

SESIÓN ORDINARIA

N°69-2018

27 de noviembre de 2018

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA N°69-2018

Acta de la sesión ordinaria número sesenta y nueve, dos mil dieciocho, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el martes veintisiete de noviembre de dos mil dieciocho, a partir de las ocho horas, en las oficinas de la Aresep situadas en Guachipelín de Escazú. Asisten los siguientes miembros: Roberto Jiménez Gómez, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt y Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Xinia Herrera Durán, reguladora general adjunta; Anayansie Herrera Araya, auditora interna, Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva; Carol Solano Durán, directora general de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; Herley Sánchez Víquez, asesora del Despacho del Regulador General, y Alfredo Cordero Chinchilla, secretario de la Junta Directiva.

CAPÍTULO I. CONSTANCIA.

ARTÍCULO 1. Constancia del Regulador General.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** manifiesta lo siguiente:

*“Conforme al artículo 46 de la Ley N° 7593, y los artículos 3 y 6 del Reglamento de Sesiones de la Junta Directiva, el Regulador General, **integra**, **preside** y **dirige** las sesiones de Junta Directiva.*

Asimismo, el artículo 2 inciso 3), del Reglamento de Sesiones de la Junta Directiva, establece que el presidente de la Junta Directiva podrá invitar o convocar a los funcionarios de la Institución que sean debidamente convocados por el presidente.

En ese entendido, el artículo 13 del RIOF, establece entre las funciones asignadas a la DGAJR, que es “responsable de brindar asesoría jurídica y regulatoria a la Junta Directiva y al Regulador General”.

A partir de lo anterior, y con base en la resolución RRG-591-2017 (que trasladó al asesor Robert Thomas Harvey a la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación, con motivo de su parentesco en segundo grado de afinidad, con la Reguladora General Adjunta), y el acuerdo de esta Junta Directiva -04-06-2018-, mi persona se hace asesorar, por la señora Carol Solano Durán, en su condición de directora general de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, con el fin de evitar cualquier conflicto de intereses que se presente.

Esto de forma temporal mientras se cuente con el asesor/a tal y como se acordó”.

CAPÍTULO II. LECTURA Y APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA.

ARTÍCULO 2. Lectura y aprobación del Orden del Día de la sesión ordinaria 69-2018.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura al Orden del Día de la sesión ordinaria 69-2018.

Lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes:

ACUERDO 01-69-2018

Aprobar el Orden del Día de la sesión ordinaria 69-2018.

El Orden del Día a la letra dice:

1. *Aprobación del Orden del Día.*
2. *Aprobación del acta de la sesión 68-2018, celebrada el 20 de noviembre de 2018.*
3. *Asuntos de los miembros de la Junta Directiva.*
4. *Asuntos resolutivos.*
 - 4.1 *Solicitud de aprobación para la participación del señor Gilbert Camacho Mora, Miembro del Consejo de la Sutel, para representar a esa Superintendencia en la Cumbre BEREC-REGULATEL, en la cual será panelista en la cuarta sesión de la Cumbre, dedicada al tema: "Hacia un entorno de regulación colaborativa entre las regiones europea y latinoamericana frente al cambio digital", a celebrarse el 19 y 20 de noviembre del 2018, en la ciudad de Lima, Perú. Oficio 09470-SUTEL-SCS-2018 del 13 de noviembre del 2018.*
 - 4.2 *Solicitud de aprobación de vacaciones planteada por el señor Gilbert Camacho Mora, Miembro Propietario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, para el 7 de diciembre del 2018. Oficio 09572-SUTEL-SCS-2018 del 19 de noviembre del 2018*
 - 4.3 *Solicitud de aprobación de vacaciones planteada por el señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, Miembro Titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, para disfrutar los días 20 de noviembre y 3, 6, 7, 10, 13, 14, 17, 20 y 21 de diciembre de 2018. Oficio 09614-SUTEL-SCS-2018 del 19 de noviembre de 2018.*

- 4.4 *Propuesta de respuesta a la solicitud presentada por el señor Rubén Vargas Campos, representante de la Organización Social denominada Unión de Taxistas Costarricenses (U.T.C). Referencia: GD-67081-2018.*
- 4.5 *Propuesta de respuesta al oficio DM-2018-4875, del 12 de noviembre de 2018, en torno al acuerdo de la Comisión de coordinación MOPT-CTP-ARESEP, para el refrendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, 2014-2021. Oficios OF-1470-DGAJR-2018 del 21 de noviembre de 2018 y OF-1040-RG-2018 del 21 de noviembre de 2018.*
- 4.6 *Propuesta de “Metodología tarifaria ordinaria y extraordinaria para fijar el margen de comercialización a las estaciones de servicio terrestres, con punto fijo de venta, que expenden combustibles derivados de los hidrocarburos”. Expediente OT-061-2016. Oficios 220-CDR-2017 y 221-CDR-2017, ambos del 7 de agosto de 2017, 966-DGAJR-2017 del 13 de noviembre de 2017, OF-0896-RG-2018 del 4 de octubre de 2018, DVME-050-2018 del 31 de octubre de 2018, OF-1497-IE-2018 del 2 de noviembre de 2018, OF-0543-CDR-2018 del 8 de noviembre de 2018 y OF-1038-RG-2018 del 21 de noviembre de 2018.*
- 4.7 *Propuesta del Reglamento del Régimen de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad (RAUSUS). Oficios 07434-SUTEL-SCS-2018 del 10 de setiembre de 2018, OF-1296-DGAJR-2018 del 18 de octubre de 2018 y 09465-SUTEL-SCS-2018 del 13 de noviembre de 2018.*
- 4.8 *Informe presentado por la Dirección General de Atención al Usuario, sobre diversos aspectos relacionados con la mejora regulatoria institucional, función de esa Dirección. Oficio OF-4938-DGAU-2018 del 2 de noviembre de 2018.*

- 4.9 *Informe de precisión de los antecedentes 6, 7, 10, 21, 26 y 27 del oficio 376-DGAJR-2018 del 10 de abril de 2018, emitido por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, respecto de los recursos de reposición interpuestos por el Consejero del Usuario, Geiner Gamboa Piedra -c.c. Heiner Gamboa Piedra- y Melvin Solís Blanco, contra las resoluciones RJD-219-2017 y RJD-220-2017. Expediente CE-006-2016. Oficio OF-0960-DGAJR-2018 del 13 de agosto de 2018. (Cumplimiento del 09-45-2018 de la sesión extraordinaria N. ° 45-2018, celebrada el 26 de julio de 2018).*
- 4.10 *Recursos de reposición interpuestos por el Consejero del Usuario, Geiner Gamboa Piedra -c.c. Heiner Gamboa Piedra- y Melvin Solís Blanco, contra las resoluciones RJD-219-2017 y RJD-220-2017 de la Junta Directiva. Expediente CE-006-2016. Oficio 376-DGAJR-2018 del 10 de abril de 2018.*
- 4.11 *Gestión de nulidad y queja interpuesto por Transportes San José Venecia a San Carlos S.A., contra el oficio OF-04863-DGAU-2018 (informe final). Expediente OT-007-2018. Oficio OF-1378-DGAJR-2018 del 6 de noviembre de 2018.*
5. *Asuntos informativos.*
- 5.1 *Denuncia presentada por la empresa Transportes Duarte de la Península S.A., contra la empresa Alfaro Ltda., sobre anomalías en la ruta 1501. Referencia GD-067138-2018. Área funcional: Dirección General de Atención al Usuario.*
- 5.2 *Atención al oficio OF-0992-RG-2018 del Regulador General, mediante el cual giró instrucciones a las áreas involucradas, para dar cumplimiento al acuerdo 06-65-2018. Oficio OF-1014-RG-2018 del 9 de noviembre de 2018.*

CAPÍTULO III. APROBACIÓN DE ACTAS.

ARTÍCULO 3. Aprobación de actas.

Los miembros de la Junta Directiva conocen la propuesta de acta de la sesión ordinaria 68-2018, celebrada el 20 de noviembre de 2018, la cual se distribuyó con anterioridad entre los miembros de la Junta Directiva, para su revisión.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que envió observaciones de forma; no obstante, se refiere a las observaciones que remitió el Regulador General.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** explica que hizo observaciones para mejor entender.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** señala que no está de acuerdo con algunas adiciones, las cuales precisa para realizar las correcciones atinentes. Por otra parte, expresa que no recuerda que el señor Jiménez Gómez haya dicho que iba a justificar su voto negativo posteriormente.

La señora **Anayansie Herrera Araya** externa que la señora Sonia Muñoz Tuk ha tomado tiempo para justificar su voto.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** consulta si en la misma sesión o después.

La señora **Anayansie Herrera Araya** indica que la señora Muñoz Tuk ha utilizado en ocasiones un tiempo posterior a la sesión para justificar sus votos negativos y los ha dado, incluso los miembros han insistido en conocer el voto durante la sesión, y ella ha hecho ejercicio de ese tiempo para justificarlo.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** externa que personalmente considera que se tiene que justificar el voto negativo en el momento; sin embargo, a partir de lo que se dice en ese momento, posteriormente se puede aclarar en forma.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** externa que ella es la que más ha redactado votos negativos, pero siempre lo dice en el momento, o utiliza la potestad de no justificarlo porque el artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública indica que el miembro del órgano colegiado podrá justificar el voto. En otras oportunidades, ha leído el razonamiento y lo remite al secretario en ese mismo momento, y no lo ha mandado después.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que sí lo ha mandado después y en varias ocasiones.

La señora **Anayansie Herrera Araya** indica que, incluso los directores Pablo Sauma Fiatt y Adriana Garrido Quesada, en muchas ocasiones le solicitaron a la señora Muñoz Tuk que justificara en el momento, precisamente para saber sus razones y ésta externaba que lo remitía después.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** externa que desea que el Secretario de la Junta Directiva se refiera al respecto y diga si ella lo ha enviado después o no.

El señor **Alfredo Cordero Chinchilla** indica que en otros momentos ha enviado el voto posteriormente para mejor entender; no ha sido así en todos los casos, ya que ha leído su voto en muchas ocasiones en la Junta Directiva, pero también lo ha enviado después.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** manifiesta que entonces se debe tener el procedimiento para el razonamiento del voto negativo, porque ella puede decir que vota negativamente y después en la siguiente sesión hace toda una explicación.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** externa que este acuerdo tal cual se aprobó fue una combinación de elementos que no habían recibido antes ningún miembro de la Junta Directiva, como generalmente algunos de ustedes solicitan que tiene que estar en tiempo suficiente; se hizo un análisis y se trajo una propuesta que fuera lo más aceptable para los miembros de la Junta Directiva que seguro ya lo tenían visto; pero el Regulador General nunca había visto la versión que el señor Sauma Fiatt planteó acá.

