

**SESIÓN ORDINARIA**

**N.º 74-2013**

**17 de octubre de 2013**

***San José, Costa Rica***

**SESIÓN ORDINARIA N.º 74-2013**

Acta de la sesión ordinaria número setenta y cuatro dos mil trece, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el jueves diecisiete de octubre de dos mil trece, a partir de las catorce horas. Asisten los siguientes miembros: Dennis Meléndez Howell, quien preside; Sylvia Saborío Alvarado, Edgar Gutiérrez López y Pablo Sauma Fiatt, así como los señores (as): Grettel López Castro, Reguladora General Adjunta; Rodolfo González Blanco, Gerente General; Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno; Enrique Muñoz Aguilar, Intendente de Transporte; Carlos Herrera Amighetti, Intendente de Agua; Heilyn Ramírez Sánchez, Directora de Asesoría Legal, a.i. de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y el señor Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

**ARTÍCULO 1. Aprobación del orden del día.**

El señor *Dennis Meléndez Howell* da lectura al orden del día de esta sesión. Seguidamente, lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

**ACUERDO 01-74-2013**

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

1. *Aprobación del Orden del Día.*
2. *Aprobación de actas de las sesiones 72-2013 y 73-2013.*
3. *Asuntos de los Miembros de Junta Directiva.*
4. *Asuntos del Regulador General.*
5. *Asuntos resolutivos.*
  - 5.1 *Estados Financieros de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al 30 de setiembre de 2013. Oficios 36-DGO-2013 y 1976-DAF-2013, ambos del 15 de octubre de 2013.*
  - 5.2 *Informe de Ejecución Presupuestaria, al tercer trimestre del 2013. Oficios 37-DGO-2013 del y 1977-DAF-2013, ambos del 15 de octubre de 2013.*
  - 5.3 *Recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la resolución RRG-071-2013, expediente OT-038-2013. Oficio 751-DGAJR-2013 del 27 de setiembre de 2013.*
  - 5.4 *Recurso de apelación interpuesto por JNSO Limitada, contra la resolución 054-RIT-2013 del 19 de marzo de 2013, expediente ET-014-2013. Oficio 790-DGAJR-2013 del 8 de octubre de 2013.*
  - 5.5 *Propuesta del diseño de cargos del Director de Recursos Humanos y ajuste al cargo de Profesional Jefe Recursos Humanos de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Oficio 014-DGO-2013 del 8 de octubre de 2013. (Cumplimiento de acuerdo 65-2013).*

5.6 *Propuesta de cambios de perfil de una plaza en la Dirección Administrativa Financiera y dos plazas por servicios especiales del Departamento de Tecnologías de Información.*

6. *Asuntos informativos*

6.1 *Respuesta a la Contraloría General de la República al oficio 04174, sobre el modelo de regulación técnica y económica de los servicios eléctricos utilizado por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Oficio 166-CDR-2013 del 30 de setiembre de 2013.*

6.2 *Capacitación impartida el 9 de octubre de 2013 a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre la temática de la “Verificación de las certificaciones digitales emitidas por el Registro Nacional. Oficio 800-DGAJR-2013 del 10 de octubre de 2013. (Cumplimiento de acuerdo 10-63-2013).*

6.3 *Atención al acuerdo 03-87-2013 del señor Carlos Raúl Gutiérrez Gutiérrez, sobre trámites requeridos para llevar a cabo la incorporación al colegio profesional respectivo. Oficio 5208-SUTEL-CS-2013 del 15 de octubre de 2013 y ORE-CERT-89-13 del 14 de octubre de 2013. (Cumplimiento de acuerdo 03-87-2012).*

6.4 *Respuesta a la Contraloría General de la República al oficio 04174, sobre el modelo de regulación técnica y económica de los servicios eléctricos utilizado por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Oficio 166-CDR-2013 del 30 de setiembre de 2013.*

**ARTÍCULO 2. Aprobación de actas de las sesiones 72-2013 y 73-2013.**

El señor **Dennis Meléndez Howell** somete a conocimiento de la Junta Directiva el borrador de las actas de las sesiones 72-2013 y 73-2013, celebradas el 10 y el 14 de octubre de 2013, respectivamente.

***En discusión el acta 72-2013***

El señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

**ACUERDO 02-74-2013**

Aprobar el acta de la sesión 72-2013, celebrada el 10 de octubre de 2013, cuyo borrador se distribuyó con anterioridad entre los señores miembros de la Junta Directiva, para los fines pertinentes.

***En discusión el acta 73-2013***

El señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

**ACUERDO 03-74-2013**

Aprobar el acta de la sesión 73-2013, celebrada el 14 de octubre de 2013, cuyo borrador se distribuyó con anterioridad entre los señores miembros de la Junta Directiva, para los fines pertinentes.

**ARTÍCULO 3. Asuntos de los Miembros de Junta Directiva.*****En cuanto al nombramiento de la nueva directora de la Junta Directiva.***

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** comenta que la Comisión de Nombramientos de la Asamblea Legislativa ratificó, por seis votos, la designación de la señora Adriana Garrido Quesada, al cargo de miembro propietario de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

***En cuanto a diversas solicitudes del director Pablo Sauma Fiatt.***

El señor **Pablo Sauma Fiatt** comenta que revisando el tema de los salarios, ingresó a la página de ARESEP para buscar el Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, su Órgano Desconcentrado y sus Funcionarios (RAS), que está disponible en línea y la última fecha de actualización es al 24 de junio de 2011.

En razón de ello, consulta quién es el responsable de mantener actualizada dicha página, ya que cada vez que se realice una modificación en la parte normativa, tiene que haber un responsable y alguien no está cumpliendo sus deberes. Considera que la Administración debe investigar qué sucedió y sentar las responsabilidades del caso, ya que mantener al día el sitio es sumamente importante.

Agrega que su preocupación consiste en que siempre sean los jefes los que asuman las responsabilidades, debido a que se tiene una estructura tan plana donde solo hay coordinadores y las funciones básicas, no se tiene claro quién las ejecuta. Lo que está sucediendo, podría ser un reflejo de esa situación.

El señor **Dennis Meléndez Howell** indica que verificará quién es el responsable, porque cuando se implementó la nueva página, se envió una instrucción a cada una de las unidades, para que hubiera una persona responsable de estar actualizando los temas relacionados con sus respectivas áreas.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** se refiere a un segundo aspecto y es en relación con el tema salarial, en el sentido de que desea conocer ante cuál entidad, si es la Procuraduría General de la República o ante quién se debe dirigir una consulta, ya que considera que en esta Institución, es a la Junta Directiva a quien le corresponde asumir toda la labor para tomar decisiones en materia salarial.

Es habitual que cuando se va a conocer el tema de salarios, todos los directores y la Administración se excusan. Apunta que en todas las instituciones públicas, cuando se deben tomar decisiones en esa materia, la Administración participa completamente, aunque no tienen decisión. Pero, por otro lado, los funcionarios que participan, lo hacen sin compromiso.

Reitera que esta situación debe aclararse. Desconoce a qué nivel debe hacerse la consulta, si ante la Procuraduría General de la República o a nivel interno, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, pero debe dilucidarse que las decisiones las toma la Junta Directiva quien es la responsable, pero que el apoyo técnico lo debe brindar la Administración.

Recuerda que la ley establece claramente, que la Junta Directiva debe dictar las normas y políticas que regulan las condiciones laborales, la creación de plazas, los esquemas de remuneración, las obligaciones y los derechos de los funcionarios y trabajadores.

Por lo tanto, requiere que se le informe cómo va a funcionar en adelante, porque se conocen muchos temas e insumos de índole salarial, pero no existen recomendaciones expresas y documentadas. Enfatiza que no le corresponde a la Junta Directiva, ejecutar todo el trabajo de revisión, sin saber qué está o no pendiente, o si una norma está o no vigente.

El señor **Luis Fernando Sequeira Solís** indica que en la Auditoría Interna se revisaron las sesiones en las cuales se ha agendado el tema de política salarial. En su condición de Auditor Interno considera importante advertir a la Junta Directiva, que solo para el año 2013 el tema de política salarial se incluyó en trece sesiones, sin considerar los años atrás. Hace notar dicha situación a la Junta Directiva por cuanto además, ya que si se revisan las actas respectivas, aparece el tema pero no se indica lo discutido. Advierte que, desde su perspectiva se debe ser más claro, documentando lo que se analiza.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** manifiesta que la Junta Directiva dictó una política salarial, la cual debía tomar en consideración la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo. Aclara, que probablemente el tema de política salarial en el orden del día, abarcaba esa otra parte.

El señor **Luis Fernando Sequeira Solís** señala que como recomendación, sería importante que alguno de los señores directores, en el artículo “Asuntos de los Miembros de Junta Directiva”, deje constancia de los aspectos que se han discutido en esas sesiones sobre política salarial.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** agrega que del tema nada consta en actas. Los funcionarios de la Administración que participan en las sesiones, se retiran cuando se aborda el tema y eso no debe ser. Indica que en su experiencia en la Caja Costarricense de Seguro Social, cuando se conocían estos temas todos estaban presentes y la Administración llevaba una propuesta y se discutía. Cuando la Junta Directiva decidía, incluso el Presidente Ejecutivo votaba todos los aumentos salariales, excepto el propio, razón por la que no entiende por qué, en la ARESEP funciona diferente.

Desconoce cuál es el mecanismo o la instancia; por lo que considera que la Junta Directiva se desgasta demasiado. Además, no queda rastro en el acta. En su criterio, es importante saber qué genera derecho o un dictamen jurídico, sobre esta temática.

Recalca que en la Junta Directiva no se está recibiendo ese tipo de apoyo, por lo que plantea formalmente, se le indique cómo se actuará en lo sucesivo y si existe impedimento legal, se indique en qué se sustenta. La Junta Directiva necesita la información correcta. Es un tema que se tiene que analizar, se debe tener claridad y transparencia, pero tienen que existir propuestas de la Administración.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** externa que si no se tiene el apoyo legal interno, se debería tener una asesoría legal externa para atender este tipo de temas. Apoya totalmente lo expresado por el directivo Sauma Fiatt, en el sentido que se debe mejorar ese proceso. Considera además, que se ha avanzado mucho y que a futuro, va a ser menos problemático de lo que ha sido hasta el momento.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que otro punto, es que desea solicitar a la Administración que le proporcione, a la brevedad, de ser posible antes del lunes 21 de octubre de 2013, los acuerdos, reglamentos y otros, que estén vigentes en materia salarial, política salarial y fijaciones salariales.

Le preocupa el hecho que la Junta Directiva toma una decisión y se omita la vigencia de una disposición anterior. En tal sentido, es necesario contar con un documento oficial que indique cuáles son los acuerdos para salario global que están vigentes y poder decidir si se debe derogar alguno; de lo contrario, se puede omitir un aspecto que afectaría a futuro.

En concreto, requiere un detalle desde que existe el salario global, sobre cuáles han sido los salarios que han sido fijados por la Junta Directiva en cada periodo, explicando para cada caso, cuál fue el acuerdo, fecha de vigencia, encuesta de referencia, naturaleza del ajuste, cuánto fue por inflación, cuánto por percentil y cómo se compuso la variación respecto al periodo anterior. Es decir, un histórico desde el momento que empezó a regir el régimen de salario global.

El señor **Dennis Meléndez Howell** aclara que, durante mucho tiempo participó en el tema de discusiones salariales e incluso, señala que en el 2011, hizo una presentación sobre los temas que debían ser resueltos en materia salarial, ya que faltaban muchos aspectos por decidir, especialmente en ciertos problemas que se daban, con muchas inconsistencias.

Sin embargo, a raíz de la consulta que se realizó la firma BDS Consultores, consultó específicamente si era legalmente posible que el Regulador General participara en esos temas, a la luz de lo que establece el artículo 54 de la Ley 7593, a lo que se le respondió explícitamente que, dado que el salario del Regulador General estaba establecido y mencionado explícitamente en dicho artículo, en el sentido de que también debía ser fijado de acuerdo con el comportamiento del mercado, se convertía en parte interesada, por lo cual no era conveniente que estuviera presente en dichas discusiones y, definitivamente, no podía votarlas.

El hecho de que esté presente podría llevar, incluso, a que alguien objetara las decisiones de la Junta Directiva y hacer que éstas sean nulas. A partir de ese momento, fue que debió excusarse de conocer esos temas. No obstante, indica que no tiene ningún inconveniente en seguir participando si es que los demás miembros de este cuerpo colegiado así lo deciden, aunque, en lo personal, no le parece prudente.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que, de ser así, en todas las instituciones públicas sucedería lo mismo. De todas maneras, la Administración más allá del Regulador General, debe haber alguien responsable de la Dirección de Recursos Humanos, de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, que estén presentes en la sesión. Además, es importante discutir, para efecto de actas, que cada quien cumpla con sus funciones y quede constando lo que cada quien indica. En esa línea, la advertencia del señor Auditor Interno es totalmente válida.

El señor **Dennis Meléndez Howell** manifiesta que, lo que sucede es que en otras instituciones, la Ley no indica claramente las normas para fijar la política salarial, y mucho menos específicamente menciona a los jerarcas, como sí lo hace la Ley 7593.

El señor **Luis Fernando Sequeira Solís** aclara que, en su caso, se retira cuando se conoce el tema por ser materia eminentemente administrativa, máxime que la Junta Directiva por sí misma está elaborando las políticas, por lo que siente sería violatorio a lo que establece el artículo 34 de la Ley de Control Interno.

En su criterio, la Junta Directiva debe trabajar basada en informes técnicos sobre los cuales pueda emitir criterios y tomar acuerdos por mayoría. Si es materia salarial, el origen básico de la información debe provenir de la Dirección de Recursos Humanos, quien debe suministrar insumos a la Junta Directiva para que pueda trabajar. Aclara que esto lo ha manifestado en otras ocasiones.

**ARTÍCULO 4. Asuntos del Regulador General.*****En cuanto a criterio de la Procuraduría General de la República.***

El señor **Dennis Meléndez Howell** se refiere al oficio de la Procuraduría General de la República C-224-2013 de 15 de octubre de 2013, en respuesta al oficio 847-RG-2012 del 24 de octubre de 2012, mediante el cual se consultó si “*es jurídicamente posible utilizar el costo de vida como mecanismo de actualización de los salarios globales, en periodos intermedios entre encuestas de mercado y si eso satisface los requerimientos de los artículos 54 y 71 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos?*”. Luego de un amplio análisis, la Procuraduría General de la República, concluye:

- A. *La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos definió el parámetro que debe utilizarse para fijar el salario del personal de esa institución. Ese parámetro es el de la remuneración prevaleciente en los servicios regulados por la ARESEP.*
- B. *En el caso de los funcionarios de la SUTEL, la Ley de la Autoridad Reguladora dispone que el salario se calculará con base en las remuneraciones prevalecientes en los servicios regulados por la ARESEP, y en el mercado de las telecomunicaciones en el ámbito nacional, o la de organismos con funciones similares.*
- C. *Utilizar un parámetro distinto, como lo es el del costo de vida, para hacer las fijaciones salariales, incluyendo los ajustes a los salarios globales –aunque sea en periodos intermedios- implicaría desatender el mandato del legislador.”*

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que nunca tuvo la oportunidad de conocer la consulta que se formuló. De tal manera, le interesa conocer cómo se hizo la consulta y si hubo oportunidad de justificar los argumentos de la ARESEP. Señala que, generalmente, en varias instituciones, se va a exponer una justificación técnica.

El señor **Dennis Meléndez Howell** comenta que es la primera vez que escucha que se deba ir a la Procuraduría General de la República a explicar los temas que se consultan. Desde su óptica, ello podría considerarse una intromisión indebida ante los Procuradores. Explícitamente, nunca se mencionó esa posibilidad y, nuevamente, siendo parte interesada, hubiese sido muy mal visto.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** señala que es una decisión técnica lo que se está tomando, pero con fundamento técnico, a lo que el señor **Dennis Meléndez Howell** señala que, en este caso, fue la propia Junta Directiva la que solicitó se hiciera la consulta. Dado que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria debió excusarse, ya que podrían beneficiarse, la Junta Directiva tomó la decisión de contratar a la firma BDS Consultores para que emitieran el dictamen para enviar la consulta a la Procuraduría General de la República.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** considera que lo se debe hacer es ampliar la solicitud anteriormente expresada por el director Sauma Fiatt, en el sentido de no solo conocer la normativa vigente en materia salarial, sino cuáles de las disposiciones vigentes se ven ahora viciadas por el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República.

