

**ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA**

**38-2011**

**13 de junio del 2011**

***San José, Costa Rica***

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 38-2011**

Acta de la sesión extraordinaria número treinta y ocho-dos mil once, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la ciudad de San José, a partir de las catorce horas y seis minutos del trece de junio del dos mil once, con la asistencia de sus miembros: Dennis Meléndez Howell, Presidente; Emilio Arias Rodríguez; María Lourdes Echandi Gurdián; Edgar Gutiérrez López y Sylvia Saborío Alvarado, así como con la de los señores: Rodolfo González Blanco, Gerente General; Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno; Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de Junta Directiva.

**ARTÍCULO 1.** *Aprobación del Orden del Día.*

A raíz de un planteamiento del director Edgar Gutiérrez López, la Junta Directiva:

**resolvió por unanimidad:**

aprobar el orden del día, en el sentido de modificar el nombre del único asunto resolutive indicado en agenda de manera que se lea correctamente: *□Recurso de apelación y nulidad absoluta concomitante interpuesto por la empresa Alfaro, Ltda, en contra de la resolución 372-RCR-2011, de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011. Expediente OT-008-2009□*

**ARTÍCULO 2.** *Recurso de apelación y nulidad absoluta concomitante interpuesto por la empresa Alfaro, Ltda, en contra de la resolución 372-RCR-2011, del 21 de marzo del 2011.*

La Junta Directiva procedió a analizar el oficio 302-DGJR-2011 del 9 de junio del 2011, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria se refiere al recurso de apelación y nulidad absoluta concomitante interpuesto por la empresa Alfaro, Ltda, en contra de la resolución 372-RCR-2011, de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011, expediente OT-008-2009, de conformidad con lo resuelto en el artículo 5 del acta de la sesión 37-2011, celebrada el 8 de junio del 2011.

Seguidamente la señora **Carol Solano Durán** procedió a exponer los principales extremos del citado informe destacando que: i) mediante resolución 372-RCR-2011, se revocó la concesión de la ruta 503 por cobro de tarifas diferentes a las autorizadas y se impuso multa de ¢5,086,000 por prestación no autorizada del servicio en la ruta 1502, ii) La empresa presentó recurso de apelación con nulidad absoluta concomitante el 28 de marzo de 2011 y iii) El 26 de mayo se notificó la resolución que le dio curso al amparo de legalidad por falta de resolución del recurso de apelación. El plazo para cesar la conducta omisiva vence el 16 de junio. Entre otras cosas, destacó los argumentos del recurrente, el criterio

jurídico y las recomendaciones correspondientes de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, al tiempo que respondió algunas consultas que sobre el particular le formularon los señores miembros de la Junta Directiva.

La directora ***María Lourdes Echandi Gurián*** señaló que ella, conjuntamente con el director Arias Rodríguez, querían expresar su voto salvado a dicha propuesta de acuerdo, en el sentido de declarar de oficio la nulidad de la resolución impugnada por incompetencia del Comité de Regulación y la nulidad del Transitorio II del RIOF, para lo cual desean dejar contando seguidamente sus argumentos:

Expediente OT-008-2009.  *Recurso de apelación con nulidad concomitante, caducidad del proceso, caducidad de la acción sancionatoria y falta de competencia*  interpuesto por la empresa Alfaro Limitada en contra la resolución del Comité de Regulación No. 372-RCR-2011 de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011.

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, nos separamos del voto -resolución- de mayoría y conforme a lo dispuesto por los artículos 67.1; 102.d), 174.1 y 180 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad de la resolución venida en alza, en vista de la infracción sustancial relativa al sujeto (existencia y competencia del órgano que adopta el acto) que media en la conducta impugnada, así como del Transitorio II del Reglamento Interno de Organización y Funciones de esta entidad -RIOF-, este último, en tanto se encuentra viciado de legalidad y constitucionalidad. La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de dictado de la resolución venida en alza y del Transitorio II del RIOF. En vista de la anulación de dicho Transitorio, corresponde al Regulador General asumir las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación desde la fecha de su creación y hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

La presente resolución se dicta al conocer esta Junta Directiva, el  *recurso de apelación con nulidad concomitante, caducidad del proceso, caducidad de la acción sancionatoria y falta de competencia*  interpuesto por la empresa Alfaro Limitada contra la resolución del Comité de Regulación No. 372-RCR-2011 de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011, la cual dispuso:

**EL COMITÉ DE REGULACION**

**RESUELVE:**

I.

II. *Revocar la concesión otorgada a la empresa Alfaro Limitada para la ruta 503* ;

III. *Imponer a la Empresa Alfaro Limitada, concesionaria de la ruta 1502, una multa de \$5.086.000.00 (cinco millones ochenta y seis mil colones exactos), correspondiente a*

*veinte salarios base, por prestación no autorizada del servicio de transporte público modalidad autobús, en razón de dar dicho servicio sin contar con el debido refrendo de por parte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.*

IV. (  )

V. (  )

Estimamos que la aludida irregularidad del órgano que ha dictado la resolución recurrida Comité de Regulación-, obedece a vicios de constitucionalidad y legalidad de la norma transitoria que lo ha creado según será expuesto en detalle de seguido.

## **I.- SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD**

### **1.- Sobre el Comité de Regulación**

En cuanto a la creación y atribuciones de ese órgano, como directores de la entidad hemos manifestado que a nuestro criterio las atribuciones asignadas a dicho comité deben ser asumidas por el Regulador General en vista de diversas consideraciones jurídicas que pasamos a exponer.

El Comité de Regulación es un órgano interno que no ha sido creado mediante ley, es decir, no es un órgano externo que pueda ejercer potestades de imperio, como sí es el caso del Regulador General.

En vista de esa naturaleza jurídica del Comité de Regulación, estimamos que no puede asignársele atribuciones cuyo ejercicio repercuta de forma directa en la esfera de los ciudadanos (potestades de imperio). Así se deriva del Principio General de Libertad y por ende de la exclusiva competencia de la Asamblea Legislativa para regular la vida externa de la Administración frente a los derechos del particular, según el contenido de los artículos 28 y 120 inciso 20) de la Constitución Política.

La Doctrina ha señalado de modo claro y pacífico al respecto que *la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley -artículo 120, inciso 20) de la Constitución Política-*.  JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo. En el mismo sentido véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo.

De este modo, estimamos que conforme a los límites constitucionales antes referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización tal y como ha sucedido en la especie. En efecto, si se le asigna a un órgano interno potestades de imperio vía reglamento autónomo de organización, en

realidad se crea un órgano externo obviando la reserva legal que establece la Constitución Política en la aludida norma y se legisla *ex novo*.

Como resulta obvio, estas consideraciones en nada se relacionan con la idoneidad de los funcionarios que integran o han integrado dicho Comité de Regulación.

No obstante, no debe dejarse de lado que, precisamente por el impacto que tienen las decisiones de los órganos externos de la ARESEP sobre la esfera de los particulares, los nombramientos de los funcionarios con competencias externas y que asumen la jerarquía de la institución, han de ser ratificados por la Asamblea Legislativa con el propósito de brindarle a sus decisiones legitimidad democrática, todo lo cual, como es claro, no sucede en el caso de los funcionarios que integran el Comité de regulación en tanto son designados por el Regulador General a su entera discreción.

Esta problemática, hay que decirlo, se produce también en el caso de las pretendidas superintendencias de agua, energía y transportes [denominación por demás inadecuada y que conduce a la confusión en torno a su verdadera naturaleza jurídica-, las cuales son órganos internos creados por un reglamento autónomo de organización, como es el RIOF, a los cuales les fueron asignadas, por esa vía, potestades de imperio como las de definir tarifas en los servicios públicos de su respectivo ramo, sin el soporte legal exigido por el bloque de constitucionalidad.