Reitera que es una combinación de elementos de su primera versión, y de otros elementos que consideró, por lo que como Regulador General y miembro de la Junta Directiva, en ese momento no conocía con anticipación lo que se sometió a Junta Directiva, hizo observaciones de carácter general a lo que había hecho antes y a lo que decían los informes, y en gran medida los aspectos generales, en forma más detallada y con nombres técnicos que en la tarde remitió al secretario de la Junta Directiva.

Aclara que ese aspecto fue planteado el mismo día, tal cual fue aprobado, había una versión anterior, había otras versiones y esa fue la que aprobaron los tres miembros de la Junta Directiva, a él lo dejaron en indefensión para poder replantear; por lo tanto, lo que hizo fue plantear de forma general y en la tarde remitió a la Secretaría para que se adjuntara su voto. Lo hizo y no ha faltado en nada, tuvo respeto para que tomaran la decisión pese a que el informe como propuesta no llegó en tiempo suficiente; imagina que la Junta Directiva puede tomar por mayoría esas decisiones, pero el Regulador General no conocía de esa propuesta y por tanto, sus argumentos no podían darse absolutamente de una sola vez de un documento que se estaba conociendo por primera vez y votando de una vez en la Junta Directiva; respetó la decisión y realizó las recomendaciones de carácter general y luego justificó su voto con base en la información que se presenta ahí.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** externa que está de acuerdo con que eso se mantenga así pero eso sí, se va a aclarar que cuando se toma un voto negativo se puede mandar el razonamiento en cualquier momento, se haya dicho o no en la sesión.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que difiere con la directora Muñoz en el sentido de que considera que se tienen que dar los razonamientos del voto negativo en el momento y después puede redactarlo.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** manifiesta que la auditora interna dijo que ella ha hecho uso de ese tiempo, por lo que solicita ponerse de acuerdo, si eso está bien así no hay ningún problema.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que, lo que él dice ahí, en gran medida lo dijo antes y lo argumentó, no tiene estudio técnico, favorece la endogamia, hay discriminación, no se consideran los informes técnicos, eso lo dijo el en otro momento y en la misma Junta Directiva.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** externa que cuando él ha votado negativo, primero indica el motivo por el cual va a votar negativo y posteriormente utiliza la misma justificación, todo queda en el acta.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** expresa que por el principio de transparencia y lealtad ¿qué ha dicho en el argumento de su voto negativo que no haya dicho en varias oportunidades cuando se conoció este tema? todo lo ha dicho, ha sido transparente y claro en decir lo que él cree, distinto es que alguien vote contrario y diga un argumento que nunca estuvo planteado y que nunca lo dijo en forma general o específica, eso si es extraño.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que en todo caso tiene una observación más al acta y una vez que se apruebe, quiere realizar un comentario a los argumentos del voto negativo del Regulador General.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** indica que el tema de la justificación de los votos negativos es algo que se tiene que conversar no en esta sesión, pero sí se tiene que aclarar el asunto y para ello podría modificarse el Reglamento de Sesiones de Junta Directiva, ya que es totalmente omiso, al igual que la Ley General de la Administración Pública, debido a que no establece en qué momento es que tiene que darse la justificación.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** somete a votación el acta y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes:

ACUERDO 02-69-2018

Aprobar con correcciones el acta de la sesión ordinaria 68-2018, celebrada el 20 de noviembre de 2018.

CAPÍTULO IV. ASUNTOS DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA.

ARTÍCULO 4. Asuntos de los miembros de la Junta Directiva.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** plantea una moción, en el sentido de solicitar al secretario de la Junta Directiva que, para la próxima sesión, remita por escrito al cuerpo colegiado, un informe acerca de la “*Contratación de servicios profesionales jurídicos especializados en Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo*”, así como de la contratación relacionada con la Orden de Compra 9023, para establecer las acciones de regreso solicitadas por la Contraloría General de la República, conforme al oficio DFOE-EC-0641/12902, remitido el 10 de setiembre de 2018, en el entendido de que debe consignarse en dicho informe, el avance de dicha contratación y el cumplimiento del cronograma establecido al efecto.

Analizado el planteamiento de la directora Muñoz, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

ACUERDO 03-69-2018

Solicitar al secretario de la Junta Directiva que, para la próxima sesión, remita por escrito al cuerpo colegiado un informe acerca de la “*Contratación de servicios profesionales jurídicos especializados en Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo*”, y Orden de Compra 9023, para establecer las acciones de regreso solicitadas por la Contraloría General de la República, conforme al oficio DFOE-EC-0641/12902, remitido el 10 de setiembre de 2018, en el entendido de que debe consignarse en dicho informe, el avance de dicha contratación y el cumplimiento del cronograma establecido al efecto. **ACUERDO FIRME.**

En otros aspectos, el señor **Pablo Sauma Fiatt** comenta que antes se les remitía a los miembros de la Junta Directiva, los boletines de prensa, incluso se les informaba sobre el ingreso de empleados nuevos. Por otra parte, indica que solicitó al Dirección de Recursos Humanos, un detalle de los requisitos de los asesores actuales y anteriores, para lo cual espera no tener problemas en obtener la información pronto.

Manifiesta además el director **Sauma Fiatt** que, a raíz de los comentarios a los aspectos destacados por el señor Roberto Jiménez Gómez, en su voto negativo del acuerdo 05-68-2018, del acta de la sesión 68-2018, ratificada en esta oportunidad, desea responder a cada uno de los argumentos de la siguiente forma:

1. “No tiene estudio técnico que sustente dichos requisitos.

Pablo Sauma: El comentario del Regulador General no precisa cuáles son los requisitos específicos a los que está haciendo referencia. Se podría sobreentender que es el requisito del acuerdo de Junta Directiva 03-46-2018 del 31 de

julio de 2018: “amplia experiencia profesional en labores sustantivas en los servicios regulados o la regulación en general.” Este requisito tiene dos partes: una “amplia experiencia” referida a un mayor número de años del que se pedía antes de la modificación aprobada por la Junta Directiva en la sesión 68-2018, y la “experiencia profesional en labores sustantivas en los servicios regulados o la regulación en general”.

En el caso de la ampliación en el número de años de experiencia, se tomó en cuenta lo indicado en el Informe IN-44-DRH-2018 elaborado por la Dirección de Recursos Humanos (DRH) a solicitud de esta Junta Directiva, en el sentido de que si bien el pequeño estudio realizado por la DRH sobre la experiencia solicitada en otras instituciones a puestos comparables con los indicados en el acuerdo 03-46-2018, reflejaba que, en general, las otras instituciones exigen más años de experiencia que la Aresep, aspecto relevante a considerar a futuro. También advertía que la modificación de los años de experiencia para unos Cargos dentro de una Clase (para unos sí y para otros no), generaba una especie de “desbalance”, por lo que la ampliación de los años de experiencia al final fue desechada en la propuesta aprobada.

En lo que se refiere a la experiencia profesional en labores sustantivas en los servicios regulados o la regulación en general, la justificación proviene de la flexibilización de los requisitos que deben cumplir los profesionales en algunos cargos o puestos del nivel gerencial, gracias a la “utilización de un criterio amplio en el análisis de la experiencia laboral” como se indica en la página 4 del Informe IN-01-DRH-2018, de fecha 10 de enero de 2018, y que en el caso del nombramiento de los Asesores 3 resultó en que, cito textualmente de la página 23: “4) La mayoría de los funcionarios nombrados en los puestos de asesores no cuentan con experiencia profesional relacionada directamente con la regulación que realiza ARESEP...”.

De esta forma, los Asesores 3 de los Intendentes de Transporte, Energía y Agua nombrados por el señor Regulador General, Roberto Jiménez Gómez, al momento de su contratación no tenían experiencia profesional específica en las áreas en que fueron nombrados (respectivamente en Transporte, Energía, Agua). Los miembros de la Junta Directiva consideramos inconveniente que esa situación se repita tanto para el caso de los Asesores del Regulador, como para el Director General del Centro de Desarrollo de la Regulación y, especialmente, en el caso de los Intendentes, que tienen una enorme responsabilidad a nivel nacional.

Si se considera además que el nombramiento a plazo fijo de los Intendentes vence en los próximos meses, el acuerdo tomado por la Junta Directiva no solo es conveniente, sino que también oportuno.

2. Que se viola el principio de inderogabilidad singular de reglamentos, porque se están saltando las competencias reglamentarias de RRHH.

Pablo Sauma: El Regulador General no precisa cuál o cuáles son las competencias reglamentarias de RRHH que están siendo “saltadas”, y desconoce la potestad asignada a la Junta Directiva por la Ley de ARESEP, en su artículo 54 inciso ñ).

3. Se exigen requisitos que violan el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos.

Pablo Sauma: No especifica cuáles son los requisitos y la forma en que los mismos supuestamente violan ese derecho. En el artículo 3 del Reglamento Autónomo de Organización y Servicios de ARESEP (RAS) se define “Concurso” como el “Proceso en el que participan candidatos internos y externos a la institución para llenar una plaza vacante, acorde con los perfiles del puesto y las necesidades específicas señaladas en el Manual de actividades ocupacionales y el Manual descriptivo de puestos”. La responsabilidad de aprobar esos manuales

recae sobre la Junta Directiva. El hecho de exigir que un funcionario de muy alto nivel en un cargo o puesto específico de la regulación en Agua, Electricidad o Transporte tenga necesariamente experiencia en labores sustantivas en Agua, Electricidad o Transporte específicamente, o incluso en Regulación en general, es más bien una responsabilidad con el país.

4. Son discriminatorios porque dejan gente con idoneidad fuera. Viola el principio no discriminación.

Pablo Sauma: para poder hacer esa aseveración el Regulador General debe indicar claramente qué es lo que considera “gente con idoneidad” para esos puestos. Pero además, debe aclarar el motivo por el cual lo considera discriminatorio.

Vale destacar que el artículo 5 del RAS se refiere a la prohibición de discriminar: “En el reclutamiento de aspirantes a ingresar a la Institución o en la selección de candidatos, no se harán discriminaciones en razón del estatus económico, la filiación política, el lugar de procedencia, sexo, edad, religión, raza o discapacidad.”

Lo indicado por el Regulador General parece más una opinión que un argumento.

5. Favorece la endogamia y esta es una institución técnica que requiere nutrirse de la experiencia y conocimiento externo.

Pablo Sauma: Este argumento ha sido repetido varias veces por el Regulador General, e incluso ha sido utilizado en comunicaciones escritas a la Junta Directiva por personas fuera de la Aresep. De ninguna manera favorece la endogamia, pues todas las personas profesionales que laboren en empresas privadas o instituciones públicas prestadoras de servicios públicos regulados podrán participar, así como todas las personas con experiencia en regulación, lo cual abre las puertas de la institución a “la experiencia y conocimiento externo”. Aquí es muy importante dejar muy claro que la modificación indica “experiencia profesional en labores sustantivas en los servicios regulados o la regulación en

general". El hecho de que se utilice la conjunción "o" amplía la gama de personas que puede aspirar a ocupar los cargos o puestos, en el entendido de que también es válida la combinación de ambas. Caso contrario se tendría si se hubiese utilizado la conjunción "y".

