt debió renovar el permiso con la tarifa recomendada, por la situación de quiebra empresarial y luego enviarla a la Autoridad Reguladora para que la confirmaran, pero de nuevo, quedó indefenso porque esas instituciones no le han resuelto el problema. (7) Pretensión: Dar una respuesta positiva.

- III. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 140-DAJ-2009/1264 del 17 de febrero de 2009, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 169 al 175).
- IV. El Regulador General en la RRG-9501-2009 de las 14:40 horas del 19 de febrero de 2009, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Vidal Zamora Córdoba, operador de la ruta 667, contra la RRG-8810-2008 de las 12:30 horas del 8 de setiembre de 2008. II) Elevar el recurso de apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que cuenta con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 176 al 182). Fue notificada al señor Vidal Zamora Córdoba el 3 de marzo de 2009 (folio 182).
- V. El 6 de marzo de 2009 el señor Vidal Zamora Córdoba respondió el emplazamiento reiterando lo alegado en la impugnación (folio 183 al 185).
- VI. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 196-DAJ-2009/1835 del 10 de marzo de 2009 con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada. No ha sido incorporado al expediente.

- VII. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 108-AJD-2009/3428 del 21 de mayo de 2009, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Vidal Zamora Córdoba, operador de la ruta 667, contra la RRG-8810-2008 de las 12:30 horas del 8 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General; dar por agotada la vía administrativa.
- VIII. La Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.
- IX. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Del Oficio 108-AJD-2009/3428, arriba citado que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso de apelación: En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor Vidal Zamora Córdoba, permisionario de la ruta 667, según consta en autos, a quien se investiga por cobrar tarifas no autorizadas y prestar un servicio no autorizado, quien se ha apersonado al procedimiento en defensa de sus intereses y quien resulta destinatario 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 el artículo 38 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-8810-2008 fue notificada al señor Vidal Zamora Córdoba, por fax transmitido el 24 de setiembre de 2008 (folio 143) y que el recurso fue planteado el 29 de setiembre de 2008 (folio 145 al 168).

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.

Análisis jurídicos de los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación: A folios 12 y 27 del expediente constan escritos con la aceptación de los hechos denunciados, por parte del señor Zamora Córdoba, en el sentido de que cobra ¢200,00 a los adultos y ¢100,00 a los estudiantes cuando la tarifa autorizada es de ¢70,00 y que no está autorizado para prestar el servicio en el tramo El Mojón-La Unión pero aún así lo hace.

Por otra parte a folio 28 de los autos el recurrente afirma que las tarifas que cobra fueron autorizadas por las asociaciones de desarrollo del lugar.

Las justificaciones que brinda el recurrente en su impugnación no son de recibo, pues si la tarifa era deficitaria, debió solicitar los aumentos necesarios para alcanzar el equilibrio financiero y, si del todo no podía prestar el servicio, debió renunciar al permiso, notificándolo al Mopt para que tomara las previsiones del caso.

En el cuarto argumento alega el recurrente en el sentido de que dado que la situación de cobro acordada con la comunidad fue antes de la reforma a la Ley 7593, no ha incurrido en ninguna falta grave, pues existía tarifa fijada por la Autoridad Reguladora. Al respecto cabe manifestar que lo alegado no es de recibo porque la Ley 7593 y sus reformas rige desde el 5 de octubre de 1996 y desde esa fecha se encuentra prohibido el cobrar tarifas distintas a las autorizadas y prestar un servicio público sin la autorización del Estado; independientemente de las modificaciones que esa ley haya sufrido, las cuales, por cierto, en nada han afectado las causales del artículo 38, por las que se le han impuesto las sanciones de multa al recurrente.

En relación con lo afirmado por el recurrente en el quinto argumento, en el sentido de que la Autoridad Reguladora es corresponsable de darle el permiso solicitado, para evitar la sanción; cabe señalar que no es cierto porque es a Ministerio de Obras Públicas y Transportes, por disposición de ley (artículo 2° de la Ley 3503), al que le corresponde otorgar los títulos habilitantes, sean permisos o concesiones, para operar el servicio público de transporte remunerado de personas.

A la Autoridad Reguladora lo que le corresponde es verificar que el operador tenga el respectivo título habilitante de previo a fijar las tarifas, de conformidad con lo que señala el artículo 9° de la Ley 7593 y sus reformas.