## **2.- Sobre el examen parcial de la Procuraduría y del Tribunal Contencioso Administrativo**

### **A.- Sobre la opinión jurídica OJ-094-2009 de 9 de octubre del 2009 de la PGR**

La Procuraduría General de la República emitió una opinión jurídica con relación al tema que se viene de exponer [con referencia a las superintendencias-, en donde desarrolla una tesis contraria a la de los suscritos directores. Se trata, con todo, de una mera opinión jurídica, no así un dictamen, por lo cual no tiene efectos vinculantes conforme lo aclara, en su apartado I, la misma opinión jurídica OJ-94-2009.

Aun no siendo vinculante tal criterio, es preciso examinar las razones por las cuales no se comparte la conclusión de dicho órgano consultivo.

En la referida opinión, la Procuraduría admite que según el artículo 45 de la Ley de la ARESEP, la entidad está conformada, **únicamente**, por cuatro órganos externos, a saber:

- a) Junta Directiva.
- b) Un regulador general y un regulador general adjunto.

- c) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel).
- d) La Auditoría Interna.

De este modo, se indica que cualquier otro órgano que no esté comprendido en el citado artículo 45, debe ser considerado como un órgano interno.

Se señala además que el inciso l) del artículo 53 de la Ley de la ARESEP reconoce la potestad de auto organización de la entidad, la cual debe ser ejercida por la Junta Directiva en ejercicio de la cual, no hay posibilidad de crear órganos externos por ser esa facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa.

Textualmente, se indica:

*□La competencia de la Junta Directiva está referida a la creación de órganos internos, sin que le haya sido atribuida una competencia para crear órganos externos. Por consiguiente, la Junta Directiva debe limitarse a asignar las funciones a los distintos órganos internos que cree, sin crear ni transferir potestades de imperio.□*

Además, al referirse a las funciones de las superintendencias creadas por el RIOF, se reconoce que algunas de ellas  implican poderes de imperio. Potestades, entonces, que sólo pueden ser atribuidas por ley.□

Sin embargo, la Procuraduría concluye que dado que las superintendencias no son órganos de desconcentración máxima, se les ha asignado, no transferido, competencias a las superintendencias, por lo que estima jurídicamente correcto tal proceder.

Como se puede observar, el razonamiento seguido por la Procuraduría para calificar como regular la creación de las superintendencias y la atribución de funciones que se dispone en el RIOF en su favor, se centra en el hecho de que no se trata de órganos desconcentrados, caso en el cual reconoce la exigencia de una disposición legal que los conforme. Se deja de lado, sin embargo, el hecho de que indistintamente de que se trate de órganos desconcentrados o no, lo cierto es que el ejercicio de potestades de imperio, como se reconoce que lo son algunas de las atribuidas a las superintendencias, sólo cabe que lo hagan órganos externos creados por el legislador, no así por parte de meros órganos internos creados por la propia administración mediante un reglamento interno de organización como es el RIOF, todo lo cual disponen los artículos 28 y 120 inciso 20) de la Constitución Política. Como se ha visto, en su opinión, la Procuraduría admite que los únicos órganos externos son los antes referidos, no así las superintendencias.

Así las cosas, en tanto evade o ignora en su razonamiento jurídico la restricción constitucional antes referida, no podemos compartir el criterio referido, el cual, en todo caso, no posee carácter vinculante como se ha visto.

### **B.- Sobre la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial aludida**

Una vez examinada la sentencia No. 3929-2010 de las 16:00 horas del 20 de octubre de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial, es posible concluir que en dicho fallo se sigue el mismo razonamiento que la Procuraduría General de la República expuso en la referida opinión jurídica.

Como se puede comprobar, este fallo, tal y como se hizo ver en las sesiones No. 18 y 21 del 2011 de esta Junta Directiva, tampoco analiza los límites constitucionales antes evaluados, a saber, la imposibilidad de atribuir potestades externas a entes internos, aspecto que queda reservado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 10 de la Carta Política.

En suma, en efecto, al igual que en el caso de la Procuraduría General de la República, no se consideran en el fallo en comentario, los límites constitucionales de los Reglamentos autónomos de organización.

Debe reiterarse que conforme a los límites constitucionales referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización, en tanto ello quebranta la reserva legal que establece la Constitución Política en la materia.

De este modo, en tanto los efectos de este fallo se reducen al debate de mera legalidad □ artículo 49 constitucional-, no encontramos en este pronunciamiento límite alguno para resolver en los términos en que lo hacemos.

8

Por otra parte, como se expondrá de seguido, en el fallo no se examina el quebranto que estimamos se causa con el Transitorio II del RIOF al artículo 37 de la Ley de la ARESEP.

### **II.-Sobre la Ilegalidad: violación del artículo 37 de la Ley de la ARESEP, reformado mediante la Ley No. 8660 por falta de aplicación**

A mayor abundamiento, debemos señalar, como se ha hecho ya en deliberaciones anteriores de esta Junta Directiva, que en el citado proceso contencioso administrativo

no se examinó un aspecto de medular importancia para verificar la ilegalidad de la creación del referido Comité.

Efectivamente, a nuestro juicio, las disposiciones reglamentarias que crean el Comité de Regulación son ilegales en tanto violan el artículo 37 de la Ley de la ARESEP por falta de aplicación, tal y como lo vamos a exponer de seguido.

Estimamos que aún considerando la reforma del artículo 37 de la ley de la ARESEP operada mediante el artículo 41 aparte g) de la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008, no es posible calificar como legítima la creación de ese Comité.

En efecto, dicha norma dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

□ *Artículo 37.-Plazo para fijar precios y tarifas*

*La Autoridad Reguladora resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, en un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días naturales posteriores a la fecha de la celebración de la audiencia. Si, pasado ese término, quien, de conformidad con esta Ley, deba resolver, no ha tomado la decisión correspondiente, será sancionado por el regulador general de la Autoridad Reguladora, con suspensión del cargo hasta por treinta (30) días. La suspensión dos veces o más en un mismo año calendario, se considerará falta grave y constituirá causal de despido sin responsabilidad patronal.* □

Como se puede comprobar, sin duda, el propio legislador dejó en claro que según su entendimiento, **es la Ley** a quien corresponde atribuir la potestad de resolver en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, no así a un mero reglamento interno de organización como el RIOF.

Ciertamente, si bien el legislador con la reforma al artículo 37 de la No. 7593 de 9 de agosto de 1996, mediante la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008 da por supuesto que estableció el órgano externo competente que *resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas* □, lo cierto es que no lo hizo. Es decir, existe una laguna normativa en la asignación del órgano externo que debe asumir esa tarea.

Ante tal vacío, lejos de optarse, como se ha hecho de modo ilegítimo, a integrar el Ordenamiento mediante una disposición reglamentaria de corte orgánico, lo pertinente es acudir a las reglas establecidas en el artículo 62 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone:



□Artículo 62.-

*Cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente u órgano compuesto por varias oficinas, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar, y, si no la hay, la de grado superior, o la que ésta disponga.* □

De este modo, para definir el órgano que debe asumir la función de fijar o cambiar tarifas e imponer sanciones rescisorias y económicas a los sujetos regulados, deberá examinarse cuál de los órganos **externos** de la ARESEP, es decir los establecidos en el artículo 45 de su ley, tienen una función más similar, quedando excluidos en la elección los órganos internos por las razones ya aludidas.