- 6. Toda decisión de Junta Directiva debe fundarse en criterios técnicos, artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Que también se transgrede lo que afectará los manuales de clases y puestos institucionales.**

Pablo Sauma: El artículo 16 de la LGAP contiene dos principios generales: i) en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia; y ii) el Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad. Al respecto, la decisión de la Junta Directiva tomó en cuenta los informes técnicos de la DRH: IN-01-DRH-2018, IN-44-DRH-2018 e IN-47-DRH-2018, aunque, como es su potestad, se separó de algunas de las recomendaciones en ellos emitidas. Además, la decisión tomada por la Junta Directiva en lo referente a la "experiencia profesional en labores sustantivas en los servicios regulados o la regulación en general", responde con lógica y conveniencia a evitar que se repitan las situaciones que se describieron en el IN-01-DRH-2018.

Además, el acuerdo de la Junta Directiva fue debidamente motivado como ordena la Ley General de la Administración Pública (LGAP), para el dictado de los actos administrativos. El artículo 303 de la LGAP establece que los dictámenes o criterios son facultativos y no vinculantes.

- 7. No se consideraron los informes técnicos de Dirección de Recursos Humanos, informes IN-44-DRH-2018, IN-47-DHR-2018.**

Pablo Sauma: Como consta en la discusión en el acta de la sesión 68-2018 y en lo aquí expuesto, los informes IN-44-DRH-2018, IN-47-DHR-2018, así como IN-01-DRH-2018 fueron considerados para la discusión, pero dichos dictámenes son facultativos y no vinculantes. Se reitera que el artículo 303 de la LGAP establece que los dictámenes o criterios son facultativos y no vinculantes”.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** señala que, en primer término, va a responder cada argumento expuesto por el director Sauma en otra oportunidad. Pregunta si para los puestos de Intendentes, según interpreta lo manifestado por el señor Sauma, la experiencia en regulación general sí sería considerada igual que la experiencia en regulación en el sector específico o de trabajar en el sector específico.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** responde que en principio sí. El tema es que tengan experiencia. Que quede claro, lo mismo se hace con el tema de telecomunicaciones, ya que el primer requisito que se indica para el puesto de un miembro del Consejo de la Sutel, es que tenga experiencia en telecomunicaciones.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** expresa, por ejemplo, si una persona que tenga experiencia en regulación, que haya trabajado en la Aresep, ya sea un ente de la Aresep, o que es otra intendencia diferente, según su criterio ¿podría participar?

El señor **Pablo Sauma Fiatt** señala que sí, mientras tenga experiencia en regulación y eso va a depender de lo que haga la Dirección de Recursos Humanos, como en todo, el manual actual lo que dice son años de experiencia, lo que se hizo ahora fue precisar.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** agrega que según el cuadro que se presentó, se muestra que es muy explícito solamente experiencia en regulación, en experiencia en el sector específico.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** aclara que es en labores sustantivas en los servicios regulados o en regulación, lo cual en todo momento lo ha dicho.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** recalca pero en regulación y relacionado, para aclarar porque va a venir una interpretación de cómo se operatiza todo esto. Agrega que en regulación puede entender que, una persona que labora para el Centro de Desarrollo de la Regulación, que tiene 15 años de experiencia en regulación ¿podría participar para una intendencia?

El señor **Sauma Fiatt** responde que sí.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que lo que el señor Sauma hablaba en otro momento era bastante específico en el área, incluso se consultó si tiene experiencia en otra parte.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** recalca que siempre ha sido “o”, desde el acuerdo que dio origen a todo esto. Ojalá sea 15 años, que quedó afuera, pero es un tema que hay que resolver a futuro.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** señala que eso se debe analizar con detenimiento, pero lo que es importante es tener presente que las recomendaciones de la Dirección de Recursos Humanos lo que dicen es que afecta a cinco clases; tiene un impacto de todo lo demás y que puede afectar el tema. Generalmente, las características y requisitos, requieren de un análisis integral para no afectar las otras clases y eso no se está cumpliendo en este caso.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** apunta que quiere quedar claro, en el sentido de que en el Manual de cargos viene la descripción, responsabilidades, son generalmente para cada cargo como 4 o 5 páginas y al final dice formación, qué títulos se requiere,

experiencia, características deseables. Experiencia es lo único que se está modificando.

Espera que la Dirección de Recursos Humanos realice un análisis en frío del tema, para que verifiquen que no hay nada grave y que lo único que se está pidiendo es que tenga experiencia en servicios regulados y cerrando la posibilidad de ese criterio que se inventó esa Dirección, de que servicios públicos en un sentido amplio. Reitera que la Ley de Aresep pide como requisitos para el Regulador, la Reguladora Adjunta y los miembros de la Junta Directiva, experiencia en los servicios públicos, ahí sí, que es un puesto de decisión política.

Pero cuando se está hablando de labores específicas, intendencia de uno u otro sector; el tema es que siempre ha señalado “o”. Apunta que al no cambiar los años, no genera ningún desbalance, porque lo que decía la Dirección de Recursos Humanos, que como el director del CDR se le está pidiendo más años, no se le está pidiendo a los demás directores, de ahí que es conveniente no considerar los años para no generar desbalance. En el tema de experiencia, sí se puede solicitar experiencia específica, porque de lo contrario no se podría profesionalizar esta institución y fortalecer en lo que se quiere.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que, en una próxima oportunidad, estará dando respuesta a los argumentos expuestos por el señor Sauma Fiatt.

CAPÍTULO V. ASUNTOS RESOLUTIVOS.

ARTÍCULO 5. Participación del señor Gilbert Camacho Mora, Miembro del Consejo de la Sutel, para representar a esa Superintendencia en la Cumbre BEREK-REGULATEL, cuya actividad se llevará a cabo el 19 y 20 de noviembre de 2018, en la ciudad de Lima, Perú.

La Junta Directiva conoce del oficio 09470-SUTEL-SCS-2018 del 13 de noviembre del 2018, mediante el cual la secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, remite una solicitud del señor Gilbert Camacho Mora, Miembro del Consejo de la Sutel, para representar a esa Superintendencia en la Cumbre BERIC-REGULATEL, en la cual será panelista de la cuarta sesión de la Cumbre, dedicada al tema: “Hacia un entorno de regulación colaborativa entre las regiones europea y latinoamericana frente al cambio digital”, a celebrarse el 19 y 20 de noviembre del 2018, en la ciudad de Lima, Perú.

El señor **Alfredo Cordero Chinchilla** explica que el citado oficio 09470-SUTEL-SCS-2018 ingresó posterior a la convocatoria, lo cual origina en esta oportunidad, que la Junta Directiva lo conozca el tema de forma extemporánea.

Analizada la solicitud, el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

ACUERDO 04-69-2018

Aprobar la participación del señor Gilbert Camacho Mora, Miembro del Consejo de la Sutel, para representar a esa Superintendencia en la Cumbre BERIC-REGULATEL, en la cual será panelista de la cuarta sesión de la Cumbre, dedicada al tema: “Hacia un entorno de regulación colaborativa entre las regiones europea y latinoamericana frente al cambio digital”, a celebrarse el 19 y 20 de noviembre del 2018, en la ciudad de Lima, Perú, conforme al oficio 09470-SUTEL-SCS-2018 del 13 de noviembre del 2018. **ACUERDO FIRME.**

ARTÍCULO 6. Solicitud de aprobación de vacaciones planteada por el señor Gilbert Camacho Mora, Miembro Propietario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

La Junta Directiva conoce del oficio 09572-SUTEL-SCS-2018 del 19 de noviembre del 2018, mediante el cual la secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, remite una solicitud de aprobación de vacaciones planteada por el señor Gilbert Camacho Mora, Miembro Propietario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, para el 7 de diciembre del 2018.

Analizada la solicitud, el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

ACUERDO 05-69-2018

Aprobar la solicitud de vacaciones planteada por el señor Gilbert Camacho Mora, Miembro Propietario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, para el 7 de diciembre del 2018, conforme al oficio 09572-SUTEL-SCS-2018 del 19 de noviembre del 2018. **ACUERDO FIRME.**

ARTÍCULO 7. Solicitud de aprobación de vacaciones planteada por el señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, Miembro Titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

La Junta Directiva conoce del oficio 09614-SUTEL-SCS-2018 del 19 de noviembre de 2018, mediante el cual la secretaría del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, remite una solicitud de aprobación de vacaciones planteada por el señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, Miembro Titular del Consejo de la

Superintendencia de Telecomunicaciones, para disfrutar los días 20 de noviembre y 3, 6, 7, 10, 13, 14, 17, 20 y 21 de diciembre de 2018.

Analizada la solicitud, el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

ACUERDO 06-69-2018

Aprobar la solicitud de vacaciones planteada por el señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, Miembro Titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, para disfrutar los días 20 de noviembre y 3, 6, 7, 10, 13, 14, 17, 20 y 21 de diciembre de 2018, conforme al oficio 09614-SUTEL-SCS-2018 del 19 de noviembre de 2018. **ACUERDO FIRME.**

ARTÍCULO 8. Propuesta de respuesta a la solicitud presentada por el señor Rubén Vargas Campos, representante de la Organización Social denominada Unión de Taxistas Costarricenses (U.T.C).

La Junta Directiva conoce una propuesta de respuesta a la solicitud presentada por el señor Rubén Vargas Campos, representante de la Organización Social denominada Unión de Taxistas Costarricenses (U.T.C), referencia GD-67081-2018.

Los miembros del cuerpo colegiado plantean que, lo atinente en este caso, es trasladar al Regulador General la solicitud presentada del señor Vargas Campos, por ser el competente para atender este tipo de solicitudes.

Analizado el asunto, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

ACUERDO 07-69-2018

Trasladar al Regulador General, la solicitud presentada por el señor Rubén Vargas Campos, representante de la Organización Social denominada Unión de Taxistas Costarricenses (U.T.C), referencia GD-67081-2018, por ser el competente para atender ese tipo de solicitudes. **ACUERDO FIRME.**

A partir de este momento, ingresa la señora Adriana Martínez Palma, funcionaria de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a participar en el tema objeto del siguiente artículo.

ARTÍCULO 9. Propuesta de respuesta al oficio DM-2018-4875, del 12 de noviembre de 2018, en torno al acuerdo de la Comisión de coordinación MOPT-CTP-ARESEP, para el refrendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, 2014-2021.

La Junta Directiva conoce de los oficios OF-1470-DGAJR-2018 del 21 de noviembre de 2018 y OF-1040-RG-2018 ambos del 21 de noviembre de 2018, mediante los cuales la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y el Despacho del Regulador General, remiten la propuesta de respuesta al oficio DM-2018-4875, del 12 de noviembre de 2018, de la Comisión de coordinación MOPT-CTP-ARESEP, relacionado con el refrendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, para el período 2014-2021.

La señorita **Adriana Martínez Palma** explica los principales aspectos de la propuesta de resolución, dentro de lo cual, los miembros del cuerpo colegiado plantean algunas observaciones al respecto.

Analizada la propuesta, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio OF-1470-DGAJR-2018, el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

RESULTANDO

- I. Que el 2 de enero de 2006, la entonces Reguladora General de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), dictó la resolución RRG-5266-2005 (sic), mediante la cual estableció el *“Procedimiento para el refrendo de los contratos de concesión, sus adendas y modificaciones, para el servicio público de transporte remunerado de personas en vehículos automotores”*.
- II. Que el 14 de noviembre de 2018, mediante el oficio DM-2018-4875 el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes, solicitó a la Junta Directiva y al Regulador General de Aresep que *“(...) valore conforme lo establece el principio general de derecho contenido en el artículo 10 LGAP en el sentido de que la **“...norma administrativa deberá interpretarse en la que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular”**, que el requisito dispuesto en la **Resolución RRG-5266-2005, por tanto primero, artículo 3, inciso e), punto iii)**, sea suspendido o eliminado y no sea aplicado para el presente proceso de refrendo de los contratos de concesión, para el período 2014-2021”*.
- III. Que el 20 de noviembre de 2018, el Despacho del Regulador General, solicitó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), emitir criterio jurídico sobre la solicitud realizada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes, mediante el oficio DM-2018-4875.
- IV. Que el 21 de noviembre de 2018, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio OF-1470-DGAJR-2018, emitió criterio jurídico

respecto de la solicitud presentada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes.

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

CONSIDERANDO

- I. De conformidad con la normativa vigente, le corresponde a la Junta Directiva de Aresep “(...) *establecer los requisitos de admisibilidad a que se someterán los trámites de tarifas, quejas, refrendos, concesiones, aprobaciones de cánones del Consejo de Transporte Público*”, según lo establecido en el artículo 6 inciso 21) del “*Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado*” (RIOF).
- II. Que mediante la resolución vigente RRG-5226-2005, emitida por la entonces Reguladora General, la Aresep consideró necesario establecer un “*procedimiento para el refrendo de los contratos de concesión, sus adendas y modificaciones, para el servicio público de transporte remunerado de personas en vehículos automotores*”, en ejercicio de la competencia otorgada por el artículo 12 de la Ley 3503 “*Ley Reguladora Transporte Remunerado Personas Vehículos Automotores*”.
- III. Que la resolución vigente RRG-5226-2005, estableció en su Por Tanto I artículo 3, la “*Documentación que debe acompañar la solicitud de refrendo*”, y específicamente en su inciso e) punto iii) se dispuso la presentación de “*dos certificaciones expedidas por el funcionario competente, del acuerdo o de los acuerdos adoptados por la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, en relación con lo siguiente: (...) “iii) Demanda de pasajeros, estimación diaria, mensual y anual, por ruta o por ramal.*”
- IV. Que la solicitud presentada por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (oficio DM-2018-4875, remitido a la Aresep el 14 de noviembre de 2018), tiene como

objetivo que la Junta Directiva de Aresep valore la suspensión o eliminación del requisito dispuesto en el Por Tanto I, artículo 3, inciso e), punto iii) de la resolución RRG-5266-2005, y este no sea aplicado para el presente proceso de refrendo de los contratos de concesión, período 2014-2021.

V. Que la solicitud presentada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, se justificó en resumen, en lo siguiente:

-Que existe una necesidad actual de darle celeridad y finalización al proceso de refrendo, con el objetivo de que las concesiones otorgadas en el transporte remunerado de personas adquieran su eficacia jurídica y los operadores del servicio público, estén a derecho en sus deberes y obligaciones contractuales frente a la Administración.

-Que en este proceso de refrendo, la *“principal problemática corresponde a la presentación del dato de demanda, ya que anterior al año 2014, por parte de este Consejo dichos estudios se realizaban únicamente ante solicitud de la ARESEP o de los operadores, lo cual no alcanzaba ni el 20% del total de las rutas, por lo que se procede a oficializar la herramienta de diseño, la cual basada en movilización y tiempos de viaje rediseña las rutas y determina y actualiza condiciones de horarios, flota y demanda”*.

-Que el Consejo de Transporte Público *“cuenta con una herramienta para diseño (tres semanas completas, la cual se valida en campo, el informe cuenta con la misma estructura de las condiciones técnicas requeridas por la Resolución), pero que se ve entabado porque la mayoría de las empresas han requerido de más de un año en adecuar la información de las barras electrónicas para el procesamiento de la misma; situación que se agrava por el hecho de que institucionalmente no existen los parámetros que establezcan las condiciones mínimas para el procesamiento y recolección de la información, así como el acceso irrestricto a datos*

crudos y/o procesados por parte de los administrados, es decir las empresas no cuentan con equipamiento estandarizado de barras electrónicas por lo que la obtención de la información no ha sido efectiva en tiempo y forma”.

-Que dentro de las cláusulas del contrato de concesión dicho requisito no está contemplado y que existen otras fuentes de información que son legalmente exigibles de conformidad con el artículo 17 de la Ley 3503¹, la Ley 7593 de la Aresep y las metodologías tarifarias existentes.

- VI. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio OF-1470-DGAJR-2018 del 21 de noviembre de 2018, rindió criterio jurídico sobre la solicitud presentada, indicando lo siguiente:

“(…)

III. SOBRE LO SOLICITADO POR EL SEÑOR MINISTRO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES

Mediante el oficio DM-2018-4875, el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes, señaló literalmente lo que se transcribe a continuación:

“Considerando la urgencia en culminar el trámite de refrendo de los contratos de concesión del período 2014-2021, surge la necesidad del Ente Rector del Sector Transporte consensuar con la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), un trámite simplificado y transparente para dar una mayor celeridad y finalización al proceso de refrendo mencionado, para que los contratos de concesión del transporte remunerado de personas adquieran su eficacia jurídica y los operadores del servicio público estén a derecho, así como sus deberes y obligaciones contractuales frente a la Administración.

Que, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, los operadores de ruta regular que obtuvieron la renovación de las concesiones para el período 2014-2021, suscribieron los contratos de concesión correspondientes, mismos que de acuerdo con el artículo 12 de la Ley N° 3503 deben ser refrendados por la ARESEP y de esa manera adquirir la eficacia jurídica el acto administrativo conforme lo estipulado en el artículo 145 LGAP.

Teniendo en consideración que el refrendo del contrato concesión que la ARESEP ejerce, "...funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo, es decir, para que se ejecute conforme lo pactado. La eficacia en este tanto, se relaciona con requisitos que el ordenamiento jurídico requiere para que la distribución de derechos y obligaciones emanadas del contrato válido se conforme como una situación de juridicidad objetiva. Así, resulta congruente que el Ente Regulador ejerza también la facultad fiscalizadora en este tipo de contratos mediante el instrumento del refrendo...". Sala Primera, 1427-F-S1-2012 de 14:00 horas del 23 de octubre de 2012.

*Así las cosas, por medio del refrendo se realiza una constatación de las obligaciones inmersas en el contrato de concesión con el ordenamiento jurídico únicamente. Para tales efectos, la ARESEP emitió la resolución **RRG-5266-2005**, publicada en La Gaceta N° 7 del 10 de enero del 2006, dentro de la cual se establece el procedimiento y requisitos técnicos – legales para el refrendo de contratos de concesión en ruta regular, sus adendas y modificaciones. En dicha Resolución se establecen los requisitos y documentación que el órgano concedente debe acompañar la solicitud de refrendo, incluyendo la demanda de pasajeros, estimación diaria, mensual y anual, por ruta o ramal.*

*Que no obstante que la ARESEP emitió la resolución **RRG-5266-2005**, publicada en La Gaceta N° 7 del 10 de enero del 2006, no es hasta la renovación de concesiones del periodo 2014-2021 que se exige el cumplimiento de esos requisitos. En las reuniones de coordinación entre MOPT-CTP con la ARESEP sobre los requisitos del*

refrendo, siempre se ha motivado por parte de la ARESEP que serán los establecidos en la resolución mencionada, y la principal problemática corresponde a la presentación del dato de demanda, ya que anterior al año 2014, por parte de este Consejo dichos estudios se realizaban únicamente ante solicitud de la ARESEP o de los operadores, lo cual no alcanzaba ni el 20% del total de las rutas, por lo que se procede a oficializar la herramienta de diseño, la cual basada en movilización y tiempos de viaje rediseña las rutas y determina y actualiza condiciones de horarios, flota y demanda.

El CTP cuenta con una herramienta para diseño (tres semanas completas, la cual se valida en campo, el informe cuenta con la misma estructura de las condiciones técnicas requeridas por la Resolución), pero que se ve entrabado porque la mayoría de las empresas han requerido de más de un año en adecuar la información de las barras electrónicas para el procesamiento de la misma; situación que se agrava por el hecho de que institucionalmente no existen los parámetros que establezcan las condiciones mínimas para el procesamiento y recolección de la información, así como el acceso irrestricto a datos crudos y/o procesados por parte de los administrados, es decir las empresas no cuentan con equipamiento estandarizado de barras electrónicas por lo que la obtención de la información no ha sido efectiva en tiempo y forma.

Si bien es cierto dentro de los requisitos técnicos para el refrendo la ARESEP requiere la presentación del dato de demanda de pasajeros (volumen de pasajeros movilizadas), dentro de las cláusulas del contrato de concesión dicho requisito no está contemplado, véase para ello, artículos IV, V, VI, X y IX del contrato. En tal sentido, no debería legalmente formar parte de los requisitos de refrendo, siendo incluso que para el período 2007 – 2014, las empresas operadoras brindaron el servicio sin la existencia de dicho estudio técnico para ello existen otras fuentes de información que son legalmente exigibles de conformidad con el artículo 17 de la Ley 3503, la Ley 7593 de la Aresep y las metodologías tarifarias existentes.

En razón de lo anterior, se le solicitó a la Aresep, que valorara lo siguiente:

Así las cosas, el MOPT-CTP solicita a la ARESEP que valore conforme lo establece el principio general de derecho contenido en el artículo 10 LGAP en el sentido de que la **“...norma administrativa deberá interpretarse en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.”**, que el requisito dispuesto en la Resolución **RRG-5266-2005, por tanto primero, artículo 3, inciso e), punto iii)**, sea suspendido o eliminado y no sea aplicado para el presente proceso de refrendo de los contratos de concesión, período 2014-2021”.

IV. SOBRE LA FIGURA DEL REFRENDO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

La Contraloría General de la República ha señalado como definición de refrendo, la siguiente:

“(...) Acto administrativo de aprobación mediante el cual se constata la legitimidad y se otorga la posibilidad jurídica de la eficacia a un acto emanado por otro órgano, dando lugar a su ejecutividad y ejecutoriedad. (...)”

Por su parte la Ley 3503, denominada “Ley Reguladora Transporte Remunerado Personas Vehículos Automotores”, dispone en su artículo 12, lo que se transcribe a continuación:

“Artículo 12.- La concesión se formalizará mediante contrato que suscriban el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y el concesionario. **La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos lo refrendará e inscribirá en el Registro de concesiones y permisos que llevará ese Ministerio.** (Así reformado por el artículo

64 de la Ley N° 7593 de 9 de agosto de 1996)”. El resaltado y subrayado no pertenece al original.

Sobre este mismo particular, la Ley 6227, “Ley General de la Administración Pública”, en el numeral 145 inciso 4) señala:

“(…) 4- **Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse**”. El resaltado y subrayado no pertenece al original.

De igual forma, la Sala Constitucional, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y la Procuraduría General de la República, han establecido al respecto, lo siguiente:

Sala Constitucional Resolución 2004-14421, 16 de dic 2004	Sala Primera Resolución de las 14:23 hrs del 23 de octubre de 2012	Procuraduría General de la República Dictamen C-165-2014
<p>“(…) Acto administrativo de aprobación mediante el cual <u>se constata la legitimidad y se otorga la posibilidad jurídica de la eficacia a un acto emanado por otro órgano, dando lugar a su ejecutividad y ejecutoriedad.</u> (…)”</p> <p>“(…) a través de esa figura <u>examina y verifica que el clausulado del contrato debidamente formalizado se ajuste al bloque de legalidad</u>”.</p>	<p>“(…) En consecuencia, el <u>refrendo funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo,</u> es decir, para que se ejecute conforme lo pactado. La eficacia en este tanto, se relaciona con requisitos que el ordenamiento jurídico requiere para que la distribución de derechos y obligaciones emanadas del contrato válido se conforme como una situación de juridicidad objetiva. Así, <u>resulta congruente que el Ente Regulador ejerza también la facultad fiscalizadora en este tipo de contratos mediante el instrumento del refrendo</u>”.</p>	<p>“(…) De ese modo, la <u>Autoridad Reguladora no solo refrenda el estudio que realiza el MOPT sino también el contrato</u> que se celebre. Un acto, <u>el refrendo, que la ARESEP ejerce como parte de su potestad de fiscalización,</u> según ha indicado la Sala Primera (…)”.</p> <p>“(…) Siendo así, lo anterior supone que los <u>factores que son considerados en las fijaciones tarifarias que realiza la ARESEP, cuya eficacia penden del trámite de refrendo, no podrían considerarse para efectos de este tipo de cálculos en</u></p>

<p><i>El subrayado y resaltado no pertenece al original.</i></p>	<p><i>El subrayado y resaltado no pertenece al original.</i></p>	<p><u>tanto esa exigencia no hubiere sido satisfecha, toda vez que no son eficaces, y por ende, no pueden surtir efectos jurídicos</u>.</p> <p><i>El subrayado y resaltado no pertenece al original.</i></p>
--	--	---

Del anterior desarrollo, puede concluir que refrendo no es un trámite independiente a realizar por una institución, el refrendo es un proceso que depende de un principal, en este caso un contrato de concesión que suscribe el Consejo de Transporte Público junto con los prestadores del servicio público y una vez que dicho contrato cumple con todos los elementos legales para nacer a la vida jurídica, la Aresep es la encargada de ejecutar el refrendo del contrato de concesión, realizando un escrutinio estricto del bloque de legalidad, siendo que una vez que refrenda el contrato, este obtiene la eficacia jurídica para poder ser ejecutado.

V. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA JUNTA DIRECTIVA

Si bien la resolución RRG-5266-2005 objeto de la solicitud por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, fue emitida en su momento por la Reguladora General, de conformidad con la normativa vigente, actualmente le corresponde a la Junta Directiva del Ente Regulador "(...) establecer los requisitos de admisibilidad a que se someterán los trámites de tarifas, quejas, refrendos, concesiones, aprobaciones de cánones del Consejo de Transporte Público", según lo establecido en el artículo 6 inciso 21) del "Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado" (RIOF).

En virtud de lo anterior, establecer, suspender o eliminar requisitos de admisibilidad en materia de refrendos es competencia de la Junta Directiva de Aresep.

VI. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD PRESENTADA

Solicitó el Despacho del Regulador General, se pronuncie esta Dirección General sobre la solicitud realizada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes, en torno a la suspensión o eliminación del requisito dispuesto en el artículo 3, inciso e), punto iii) del por tanto de la resolución RRG-5266-2005, la cual estableció el “procedimiento para el refrendo de los contratos de concesión, sus adendas y modificaciones, para el servicio público de transporte remunerado de personas en vehículos automotores.”

En virtud de lo anterior, debe señalarse:

Que mediante la resolución vigente RRG-5226-2005, la Aresep consideró necesario establecer un “procedimiento para el refrendo de los contratos de concesión, sus adendas y modificaciones, para el servicio público de transporte remunerado de personas en vehículos automotores”, en ejercicio de la competencia otorgada por el artículo 12 de la Ley 3503 “Ley Reguladora Transporte Remunerado Personas Vehículos Automotores” (así se depende del propio texto de la resolución referenciada).

En dicha resolución se estableció en el Por Tanto I, artículo 3, la “Documentación que debe acompañar la solicitud de refrendo”, y específicamente en su inciso e) punto iii) se dispuso la presentación de “dos certificaciones expedidas por el funcionario competente, del acuerdo o de los acuerdos adoptados por la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, en relación con lo siguiente: (...) “iii) Demanda de pasajeros, estimación diaria, mensual y anual, por ruta o por ramal” (el subrayado no pertenece al original).

Que sobre el anterior requisito dispuesto, es que se solicitó por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, valorar la posibilidad de suspenderlo o eliminarlo, con

la finalidad de que no sea aplicado para el presente proceso de refrendo de los contratos de concesión, para el período 2014-2021.

La solicitud realizada se fundamentó, en la necesidad actual de darle celeridad y finalización al proceso de refrendo, con el objetivo de que las concesiones otorgadas en el transporte remunerado de personas adquieran su eficacia jurídica y los operadores del servicio público, estén a derecho en sus deberes y obligaciones contractuales frente a la Administración.

En igual sentido, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes externó, que en este proceso de refrendo, la “principal problemática corresponde a la presentación del dato de demanda, ya que anterior al año 2014, por parte de este Consejo dichos estudios se realizaban únicamente ante solicitud de la ARESEP o de los operadores, lo cual no alcanzaba ni el 20% del total de las rutas, por lo que se procede a oficializar la herramienta de diseño, la cual basada en movilización y tiempos de viaje rediseña las rutas y determina y actualiza condiciones de horarios, flota y demanda”.

Sobre este mismo particular, argumentó que el Consejo de Transporte Público “cuenta con una herramienta para diseño (tres semanas completas, la cual se valida en campo, el informe cuenta con la misma estructura de las condiciones técnicas requeridas por la Resolución), pero que se ve entrabado porque la mayoría de las empresas han requerido de más de un año en adecuar la información de las barras electrónicas para el procesamiento de la misma; situación que se agrava por el hecho de que institucionalmente no existen los parámetros que establezcan las condiciones mínimas para el procesamiento y recolección de la información, así como el acceso irrestricto a datos crudos y/o procesados por parte de los administrados, es decir las empresas no cuentan con equipamiento estandarizado de barras electrónicas por lo que la obtención de la información no ha sido efectiva en tiempo y forma”.

Y que aunado a ello, dentro de las cláusulas del contrato de concesión dicho requisito no está contemplado y que existen otras fuentes de información que son legalmente exigibles de conformidad con el artículo 17 de la Ley 3503², la Ley 7593 de la Aresep y las metodologías tarifarias existentes.

Y finalmente apela respecto de la solicitud realizada, a lo dispuesto en el numeral 10 inciso 1) de la LGAP, en el sentido de que “La norma administrativa deberá interpretarse en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular”.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, es preciso indicar que los actos administrativos se presumen legales, ejecutivos y ejecutorios, es decir, tienen eficacia inmediata, al tenor de lo dispuesto en los artículos 146 al 148, de la LGAP.

Que por otra parte, el ordenamiento jurídico permite la suspensión del acto administrativo, tanto en la vía administrativa (artículos 109.3 y 148 de la LGAP); como en la jurisdiccional (artículos 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley 8508 y, 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional): lo anterior como cualquier acto de índole administrativa, debe encontrarse debidamente justificado al tenor de lo dispuesto en el numeral 136 de la LGAP.

Que en el caso concreto, se desprende de la solicitud realizada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que existen razones de interés público que justifican la

² **Artículo 17.- Son obligaciones del empresario** de transporte remunerado de personas:

a) No cobrar por el transporte un precio distinto del establecido en las tarifas aprobadas por la Comisión Técnica de Transportes.
b) Realizar el transporte en toda la ruta especificada en la concesión y efectuar el recorrido conforme a los horarios e itinerarios aprobados.

c) Sustituir los vehículos que, temporal o definitivamente, se retiran del servicio, por otros de capacidad igual o mayor, características idénticas y calidad igual o mejor.

d) Llevar la contabilidad de los ingresos y gastos de operación, de conformidad con las normas contables generalmente aceptadas; poner esa contabilidad a disposición del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y suministrar los datos estadísticos e informes sobre los resultados económicos y financieros de la operación del servicio, así como los comprobantes que ambas instituciones requieran. El concesionario deberá presentar esta información, por lo menos, una vez al año y cuando lo dispongan el Ministerio de Obras Públicas y Transportes o la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

e) No suspender la prestación del servicio durante la vigencia de la concesión.
(Así reformado por el artículo 64 de la Ley N° 7593 de 9 de agosto de 1996)”.

oportunidad y conveniencia para que la Junta Directiva de Aresep valore proceder a suspender el requisito dispuesto en Por Tanto primero, artículo 3, inciso e), punto iii) de la resolución RRG-5226-2005; para los contratos de concesión del periodo 2014-2021, lo cual es permitido por nuestro ordenamiento jurídico (...).