***En cuanto a propuesta de modificación de lo resuelto en el acuerdo 08-72-2013.***

El señor ***Dennis Meléndez Howell*** solicita al señor Ricardo Matarrita Venegas que explique una propuesta para modificar lo resuelto en el acuerdo 08-72-2013, del acta de la sesión 72-2013, celebrada el 10 de octubre de 2013.

El señor ***Ricardo Matarrita Venegas*** explica que a la hora de “netear” el monto de la Modificación Interna 6-2013 con la Contraloría General de la República, se detectó un error al consignar la cifra de ¢120,848,127.14 en el citado acuerdo 08-72-2013, siendo lo correcto ¢150,455,127.14. En ese sentido, solicita que se ajuste dicho acuerdo, para dejar debidamente corregido el monto que corresponde.

Analizado el planteamiento, con base en lo expuesto por la Dirección General de Estrategia y Evaluación, el señor ***Dennis Meléndez Howell*** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme:

**ACUERDO 04-74-2013**

Modificar lo resuelto en el acuerdo 08-72-2013, del acta de la sesión 72-2013, celebrada el 10 de octubre de 2013, de manera que se lea de la siguiente manera:

“Aprobar a nivel de sub partida, partida y programa, la modificación N° 06-2013 al presupuesto de la Institución, exceptuando la modificación No.16-IE-2013, dando como resultado un monto neto de ¢150,455,127.14 (ciento cincuenta millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil ciento veintisiete colones con 14/100) como se muestra en la información contenida en todo el Anexo N° 4, del oficio 195-DGEE-2013 (27681) de la Dirección General de Estrategia y Evaluación”.

ACUERDO FIRME.

**ARTÍCULO 5. Estados Financieros de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al 30 de setiembre de 2013.**

*A partir de este momento ingresan al salón de sesiones, la señora Magally Porras Porras, Directora de la Dirección Administrativa-Financiera y el señor Gustavo Alvarado Zúñiga, Jefe de Finanzas de esa Dirección, a participar en la presentación de este y siguiente artículo.*

Se conocen los oficios 36-DGO-SCS-2013 y 1976-DAF-2013, ambos del 15 de octubre de 2013, mediante los cuales la Dirección General de Operaciones y la Dirección Administrativa Financiera, someten a conocimiento de la Junta Directiva, los Estados Financieros de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al 30 de setiembre de 2013.

La señora ***Magally Porras Porras***, Directora Administrativa-Financiera se refiere a los Estados Financieros de la Institución.

Del citado oficio 1976-DAF-2013, se copia lo siguiente:

*“La situación financiera es sólida y ha generado déficit en el período, dado que se están cumpliendo los objetivos que se financian con superávit.*



*Las cifras más relevante del Balance de Situación es el activo corriente donde principalmente se tiene las inversiones en valores, lo cual tiene su principal contrapartida en el patrimonio, compuesto en su mayoría por el superávit de periodos anteriores.*

*En las cuentas del Estado de Resultados se tiene como ingreso principal de la Institución el Canon por Regulación, y en la sección de gastos lo más relevante corresponde a los Salarios y las respectivas Cargas Sociales.*

Resumen Balance de Situación		
Activos corriente	11.612.205.040	79%
Activos tangibles	524.162.917	4%
Otros Activos	2.639.438.754	18%
<b>Total Activo</b>	<b>14.775.806.711</b>	<b>100%</b>
Total Pasivo corto plazo	(1.106.645.583)	7%
Total Pasivo largo plazo	(609.679.998)	4%
<b>Total Pasivo</b>	<b>(1.716.325.581)</b>	<b>12%</b>
<b>Total Patrimonio</b>	<b>(13.059.481.129)</b>	<b>88%</b>
<b>Total Pasivo y Patrimonio</b>	<b>(14.775.806.711)</b>	<b>100%</b>

Resumen Estado de Resultados		
Venta de Servicios	447.211.471	7%
Canon Regulación	5.547.618.344	83%
Renta Productos Financieros	460.908.022	7%
Multas Sanciones e intereses	170.407.076	3%
Otros	80.352.818	1%
<b>Total Ingresos</b>	<b>6.706.497.730</b>	<b>100%</b>
Salarios y cargas sociales	5.370.672.215	73%
Servicios de terceros	1.819.652.105	25%
Materiales y Suministros	50.167.796	1%
Gastos por Depreciación	150.211.264	2%
Otros Gastos	15.908.951	0%
<b>Total Gastos</b>	<b>7.406.612.331</b>	<b>100%</b>
<b>Deficit del Periodo</b>	<b>(700.114.601)</b>	

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección Administrativa Financiera, conforme al oficio 1976-DAF-2013, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme:

#### **ACUERDO 05-74-2013**

Aprobar, de conformidad con la documentación remitida al efecto por la Dirección Administrativa Financiera adjunto al oficio 1976-DAF-2013 del 15 de octubre de 2013, los Estados Financieros de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al 30 de setiembre de 2013.

**ACUERDO FIRME.**

#### **ARTÍCULO 6. Informe de Ejecución Presupuestaria, al tercer trimestre del 2013.**

Se conocen los oficios 37-DGO-SCS-2013 y 1977-DAF-2013, ambos del 15 de octubre de 2013, mediante los cuales la Dirección General de Operaciones y la Dirección Administrativa Financiera, someten a conocimiento de la Junta Directiva, el Informe de Ejecución Presupuestaria de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al tercer trimestre del 2013.

La señora **Magally Porras Porras** explica los pormenores del informe en cuestión, del cual se copia lo siguiente:

*“Los ingresos corrientes de Aresep ascienden a ¢ 6.631,7 millones y los egresos a ¢7.069,5 millones, lo que genera un déficit del período por ¢437,7 millones. Al sumarle el superávit acumulado al 31 de diciembre del 2012, por ¢ 10.958,4 millones, resulta un superávit acumulado al 30 de setiembre del 2013 por ¢10.520,6 millones.*

*El total del Superávit Acumulado al 30 de setiembre del 2013, por ¢10.520,7 millones, está conformado por los recursos de vigencias anteriores hasta diciembre del 2012 por ¢10.958,4 millones, más el efecto del déficit presentado en lo que va del año 2013 por ¢437,7 millones, de los ¢10.958,4 millones citados, en la formulación del Presupuesto del 2013 se incorporaron ¢5.958,3 millones de superávit de períodos anteriores, para devolver a los usuarios del servicio de regulación, mediante una rebaja en el canon por actividad regulada. En el proyecto de cánones 2014 se incluyeron ¢5.000,1 millones para el mismo propósito. De lo anterior se concluye que para el año 2014 el saldo disponible del superávit acumulado al 31 de diciembre del 2012 debería estar devuelto en su totalidad.*

*Los ingresos corrientes por ¢6.631,7 millones, percibidos durante el período, representan el 78,1% de ejecución respecto al presupuesto. Sobresalen recaudaciones que superan lo esperado, por los conceptos de Renta de activos financieros, Multas y Sanciones, Intereses Moratorios y Otros Ingresos, mientras que la Venta de Servicios presenta un rezago y en el caso de los Cánones prácticamente se recauda lo esperado.*

*Del total del presupuesto de egresos aprobado del período por ¢14.454,6 millones, se han ejecutado ¢7.069,5 millones, que representan el 48,9% del período. Resulta entonces un disponible de ¢7.385,2 millones (51,1%)”.*

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección Administrativa Financiera, conforme al oficio 1977-DAF-2013, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme:

#### **ACUERDO 06-74-2013**

Aprobar, de conformidad con la documentación remitida por la Dirección Administrativa Financiera mediante oficio 1977-DAF-2013 del 15 de octubre de 2013, la Ejecución Presupuestaria de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al tercer trimestre de 2013.

#### **ACUERDO FIRME.**

*Se retiran la señora Magally Porras Porras y el señor Gustavo Alvarado Zúñiga. Asimismo, a partir de este momento, se retira el Regulador General ya que se abstiene de conocer el siguiente artículo, al ser quien dictó la resolución recurrida. En consecuencia, la señora Grettel López Castro, Reguladora General Adjunta, continúa presidiendo la sesión, de acuerdo con lo que dispone el artículo 57, inciso b), subinciso 3), de la Ley 7593.*

#### **ARTÍCULO 7. Recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la resolución RRG-071-2013, expediente OT-038-2013.**

*Ingresa los funcionarios (as) Álvaro Barrantes Chaves y Marta Leiva Vega, de la Intendencia de Energía, así como Viviana Lizano Ramírez, Roxana Herrera Rodríguez, Henry Payne Castro y Eric Chaves Gómez, de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a participar en la presentación de este y siguientes artículos.*

Se conoce el oficio 751-DGAJR-2013 del 27 de setiembre de 2013, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., contra la resolución RRG-071-2013.

La señorita **Viviana Lizano Ramírez** explica los antecedentes, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

Como antecedentes del citado caso, indica que en abril de 2013 la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL), interpuso ante la ARESEP una denuncia y solicitud de medidas cautelares en contra de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH) por un supuesto conflicto de competencia territorial.

Explica que en el cantón de Belén de Heredia, la ESPH estaba realizando un proyecto de canalización eléctrica subterránea, el cual era para suministrar energía eléctrica a un centro comercial. Cuando la Compañía Nacional de Fuerza y Luz se entera que se está haciendo este proyecto, informa a la Municipal de Belén sobre la situación, a lo que esta Municipalidad se presenta en la ARESEP y expone la situación y solicita que esta Institución se pronuncie ante este conflicto de competencia territorial.

Señala que al día siguiente que la Municipalidad de Belén se presenta ante la ARESEP, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz interpone la denuncia, alegando que la ESPH no puede prestar los servicios en el Cantón de Belén específicamente, ya que por ley es la CNFL la que está facultada para ello.

Indica que, mediante la resolución RRG-071-2013 que conoció el Regulador General, se atiende y se resuelve este conflicto. Señala dos puntos muy importantes: i) rechaza las medidas cautelares solicitadas y ii) reitera varios criterios regulatorios; entre ellos, un convenio que debe existir entre la Municipalidad y la empresa y otro punto se refiere a un convenio que debe haber entre las empresas.

Otro aspecto importante que señala la citada resolución, es que el usuario en Costa Rica, no tiene la posibilidad de elegir cuál operador le presta los servicios, ya que por ley existen competencias territoriales establecidas. Esta resolución es impugnada por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, mediante un recurso de revocatoria con apelación en subsidio e interpone una gestión de nulidad.

El Regulador General mediante la resolución RRG-292-2013, atiende el recurso de revocatoria y declara sin lugar por el fondo, tanto el recurso de revocatoria como la gestión de nulidad. Por lo anterior, en esta oportunidad la Junta Directiva como órgano de alzada, conoce el recurso de apelación e incluso la gestión de nulidad.

Seguidamente se refiere a los seis argumentos que expone la Empresa de Servicios Públicos de Heredia; los cuales giran en torno a dos grandes temas y son: i) la competencia territorial de cada una de las empresas involucradas y ii) la libertad de competencia con que cuentan esas esas empresas:

- Violación del principio de libre competencia
- No se considera las reformas de la Ley de ESPH, no se analizó la competencia territorial de ambas empresas,

- El acuerdo municipal, solo es un mero requisito de incorporación. ESPH tiene competencia regional, (art. 2 de la Ley 7789) incluso, nacional e internacional (art. 6 inciso i) Ley 7789).
- El requisito de acuerdo entre ambas empresas no se encuentra establecido en el artículo 4 de la Ley 77809.
- La Compañía Nacional de Fuerza y Luz no tiene monopolio o exclusividad, puede haber competencia con otra empresa. Competencia temporal (art. 10 inciso b) Contrato-Ley 2).
- Nulidad de la resolución, por cuanto los artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política permite la libre competencia.

Indica que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por la complejidad y la importancia del tema, en el momento de resolver un conflicto de competencias territoriales, lo primero que se decidió hacer, fue analizar cuál era la competencia territorial, de acuerdo con la normativa de cada una de las dos prestadoras y así definir de qué manera se pueden relacionar o no.

Se analizó la competencia territorial de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, y son dos leyes que en este momento regulan el régimen de esta empresa, la Ley 5889 que fue la que constituyó esta empresa y la Ley 7789 que es la que posteriormente cambió esta empresa a sociedad. Mediante la Ley 5889, el artículo 1 establece cuál es la competencia de esta empresa y dice: *En el cantón de Heredia y cantones circunvecinos «si así lo solicitan las municipalidades respectivas...»*, por lo que es importante prestar atención a esta frase.

Asimismo, el artículo 7 de la Ley 5889, establece una extensión de los servicios, indica y reitera que puede prestar los servicios no solo en el cantón central, sino también en cantones circunvecinos al cantón central, si las municipalidades así lo solicitan.

La Ley 7789 fue la que posteriormente empezó a regir, contiene el artículo 34, que señala que la Ley 5889 va a permanecer vigente en el tanto no contradiga lo que establezca la Ley 7789, por lo que para cada caso en particular, es preciso analizar cuando la Ley 5889 establece una disposición y es contraria a la Ley 7789, que es la que rige. Cuando sale la Ley 7789 no contradice ni modifica de ninguna manera esa competencia territorial; lo único que hace es que, en el artículo 2, establece que la ESPH tiene la facultad de establecer agencias o sucursales en toda la región de Heredia, a lo que la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria no se contrapone, pero se analizó en relación con el artículo 1 y 7 de la Ley 5889. La ESPH puede prestar sus servicios en cantones circunvecinos al cantón central de Heredia y aun así, dentro de toda la región de Heredia puede establecer sucursales y agencias por razones de conveniencia a la operatividad de la empresa.

En cuanto a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, indica que existe un contrato eléctrico, el cual se firmó en 1941 y adquirió fuerza de ley en ese mismo año, por medio de la Ley 2, por esto se le llama Contrato-Ley 2. Este contrato, de una manera específica y taxativa establece aquellas zonas en donde la CNFL puede prestar sus servicios.

La Empresa de Servicios Públicos de Heredia, establece todos esos lugares; Belén, Santa Bárbara, San Francisco y Barreal, por lo que se puede observar que el Cantón de Belén, que es donde se está presentando el conflicto de competencia territorial, está establecido, para que la CNFL por ley pueda prestar sus servicios en la zona. El artículo 4 de ese Contrato-Ley 2, indica que si bien puede prestar el servicio en esos lugares, eso no le da un monopolio, preferencia o exclusividad y que es uno de los argumentos que expone la Empresa de Servicios Públicos de Heredia.

Explica que una vez que la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria tiene claro cuál es la normativa que regula ambas empresas; cuáles son los artículos que lo sustentan y cuáles son los lugares donde pueden prestar sus servicios públicos, se tiene una interrelación entre la competencia territorial de la CNFL y entre la competencia territorial de la ESPH. Agrega que, la ESPH puede prestar sus servicios en cantones circunvecinos al Cantón Central de Heredia, por lo tanto se puede incluir Belén.

En cuanto a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, no tiene un monopolio, preferencia, ni exclusividad en aquellos cantones de Heredia, por lo que ambas empresas pueden prestar sus servicios en el Cantón de Belén.

Indica además, que no se trata de que la ESPH pueda prestar sus servicios solamente porque así se lo permite la normativa, ya que la misma normativa establece una serie de requisitos, que de manera previa debe cumplir. Agrega que, el tener la expectativa de poder tener una competencia territorial, no es lo mismo el poder ejercerla de manera efectiva.

Asimismo, señala que la Ley 5889 no establecía ningún requisito, es hasta que se establece la Ley 7789 que viene a especificar de manera más clara qué es lo que debe cumplir una municipalidad para que la empresa pueda prestar servicios en su cantón. Seguidamente se refiere a los artículos en mención:

**Artículo 4:**

Acuerdo que autorice iniciar los trámites de negociación y el avalúo.

Acuerdo municipal definitivo que ratifique la incorporación (adoptado por mayoría absoluta del total de los regidores propietarios de la municipalidad respectiva)

**Artículo 5:**

Convenio entre la Municipalidad incorporada y la ESPH, mediante el cual se acuerde la prestación del (os) servicio (s).

Indica que cuando la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria realizó la valoración para buscar la mejor forma de solucionar el problema, se cuestionó qué sucede cuando las municipalidades no prestan los servicios por sí mismas, no son muchas las que están en esa condición, pero existen. Ante esta duda, se encontraron dos respuestas: i) la ley no distingue entre municipalidades que prestan el servicio y las que no lo prestan. Haciendo un análisis crítico que por respeto a la autonomía Municipal, establecida en los artículos 169 y 170 de la Constitución Política, toda municipalidad de acuerdo con el artículo 4 del Código Municipal, tiene la obligación de velar por la administración y prestación de los servicios públicos y los intereses de sus representados.

Agrega que, lo anterior significa que si una municipalidad no está prestando los servicios, aun así tiene la obligación de velar por los intereses de sus representados y en el momento en que una empresa llega a prestar servicios en su cantón, definitivamente va a tener un impacto sobre los intereses de sus representados. Esto significa que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de ninguna manera descarta que de acuerdo con la ley, las municipalidades aunque no estén prestando los servicios, deben atravesar este proceso de incorporación con la Empresa de Servicios Públicos de Heredia.

Seguidamente se refiere al Voto 5445-1999 de la Sala Constitucional y que ratifica que la autonomía municipal debe ser respetada. En este caso quiere decir que la ARESEP no puede omitir el cumplimiento de un proceso de incorporación en relación con la autonomía municipal, solo porque ésta no preste los servicios.

Continúa su exposición e indica que, según lo manifestó al inicio de esta presentación, son dos grandes temas en torno a los cuales giran los seis argumentos del recurso de apelación: i) la competencia territorial de cada una de las empresas involucradas y ii) la libertad de competencia que cuentan esas esas empresas.

En cuanto a la libertad de competencia, la empresa ESPH alega que debe hacerse este ejercicio, por ejemplo, en el Cantón de Belén, en donde los usuarios puedan elegir cuál empresa desean les brinde el servicio. Agrega que, el artículo 46 de la Constitución Política establece como un derecho fundamental el ejercicio de la libre competencia, sin embargo, ese derecho fundamental no se puede ejercer de forma absoluta, tiene limitaciones y dentro de éstas se encuentra la limitación de origen positivo.

Explica que la limitación de origen positivo es aquella establecida mediante ley, y que es el caso que se está conociendo. Está la Ley 5589, 7789 y el Contrato- Ley 2, que establecen de forma expresa, cuál es la competencia territorial de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia y de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz. En el caso específico del Cantón de Belén, esa libre competencia, hasta el momento se encuentra restringida, hasta tanto, la ESPH no cumpla con todos los requisitos anteriormente comentados.

Seguidamente realiza un análisis puntual de los seis argumentos presentados por la recurrente e indica que el primero de estos, en relación con la competencia territorial, fue el argumento 2; en donde la empresa señala que la resolución impugnada no valoró toda la normativa necesaria, incluidas las reformas de la Ley 7789, y que tampoco se analizó la competencia territorial de ambas empresas.

Señala que el argumento citado (2) debe ser rechazado, porque la resolución impugnada, sí analizó de forma clara toda la normativa necesaria, incluidas las reformas a la Ley 7789 y analizó en detalle la competencia territorial, así como la competencia territorial de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz.

En cuanto al argumento 3, que también refiere al tema de la competencia territorial, la ESPH alega que el procedimiento de incorporación no puede limitar la competencia que tienen para prestar sus servicios. Sin embargo, toda municipalidad debe atravesar el proceso de incorporación con cumplimiento de los requisitos para que pueda ejercer de forma efectiva esa competencia en el cantón específico.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** consulta cuáles servicios está en capacidad de prestar la Municipalidad, porque la electricidad no; puede tener otros servicios públicos. El servicio de electricidad, no es un servicio cualquiera, por lo tanto, el hecho de no traspasar unos servicios, no necesariamente implica un tratamiento diferente de los servicios que no brinda.

Por lo anteriormente manifestado, consulta cómo es el procedimiento de incorporación, o sea, una Municipalidad puede mantenerse y recibir los servicios de la inversión que hace la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, porque se tiene que hacer una inversión muy grande para brindar el servicio de electricidad.

El señor **Edgar Gutiérrez López** indica que el procedimiento que se señala del acuerdo y el avalúo, es cuando la Municipalidad está prestando el servicio. Este procedimiento, según su criterio, rige solamente en estos casos, en los demás no, o sea, cuando la Municipalidad no está prestando el servicio. Comenta que, para la Municipalidad del Cantón de Belén, le es indiferente quién preste el servicio, la CNFL o la ESPH. Además, considera que se le estaría obligando a que

se asocie a la empresa, por lo tanto, no coincide en este punto, con el dictamen que presenta la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. Aclara que, con los otros dos aspectos sí está de acuerdo, ya que están bien analizados.

La señorita **Viviana Lizano Ramírez**, ante la consulta de los directores Sauma Fiatt y Gutiérrez López, indica que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, también se cuestionó este aspecto, por lo que investigó si existía algún artículo dentro de la normativa que se deba aplicar al efecto y que estableciera alguna excepción de esta naturaleza; para aquellas municipalidades que no ofrecen los servicios; como es el caso del Cantón de Belén, en donde lo ofrece la CNFL. De lo anterior, afirma que no se encontró ninguna normativa que haga esa distinción.

Señala que por el principio de legalidad, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, está en la obligación de aplicar lo que establece la ley. Sin embargo, si se hubiese encontrado alguna excepción, esta Dirección la hubiera aplicado, haciendo la salvedad.

El señor **Edgar Gutiérrez López** considera que en este tema existe un problema de interpretación, a lo que la señorita **Viviana Lizano Ramírez** indica que inclusive se investigó en la Procuraduría General de la República, para conocer si existe alguna interpretación de esta naturaleza y no se detectó. Por esta razón y en atención al principio de legalidad, la Dirección está clara en que se debe aplicar lo que establece la normativa vigente.

Continúa su presentación y se refiere al argumento 4 del recurrente, en cuanto a la competencia territorial. La empresa alega específicamente, que de la resolución impugnada, se analiza o se desprende, que en relación con el artículo 4 y 5 de la Ley 7789, y el artículo 4 del Contrato-Ley 2, se indica que de ahí se desprende este requisito, que debe haber un acuerdo entre ambas empresas para la prestación conjunta.

Manifiesta que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria analizó el artículo 4 de la Ley 7789 y el artículo 4 del Contrato-Ley 2, por lo que procede a leerlos textualmente. De los citados artículos, analizando en atención al cumplimiento del principio de legalidad, que todos los funcionarios públicos y la administración pública están llamados a atender, dicha Dirección no se desprendió del citado requisito.

Asimismo, analizando la Ley 8220, específicamente el artículo 4, que indica que cuando se le solicita a un administrado un requisito, debe haber un fundamento legal, de otra forma el requisito no se puede solicitar. En este caso, indica que con respecto a ese requisito, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria no encontró que los artículos citados anteriormente, pueden sustentar ese requisito. Por lo tanto, esta Dirección considera que ese argumento debe ser acogido, porque el recurrente expone claramente, que no hay sustento legal para que se pueda exigir ese requisito.

En cuanto al argumento 1 del recurrente, señala que hay una violación de la libre competencia en perjuicio de los usuarios. La empresa considera que en el caso específico que se está conociendo, el usuario que solicitó la prestación de esos servicios tenía derecho a elegir cuál empresa le brindara el servicio.

La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria considera que no existe una violación de la libre competencia, conoce que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz es quien tiene la competencia para prestar los servicios, pero si la ESPH desea entrar a prestar sus servicios dentro de este mismo Cantón, debe cumplir con los requisitos necesarios para ello y de manera previa.

Agrega que, solo en ese momento se podría pensar en una libre competencia y lo aclara porque es un aspecto muy importante.

Señala que esta Dirección comparte la posición expresada en la resolución impugnada, en donde se indica que los usuarios en Costa Rica no tienen derecho de elegir cuál es el prestador que les brinde los servicios, ya que existen leyes que establecen las competencias territoriales, y cita como ejemplos; JASEC, ICE. En este caso específico y de forma muy particular, existe una situación muy especial y es el hecho de que hay dos leyes, en relación con dos prestadoras de servicio que le están permitiendo ingresar a brindar sus servicios en un mismo cantón.

Indica que se está observando con un análisis totalmente deductivo, que donde está la CNFL en Heredia, va a poder ingresar a brindar sus servicios la ESPH, obviamente cumpliendo con los requisitos señalados. En este caso en particular, se estaría prestando la situación para el ejercicio de una libre competencia, exclusivamente en el Cantón de Belén, en donde si la ESPH hubiera cumplido con todos los requisitos señalados, lo cual, hasta el momento a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria no le consta que así haya sido, por lo que podría prestar sus servicios en el Cantón de Belén. Agrega que, en este caso el usuario que solicitó que le brindara los servicios podría haber elegido, pero únicamente si se cumple con esos requisitos de previo.

En lo tocante al argumento 5, indica la ESPH en su recurso, que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz no tiene monopolio, ni exclusividad, con lo que coincide perfectamente la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, porque de acuerdo al artículo 4 del Contrato-Ley 2, que así lo establece y en virtud de ese no monopolio, es que la ESPH puede ingresar a prestar sus servicios donde esté operando la CNFL.

Asimismo, la empresa se fundamenta en el artículo 10, inciso b) del Contrato-Ley 2, que indica que la CNFL va a estar obligada a prestar sus servicios específicamente en la zona en donde se le haya señalado, siempre que no llegue otra empresa y preste esos mismos servicios en igualdad de condiciones, o mejores. La ESPH en un análisis argumentativo establece que hay una competencia temporal por parte de la CNFL donde si ésta presta los servicios en determinado cantón, porque la Ley así se lo permite, y la ESPH llega a prestar sus servicios y lo hace en mejores condiciones, entonces ya la CNFL no podría prestarlos, lo cual la Dirección no comparte, ya que consideran que este artículo 10, simplemente viene a reafirmar la teoría que se ha venido analizando, y es el hecho de que efectivamente, la CNFL debería en una situación tan particular como ésta, compartir la prestación de los servicios en un cantón en donde la empresa pueda ingresar.

En lo concerniente al argumento 6, la empresa acusa la nulidad de la resolución, por violación de los artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política, y que consideran que respaldan la libre competencia. Desde el punto de vista de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, únicamente el artículo 46 es el que respalda el ejercicio de este derecho fundamental y considera por todas las razones analizadas anteriormente, que no existe ninguna violación, por lo tanto, este argumento debe también ser rechazado.

Señala que, según lo comentó anteriormente, además del recurso de apelación, también interpusieron una gestión de nulidad. Esta gestión fue admisible en tiempo y forma, pero cuando se analizó el fondo, se determinó que no existe tal nulidad, ya que la resolución impugnada cumple con todos los elementos necesarios para que cuente con validez, por lo que dicha gestión debe ser rechazada.

Finaliza su presentación y se refiere a las recomendaciones en atención al presente análisis son las siguientes:



- I. Declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación, únicamente en cuanto a la parte dispositiva Punto II incisos a) -sub inciso b)- y b), que se modifican así:
- a) Eliminar el requisito de *“acuerdo escrito entre la ESPH S.A., y la CNFL S.A., que autorice la prestación conjunta –en igualdad de condiciones- en el área de concesión de la última en el Cantón de Belén.”* establecido en el Por Tanto II inciso a) sub inciso b).
  - b) Adicionar al Por Tanto II inciso b), lo siguiente. *“Podría darse libre competencia entre la Empresa de Servicios Públicos de Heredia y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, cuando la primera empiece a operar (previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos) en una zona donde ya opera la Compañía, en cuyo caso, los usuarios pueden elegir al operador.”*
- II. Rechazar por el fondo la gestión de nulidad interpuesta.
- III. Dar por agotada la vía administrativa.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** solicita se le aclare qué tan avanzada está la obra de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, a lo que la señorita **Viviana Lizano Ramírez** indica que se remite al expediente administrativo, en donde consta un documento por parte de la ESPH que se refirió a la Intendencia de Energía, previo a que se interpusiera la denuncia, en donde en ese momento, en fecha 2 de abril de 2013, habían invertidos ¢150.000.000.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 751-DGAJR-2013, así como las observaciones y comentarios realizados por los señores miembros de la Junta Directiva, la señora **Grettel López Castro** somete a votación este recurso. Los directores López Castro, Sauma Fiatt y Saborío Alvarado votan a favor, mientras que el señor Gutiérrez López salva su voto, y solicita consignar en la presente acta, la justificación correspondiente.

Seguidamente, la Junta Directiva resuelve, por mayoría, tres votos a uno:

#### ACUERDO 07-74-2013

1. Declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia contra la resolución RRG-071-2013 únicamente en cuanto a la parte dispositiva Punto II incisos a) -sub inciso b)- y b), y en consecuencia se modifica la misma de la siguiente manera:
  - a) Eliminar el requisito de *“acuerdo escrito entre la ESPH S.A., y la CNFL S.A., que autorice la prestación conjunta –en igualdad de condiciones- en el área de concesión de la última en el Cantón de Belén.”* establecido en el Por Tanto II inciso a) sub inciso b).
  - b) Adicionar al Por Tanto II inciso b), lo siguiente. *“Podría darse libre competencia entre la Empresa de Servicios Públicos de Heredia y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, cuando la primera empiece a operar (previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos) en una zona donde ya opera la Compañía, en cuyo caso, los usuarios pueden elegir al operador.”*

2. Rechazar por el fondo la gestión de nulidad interpuesta por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia contra la resolución RRG-071-2013.
3. Dar por agotada la vía administrativa.
4. Díctese la siguiente resolución:

**RESULTANDO:**

- I. Que el 3 de abril de 2013, mediante oficio DO.12-2013, la Municipalidad de Belén de Heredia, le solicitó la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (en adelante Aresep), pronunciamiento sobre un conflicto de competencia territorial entre la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (*en adelante ESPH o Empresa*) y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (*en adelante CNFL o Compañía*), con motivo de un proyecto de construcción de canalización eléctrica subterránea que está realizando la primera, a fin de prestar el servicio público de energía eléctrica en el cantón de Belén de Heredia. (Folios 2 al 12, 16 al 24)
- II. Que el 4 de abril de 2013, la CNFL interpuso denuncia y solicitud de medidas cautelares contra la ESPH, con respecto al conflicto de competencia territorial por la realización de trabajos en el cantón de Belén, por parte de la empresa HVYT, para la empresa ESPH. (Folios 25 al 49)
- III. Que el 4 de abril de 2013, mediante oficio UENEEYAP-146-2013-R, la ESPH presentó aclaración sobre el proyecto de energización eléctrica que está llevando a cabo para el Centro Corporativo Belén, y solicitó se resolviera el asunto. Además el 9 y el 10 de abril de 2013, mediante los oficios UENEEYAP-153-2013-C y GG-237-2013-R respectivamente, solicitó que se rechazara la denuncia de la CNFL y aportó copia del oficio 1911-JD-92 (Folios 13 al 15 y 50 al 54)
- IV. Que el 10 de abril de 2013, mediante auto de traslado, la Intendencia de Energía (en adelante IE) dio traslado a la Municipalidad de Belén, a la ESPH y a la CNFL, para que se pronunciaran sobre el conflicto territorial en cuestión. (Folios 66 al 72)
- V. Que el 17 de abril de 2013, mediante el oficio GG-246-2013, la ESPH contestó la denuncia y solicitud de medida cautelar, interpuesta por la CNFL. (Folios 55 al 65)
- VI. Que el 18 de abril de 2013, tanto la CNFL como la Municipalidad de Belén se pronunciaron sobre el asunto sometido a estudio. (Folios 73 al 78 y 79 al 91)
- VII. Que el 6 de mayo de 2013, mediante el oficio 567-IE-2013/11357, la IE rindió el informe sobre éste conflicto. (Folios 92 al 101)
- VIII. Que el 16 de mayo de 2013, mediante la resolución RRG-071-2013, el Regulador General resolvió la controversia, señalando en lo conducente: Rechazar por el fondo las medidas cautelares solicitadas por la CNFL contra la ESPH. Reiterar los criterios regulatorios con respecto a las condiciones que se tienen que dar para que la ESPH, pueda prestar el servicio público de electricidad en el cantón de Belén de Heredia y la imposibilidad jurídica que tienen los usuarios en Costa Rica para escoger el operador del servicio de electricidad. Dicha resolución fue notificada a las partes, el 17 de mayo de 2013. (Folios 128 al 140)