Es claro, a nuestro juicio, que el órgano externo de la ARESEP con funciones más similares al ilegítimo Comité de Regulación y a las ilegítimas superintendencias de agua, energía y transportes, es el regulador general, por lo que corresponde a éste, como históricamente ha sucedido, ejercer tales facultades hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

Por tanto, consideramos que el Comité de Regulación es incompetente para ejercer potestades de imperio tales como las que ejerce mediante la resolución No. 372-RCR-2011 de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011 que revoca la concesión otorgada e impone una sanción económica (multa).

**POR TANTO:**

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, nos separamos del voto -resolución- de mayoría y conforme a lo dispuesto por los artículos 67.1; 102.d), 174.1 y 180 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad de la resolución venida en alzada, en vista de la infracción sustancial relativa al sujeto (existencia y competencia del órgano que adopta el acto) que media en la conducta impugnada, así como del Transitorio II del Reglamento Interno de Organización y Funciones de esta entidad -RIOF-, este último, en tanto se encuentra viciado de legalidad y constitucionalidad. La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de dictado de la resolución venida en alzada y del Transitorio II del RIOF. En vista de la anulación de dicho Transitorio, corresponde al Regulador General asumir las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación desde la fecha de su creación y hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

El presente voto salvado □resolución de minoría- deberá ser debidamente comunicado junto con la resolución de mayoría, según lo establecido en el artículo 57 de la Ley General de la Administración Pública.-□

Don **Edgar Gutiérrez** le llamó la atención el hecho de cómo los directores Arias y Echandi determinaron antes que iba haber tres votos en un sentido, porque en realidad no se ha votado, es decir, primero se dio el voto salvado antes de saber.

La directora **Echandi** señaló que traen redactado su voto, sobre todo porque urge, y el juez en la resolución del amparo de legalidad establece un plazo para resolver que vence el próximo 16 de junio. También siendo consecuentes con sus tesis de no separar o dividir el voto salvado del voto que otorga la firmeza a un acuerdo, no podrían votar hoy la firmeza de este sino hasta que se apruebe el acta. Incluso el acta de esta sesión esta agendada para ser aprobada el próximo miércoles 15 de junio, justo un día antes de que venza el plazo. Entonces para no atrasar el acta enviarían el archivo del documento hoy mismo al Secretario. Hace ver, que ojalá se les unieran más votos y fuera este el acuerdo de mayoría.

Doña **Sylvia Saborío Alvarado** indicó que, para entender toda esa □perorata□ en cristiano, eso significa, a lo cual don **Emilio Arias** señaló que, por el orden, quisiera que le aclare a doña Sylvia que eso no es una perolata, por favor, porque es un trabajo serio.

La señora **Saborío** señaló que si todo ese discurso serio significa que en realidad para votar como lo están haciendo o salvar el voto, es porque no admiten la constitucionalidad del Comité de Regulación ¿básicamente? Si entendí bien, ¿admiten la legalidad pero no la Constitucionalidad del comité? A lo cual don Edgar explicó que ninguno de los dos.

El señor **Regulador** manifestó que le cabe una duda, cuando doña María Lourdes estaba leyendo lo anotó. Habla del artículo 37 de la ley de ARESEP, como una de las razones por las cuales consideran que la formación del Comité de Regulación no es legal, precisamente lo que más duda le causa en ese caso, es que el artículo 37, más bien, da a entender que hay otro órgano o que alguien más, es el encargado de tomar las decisiones tarifarias y que en caso de que no lo cumpla en el período de un mes, corresponde al Regulador sancionarlo por no haber tomado esa disposición. Lógicamente, no puede ser hacia arriba, tiene que ser hacia abajo, porque el Regulador no tiene poder sancionatorio sobre la Junta Directiva o alguien hacia arriba del Regulador, de manera que tiene que ser un subalterno del Regulador. Desde ese punto de vista, le parece una contradicción que se utilice ese artículo 37, aduciendo que por falta de aplicación del artículo, entonces eso no procede.

Por otra parte, aquí se nos a dicho que lo que se está haciendo con el Comité de Regulación, es delegando potestades de imperio en el Comité de Regulación, en realidad, eso, no es abogado, pero le da la impresión que al igual que sucede en cualquier institución o en cualquier ente público, alguien tiene que hacer las labores como tales, consecuentemente, dado que la ley de ARESEP, cambia a partir del 2008, la función de fijar las tarifas del Regulador a ARESEP como tal, entonces la Junta Directiva es la que puede delegar quien es el que hace esas funciones como tal, no necesariamente, le está confiriendo las potestades de imperio, ahí es donde tiene esas dudas de por qué, es que se aduce que es ilegal, porque evidentemente si se habla de que se está delegando potestades de imperio.

Ya ahí no tiene capacidad para decir si eso es o no es cierto y en todo caso, si eso está en la ley, nosotros lo podemos aplicar y hasta tanto no se declare inconstitucional eso, considera que mientras sea legal, la obligación es cumplirlo, entonces esas son las dudas que le genera esto, por eso es que no le convencen todos los argumentos que fueron esgrimidos anteriormente.

Seguidamente el señor *Regulador General*, don *Edgar Gutiérrez López* y la directora *Sylvia Saborío Alvarado* fueron del criterio de que lo procedente, en esta oportunidad, es acoger las recomendaciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, contenidas en su oficio 302-DGJR-2011 del 9 de junio del 2011, en el siguiente sentido: i) Suspender el conocimiento del recurso de apelación, hasta tanto no se resuelva en definitiva el proceso judicial interpuesto por la Empresa Alfaro, Ltda. contra la Autoridad Reguladora y tramitado bajo el expediente 08-001519-1027-CA, del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda y ii) Suspender la ejecución de la resolución 372-RCR-2011, hasta tanto no se resuelva en definitiva el proceso judicial interpuesto por la Empresa Alfaro, Ltda. contra la Autoridad Reguladora y tramitado bajo el expediente 08-001519-1027-CA, del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por considerar que la misma puede causar perjuicios graves o de imposible reparación.

El director *Arias Rodríguez* indicó que para efectos de dejar el rastro también, nosotros redactamos el voto salvado y nos separamos de las recomendaciones de la Dirección de General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de la Institución, precisamente por los argumentos que se esgrimen dentro del voto salvado y recomendamos la declaración de la nulidad de oficio, en esa dirección y los argumentos que se incorporan dentro de este voto salvado ya en actas anteriores han sido debatidos. Por esa razón, hacemos la aclaración para efectos de que quien lea esta acta pueda buscar los argumentos que están desarrollados ampliamente en otras sesiones anteriores y para efectos de que queden en acta, que textualmente, la discusión va voy a pedir que conste literal.

Doña *María Lourdes Echandi* vota en contra de la propuesta de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria la cual acoge la mayoría de este órgano colegiado

y salva su voto conforme a los argumentos que recién expuso y que han desarrollado tanto el directivo Arias y ella concretamente en las sesiones 18 y 21 del 2011. De esta forma, opta por declarar de oficio la nulidad de la resolución impugnada por incompetencia del Comité de Regulación y la nulidad también del Transitorio II del RIOF, por ser este último, inconstitucional y además ilegal.

Don *Dennis Meléndez* indicó que por su parte, por las razones que expuso, que no está convencido de que la designación del Comité de Regulación, sea ilegal y por el hecho de que, mientras no sea declarado inconstitucional puede ser que las razones sean válidas, pero, eso tendría que ser oportunamente declarado por la Sala Constitucional, entonces voto también a favor de acoger la recomendación de la Asesoría Jurídica y Regulatoria.

Con base en los comentarios y sugerencias formulados en esta oportunidad, así como con lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en su oficio 302-DGJR-2011 del 9 de junio del 2011, la Junta Directiva, con los votos a favor de los directores *Dennis Meléndez, Sylvia Saborío y Edgar Gutiérrez*, y voto salvado de los directores *Emilio Arias y María Lourdes Echandi*:

### **Resultando:**

- I. Que el 19 de agosto de 2008, el señor Luis Cabalceta, interpuso denuncia ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos contra la Empresa Alfaro Ltda. Por el cobro de la tarifa que realiza dicha empresa en la ruta Santa Cruz- San José, vía Puente de la Amistad (folio 9).
- II. Que el 3 de octubre de 2008, el señor Eduardo Antonio Briceño Mendoza, interpuso denuncia ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos contra la Empresa Alfaro Ltda. Por la tarifa cobrada para la ruta San José- Santa Cruz por el Puente de la Amistad (folios 19 a 22).
- III. Que el 13 de octubre de 2008, el señor Raymundo Bolaños Calvo, interpuso denuncia ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos contra la Empresa Alfaro Ltda. Por el cobro de tarifa para la ruta San José- Santa Cruz por el Puente de la Amistad (folios 23 a 25).
- IV. Que el 12 de noviembre de 2008 los funcionarios Carlos Mata Coto y Jeffry Mahecha Uribe de la entonces Dirección de Protección al Usuario de la Autoridad Reguladora, emitieron acta de la inspección efectuada los días 10, 11 y 12 de noviembre de 2008 (folio 35).

- V.** Que mediante oficio 3145-DPU-2008 del 2 de diciembre de 2008, los funcionarios Carlos Mata Coto y Jeffry Mahecha Uribe de la entonces Dirección de Protección al Usuario de la Autoridad Reguladora, remiten un informe a la Directora a.í. de dicha área sobre una investigación realizada referente a los hechos denunciados (folios 03 a 08).
- VI.** Que el 29 de enero y el 15 de junio, ambos de 2009 y el 01 de febrero y 11 de marzo de 2010, el señor Jorge Arredondo Espinoza en condición personal y como apoderado generalísimo sin límite de suma de Tralapa Limitada, interpuso denuncias ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos contra la Empresa Alfaro Ltda. Por incumplimiento de contrato de concesión y cobro de tarifas no autorizadas (folios 42 a 56, 58 a 68 y 121 al 125).
- VII.** Que mediante acto administrativo RRG-203-2010 de las 15:15 horas del 11 de marzo de 2010, se dictó resolución de apertura de procedimiento contra Empresa Alfaro Limitada Ltda. Y se nombró como órgano director a los funcionarios Eric Cháves Gómez y Selene Camacho Quesada (folios 129, 264 al 291).
- VIII.** Que el 19 de marzo de 2010, la investigada interpuso recurso parcial de revocatoria con apelación en subsidio contra el numeral 2 de la parte dispositiva del acto administrativo RRG-203-2010, referida al nombramiento del órgano director del procedimiento (folios 240 al 263).
- IX.** Que por resolución ROD-143-2010 de las 17:04 horas del 26 de marzo de 2010 se formularon cargos y se citó a comparecencia. Se notificó a la investigada el 26 de marzo de 2010, por el medio señalado (folios 321 al 349).
- X.** Que por resolución RRG-254-2010 de las 11:00 horas del 5 de abril de 2010 se dictó resolución rechazando por el fondo el recurso parcial de revocatoria, confirmando la RRG-203-2010 y emplazando el recurso parcial de apelación ante la Junta Directiva. Esta resolución fue notificada a la investigada el 6 de abril de 2010 por el medio señalado (folios 313 al 319).
- XI.** Que el 27 de abril de 2010 se llevó a cabo la comparecencia de ley (folios 352 al 367).
- XII.** Que por resolución RJD-002-2011 de las 14:30 horas del 26 de enero de 2011, la Junta Directiva conoció el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-203-2010, resolviendo rechazar por extemporáneo dicho recurso y dar por agotada la vía administrativa (folios 379 al 385).

- XIII.** Que el 3 de marzo de 2011, mediante oficio OD-30-2011, el órgano director del procedimiento, remitió al Comité de Regulación, el informe de instrucción del procedimiento, así como el expediente OT-008-2009 (folios 389 a 391).
- XIV.** Que mediante resolución 372-RCR-2011, de las 15:15 horas del 21 de marzo de 2011, (folios 410 a 424) el Comité de Regulación resolvió:
- (□) I. Absolver a la Empresa Alfaro Limitada por el cobro de tarifas o precios distintos a los fijados, autorizados o establecidos por la Autoridad Reguladora en el trayecto San José-Filadelfia el 9 de junio de 2009 a las 9:00 a.m. por un valor de ¢3.130,00, conforme al boleto 2211976. // II. Revocar la concesión otorgada a la empresa Alfaro Limitada en la ruta 503, según artículo 6.5 de la sesión ordinaria 51-2009 descrita como San José-Nicoya-Tamarindo-Cartagena-Portegolpe por carretera Interamericana y viceversa, otorgada según artículo 6.5 de la sesión ordinaria 51-2009, de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público del 11 de agosto de 2009, por haber realizado cobro de tarifas no autorizadas en el trayecto Nicoya-Barranca, reiterando de esta forma la conducta sancionada mediante resolución RRG-9215-2008, de las 10:00 horas del 5 de noviembre de 2008. // III. Imponer a la Empresa Alfaro Limitada, concesionaria de la Ruta 1502, una multa de ¢5.086.000,00 (cinco millones ochenta y seis mil colones exactos), correspondiente a veinte salarios base, por prestación no autorizada del servicio de transporte público modalidad autobús, en razón de dar dicho servicio sin contar con el debido refrendo por parte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.// IV. Intimar por primera vez a la Empresa Alfaro Limitada, para que dentro del plazo de diez días hábiles proceda a cancelar la suma de ¢5.086.000,00 (cinco millones ochenta y seis mil colones exactos), correspondiente al punto III de la parte dispositiva, este monto debe ser pagado a favor de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, y de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 7593, reformado por la Ley 8660, publicada el 31 de agosto del 2008, en el Alcance 31 del Diario Oficial La Gaceta número 156, según establece los numerales 150 y 264 inciso 1 de la Ley General de la Administración Pública. Dicho plazo se contará a partir del día hábil inmediato siguiente a la comunicación de las intimaciones de ley.(□)□*
- XV.** Que el día 28 de marzo de 2011, la Empresa Alfaro Ltda., inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de apelación con nulidad absoluta concomitante en contra de la resolución 372-RCR-2011, del 21 de marzo de 2011 (folios 425 a 466).
- XVI.** Que el 27 de mayo de 2011, el Comité de Regulación emplaza a las partes ante la Junta Directiva para hacer valer sus derechos respecto al recurso de apelación interpuesto por la Empresa Alfaro Ltda., contra la resolución 372-RCR-2011 (folios 493 a 495).

- XVII.** Que el señor Eduardo Briceño Mendoza, en condición de denunciante, el 30 de mayo de 2011, respondió al emplazamiento conferido ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora (folios 488 a 492).
- XVIII.** Que el 31 de mayo de 2011, la Dirección de Servicios de Transporte, mediante el oficio 543-DITRA-2011, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública respecto al recurso de apelación interpuesto por Empresa Alfaro Ltda. (folios 496 a 497).
- XIX.** Que el 2 de junio de 2011 la Empresa Alfaro Ltda. Respondió al emplazamiento conferido ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora (folios 498 a 505).
- XX.** Que mediante oficio 148-SJD-2011, de 1 de junio de 2011, la Secretaría de Junta Directiva remite para análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa Alfaro, Ltda. Contra la resolución 372-RCR-2011 (folio 516).
- XXI.** Que Tralapa Ltda., en su condición de denunciante, el 3 de junio de 2011, respondió al emplazamiento conferido ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora (folios 506 a 511).
- XXII.** Que Tralapa Ltda., en condición de denunciante, el 3 de junio de 2011, solicitó a la Autoridad Reguladora, la aplicación de las disposiciones contenidas en la resolución 372-RCR-2011 (folios 512 a 515).
- XXIII.** Que mediante oficio 285-DGJR-2011, del 3 de junio de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria informó a la Junta Directiva, que el 26 de mayo del año en curso, se notificó la resolución de las 10:15 horas del 18 de mayo de 2011, del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en la cual se dio traslado al recurso de amparo de legalidad interpuesto por la Empresa Alfaro Ltda. Contra la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, dentro del expediente judicial No. 11-24483-1027-CA. El amparo fue presentado por la falta de resolución del recurso de apelación interpuesto por dicha empresa contra la resolución 372-RCR-2011. Se indicó también, que el plazo otorgado por el Tribunal para el cese de la conducta omisiva por parte de la Autoridad Reguladora, vence el 16 de junio próximo y que el

recurso de apelación se encuentra en análisis de dicha Dirección General para ser trasladado a conocimiento de la Junta Directiva (folios 517 a 521).

- XXIV.** Que mediante oficio 166-SJD-2011, del 6 de junio de 2011, la Secretaría de Junta Directiva, en adición al oficio 148-SJD-2011, remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, respuesta al emplazamiento presentado por la Empresa Alfaro Ltda., en relación con el recurso de apelación con nulidad concomitante, caducidad del proceso, caducidad de la acción sancionatoria y falta de competencia interpuesto contra la resolución dictada por el Comité de Regulación número 372-RCR-2011 (folio 522).
- XXV.** Que mediante oficio 167-SJD-2011, del 7 de junio de 2011, la Secretaría de Junta Directiva, remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la oposición presentada por el señor Eduardo Briceño Mendoza al recurso de apelación interpuesto por la Empresa Alfaro Ltda. Contra la resolución dictada por el Comité de Regulación número 372-RCR-2011.
- XXVI.** Que mediante oficio 168-SJD-2011, del 7 de junio de 2011, la Secretaría de Junta Directiva, remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la respuesta presentada por Tralapa Ltda. Al recurso de apelación interpuesto por la Empresa Alfaro, Ltda. Contra la resolución dictada por el Comité de Regulación número 372-RCR-2011.
- XXVII.** Que el 9 de junio de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 302-DGJR-2011, emitió el criterio jurídico del recurso de apelación y nulidad absoluta concomitante interpuestos por la Empresa Alfaro Ltda.

Adicionalmente, como antecedentes de interés, se tiene:

- XXVIII.** Que el 29 de enero de 2009, se recibió notificación judicial por la cual se pone en conocimiento a la Autoridad Reguladora de la demanda judicial interpuesta en su contra por parte de la Empresa Alfaro Limitada, ante el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda y que se tramitaba bajo el expediente 09-000126-1027-CA, por la falta de refrendo de ésta, al contrato de concesión producto de la licitación 1-2000 de la ruta de transporte público número 1502, descrita como San José □ Santa Cruz por la vía que atraviesa el río Tempisque a favor de la Empresa Alfaro Ltda. Dicho proceso posteriormente fue acumulado al expediente 08-001519-1027-CA, por tener identidad de objeto y causa.
- XXIX.** A las 08:05 horas del 27 de mayo de 2010, la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda dictó, en el expediente 08-001519-1027-CA por



proceso de conocimiento acumulados promovidos por Empresa Alfaro Limitada y Empresa Folklórica Playa Potrero S.A. contra la Autoridad Reguladora, el Estado y el Consejo de Transporte Público, la sentencia oral de primer instancia 2004-2010, misma que no se encuentra firme a la fecha. En su parte dispositiva, indica:

**POR TANTO:** *Por parte de la Empresa Alfaro Limitada se tiene por desistida de sus pretensiones subsidiarias contra el Estado y el Consejo de Transporte Público. Se rechazan las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación tanto activa como pasiva que interpone la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Se declaran con lugar las demandas formuladas por Empresa Alfaro Limitada y Empresa Folklórica playa potrero S.A. en contra de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en ambos casos en cuanto a la pretensión principal. En consecuencia, se declara que para refrendar los contratos suscritos por el Consejo de Transporte Público con la Empresa Alfaro Limitada el 20 de enero de 2006 correspondiente a la licitación pública 1-2000 y con la Empresa Folklórica Playa Potrero S.A. el 20 de diciembre de 2005 correspondiente a la licitación pública 7-2000 la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos no puede exigir la presentación de estudios técnicos. Se ordena a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos refrendar dichos contratos de concesión en el plazo improrrogable de 10 días hábiles contados a partir de la firmeza de la presente sentencia. Se condena a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos a pagarle a la Empresa Alfaro Limitada y Empresa Folklórica Playa Potrero S.A. ambas costas del proceso. Por la forma en que se resuelve carece de interés actual la demanda formulada por Empresa Folklórica Playa Potrero S.A. en sus pretensiones subsidiarias contra el Estado y el Consejo de Transporte Público y respecto de ellos se declara sin lugar la demanda sin especial condenatoria en costas y emitiendo pronunciamiento sobre las excepciones interpuestas por el Estado. Se adiciona oralmente la sentencia 2004-2010 de las 08:05 horas del 27 de mayo de 2010 en el sentido de que se rechaza la pretensión de daños y perjuicios formulada por la Empresa Alfaro Limitada contra la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y únicamente respecto de esa petición se acoge la excepción de falta de derecho. El fundamento que queremos exponer en relación con el rechazo de la petición, bueno, primero porque se acoge la adición porque efectivamente revisada la minuta y el acta hay una modificación de las pretensiones y específicamente dentro de la segunda pretensión principal se mencionaba el tema de los daños y perjuicios. Ahora por qué lo rechazamos, las razones son dos: en primer lugar porque durante la argumentación que aquí se expuso en respaldo de eventuales afectaciones a la Empresa Alfaro la mayoría de ellas giraron en torno al tema de la no fijación de tarifa y el tema tarifario aquí no está siendo objeto de discusión. Entonces, en ese sentido, tenemos por no*

*demostrado y tampoco podemos inferir que el no refrendo haya generado daños a Empresa Alfaro además de que también se constató durante el debate de que durante todo ese tiempo han seguido operando la ruta y entonces por esas razones el Tribunal considera que debe rechazarse esa petición de daños y perjuicios por el no refrendo y además, únicamente en cuanto a ese aspecto se tiene por acogida la excepción de falta de derecho que en su oportunidad formuló la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. □*

**XXX.** El 16 de junio de 2010, la Autoridad Reguladora interpuso ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, recurso de casación contra la sentencia oral No. 2004-2010, indicada en el punto anterior. Al día de hoy, dicho recurso no ha sido resuelto.

**XXXI.-** En sesión 38-2011, del 13 de junio del 2011, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora conoció el Recurso de apelación y nulidad absoluta concomitante interpuesto por la empresa Alfaro, Ltda, en contra de la resolución 372-RCR-2011, del 21 de marzo del 2011.

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

### **Considerando:**

- I. Que esta Junta Directiva, acoge parcialmente el criterio sobre el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Alfaro, Ltda. contra la resolución dictada por el Comité de Regulación número 372-RCR-2011, únicamente en cuanto al análisis de forma del recurso y sus recomendaciones, sin entrar a analizar los argumentos de fondo del recurrente, por las razones que ahí se indican.
- II. Que del oficio 302-DGJR-2011 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, en la parte que se acogió, se extrae lo siguiente:

□(□)

#### **II. ANÁLISIS POR LA FORMA**

##### *A) NATURALEZA DEL RECURSO*

*El recurso presentado es el ordinario de apelación al cual se le aplican, las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas. Asimismo, la empresa recurrente interpuso incidente de nulidad absoluta, que se rige por los artículos 158 al 179 de la Ley General de la Administración Pública.*

*B) TEMPORALIDAD DEL RECURSO*

*La resolución recurrida fue notificada al recurrente el día 25 de marzo de 2011 (folio 419) y la impugnación fue planteada el día 28 de marzo de 2011. (folio 425).*

*Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso de apelación, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado en el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.*

*C) LEGITIMACIÓN*

*Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que la Empresa Alfaro, Ltda. está legitimada para actuar, en la forma en lo que ha hecho, de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 276 de la Ley General de la Administración Pública; ya que es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.*

*D) REPRESENTACIÓN*

*El señor Danilo Alfaro Campos, es apoderado generalísimo sin límite de suma de la Empresa Alfaro Ltda., -según consta en la certificación notarial visible a folio 460- por lo cual está facultada para actuar en nombre de ese operador de servicio.*

*( )*

**IV. ANÁLISIS POR EL FONDO**

*En cuanto a los argumentos de inconformidad de la empresa recurrente, de carácter jurídico, esta Dirección General procede a realizar las siguientes valoraciones:*

*( )*

**CON RELACIÓN AL ARGUMENTO 3: SOBRE LA AUSENCIA DE UN MOTIVO LEGÍTIMO PARA EL DICTADO DE LA RESOLUCIÓN 372-RCR-2011.**

*El recurrente alega que la resolución recurrida carece de un motivo legítimo, referido al hecho probado 3 (prestación no autorizada del servicio para la ruta 1502, descrita como San José- Santa Cruz- Playa Tamarindo por El Puente de La Amistad).*

*( )*

*Indica en su argumento el recurrente, que mediante sentencia No. 2004-2010, dictada por la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo de las 8:05 horas del 27 de mayo de 2010, se declaró con lugar la demanda formulada por la recurrente, declarando que para refrendar los contratos suscritos por el CTP, la Autoridad Reguladora no puede exigir la presentación de estudios técnicos y le se ordenó*

*refrendar los contratos de concesión en el plazo improrrogable de 10 días hábiles contados a partir de la firmeza de la sentencia.*

*Con el fin de analizar este argumento, es imprescindible reseñar los orígenes de la sentencia que invoca la recurrente:*

- *Las empresas **Folklórica Playa Potrero S.A.** y **Alfaro S.A.** , interpusieron ante este Tribunal Contencioso Administrativo cada una por aparte, sendos procesos contenciosos administrativos contra la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, (expedientes 08-001519-1027-CA y 09-000126-1027-CA respectivamente), en razón del no refrendo de los contratos de concesión para transporte público dispuesto por la Autoridad Reguladora.*
- *Dichas concesiones fueron tramitadas y adjudicadas mediante los procedimientos de licitación pública número 01-2000 y 07-2000, desarrollados por el Consejo de Transporte Público, correspondientes a las rutas 1502 y 1506. Posteriormente, la Autoridad Reguladora consideró la improcedencia legal de otorgar dichos refrendos, por carecer dichas rutas de los estudios técnicos respectivos.*
- *Los procesos judiciales mencionados dada su identidad de objeto y causa fueron acumulados por este Tribunal al expediente más antiguo, a saber el 08-001519-1027-CA, planteado por la empresa Folklórica Playa Potrero S.A.*
- *El objeto central en discusión en ambos procesos, como ya se mencionó, era la procedencia o no de exigir estudios técnicos por parte de la Autoridad Reguladora para las rutas mencionadas, (incluyendo la ruta 1502, operada por la recurrente) requisito que la Autoridad Reguladora ha considerado indispensable para poder otorgar el refrendo respectivo a dichos contratos.*
- *De esa manera, mediante la resolución N° 2004-2010 de las 08:05 horas del 27 de mayo de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo resolvió el fondo de estos procesos acumulados, declarando con lugar la demanda y ordenando, entre otras cosas, que la Autoridad Reguladora debe refrendar los contratos en cuestión, al considerar que los mencionados estudios técnicos no son exigibles por tratarse de rutas ya en operación antes del inicio de los procesos de licitación.*
- *Dicha resolución aún no se encuentra en firme, dada la interposición por parte de la Autoridad Reguladora de un recurso de Casación el pasado 16 de junio de 2010, al considerarse que la misma no se ajusta a derecho.*

*(□).considera ésta Asesoría que siendo que la sentencia 2004-2010 no se encuentra en firme al estar pendiente de resolver ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Reguladora y que los*

*hechos allí debatidos son fundamentales para la resolución de este argumento del recurrente, recomendamos suspender el conocimiento del recurso de apelación interpuesto por la Empresa Alfaro, Ltda. contra la resolución 372-RCR-2011, hasta tanto no se resuelva en firme en sede judicial la acción contencioso administrativa que planteó la recurrente contra la Autoridad Reguladora.*

*Esto por cuanto el tema de fondo en ese proceso judicial versa sobre el deber o no de la Autoridad Reguladora de refrendar el contrato de concesión de la ruta 1502, gestionada por la parte aquí recurrente, lo que necesaria e ineludiblemente traerá repercusiones directas sobre el tema que se discute en este procedimiento administrativo y en el recurso que ahora nos ocupa.*

*De igual manera, en virtud de que la resolución 372-RCR-2011, impone una sanción pecuniaria por prestación no autorizada del servicio en la ruta 1502 y revoca la concesión para que la empresa recurrente opere la ruta 503 por cobro no autorizado de tarifas, consideramos que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 148 de la LGAP, lo recomendable es suspender la ejecución de dicha resolución, por considerar que la misma puede causar perjuicios graves o de imposible reparación, hasta tanto no se resuelva en firme en sede judicial la acción contencioso administrativa que planteó la recurrente contra la Autoridad Reguladora.*

(□)

## **V. CONCLUSIONES**

*Sobre la base de lo arriba expuesto, se puede arribar a las siguientes conclusiones:*

(□)

- 7. La Empresa Alfaro Ltda. interpuso ante el Tribunal Contencioso Administrativo proceso contencioso administrativo contra la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por el no refrendo del contrato de concesión para la ruta 1502, tramitado bajo el expediente 08-001519-1027-CA. Dentro de dicho proceso, se dictó la resolución de primera instancia 2004-2010 que declaró con lugar la demanda y ordenó entre otras cosas, a la Autoridad Reguladora refrendar el referido contrato en el término de 10 días hábiles contados a partir de la firmeza de la resolución. Al día de hoy esa sentencia no está firme, dado que se encuentra pendiente de resolver recurso de casación interpuesto por la Autoridad Reguladora desde el 16 de junio de 2010.*
- 8. El pronunciamiento judicial sobre los hechos debatidos en el proceso judicial interpuesto por la Empresa Alfaro, Ltda. y tramitado bajo el expediente judicial 08-*

*001519-1027-CA del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Cuarta, son fundamentales para la resolución del recurso de apelación interpuesto por la Empresa Alfaro, Ltda. contra la resolución 372-RCR-2011, por lo que es recomendable que la Junta Directiva valore suspender el conocimiento de dicho recurso, hasta tanto no se resuelva en definitiva el referido proceso judicial.*

9. *En virtud de que la resolución 372-RCR-2011, impone una sanción pecuniaria y revoca la concesión para que la empresa recurrente opere la ruta 1502, consideramos que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 148 de la LGAP, lo recomendable sería que la Junta Directiva valore suspender la ejecución de dicha resolución, por considerar que la misma puede causar perjuicios graves o de imposible reparación, hasta tanto no se resuelva en definitiva el proceso judicial interpuesto por la Empresa Alfaro, Ltda. contra la Autoridad Reguladora y tramitado bajo el expediente judicial 08-001519-1027-CA del Tribunal Contencioso Administrativo y civil de Hacienda, Sección Cuarta. (□)*

**Por tanto, se resuelve, por mayoría:**

- I. Suspender el conocimiento del recurso de apelación y la nulidad absoluta concomitante interpuestos por la Empresa Alfaro, Ltda. contra la resolución 372-RCR-2011, hasta tanto no se resuelva en definitiva proceso judicial interpuesto por la Empresa Alfaro, Ltda. contra la Autoridad Reguladora y tramitado bajo el expediente judicial No. 08-001519-1027-CA del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Cuarta.
- II. Suspender la ejecución de la resolución 372-RCR-2011, emitida por el Comité de Regulación, hasta tanto no se resuelva en definitiva el proceso judicial interpuesto por la Empresa Alfaro Ltda. contra la Autoridad Reguladora y tramitado bajo el expediente judicial No. 08-001519-1027-CA del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Cuarta.

**NOTIFÍQUESE.**

**VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

Expediente OT-008-2009. □*Recurso de apelación con nulidad concomitante, caducidad del proceso, caducidad de la acción sancionatoria y falta de competencia*□ interpuesto por la empresa Alfaro Limitada en contra la resolución del Comité de Regulación No. 372-RCR-2011 de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011.

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, nos separamos del voto -resolución- de mayoría y conforme a lo dispuesto por los artículos 67.1; 102.d), 174.1 y 180 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad de la resolución venida en alzada, en vista de la infracción sustancial relativa al sujeto (existencia y competencia del órgano que adopta el acto) que media en la conducta impugnada, así como del Transitorio II del Reglamento Interno de Organización y Funciones de esta entidad -RIOF-, este último, en tanto se encuentra viciado de legalidad y constitucionalidad. La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de dictado de la resolución venida en alzada y del Transitorio II del RIOF. En vista de la anulación de dicho Transitorio, corresponde al Regulador General asumir las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación desde la fecha de su creación y hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

La presente resolución se dicta al conocer esta Junta Directiva, el  *recurso de apelación con nulidad concomitante, caducidad del proceso, caducidad de la acción sancionatoria y falta de competencia*  interpuesto por la empresa Alfaro Limitada contra la resolución del Comité de Regulación No. 372-RCR-2011 de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011, la cual dispuso:

*EL COMITÉ DE REGULACION*

*RESUELVE:*

II.

*II. Revocar la concesión otorgada a la empresa Alfaro Limitada para la ruta 503 .*

*III. Imponer a la Empresa Alfaro Limitada, concesionaria de la ruta 1502, una multa de \$5.086.000.00 (cinco millones ochenta y seis mil colones exactos), correspondiente a veinte salarios base, por prestación no autorizada del servicio de transporte público modalidad autobús, en razón de dar dicho servicio sin contar con el debido refrendo de por parte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.*

IV.

V.

Estimamos que la aludida irregularidad del órgano que ha dictado la resolución recurrida  Comité de Regulación-, obedece a vicios de constitucionalidad y legalidad de la norma transitoria que lo ha creado según será expuesto en detalle de seguido.

## **I.- SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD**

### **1.- Sobre el Comité de Regulación**

En cuanto a la creación y atribuciones de ese órgano, como directores de la entidad hemos manifestado que a nuestro criterio las atribuciones asignadas a dicho comité deben ser

asumidas por el Regulador General en vista de diversas consideraciones jurídicas que pasamos a exponer.

El Comité de Regulación es un órgano interno que no ha sido creado mediante ley, es decir, no es un órgano externo que pueda ejercer potestades de imperio, como sí es el caso del Regulador General.

En vista de esa naturaleza jurídica del Comité de Regulación, estimamos que no puede asignársele atribuciones cuyo ejercicio repercuta de forma directa en la esfera de los ciudadanos (potestades de imperio). Así se deriva del Principio General de Libertad y por ende de la exclusiva competencia de la Asamblea Legislativa para regular la vida externa de la Administración frente a los derechos del particular, según el contenido de los artículos 28 y 120 inciso 20) de la Constitución Política.

La Doctrina ha señalado de modo claro y pacífico al respecto que *□la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley -artículo 120, inciso 20) de la Constitución Política-*. □ JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo. En el mismo sentido véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo.

De este modo, estimamos que conforme a los límites constitucionales antes referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización tal y como ha sucedido en la especie. En efecto, si se le asigna a un órgano interno potestades de imperio vía reglamento autónomo de organización, en realidad se crea un órgano externo obviando la reserva legal que establece la Constitución Política en la aludida norma y se legisla *ex novo*.

Como resulta obvio, estas consideraciones en nada se relacionan con la idoneidad de los funcionarios que integran o han integrado dicho Comité de Regulación.

No obstante, no debe dejarse de lado que, precisamente por el impacto que tienen las decisiones de los órganos externos de la ARESEP sobre la esfera de los particulares, los nombramientos de los funcionarios con competencias externas y que asumen la jerarquía de la institución, han de ser ratificados por la Asamblea Legislativa con el propósito de brindarle a sus decisiones legitimidad democrática, todo lo cual, como es claro, no sucede en el caso de los funcionarios que integran el Comité de regulación en tanto son designados por el Regulador General a su entera discreción.



Esta problemática, hay que decirlo, se produce también en el caso de las pretendidas superintendencias de agua, energía y transportes □ denominación por demás inadecuada y que conduce a la confusión en torno a su verdadera naturaleza jurídica-, las cuales son órganos internos creados por un reglamento autónomo de organización, como es el RIOF, a los cuales les fueron asignadas, por esa vía, potestades de imperio como las de definir tarifas en los servicios públicos de su respectivo ramo, sin el soporte legal exigido por el bloque de constitucionalidad.

## **2.- Sobre el examen parcial de la Procuraduría y del Tribunal Contencioso Administrativo**

### **A.- Sobre la opinión jurídica OJ-094-2009 de 9 de octubre del 2009 de la PGR**

La Procuraduría General de la República emitió una opinión jurídica con relación al tema que se viene de exponer □ con referencia a las superintendencias-, en donde desarrolla una tesis contraria a la de los suscritos directores. Se trata, con todo, de una mera opinión jurídica, no así un dictamen, por lo cual no tiene efectos vinculantes conforme lo aclara, en su apartado I, la misma opinión jurídica OJ-94-2009.

Aún no siendo vinculante tal criterio, es preciso examinar las razones por las cuales no se comparte la conclusión de dicho órgano consultivo.

En la referida opinión, la Procuraduría admite que según el artículo 45 de la Ley de la ARESEP, la entidad está conformada, **únicamente**, por cuatro órganos externos, a saber:

- a) Junta Directiva.
- b) Un regulador general y un regulador general adjunto.
- c) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel).
- d) La Auditoría Interna.

De este modo, se indica que cualquier otro órgano que no esté comprendido en el citado artículo 45, debe ser considerado como un órgano interno.

Se señala además que el inciso 1) del artículo 53 de la Ley de la ARESEP reconoce la potestad de auto organización de la entidad, la cual debe ser ejercida por la Junta Directiva en ejercicio de la cual, no hay posibilidad de crear órganos externos por ser esa facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa.

Textualmente, se indica:

*□La competencia de la Junta Directiva está referida a la creación de órganos internos, sin que le haya sido atribuida una competencia para crear órganos externos. Por consiguiente, la Junta Directiva debe limitarse a asignar las funciones a los distintos órganos internos que cree, sin crear ni transferir potestades de imperio. □*

Además, al referirse a las funciones de las superintendencias creadas por el RIOF, se reconoce que algunas de ellas  implican poderes de imperio. Potestades, entonces, que sólo pueden ser atribuidas por ley. □

Sin embargo, la Procuraduría concluye que dado que las superintendencias no son órganos de desconcentración máxima, se les ha asignado, no transferido, competencias a las superintendencias, por lo que estima jurídicamente correcto tal proceder.

Como se puede observar, el razonamiento seguido por la Procuraduría para calificar como regular la creación de las superintendencias y la atribución de funciones que se dispone en el RIOF en su favor, se centra en el hecho de que no se trata de órganos desconcentrados, caso en el cual reconoce la exigencia de una disposición legal que los conforme. Se deja de lado, sin embargo, el hecho de que indistintamente de que se trate de órganos desconcentrados o no, lo cierto es que el ejercicio de potestades de imperio, como se reconoce que lo son algunas de las atribuidas a las superintendencias, sólo cabe que lo hagan órganos externos creados por el legislador, no así por parte de meros órganos internos creados por la propia administración mediante un reglamento interno de organización como es el RIOF, todo lo cual disponen los artículos 28 y 120 inciso 20) de la Constitución Política. Como se ha visto, en su opinión, la Procuraduría admite que los únicos órganos externos son los antes referidos, no así las superintendencias.

Así las cosas, en tanto evade o ignora en su razonamiento jurídico la restricción constitucional antes referida, no podemos compartir el criterio referido, el cual, en todo caso, no posee carácter vinculante como se ha visto.

#### **B.- Sobre la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial aludida**

Una vez examinada la sentencia No. 3929-2010 de las 16:00 horas del 20 de octubre de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial, es posible concluir que en dicho fallo se sigue el mismo razonamiento que la Procuraduría General de la República expuso en la referida opinión jurídica.

Como se puede comprobar, este fallo, tal y como se hizo ver en las sesiones No. 18 y 21 del 2011 de esta Junta Directiva, tampoco analiza los límites constitucionales antes evaluados, a saber, la imposibilidad de atribuir potestades externas a entes internos, aspecto que queda reservado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 10 de la Carta Política.

En suma, en efecto, al igual que en el caso de la Procuraduría General de la República, no se consideran en el fallo en comentario, los límites constitucionales de los Reglamentos autónomos de organización.

Debe reiterarse que conforme a los límites constitucionales referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización, en tanto ello quebranta la reserva legal que establece la Constitución Política en la materia.

De este modo, en tanto los efectos de este fallo se reducen al debate de mera legalidad □ artículo 49 constitucional-, no encontramos en este pronunciamiento límite alguno para resolver en los términos en que lo hacemos.

Por otra parte, como se expondrá de seguido, en el fallo no se examina el quebranto que estimamos se causa con el Transitorio II del RIOF al artículo 37 de la Ley de la ARESEP.

## **II.-Sobre la Ilegalidad: violación del artículo 37 de la Ley de la ARESEP, reformado mediante la Ley No. 8660 por falta de aplicación**

A mayor abundamiento, debemos señalar, como se ha hecho ya en deliberaciones anteriores de esta Junta Directiva, que en el citado proceso contencioso administrativo no se examinó un aspecto de medular importancia para verificar la ilegalidad de la creación del referido Comité.

Efectivamente, a nuestro juicio, las disposiciones reglamentarias que crean el Comité de Regulación son ilegales en tanto violan el artículo 37 de la Ley de la ARESEP por falta de aplicación, tal y como lo vamos a exponer de seguido.

Estimamos que aún considerando la reforma del artículo 37 de la ley de la ARESEP operada mediante el artículo 41 aparte g) de la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008, no es posible calificar como legítima la creación de ese Comité.

En efecto, dicha norma dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

□ *Artículo 37.-Plazo para fijar precios y tarifas*

*La Autoridad Reguladora resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, en un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días naturales*

*posteriores a la fecha de la celebración de la audiencia. Si, pasado ese término, quien, **de conformidad con esta Ley, deba resolver, no ha tomado la decisión correspondiente, será sancionado por el regulador general de la Autoridad Reguladora, con suspensión del cargo hasta por treinta (30) días. La suspensión dos veces o más en un mismo año calendario, se considerará falta grave y constituirá causal de despido sin responsabilidad patronal.*** □

Como se puede comprobar, sin duda, el propio legislador dejó en claro que según su entendimiento, **es la Ley** a quien corresponde atribuir la potestad de resolver en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, no así a un mero reglamento interno de organización como el RIOF.

Ciertamente, si bien el legislador con la reforma al artículo 37 de la No. 7593 de 9 de agosto de 1996, mediante la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008 da por supuesto que estableció el órgano externo competente que *□resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas□* lo cierto es que no lo hizo. Es decir, existe una laguna normativa en la asignación del órgano externo que debe asumir esa tarea.

Ante tal vacío, lejos de optarse, como se ha hecho de modo ilegítimo, a integrar el Ordenamiento mediante una disposición reglamentaria de corte orgánico, lo pertinente es acudir a las reglas establecidas en el artículo 62 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone:

□Artículo 62.-

*Cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente u órgano compuesto por varias oficinas, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar, y, si no la hay, la de grado superior, o la que ésta disponga.* □

De este modo, para definir el órgano que debe asumir la función de fijar o cambiar tarifas e imponer sanciones rescisorias y económicas a los sujetos regulados, deberá examinarse cuál de los órganos **externos** de la ARESEP, es decir los establecidos en el artículo 45 de su ley, tienen una función más similar, quedando excluidos en la elección los órganos internos por las razones ya aludidas.

Es claro, a nuestro juicio, que el órgano externo de la ARESEP con funciones más similares al ilegítimo Comité de Regulación y a las ilegítimas superintendencias de agua, energía y transportes, es el regulador general, por lo que corresponde a éste, como históricamente ha sucedido, ejercer tales facultades hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

Por tanto, consideramos que el Comité de Regulación es incompetente para ejercer potestades de imperio tales como las que ejerce mediante la resolución No. 372-RCR-2011 de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011 que revoca la concesión otorgada e impone una sanción económica (multa).

**POR TANTO:**

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, nos separamos del voto -resolución- de mayoría y conforme a lo dispuesto por los artículos 67.1; 102.d), 174.1 y 180 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad de la resolución venida en alzada, en vista de la infracción sustancial relativa al sujeto (existencia y competencia del órgano que adopta el acto) que media en la conducta impugnada, así como del Transitorio II del Reglamento Interno de Organización y Funciones de esta entidad -RIOF-, este último, en tanto se encuentra viciado de legalidad y constitucionalidad. La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de dictado de la resolución venida en alzada y del Transitorio II del RIOF. En vista de la anulación de dicho Transitorio, corresponde al Regulador General asumir las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación desde la fecha de su creación y hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

El presente voto salvado [resolución de minoría- deberá ser debidamente comunicado junto con la resolución de mayoría, según lo establecido en el artículo 57 de la Ley General de la Administración Pública.-

María Lourdes Echandi Gurdián  
Miembro Junta Directiva ARESEP

Emilio Arias Rodríguez  
Miembro Junta Directiva ARESEP

**A LAS 15:05 HORAS FINALIZÓ LA SESIÓN.**

**DENNIS MELÉNDEZ HOWELL**  
*Presidente de la Junta*

**SYLVIA SABORÍO ALVARADO**  
*Miembro Junta Directiva*

**EDGAR GUTIÉRREZ LÓPEZ**  
*Miembro Junta Directiva*

**MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**  
*Miembro Junta Directiva*

**EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ**  
*Miembro Junta Directiva*

**ALFREDO CORDERO CHINCHILLA**  
*Secretario Junta Directiva*