

AL CONTESTAR REFIÉRASE

AL N° 1807
DC-0063

R-DC-21-2011. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. DESPACHO CONTRALOR. San José, a las once horas del veinticinco de febrero de dos mil once.-----

Recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP), representada por el Regulador General en contra del estudio DFOE-OP-IF-4-2010 “Informe relacionado con el estudio especial sobre los contratos de concesión de Puerto Caldera”.-----

RESULTANDO

I. Que el Área de Fiscalización de Servicios de Obras Públicas y Transporte de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa emitió el “*informe relacionado con el estudio especial sobre los contratos de concesión de Puerto Caldera*”. Al Regulador General, en concreto se le giró una única disposición, que a la letra establece: “... **4.2 ... a) Emitir las directrices necesarias para que este Organismo Regulador de seguimiento al estado actual de cumplimiento de los requisitos tarifarios emitidos para el INCOP en la resolución RRG-8870-2008 del 30 de setiembre de 2008, la cual sustituyó a la Resolución RRG-7350-2007, y se tomen las acciones que correspondan. Se le solicita informar a este órgano contralor, en un plazo máximo de dos meses, sobre el resultado final de las acciones llevadas a cabo por el Regulador General. Este plazo rige a partir de la fecha de recibo de este documento. ...” (expediente, folios 6 a 31. El subrayado no es parte del original).-----**

II. Que el oficio fue comunicado al INCOP y a la ARESEP el nueve de marzo de dos mil diez (expediente, folios 32 a 34) -----

III. Que por escrito presentado el doce de marzo de dos mil diez, el Regulador General interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra del informe de cita (expediente, folios 1 a 5).-----

IV. Que mediante resolución dictada a las quince horas del doce de abril de dos mil diez, el Área de Fiscalización de Servicios de Obras Públicas y Transporte de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa declaró sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto por la Autoridad Reguladora (expediente, folios 40 a 65). -----

V. Que mediante oficio DFOE-OP-0192 de 16 de abril de 2010, el Área de Servicios de Obras Públicas y Transporte remitió el expediente a esta Oficina (expediente, folios 46 y 47). -----

CONSIDERANDO

I. Sobre la admisibilidad. El informe fue notificado el nueve de marzo de dos mil diez y el recurso presentado el doce de marzo siguiente, razón por la cual se encuentra dentro de plazo, según lo previsto en el artículo 346 de la Ley General de la Administración y como tal se analiza. -----

II. Sobre el fondo. La Autoridad expone en relación con el primer punto, que “... *no tiene ninguna discrepancia tarifaria con el INCOP a raíz de la vigencia de la resolución RRG-6111-2006. Cuando el 12 de marzo del 2007 por medio del oficio P.E.C. 001-2007, dicha Institución planteó sus primeros alegatos al respecto, la Autoridad Reguladora emite en su respuesta el oficio 149-DITRA-2007 del 28 de marzo del 2007 (en poder de los emisores del informe) y en él le es muy claro no solo en las explicaciones del caso, sino en cuanto a que a efectos de evitar las malinterpretaciones (sic), errores y omisiones, las tarifas vigentes autorizadas en los puertos administrados por el INCOP son las de la resolución RRG-6111-2006. / Esta última resolución es clara en indicar en su considerando II lo siguiente: “II. Que dada la dispersión de las referidas tarifas, resulta necesario para su mejor entendimiento y aplicación, consolidarlas y establecerlas como tarifas máximas o tope, cuya finalidad será permitir al operador, en aquellos rubros en que se obtengan*”

evidentes mejoras de eficiencia, trasladar de manera ágil y oportuna, parte del beneficio a los usuarios, y con ello se logren avances concretos en competitividad y desarrollo del puerto y sus servicios, tal como se dispone”. / Como puede observarse el objetivo de esta resolución en ningún momento fue variar las características de las tarifas, sino consolidarlas para una mejor comprensión, lo cual fue explicado con mejor detalle en el citado oficio 149-DITRA-2007. / Desde otro punto (sic) vista debe tener en cuenta la Contraloría que en un momento dado los operadores de los servicios públicos sí pueden tener una discrepancia tarifaria, pero con las tarifas vigentes, dado que pueden estar sufriendo un desequilibrio financiero. En ese momento la decisión administrativa es plenamente de dichos operadores en cuanto a solicitar una revisión tarifaria, situación que pudo realizar el INCOP desde el año 2006”. Sobre el segundo punto, la entidad dice no estar de acuerdo con la afirmación contenida en el estudio, de que la Autoridad no ha ejercido adecuadamente su poder de fiscalización de precios con el fin de que el INCOP presente una petición tarifaria para la nueva situación con los concesionarios. Según el artículo 30 de la Ley 7593 son las empresas operadoras las obligadas, en primera instancia, a solicitar fijaciones tarifarias por lo menos una vez al año. Desde la óptica de la regulación, el primer interesado en actualizar tarifas es el operador. No es posible comprender cómo la presión de la disminución de utilidades o la atracción de pérdidas no sea suficiente motivo para que se acelere cualquier actividad necesaria para solicitar una modificación tarifaria. Cualquier exceso del Regulador podría ser coadministración. Asimismo, tal y como se había informado verbalmente, “... esta Dirección se reunió en varias oportunidades con funcionarios del INCOP, del Órgano Fiscalizador y con funcionarios de la empresa concesionaria La Sociedad Portuaria de Caldera SPC, con el fin de aclarar dudas sobre la propuesta tarifaria que debería presentar el INCOP una vez concluidos los seis meses señalados en la resolución mencionada. / En estas reuniones se trató lo señalado en el Por Tanto III respecto a la información mensual que debería enviar

el INCOP a la ARESEP, lo cual no fue posible de concretar debido a que el INCOP manifestaba necesitar tiempo para poder obtener esa información del operador que apenas iniciaba operaciones. Por medio del Oficio 068-DITRA-2007 del 7 de febrero de 2007 (se adjuntó copia para el informe en cuestión) se le autorizó al INCOP, para que presentara la información señalada en el Por Tanto III en forma trimestral, lo cual fue cumplido en su oportunidad. / Posteriormente, el 4 de julio de 2007, el INCOP presentó la propuesta tarifaria la cual se tramitó bajo el expediente ET-126-2007. En este expediente se incluyen todos los documentos que sirvieron de fundamento a la resolución final del Regulador General. Cabe mencionar, que se le amplió el plazo de presentación de la petición tarifaria al INCOP, dado que tuvo problemas para presentarla al término de los seis meses como se había establecido originalmente. / A pesar de que el Ente Contralor afirma que las reuniones que hemos sostenido con el INCOP han sido de escasos resultados, ello no lo compartimos, han sido reuniones de coordinación y cooperación; nos han servido para saber el paso que lleva la consultoría contratada por el INCOP para la elaboración de la contabilidad de costos: saber que el INCOP está preocupado por el cumplimiento de las disposiciones que les hemos pedido y que su resultados se perfilan tal y como lo queremos". Como un tercer aspecto, la entidad recurrente menciona que con las modificaciones incorporadas a la Ley 7593, por la Ley 8660, se introduce el tema de las multas. Antes de la reforma, la única posibilidad legal de penar los incumplimientos de condiciones establecidas era rechazar las peticiones tarifarias, lo que se hizo de manera consistente, mediante la resolución RRG-6203-2006 de 22 de noviembre de 2006, cuando el INCOP desiste por no poder cumplir con las condiciones fijadas por la ARESEP. La entidad dice no tener inconveniente en cumplir la disposición girada por la Contraloría General, teniendo claro que en la actualización de tarifas es iniciativa del INCOP. Las alternativas de la ARESEP son: "a. Dar un plazo determinado, sin importarnos como lo hagan, para que finalicen la contabilidad de costos y luego multar si no cumplen. No se

logra el objetivo. / b. Rechazar cualquier solicitud tarifaria que no cumpla con nuestras disposiciones. No se cumple el objetivo. / c. Realizar un estudio tarifario de oficio, para lo cual no tenemos información apropiada. Tampoco se cumple el objetivo. / d. Coordinar como lo hemos hecho hasta la fecha, lo que seguimos considerando, es lo más apropiado”.

Con base en lo expuesto, la entidad recurrente solicita se declare con lugar el recurso, se dejen sin efecto las disposiciones referidas al Regulador General. **Criterio del Despacho.**

En relación con el primer punto, el Área de Servicios de Obras Públicas y Transportes, al atender el recurso de revocatoria, aclaró que la “discrepancia” no se refiere, como lo expone el recurrente, a las características de las tarifas, que son por precio tope, ni tampoco en su consolidación, sino más bien en el hecho de que el pliego tarifario aprobado mediante resolución RRG-6111-2006 dejó algunos de los servicios ofrecidos sin una definición específica. Desde la presentación del borrador del informe, la ARESEP externó comentarios que fueron valorados en el informe, en el cual se dice que: “... *Al respecto la ARESEP señaló en el oficio Nro. 234-DITRA-2010/4860, del 16 de febrero de 2010, mediante el cual hace observaciones al borrador de este informe, que esa Autoridad no tiene ningún diferendo tarifario con el INCOP a raíz de la vigencia de la resolución RRG-6111-2006 pues para ellos es muy claro que las tarifas vigentes autorizadas en los puertos administrados por el INCOP, son las de dicha resolución. / Este comentario de la ARESEP no desvirtúa la afirmación de la Contraloría en el sentido de la existencia de un diferendo entre el INCOP y la ARESEP por las tarifas que actualmente se cobran en el Puerto de Caldera, pues mediante el estudio realizado se comprobó que en la actualidad el INCOP cobra tarifas que no se ajustan a la citada resolución de la ARESEP, por contener ésta conceptos tarifarios que no han sido aceptados por el INCOP. ...*” De lo visto, no se trata tanto de una confrontación de criterios, dado que el INCOP no impugnó formalmente, en su oportunidad, lo resuelto por la Autoridad, sino de una situación material que requiere ser definida, derivada, entre otras cosas, de que algunas tarifas no fueron tomadas en

consideración en la resolución RRG-6111-2006 y de actuaciones desplegadas por el INCOP, ante esa situación. En relación con el segundo aspecto, referente a la forma en que la ARESEP ha ejercido su poder de fiscalización es cierto que el primer interesado en actualizar tarifas es el INCOP. Sin embargo, también es cierto que la Autoridad está obligada a la iniciativa regulatoria, según la cual **promoverá** los cambios que resultan necesarios y convenientes para el mejor desarrollo de los servicios. Tal y como menciona el Área de Fiscalización, “... *la falta de proactividad se refleja en el hecho de que las tarifas cobradas por la prestación de los servicios portuarios en Puerto Caldera no corresponden a los costos de dichos servicios, pues las vigentes se relacionan a una estructura de costos que difiere de la que existe a partir de la incorporación de nuevos operadores y de la eliminación de la convención colectiva, entre otros, situación que se traduce en precios que no reflejan la estructura de costos actual*”. La incorporación de nuevos operadores es un cambio esencial que exige realizar en el menor tiempo posible las adecuaciones de modelo de costos y tarifarias que se requieran para un ajuste con la realidad; de ahí que se mantenga lo señalado en el informe. Efectivamente, el tema tarifario requiere de una intensa coordinación y seguimiento por parte de la ARESEP, sin que ello signifique una co administración del ente regulador; ni tampoco que la única alternativa deba ser el cobro de multas. Por último, pese a que el recurrente dice no tener inconveniente “... *con la disposición para el Regulador General ...*” e incluso en su momento designó al respectivo contacto para efectos de seguimiento del informe, solicita declarar con lugar el recurso a fin de que se dejen sin efecto las disposiciones referidas a aquél, de lo cual se advierte contradicción. No obstante, visto que la **única** disposición girada al Regulador procura promover una mayor definición en el tema tarifario sobre el cual existen avances importantes en ese sentido, se declara sin lugar el recurso interpuesto. -----

POR TANTO

Con sustento en las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a esta resolución, lo dispuesto en el artículo 351 de la Ley General de la Administración Pública, se resuelve **DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP), representada por el Regulador General en contra del estudio DFOE-OP-IF-4-2010, “informe relacionado con el estudio especial sobre los contratos de concesión de Puerto Caldera”.-----

NOTIFÍQUESE.



Marta E. Acosta Zúñiga
SUBCONTRALORA GENERAL DE LA REPÚBLICA

MAZ/JHA/pbj

Ce: Área de Seguimiento de Disposiciones

Ci: Copiador
Archivo Central

NI: 5201-10