VII. CONCLUSIONES

- 1. El refrendo constituye un acto administrativo de aprobación mediante el cual se constata la legitimidad y se otorga la posibilidad jurídica de la eficacia a un acto emanado por otro órgano, dando lugar a su ejecutividad y ejecutoriedad.*
- 2. De conformidad con el artículo 12 de la Ley 3503, “Ley Reguladora Transporte Remunerado Personas Vehículos Automotores”, los contratos de concesión que otorgue el Ministerio de Obras Públicas y Transportes a los operadores de servicios públicos, deben ser refrendados por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; y es hasta el momento en que sean refrendados que adquieren eficacia y surten efectos jurídicos.*
- 3. Que los actos administrativos se presumen legales, ejecutivos y ejecutorios, es decir, tienen eficacia inmediata, al tenor de lo dispuesto en los artículos 146 al 148, de la LGAP.*
- 4. Que el ordenamiento jurídico permite la suspensión del acto administrativo, tanto en la vía administrativa (artículos 109.3 y 148 de la LGAP); como en la jurisdiccional (artículos 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley 8508 y, 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional): lo anterior como cualquier acto de índole administrativa, debe encontrarse debidamente justificado al tenor de lo dispuesto en el numeral 136 de la LGAP.*

5. *Establecer, suspender o eliminar requisitos de admisibilidad en materia de refrendos es competencia de la Junta Directiva de Aresep, de conformidad con el artículo 6 inciso 21) del “Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado”.*
6. *Que en el caso concreto, se desprende de la solicitud realizada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que existen razones de interés público que justifican la oportunidad y conveniencia para que la Junta Directiva de Aresep valore proceder a suspender el requisito dispuesto en Por Tanto primero, artículo 3, inciso e), punto iii) de la resolución RRG-5226-2005; para los contratos de concesión del periodo 2014-2021, lo cual es permitido por nuestro ordenamiento jurídico. (...)*
- VII. Que sobre la base de las normas jurídicas citadas y con fundamento en los resultandos y considerandos que preceden; lo procedente es: **1-** Suspender para el proceso de refrendo de los contratos de concesión para el período 2014-2021, el requisito dispuesto en el artículo 3, inciso e), punto iii) del por tanto I de la resolución RRG-5266-2005, mediante la cual se estableció el *“Procedimiento para el refrendo de los contratos de concesión, sus adendas y modificaciones, para el servicio público de transporte remunerado de personas en vehículos automotores”*, **2-** Comunicar al señor Ministro de Obras Públicas y Transportes, la presente resolución, **3-** Comunicar al Regulador General y al Intendente de Transporte de Aresep, la presente resolución.
- VIII. Que en la sesión ordinaria 69-2018, del 27 de noviembre de 2018, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base de la solicitud presentada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes, así como el oficio OF-1470-DGAJR-2018 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, acuerda, con carácter de firme, dictar la presente resolución, tal y como se dispone.

POR TANTO

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

RESUELVE:

ACUERDO 08-69-2018

- I. Suspender para el proceso de refrendo de los contratos de concesión para el período 2014-2021, el requisito dispuesto en el artículo 3, inciso e), punto iii) del por tanto I de la resolución RRG-5266-2005, mediante la cual se estableció el *“Procedimiento para el refrendo de los contratos de concesión, sus adendas y modificaciones, para el servicio público de transporte remunerado de personas en vehículos automotores”*.
- II. Comunicar al señor Ministro de Obras Públicas y Transportes, la presente resolución.
- III. Comunicar al Regulador General y al Intendente de Transporte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la presente resolución.

PUBLÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

Propuesta de acuerdo adicional

La señora **Sonia Muñoz Tuk** plantea solicitar a la Administración que realice un análisis integral de los requisitos de admisibilidad, para los refrendos de los contratos

de concesión, sus adendas y modificaciones, para el servicio público de transporte remunerado de personas en vehículos automotores.

Analizado el planteamiento, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

ACUERDO 09-69-2018

Solicitar a la Administración, en un plazo máximo de seis meses, llevar a cabo un análisis integral de los requisitos de admisibilidad, para los refrendos de los contratos de concesión, sus adendas y modificaciones, para el servicio público de transporte remunerado de personas en vehículos automotores. **ACUERDO FIRME.**

A partir de este momento, se retira del salón de sesiones, la señorita Adriana Martínez Palma.

A las diez horas ingresan al salón de sesiones los señores (as): Marlon Yong Chacón, director general de la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación; Marco Otoy Chavarría y Flor Emilia Ramírez Azofeifa, funcionarios de esa Dirección; Daniel Fernández Sánchez y Adriana Martínez Palma, funcionarios de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; Juan Carlos Martínez Piva, asesor del Despacho del Regulador General, y Mario Mora Quirós, Intendente de Energía a.i., a participar en el asunto objeto del siguiente artículo.

ARTÍCULO 10. Propuesta de “Metodología tarifaria ordinaria y extraordinaria para fijar el margen de comercialización a las estaciones de servicio terrestres, con punto fijo de venta, que expenden combustibles derivados de los hidrocarburos”. Expediente OT-061-2016.

La Junta Directiva conoce de los oficios 220-CDR-2017 y 221-CDR-2017, ambos del 7 de agosto de 2017, 966-DGAJR-2017 del 13 de noviembre de 2017, OF-0896-RG-2018 del 4 de octubre de 2018, OF-1497-IE-2018 del 2 de noviembre de 2018, OF-0543-CDR-2018 del 8 de noviembre de 2018 y OF-1038-RG-2018 del 21 de noviembre de 2018, mediante los cuales el Centro de Desarrollo de la Regulación, la Intendencia de Energía y el Despacho del Regulador General se refieren a la propuesta de “Metodología tarifaria ordinaria y extraordinaria para fijar el margen de comercialización a las estaciones de servicio terrestres, con punto fijo de venta, que expenden combustibles derivados de los hidrocarburos”.

Asimismo, se conoce del oficio DVME-050-2018 del 31 de octubre de 2018, mediante el cual el Viceministerio de Energía se refiere al estado actual del proyecto de reforma al Decreto Ejecutivo 30131- MINAE- S.

El señor **Daniel Fernández Sánchez** explica lo relativo al criterio legal sobre el caso, contenido en el oficio 966-DGAJR-2018, dentro de lo cual destaca los antecedentes, alcance del dictamen, competencia de la Junta Directiva para aprobar metodologías; así como en cuanto a la participación ciudadana y la propuesta en análisis; y comparación entre la propuesta sometida a audiencia pública y la remitida por el Centro de Desarrollo de la Regulación, mediante el oficio 220-CDR-2017. Se refiere específicamente a los ocho cambios de fondo sustancial resultado de la comparación de la propuesta.

Sobre las recomendaciones del criterio, indica que, en caso de mantenerse los cambios de fondo sustanciales introducidos en la propuesta de metodología denominada “*Metodología tarifaria ordinaria y extraordinaria para fijar el margen de comercialización a las estaciones de servicio terrestres, con punto fijo de venta, que expenden combustibles derivados de los hidrocarburos*”, así como el “Informe de respuesta a oposiciones”, dicha propuesta deberá someterse nuevamente al

procedimiento de audiencia pública, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 de la Constitución Política y 36 de la Ley 7593.

Por otra parte, la señora **Flor Emilia Ramírez Azofeifa**, se refiere al trámite de la propuesta; a consultas formuladas por el Despacho del Regulador; además indica que, a partir de lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en esta oportunidad, se concluye que a raíz de los cambios sustanciales observados, se debe someter la propuesta a una segunda audiencia pública.

El señor Regulador General aclara que las consultas formuladas básicamente responden a temas que quedaban pendientes a la espera de estudiarlos posteriormente. El Centro de Desarrollo de la Regulación está desarrollando estudios con el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA), para obtener información suficiente y apropiada para sustentar técnicamente la metodología existente. Existe una posibilidad de someter nuevamente a audiencia pública, pero la preocupación es si los estudios fácticos son suficientes para contar con una metodología robusta que sustente la toma de decisiones. Un segundo aspecto, es la consideración de un posible decreto.

El señor **Marco Otoy Chavarría** explica básicamente el concepto, objetivos, alcance y principales cambios de la propuesta de metodología. Asimismo, se refiere al proceso de sistematización, análisis y respuesta a las oposiciones presentadas en Audiencia Pública, dentro de lo cual destaca el resumen de posiciones recibidas por parte de la Cámara de Expendedores de Combustible (CEC), argumentos expuestos y el análisis realizado por el CDR al respecto.

Entre los argumentos del CEC, destaca aquellos relacionados con los ingresos: distorsiones en la fórmula general; a los costos; a la Base Tarifaria y a la rentabilidad y capital de trabajo.

Seguidamente el señor **Marlon Yong Chacón** detalle aspectos que se introducen en el proyecto de reforma al Decreto Ejecutivo 30131- MINAE- S; nuevas normas que se introducen con respecto al vigente. Asimismo, se refiere a consultas formuladas por el Despacho del Regulador General, y a las respuestas remitidas por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y la Intendencia de Energía, en torno a consultas que realizó el CDR.

Destaca sobre hecho relevantes que afectan o no, la nueva propuesta de metodología que se está exponiendo en esta oportunidad, dentro de lo cual destaca como hecho materializable el estudio que estaría efectuado el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, lo cual generaría mayor información en el proceso de mejora continua.

Por otra parte, la señora **Flor Emilia Ramírez Azofeifa** se refiere a las consultas solicitadas por el Regulador General acerca del instrumento regulatorio, a raíz de posibles cambios que se podría dar. Se refiere al proceso iniciado en junio 2018 y adjudicado al CFIA desde el 06/11/2018, el cual tiene como objetivo determinar el costo de inversión de las instalaciones e infraestructura de obra civil, utilizadas para el suministro de combustibles en estaciones de servicio con punto fijo de venta, lo cual va a permitir obtener un insumo que permita actualizar con datos de campo los valores para correr el modelo.

Asimismo, comenta sobre las consultas al MINAE sobre el estado actual del proceso de reforma integral del decreto ejecutivo 30131-MINAE-S; y sobre el criterio Intendencia de Energía acerca de los cambios en el entorno: Plan Nacional de Energía (PNE) 2015-2030 y decretos relacionados con la regulación del suministro de gas licuado de petróleo (GLP) y otros combustibles.

Lo anterior, explica que es debido a los cambios en el programa de calidad de gasolinas y diésel; a la aprobación de las normas para los biocombustibles; la reforma integral del Decreto Ejecutivo 30131-MINAE-S; así como a la implementación de la contabilidad regulatoria y al plan Nacional de Descarbonización de la Economía.

Señala que, una vez analizado estos aspectos, el CDR mediante oficio 543-CDR-2018, 8 de nov 2018, considera que la información actualizada es un insumo; la fijación se puede efectuar con la información disponible en la Aresep; con o sin información de campo se puede calcular la tarifa o el margen; el Decreto 30131-MINAE-S está en revisión; la metodología propuesta se basa en la normativa vigente, las estaciones mixtas, ya están consideradas en la metodología, para el cálculo del margen para la distribución de GLP.