- IX.** Que el 20 de mayo de 2013, la ESPH, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de nulidad contra la resolución RRG-071-2013. (Folios 102 al 127)
- X.** Que el 28 de mayo de 2013, mediante el oficio 687-IE-2013/13791, la IE, se pronunció sobre el recurso de revocatoria interpuesto por ESPH contra la resolución RRG-071-2013. (Folios 141 al 149)
- XI.** Que el 26 de julio de 2013, mediante el informe 557-DGAJR-2013, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (en adelante DGAJR), rindió criterio jurídico sobre el mencionado recurso de revocatoria. (Folios 150 al 155)
- XII.** Que el 20 de agosto de 2013, mediante el oficio GG-651-2013, la ESPH, reiteró sus argumentos de inconformidad y solicitó la resolución de las impugnaciones interpuestas. (Folios 156 al 163)
- XIII.** Que el 28 de agosto de 2013, mediante la resolución RRG-292-2013, el Regulador General resolvió el recurso de revocatoria, indicando en lo conducente: Declarar sin lugar por el fondo tanto el recurso de revocatoria como la gestión de nulidad interpuestas por ESPH contra la resolución RRG-071-2013 y elevó a la Junta Directiva el recurso de apelación interpuesto de forma subsidiaria. (Folios 164 al 176)
- XIV.** Que el 9 de setiembre de 2013, mediante oficio 684-DGAJR-2013, la DGAJR emitió el informe establecido en el artículo 349 de la Ley 6227 sobre el recurso de apelación interpuesto. (Folios 177 al 178)
- XV.** Que el 10 de setiembre de 2013, mediante memorando 621-SJD-2013, la Secretaría de Junta Directiva, trasladó a la DGAJR, para su análisis, el recurso de apelación interpuesto por la ESPH contra la resolución RRG-071-2013. (Folios 179)
- XVI.** Que el 27 de setiembre de 2013, por medio de oficio 751-DGAJR-2013, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emitió su criterio sobre el recurso de apelación interpuesto.

### CONSIDERANDO

- I.** Que el recurso fue analizado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el oficio 751-DGAJR-2013, que sirve de sustento para la presente resolución, cual conviene extraer lo siguiente:

“ (...)”

#### **II. ANÁLISIS POR LA FORMA:**

##### **a) Naturaleza del recurso:**

*El recurso interpuesto por ESPH contra la resolución RRG-071-2013, es el ordinario de apelación, al que le son aplicables lo establecido en los artículos del 342 al 352 de la Ley 6227.*

*Además, ESPH, presentó gestión de nulidad contra dicha resolución, la cual se rige por lo dispuesto en los artículos 158 al 179 de la Ley 6227.*

**b) Temporalidad del recurso:**

*La resolución que se impugna es la RRG-071-2013, la cual por su naturaleza, cuenta con un plazo para la interposición del recurso de 3 días, de conformidad con el artículo 346 de la Ley 6227. Dicha resolución fue notificada a la empresa ESPH, el viernes 17 de mayo de 2013 (folios 138 y 140). El lunes 20 de mayo de 2013 (folio 102), ESPH, interpuso vía fax, el recurso de apelación que nos ocupa. A pesar de que en la resolución impugnada se indicó que dicho plazo era de 24 horas. Lo cierto es que de conformidad con el artículo 346 de la Ley 6227, la resolución RRG-071-2013, por ser el acto final de este procedimiento, su impugnación se debe interponer dentro del plazo de 3 días, a partir del día siguiente de su notificación. Es por ello que dicho plazo vencía el 22 de mayo de 2013.*

*Del análisis comparativo que precede se puede concluir que el recurso de apelación fue interpuesto en tiempo.*

*Por último, la gestión de nulidad planteada por la ESPH fue presentada con el recurso de apelación, igualmente, el lunes 20 de mayo de 2013 (folio 102). De conformidad con el artículo 175 de la Ley 6227, el plazo para gestionar la nulidad del acto administrativo es de un año.*

*En consecuencia, del análisis comparativo que precede se puede concluir que la gestión de nulidad planteada por la ESPH, contra la resolución RRG-071-2013, fue interpuesta en tiempo.*

**c) Legitimación:**

*La ESPH, se encuentra legitimada para recurrir y solicitar la nulidad de la resolución RRG-071-2013, de conformidad con el artículo 275 de la Ley 6227 en relación con el artículo 10 de la Ley 7593, por ser una de las partes en este procedimiento.*

**d) Representación:**

*Consta en autos, que el señor Edgar Allan Benavides Vílchez, es apoderado general sin límite de suma de ESPH (folio 65). Por ello, se concluye que el recurso de apelación fue interpuesto por representante debidamente acreditado.*

*En razón de todo lo anterior, se tiene que el recurso y la gestión de nulidad son admisibles, por haber sido interpuestas en tiempo y forma.*

**III. ARGUMENTOS DEL RECURSO:**

*Los argumentos de la recurrente se pueden resumir de la siguiente manera:*

*1) La resolución impugnada contraviene el principio de libre competencia en perjuicio de los consumidores quienes tienen oportunidad de elegir, violentando con ello, la libertad contractual constitucionalmente protegida.*

*2) La resolución impugnada ratifica lo dicho en anteriores resoluciones con respecto a la competencia territorial, sin considerar las reformas legislativas sufridas por la Ley de la ESPH. No se analizó la competencia territorial de las dos prestadoras involucradas y sólo se observó la ley de la ESPH.*

3) En cuanto a la competencia territorial de la ESPH, la Aresep se equivocó al establecer como requisito para que ésta pueda prestar el servicio en una determinada área, el acuerdo municipal para incorporarse a la ESPH. Pues dicha empresa tiene competencia regional (refiriéndose a la Provincia de Heredia como región autónoma) para prestar el servicio, según el artículo 2 de la Ley 7789 y las actas de discusión legislativa al aprobarse el proyecto de dicha ley. Incluso, con la adición del inciso i) al artículo 6 de la ley 7789 mediante la ley 8660, la competencia de la ESPH pasó a ser nacional, con lo cual se eliminó cualquier limitación de competencia que existiera.

4) La resolución impugnada concluye erróneamente que, si la ESPH pretende prestar servicios en un área servida por la CNFL requiere de un acuerdo entre ambas empresas que autorice la prestación conjunta. Dicho requisito no se encuentra establecido en el artículo 4 del Contrato-ley 2 en relación con la Ley de la ESPH.

5) Al no tener un monopolio ni derecho de exclusividad la CNFL, entonces, en el área en que ésta opera, se permite la libre competencia con otras empresas similares estatales o particulares. Incluso, de acuerdo con el inciso b) del artículo 10 del Contrato –Ley 2, si otra empresa estatal o particular presta el servicio que presta la CNFL en iguales o mejores condiciones, entonces ello le implica un privilegio sobre la CNFL, lo que vuelve la competencia de dicha compañía de carácter temporal. La propia CNFL al presentar el conflicto ante la Aresep, admite que la ESPH tiene mejores condiciones tarifarias.

6) La resolución que se impugna, es nula por cuanto de los artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política, se desprende que existe posibilidad de elegir los servicios entre distintos operadores que presten sus servicios en las mismas zonas de competencia.

#### **IV. ANÁLISIS DEL RECURSO POR EL FONDO:**

Son dos los aspectos en torno a los cuales giran los argumentos de inconformidad de la recurrente: la competencia territorial de ambas prestadoras, así como, la libertad de competencia.

##### **I.- Competencia territorial de las prestadoras involucradas en el conflicto:**

Tal y como consta en autos, el antecedente del presente conflicto, refiere a los alcances de la competencia territorial que tienen dos prestadoras del servicio de energía eléctrica, a saber: la ESPH y la CNFL, en Heredia, específicamente en el cantón de Belén.

Ello debido que, la CNFL acusa ante la Aresep, que la ESPH se está extralimitando en su competencia territorial, al estar realizando (mediante contratación de la empresa HVYT, Ingenieros Eléctricos y Constructores) un proyecto de construcción de canalización eléctrica subterránea en la zona de La Asunción de Belén, en un tramo que inicia en la esquina suroeste de la Firestone finalizando 600 metros al oeste hacia el Hotel Marriott, a fin de ofrecer el servicio de electricidad al Centro Corporativo Belén, Montarás del Norte.

La CNFL, considera que es la única que puede prestar el servicio público de energía eléctrica en el cantón de Belén, ello, por la concesión que le ha sido otorgada mediante el Contrato Eléctrico del 8 de abril de 1941, modificado por la Ley 4197 y 4977. La ESPH, por su parte, defiende la posibilidad de prestar el mencionado servicio en Belén y en todo Heredia, por considerarse amparada en el artículo 4 del Contrato-ley 2 de 1941, según el cual la CNFL no tiene el monopolio de la prestación del servicio en las áreas en las que opera, así como en la Ley 5889 y 7789.

*Mediante la resolución final RRG-071-2013, se resolvió el conflicto de competencia territorial mencionado, concluyéndose por parte del Regulador General, lo siguiente:*

*“I. Rechazar por el fondo las medidas cautelares solicitadas por la CNFL S. A., contra la ESPH S. A.*

*II. Reiterar los criterios regulatorios de que:*

- a) Para que la ESPH pueda prestar el servicio en el Cantón de Belén de la Provincia de Heredia debe existir: a) Convenio de la Municipalidad de Belén incorporándose a la ESPH S. A., para la prestación del servicio de electricidad o de acueducto y alcantarillado, adoptado por mayoría absoluta del total de los regidores propietarios y b) Acuerdo escrito entre la ESPH S. A., y la CNFL S. A., que autorice la prestación conjunta -en igualdad de condiciones- en el área de concesión de la última en el Cantón de Belén.*
- b) En Costa Rica los usuarios de los servicios públicos no tiene la posibilidad jurídica de escoger el operador del servicio, en razón de que las empresas públicas como el ICE, la CNFL S. A., la ESPH S. A., y JASEC tienen establecidas por ley sus áreas de concesión, por lo que únicamente por modificación de sus leyes de creación, podría cambiarse sus áreas de concesión.”*

*La ESPH inconforme con lo resuelto por el Regulador General, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de nulidad. Siendo que aquí, nos ocupa la resolución del recurso de apelación y de la mencionada gestión.*

*De los argumentos descritos en el Considerando anterior, se tiene que el 2, 3 y 4, refieren al tema de la competencia territorial, mismos a los cuales, se analizan de la siguiente manera:*

#### **Competencia territorial de la CNFL:**

*Mediante el Contrato-Ley conocido como Contrato Eléctrico de 1941 (ratificado mediante la Ley 2 de 1941), se creó la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, a la cual se le otorgó la concesión para la distribución de electricidad en diversos sectores de Costa Rica.*

*El artículo 3 del Contrato- Ley 2, concede a la CNFL el derecho de la explotación del negocio de la electricidad en distintos lugares y, en lo que interesa en la provincia de Heredia, en los distritos de San Francisco y Barreal en el cantón de Heredia; así como en los cantones de Barba, Belén, Flores, Santa Bárbara y Santo Domingo.*

*Si bien, a la CNFL se le estableció mediante ley, la competencia territorial dentro de la cual podría prestar el mencionado servicio; de seguido, el artículo 4 del mismo cuerpo legal, dispuso, que ello no constituía monopolio o derecho alguno de exclusividad o preferencia, dejando abierta la posibilidad de que a futuro, otros prestadores ofrecieran el servicio dentro de ese mismo territorio.*

#### **Competencia territorial de la ESPH:**

*Mediante la Ley 5889, se constituyó la Empresa de Servicios Públicos de Heredia con plenas facultades para prestar, entre otros, el servicio de generación de energía eléctrica.*

Los artículos 1º y 7 de la Ley 5889 que disponen lo siguiente:

**“Artículo 1.-Constitución, fines.**

*Créase la "Empresa de Servicios Públicos de Heredia", con sede en la ciudad de Heredia, con plenas facultades para prestar servicios de agua potable, alcantarillado sanitario, evacuación e (Sic) aguas pluviales, lo mismo que generación y distribución de energía eléctrica y alumbrado público en el cantón central de Heredia, y en los cantones circunvecinos de ésta, si así lo solicitan las municipalidades respectivas, siempre y cuando no estén servidas por otras instituciones públicas.*

*El patrimonio de esta empresa pertenecer a las municipalidades que se adhieran a la misma, en proporción a lo aportado por cada una de ellas.”*

**“Artículo 7º.-Extensión de los servicios.**

*La "Empresa", podrá extender sus servicios a los cantones circunvecinos al central de la provincia de Heredia, y en tales casos la Empresa se hará cargo de los correspondientes activos y pasivos.”*

*Establecieron la competencia territorial dentro de la cual dicha Empresa podría prestar sus servicios, disponiendo que sería en el cantón de Heredia y en los cantones circunvecinos, cuando así lo soliciten las Municipalidades respectivas, siempre y cuando no estén servidas por otras instituciones públicas.*

*Posteriormente, con la Ley 7789, dicha competencia territorial dada mediante la Ley 5889, no fue modificada. Si bien, en el artículo 2 de la Ley 7789, se establece la posibilidad de que la ESPH establezca agencias o sucursales en toda la región de Heredia, ello no implica de ninguna manera, que entonces se haya dispuesto una nueva competencia territorial.*

*Es preciso recordar que el artículo 34 de la Ley 7789, estipula que la derogatoria de la Ley 5889, se daría en lo que se oponga a la ley 7789. A contrario sensu, lo que no contraría a dicha ley quedará incólume y deberá ser analizado en complemento de ésta.*

*Lo anterior quiere decir que, si en los artículos 1º y 7 de la Ley 5889, se dispuso que la ESPH podía prestar sus servicios en cantones circunvecinos al cantón de Heredia, y éste no fue modificado por la Ley 7789; entonces el artículo 2 de la Ley 7789, debe ser leído en relación con ése, de forma tal, que se entienda que la ESPH podrá establecer agencias o sucursales en toda la región de Heredia, incluso, se podría pensar que el establecer una agencia o sucursal en una zona donde no presta el servicio, podría obedecer a una cuestión de conveniencia tal y como lo indica el mismo artículo.*

***Interrelación entre la competencia territorial de la CNFL y la ESPH:***

*Como puede observarse, tanto la CNFL como la ESPH, tienen su competencia territorial plenamente establecida, no obstante, de la normativa que regula cada una de ellas (Contrato-Ley 2 para la CNFL y Leyes 5589 y 7789 para la ESPH), se desprende la posibilidad de que en los cantones de Heredia donde opera la CNFL, también pueda operar la ESPH. Por un lado, el artículo 4 del Contrato-Ley 2, establece la posibilidad de que la competencia territorial establecida para la CNFL, sea compartida con otras prestadoras, y por otro lado, los artículos 1º y 7 de la Ley 5889, señalan que la ESPH, tiene la posibilidad*

*de prestar el servicio en otros cantones, además del de Heredia, en tanto, la Municipalidad respectiva lo requiera y no haya una institución pública prestándole el servicio público.*

*Tratándose específicamente, de la posibilidad que tiene la ESPH de prestar sus servicios en otros cantones circunvecinos al cantón de Heredia, es necesario tomar en cuenta que, dicha opción no le fue dada sin el previo cumplimiento de una serie de requisitos.*

*Primeramente, es necesario observar la implicación de lo establecido en el artículo 1º de la Ley 5889, cuando señala que las Municipalidades de los cantones circunvecinos deberán solicitarle a la ESPH la prestación de sus servicios.*

*De una lectura detallada e integral de esa misma Ley 5889, específicamente de los artículos 10 y 15 que disponen lo siguiente:*

**“Artículo 10.-Derechos de otras municipalidades no adheridas.**

*Mientras las municipalidades de los cantones circunvecinos del cantón central de la provincia de Heredia, no hayan traspasado sus servicios a la "Empresa", conservarán las concesiones y derechos adquiridos sobre los servicios mencionados que continúen prestando.”*

**“Artículo 15.-Participación de las municipalidades adheridas.**

*Los regidores propietarios de las municipalidades que hayan traspasado a la "Empresa" los servicios a que se refiere el artículo primero, podrán asistir a las sesiones de la Junta Directiva de la misma con voz pero sin voto.*

*Se entiende que, el hecho de que una Municipalidad le solicite a la ESPH la prestación de sus servicios, implica la adhesión de la Municipalidad a la Empresa, es decir, el traspaso de sus servicios a la Empresa para que ésta sea la que los preste al cantón. Lo anterior debe relacionarse con lo dispuesto en la Ley 7789, cuando se refiera a las municipalidades incorporadas o corporaciones municipales.*

*Ahora bien, teniendo claro que el artículo 1º de la Ley 5889, implica que para que la ESPH pueda prestar sus servicios en determinado cantón de Heredia, la respectiva Municipalidad debe incorporarse a la Empresa y traspasarle sus servicios, es claro que, entonces, debe existir algún procedimiento o al menos, cumplimiento de algunos requisitos, para entender que la Municipalidad efectivamente se ha incorporado a la Empresa y ésta tiene competencia para operar en el cantón.*

*Previo a la entrada en vigencia de la Ley 7789 (cuando estaba vigente en su totalidad la Ley 5889), no se había establecido el cumplimiento de ningún requisito específico para que la ESPH pudiera prestar sus servicios en algún cantón de Heredia, pero una vez que entró en vigencia la Ley 7789, la situación cambió, pues el artículo 4 de dicha Ley, establece una serie de requisitos a cumplir por parte de las Municipalidades para que la ESPH pueda entrar a prestar sus servicios.*

*Dicho artículo 4 dispone:*



“Artículo 4.- Las corporaciones municipales de la región de Heredia, que al entrar en vigencia esta ley no se hayan incorporado a la Empresa, podrán permanecer en esa condición y guardarán las competencias que hasta ese momento ejerzan en la prestación de los servicios públicos a su cargo.

La incorporación a la Empresa es totalmente voluntaria y tanto el acuerdo que autorice iniciar los trámites de negociación y el avalúo como el acuerdo municipal definitivo que ratifique la incorporación, deberán adoptarse por mayoría absoluta del total de los regidores propietarios de la municipalidad respectiva.”

*Como puede observarse, el proceso de incorporación de una Municipalidad a la ESPH, implica la existencia de un acuerdo que autorice iniciar los trámites de negociación y el avalúo, así como, el acuerdo municipal definitivo mediante el cual se ratifique la incorporación de la Municipalidad a la Empresa. Dicho acuerdo de ratificación debe haber sido adoptado por mayoría absoluta del total de los regidores propietarios de la Municipalidad.*

*Aunado a los anteriores requisitos, el artículo 5 de la Ley 7789, establece otro requisito, referente a la necesidad de que exista un convenio entre la Municipalidad incorporada y la ESPH, mediante el cual se acuerde la prestación del (os) servicio (s). Con la entrada en vigencia de la Ley 7789 y hasta la fecha, surge la necesidad de que la Municipalidad solicitante cumpla con tales requisitos.*

*El mencionado artículo 5 establece de forma literal lo siguiente:*

*“Artículo 5.- La Empresa gozará de plenas facultades para prestar servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y evacuación de aguas pluviales; así como para la generación, distribución, transmisión y comercialización de energía eléctrica y alumbrado público, **en convenio con las municipalidades de la provincia de Heredia incorporadas, dentro de la jurisdicción de estas.***

*(...)” El resaltado no pertenece al original.*

*Todo lo anterior es conforme con la normativa analizada y con la jurisprudencia administrativa transcrita en la resolución RRG-071-2013. Tomando como base lo dicho anteriormente, es preciso analizar de forma puntual los argumentos que expone la ESPH contra la resolución RRG-071-2013.*

***Con respecto al argumento 2 indicado en el Considerando III de esta resolución:***

*Considera la recurrente que la resolución impugnada, no consideró toda la normativa y sus reformas, aplicables al caso que nos ocupa, así como, que no analizó la competencia territorial de ambas prestadoras involucradas.*

*Al respecto, debe indicarse que no lleva razón la recurrente, debido a que, de la resolución impugnada, se desprende un análisis completo y detallado de todos los cuerpos legales y sus reformas, aplicables al asunto que nos ocupa.*

*Tanto la jurisprudencia administrativa transcrita en el punto a) del Considerando III de la mencionada resolución, como el análisis de fondo efectuado en el punto b) del mismo Considerando, denotan un estudio de la competencia territorial de ambas prestadoras con base en la normativa que regula cada una de ellas. Incluso se observa, un análisis de*

*relación entre la normativa de una prestadora con la normativa de la otra prestadora. Ello fue lo que permitió las conclusiones a las que finalmente se arribaron.*

***Con respecto al argumento 3 indicado en el Considerando III de esta resolución:***

*La recurrente alega que la resolución impugnada, confunde el procedimiento de incorporación de las Municipalidades a la ESPH pues lo relaciona con la competencia territorial que ésta tiene para prestar sus servicios en distintas regiones de Heredia.*

*Considera la recurrente que, dicho proceso de incorporación no puede limitar la competencia territorial ni prestacional de la Empresa, pues los requisitos de incorporación son exclusivamente para esos efectos de asociación a la Empresa. Por dicho motivo, señala que la posibilidad de brindar el servicio en determinada área, no puede depender del cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley 7789.*

*Con respecto a dicho argumento, debe indicarse que no lleva razón, debido a que en la resolución impugnada no se observa ningún “conflicto interpretativo” de la normativa. Como se analizó anteriormente, si bien, la ESPH puede brindar sus servicios en otros cantones circunvecinos al cantón de Heredia, lo cierto del caso es que para poder iniciar la prestación, la Municipalidad beneficiada debe haber cumplido todos los requisitos de incorporación establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley 7789.*

*No se puede ver de forma aislada o independiente, el cumplimiento de los requisitos de incorporación de las Municipalidades con la posibilidad de prestar los servicios en determinado cantón, pues una cosa lleva a la otra, de forma que, es indispensable el cumplimiento previo de todos los requisitos legalmente establecidos para que la ESPH pueda gozar de las facultades establecidas en las Leyes 5889 y 7789.*

*En ese sentido, tampoco podría pensarse que la dispensa del cumplimiento de esos requisitos, es la supuesta competencia regional de la ESPH. Primeramente se debe recordar que, sí es necesario cumplir previamente con esos, y en segundo lugar, el hecho de que las leyes 5889 y 7789, le den a la ESPH la posibilidad de ingresar a prestar sus servicios en los cantones circunvecinos de Heredia, no implica que dicha Empresa tenga competencia regional.*

*La ESPH tendrá competencia en determinado cantón únicamente cuando se hayan cumplido con los requisitos establecidos, antes de ello, simplemente tiene una expectativa legal. Observemos que no es lo mismo, tener una posibilidad de tener competencia territorial en determinado cantón, que efectivamente poder ejercer esa competencia territorial, pues la primera se tiene por el simple reparo de la norma, mientras que la segunda se tiene una vez cumplidos los requisitos, estando plenamente facultada para ello.*

*Si la Municipalidad de un determinado cantón y la ESPH, no han cumplido con esos requisitos legales, entonces, no se puede considerar que la Empresa pueda hacer un **ejercicio efectivo** de esa competencia territorial que la normativa le permite.*

*Al respecto valga aclararle a la recurrente, que el artículo 2 de la Ley 7789 no es el sustento legal de esa posible competencia territorial, sino que lo son los artículos 1º y 7 de la Ley 5889 (mismos que al día de hoy se encuentran vigentes por no contravenir lo dispuesto en la Ley 7789); por el contrario, del artículo 2 de la Ley 7789 es complementario a estos y así debe analizarse.*

*Incluso, con mucho menos razón, se podría pensar en una competencia nacional o internacional de la ESPH, como ésta indica en su recurso, al amparo de la inclusión del inciso i) al artículo 6 de la Ley 7789, mediante la Ley 8660.*

*Observemos en detalle lo que establece ese inciso.*

*“[...]”*

*i) Vender en el mercado nacional e internacional, directa o indirectamente, servicios de asesoramiento, consultoría, capacitación y cualquier otro producto afín a sus competencias; lo anterior, siempre y cuando no impida el cumplimiento oportuno de los objetivos institucionales.”*

*Primeramente, nótese que el referido inciso hace referencia a “productos” y no a “servicios”; cuando hablamos de la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica no se está haciendo referencia a un producto, sino más bien, a la prestación de un servicio público, conforme el artículo 5 inciso a) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593).*

*En segundo lugar, obsérvese la naturaleza privada de los productos a los que hace referencia el inciso (asesoramiento, capacitación y consultoría, entre otros), no se podría pensar en mezclarlos con la prestación de servicios **públicos**, como lo es el suministro de energía eléctrica, que en todo caso ya se encuentran plenamente regulados.*

*En tercer lugar, la adición del referido inciso, debe entenderse en el contexto del sector que regula la Ley 8660, es decir, el de las telecomunicaciones, no el de la energía eléctrica, sea en su distribución, generación etc. Tal y como la misma Procuraduría General de la República lo analizó en el Dictamen C-045-2012 del 20 de febrero de 2012 ante una consulta efectuada por la propia ESPH.*

*Por lo anterior, este órgano de alzada no podría considerar que con sustento en el mencionado inciso, la competencia de la ESPH sea nacional o incluso internacional, cuando se trata del suministro de energía eléctrica.*

*La competencia territorial de la ESPH, en los términos establecidos por las Leyes 5889 y 7789, permanece incólume, y por las razones expuestas, no se puede pensar que ésta ha pasado a ser nacional o internacional, cuando incluso el ejercicio de su competencia regional, se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos por disposición expresa de las mismas normas.*

*Por lo dicho, la inclusión del inciso i) al artículo 6 de la Ley 7789 por parte de la Ley 8660, no viene a derogar lo establecido en las leyes 5889 y 7789, mismas que en todo caso, son normativas especiales sobre energía eléctrica.*

**Con respecto al argumento 4 indicado en el Considerando III de esta resolución:**

*La recurrente argumenta que la resolución impugnada, concluye de forma errónea que, si la ESPH pretende prestar servicios en un área servida por la CNFL requiere de un acuerdo entre ambas empresas que autorice la prestación conjunta. Dicho requisito no se encuentra establecido en el artículo 4 del Contrato-ley 2 en relación con la Ley de la ESPH.*

*Respecto a dicho argumento, considera este órgano asesor que la recurrente lleva razón, en virtud de que se concuerda con la falta de sustento jurídico para dicho requisito establecido en la resolución impugnada.*

*En la resolución RRG-071-2013, se señala como uno de los requisitos a cumplir, a fin de que la ESPH pueda prestar sus servicios en un área servida por la CNFL, la suscripción de un acuerdo entre ambas prestadoras, no obstante, tanto de dicha resolución como de la normativa atinente, se desprende la inexistencia de disposición normativa expresa al respecto, motivo por el cual, la resolución debe ser revocada respecto a la disposición de ese requisito específico.*

## **2.- Respecto a la libre competencia entre las prestadoras en conflicto:**

*La libertad de comercio o libre competencia, se encuentra tutelada como un derecho fundamental en el artículo 46 de nuestra Constitución Política, ello a fin de fomentar el desarrollo económico individual de los sujetos de derecho público o privado que participan en la economía de Costa Rica.*

*No obstante lo anterior, ese derecho fundamental como otros, si bien, no debe ser condicionado en cuanto a su ejercicio, sí está sujeto a límites explícitos o no.*

*En palabras de José Luis Cea, estos derechos se tratan "de atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos". Cea (2002), p. 58 citado por Tórtora Arevena, Hugo. "Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales". Revista Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, 2010, pp. 167 - 200. Es por ello, que el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad.*

*Los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, sino que efectivamente se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias.*

*Dichas limitaciones, las podemos encontrar clasificadas de acuerdo con diferentes criterios, no obstante, la que interesa al caso concreto, es la clasificación según el origen de la limitación, dentro de la cual encontramos: 1.- las que nacen del respeto por el derecho de las demás personas, 2.- las de origen material y, 3.- las de origen positivo; de forma tal, que las dos primeras se entienden implícitamente insertas en cada derecho, mientras que las últimas están expresamente consideradas en el ordenamiento jurídico.*

*Por el interés que conlleva, valga referirse únicamente a las limitaciones de origen positivo, que son las más habituales, las cuales para ser invocadas basta con citar algún precepto constitucional o legal para poder acudir a ellas.*

*Ciertamente, el ejercicio de la libre competencia es un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, no obstante, el ejercicio de éste, específicamente en el mercado eléctrico por parte de ciertos prestadores del servicio público (en el caso que nos ocupa, la CNFL y la ESPH), se encuentra limitado por el ordenamiento jurídico, ello por razones de regulación económica y conveniencia.*

*Al definirse en la normativa correspondiente, una competencia territorial dentro de la cual puede actuar una u otra prestadora, se está limitando el ejercicio de la libre competencia entre ellas, pues se está disponiendo un espacio geográfico en el que cada una ofrecerá sus servicios, sin que la otra pueda intervenir.*

*Así se tiene que, conforme a lo expuesto párrafos atrás, en principio, la CNFL tiene establecido mediante ley, los lugares donde puede y debe ofrecer sus servicios, e igualmente, en el caso de la ESPH.*

*Como también se explicó, las localidades donde opera la CNFL, pueden entrar a formar parte de la competencia territorial de la ESPH, previo cumplimiento de ciertos requisitos.*

*No obstante, hasta que la Empresa cumpla esos requisitos, la competencia o libre comercio en esas localidades donde opera la CNFL, es limitada, al ser esta última, la única que podría prestar el servicio.*

*En ese caso específico que se expone, los usuarios del servicio, no tendrían la posibilidad de escoger quien les presta el servicio pues únicamente contarían con la opción de la CNFL. Así lo expone de forma clara la resolución impugnada, al indicar que, en tesis de principio, los usuarios de los servicios públicos en Costa Rica no tienen la posibilidad jurídica de escoger al operador que les ofrece determinado servicio, citando algunos ejemplos como es el caso de los usuarios del ICE.*

*Tratándose de la CNFL y de la ESPH, que son las prestadoras en conflicto, puede ocurrir una particularidad importante en lo que refiere al ejercicio de la libre competencia entre ellas.*

*En aquellas localidades de Heredia, donde solo opera la ESPH, no existe una libre competencia, pues solo dicha Empresa ofrece el servicio, y sus usuarios no pueden elegir al operador; en aquellas localidades de Heredia, donde solo opera la CNFL (porque la Municipalidad respectiva no se ha incorporado a la ESPH), igualmente, no existe libre competencia, pues solo la Compañía puede ofrecer el servicio y los usuarios tampoco pueden elegir.*

*Pero en aquellas localidades donde opera la CNFL y la ESPH también entra a operar (una vez cumplidos los requisitos), la libre competencia entre ellas, se ve liberada de las restricciones anteriormente impuestas, pues por disposición de ley, se está permitiendo que la Empresa entre a competir en un área donde también opera la Compañía.*

*Única y exclusivamente bajo este supuesto, puede darse la libre competencia entre ambas prestadoras, pero aun así, observando que esa libre competencia, puede darse sólo entre esas dos prestadoras específicamente, con la condición de que se trate de un cantón de Heredia en el que por Ley opere la CNFL y la ESPH haya entrado a competir previo cumplimiento de los requisitos.*

*Recuérdese que, como la ESPH tiene circunscrita por ley, su competencia territorial a la provincia de Heredia, esa libre competencia podría presentarse únicamente en cantones de esa provincia, sin que pueda sobrepasar ese territorio, y sin que pueda evadir el cumplimiento previo de los requisitos, con cada una de las municipalidades interesadas en recibir sus servicios.*

*De los argumentos descritos en el Considerando III de esta resolución, se desprende que el 1, 5 y 6, refieren al tema de la libre competencia, mismos que se analizan de la siguiente forma:*

***Con respecto al argumento 1 indicado en el Considerando III de esta resolución:***

*La recurrente considera que lo dispuesto en la resolución impugnada, inhibe el ejercicio de la libre competencia, en perjuicio de los consumidores, quienes deberían tener la posibilidad de elegir y de pactar contractualmente de forma libre.*

Considera este órgano asesor que, conforme a lo antes explicado, la recurrente lleva razón, **únicamente** tratándose del supuesto específico, en el cual la ESPH entre a operar en un cantón de Heredia en el cual ya opere la CNFL, en cuyo caso, como se dijo, se daría la libre competencia entre ambas operadoras siempre y cuando se haya cumplido previamente con los requisitos establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley 7789. Con respecto a cualquier otro de los supuestos antes señalados y en el caso conocido en este expediente, la recurrente no lleva razón respecto a la alegada libre competencia.

***Con respecto al argumento 5 indicado en el Considerando III de esta resolución:***

*Expone la recurrente, que al no tener un monopolio ni derecho de exclusividad la CNFL, entonces, en el área en que ésta opera, se permite la libre competencia con otras empresas similares estatales o particulares. Incluso, de acuerdo con el inciso b) del artículo 10 del Contrato –Ley 2, si otra empresa estatal o particular presta el servicio que presta la CNFL en iguales o mejores condiciones, entonces ello le implica un privilegio sobre la CNFL, lo que vuelve la competencia de dicha compañía de carácter temporal. La propia CNFL al presentar el conflicto ante la Aresep, admite que la ESPH tiene mejores condiciones tarifarias.*

*Respecto al argumento sobre la ausencia de monopolio o derecho de exclusividad en beneficio de la CNFL en aquellas áreas donde opera; se señala que conforme a lo expuesto párrafos atrás, la recurrente lleva razón por cuanto se ha explicado que efectivamente la ESPH puede entrar a operar en aquellos cantones de Heredia donde opera la CNFL, una vez cumplidos los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.*

*En cuanto a la supuesta competencia temporal de la CNFL, a raíz de lo dispuesto en el inciso b) del artículo 10 del Contrato –Ley 2, se dispone que la recurrente no lleva razón, por cuanto del mencionado artículo no se desprende ni se puede interpretar que la competencia de la CNFL sea temporal hasta tanto otra empresa particular o el Estado llegue a prestar el servicio en iguales o mejores condiciones.*

*Debe entenderse que dicho inciso, simplemente fortalece lo analizado con respecto al único caso en el que se podría dar una libre competencia entre ambas empresas. Es decir, que si otra empresa o el Estado llegan a prestar el servicio en la misma zona que opera la CNFL, e igualan o mejoran las condiciones, entonces la Compañía podría continuar prestando el servicio, y los consumidores podrían elegir entre las opciones, la que más le convenga.*

*No podría entenderse que la competencia territorial que se le asigna a la CNFL, se le otorgue y luego se le quite, en el mismo Contrato-Ley 2. La competencia dada a la CNFL es definitiva y de ejercicio continuo, hasta que legalmente se disponga otra cosa, incluso aunque prestadores como la ESPH llegue a operar en la misma zona.*

***Con respecto al argumento 6 indicado en el Considerando III de esta resolución:***

*Como último argumento, la recurrente expone que la resolución que se impugna, es nula por cuanto de los artículos 28, 45 y 46 de la Constitución Política, se desprende que existe posibilidad de elegir los servicios entre distintos operadores que presten sus servicios en las mismas zonas de competencia.*

*Al respecto se reitera que, este órgano asesor considera que, conforme a lo antes explicado sobre el ejercicio de la libre competencia, la recurrente lleva razón, únicamente tratándose del supuesto específico, en el cual la ESPH entre a operar en un cantón de Heredia en el cual ya opere la CNFL, en cuyo caso, como se dijo, se daría la libre competencia entre ambas operadoras –previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en las Leyes 5889 y 7789-. Con respecto a cualquier otro de los supuestos antes señalados, la recurrente no lleva razón respecto a la alegada libre competencia.*

***V. SOBRE LA GESTIÓN DE NULIDAD INTERPUESTA:***

*Se observa que la ESPH indicó en el título de su escrito de impugnación, que además del recurso de revocatoria con apelación en subsidio, también presentó una gestión de nulidad.*

*Si bien, la ESPH indicó que alegaba la nulidad, lo cierto del caso, es que en el desarrollo del documento, ésta no especificó los argumentos que fundamentan dicha gestión, separándolos de los fundamentos de la impugnación; por dicho motivo, los alegatos esgrimidos por ésta, han sido tomados como sustento, tanto de la nulidad, como del recurso de apelación, que es el que conoce éste órgano asesor.*

Por último, en cuanto a la nulidad alegada por la recurrente, se tiene que la resolución RRG-071-2013, no es un acto administrativo nulo, por cuanto éste contiene todos los elementos, tanto formales como sustanciales (sujeto, forma, procedimiento, motivo, fin y contenido), exigidos por la Ley 6227, ya que:

La resolución RRG-071-2013 fue dictada por el órgano competente, es decir por el Regulador General (artículos 129 y 180, sujeto).

Fue emitido por escrito como corresponde. (Artículos 134 y 136, forma)

De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley. (Artículo 10 de la Ley 7593, procedimiento)

Contiene un motivo legítimo y existente el cual se sustentó en la denuncia presentada por la CNFL. (Artículo 133, motivo)

Se establecieron en su parte considerativa las razones que sustentaron las decisiones del órgano competente. (Artículos 131, fin y 132, contenido)

Por ello se concluye que la resolución RRG-071-2013 es un acto válido conforme lo establecido en el artículo 128 de la Ley 6227.

***VI. CONCLUSIONES:***

- 1. El recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuesto por la ESPH contra la resolución RRG-071-2013, son admisibles por la forma.*

2. *A fin de que la ESPH pueda ofrecer sus servicios en el Cantón de Belén donde opera la CNFL, dicha Empresa debe cumplir previamente con los requisitos establecidos en los artículos 4 y 5 de las Leyes 7789.*
3. *El requisito establecido en la resolución RRG-071-2013, referente a un acuerdo entre la ESPH y la CNFL para que la primera pueda prestar sus servicios en el cantón de Belén de Heredia de forma conjunta con la segunda, no es un requisito que cuenta con un sustento legal expreso, por lo tanto, el mismo no puede serle exigido. En consecuencia la resolución impugnada debe ser revocada únicamente en cuanto a la eliminación de dicho requisito.*
4. *En el caso concreto sometido a estudio en este expediente, no se está ante una situación de libre competencia entre la ESPH y la CNFL. La libre competencia podría darse, cuando la primera empiece a operar (previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos) en una zona donde ya opere la CNFL, en cuyo caso, los usuarios podrían elegir al operador. En el caso en estudio, el usuario no tiene libertad de elegir a su operador. En razón de ello, la resolución impugnada debe ser adicionada únicamente en el inciso b) del Por Tanto II.*
5. *El recurso de apelación interpuestos por la ESPH contra la resolución RRG-071-2013 deben ser declarado parcialmente con lugar, procediendo a modificar la resolución impugnada en lo antes indicado.*
6. *La resolución RRG-071-2013 es un acto administrativo válido puesto que no se observan vicios de nulidad en el mismo.*

(...) ”

- II. Que de conformidad con los resultandos y considerandos que preceden, y de acuerdo al mérito de los autos, lo procedente es declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación únicamente en cuanto a: Eliminar el requisito establecido en el Por Tanto II inciso a) sub inciso b), adicionar el inciso b) del mismo Por Tanto II, y rechazar la gestión de nulidad interpuestos por la ESPH contra la resolución RRG-071-2013, tal y como se dispone:
- III. Que en sesión 74-2013, del 17 de octubre de 2013, cuya acta fue ratificada el 24 de octubre de 2013; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 751-DGAJR-2013, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

**POR TANTO:**

Con fundamento en las facultades conferidas en los artículo 342, 343, 345, 346 y 352 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227)



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

- I.** Declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por la ESPH contra la resolución RRG-071-2013 únicamente en cuanto a la parte dispositiva Punto II incisos a) -sub inciso b)- y b), y en consecuencia se modifica la misma de la siguiente manera:
- a)** Eliminar el requisito de *“acuerdo escrito entre la ESPH S.A., y la CNFL S.A., que autorice la prestación conjunta –en igualdad de condiciones- en el área de concesión de la última en el Cantón de Belén.”* establecido en el Por Tanto II inciso a) sub inciso b).
- b)** Adicionar al Por Tanto II inciso b), lo siguiente. *“Podría darse libre competencia entre la Empresa de Servicios Públicos de Heredia y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, cuando la primera empiece a operar (previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos) en una zona donde ya opera la Compañía, en cuyo caso, los usuarios pueden elegir al operador.”*
- II.** Rechazar por el fondo la gestión de nulidad interpuesta por la ESPH contra la resolución RRG-071-2013.
- III.** Dar por agotada la vía administrativa.

**VOTO SALVADO  
DEL DIRECTOR EDGAR LÓPEZ GUTIÉRREZ**

*“Respetuosamente, discrepo del criterio de mis compañeros en este asunto, y estimo que procede declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto por ESPH y en consecuencia debe de revocarse la resolución RRG-071-2013. Sustento mi voto contrario al acuerdo adoptado, en las siguientes consideraciones:*

- *Es evidente y definitivo que no existe base legal para considerar que se da un derecho de exclusividad o preferencia a favor de la CNFL en la prestación del servicio de electricidad (artículo 4º del Contrato Ley 2).*
- *Interpreto, al amparo del artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública, que la ESPH tiene la competencia legal para prestar los servicios de generación eléctrica en cantones circunvecinos al central de la provincia de Heredia si así se le solicita.*
- *Interpreto que el proceso de incorporación de una Municipalidad a la ESPH sujeto a la existencia de un acuerdo Municipal es requerido cuando se traslade un servicio prestado por la Municipalidad respectiva a la ESPH, es en tal caso que se requiere el voto calificado de los Regidores de la respectiva Municipalidad, ello tiene explicación lógica por cuanto se requiere un procedimiento de avalúo de activos y una obligación de asociación, con su correspondiente aporte patrimonial, de tal forma que una asociación que es voluntaria se convierte en obligatoria, aun cuando no exista un traslado en la prestación del servicio de una Municipalidad a la ESPH. En ese sentido, interpreto que el procedimiento de incorporación de una Municipalidad a la ESPH es necesariamente aplicable cuando se trata del traslado de la prestación de un servicio de parte de la Municipalidad a la ESPH.*

- *En el presente caso en el que la Municipalidad de Belén, no es la que presta en su jurisdicción el servicio eléctrico, y tampoco tiene el interés de incorporarse al patrimonio de la ESPH no debe de en tales circunstancias limitarse las competencias legales de la ESPH. Reitero que los requisitos de incorporación son propios y exclusivos en tratándose de asociación a la empresa y de traslado de un servicio de parte de la Municipalidad interesada hacia la ESPH.*
- *Concuero con el voto de mayoría, en cuanto al hecho de que no existe sustento jurídico para exigir un convenio previo entre la CNFL y la ESPH”.*

**NOTIFÍQUESE.**

*Se retiran el señor Álvaro Barrantes y la señora Marta Leiva Vega. Asimismo, a partir de este momento, se reincorpora a la sesión el Regulador General, en consecuencia, continúa presidiendo. Además, ingresa la señora Carol Solano Durán, Directora de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.*

**ARTÍCULO 8. Recurso de apelación interpuesto por JNSO Limitada, contra la resolución 054-RIT-2013 del 19 de marzo de 2013, expediente ET-014-2013.**

Se conoce el oficio 790-DGAJR-2013 del 8 de octubre de 2013, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por JNSO Ltda., contra la resolución O54-RIT-2013 del 19 de marzo de 2013.

La señorita **Roxana Herrera Rodríguez** explica los antecedentes, argumentos del recurrente, conclusiones y recomendaciones del caso, al tiempo que responde consultas formuladas por los señores miembros de la Junta Directiva.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme a su oficio 790-DGAJR-2013, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

**ACUERDO 08-74-2013**

1. Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por JNSO Limitada, contra la resolución 054-RIT-2013.
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Notificar a las partes la presente resolución.
4. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.
5. Díctese la siguiente resolución:

**RESULTANDO:**

- I. Que el 25 de marzo del 2000, la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público (*en adelante CTP*), mediante el acuerdo 74 de la sesión ordinaria No. 1-2000, otorgó a la empresa JNSO Limitada (*en adelante JNSO*), el respectivo título habilitante como permisionario, para prestar el servicio público de transporte remunerado de personas,

- modalidad autobús, en la ruta 370 descrita como: Cartago-Casamata-San Cristóbal Norte-Llano de Los Ángeles y viceversa (*folios 27 a 30*).
- II. Que el 17 de diciembre de 2012, JNSO presentó ante el Departamento Financiero de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (*en adelante ARESEP*) solicitud de prescripción y certificación de encontrarse al día con el pago del canon del CTP (*adjunto a este dictamen*).
  - III. Que el 11 de enero de 2013, el Regulador General mediante el oficio 015-RG-2013, instruyó a la DAF que procediera con el trámite de las solicitudes de prescripción pendientes (*adjunto a este dictamen*).
  - IV. Que el 15 de febrero de 2013, JNSO presentó ante la ARESEP, solicitud de modificación tarifaria para la ruta 370 (*folios 1 a 89*).
  - V. Que el 21 de febrero de 2013, mediante el oficio 0184-IT-2013, la Intendencia de Transporte (*en adelante IT*) previno a JNSO para mejor resolver la solicitud tarifaria presentada, cumplir con los requisitos establecidos en la resolución RRG-6570-2007 (*folios 126 a 129*).
  - VI. Que el 12 de marzo de 2013, JNSO en cumplimiento de la prevención realizada por la IT remitió la información solicitada (*folios 90 a 123*).
  - VII. Que el 19 de marzo de 2013, la IT mediante el oficio 0308-IT-2013, emitió el informe correspondiente al estudio tarifario, el cual recomendó: *Rechazar ad portas la petición de incremento tarifario para la ruta 370 [...] (folios 142 a 147)*.
  - VIII. Que el 19 de marzo de 2013, la IT mediante la resolución 054-RIT-2013, resolvió: *Rechazar ad portas la solicitud de ajuste tarifario presentada por JNSO Limitada, permissionaria que presta el servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, en la ruta 370 [...] (folios 149 a 155)*.
  - IX. Que el 5 de abril de 2013, JNSO inconforme con lo resuelto, presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución 054-RIT-2013 (*folios 138 a 141*).
  - X. Que el 24 de abril de 2013, la IT mediante el oficio 397-IT-2013, solicitó a la Dirección Administrativa Financiera (*en adelante DAF*) información para mejor resolver el recurso de revocatoria interpuesto por JNSO contra la resolución 054-RIT-2013 (*folio 148*).
  - XI. Que el 29 de abril de 2013, DAF mediante el oficio 774-DAF-2013, remitió la información solicitada por la IT en su oficio 397-IT-2013 (*adjunto a este dictamen*).
  - XII. Que el 10 de mayo de 2013, la IT mediante el oficio 0464-IT-2013, emitió el criterio técnico legal sobre el recurso de revocatoria interpuesto por JNSO (*folios 161 a 166*).
  - XIII. Que el 30 de mayo de 2013, la IT mediante la resolución 085-RIT-2013, resolvió: *Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Olman Alexis Castro Solano en su condición de apoderado generalísimo de la empresa JNSO Limitada, cedula jurídica número 3-102-18522 [sic], contra la resolución 054-RIT-2013 [...], elevando a la Junta Directiva el recurso de apelación y emplazando a las partes ante dicho órgano de alzada. (folios 167 a 177)*.

- XIV. Que el 4 de junio de 2013, JNSO respondió al emplazamiento conferido (*folios 157 a 160*).
- XV. Que el 4 de setiembre de 2013, la IT mediante el oficio 0928-IT-2013, rindió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP respecto al recurso de apelación en subsidio contra la resolución 054-RIT-2013 presentado por JNSO (*folios 178 a 179*).
- XVI. Que el 5 de setiembre de 2013, la Secretaría de Junta Directiva mediante el memorando 611-SJD-2013, trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de apelación en subsidio presentado por JNSO, contra la resolución 054-RIT-2013 (*folio 180*).
- XVII. Que el 8 de octubre de 2013, la DGAJR mediante el oficio 790-DGAJR-2013, rindió el criterio sobre el recurso de apelación contra la resolución 054-RIT-2013 interpuesto por JNSO.
- XVIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

#### **CONSIDERANDO:**

- I. Que del oficio 790-DGAJR-2013 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“(…)

#### **II. ANÁLISIS POR LA FORMA**

##### **1) NATURALEZA DEL RECURSO**

*El recurso interpuesto es el ordinario de apelación, al cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la LGAP y sus reformas.*

##### **2) TEMPORALIDAD DEL RECURSO**

*La resolución recurrida le fue notificada al recurrente el 2 de abril de 2013 (*folios 152 a 153*) y la impugnación fue planteada el 5 de abril de 2013 (*folio 138*).*

*Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado en el artículo 346.1 de la LGAP, y que venciera el 5 de abril de 2013, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal establecido.*

##### **3) LEGITIMACIÓN**

*Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que JNSO se encuentra legitimada para actuar dentro del expediente como operador de la ruta 370, de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 276 de la LGAP, en relación con los artículos 31 y 36 de la Ley 7593 ya que es parte en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.*

#### 4) REPRESENTACIÓN

*El señor Olman Alexis Castro Solano, es el representante legal con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de JNSO, -según consta en la certificación notarial visible a folio 21-, por lo cual se encuentra facultado para actuar en nombre de dicha empresa.*

(...)

#### IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

*En cuanto a los argumentos de inconformidad del recurrente, este órgano asesor procede a realizar las siguientes valoraciones:*

- 1. No se le puede trasladar la responsabilidad de la morosidad en el pago del canon de regulación, ya que ello le imposibilita cumplir con los requisitos de admisibilidad.***

*El recurrente alegó en su recurso que no se le puede trasladar la responsabilidad de la morosidad en el pago del canon de regulación –periodos 1998-2000, 2003 y 2004-, ya que la misma es consecuencia de la lentitud e inoperancia de la Administración al no resolver su gestión de prescripción sobre dichos períodos. Por ende la IT no debió rechazar ad portas su petición tarifaria por encontrarse al día en los periodos restantes -2001-2002, 2005 al 2012-, cumpliendo con ello con los requisitos de admisibilidad.*

*En ese sentido tenemos, que de la revisión de los autos, consta el oficio U.C 38-2013 emitida por la DAF –folio 88- que: [...] una vez revisados los Cánones de Regulación de Servicio de Transporte Remunerado de Personas, modalidad autobuses, a nombre de **J.S.N.O LTDA**, cédula jurídica N° **3-102-175221**, ruta: **370**, aparecen cánones pendientes de cancelar para los períodos **1998-2000, 2003 y 2004**, por un monto de **€337.672,13**, [...] a la deuda de los años **1998-2000, 2003 y 2004**, la empresa interesada, solicitó aplicación de la prescripción [...] (lo resaltado es del original).*

*De lo anterior, se constata que la empresa recurrente se encuentra morosa en el pago del canon de regulación de los períodos 1998-2000, 2003 y 2004, incumpliendo con ello uno de los requisitos de admisibilidad para tramitar las solicitudes tarifarias propuestas por los prestadores de los servicios públicos que se presentan ante la Autoridad Reguladora, según se establece en la resolución RRG-6570-2007 del 29 de mayo de 2007, publicada en el diario oficial La Gaceta No. 108 del 6 de junio de 2007, en la cual, entre otras cosas se dispone::*

*[...] II.—Además de los requisitos enunciados en el punto I anterior, se establecen como requisitos de admisibilidad de las peticiones tarifarias propuestas por los prestadores de los servicios públicos, los siguientes: [...] 4. Estar al día con el pago del canon de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (artículo 59-Ley 7593).*

*Se desprende de lo transcrito, que como parte de los requisitos de admisibilidad que deben cumplir las peticiones tarifarias ante la Autoridad Reguladora por parte de los prestadores de los servicios públicos, se encuentra el de estar al día con el pago del canon de*

*regulación, caso contrario, lo que procede es el rechazo de la petición tarifaria, tal y como sucedió en este caso.*

*Ahora bien, continuando con el análisis de éste argumento, el recurrente refiere que no se le puede trasladar la responsabilidad de su morosidad en el pago del canon de regulación, -la cual en el presente caso, conllevó al rechazo ad portas de la petición de incremento tarifario para la ruta 370-, en virtud de la solicitud de prescripción por él presentada sobre los periodos pendientes de pago. Sin embargo, es visible que en dicha solicitud, en su punto 4 refiere a la prescripción de los cánones del CTP tal y como de seguido se cita: 4. [...] se solicita se declaren prescritos los años señalados con sus respectivos intereses y se emita la certificación de que mi representada se encuentre al día con el pago de canon del Consejo de Transporte Público [...] por lo tanto, tome nota el recurrente, que la Autoridad Reguladora no sería el ente competente para declarar la prescripción alegada -cánones del CTP-, en razón de que su competencia se circunscribe, única y exclusivamente, a lo referente a los cánones por los servicios por él regulados, los cuales, no incluyen los servicios brindados por dicho órgano.*

*Aunado a lo anterior, siga tomando nota el recurrente que la sola presentación de esa gestión no bastaría per se para tener por prescritos los periodos adeudados, y tampoco se desprende que la misma haya sido acogida y declarada así por el órgano competente para ello -Regulador General- por lo que, hasta tanto no exista un pronunciamiento en firme sobre la prescripción de los cánones de regulación -periodos 1998-2000, 2003 y 2004-, la morosidad de la empresa JNSO con la Autoridad Reguladora continúa vigente a la fecha, y en consecuencia, no podría de oficio la IT o la Junta Directiva tener por prescritos dichos periodos.*

*De tal manera, que es responsabilidad única y exclusiva del prestador del servicio público estar al día con el pago de dicho canon, siendo ésta una obligación dineraria en la que el recurrente se ve constreñido a honrarla, lo anterior por cuanto según el artículo 82 de la Ley 7593 dispone: [...] Por cada actividad regulada, la Autoridad Reguladora cobrará un canon consistente en un cargo anual [...] caso contrario las consecuencias deben ser asumidas por el prestador, que en este caso en específico resultó en el rechazo ad portas de su petición de incremento tarifario, según lo resuelto en la resolución 054-RIT-2013.*

*Así las cosas, este órgano asesor considera que no lleva razón el recurrente en cuanto este argumento.*

**2. Indica que sobre la deuda de los cánones pendientes solicitó la aplicación de la prescripción y que por lo tanto se encuentra al día.**

*En cuanto al tema de la prescripción de los cánones de regulación de ARESEP, la Procuraduría General de la República ha manifestado en su dictamen C-281-2008 del 14 de agosto de 2008, lo siguiente:*

*La prescripción es una forma de extinción de las obligaciones, tanto tributarias como no tributarias, que opera por el transcurso del plazo establecido por el ordenamiento, por una parte y la inactividad del titular del derecho, por otra parte. Si uno de dichos elementos falta, no puede operar la prescripción extintiva.*

*Del deber de recuperación que pesa sobre la Administración Pública, ha deducido la Procuraduría, la imposibilidad jurídica de reconocer en vía administrativa y de oficio la prescripción. Así como el juez no puede declarar de oficio la prescripción,*

*así tampoco la Administración puede hacerlo. Requeriría de una norma legal que lo habilite. La prescripción opera como una excepción, por lo que debe ser opuesta por el deudor. Exigencia que se funda en el hecho mismo de que la prescripción es renunciable y ello porque esta excepción opera siempre –a diferencia de la caducidad- respecto de derechos no potestativos. En ausencia de una norma que la autorice, la declaración de oficio de la prescripción se analiza como una condonación de deuda, prohibida en principio para la Administración.*

*Distinto de la declaración de oficio de la prescripción es el caso en que la Administración inicia un procedimiento administrativo de cobro de un crédito y el deudor se excepciona oponiendo la prescripción. En este caso, la Administración tendrá que analizar la situación, determinar si ha operado la prescripción, si esta no ha sido interrumpida o suspendida según las normas aplicables al caso. Una vez hecho el análisis jurídico correspondiente, tendrá que resolver si el crédito está o no prescrito. Si lo está, admitiría la excepción y, consecuentemente, no podría proceder ni al cobro judicial ni al administrativo. Pero no podría de antemano definir que la deuda está prescrita y asumir que no debe intentar ninguna acción para recuperar las sumas que le son adeudadas.*

*Se sigue de lo expuesto que por estar frente a una prestación pecuniaria legalmente establecida para dotar de financiamiento a la ARESEP (fondos públicos), la Autoridad Reguladora se encuentra en la obligación de velar por obtener efectivamente los recursos que el legislador dispuso para efectuar de la mejor manera la competencia de regulación que le fue encomendada, razón por la cual no sería razonable que -por iniciativa propia- la ARESEP declarara de oficio la prescripción de la acción de cobro del artículo 59 de la Ley N° 7593. Ergo, la prescripción de la acción de cobro debe ser opuesta por el interesado, o sea, el ente o persona regulada.*

*En este sentido, cuando la prescripción es alegada por el particular o el deudor en sede administrativa, es posible que mediante una resolución debidamente motivada en donde se compruebe el transcurso del tiempo sin realizar la acción de cobro, pueda la Autoridad Reguladora reconocer la prescripción de las sumas adeudadas en esta sede [...].*

*De lo anteriormente expuesto, en relación con la gestión de prescripción a la que hace mención el recurrente en su escrito recursivo y el oficio 774-DAF-2013 del 29 de abril de 2013 (adjunto a este criterio) citado en la resolución 085-RIT-2013, que resolvió el recurso de revocatoria interpuesto por el aquí recurrente, en donde se indicó:*

*Actualmente se encuentran pendientes de resolución 198 solicitudes de prescripción, las cuales se están gestionando en conjunto con el Asesor Legal del Regulador General, entre las que se encuentran los casos citados. –folio 171–*

*Se infiere claramente que la solicitud de prescripción no ha sido resuelta mediante una resolución debidamente motivada en donde se compruebe el transcurso del tiempo sin realizar acción de cobro alguno por parte de ARESEP, por lo que hasta que no exista pronunciamiento en firme al respecto en cuanto a ese tema, no podría reconocerse de oficio en sede recursiva, la prescripción de los cánones solicitados por el recurrente, ergo, dichos montos continúan pendientes de pago hasta que se resuelva lo contrario por parte de la ARESEP.*

*En consecuencia, al ser también un requisito de admisibilidad el estar al día en el pago de los cánones de regulación de ARESEP, según lo dispone el artículo 29 de la Ley 7593 en concordancia con la resolución RRG-6570-2007. Por ello, al mantener la empresa recurrente periodos pendientes de cancelar, la solicitud de ajuste tarifario para la ruta 370 debió ser rechazada.*

*Así las cosas, no lleva razón el recurrente en este argumento, hasta tanto no se resuelva en definitiva la prescripción de los cánones del CTP solicitados.*

**3. El rechazo de su solicitud tarifaria, es consecuencia de la lentitud e inoperancia de la Administración al no resolver la gestión de prescripción de los cánones adeudados.**

*En cuanto a este argumento sobre el rechazo ad portas por parte de la IT de su solicitud tarifaria como consecuencia de la lentitud e inoperancia de la Administración para resolver la gestión de prescripción de cánones que interpuso ante la Autoridad Reguladora, es necesario aclarar el órgano administrativo que ostenta la competencia para la resolución de solicitudes de prescripción de los cánones de regulación.*

*En este sentido, señaló la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-283-2012, del 26 de noviembre de 2012, en lo que interesa, lo siguiente:*

*“[...] Se ha indicado que la prescripción debe ser resuelta por el Regulador General, porque es a este órgano al que corresponde emitir la certificación del adeudo. Dado que corresponde al Regulador General certificar el adeudo y que el principio del artículo 65 de la Ley General de la Administración Pública es que el poder de certificar corresponde a la autoridad con poder de decisión, cabe considerar que, efectivamente, el competente para resolver sobre la prescripción es del Regulador General. [...]”*

*Aunado a lo anterior, el Reglamento para el cálculo y cobro de cánones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, publicado en La Gaceta N° 41 del 27 de febrero de 1998, dispone en lo que interesa:*

**Artículo 4.- Responsabilidad de la Dirección Administrativa Financiera.**

- 1. Realizar la gestión de cobro correspondiente.*
- 2. Fijar los mecanismos apropiados para la recuperación del canon.*
- 3. Coordinar con Servicios Legales las acciones judiciales que corresponda ejecutar.*
- 4. Coadyuvar con el Regulador General en lo correspondiente al establecimiento de mecanismo apropiados de ejecución y control de pagos.*
- 5. Emitir o coordinar con los agentes recaudadores autorizados, la emisión de facturas de cobro del canon.*
- 6. Fijar los mecanismos de control adecuados para salvaguardar la percepción y custodia de los fondos.*
- 7. Llevar registros adecuados con la información necesaria para el trámite del cobro de los cánones.*

**Artículo 8.- Determinación de los mecanismos de recaudación del canon:**



*El Regulador General determinará los mecanismos de recaudación del canon y lo pondrá en conocimiento de los administrados por los medios idóneos, a criterio de la Autoridad Reguladora.*

*[...]*

*Queda facultado el Regulador General para suscribir convenios y realizar arreglos de pago tendientes a la recaudación de los cánones.*

*[...]*

*Es claro que la normativa interna supracitada, no indica expresamente quién es el funcionario competente para declarar la prescripción de cánones (previa solicitud del deudor). El Reglamento para el cálculo y cobro de cánones indica que es la DAF la encargada de realizar la gestión de cobro correspondiente, así como de fijar los mecanismos de control adecuados para salvaguardar la percepción y custodia de los fondos (cánones). No obstante, el Regulador General es quien ostenta la representación judicial y extrajudicial de la Autoridad Reguladora, y por tanto, es el único funcionario a nivel administrativo, con la capacidad jurídica para representar los intereses institucionales. Asimismo está facultado por el Reglamento para el cálculo y cobro de cánones para establecer los mecanismos de recaudación del canon, suscribir convenios y realizar arreglos de pago, así como emitir los certificados de adeudo (artículo 40 de la Ley 7593 y sus reformas). Tal y como lo indicó la Procuraduría General en su dictamen C-283-2012, del 26 de noviembre de 2012.*

*De todo lo anterior se desprende, que quien tiene la potestad de declarar la prescripción de cánones de regulación adeudados a la ARESEP es el Regulador General, una vez llevadas a cabo las acciones de recaudación necesarias e instruido el procedimiento administrativo de cobro, por parte de la DAF. Al respecto, el Regulador General mediante el oficio 015-RG-2013 instruyó a la DAF para que procediera con el trámite de las solicitudes de prescripción de cánones pendientes.*

*Finalmente, tome nota el recurrente que el hecho generador de esta situación respecto al tema del canon de regulación y del rechazo de su solicitud tarifaria es producto de su incumplimiento en el pago de los cánones que está obligado a sufragar, lo cual es responsabilidad única y exclusivamente suya, por lo que no comparte este órgano asesor, que toda esta situación se deba enteramente al resultado de la lentitud e inoperancia de la Administración al no resolver su gestión de prescripción, sino que ello es producto también del cumplimiento del procedimiento que debe realizarse en este tipo de casos, por tratarse de fondos públicos, por lo que su obligación como regulado es que se mantenga al día en el pago de los mismos y así evitarse este tipo de situaciones en el futuro.*

*En consecuencia, considera este órgano asesor que no lleva razón el recurrente en cuanto a este argumento.*

## **V. CONCLUSIONES**

*Sobre la base de lo expuesto anteriormente, tenemos que:*

- 1) El recurso de apelación interpuesto por JNSO Limitada, contra la resolución 054-RIT-2013, resulta admisible, puesto que fue presentado en tiempo y forma.*
- 2) La empresa recurrente se encuentra morosa en el pago del canon de regulación de los períodos 1998-2000, 2003 y 2004 incumpliendo con ello uno de los requisitos de admisibilidad para tramitar las solicitudes tarifarias propuestas por los prestadores*

*de los servicios públicos, según se establece en la resolución RRG-6570-2007, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 7593.*

- 3) *La solicitud de prescripción de cánones planteada por el recurrente, entre otras cosas, refiere a la prescripción de los cánones del CTP siendo que la Autoridad Reguladora no sería el ente competente para declarar dicha prescripción.*
- 4) *Al no existir un pronunciamiento en firme respecto a la prescripción de los cánones adeudados, no podrían reconocerse de oficio en sede recursiva, por parte de la IT o de la Junta Directiva.*
- 5) *Quien tiene la potestad de declarar la prescripción de cánones de regulación adeudados a la ARESEP es el Regulador General, una vez llevadas a cabo las acciones de recaudación necesarias e instruido el procedimiento de cobro, por parte de la DAF.*
- 6) *El hecho generador de esta situación es producto del incumplimiento por parte del operador en el pago de los cánones que está obligado a sufragar, lo cual es responsabilidad única y exclusivamente suya.*  
(...)”

- II- Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por JNSO Limitada contra la resolución 054-RIT-2013; **2.-** Dar por agotada la vía administrativa; **3.-** Notificar a las partes la presente resolución; **4.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III- Que en sesión 74-2013, del 17 de octubre de 2013, cuya acta fue ratificada el 31 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 790-DGAJR-2013, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

**POR TANTO:**

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

**RESUELVE:**

- I. Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por JNSO Limitada, contra la resolución 054-RIT-2013.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

**NOTIFÍQUESE.**

**b) En cuanto a la recomendación adicional del criterio 790-DGAJR-2013.**

El señor **Dennis Meléndez Howell** indica que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite una recomendación adicional en su oficio 790-DGAJR-2013, en el sentido de solicitar al Regulador General que resuelva la gestión de prescripción de cánones planteada por la empresa JSNO Limitada.

Analizada dicha recomendación, la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de cuatro votos presentes:

**ACUERDO 09-74-2013**

Solicitar al Regulador General que resuelva la gestión de prescripción de cánones planteada por la empresa JSNO Limitada.

*Se retiran Viviana Lizano Ramírez, Roxana Herrera Rodríguez, Henry Payne Castro y Eric Chaves Gómez, de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.*

**ARTÍCULO 9. Propuesta del diseño de cargos de Director de Recursos Humanos y ajuste al cargo de Profesional Jefe Recursos Humanos de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.**

Se conoce el oficio 014-DGO-2013, del 8 de octubre de 2013, mediante el cual la Dirección General de Operaciones, en cumplimiento del acuerdo 04-65-2013, somete a conocimiento de la Junta Directiva la propuesta del diseño de cargos de Director de Recursos Humanos y ajuste al cargo de Profesional Jefe Recursos Humanos de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

El señor **Rodolfo González Blanco** comenta que, en la sesión ordinaria 65-2013 la Junta Directiva aprobó los perfiles de los cargos de Director de Tecnologías de Información, el de Profesional 3 en Contraloría de Servicios de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, así como el ajuste del cargo de Director Administrativo Financiero a Director de Finanzas y el ajuste del cargo de Profesional Jefe de Tecnologías de Información. En esa oportunidad, indica que quedaron pendientes de ser conocidos los perfiles de los cargos de Director de Recursos Humanos y Jefe de Recursos Humanos.

En razón del oficio N° 428-DERH-2013 del 5 de agosto del 2013, en el cual la Dirección de Recursos Humanos solicitó inhibirse de elaborar dicho cargo, se procedió a contratar, mediante requisición N° 650-2013 al señor Juan Manuel Otárola Durán, quien presentó un informe que contiene el diseño del cargo del Director de Recursos Humanos y el ajuste al cargo de Profesional Jefe de Recursos Humanos (copia adjunta); y manifestó su anuencia a aclarar cualquier consulta del órgano colegiado.

Seguidamente se suscita un intercambio de impresiones entre los señores miembros de la Junta Directiva, entre las cuales se hace ver la oportunidad de continuar con el análisis de la propuesta de creación de los citados cargos, a efecto de que se incorporen las observaciones y sugerencias indicados en esta ocasión y se eleve a conocimiento de la Junta Directiva, la versión ajustada en la sesión del próximo jueves 24 de octubre de 2013.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Gerencia General, conforme a su oficio 014-DGO-2013, así como los comentarios y sugerencias formulados sobre el tema objeto de este artículo, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

#### **ACUERDO 10-74-2013**

Continuar el análisis de la propuesta de creación del cargo de Director de Recursos Humanos y ajuste al cargo existente de Profesional Jefe de Recursos Humanos, con el propósito de que se incorporen las observaciones y sugerencias formulados por los señores miembros de la Junta Directiva en esta oportunidad y se eleve a conocimiento de la Junta Directiva el próximo jueves 24 de octubre de 2013, para los fines pertinentes.

#### **ARTÍCULO 10. Propuesta de cambios de perfil de una plaza en la Dirección Administrativa Financiera y dos plazas por servicios especiales del Departamento de Tecnologías de Información.**

*Ingresa la señora Norma Cruz Ruiz, Jefa a.i. de la Dirección de Recursos Humanos, a exponer el tema objeto de este artículo.*

##### **a) En cuanto a la propuesta de cambios de perfil de una plaza en la Dirección Administrativa Financiera.**

Se conoce el oficio 44-DGO-2013 del 16 de octubre de 2013, adjunto al cual la Gerencia General remite el memorando 602-DRH-2013 del 15 de octubre de 2013, mediante el cual la Dirección de Recursos Humanos eleva a conocimiento de la Junta Directiva, el “Informe N.º. 071-DRH-2013 Cambio de especialidad plaza creada por servicios especiales para emplear con el perfil de Contabilidad y Finanzas a Ingeniería Industrial en la Dirección Administrativa Financiera”.

La señora **Norma Cruz Ruiz** explica los pormenores del citado Informe, al tiempo que responde consultas formuladas por los señores miembros de la Junta Directiva sobre el particular.

El señor **Luis Fernando Sequeira Solís** reitera lo expresado en otra oportunidad, en el sentido de recomendar que se elabore un procedimiento para la creación y funcionamiento de las plazas por servicios especiales y por cargos fijos. Es de suma importancia que estos temas queden procedimentados.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que consistentemente con su posición, no votaría el tema con el cambio de perfil.

La señora **Carol Solano Durán** indica que no sería un cambio de perfil, porque éste no lo define la Junta Directiva, sino autorizar el cambio en la naturaleza de la plaza que aprobó en su oportunidad la Junta Directiva.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que, en razón de ello, estaría de acuerdo que sea únicamente un cambio de la naturaleza de las plazas. Asimismo, es importante tomar en cuenta las recomendaciones del señor Auditor Interno.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección de Recursos Humanos, conforme al Informe N.º 071-DRH-2013, remitido mediante el oficio 602-DRH-2013, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

### CONSIDERANDO

1. Que el artículo 53 inciso ñ) de la Ley 7593, faculta a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, a dictar las normas y políticas que regulen las condiciones laborales, la creación de plazas, los esquemas de remuneración, las obligaciones y derechos de los funcionarios y trabajadores de la Autoridad Reguladora y de la Sutel.
2. Que mediante el oficio 1231-DAF-2013 del 4 de julio del 2013, suscrito por el señor Arturo Moreno Quirós, Director a.i Administrativo Financiero, dirigido a la jefatura del entonces Departamento de Recursos Humanos, todas las plazas de Profesional 2 y 1 por contratar como apoyo para el desarrollo del sistema administrativo financiero, tienen perfil de Contabilidad y Finanzas.
3. Que mediante el acuerdo N.º 03-58-2013 de la sesión N.º 58-2013, celebrada el 29 de julio del 2013, se aprobaron, sujeto a la modificación presupuestaria, las plazas para apoyar el desarrollo del sistema administrativo financiero:
  - “1. Aprobar a la Dirección Administrativa Financiera, ocho plazas distribuidas de la siguiente manera: tres Profesionales 2, cuatro Profesionales 1 y un Gestor de Apoyo 3, para efectos de apoyar la gestión normal de la Dirección y asumir las funciones para ejecutar el desarrollo del sistema administrativo financiero, de manera que se hagan efectivas en el presente año, una vez que se cuente con el contenido presupuestario respectivo, en el entendido de que dichas plazas serán por servicios especiales y hasta el 31 de diciembre de 2013.*
  - 2. Solicitar a la Administración que presente la modificación presupuestaria que le dé contenido a las referidas plazas en el plazo de dos semanas, contadas a partir de la comunicación de este acuerdo.*
  - 3. La anterior aprobación está sujeta a la implementación de la contratación del Sistema Administrativo Financiero (SAF) en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, así como al cronograma respectivo para su ejecución”.*
4. Que mediante el oficio N.º 1972-DAF-2013 del 15 de octubre del 2013, suscrito por la señora Magally Porras Porras, se presenta la justificación técnica para cambiar el perfil de una de las plazas aprobadas mediante acuerdo N.º 58-2013 de la Junta Directiva, en el cual se detalla la justificación técnica presentada por el señor Miguel Aguilar Zamora.
5. Que mediante el oficio N.º 602-DRH-2013 (120398) del 15 de octubre de 2013, la Dirección de Recursos Humanos remite el informe que contiene la propuesta para cambiar el perfil de una de las plazas aprobadas en el acuerdo N.º 03-58-2013 de Contabilidad y Finanzas a Ingeniería Industrial.
6. Que de conformidad con los anteriores considerandos lo procedente es aprobar el cambio en la naturaleza de una de las plazas de Profesional 1, aprobadas mediante el acuerdo N.º 03-58-2013 de la sesión N.º 58-2013, celebrada el 29 de julio del 2013, de Contabilidad y Finanzas, a Ingeniería Industrial.

**POR TANTO**

Con fundamento en las atribuciones conferidas en el artículo 53, inciso ñ, de la Ley 7593, y lo señalado por la Dirección de Recursos Humanos en el Informe 071-DRH-2013, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos resuelve, por unanimidad de los cuatro votos:

**ACUERDO 11-74-2013**

Aprobar el cambio en la naturaleza de una de las plazas de Profesional 1, aprobadas mediante el acuerdo N° 03-58-2013 de la sesión N° 58-2013, celebrada el 29 de julio del 2013, de Contabilidad y Finanzas, a Ingeniería Industrial.

***b) En cuanto a la propuesta de cambios de perfil de dos plazas por servicios especiales del Departamento de Tecnologías de Información.***

Se conoce el oficio 43-DGO-2013 del 16 de octubre de 2013, adjunto al cual la Gerencia General remite el memorando 603-DRH-2013 del 16 de octubre de 2013, mediante el cual la Dirección de Recursos Humanos somete a conocimiento de la Junta Directiva, el “Informe N°. 070-DRH-2013 Justificación para la utilización de dos plazas de servicios especiales de la Dirección de Tecnologías de Información en la Dirección de Recursos Humanos”.

La señora **Norma Cruz Ruiz** explica los pormenores del citado Informe, al tiempo que responde consultas formuladas por los señores miembros de la Junta Directiva sobre el particular.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que, debe quedar claro que en el caso de las plazas que van a realizar funciones en la Dirección de Recursos Humanos, únicamente sea por el plazo establecido en esta oportunidad.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección de Recursos Humanos, conforme al Informe 070-DRH-2013, remitido mediante el oficio 603-DRH-2013, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

**CONSIDERANDO**

- I.** Que el artículo 53 inciso ñ) de la Ley 7593, faculta a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, a dictar las normas y políticas que regulen las condiciones laborales, la creación de plazas, los esquemas de remuneración, las obligaciones y derechos de los funcionarios y trabajadores de la Autoridad Reguladora y de la Sutel.
- II.** Que mediante el acuerdo N° 04-58-2013 de la sesión N° 58-2013, celebrada el 29 de julio del 2013, se aprobaron, sujeto a la modificación presupuestaria, plazas en la Dirección de Tecnologías de Información para apoyar la ejecución de los proyectos contenidos en el Plan Táctico de Proyectos de Tecnologías de Información.
- III.** Que dos de esas plazas, clasificadas como Profesional 1, están destinadas a apoyar el desarrollo del proyecto del Sistema de Regulación y Evaluación de la Calidad que aún no ha dado inicio.

- IV. Que mediante el oficio N° 603-DRH-2013 del 16 de octubre del 2013, suscrito por la señora Norma Cruz Ruiz, Jefa a.i de la Dirección de Recursos Humanos, se remite a la Gerencia General Informe N°070-DRH-2013 “Justificación para la utilización de dos plazas de servicios especiales de la Dirección de Tecnologías de Información en la Dirección de Recursos Humanos.”
- V. Que mediante el oficio N° 44-DGO-2013 del 16 de octubre del 2013, el Gerente General remite el citado Informe N°070-DRH-2013 a conocimiento y decisión de la Junta Directiva.
- VI. Que de conformidad con los anteriores considerandos lo procedente es: 1. Autorizar el cambio en la naturaleza de dos plazas de Profesional 1 autorizadas mediante Acuerdo 04-58-2013 en Tecnologías de Información, a fin de que realicen funciones en la Dirección de Recursos Humanos por un plazo máximo de tres meses, siempre y cuando las citadas plazas no sean requeridas en el proyecto para el que inicialmente fueron autorizadas. 2. Queda entendido que al finalizar el citado plazo, se regresa a las condiciones originales de la naturaleza de las plazas. 3. Solicitar a la Administración que presente la modificación presupuestaria que le dé contenido a las referidas plazas, en un plazo de una semana, contada a partir de la comunicación de este acuerdo.

#### **POR TANTO**

Con fundamento en las atribuciones conferidas en el artículo 53, inciso ñ, de la Ley 7593, y lo señalado por la Dirección de Recursos Humanos en el Informe 070-DRH-2013, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos resuelve, por unanimidad de los cuatro votos:

#### **ACUERDO 12-74-2013**

1. Autorizar el cambio en la naturaleza de dos plazas de Profesional 1 aprobada mediante Acuerdo 04-58-2013 en Tecnologías de Información, para realizar funciones en la Dirección de Recursos Humanos por un plazo máximo de tres meses.
2. Rige a partir del 1° de noviembre de 2013 y hasta el 31 de diciembre del 2013, siempre y cuando las citadas plazas no sean requeridas en el proyecto para el que inicialmente fueron autorizadas.
3. Queda entendido que al finalizar el citado plazo, se regresa a las condiciones originales de la naturaleza de las plazas.
4. Solicitar a la Administración que presente la modificación presupuestaria que le dé contenido a las referidas plazas, en un plazo de una semana, contada a partir de la comunicación de este acuerdo.

*Se retira la señora Norma Cruz Ruiz.*

#### **ARTÍCULO 11. Asuntos Informativos.**

Seguidamente se dan por recibidos los asuntos indicados en la agenda, como temas de carácter informativo, los cuales a continuación se detallan:

1. Respuesta a la Contraloría General de la República al oficio 04174, sobre el modelo de regulación técnica y económica de los servicios eléctricos utilizado por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Oficio 166-CDR-2013 del 30 de setiembre de 2013.
2. Capacitación impartida el 9 de octubre de 2013 a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre la temática de la “Verificación de las certificaciones digitales emitidas por el Registro Nacional. Oficio 800-DGAJR-2013 del 10 de octubre de 2013. (Cumplimiento de acuerdo 10-63-2013).
3. Atención al acuerdo 03-87-2012 del señor Carlos Raúl Gutiérrez Gutiérrez sobre trámites requeridos para llevar a cabo la incorporación al colegio profesional respectivo. Oficio 5208-SUTEL-CS-2013 del 15 de octubre de 2013 y ORE-CERT-89-13 del 14 de octubre de 2013, en cumplimiento del acuerdo 03-87-2012.

**A las dieciocho horas y diez minutos finaliza la sesión.**

**DENNIS MELÉNDEZ HOWELL**  
*Presidente de Junta Directiva*

**GRETTEL LÓPEZ CASTRO**  
*Reguladora General Adjunta*

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

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