En cuanto al procedimiento llevado a cabo, cabe señalar que en autos consta la intimación de cargos (folio 53 al 58) debidamente notificada al recurrente, el acta de la comparecencia oral y privada (folio 99 al 122), la prueba documental y testimonial aportada por el recurrente (folio 81 al 86), el informe final del órgano director (folio 132 al 136) y el acto final del Regulador General (folio 137 al 142) en el cual se analiza la prueba aportada y se concluye en que el recurrente incurrió en las causales a) y d) del artículo 38 de la Ley 7593 y sus reformas, por lo cual se le impusieron como sanción el pago de dos multas. Todo lo anterior se ajusta al ordenamiento jurídico.

Debe señalarse que el acto recurrido hizo una valoración de la prueba aportada, que resulta consistente con los hechos demostrados y con las reglas de la sana crítica y, por tal motivo carece de fundamento lo alegado en el sentido de que hubo información importante no explicada o mal entendida.

Por las razones explicadas en los párrafos precedentes, se concluye que lo argumentado carece de sustento jurídico, por lo cual lo recomendable es que se rechace por el fondo la impugnación planteada.

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

- II. En sesión 059-2009, del 31 de agosto de 2009, cuya acta fue ratificada el 7 de setiembre en curso; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 108-AJD-2009/3428 de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Vidal Zamora Córdoba, operador de la ruta 667, contra la RRG-8810-2008 de las 12:30 horas del 8 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General; y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Vidal Zamora Córdoba, operador de la ruta 667, contra la RRG-8810-2008 de las 12:30 horas del 8 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Vidal Zamora Córdoba, operador de la ruta 667, contra la RRG-8810-2008 de las 12:30 horas del 8 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General.
 - II. Dar por agotada la vía administrativa.
- 7. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES INDEPENDIENTES DE GAS PROPANO Y AFINES (ADIGAPA) CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-8794-2008 DE LAS 10:30 HORAS DEL 2 DE SETIEMBRE DE 2008, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL (EXPEDIENTE ET-118-2008).**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Asociación Nacional de Distribuidores Independientes de Gas Propano y Afines (ADIGAPA) contra la resolución RRG-8794-2008 de las 10:30 horas del 2 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios oficio 112-AJD-2009/3432 del 21 de mayo de 2009, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

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

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios oficio 112-AJD-2009/3432, por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 017-059-2009

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Asociación Nacional de Distribuidores Independientes de Gas Propano y Afines (ADIGAPA), contra la RRG-8794-2008 de las 10:30 horas del 2 de setiembre de 2008, publicada en La Gaceta 197 del 13 de octubre de 2008, dictada por el Regulador

- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Mediante resolución RRG-8794-2008 de las 10:30 horas del 2 de setiembre de 2008, el Regulador General con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Energía resolvió: I) Definir el modelo para los ajustes del margen de comercialización de los distribuidores, agencias y detallistas de cilindros con contenido de gas licuado de petróleo, tal como se detalle en ese acto. Sobre el margen absoluto por litro se que se fije, puede hacerse un descuento máximo por litro vendido de GLP de un 13%. II) Fijar el margen de comercialización de los distribuidores y agencias en ¢34,82/litro y de los detallistas en ¢40,04/litro. Sobre esos márgenes se puede aplicar un descuento máximo del 13%. III) Fijar los precios del GLP en la cadena de comercialización hasta el consumidor final, según se detalla en ese acto. IV) Tener por contestadas las diferentes posiciones y oposiciones presentadas, con el análisis contenido en la sección 3 del informe técnico (folio 380 al 410). Fue notificada a la ADIGAPA por correo certificado RR002230488CR entregado en la oficina postal el 15 de octubre de 2008 (folio 418). Sin embargo, fue devuelta por Correos de Costa Rica por tener una dirección insuficiente (folio 430). Fue publicada en La Gaceta 197 del 13 de octubre de 2008 (folio 357 al 364).
- II. El 16 de octubre de 2008 el señor Henry Hernández Alfaro, apoderado generalísimo sin límite de suma de la Asociación Nacional de Distribuidores Independientes de Gas Propano y Afines (ADIGAPA), según consta en autos, opositora al establecimiento del modelo, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-8794-2008 (folio 365 al 379). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que sobre la violación de los principios de calidad, continuidad y eficiencia, señala que evidentemente el nuevo modelo tarifario encarece el margen de utilidades de los distribuidores y agencias al detalle, toda vez que resulta evidente que con el nuevo margen se dará una disminución en las utilidades por el suministro de GLP al consumidor final, lo que significará, eventualmente, la disminución o desaparición de los denominados distribuidores, a quienes no le será atractivo realizar dicha actividad, lo que podría traer como consecuencia un posible desabastecimiento de GLP en todo el país, por la carencia de canales de distribución. Consideran que el margen de utilidad propuesto es irracional de conformidad con los crecientes aumentos y variaciones en el precio del petróleo, por lo que los distribuidores abandonarán la actividad en poco tiempo, la venta o distribución directa al público dejaría de ser atractiva, por lo que el consumidor se verá afectado al tener que desplazarse a ciertos puntos de distribución, eso perjudicará la continuidad y calidad del servicio público a brindar, lo que representa una violación al artículo 4.d) de la Ley 7593. (2) Que sobre la violación de los principios de equilibrio financiero y servicio al costo, indica que el modelo tarifario aprobado en el acto recurrido, es deficiente y encarece la actividad de distribución de GLP, lo que tendrá como resultado el cierre de rutas y puntos de ventas. // La imposición de ese nuevo modelo evidencia la infracción a los artículos 3-b) y 31 de la Ley 7593, a los dictámenes vinculantes de la Procuraduría General de la República que adelante se dirán, así como la

jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Constitucional sobre el derecho al equilibrio financiero (sentencia 1016-F-2004 de las 9:30 horas del 26/11/2004 Sala Primera; sentencias constitucionales N° 1801-90, 3495-92, 3550-92, 3410-92, 7261-94, 0031-95, 6941-96, 6432-98, 998-98 y 5916-2001). // Los principios de servicio al costo y equilibrio financiero, deberían permitirle a la Autoridad Reguladora establecer cuál debe ser el precio competitivo en el mercado, en una situación de equilibrio entre oferta y demanda. Los distribuidores miembro de ADIGAPA tienen derecho a operar cubriendo cuando menos sus costos operativos, por ello es necesaria la implementación de un modelo diferente que imponga una utilidad razonable, que permita una debida retribución a favor del distribuidor y le permita mantener y mejorar la calidad y cobertura del servicio (art. 3-b Ley 7593). // Con respeto consideran que la Autoridad Reguladora por imperio legal tiene la obligación de proceder a determinar los costos reales para efectos de una fijación tarifaria y la utilidad competitiva. De acuerdo con la Procuraduría General de la República, el equilibrio financiero del prestador del servicio "debe ser siempre protegido". (OJ-103-2001), por lo que no es viable y, resultaría ilegal, reducir las tarifas y los márgenes sin que exista, de manera comprobada, una disminución de los costos operativos (OJ-17-2000). // Nunca la Autoridad Reguladora ha investigado de forma correcta y tomando en consideración el tamaño, perfil, y conformación de cada uno de los agentes económicos que participan del mercado del GLP, cuáles son los costos, los gastos y las inversiones actuales de los distribuidores. // Evidentemente, esa entidad nunca ha conocido o pretendido conocer, de forma correcta, el mercado impedida por lo tanto para conocer cuál debería ser el margen de utilidad, omitiendo calcular el precio competitivo de mercado para ese año, violentando así el principio de servicio al costo en perjuicio del distribuidor, aparentemente con el fin de favorecer de manera indebida al consumidor. // El nuevo modelo aprobado no permite determinar una ganancia real a favor del distribuidor que le permita cubrir al costo los gastos, lo cual producirá pérdidas un encarecimiento de la actividad. // Caso hipotético comparativo de los dos modelos de cálculo del margen de distribución del GLP. Aporta dos cuadros. (3) Que sobre la violación de las reglas de la técnica, por motivos del uso del índice de Precios al Consumidor, manifiesta que el índice de Precios al Consumidor, para formar parte del modelo tarifario (fórmula económica), no es el indicador idóneo para calcular el incremento real en los costos de los distribuidores de GLP, ya que su inserción en el nuevo modelo violenta los artículos 16 y 160 de la L. G. A. P. // A su vez, debe de tomar nota la Autoridad Reguladora que los precios que componen la canasta de consumo del IPC (según www.inec.go.cr) no guardan relación alguna con los costos de distribución del GLP. (4) Que sobre la ilegalidad de la metodología para el nuevo modelo tarifario, apunta que la metodología implementada por la Autoridad Reguladora no es la aprobada por ley para proceder con la imposición de una nueva fijación tarifaria, siendo que ese nuevo modelo violenta lo estipulado en el artículo 31 de la Ley 7593 y sus reformas, por las razones siguientes: a) No fomenta la creación de nuevas pequeñas y medianas empresas o el crecimiento de las actuales, sino que más bien las perjudica fijándoles un precio ruinoso, b) Se desconoce la actividad que se pretende regular, ya que, agrupa en una sola categoría a todos los distribuidores, sub-distribuidores, agencias y centros de servicio a domicilio los cuales se encuentran en niveles distintos de la cadena de comercialización y presentan cada uno, características propias y estructuras de costos distintas. No es aceptable indicar que la Autoridad Reguladora únicamente ha reconocido la existencia de dos eslabones dentro de la cadena de comercialización cuando evidentemente existen otras figuras que deben de ser valoradas, c) El nuevo modelo impuesto, no inicia a partir de un análisis profundo de una estructura productiva modelo para cada tipo de distribuidor o agencia, por lo que evidentemente omite considerar los costos operativos reales y actuales de los distribuidores de GLP. d)

Desconoce la existencia de empresas distribuidoras de diversos tamaños, cuyos costos operativos son diferentes a otras empresas de mayor tamaño. // Por todo lo anteriormente indicado el modelo impuesto violenta el artículo 31 de la Ley 7593. (5) Que sobre la violación al principio de igualdad, señala que el modelo impuesto no se apega en lo mínimo a los requisitos que la Autoridad Reguladora ha venido pidiendo a los operadores para justificar sus peticiones tarifarias, por cuanto no incluye estudios de mercado, estudios de costos y gastos de operación reales y proyectados, costos y beneficios ajenos a la actividad, activos fijos netos al costo y reevaluados; no toma en cuenta las inversiones programadas, servicio de la deuda, análisis económico-financiero con las tarifas vigentes y con las propuestas, etc. Por ello, el modelo impuesto debe ser declarado inadmisibles, bajo los mismos criterios con los que mide y le exige a los operadores de servicios públicos el solicitar aumento tarifarios. // Incumple la Autoridad Reguladora con lo dispuesto en la RRG-6570-2007 de las 15:00 horas del 9 de mayo de 2007, en torno a los requisitos mínimos de las propuestas tarifarias, siendo eso una evidente violación de las normas emanadas de la misma Autoridad Reguladora y del principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), por establecer criterios distintos para el mismo caso. (6) Que afirma que la Autoridad Reguladora desconoce la conformación del mercado y de los agentes económicos que actúan en él, así como los modelos de distribución. Respetuosamente consideran que la Autoridad Reguladora no ha estudiado el mercado, especialmente los distintos modelos de distribución, ni los subniveles de la cadena de comercialización, como por ejemplo las agencias que no se dedican exclusivamente a vender GLP (abastecedores, supermercados, pulperías, etc.), las agencias que se dedican exclusivamente a vender GLP (centros express), los distribuidores con bodegas, locales y vehículos propios dedicados exclusivamente a la comercialización de GLP, en una o varias zonas del país y los distribuidores más pequeños y subdistribuidores. // En vista de que las agencias y los distribuidores no conforman una sola categoría uniforme, deben estudiarse sus costos en forma individualizada (art. 31 y 35 de la Ley 7593). // Sin dejar de tomar en consideración que según un estudio del BID, a través de su funcionario Diego Petrocola, concluye la existencia de un oligopolio conformado por Gas Nacional Zeta S. A., y Tropigás de Costa Rica S. A., quienes participan del mismo proceso productivo y comparten rutas y logística de distribución. El nuevo modelo parece atacar la indebida forma de comercialización de ambas empresas que conforman la Cámara de Distribuidores de Gas, que no poseen distribuidores porque participan en toda la cadena de distribución, obteniendo ganancias o márgenes para cada una de esas etapas. Por lo anterior sus costos operativos pueden ser menores, más para los distribuidores independiente no lo son. (7) Que asegura que no existen estudios técnicos que respalden la implementación del nuevo modelo, pues consideran respetuosamente que se fundamenta en meras presunciones y no en estudios técnicos que realmente sustenten el nuevo modelo, porque: a) El informe del Lic. Diego Petrocola del BID, adjunto al expediente, evidencia la existencia del oligopolio señalado y el mismo es omiso en indicar cuáles y a cuánto ascienden los costos, los gastos y las inversiones de los distribuidores de GLP en el 2008, ni cuánto debe ser su margen de ganancia. Por lo que no es documento idóneo a efectos de fundamentar la imposición del nuevo modelo, b) No se justifica la presunción de que el modelo actual provee un margen que está siendo usado para reinvertir en el servicio público, pues el hecho de que las empresas mayoritarias en el país no lo hagan, no puede ser imputado a los distribuidores, c) Carece el nuevo modelo de estudios de mercado, que den a conocer de manera correcta la real estructura de costos de una empresa modelo. No se toma en consideración los activos necesarios para realizar la actividad. No se analiza la contabilidad de las empresas con base en las tarifas actuales y las tarifas propuestas, etc., d) No hay un solo estudio de la Autoridad Reguladora que determine cuánto debe ser

el margen absoluto y la utilidad razonable, con base en las necesidades reales actuales de los distribuidores, e) La Autoridad Reguladora alega que no cuenta con información disponible sobre la industria del GLP, ese no es un argumento válido porque la Autoridad Reguladora está dotada de medios suficientes para recabar la información necesaria para hacer fijaciones tarifarias correctas. Así lo ha establecido la propia asesoría legal de Autoridad Reguladora en otras ocasiones, (Ver oficios 978-DJU-2006/11059 del 22 de noviembre del 2006 y 045-DJU-2007 del 13 de febrero de 2007 en el ET-164-2006) y la Procuraduría General de la República en los dictámenes C-190-96 y C-196-99, con base en los artículos 5, 6, 24 y 33 de la Ley 7593. // Por todo lo anteriormente indicado es evidente que la Autoridad Reguladora violenta, al imponer el nuevo modelo, los artículos 35 de la Ley 7593 y 133 de la L.G.A.P. Por falta de motivación técnica suficiente, ese acto no es un acto discrecional, sino uno reglado, por lo que la Autoridad Reguladora debe respetar el ordenamiento jurídico a efectos de imponer un nuevo modelo. (8) Que sobre el desconocimiento de los nuevos costos operativos de los distribuidores. Afirma que la Autoridad Reguladora evidentemente desconoce que los costos no se han reducido, sino al contrario, se han incrementado en los últimos años, no solo por el aumento de los combustibles y materias primas sino también por razones básicas, de sentido común y evidentes, que no pueden ser consideradas subjetividades, como son: a) La existencia del RTCA-23.01.24:06 (Reglamento Técnico Centroamericano sobre vehículos terrestres de reparto), publicado mediante Decreto 33428-COMEX-MINAE-MEIC, en La Gaceta 225 del 23/11/2006, en el cual se establecen nuevos requisitos y estándares de seguridad para los vehículos repartidores que conllevan nuevos costos operativos y b) Los seguros automotrices, pólizas del INS y otros nuevos requisitos a implementar, en caso de aprobarse el nuevo decreto para regular la actividad de los comercialización de GLP. (9) Pretensión: Conferir prórroga para presentar prueba documental sobre estudios económicos de ingresos, costos y otros de varios miembros de ADIGAPA, que tomarán en consideración el último período fiscal. Declarar con lugar el recurso de revocatoria, en caso contrario elevar al superior, reservándose el derecho de acudir a la vía contenciosa administrativa o constitucional.

- III. La Dirección de Servicios de Energía por oficios 830-DEN-2008/8799 del 14 de noviembre de 2008 y 920-DEN-2008/9652 del 10 de diciembre de 2008, analizó los aspectos técnicos de la impugnación y recomendó que fuera rechazada (folios 432 y 433 y del 435 al 437).
- IV. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 137-DAJ-2009/1261 del 17 de febrero de 2009, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fueran rechazados por el fondo (folio 438 al 459).
- V. El Regulador General en la RRG-9547-2009 de las 8:40 horas del 2 de marzo de 2009, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por la Asociación Nacional de Distribuidores Independientes de Gas Propano y Afines (ADIGAPA), contra la RRG-8794-2008 de las 10:30 horas del 2 de setiembre de 2008, publicada en La Gaceta 197 del 13 de octubre de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que cuenta con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 460 al 486). Fue notificada a ADIGAPA por fax transmitido el 10 de marzo de 2009 (folio 487).
- VI. No consta en autos que la recurrente haya dado respuesta al emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.

- VII. La Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 207-DAJ-2009/1947 del 17 de marzo de 2009 con fundamento en el artículo 349 de la LGAP eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio (folios 488 y 489).
- VIII. La Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 112-AJD-2009/3432 del 21 de mayo de 2009, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Asociación Nacional de Distribuidores Independientes de Gas Propano y Afines (ADIGAPA), contra la RRG-8794-2008 de las 10:30 horas del 2 de setiembre de 2008, publicada en La Gaceta 197 del 13 de octubre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- IX. La Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.
- X. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Del Oficio 112-AJD-2009, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

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 Henry Hernández Alfaro, apoderado generalísimo sin límite de suma de la Asociación Nacional de Distribuidores Independientes de Gas Propano y Afines (ADIGAPA), según consta en autos, la que es opositora a la petición de tarifas y destinataria de los efectos del acto, al ser distribuidora del gas licuado de petróleo. 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-8794-2008, fue publicada en La Gaceta 197 del 13 de octubre de 2008 (folio 357 al 364), que fue notificada a la ADIGAPA por correo certificado RR002230488CR entregado en la oficina postal el 15 de octubre de 2008 (folio 418). Sin embargo, fue devuelta el 4 de noviembre de 2008 por Correos de Costa Rica por tener una dirección insuficiente (folio 430) y que el recurso fue presentado el 16 de octubre de 2008 (folio 365 al 379).

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., se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

Análisis jurídico de los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación: Se informa que lo argumentado es de naturaleza técnica, no jurídica, por lo cual esta asesoría no emitirá criterio. No obstante, los aspectos jurídicos que contienen tales argumentos se analizan en los términos siguientes:

En el **cuarto argumento** apunta la recurrente que es ilegal la metodología para el nuevo modelo tarifario, porque no es la aprobada por ley y por lo cual se violenta lo estipulado en el artículo 31 de la Ley 7593 y sus reformas.

Sobre el particular cabe aclarar que la Ley 7593 y sus reformas no establecen ninguna metodología o modelo en particular, sólo señala que las que cree el ente regulador deben sustentarse en el principio de servicio al costo. Por tal motivo lo alegado carece de sustento jurídico y debe ser rechazado.

En el **quinto argumento** expresa la recurrente que se quebranta el principio de igualdad, porque el modelo impuesto incumple con lo dispuesto en la RRG-6570-2007 de las 15:00 horas del 9 de mayo de 2007, en torno a los requisitos mínimos de las propuestas tarifarias.

Al respecto es necesario aclarar que la RRG-6570-2007 es aplicable únicamente a los operadores de los servicios públicos regulados cuando ejercen su derecho a pedir tarifas, no a las actuaciones de oficio de la Autoridad Reguladora. Por lo cual resulta improcedente lo alegado.

En razón de lo anterior, lo argumentado carece de sustento jurídico por lo cual se recomienda que se rechace por el fondo la impugnación.

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.

- II. En sesión 059-2009, del 31 de agosto de 2009, cuya acta fue ratificada el 7 de setiembre en curso; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 112-AJD-2009 de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Asociación Nacional de Distribuidores Independientes de Gas Propano y Afines (ADIGAPA), contra la RRG-8794-2008 de las 10:30 horas del 2 de setiembre de 2008, publicada en La Gaceta 197 del 13 de octubre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Asociación Nacional de Distribuidores Independientes de Gas Propano y Afines (ADIGAPA), contra la RRG-8794-2008 de las 10:30 horas del 2 de setiembre de 2008, publicada en La Gaceta 197 del 13 de octubre de 2008, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

31 DE AGOSTO DE 2009

SESIÓN ORDINARIA 059-2009

POR TANTO:

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Asociación Nacional de Distribuidores Independientes de Gas Propano y Afines (ADIGAPA), contra la RRG-8794-2008 de las 10:30 horas del 2 de setiembre de 2008, publicada en La Gaceta 197 del 13 de octubre de 2008, dictada por el Regulador.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.

CONCLUYE LA SESIÓN A LAS DIEZ HORAS Y CUARENTA Y CINCO MINUTOS.

SRA. PAMELA SITTENFELD HERNÁNDEZ
VICEPRESIDENTA JUNTA DIRECTIVA

SR. LUIS A. CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO JUNTA DIRECTIVA