Asimismo, señala la señora **Ramírez Azofeifa** que en el canon se incluye la evaluación de la calidad; la Norma INTE de gasolina y diésel, y el costo adicional ya se le reconoce a RECOPE en el precio de compra y en tarifas desde el año 2017; y el transporte eléctrico no se tiene certeza ni en el nuevo reglamento para las estaciones de servicio u otro de momento al respecto, por lo que con la información disponible no puede ser considerado en la presente propuesta.

Entre las conclusiones del CDR, comenta las siguientes:

- *De acuerdo con el criterio jurídico 0929-DGAJR-2018, se debe llevar a segunda audiencia la propuesta.*
- *La propuesta de metodología permite calcular el margen de acuerdo con la información y procedimientos que en esta se indican, con información disponible en la Aresep, salvo cambios en los valores propios de las variables económicas.*
- *El proceso de mejora continua permite la actualización de los insumos y de los mismos instrumentos regulatorios.*
- *Los elementos indicados por la IE relacionados con el “entorno” se pueden calcular y parametrizar en la propuesta metodológica.*
- *La nueva propuesta sustitutiva al Decreto 30131 MINAE-S, no es un hecho materializado en este momento.*

- *El nuevo Decreto 30131 MINAE-S no especifica al detalle las características, elementos técnicos y operativos de una estación de expendio de combustible, tal y como si lo mantiene el decreto vigente.*
- *El borrador de nuevo decreto establece que las Estaciones de Servicio podrán vender Gas Natural. Tema complejo que requiere: modificaciones en el ámbito legal y de elementos técnicos de diseño, operación, construcción y mantenimiento que podrán ser incluidos en una nueva propuesta metodológica, cuando estos elementos estén disponibles.*
- *Desde el punto de vista metodológico, le correspondería a la Aresep obtener la información para validar tipologías de estaciones de servicio de acuerdo con el sector; misma diligencia que está en proceso en la Institución.*
- *Desde el 06 de noviembre se adjudicó la contratación Directa No 2018CD-000022-ARESEP, con la cual la Aresep contratará al CFIA para poder disponer de información actualizada, como área de terreno e infraestructura, la inversión e infraestructura requerida para el expendio de GLP (en aquellas estaciones que distribuyen este producto), estado de conservación, antigüedad y vida útil de los componentes de la estación de servicio.*

El señor **Marco Otoya Chavarría** hace referencia a los resultados esperados de la contratación directa 2018CD-000022-ARESEP.

Seguidamente el señor **Marlon Yong Chacón** expone la propuesta de acuerdo, basado en que se ha encontrado un elemento de oportunidad, que consiste en que se tiene una “*Contratación Directa No 2018CD-000022-ARESEP ya adjudicada, que permitirá disponer de información actualizada con respecto al tamaño de las estaciones de servicio que operan en el país, en cuanto al área de terreno e infraestructura, la inversión e infraestructura requerida para el expendio de GLP (en aquellas estaciones que distribuyen este hidrocarburo), el estado de conservación, antigüedad y vida útil de los componentes de la estación de servicio. Estos son elementos que forman parte del proceso de mejora continua al que están sujetos los*

instrumentos regulatorios en la Aresep y en particular para el establecimiento de una metodología tarifaria para fijar el margen de comercialización a las estaciones de servicio terrestres, con punto fijo de venta, que expenden combustibles derivados de los hidrocarburos”.

Señala que esa es la justificación para proponer el archivo del expediente OT-061-2016.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** manifiesta que se entusiasmó cuando se empezó a exponer los pros y los contras, lo cual nunca se había hecho de esa forma. Sin embargo, los resultados de la comparación no le parecen los adecuados. Desde luego, en un mundo en el cual todos los días cambian las cosas, se tendría que cerrar la Aresep porque no se podría hacer nada, pues todo se vería afectado porque cambió un elemento o existe un nuevo decreto o hay que quedarse esperando decretos que no se sabe si van a llegar.

Agrega que le pareció que los criterios de oportunidad iban a ser los aspectos de los que había información, pero aparecen con un criterio de oportunidad después de año y medio de esperar ver este asunto en la Junta Directiva, de mayo 2017 a hoy, que según la cronología presentada al inicio, mientras veían las oposiciones y coadyuvancias, el criterio de oportunidad viene porque logran una contratación casualmente el 6 de noviembre.

Considera que esa no es la razón de oportunidad, no es suficiente, ya que se debió haber hecho una valoración global de los aspectos a favor y de los aspectos de contra tiene sentido, pero hacer una contratación que empezaron a montar en junio y para noviembre la tienen, realmente no le parece.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** comparte lo expresado por el director Sauma Fiatt, externa que particularmente ha insistido en que la metodología, tal y como se había

planteado, carecía de una serie de información necesaria; se realizó un oficio en su momento, mientras estaba el proceso de audiencia y lo consultaron desde antes, incluso se tenía el criterio de que tenía carencias y riesgos asociados igual que otras metodologías que se han aprobado.

Además, considera que indicar que porque están haciendo los estudios ahora es la razón para la suspensión, pero no lo es. Hay evidencia de que se requieren ajustes al modelo en cuanto a los requerimientos de lo que es en la actualidad y podría ser las inversiones e infraestructura que tienen las estaciones de servicio que requieren análisis. Asimismo, había consultas que se hacían y que en alguna medida no se respondieron suficientemente y eso es importante considerarlo; además de las razones que daba la Intendencia de Energía que eran razonables, dado lo observado en el trabajo de campo.

Lo anterior, asociado con las observaciones que surgen de la misma audiencia pública que llama la atención para revisar las inversiones; por lo tanto, se conjugan todos estos elementos y hay que tener precaución, hacer los análisis y estudios respectivos. Que se tenga que hacer un estudio para cumplir con todo esto, es distinto a decir que el estudio es la justificación son aspectos distintos.

La razón es que hace falta información técnica y fáctica, que lo ha indicado en notas anteriormente y ha tenido preocupaciones y por lo tanto, ha dado todo el apoyo para que se hagan los estudios respectivos, de tal forma que no se caiga en errores u omisiones que pudieron verse en el pasado de incluir en una metodología sin suficiente sustento técnico-fáctico, para poder aplicarse, pero desde su punto de vista no considera que esa sea la razón.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** indica que adicionalmente a lo que han dicho, hubiese esperado una justificación bastante amplia, ya sea para someter a audiencia pública o para archivar, ya que se ha invertido muchísimos recursos públicos en esto. La Junta

Directiva tiene dos años y medio de estar esperando el informe de la audiencia pública, por lo que esto debe tener una justificación. Adicionalmente, valorando todas las posiciones expuestas, y justificar qué es lo que se recomienda; es decir, si lo que se recomienda es archivar, presentar una justificación del por qué se recomienda eso.

Para recomendar a la Junta Directiva el llevar a audiencia pública, se deben tomar en cuenta todos los parámetros, no solamente por el hecho de tener una contratación, que es importante y viene a mejorar. En lo que respecta al sector de transporte, cuando se aprobó la metodología esperamos el resultado de la consultoría en el tema de los coeficientes, que también era un riesgo, pero era más crítico no haber aprobado la metodología y esperar a que estuviera el resultado de los coeficientes.

El señor **Marlon Yong Chacón** explica que en el oficio **543-CDR-2018** tiene aproximadamente 40 anexos explicativos.

Al respecto, el señor **Pablo Sauma Fiatt** manifiesta que es el punto 1 de la propuesta de acuerdo.

El señor **Marlon Yong Chacón** externa que en cada uno de ellos vienen las respuestas técnicas a las preguntas del Regulador General, a estudios fácticos y esos elementos, que son los oficios 220 y 221 del CDR.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** expresa que debería decirse que hay cambios que se están planteando, hay nuevos combustibles, existen algunas carencias detectadas por la Intendencia en sus estudios, indicadas en la misma audiencia pública, las cuales son relevantes y para tener un mejor instrumento, por lo que se recomienda hacer “x” cosa.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que hay que tener cuidado para que no parezca que el mundo se tiene que detener para poder realizar las cosas.

La señora **Xinia Herrera Durán** externa que el señor Marlon Yong Chacón ha estado presente cuando se ha discutido qué es mejora continua y qué no, porque en los acuerdos propuestos la justificación es la mejora continua, y esa no puede ser una justificación de un acuerdo en la que se decide sobre una metodología regulatoria. Agrega, que también se ha discutido, sobre lo que son objetivos generales, específicos y en éstos no calza lo que llaman mejora continua.

El señor **Marlon Yong Chacón** indica que mediante los oficios 220-CDR-2017 y 221-CDR-2017 y siguientes, se indica que la propuesta de someterlo a segunda audiencia pública es factible, desde el punto de vista de la información existente, y que es la misma información disponible al día de hoy.

Agrega que si él tuviera que aplicar esta metodología, por ejemplo: si hubiese sido aprobado, tal y como está ahora, con esa información disponible que no es la información óptima; sin embargo, es la disponible y completa existente, se puede hacer una propuesta de metodología. El elemento que se está indicando ahora es que efectivamente dado a todos los elementos del entorno y otros elementos discutidos previamente mediante diversos oficios remitidos al Despacho del Regulador General, el único elemento de oportunidad que se tiene es el inicio de ese estudio, que va a dar nueva información fáctica, y que la motivación debe estar fundamentada hacia la información fáctica para poder precisar los elementos que vienen en cada una de estas.

El señor **Juan Carlos Martínez Piva** hace referencia al oficio 221-CDR-2017 mencionado por el señor Yong Chacón, que precisamente consigna las preocupaciones expresadas por la Intendencia de Energía, y en dicho oficio el CDR menciona que los estudios, que son aproximadamente 8 estudios que se requerirían para obtener información actualizada, en el oficio dice textualmente lo siguiente: el CDR considera que son necesarios; pero se puede aplicar la metodología.

Asimismo, procede a mencionar los estudios que el CDR considera que son necesarios, tales como: i) la antigüedad de la estación de servicios, que tiene influencia sobre rentabilidad; ii) porcentaje de pérdidas de gasolinas, que la metodología que se está proponiendo hace el mismo coeficiente anterior que es de Colombia, el nivel de apalancamiento, el porcentaje de compras tarjetas de crédito, por el equipo del programa de control de calidad de combustibles, gastos; estos son algunos de los estudios que ellos mencionan que son necesarios, pero se solventan con la contratación que está haciendo el CFIA, que es información fáctica y como decía Marco Otoy Chavarría es información fáctica de todas, es un levantamiento total de la información, por lo que considera que son elementos que es importante tener presentes a la hora de considerar una decisión al respecto.

El señor **Marlon Yong Chacón** agrega que efectivamente ese oficio fue emitido el 07 de agosto de 2017 y se refiere a las recomendaciones que están en cada uno de los planteamientos de los estudios que había indicado la Intendencia de Energía e hicieron un criterio de factibilidad de tener esos estudios.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** pregunta cuál es la recomendación, si considera que es esa, entonces que la mantenga. Le indica al señor Yong Chacón que si lo considera correcto, que igualmente lo demanden cuando se aplique algo que sea incorrecto, porque no le afecta las responsabilidades que tenía desde antes en otras metodologías, y por eso desde antes, desde hace varios meses, se le ha solicitado realizar los ajustes del caso, que se lleven a cabo los estudios rigurosos para no caer en lo mismo, pero entonces asuma las responsabilidades que le competen.

En su opinión, esa metodología claro que la puede aplicar, por supuesto, le va a dar un valor, pero ¿es un valor razonable, rigurosamente establecido, técnico, que permita tener criterios y objetivos para regular o simplemente para dar un valor? ¿con base en qué criterios? Si es información antigua o vieja, ya se dijo aquí que hay coeficientes

que tienen años de haberlos tenido y viene a plantear a la Junta Directiva que se dé una metodología que durante tanto tiempo pudo haber actualizado los coeficientes, igual que en otras metodologías y ahora resulta que es viable y que la Junta Directiva asuma la responsabilidad de aprobar una metodología, eso es lo que está leyendo acá.

Indica que lo que él le dijo que comparte y lo va a apoyar, es que hay un conjunto de elementos que hacen para la institución y la regulación, necesario y conveniente no archivar, sino hacer los estudios lo más rápido posible, para poder tener la información fáctica con el fin de tener un buen instrumento regulatorio, eso es lo que siempre ha querido y no caer en las irresponsabilidades de venir con una metodología que no tiene información ni coeficientes ni valores facticos actualizados, suficientes, apropiados de acuerdo con las innovaciones y los cambios que se están dando, que pongan en riesgo la regulación y la institucionalidad, que implique una serie de dilemas y tramas judiciales por metodologías que no son razonables. Menciona que ha insistido en que se haga de forma rigurosa y técnica porque si aplica un modelo algebraico al que se le incluyen datos, es lógico que arroje datos tarifarios, sin embargo, ¿Les ha consultado a los intendentes si eso es suficiente?

Expone que ya se ha utilizado de forma transparente, la información para que consideren los criterios que se hagan. Reitera que no es que estén en contra de lo que se plantea; sin embargo, lo que se está diciendo es que hay que hacer los estudios técnicos y que es por criterios de oportunidad; entonces cuando critica esto, y no es que está siendo desleal en este momento, es que esas no son las razones, sino la necesidad de tener información, criterios y estudios técnicos que sustenten, y que una de las formas es haciendo los estudios, que es lo que se debió haber hecho hace tiempo.

El señor **Jiménez Gómez** hace hincapié en que el criterio de oportunidad no es ese de hacer el estudio, sino que existe la posibilidad de mejorar, incluso cambios del

entorno que lo señala la Intendencia de Energía que es necesario considerar, que los estudios fácticos llevan a que se tenga un modelo ideal que no se aplica y no es igual en todo lado, de manera que con ese estudio que está muy interesante, poder tener una tipología que podría ser de gran utilidad. Lo que se ha hecho es tratar de analizar y que se tuvieran los estudios suficientes para poder hacer un planteamiento razonable a la Junta Directiva.

El señor **Marlon Yong Chacón** señala que había enviado oficios para decir cuáles eran los estudios que hacían falta en la Intendencia de Energía y el CDR respondió cuáles eran esos estudios y ver en qué momento se podían realizar esos estudios y que también la metodología permitía incorporar los resultados de los estudios cuando así fuera posible.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** aduce estar de acuerdo con todo eso, pero lo que se está diciendo es que el criterio de oportunidad porque se están haciendo estudios, no es el elemento relevante; lo relevante de esto es que hay oportunidades de integrar elementos que quizá cuando se hizo la metodología no estaba, de actualizar información que incide ampliamente. Ejemplifica que si no sabe cuál es la antigüedad o la depreciación del activo, la base que se va a utilizar para el WACC, no va a ser tan fidedigna.

Agrega que todos esos elementos ayudan a tener un mejor instrumento regulatorio y eso es lo que se está diciendo; no es que sea incorrecto, sino que es necesario mejorar con bases de datos e información tal cual se hace ahora. Asimismo, la audiencia pública brindó información de relevancia que podría considerarse para mejorar el instrumento regulatorio. Todos estos elementos pueden llevar a que se hagan los estudios, se tengan en el CDR y cuando estén se eleven nuevamente a conocimiento de la Junta Directiva.

El señor **Marlon Yong Chacón** responde que eso es lo que se está proponiendo, tener esos estudios del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, y una vez con esos estudios, se tendrán los insumos para establecer la manera más apropiada y conveniente, desde el punto de vista de regulación económica e incentivos, si se hará metodologías por tipología de estaciones o si se sigue con una estación típica.

Además, indica que lo que se dijo fue que, en estos momentos tal y como está la normativa vigente, la metodología propuesta cumple con la normativa vigente; no se sale de la normativa vigente que es más precisa y establece parámetros. Entrando al decreto, en el que hay flexibilidad en cuanto al tamaño de las estaciones, no se tendría en este momento la información para poder decir si cumple o no.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** menciona que sobre el decreto no opinaría, debido a que se ha estado tratando de coordinar, preguntar y la Intendencia de Energía ha participado; se creía que iba a estar hace meses y hasta años y no se puede esperar algo que quizá nunca va a estar. Se tratará de considerar los borradores en lo que se haga, pero no se puede seguir esperando el decreto.

El señor **Marlon Yong Chacón** indica que se hizo el análisis de la propuesta con el decreto que es la que se está corriendo, se vieron los elementos técnicos e ingenieriles que estaban en el decreto, pero lo que hay que considerar es que el elemento efectivo de oportunidad, es contar con hechos fácticos, que son estudios que lo que hacen es precisar y esa precisión puede llevar a establecer diferentes maneras de proponer la metodología.

Manifiesta que por eso la propuesta es ordenar el archivo del expediente, notificar a las partes y una vez establecido el estudio, realizar una nueva propuesta de metodología, así como cualquier otro elemento técnico que se considere para tales aspectos.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** consulta si en lugar de archivar, se pueda continuar con el estudio, para no tener que archivar.

El señor **Marlon Yong Chacón** responde que por eso está el punto 4 de la propuesta, dice: “ordenar a la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación que, como parte del proceso de mejora continua, presente una nueva propuesta de metodología tarifaria, etc., tomando como insumo los resultados de la contratación con el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, así como cualquier otro elemento técnico que se considere para tal efecto”.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** advierte que eso se ve como si fuera borrón y cuenta nueva, y le parece que es simplemente que la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación continúe haciendo los estudios para actualizar la propuesta y llevar con los ajustes respectivos, a una nueva audiencia pública.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** resalta que igualmente tienen que brindar las justificaciones del caso para poder tomar el acuerdo.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** considera que lo prudente es que se hagan los ajustes, se integre la información que se requiera, tanto de la audiencia pública como los estudios, y luego con los ajustes se conozca en sesión de Junta Directiva para poderla someter a una segunda audiencia pública, pero no cerrar.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** considera que se puede hacer un resumen de todos los oficios que se recibieron, valorarlos y hacer la justificación para recomendar a la Junta Directiva lo que consideren pertinente.

El señor **Marlon Yong Chacón** responde que es un acto motivado de oportunidad, entonces la oportunidad está escrita en el oficio.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** propone que se incluyan los ajustes anteriores y se vea en una próxima sesión.

Analizado el asunto, conforme a lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y el Centro de Desarrollo de la Regulación, el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes:

ACUERDO 10-69-2018

Continuar, en una próxima sesión, con el análisis Propuesta de “Metodología tarifaria ordinaria y extraordinaria para fijar el margen de comercialización a las estaciones de servicio terrestres, con punto fijo de venta, que expenden combustibles derivados de los hidrocarburos”. Expediente OT-061-2016.

A partir de este momento, se retiran del salón de sesiones los señores (as): Marlon Yong Chacón, Marco Otoy Chavarría, Flor Emilia Ramírez Azofeifa, Daniel Fernández Sánchez, Adriana Martínez Palma, Juan Carlos Martínez Piva y Mario Mora Quirós.

CAPÍTULO VI. ASUNTOS POSPUESTOS.

ARTÍCULO 11. Asuntos pospuestos.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** plantea posponer, para una próxima sesión, el conocimiento de los asuntos indicados del punto 4.7 al 4.11 de la agenda. Lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes:

ACUERDO 11-69-2018

Posponer, para una próxima sesión, conocer los asuntos indicados del punto 4.7 al 4.11 de la agenda, los cuales, en ese orden, se indican a continuación:

- Propuesta del Reglamento del Régimen de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad (RAUSUS).
- Informe presentado por la Dirección General de Atención al Usuario, sobre diversos aspectos relacionados con la mejora regulatoria institucional, función de esa Dirección.
- Informe de precisión de los antecedentes 6, 7, 10, 21, 26 y 27 del oficio 376-DGAJR-2018 del 10 de abril de 2018, emitido por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, respecto de los recursos de reposición interpuestos por el Consejero del Usuario, Geiner Gamboa Piedra -c.c. Heiner Gamboa Piedra- y Melvin Solís Blanco, contra las resoluciones RJD-219-2017 y RJD-220-2017. Expediente CE-006-2016.
- Recursos de reposición interpuestos por el Consejero del Usuario, Geiner Gamboa Piedra -c.c. Heiner Gamboa Piedra- y Melvin Solís Blanco, contra las resoluciones RJD-219-2017 y RJD-220-2017 de la Junta Directiva. Expediente CE-006-2016.
- Gestión de nulidad y queja interpuesto por Transportes San José Venecia a San Carlos S.A., contra el oficio OF-04863-DGAU-2018 (informe final). Expediente OT-007-2018.

CAPÍTULO VII. ASUNTOS INFORMATIVOS.

ARTÍCULO 12. Asuntos informativos.

Se dan por conocidos los siguientes asuntos informativos:

- Denuncia presentada por la empresa Transportes Duarte de la Península S.A., contra la empresa Alfaro Ltda., sobre anomalías en la ruta 1501. Referencia GD-067138-2018. *Área funcional: Dirección General de Atención al Usuario.*
- Atención al oficio OF-0992-RG-2018 del Regulador General, mediante el cual giró instrucciones a las áreas involucradas, para dar cumplimiento al acuerdo 06-65-2018. Oficio OF-1014-RG-2018 del 9 de noviembre de 2018.

A las doce horas y quince minutos se levanta la sesión.

ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ
Presidente de la Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva