

SESIÓN ORDINARIA

N.º 52-2016

6 de octubre de 2016

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA N.º 52-2016

Acta de la sesión ordinaria número cincuenta y dos, dos mil dieciséis, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el jueves seis de octubre de dos mil dieciséis, a partir de las doce horas con veintisiete minutos. Asisten los siguientes miembros: Roberto Jiménez Gómez, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Adriana Garrido Quesada y Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Grettel López Castro, Reguladora General Adjunta; Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna; Robert Thomas Harvey, Asesor del Despacho del Regulador General; Herley Sánchez Víquez, Asesora del Despacho del Regulador General y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Constancia de inasistencia.

Se deja constancia de que el señor Pablo Sauma Fiatt no participa en esta oportunidad, por cuanto tuvo que atender asuntos de índole particular.

ARTÍCULO 2. Aprobación del Orden del Día.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura al Orden del Día de esta sesión y plantea conocer el punto 3 que corresponde al tema "Asuntos varios de los Miembros de Junta Directiva", una vez finalizado el primer punto resolutivo. Lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 01-52-2016

Aprobar el Orden del Día de esta sesión, el cual a la letra dice:

1. *Aprobación del Orden del Día.*
2. *Aprobación del acta de la sesión 51-2016.*
3. *Asuntos resolutivos.*
 - 3.1 *Propuesta de respuesta al oficio DE-2016-2283 del 8 de agosto de 2016, suscrito por el señor Mario Zárate Sánchez, Director Ejecutivo del Consejo de Transporte Público. Oficios 872-RG-2016 del 4 de octubre de 2016 y 723-DGAJR-2016 y 1368-IT-2016, del 18 y 31 de agosto de 2016, respectivamente.*
 - 3.2 *Recurso de reposición, gestión de nulidad absoluta y solicitud de suspensión de los efectos del acto administrativo, interpuestos por Corporación Nacional de Transportes CONATRA S.A. Autobuses Unidos de Coronado S.A., Compañía Carbachez e Hijos E.I.R.L.; contra la resolución RJD-035-2015. Expediente OT-230-2015. Oficio 461-DGAJR-2016 del 31 de mayo de 2016.*
 - 3.3 *Medida cautelar de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, Cámara de Transportistas de San José, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de*

Guanacaste, Servicios de Transportes Heba de Guápiles S.A. y Autotransportes Sabana Cementerio S.A. Expediente OT-230-2015. Oficio 530-DGAJR-2016 del 22 de junio de 2016.

4. *Asuntos varios de los Miembros de Junta Directiva.*
5. *Asuntos informativos.*

Comentario del señor Leonel Fonseca Cubillo al reportaje publicado en el Financiero N° 1094, sobre la "Sutel verá calidad solo con los operadores, pero no se incluyen a los usuarios". Correo electrónico del 19 de setiembre de 2016.

ARTÍCULO 3. Aprobación del acta de la sesión 51-2016.

Los miembros de la Junta Directiva conocen el borrador del acta de la sesión ordinaria 51-2016, celebrada el 26 de setiembre de 2016.

La señora **Grettel López Castro** indica que remitió las observaciones e informa que realizó algunos ajustes para complementar sus intervenciones para una mayor claridad.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, con los votos de los señores (as): Jiménez Gómez, Gutiérrez López, Garrido Quesada y Muñoz Tuk:

ACUERDO 02-52-2016

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 51-2016, celebrada el 26 de setiembre de 2016, cuyo borrador se distribuyó con anterioridad entre los miembros de la Junta Directiva para su revisión.

ARTÍCULO 4. Propuesta de respuesta al oficio DE-2016-2283, del Consejo de Transporte Público.

A las doce horas con cuarenta minutos ingresan al salón de sesiones, los señores Paolo Varela Brenes, Eddy Víquez Murillo y Gilberth Retana Chavez, funcionarios de la Intendencia de Transporte, así como la señora Carol Solano Durán, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y el señor Daniel Fernández Sánchez, funcionario de esa Dirección General. Asimismo, participa el señor Edward Araya Rodríguez, Asesor del Despacho del Regulador General, a participar en la discusión del tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce los oficios 872-RG-2016 del 4 de octubre de 2016, 723-DGAJR-2016 y 1368-IT-2016, del 18 y 31 de agosto de 2016, respectivamente, mediante los cuales la Intendencia de Transporte y la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, presentan una propuesta de respuesta al oficio DE-2016-2283, suscrito por el señor Mario Zárate Sánchez, Director Ejecutivo del Consejo de Transporte Público (CTP).

El señor **Roberto Jiménez Gómez** explica que para esta presentación, le solicitó al señor Enrique Muñoz Aguilar estar presente; lo cual no fue posible, en vista de que se encuentra fuera del país disfrutando de sus vacaciones; razón por la cual, están presentes los señores Varela Brenes, Víquez Murillo y Retana Chavez, funcionarios de la Intendencia de Transporte.

El señor **Paolo Varela Brenes** se refiere a los aspectos contenidos en el oficio suscrito por el CTP, mediante el cual hace una serie de aseveraciones que contienen inconsistencias técnicas respecto de los siguientes temas: i) modelo tarifario, ii) refrendo de contratos de concesión, iii) proyecto de modernización del transporte público y sectorización, iv) uso de herramienta de verificación, v) solicitud de documentos del CTP y vi) información de peritos técnicos.

Por otra parte, la señora **Carol Solano Durán** se refiere a la propuesta de oficio que cabría considerar, para dar respuesta al Consejo de Transporte Público.

Seguidamente se suscita un intercambio de impresiones entre los miembros de la Junta Directiva, en torno a la propuesta en comentario, dentro de las cuales se formulan una serie de sugerencias y comentarios, por lo que se plantea continuar con el asunto, en una próxima sesión, en el entendido de que la Intendencia de Transporte incorpore los cambios sugeridos y se ajuste la propuesta para los fines pertinentes.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Intendencia de Transporte, conforme al oficio 1368-IT-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 03-52-2016

Instruir a la Intendencia de Transporte para que incorpore a la propuesta de respuesta al oficio DE-2016-2283, suscrito por el señor Mario Zárate Sánchez, Director Ejecutivo del Consejo de Transporte Público, las sugerencias formuladas por los miembros de la Junta Directiva en esta oportunidad, en el entendido de que dicha propuesta sea agendada en una próxima sesión.

A las catorce horas con diez minutos, se retiran del salón de sesiones, los señores (a) Paolo Varela Brenes, Eddy Viquez Murillo, Gilberth Retana Chavez, Carol Solano Durán, Daniel Fernández Sánchez, Edward Araya Rodríguez.

ARTÍCULO 5. Asuntos varios de los Miembros de Junta Directiva.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** informa que el viernes 7 de octubre en curso, estará fuera del país, con motivo de su participación en la Reunión Presencial de la Junta de Comisionados de la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica.

Planteamiento de los directores Gutiérrez López y Garrido Quesada.

El señor **Edgar Gutiérrez López** informa que, junto a los directores Sauma Fiatt y Garrido Quesada, ausente en esta oportunidad, desean presentar una manifestación formal contenida en carta de fecha 6 de octubre de 2016, respecto del caso de la Modificación de las Metodologías de Fijación para Generadores Privados de Energía Eléctrica con Recursos Renovables, específicamente en lo que respecta a las acciones que deben tomar en vista de que los cuatro miembros de Junta Directiva que concurrieron con su voto a la aprobación de esa modificación de metodologías son objeto de una demanda por parte de las Empresas Eléctrica Matamoros e Hidroeléctrica Platanar contra la ARESEP.

Indica el director **Gutiérrez López** que, al analizar la situación legal de su participación en el tema y de acuerdo con lo recomendado por sus asesores legales, concluyeron que deben abstenerse de participar en

el conocimiento de cualquier asunto relacionado con la “Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley 7200) que fimen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el ICE”, en particular, de los resultados del estudio integral indicado en el acuerdo 06-27-2016, de la sesión 27-2016 celebrada el 12 de mayo de 2016, en el que se resolvió “Suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (...), hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología”; esto por las acciones que esta Junta Directiva debe tomar.

Del citado oficio del 6 de octubre, dirigido al señor Roberto Jiménez Gómez, se copia lo siguiente:

“Con el fin de que se le dé el trámite correspondiente, quienes suscribimos, Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt y Adriana Garrido Quesada en nuestra condición de integrantes de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP en lo sucesivo), con el respeto debido, nos permitimos manifestar lo siguiente:

- 1.- *La Ley Reguladora de la ARESEP establece en el artículo 56, un único motivo de impedimento para que los miembros de la Junta Directiva participen en la resolución de asuntos en los cuales ellos o sus parientes estén interesados de manera directa o a través de sociedades.*
- 2.- *La Ley General de Administración Pública, de aplicación supletoria en esta materia, remite de manera expresa en el numeral 230 a lo que al efecto disponga el Código Procesal Civil. En ese sentido, al referirse el Código de rito a la figura del juez, ha de entenderse para todos los efectos, como comprensiva del funcionario público.*
- 3.- *El artículo 79 del Código Procesal Civil, dispone que las causales de excusa, son las mismas de la recusación. Luego, los incisos 7) y 9) del artículo 53 del citado Código, contempla como causales de recusación y por ende de excusa (inhibitoria), la existencia de un proceso en el que se sostenga la opinión contraria a la parte con derecho a recusar, o bien, la existencia previa de un proceso entre las partes.*
- 4.- *La Sala Constitucional, en reiterados pronunciamientos, ha reconocido como un derecho humano fundamental la garantía de ser oído por un juez imparcial, quien a su vez, se encuentra supeditado a lo dispuestos tanto en la Constitución Política como en los Tratados Internacionales vigentes, en particular, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8).*

Justifica lo anterior, en la consecución de una justicia objetiva, imparcial independiente y cristalina, propia de regímenes democráticos de derecho, por lo que el listado que suelen tener las distintas legislaciones para que un juez se separe de una causa, no puede ser excluyente o restrictivo, pues por encima de su literalidad, debe prevalecer la independencia de quien resuelve en sede administrativa o jurisdiccional.

Recientemente, en sentencia No. 2016-001211, de las 9 horas 5 minutos del 26 de enero del 2016, con apoyo en sus propios precedentes, y en lo que al caso interesa, rechazó la acción de inconstitucionalidad contra los numerales 53, 55 inciso 4) y 60 del Código Procesal Civil, siempre y cuando se interprete que “...las casuales de inhibitoria no son taxativas, por lo que debe conocer y resolver cuando se plantea alguna no expresamente prevista, debiendo valorarla según las circunstancias del caso concreto” por lo que deberá acogerse la causal, “cuando violente el derecho de las partes a un juez imparcial” El destacado es propio.

- 5.- *Esta Junta Directiva, en la resolución número RJD-17-2016, de las 15 horas de 8 de febrero del 2016, procedimiento administrativo número OT-082-2015, por mayoría, modificó tres metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables, una de las cuales se denomina "Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad".*
- 6.- *Las EMPRESA ELÉCTRICA MATAMOROS S.A E HIDROELÉCTRICA PLATANAR S.A. presentaron un proceso contencioso administrativo al que se le asignó el número 16-001774-1027-CA, contra la ARESEP y los directivos que concurrimos con nuestro voto a la aprobación de esa metodología. En esencia, solicitan la nulidad de la resolución RJD-17-2016 y una indemnización solidaria por concepto de daños y perjuicios.*
- 7.- *Antes de que se nos notificara la demanda, la Junta Directiva de ARESEP, adoptó el acuerdo 06-27-2016, en el que dispuso suspender la aplicación de las citadas metodologías "...hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología". A la fecha no se ha presentado ese estudio, pero es claro que su conocimiento obligará a que esta Junta Directiva tome la decisión de mantener la resolución RJD-17-2016, modificarla, revocarla o si es del caso anularla.*

Conclusión.

Es claro que las citadas empresas y los suscritos, mantenemos un proceso judicial en el que sostenemos criterios distintos., lo que en principio configura las causales de recusación previstas en los incisos 7) y 9) del artículo 53 del Código Procesal Civil, que a su vez, son motivo de excusa en los términos del numeral 79 Ibídem.

*Lo anterior, en tesis de principio, nos obligaría a excusarnos del conocimiento de este asunto. No obstante, ha de considerarse que más allá de sostener tesis distintas o de enfrentar un proceso previo, en este caso la demanda versa sobre la nulidad de un acto, del que se deriva una pretensión indemnizatoria. Es decir, **el acto que aprobamos es el objeto del proceso y ese acto, deberá ser nuevamente conocido por esta Junta Directiva, lo que nos convierte en una especie de juez y parte, al tener que decidir sobre la vigencia o no de un acto cuya legalidad, está siendo cuestionada en un proceso judicial en el que somos demandados.***

Esta particularidad sin duda, compromete nuestra imparcialidad y con ello, el derecho que asiste a las empresas actoras de que sus asuntos sean resueltos por un juez imparcial, en los términos en que lo establece la Sala Constitucional, cuyos fallos son vinculantes.

*Por esa razón y con el fin de evitar nulidades futuras (artículo 236 de la LGAP), que generan responsabilidad, a partir de este momento, nos **inhibimos** de conocer cualquier asunto relacionado con la "Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad".*

Solicitamos de manera expresa que esta gestión conste textualmente en el acta respectiva.

Rogamos proceder de conformidad".

El señor **Roberto Jiménez Gómez** externa su preocupación ante la situación manifestada por el director Gutiérrez López, toda vez que este tipo de demandas personales, anula la institucionalidad regulatoria a través de la judicialización.

La señora **Adriana Garrido Quesada** indica que tiene entendido que el Presidente de la República es quien debe resolver sobre la inhibición; puede aceptarla o rechazarla, según llegue a considerar si hay o no causales para ello; parece que hay margen para valorar la situación; la preocupación que tienen es proteger la validez de los acuerdos por tomar.

Analizado el tema, la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 04-52-2016

Dar por recibida la carta del 6 de octubre del 2016, suscrita por los directores Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt y Adriana Garrido Quesada, relacionada con la inhibición de conocer cualquier asunto relacionado con la “Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad”.

En cuanto a temas planteados por la directora Adriana Garrido Quesada.

La señora **Adriana Garrido Quesada** se refiere a la importancia de ir formalizando los proyectos de la Institución que se hacen con recursos humanos internos, por lo cual no aparecen en el Plan Operativo Institucional.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** ante lo manifestado por la directora Garrido Quesada, indica que planeará una sesión de trabajo con la Dirección General de Estrategia y Evaluación, y tomará en consideración las observaciones externadas por las directoras Muñoz Tuk y Garrido Quesada, en una sesión anterior, en el sentido de no solo estudiar los requerimientos, sino un análisis profundo de los anteproyectos, para que en el momento que se haga el proyecto, estén muy claros los objetivos, alcances, entre otros.

La señora **Adriana Garrido Quesada** agrega que se debe elaborar una lista de esos proyectos, con su correspondiente perfil, ya que no están incluidos en el Plan Operativo Institucional, pero también los hay claves para la Institución.

Ante lo externado por la directora Garrido Quesada, el señor **Roberto Jiménez Gómez** está de acuerdo en dicho planteamiento. Lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 05-52-2016

Solicitar a la Administración que coordine, para una próxima oportunidad, una reunión de trabajo con la Dirección General de Estrategia y Evaluación, en la cual se analice el perfil de los proyectos y actividades que no están incluidos en el Plan Operativo Institucional (POI) y que se desarrollan con recursos propios.

ARTÍCULO 6. Asuntos pospuestos.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** propone posponer para una próxima sesión, el conocimiento de los asuntos indicados en la agenda como puntos 3.2 y 3.3. Somete a votación el planteamiento y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 06-52-2016

Posponer, para una próxima sesión, el conocimiento de los puntos 3.2 y 3.3 de la agenda, los cuales a continuación se detallan:

- a. Recurso de reposición, gestión de nulidad absoluta y solicitud de suspensión de los efectos del acto administrativo, interpuestos por Corporación Nacional de Transportes CONATRA S.A. Autobuses Unidos de Coronado S.A., Compañía Carbachez e Hijos E.I.R.L.; contra la resolución RJD-035-2015. Expediente OT-230-2015. Oficio 461-DGAJR-2016 del 31 de mayo de 2016.
- b. Medida cautelar de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, Cámara de Transportistas de San José, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, Servicios de Transportes Heba de Guápiles S.A. y Autotransportes Sabana Cementerio S.A. Expediente OT-230-2015. Oficio 530-DGAJR-2016 del 22 de junio de 2016.

ARTÍCULO 7. Asuntos informativos

Seguidamente se da por recibido el tema indicado en la agenda como asunto de carácter informativo, un comentario del señor Leonel Fonseca Cubillo, al reportaje publicado en el Financiero N° 1094, sobre la "Sutel verá calidad solo con los operadores, pero no se incluyen a los usuarios". Correo electrónico del 19 de setiembre de 2016.

A las catorce horas con treinta y seis minutos finaliza la sesión.

ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ
Presidente de la Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva