

SESIÓN ORDINARIA

N.º 59-2015

26 de noviembre de 2015

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA N.º 59-2015

Acta de la sesión ordinaria número cincuenta y nueve, dos mil quince, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el jueves veintiséis de noviembre de dos mil quince, a partir de las catorce horas. Asisten los siguientes miembros: Dennis Meléndez Howell, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt, Adriana Garrido Quesada y Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Grettel López Castro, Reguladora General Adjunta; Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna; Enrique Muñoz Aguilar, Intendente de Transporte; Juan Manuel Quesada Espinoza, Intendente de Energía; Carol Solano Durán, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; Rodolfo González Blanco, Director General de Operaciones, y 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. Plantea trasladar el conocimiento del recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por Transportes DELDÚ S.A., contra la resolución RJD-059-2014, como punto 4.8 resolutivo.

Analizado el planteamiento, lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 01-59-2015

Aprobar el Orden del Día de esta sesión y trasladar el conocimiento del recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por Transportes DELDÚ S.A., contra la resolución RJD-059-2014, como punto 4.8 resolutivo. La agenda ajustada a la letra dice:

1. *Aprobación del Orden del Día.*
2. *Aprobación del acta de la sesión 58-2015.*
3. *Asuntos de los Miembros de Junta Directiva.*
4. *Asuntos resolutivos.*
 - 4.1 *Propuesta de “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”. Expediente OT-082-2015. Oficio 02-CAMMRR-2015 del 20 de julio de 2015.*
 - 4.2 *Modificación Presupuestaria N° 11-2015. Oficios 541-DGEE-2015 y 540-DGEE-2015, ambos del 20 de noviembre de 2015.*
 - 4.3 *Aprobación de las políticas contables, plan y manual de cuentas para la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP), a partir del 2016. Oficio 1594-DF-2015 del 23 de noviembre de 2015.*

- 4.4 *Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución RJD-141-2015 del 27 de julio de 2015. Expediente OT-090-2015. Oficio 1137-DGAJR-2015 del 18 de noviembre de 2015.*
 - 4.5 *Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución RJD-139-2015 del 27 de julio de 2015. Expediente OT-088-2015. Oficio 1138-DGAJR-2015 del 18 de noviembre de 2015.*
 - 4.6 *Recurso de apelación y gestiones de suspensión del acto y nulidad interpuestos por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014 del 5 de febrero de 2014. Expediente OT-032-2014. Oficio 1128-DGAJR-2015 del 17 de noviembre de 2015.*
 - 4.7 *Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RCS-082-2015 del 13 de mayo de 2015. Expediente: GCO-NRE-REL-2015. Oficio 1140-DGAJR-2015 del 18 de noviembre de 2015.*
 - 4.8 *Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por Transportes DELDÚ S.A., contra la resolución RJD-059-2014. Oficio 1118-DGAJR-2015 del 12 de noviembre de 2015.*
 - 4.9 *Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra la resolución RRG-040-2015. Expediente OT-076-2012. Oficio 1129-DGAJR-2015 del 17 de noviembre de 2015.*
 - 4.10 *Recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra de la resolución RRG-531-2015. Expediente OT-143-2014. Oficio 1124-DGAJR-2015 del 16 de noviembre de 2015.*
 - 4.11 *Recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra de la resolución RRG-528-2015. Expediente OT-076-2012. Oficio 1126-DGAJR-2015 del 17 de noviembre de 2015.*
5. *Asuntos informativos.*
- 5.1 *Propuesta de la Administración del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados al señor Carlos Herrera Amighetti, Intendente de Agua en cuanto al programa nacional de subsidios focalizados. Oficio PRE-2015-1578.*
 - 5.2 *Consultas de la Refinadora Costarricense de Petróleo al Regulador General en cuanto a la aplicación de la resolución RJD-230-2015, "Metodología tarifaria ordinaria y extraordinaria para fijar el precio de los combustibles derivados de los hidrocarburos en planteles de distribución y al consumidor final". Oficio GAF-1539-2015 del 11 de noviembre de 2015.*
 - 5.3 *Informe final de gestión del funcionario Esteban Castro Quirós. Nota de 13 de noviembre de 2015.*

- 5.4 *Respuesta a la Asamblea Legislativa sobre el Proyecto de ley Modificación del artículo 3 inciso a) y adición de un transitorio a la Ley N° 8114, Ley de simplificación y eficiencia tributarias, expediente 19.514. Oficio 941-RG-2015 del 13 de noviembre de 2015.*

ARTÍCULO 2. Aprobación del acta de la sesión 58-2015.

Los señores miembros de la Junta Directiva conocen el borrador del acta de la sesión ordinaria 58-2015, celebrada el 19 de noviembre de 2015.

La señora *Adriana Garrido Quesada* señala que se abstiene de aprobar la citada acta, toda vez que no estuvo presente cuando se celebró la sesión.

El señor *Dennis Meléndez Howell* la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, con los votos de los señores Meléndez Howell, Gutiérrez López, Sauma Fiatt y Muñoz Tuk:

ACUERDO 02-59-2015

Aprobar el acta de la sesión 58-2015, celebrada el 19 de noviembre de 2015, cuyo borrador se distribuyó con anterioridad entre los señores miembros de la Junta Directiva para su revisión, con la salvedad de la señora Adriana Garrido Quesada de que no estuvo presente cuando se celebró dicha sesión.

ARTÍCULO 3. Asuntos de los Miembros de Junta Directiva.

En cuanto a canon del Consejo de Transporte Público (CTP)

Ante una consulta del señor *Edgar Gutiérrez López* respecto a la facultad de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) de fijar el canon al CTP, la señora *Carol Solano Durán* indica que es una función que originalmente le correspondía a la Contraloría General de la República (CGR). Sin embargo; al reformarse la ley de la CGR, se trasladaron esas funciones a diferentes organismos, dentro de las cuales a la ARESEP se le trasladó la tarea de aprobar los cánones que el CTP cobra a sus regulados. Agrega que existe una metodología aprobada y le corresponde a la Dirección General de Estrategia y Evaluación el análisis de la solicitud y al Regulador General la resolución en primera instancia y a la Junta Directiva en segunda instancia, si corresponde.

El señor *Edgar Gutiérrez López* indica que la publicación referida, es sobre el canon que el CTP cobra a los usuarios, ahí no fija tarifa la ARESEP.

Al respecto, la señora *Carol Solano Durán* señala que existe un recurso de apelación contra esa fijación para el periodo del año 2016, que está por elevarse a conocimiento de la Junta Directiva, de manera que en su momento, se explicará todo el fundamento legal.

En cuanto a solicitud de la directora Sonia Muñoz Tuk

La señora *Sonia Muñoz Tuk* informa que se reunió con los funcionarios del Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR), para que le explicaran el informe de los generadores privados y conversaron acerca de

la posibilidad que, una vez por mes, se impartiera una capacitación con funcionarios de esa área para exponer determinados temas de interés para esta Junta Directiva.

El señor **Dennis Meléndez Howell** indica que preferiría que la Junta Directiva proponga los temas que quisieran se les exponga, dada la importancia de los mismos, se podría programar administrativamente.

Analizado el planteamiento, el señor **Dennis Meléndez Howell** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

ACUERDO 03-59-2015

Solicitar al Centro de Desarrollo de la Regulación que lleve a cabo una exposición mensual, sobre distintos aspectos técnicos que permitan a esta Junta Directiva profundizar en temas regulatorios de interés, para lo cual coordinará de previo con el Despacho del Regulador General lo que corresponda.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 4. Propuesta de “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”. Expediente OT-082-2015.

A partir de las catorce horas con veinte minutos ingresan al salón de sesiones, los funcionarios (as): Marlon Yong Chacón, Álvaro Barrantes Chaves, Marco Otoy Chavarría, Mike Osejo Villegas, Adriana Salas Leitón y Karla Montero Víquez, a exponer el tema objeto de este artículo.

En cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 03-44-2015 del acta de la sesión 44-2015, celebrada el 10 de setiembre de 2015, la Junta Directiva conoce el oficio 02-CAMMRR-2015 del 20 de julio de 2015, mediante el cual el Centro de Desarrollo de la Regulación somete para su aprobación la propuesta de “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.

El señor **Dennis Meléndez Howell** introduce el tema e indica que, de conformidad con lo resuelto en el acuerdo 03-44-2015 de la sesión 44-2015, se le solicitó al Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR) y a la Intendencia de Energía (IE), que se analizara el aspecto de los estados financieros que presentan las empresas para determinar si se debía cambiar la metodología. Tanto el CDR como la IE presentaron un informe al respecto para lo cual, en esta oportunidad presentan las conclusiones.

El señor **Marlon Yong Chacón** indica que el Centro de Desarrollo de la Regulación recibió el informe de la IE y se corroboró que efectivamente no existe información financiera tal y como se espera para proceder a realizar los análisis financieros. Existe para hacer análisis tarifarios, porque estos se hacen con base en la información del sistema. Agrega que, dada la información que se tiene, y si se elimina el factor de explotación en la fórmula, la tarifa bajaría un 22%.

El señor **Alvaro Barrantes Chaves** explica en detalle la modificación principal de la metodología, cuyo objetivo no es disminuir la tarifa, sino fijarla acorde con el principio de servicio al costo establecido en la Ley 7593. La división de los costos de explotación por el factor de antigüedad, se da debido a que se

supone que los costos de explotación utilizados son de plantas nuevas y deben ser ajustados por la antigüedad de las plantas; sin embargo, la información disponible no es de plantas nuevas.

Además, señala que la Intendencia de Energía mediante oficio 1892-IE-2015, informa que de los 24 generadores privados a los cuales se les ha solicitado información sobre costos, solo tres han remitido información que pueda ser analizada e incorporada a la base de datos. De estas tres empresas, solo una puede ser utilizada para efectos de la metodología tarifaria. Se procedió a realizar un estudio y se hizo un ejercicio con base en ella, mismo que procede a explicar en detalle, así como a las conclusiones a las que arribó el Centro de Desarrollo de la Regulación.

La señora **Adriana Garrido Quesada** consulta si en la tarifa la fórmula toma en consideración los dos efectos, a lo que el señor **Alvaro Barrantes Chaves** responde que no, ya que hace falta el factor de planta. Se podría calcular con el efecto promedio del sistema, pero sería inconsistente porque se estaría tomando individualmente valores de costos de inversión y de mercado o promedio el valor del factor de planta.

Es importante resaltar que nunca se han calculado tarifas a nivel general en generación privada, excepto algunos casos particulares. Agrega que del análisis que realizó el CDR, el modelo está diseñado para una tarifa de industria, según lo establece la legislación costarricense.

La señora **Adriana Garrido Quesada** consulta cómo se compatibiliza este aspecto para no atentar contra el equilibrio financiero de la empresa, a lo que el señor **Alvaro Barrantes Chaves** indica que el equilibrio financiero de la industria, así es como debe de entenderse, no de la empresa individual y se hace utilizando una serie de factores como la antigüedad y costos promedio, con un factor de planta promedio y, bajo estas condiciones, debe garantizarse la tarifa y el equilibrio financiero.

El señor **Dennis Meléndez Howell** agrega que la Ley establece que la fijación debe hacerse con base en el principio del servicio al costo, pero se debe procurar ir avanzando hacia modelos de industria, más que de forma individual.

El señor **Alvaro Barrantes Chaves** finaliza su presentación e indica que la conclusión es que la propuesta de modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables, que se había sometido al proceso de audiencia pública, está plenamente justificada. La información que aporta las empresas es un insumo muy valioso, pero ha tenido muchas limitaciones, por lo que, en el momento que las empresas generadoras presenten la información requerida, será un insumo más que alimente el modelo.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** comenta que mantuvo varias reuniones con el CDR, las cuales fueron muy productivas. Además, indica que es muy importante lo expuesto en esta oportunidad; obviamente es un modelo donde se fija una tarifa por industria, pero es necesario contar con la información de los sectores regulados y en este momento, considera que tomar una decisión con inexistencia de información, ya que, de veinticuatro empresas, solamente se cuenta con la información de una y con el inconveniente que no está presentada de forma trazable, según lo informado por la Intendencia de Energía, hace muy débil sostener una modificación de este tipo; ya que, si bien es cierto, es por industria, se debe contar con información acerca de la forma cómo se comporta el sector.

Por otra parte, indica que es definitivo que la metodología no es exhaustiva en cuanto a detallar el tipo de información que requiere el ente para tomar una decisión, para ajustar y medir el mercado hacia dónde se

dirige. Añade que un aspecto importante, es definir cómo se necesita esa información que las empresas deben de presentar, esto por seguridad jurídica y en aplicación del principio de transparencia. La Junta Directiva tiene la potestad para establecer legalmente este tipo de aspectos y evitar que se presenten este tipo de situaciones, donde no hay información.

El señor **Alvaro Barrantes Chaves** ante lo manifestado por la señora Muñoz Tuk, explica que desde que se hizo la metodología, la tónica ha sido la falta de información, por lo que se decidió igual que en otros modelos, buscar diferentes fuentes de información, costos de operación y costos de inversión, que son los esenciales aunado a una serie de factores como las ventas, que determinan el valor de planta y, por tanto, los ingresos.

El señor **Juan Manuel Quesada Espinoza** señala que a modo de referencia para que se tome en consideración, sería conveniente tener a la mano la resolución RJD-9-2010 que es la metodología y en la cual está el apartado que obliga a las empresas a suministrar la información que la ARESEP requiere y además, establece que si no se tiene la información, la ARESEP calculará la tarifa con la información que tenga disponible.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** señala que es importante tener claro que, de acuerdo con los factores que alimentan la metodología, se debe contar de previo con un listado de cuáles son las cuentas que se tienen específicamente y qué grado de detalle requiere el ente regulador. De lo contrario los regulados presentarían lo que a tengan a bien.

El señor **Juan Manuel Quesada Espinoza** aclara que la Intendencia de Energía no ha solicitado una información escueta, por el contrario, se ha solicitado información auditada, tal y como lo establece la metodología.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** se refiere a un caso específico de la información que se le solicitó a la señora Lydia Matamoros, la cual no se le requirió información detallada y por eso, presentó información contable en dos renglones.

El señor **Marlon Yong Chacón** en concordancia con lo manifestado por el señor Quesada Espinoza, procede a leer parte de lo que establece la metodología “...los generadores privados a los que se les aplique este modelo tendrán la obligación de presentar anualmente a la ARESEP la información financiera auditada (gastos operativos y de mantenimiento, administrativos y gastos de inversión individual), así como su debida justificación, tal que permita al regulador disponer de la mayor y mejor calidad de información necesaria para el ajuste del modelo a las condiciones operativas reales”. Así las cosas, es tácito en la metodología que deben presentar la información anualmente.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** aclara que no ha dicho que la Intendencia de Energía no ha solicitado la información. Sino que la solicitud de información que se haga por parte de la IE deberá pedirse en forma detallada y suficiente para que pueda ser utilizada. La ARESEP tiene la potestad de requerir información a los regulados, y no se puede obviar ese mandato legal. Además se cuenta con los medios coercitivos para obligarlos.

La señora **Adriana Garrido Quesada** indica que lo ideal es tener un formato estandarizado con la información que se requiere para tener más claridad, formalizar el tema, facilitar que las empresas lleguen a presentar la información con el detalle requerido y, en consecuencia, tener la definitiva y

rechazar la información no adecuada. La señora Garrido Quesada subraya que el detalle de cómo se debe presentar la información no afecta las ecuaciones en sí de la propuesta metodológica y que el texto prevé que se tomará en cuenta la información adecuada disponible. Considera entonces que la definición del formato estandarizado, no necesariamente debe estar dentro de la metodología, quizás pueda fijarse vía reglamento.

El señor *Juan Manuel Quesada Espinoza* explica la forma en cómo presentaron la información los 24 generadores privados.

La señora *Sonia Muñoz Tuk* señala que es importante agregar a la metodología un capítulo de información contable que sea preparado por el Centro de Desarrollo de la Regulación y se detallen las cuentas que son necesarias para la información que debe de tener la Intendencia de Energía; además, que se solicite a las empresas una declaración jurada cuando se presenten los estados auditados.

El señor *Dennis Meléndez Howell* coincide con lo manifestado por la señora Garrido Quesada, en el sentido de que se podría formalizar vía reglamento, sería más manejable que hacerlo propiamente en la metodología, ya que, si se tuviese que hacer alguna variación, se tendría que modificar la metodología como tal.

La señora *Sonia Muñoz Tuk* manifiesta que preferiría dejarlo en la metodología; sin embargo, no tiene problema en que se haga vía reglamento.

El señor *Dennis Meléndez Howell* indica que, a partir de lo que señala la directora Muñoz Tuk, se podría continuar el análisis de la propuesta de modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados en una próxima oportunidad. Asimismo, considera importante que la Intendencia de Energía presente ante esta Junta Directiva, qué fue lo que esa Intendencia solicitó a las empresas generadoras; qué presentaron y por qué se determina que estas no cumplieron con lo solicitado.

La señora *Carol Solano Durán* señala que si se hace vía reglamento, se tendría que someter al proceso de audiencia pública.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Comisión ad hoc, así como en los comentarios y sugerencias formulados en esta oportunidad por los señores (as) miembros de la Junta Directiva, el señor *Dennis Meléndez Howell* lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 04-59-2015

1. Continuar el análisis de la propuesta de “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, remitida mediante el oficio 02-CAMMRR-2015 emitido por la Comisión Ad-Hoc, en una próxima sesión.
2. Solicitar a la Intendencia de Energía elaborar un informe sobre qué tipo de información solicitó a las empresas generadoras; qué datos presentaron dichas empresas y por qué se determinó que las mismas no cumplieron con lo solicitado.

3. Solicitar a la Administración elaborar una propuesta de formato y definiciones estandarizadas para la presentación de información requerida para las fijaciones tarifas, conforme a la propuesta metodológica mencionada en el punto 1.

A las quince horas con treinta minutos se retiran del salón de sesiones, los señores (as) Marlon Yong Chacón, Alvaro Barrantes Chaves, Marco Otoy Chavarría, Mike Osejo Villegas, Adriana Salas Leitón y Karla Montero Víquez.

ARTÍCULO 5. Modificación Presupuestaria N° 11-2015.

A partir de este momento ingresan al salón de sesiones, las señoras Guisella Chaves Sanabria, Conchita Villalobos Segura y Roxana Montenegro Romero, funcionarias de la Dirección General de Estrategia y Evaluación, a exponer el tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce los oficios 540-DGEE-2015 y 541-DGEE-2015, ambos del 20 de noviembre de 2015, mediante los cuales la Dirección General de Estrategia y Evaluación somete, para su aprobación, la Modificación Presupuestaria 11-2015, por un monto neto de ¢49.915.000.00, cuyo detalle a nivel de partida es el siguiente:

CUENTA	DESCRIPCION	RESUMEN	
		AUMENTA	DISMINUYE
TOTALES		¢49.915.000,00	¢49.915.000,00
0,00,00	REMUNERACIONES	37.300.000,00	47.350.000,00
1,00,00	SERVICIOS	-	-
2,00,00	MATERIALES Y SUMINISTROS	-	-
5,00,00	BIENES DURADEROS	2.565.000,00	2.565.000,00
6,00,00	TRANSFERENCIAS CORRIENTES	10.050.000,00	-
9,00,00	CUENTAS ESPECIALES	-	-

La señora **Guisella Chaves Sanabria** explica los pormenores de la Modificación Presupuestaria. Entre otras cosas, comenta el comparativo de modificaciones del 2015 respecto al 2014, así como las solicitudes realizadas en esta oportunidad por la Dirección General de Operaciones, el Centro de Desarrollo de la Regulación, la Intendencia de Transporte y el Departamento de Servicios Generales.

Entre las solicitudes de modificación se refiere a la 10-DGO-2015 de la Dirección General de Operaciones, por un monto de ¢30.5 millones, la cual tiene como objetivo reforzar la sub partida de “contribución a fondos administrados por terceras personas”, por reconocimiento del aporte patronal del auxilio de cesantía a los funcionarios contratados a plazo determinado, desde el momento de afiliación a la Asociación Solidarista de la ARESEP. Lo anterior según criterio de la Procuraduría General de la República número C-213-2015.

En razón de dicha solicitud, el señor Dennis Meléndez Howell y la señora Grettel López Castro se abstienen de conocer la presente propuesta de modificación presupuestaria, dado que existe un interés directo conforme a la citada solicitud 10-DGO-2015. En tal circunstancia, el señor Edgar Gutiérrez López preside el presente asunto en su condición de Presidente ad hoc, conforme al artículo 04-24-2015 del acta de la sesión 24-2015 del 21 de mayo de 2015.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Estrategia y Evaluación, conforme a los oficios 541-DGEE-2015 y 540-DGEE-2015, el señor **Edgar Gutiérrez López** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, con los votos de los directores (as) Gutiérrez López, Sauma Fiatt, Garrido Quesada y Muñoz Tuk y con carácter de firme:

ACUERDO 05-59-2015

Aprobar la Modificación No 11-2015 al presupuesto de la ARESEP por un monto de ¢49.915.000.00 (cuarenta y nueve millones novecientos quince mil colones con 00/100), tal como se presenta en la información contenida en el oficio 540-DGEE-2015 de la Dirección General de Estrategia y Evaluación.

ACUERDO FIRME.

A las quince horas con cuarenta y cinco minutos se retiran del salón de sesiones, las señoras Guisella Chaves Sanabria, Conchita Villalobos Segura y Roxana Montenegro Romero.

ARTÍCULO 6. Aprobación de las políticas contables, plan y manual de cuentas para la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP), a partir del 2016.

A partir este momento ingresan al salón de sesiones, las señoras (es): Magally Porras Porras, Cristian Brenes Montero, Gustavo Alvarado Zúñiga, Heinner Aguilar Rivera, funcionarios de la Dirección de Finanzas, así como la señora María Castro Chaves, Jefa del Despacho del Regulador General, a exponer el tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce el oficio 1594-DF-2015 del 23 de noviembre de 2015, mediante el cual la Dirección de Finanzas presenta, para su conocimiento y aprobación, la propuesta de Políticas Contables, Plan y Manual de Cuentas para la adopción de las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP), a partir del 2016.

La señora **Magally Porras Porras** se refiere a los productos que se han generado, como resultado de todo el esfuerzo que se ha hecho para tener los diferentes documentos que la Contabilidad Nacional ha exigido para llevar a cabo la adopción e implementación de las Normas Internacionales de Contabilidad para el Sector Público (NICSP).

Señala que los citados productos se generan en atención al Decreto Ejecutivo 3696-H del 3 de febrero de 2012 y posteriormente, del acuerdo 12-64 2014, del acta de la sesión 64-2014, del 30 de octubre de 2014. Para atender tales disposiciones, se requiere someter a conocimiento y aprobación de la Junta Directiva, para remitirlo a la Contabilidad Nacional, lo siguiente:

- Plan de Cuentas Contables
- Manual Funcional de Cuentas Contable
- Políticas Contables

Seguidamente el señor **Cristian Brenes Montero** se refiere a los antecedentes y los resultados que se han obtenido durante todo el proceso de elaboración del plan, manual y políticas contables. Apunta que la Ley 8131, faculta a la Contabilidad Nacional como ente rector, para liderar este proceso y solicitar todo lo referente a materia contable. Asimismo, el Decreto Ejecutivo 34918-H, se refiere a la adopción de las NICSP a nivel de gobierno. Por su parte, mediante el oficio CN-401-2010, la Contabilidad Nacional solicita que se adopte NIIF O NICSP, para lo cual se realizó la Licitación abreviada No. 2011LA-00011. Señala que la Consultoría Gutiérrez Marín recomienda que se adopte las NICSP.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** consulta sobre las razones para que el consultor emitiera esa recomendación, a lo que el señor **Cristian Brenes Montero** responde que dentro del oficio CN-D-401-2010, el consultor señala que se debe cumplir con la normativa de información financiera de la Contabilidad Nacional y que la ARESEP no es una entidad lucrativa, conforme la definición de las NIIF aplica para entidades financieras, la ARESEP tiene fines públicos, por lo tanto, se aplican las NICSP.

El señor **Gustavo Alvarado Zúñiga** manifiesta que el marco conceptual de las NICSP, indica los parámetros y a cuáles instituciones les aplica.

El señor **Cristián Brenes Montero** agrega que se hizo la solicitud a la Junta Directiva, se tomó el acuerdo 12-64-2014 y, a partir de esa fecha, se dio inicio al proceso para generar los productos que se presentan en esta oportunidad; por lo tanto, con base en la Ley 7593, considerando los deberes y atribuciones de la Junta Directiva, entre los que se encuentra definir las políticas, se hace la presente solicitud. Seguidamente se refiere al contenido que el Plan de Cuentas o Catálogo Contable, el cual que consta de 3 niveles, la Contabilidad Nacional solicita que cada cuenta contable debe tener como mínimo 7 niveles.

Asimismo, indica que la Contabilidad Nacional dentro de sus gestiones internas, contrató asesores argentinos quienes vinieron al país a desarrollar el plan o catálogo de cuenta. Dicho plan consta de 5.923 partidas; luego del análisis se redujo a 2.211 partidas o cuentas contables, todas hechas por la Contabilidad Nacional y adoptadas por la ARESEP; existe un nivel 8 que es el Código Institucional, y es el que usa la Contabilidad Nacional para hacer los cruces informativos en instituciones y poder hacer 1.43 significaciones en los consolidados; también hay dos niveles internos para adaptar la contabilidad a las necesidades institucionales.

Adicionalmente, se tiene el Manual de Cuentas, que refleja la naturaleza y característica de cada cuenta; y con base en eso la ARESEP la adapta. Por otra parte, explica lo concerniente a las políticas contables, dentro de lo cual las normas se definen como los principios básicos, acuerdos, reglas y procedimientos específicos adoptados por la Institución en la elaboración de estados financieros.

La señora **Adriana Garrido Quesada** consulta sobre el periodo de adaptación, si hay mucho ajuste o ya está todo listo; a lo que el señor **Cristian Brenes Montero** indica que en el sector público hay de todo; sin embargo, la ARESEP es de las pocas instituciones que han manejado el base devengado desde hace años, por lo que representa una punta de lanza bastante importante para poder adaptarse a las NICSP. A partir del 1º de enero de 2016, se espera comenzar a contabilizar con base en los productos que se presentan en esta oportunidad.

La señora **Adriana Garrido Quesada** consulta si dicho sistema se llevaría en paralelo, a lo que el señor **Cristian Brenes Montero** responde que los catálogos no lo permiten, ya que son diferentes. Hay cuentas que desaparecen, otras nuevas; se han ido documentando las consultas, para estar bien fundamentado el por qué se está utilizando una cuenta y no otra.

Ante otra consulta de la señora **Adriana Garrido Quesada** sobre los sistemas informáticos; la señora **Magally Porras Porras** señala que, lo que se esperaba, era que con el Sistema Administrativo Financiero (SAF), en primera instancia, iba a solucionar la problemática. No obstante, al presentarse el inconveniente con la empresa que lo desarrollaba, se ha estado gestionando otras opciones que permitan implementar las Normas.

La señora **Adriana Garrido Quesada** consulta sobre la importancia de contar con el Sistema de Administración Financiera; a lo cual la señora **Magally Porras Porras** manifiesta que es importante porque contiene un módulo del área contable en donde se iba a ajustar a las disposiciones emitidas por la Contabilidad Nacional, de ahí tomar como referencia el catálogo, el manual va estructurado de esa forma. Una opción importante, es la solución contable que está desarrollando el asesor informático Osvaldo Salas Rodríguez, que se ajuste a las necesidades e implementación de las NICSP, que está en este momento en proceso de análisis.

El señor **Gustavo Alvarado Zúñiga** agrega que esa herramienta temporal, servirá para efectos de reporte a la Contabilidad Nacional.

La señora **Anayansie Herrera Araya** indica que la Auditoría Interna tendría dos estudios, uno para ver la integración al sistema de las Normas y otro, para ver la parte de Tecnologías de Información; sin embargo, la contratación no llegó a feliz término, no hubo nunca productos acabados, con excepción de dos que no son propiamente del sistema, sino para patentizarlo. En razón de ello, se hizo una advertencia en tres sentidos, a falta de un sistema que iba a suceder con el cumplimiento de la aplicación de las NICSP; qué iba a suceder con la contratación y las acciones a tomar al respecto.

Consulta además, sobre el tratamiento de activos; a lo que el señor **Cristian Brenes Montero** aclara que este tema se ha conversado bastante, toda vez que, desde el 2013, se ha venido trabajando en este auxiliar. Este año se emitió un informe de conciliación, una propuesta de ajuste, se promovió el cambio en el reglamento que está en consulta y, al día de hoy, se tiene un auxiliar paralelo y se está a la espera de que se cumpla el debido proceso de consulta.

La señora **Adriana Garrido Quesada** consulta sobre el involucramiento de la Dirección de Tecnologías de Información; a lo cual la señora **Magally Porras Porras** indica que es un sistema que diseñó el señor Osvaldo Salas Rodríguez, asesor informático del Despacho del Regulador General, y lo ofreció para que se utilice en la implementación de las NICSP.

El señor **Rodolfo González Blanco** indica que si la parte técnica da el visto bueno, la Dirección de Tecnologías de Información tendrá que dar todo el soporte para que este sistema entre a funcionar. Es brindar toda la solución tecnológica del caso.

Analizado el tema, de conformidad con lo expuesto por la Dirección de Finanzas, con base en el oficio 1594-DF-2015, el señor **Dennis Meléndez Howell** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que mediante Decreto Ejecutivo N° 34918-H del 19 de noviembre de 2008, en su artículo primero se establece la disposición de adoptar e implementar las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP), como una iniciativa importante para lograr una estandarización de criterios contables a nivel internacional, en reemplazo de los Principios de Contabilidad Aplicables al Sector Público Costarricense.
- II. Que mediante el oficio N° D-401-2010, la Contabilidad Nacional señaló lo siguiente: *“...Asimismo, cabe señalar que, indistintamente de la normativa contable que la Aresep acuerde implementar (NIIF o NICSP), deberá considerar lo establecido en el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 34918-H, y en el artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 35616-H: “Artículo 7º— Suministro de Información: La empresas públicas que no están sujetas al Subsistema de Contabilidad deberán suministrar la información contable requerida de acuerdo con los parámetros que establezca la Contabilidad Nacional” por lo que la remisión de información que sea solicitada por la Contabilidad Nacional, deberá de cumplir con los requerimientos que esta Dirección determine, con la finalidad de poder realizar los Estados Consolidados del Sector Público”*
- III. Que mediante la Licitación Abreviada N° 2011LA-000011-ARESEP, Aresep contrató los servicios de la firma consultora Gutiérrez Marín y Asociados para llevar a cabo la adopción e implementación de las Normas Contables, la firma consultora concluyó que las NIIF son emitidas para entidades que realizan actividades comerciales, industriales, financieras con ánimo de lucro, por lo que los términos que utiliza, los conceptos que desarrolla y otros temas que trata, normalmente no son de aplicación para las entidades que no realizan este tipo de actividades con el objetivo de lucrar. Por otro lado las NICSP están diseñadas para aplicarse a los estados financieros con propósito general de todas las entidades del sector público.
- IV. Que según Decreto Ejecutivo N° 36961-H, del 3 de febrero de 2012 se modificó la vigencia para la adopción e implementación de las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP) a enero del 2016.
- V. Que mediante el oficio N° 675-DGO-2014 del 6 de octubre de 2014, el Gerente General solicitó a la Junta Directiva adoptar como base de registro contable en la ARESEP las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP).
- VI. Que mediante oficio N° 759-SJD-2014/84862 del 31 de octubre de 2014, mediante acuerdo N° 12-64-2014 del acta de la Sesión Ordinaria 64-2014 celebrada el 30 de octubre de 2014 la Junta Directiva dispuso, con carácter de firme: *“I. Adoptar como base de registro contable para la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP). II. Instruir a la Dirección General de Operaciones, que la adopción e implementación de las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP), deberán estar implementadas, a más tardar el 1º de enero del 2016.”*

- VII.** Que mediante oficio N° 1594-DF-2015, la Dirección de Finanzas remitió a la Dirección General de Operaciones, el informe técnico de Implementación de NICSP, resumen ejecutivo y propuesta de acuerdo.
- VIII.** Que mediante oficio N° 675-DGO-2015, la Dirección General de Operaciones, remitió a la Junta Directiva el oficio N° 1594-DF-2015, con sus respectivos adjuntos, con el propósito de que se apruebe el Plan de Cuentas Contable, el Manual Funcional de Cuentas Contable y las Políticas Contables para el cumplimiento de los requerimientos de la Contabilidad Nacional.

CONSIDERANDO:

- I.** Que la Ley N° 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, mediante artículo 53, faculta a la Junta Directiva de la ARESEP a conocer y resolver los asuntos que el Regulador General someta a su consideración y a resolver los asuntos de su competencia en materia administrativa, definir la política y los programas de la Autoridad Reguladora, de conformidad con los principios objetivos de la Ley, examinar y aprobar los estados financieros de la Autoridad Reguladora, así como sus modificaciones.
- II.** Que mediante la Ley N° 8131, Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos” y su reglamento, se establece que el Subsistema de Contabilidad Pública, integra el Sistema de Administración Financiera y faculta a la Dirección General de Contabilidad Nacional (DGCN) a ser el Órgano Rector del mismo con la responsabilidad, entre otras de proponer las normas generales que rigen el citado subsistema.
- III.** Que mediante oficio N° 1594-DF-2015, la Dirección de Finanzas, remitió informe, el cual sirve de sustento para el presente acuerdo, y que se expuso lo siguiente:

“III. Motivo de la propuesta:

Con el propósito de cumplir con las disposiciones emitidas por el Ministerio de Hacienda y la Contabilidad Nacional y en acatamiento del acuerdo tomado por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora anteriormente citados, en lo que respecta a la adopción e implementación de las Normas Internacionales de Contabilidad para el Sector Público (NICSP) se requiere de un marco contable moderno, robusto y amplio que permita el reconocimiento, medición, presentación y revelación de todas las transacciones que realiza la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos bajo un lenguaje común y con estándares internacionales, generando información confiable, comparable y oportuna, para la toma de decisiones y la rendición de cuentas, en un ámbito de transparencia en la gestión de los recursos públicos.

Para contar con los productos que se detallan en la sección “IV. Contenido” del presente informe, se ejecutaron las siguientes actividades:

- 1. Homologar el nuevo Catálogo de Cuentas Contables de la Contabilidad Nacional con el Catálogo de Cuentas Contables de la Institución.*

2. Adaptar el Manual de Cuentas Contables desarrollado por la Contabilidad Nacional.
3. Adaptar el Plan de Cuentas Contables sugerido por la Contabilidad Nacional.
4. Adaptar las Políticas Contables desarrolladas por la Contabilidad Nacional.
5. Homologar los Asientos Contables actuales con el nuevo Catálogo de Cuentas Contables de la Contabilidad Nacional.
6. Desarrollar los Procedimientos Contables, según los formatos y el enfoque establecido por la Contabilidad Nacional.

V. Contenido:

De los productos obtenidos los que a continuación se detallan deben ser sometidos a conocimiento y aprobación por parte de la Junta Directiva, a fin de oficializarlos y remitirlos posteriormente al Ministerio de Hacienda para su aprobación final, según lo establecido en el artículo 53 de la Ley 7593 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

- Plan de Cuentas Contables.
- Manual de Cuentas Contables.
- Políticas Contables.

A. Plan de Cuentas Contables.

El Plan de Cuentas Contable es el catálogo que detalla las partidas contables que serán utilizadas para el registro de las transacciones que realiza la Institución, el mismo cuenta con:

- ✓ **Código de cuenta:** por solicitud de la Contabilidad Nacional ha sido organizado sobre una base de siete (7) niveles, que conllevan diez (10) dígitos.

Ejemplo:

Nivel	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5	Nivel 6	Nivel 7
Cantidad de Dígitos	1	1	1	2	2	2	1
Significado de Cada Nivel	Clase	Grupo	Rubro	Cuenta	Subcuenta	Subcuenta Anexa	Detalle de subcuenta Anexa
Ejemplo	1 Activo	1 Activo Corriente	1 Efectivo y Equivalentes de Efectivo	01 Efectivo	02 Depósitos Bancarios	02 Depósitos Bancarios en el Sector Público Interno	2 Cuentas Corrientes en el Sector Público

El producto Plan de Cuentas Contable que se entrega para aprobación cuenta con un total de 10 niveles. Actualmente se tienen 7 niveles por lo que fue necesario agregar los siguientes tres:

- Nivel 8: nivel solicitado por la Contabilidad Nacional para efectos de consolidación, corresponde al código institucional que permitirá al ente rector realizar las eliminaciones

contables. Este código consta de cinco (5) dígitos y cada institución del sector público posee uno asignado.

- Nivel 9 y 10: niveles de uso interno, para ajustar el plan contable a las necesidades de la Institución. Posterior al nivel 8, la Contabilidad Nacional permite utilizar tantos niveles internos como necesite cada institución.

✓ **Descripción de cuenta:** nombre asignado a cada cuenta creada en el Plan de Cuentas Contable.

B. Manual de Cuentas Contables.

El Manual de Cuentas Contable es el documento que detalla la naturaleza de cada cuenta creada en el Plan de Cuentas Contable, e indica además los tipos de registro que se podrían realizar en cada partida. El alcance del Manual de Cuentas Contable es a nivel N°7, que es el requerido por la Contabilidad Nacional.

C. Políticas Contables

Las Políticas Contables son los principios, bases, acuerdos reglas y procedimientos específicos adoptados por la Institución en la elaboración y presentación de los Estados Financieros. Cuando una NICSP sea específicamente aplicable a una transacción, otro evento o condición, la política o políticas contables aplicadas a esa partida se determinarán aplicando lo que establece dicha norma, y considerando además cualquier Guía de Implementación emitida por la Contabilidad Nacional.

Como resultado del análisis realizado se determinó conveniente para la Institución acoger todas las políticas contables redactadas por la Contabilidad Nacional que le aplican o podrían aplicar, de acuerdo con nuestra naturaleza de negocio. A continuación se detalla la estructura de las mismas:

Capítulo I.

Normas Generales de Contabilidad y Políticas Contables – Activo.

Activos Financieros.

Activos No Financieros.

Capítulo II

Normas Generales de Contabilidad y Políticas Contables – Pasivo

Capítulo III

Normas Generales de Contabilidad y Políticas Contables – Patrimonio

Capítulo IV

Normas Generales de Contabilidad y Políticas Contables – Ingresos

Ingresos de Transacciones sin Contraprestación.

Ingresos de Transacciones con Contraprestación.

Capítulo V

Normas Generales de Contabilidad y Políticas Contables – Gastos

*Gastos relacionados con bienes y servicios.
Gastos Financieros y otros Gastos.*

Capítulo VI

Normas Generales de Contabilidad y Políticas Contables para la Elaboración de EEFF.

Capítulo VII

Normas Generales de Contabilidad y Políticas Contables- Estados Financieros Consolidados.

Capítulo VIII

Normas Generales de Contabilidad y Políticas Contables- Contabilidad de Coberturas.

Capítulo IX

Glosario de Términos Contables.

V. Recomendación

1. Aprobar el Plan de Cuentas Contable, el Manual Funcional de Cuentas Contable y las Políticas Contables para el cumplimiento de los requerimientos de la Contabilidad Nacional.”

**POR TANTO
LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD
REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
RESUELVE**

Con fundamento en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593 y sus reformas, el oficio N° 1594-DF-2015 de la Dirección de Finanzas, el informe denominado: “*Plan de Cuentas Contable, Manual Funcional de Cuentas Contable y las Políticas Contables, para el cumplimiento de los requerimientos para la adopción y la implementación de las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP) en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, según disposiciones del Ministerio de Hacienda*” y el oficio N° 675-DGO-2015 de la Dirección General de Operaciones, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dispone:

ACUERDO 06-59-2015

Aprobar el Plan de Cuentas Contable, el Manual Funcional de Cuentas Contable y las Políticas Contables para el cumplimiento de los requerimientos de la Contabilidad Nacional, cuyos textos contenidos en disco compacto, se anexa a los documentos que forman parte de esta acta.

ACUERDO FIRME.

A las dieciséis horas con quince minutos se retiran del salón de sesiones, los señores (as): Magally Porras Porras, Cristian Brenes Montero, Gustavo Alvarado Zúñiga, Heinner Aguilar Rivera y María Castro Chaves.

ARTÍCULO 7. Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución RJD-141-2015 del 27 de julio de 2015. Expediente OT-090-2015.

A las dieciséis horas con veinte minutos ingresan al salón de sesiones, los funcionarios (as) de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria: Henry Payne Castro, Eric Chaves Gómez, Daniel Fernández Sánchez, Aracelly Marín González, Laura Núñez Sibaja, Melissa Gutiérrez Prendas, Roxana Herrera Rodríguez, Edwin Espinoza Mekbel, Oscar Roig Bustamante y Stephanie Castro Benavides, a participar en la presentación de este y los siguientes recursos.

La Junta Directiva conoce el oficio 1137-DGAJR-2015 del 18 de noviembre de 2015, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución RJD-141-2015

La señora *Aracelly Marín González* y *Laura Núñez Sibaja* explican los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 1137-DGAJR-2015, el señor **Dennis Meléndez Howell** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 07-59-2015

1. Declarar sin lugar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, contra la resolución RJD-141-2015.
2. Agotar la vía administrativa.
3. Notificar a las partes, la presente resolución.
4. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.
5. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 23 de marzo de 2015, mediante el oficio 036-CDR-2015, la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación (en adelante CDR), le remitió a la Junta Directiva, tres propuestas metodológicas de electricidad. (Folios 2 al 64).
- II. Que el 26 de marzo de 2015, mediante el acuerdo 13-13-2015 del acta de la sesión ordinaria 13-2015, la Junta Directiva dispuso, entre otras cosas: Someter al trámite de audiencia pública la siguiente propuesta “Metodología tarifaria ordinaria para el servicio de generación de energía eléctrica brindado por operadores públicos y cooperativas de electrificación rural” con fundamento en lo señalado en la propuesta remitida por el CDR mediante oficio 036-CDR-2015. (Folio 1).

- III. Que el 17 de abril de 2015, se publicó en los periódicos La Nación y Diario Extra, la convocatoria a audiencia pública para conocer la propuesta planteada. (Folios 74 y 75).
- IV. Que el 20 de abril de 2015, se publicó en La Gaceta N° 75, la convocatoria a audiencia pública, para conocer la propuesta de metodología planteada. (Folio 76).
- V. Que el 12 de mayo de 2015 se llevó a cabo la audiencia pública, según consta en el Acta N° 34-2015. (Folios 290 a 291, 550 y 553).
- VI. Que el 14 de mayo de 2015, mediante el oficio 1612-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU) remitió al CDR, el informe de oposiciones y coadyuvancias e indicó que se recibieron y admitieron 7 oposiciones (folios 554 a 555).
- VII. Que el 22 de julio de 2015, mediante el oficio 102-CDR-2015, el CDR, remitió el informe de respuestas a las posiciones respecto a la “Metodología Tarifaria Ordinaria para el Servicio de Generación de Energía Eléctrica Brindado por Operadores Públicos y Cooperativas de Electrificación Rural”. (Folios 564 al 627).
- VIII. Que el 27 de julio de 2015, mediante la resolución RJD-141-2015, la Junta Directiva (en adelante JD) aprobó la Metodología Regulatoria denominada “Metodología Tarifaria Ordinaria para el Servicio de Generación de Energía Eléctrica Brindado por Operadores Públicos y Cooperativas de Electrificación Rural” (en adelante MOSGE), luego de haberse seguido el procedimiento establecido en el artículo 36 de la Ley 7593. (Folios 628 al 629 y 652 al 725).
- IX. Que el 7 de agosto de 2015, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S. A. (en adelante CNFL), interpuso recurso de reposición y gestión de nulidad contra la resolución RJD-141-2015. (Folios 630 al 635).
- X. Que el 10 de agosto de 2015, en el Alcance Digital N° 63 a La Gaceta N° 154, se publicó la resolución RJD-141-2015. (Folios 649).
- XI. Que el 11 de agosto de 2015, mediante el memorado 623-SJD-2015, la Secretaría de Junta Directiva, remitió para su análisis las mencionadas gestiones a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (en adelante DGAJR). (Folio 650).
- XII. Que el 27 de octubre de 2015, mediante el oficio 1052-DGAJR-2015, la DGAJR solicitó criterio al CDR, sobre los recursos de reposición interpuestos por la CNFL contra las resoluciones RJD-139-2015 y RJD-141-2015. (Folios 753 a 754).
- XIII. Que el 2 de noviembre de 2015, mediante el oficio 158-CDR-2015, el CDR, remitió a la DGAJR, el criterio solicitado. (Anexo a este criterio).
- XIV. Que el 18 de noviembre de 2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante el oficio 1137-DGAJR-2015, rindió el criterio sobre el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por la CNFL, contra la resolución RJD-141-2015. (Correrá agregado a los autos)

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 1137-DGAJR-2015 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

A) SOBRE EL RECURSO DE REPOSICIÓN:

1) NATURALEZA

El recurso se analiza como un recurso ordinario de reposición, al cual se le aplican, las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la LGAP.

2) TEMPORALIDAD

La resolución recurrida, fue notificada vía correo electrónico el 4 de agosto de 2015 (folios 708 al 710), mientras que la impugnación fue planteada por la CNFL, el 7 de agosto de 2015 (folios 630 al 634).

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 de la LGAP, que vencían el 7 de agosto de 2015, se concluye que la impugnación fue interpuesta en tiempo.

3) LEGITIMACIÓN

Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que la CNFL está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de conformidad con el artículo 275 de la LGAP, en concordancia, con el artículo 36 de la Ley 7593.

4) REPRESENTACIÓN

5)

El señor Víctor Solís Rodríguez, Gerente General de la CNFL, actuó en su condición de Apoderado Generalísimo sin límite de suma, pudiendo representar judicial y extrajudicialmente a la empresa. Lo anterior se constata mediante la certificación notarial que consta a folio 635.

Dicho todo lo anterior, se concluye que el recurso de reposición interpuesto por la CNFL, resulta admisible por la forma.

B) SOBRE LA GESTIÓN DE NULIDAD:**1) NATURALEZA**

La recurrente interpuso gestión de nulidad, a la cual le resulta aplicable lo establecido en los artículos 158 al 179 de la LGAP.

2) TEMPORALIDAD

En lo que refiere a la gestión de nulidad interpuesta, es preciso indicar que ésta fue presentada de manera conjunta con el recurso en análisis, el 7 de agosto del 2015 y considerando que la resolución RJD-141-2015, le fue notificada a la recurrente el 4 de agosto de 2015, de conformidad con lo que dispone el artículo 175 de la LGAP, en cuanto a que el plazo para solicitar la nulidad de un acto administrativo es de un año, debe concluirse que la gestión de nulidad se presentó en tiempo, puesto que el plazo vence el 4 de agosto del 2016.

3) LEGITIMACIÓN

Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que la CNFL está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de conformidad con el artículo 275 de la LGAP, en concordancia, con el artículo 36 de la Ley 7593.

4) REPRESENTACIÓN

El señor Víctor Solís Rodríguez, Gerente General de la CNFL, actuó en su condición de Apoderado Generalísimo sin límite de suma, pudiendo representar judicial y extrajudicialmente a la empresa. Lo anterior se constata mediante la certificación notarial que consta a folio 635.

Dicho todo lo anterior, se concluye que la gestión de nulidad interpuesta por la CNFL, resulta admisible por la forma.

(...)

IV. ANÁLISIS DE FONDO**1. SOBRE EL RECURSO DE REPOSICIÓN**

A continuación, se procede con el análisis del argumento de inconformidad planteado por la recurrente.

Indicó la recurrente, sobre los puntos 3.1 “Metodología de proyección de costos y gastos de operación, mantenimiento, administración y comercialización” y 5.3.2 “Determinación de los retiros” de la MOSGE; lo siguiente:

- a) *Carecen injustificadamente de un trato igualitario para todos los entes regulados, esto porque permite que las cooperativas rindan su información según las posibilidades reales de sus registros y sistemas contables. Por lo anterior, considera la recurrente que dichos puntos son discriminatorios.*
- b) *Su vigencia inmediata coloca a la CNFL en imposibilidad de cumplir con el nivel de detalle exigido y esto acarrearía el rechazo de nuevas gestiones tarifarias, con lo cual se afectan las finanzas de la empresa; siendo lo anterior contrario a la obligación de Aresep de procurar el equilibrio financiero de las empresas reguladas, en vista de que dichos puntos son materialmente imposibles de cumplir.*
- c) *Tienen efecto directo sobre la Contabilidad Regulatoria, pues considera que la desagregación de la información referente a los gastos y al retiro de activos responde al proceso de Contabilidad Regulatoria, a pesar de que el oficio 102-CDR-2015, afirma que la utilización de la Contabilidad Regulatoria se hará cuando se disponga del mismo debidamente aprobado.*
- d) *Son contradictorios con el procedimiento, al requerir de forma inmediata la información contable de desagregación y no la información que tengan los entes regulados en el momento, lo resuelto por Junta Directiva se aparta del criterio técnico en el oficio 102-CDR-2015.*

En el Por Tanto I de la resolución recurrida -RJD-141-2015-, a folios 687 y 704 a 705, se señaló:

[...]

3.1 Metodología de proyección de costos y gastos de operación, mantenimiento, administración y comercialización.

Los costos y gastos de operación, mantenimiento, administración y comercialización son proyectados según el método de actualización por índices indicado en la presente metodología (ver apartado 3.1.1). Pueden proyectarse aumentos superiores al generado por la actualización por índices, siempre y cuando se adjunte una debida justificación técnica y financiera detallada al respecto y relacionada con el servicio público que se está tarifando, la cual debe ser validada por Aresep.

La desagregación de las cuentas de OyM, Admin y Co debe ser al menos como la utilizada para carácter presupuestario, es decir, debe contener: remuneraciones, servicios, materiales y suministros, transferencias y contables. Para el caso de las Cooperativas de electrificación rural podrán presentar sus cuentas al nivel máximo de desagregación que el sistema contable de cada cooperativa lo permita. Estas cuentas se desagregaran en sus respectivos rubros, hasta tanto la Aresep no defina un listado de cuentas comunes para todas las empresas distribuidoras.

La actualización por índices de precios planteada en la (sic) apartado 3.1.1 no aplica para la cuenta de remuneraciones, contratos a terceros u otros rubros a los que pueda reconocérseles un índice específico de actualización emitido por la entidad pública correspondiente.

[...]

5.3.2 Determinación de los retiros

Los retiros de activos que se registren deben coincidir en monto y justificación con los incluidos en el apartado 3 de la sección VII, fórmula 18.

Para el caso particular de retiro de activos se consideran los siguientes criterios:

- *Las empresas están en la obligación de depurar la base tarifaria, para ello deben presentar en cada estudio tarifario el detalle de activos retirados del sistema eléctrico, clasificados por remplazo, deterioro, obsolescencia, traslados u otros.*
- *En el caso que exista una prevención o disposición que instruya la presentación de los retiros de activos e información relacionada a esta y la empresa no cumple las mismas, la IE tiene la potestad de no aceptar los saldos de los activos, dado que el regulado omite este dato considerado relevante en el cálculo de la base tarifaria.*
- *Cuando no media prevención o disposición en relación al tema, existe el criterio de aplicar un porcentaje similar a la depreciación para cada grupo de activos, por concepto de retiro de activos, tanto en los valores al costo como revaluado.*
- *Se requiere información y justificación sobre la pérdida o ganancia contable que estos retiros originan a la empresa, para ser compensados en las tarifas en la partida de gasto por concepto de “pérdida por retiro de activos”. Este gasto debe ser congruente con los saldos que reflejan los activos retirados del sistema eléctrico y la transacción que dio origen a su retiro.*

Los retiros se deben presentar para cada grupo de activos, en el periodo que se retiró o se prevé retirar, indicando los valores del activo al costo, revaluado y sus respectivas depreciaciones (al costo y revaluado), así mismo, indicar si el retiro originó una pérdida o ganancia contable en el retiro del mismo y su ubicación física (identificación del activo anterior al retiro y justificaciones y comprobantes del retiro o desecho correspondiente, para dar trazabilidad de los activos). Con la finalidad de que la ARESEP pueda realizar en cualquier momento la supervisión y control necesarios sobre esos activos y en caso de no responder a la realidad el operador será sancionado tanto a nivel del efecto en la base tarifaria como en la multa correspondiente por el incumplimiento dado según lo establecido en la Ley 7593 en su artículo 38.

[...]

Con respecto a lo argumentado por la recurrente, esta Dirección General solicitó mediante el oficio 1052-DGAJR-2015 (folios 753 a 754), al CDR, criterio sobre los recursos de reposición interpuestos por la CNFL.

En cuanto al acápite a):

Mediante oficio 158-CDR-2015, el CDR respondió el oficio supra indicado señalando con respecto al acápite a) del argumento, lo siguiente:

[...]

1. Criterio sobre los puntos 3.1 “Metodología de proyección de costos y gastos de operación, mantenimiento, administración y comercialización” y 5.3.2 “Determinación de los retiros”:

- a) Discriminatorios: dado que la RJD-141-2015 carece injustificadamente de un trato igualitario para todos los entes regulados, esto porque permite que las cooperativas rindan su información según las posibilidades reales de sus registros y sistemas contables.

[...]

La metodología establece que la desagregación de las cuentas a presentar en cada estudio de fijación tarifaria deberá ser al menos como las utilizadas para carácter presupuestario. Lo anterior, puesto que aquellos entes como son el Instituto Costarricense de Electricidad, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz y las empresas municipales en el caso de Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago y la Empresa de Servicios Públicos de Heredia; que por sus condiciones de entidades públicas ya están obligados a presentar la información sobre los formatos o detalles definidos por la Contraloría General de la República. En este sentido, y dado que las cooperativas no conllevan necesariamente esa obligación, es que se da la posibilidad de que dispongan de la información en el máximo nivel de desagregación que sus sistemas contables permita. Lo anterior excluye la potestad de la Autoridad Reguladora para evaluar y validar la información y el formato en que las Cooperativas presenten su información.

De esta manera, no existe trato desigual, en la medida que se le permite a cada prestador del servicio presentar su información contable de acuerdo con el procedimiento que han venido aplicando o de acuerdo con lo que ya la normativa establezca, es decir, en el caso de los operadores públicos, el formato ya establecido por la Contraloría General de la República. Cabe recalcar, que dadas las disposiciones vigentes no se está solicitando un nivel de desagregación distinto al que ya los operadores vienen realizando.

Lo anterior, hasta tanto no estén definidos y aprobados los criterios y lineamientos correspondientes a la Contabilidad Regulatoria, momento en el cual

todos los operadores públicos y cooperativas de electrificación rural a los que se refiere la RJD-139-2015 Y RJD-141-2015 deberán atender.

En el caso particular de los retiros punto 5.3.2 “Determinación de los retiros” no se realiza ninguna diferenciación en la metodología a los diferentes operadores, la metodología no establece el requerimiento de mantener los activos almacenados, lo que debe garantizarse en dado caso es la justificación en cuanto a comprobantes de retiro o desecho para dar trazabilidad a los mismos.

[...]

Con referencia a lo anterior, mediante decreto N° 34325-H del Ministerio de Hacienda, publicado en la Gaceta No. 38, del 22 de febrero de 2008, se modificó el “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto”, el cual en lo que interesa, establece que:

[...]

El clasificador por objeto del gasto es una herramienta de gestión financiera, utilizada en las diversas etapas del proceso presupuestario de las instituciones del sector público. Consiste en un conjunto de cuentas de gastos, ordenadas y agrupadas de acuerdo con la naturaleza del bien o servicio que se esté adquiriendo o la operación financiera que se esté efectuando.

COBERTURA El artículo N° 37 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos N° 8131 del 18 de setiembre de 2001 y los artículos N° 42 y N° 43 inciso (b) de su reglamento, constituyen el marco jurídico para la definición y aplicación del clasificador por objeto del gasto a todo el Sector Público Costarricense, el cual está integrado por la Administración Central, conformada a su vez por el Poder Ejecutivo y sus dependencias; los Poderes Legislativo y Judicial, El Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, la Administración Descentralizada, Empresas Públicas del Estado y las Municipalidades. (El subrayado no es del original).

[...]

CODIFICACIÓN La clasificación se realiza en tres niveles de desagregación denominados partidas, grupos y subpartidas cuyos componentes principales son el código de la cuenta, el nombre y la descripción. Se ha adoptado una codificación de cinco dígitos que responde a la estructura general de tres niveles: a) El primer dígito se utiliza para distinguir la “Partida”, que es el nivel más agregado de clasificación. b) Los dígitos dos y tres corresponden al “Grupo de Subpartidas”, en el cual se ubican aquellas que poseen una naturaleza semejante. c) Los últimos dos dígitos se asignan a la “Subpartida”, que es el nivel de mayor especificidad de una erogación.

A partir del último nivel de cuenta que describe el clasificador de objeto del gasto, si las instituciones lo consideran necesario para su gestión podrán

desarrollar una mayor desagregación de la subpartida. (El subrayado no es del original).

[...]

Además, en el citado decreto N° 34325-H del Ministerio de Hacienda, se indicó que:

[...]

Artículo 2º—Las instituciones deberán destinar los recursos necesarios que permitan implementar las modificaciones efectuadas al “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto” de uso generalizado para el Sector Público.

[...]

De acuerdo con los razonamientos realizados, se tiene que la información solicitada con respecto a la desagregación de las cuentas, ya estaba dispuesto por decreto ejecutivo de la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda, en el “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto”.

La desagregación de cuentas que se menciona en la metodología recurrida, es acorde con el “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto”, publicado en la Gaceta No. 38 del 22 de febrero de 2008, motivo por el cual, todas las empresas públicas del Estado, debieron destinar los recursos que les permitieran implementar, las modificaciones solicitadas en el decreto antes citado, tal y como lo señala el artículo 2 del decreto supra transcrito. Por ello, debido a su naturaleza jurídica, dicha desagregación de cuentas, no es aplicable a las cooperativas.

Por todo lo anterior no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

En cuanto al acápite b):

Mediante el oficio 158-CDR-2015, el CDR indicó lo siguiente:

[...]

- b) **Materialmente imposibles de cumplir:** *porque su vigencia inmediata coloca a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz en imposibilidad de cumplir con el nivel de detalle exigido y esto acarrearía el rechazo de nuevas gestiones tarifarias, con lo cual se afectan las finanzas de la empresa; siendo lo anterior contrario a la obligación de Aresep de procurar el equilibrio financiero de las empresas reguladas.*

La solicitud hacia los entes públicos es totalmente posible de forma inmediata dado que ellos tienen la obligación de presentar esa información de carácter presupuestario ante la Contraloría General de la República anualmente y en el caso de las solicitudes tarifarias a la Aresep. Por lo tanto no se considera

imposibilidad material ni tampoco que esta situación origine el rechazo de nuevas solicitudes tarifarias.

[...]

Así las cosas, no lleva razón la recurrente en cuanto a su argumentación de que es “materialmente imposibles de cumplir”, dado que la desagregación de las cuentas, ya está dispuesto en el decreto ejecutivo N° 34325-H, antes indicado, para la presentación del presupuesto de las empresas públicas del Estado. Por lo tanto, a la fecha de la publicación de la metodología recurrida, las empresas públicas deberían contar con la información requerida.

Es por lo anterior que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

En cuanto al acápite c):

Mediante el oficio 158-CDR-2015, el CDR indicó lo siguiente:

[...]

- c) **Tiene efecto directo sobre la contabilidad regulatoria:** *pues considera que la desagregación de la información referente a los Gastos y al Retiro de activos responde al proceso de Contabilidad Regulatoria, a pesar de que el oficio 102-CDR-2015 afirma que la utilización de la Contabilidad Regulatoria se hará cuando se disponga del mismo debidamente aprobado.*

Si bien la metodología deja entrever la posibilidad de utilizar la Contabilidad Regulatoria cuando se disponga de la misma. La aprobación de dicho sistema seguirá el correspondiente procedimiento que establezca la Aresep para tales propósitos, y deberá de ser congruente con las características de los servicios regulados y dentro de las posibilidades de los operadores con la finalidad de facilitar la determinación de los costos de operación.

[...]

Con relación a lo argumentado sobre el “efecto directo sobre la Contabilidad Regulatoria” tomando de referencia el oficio citado por la recurrente 102-CDR-2015 (folios 564 al 627), en el cual se indicó que “La metodología deja abierta la posibilidad de utilizar el sistema de contabilidad regulatoria cuando se disponga de la misma” (el subrayado no es del original), sin embargo y como lo indicó el CDR en el oficio 158-CDR-2015 antes detallado, “La aprobación de dicho sistema seguirá el correspondiente procedimiento que establezca la Aresep para tales propósitos..”, por lo tanto a la fecha de la publicación de la metodología recurrida, no se cuenta con un sistema de contabilidad regulatoria.

En virtud de lo anterior, no lleva razón la recurrente en este argumento.

En cuanto al acápite d):

Mediante el oficio 158-CDR-2015, el CDR indicó lo siguiente:

[...]

- d) **Son contradictorios con el procedimiento:** al requerir de forma inmediata la información contable de desagregación y no la información que tengan los entes regulados en el momento, lo resuelto por la Junta Directiva se aparta del criterio técnico en el oficio 102-CDR-2015.

Es necesario reiterar en este caso que lo solicitado en cuanto a los gastos y su desglose responde a los requerimientos formales de orden presupuestario que ha definido la Contraloría General de la República para las instituciones públicas y de tal manera se establece en la metodología “la desagregación de las cuentas al menos como las utilizadas para carácter presupuestario”, por lo tanto, no existe contradicción alguna al respecto.

En lo relacionado con el retiro de los activos se reitera que no existe contradicción alguna al establecer que lo que debe garantizarse en dado caso es la justificación en cuanto a comprobantes de retiro o desecho para dar trazabilidad a los mismos.

[...]

Sobre lo argumentado por la recurrente, en cuanto a que “Son contradictorios con el procedimiento al requerir de forma inmediata la información contable”, se le reitera lo indicado por el CDR en el oficio 158-CDR-2015, que “en cuanto a los gastos y su desglose responde a los requerimientos formales de orden presupuestario” ya establecido en el decreto ejecutivo N° 34325-H, por tanto, no son requerimientos nuevos para las empresas públicas del Estado.

Es por todo lo anterior, que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

2. SOBRE LA GESTIÓN DE NULIDAD

En cuanto a la nulidad alegada, conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la LGAP, y que son: la falta o imperfección (vicio) de algún elemento del acto o que el acto impugnado sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendida como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final adoptada en aspectos importantes, o bien, cuya omisión causare indefensión al administrado, lo cual no se considera que haya ocurrido en la especie fáctica del caso sub examine.

En cuanto a la validez de la resolución impugnada, se le debe comunicar a la recurrente, que de conformidad con el artículo 158 de la LGAP, la resolución contiene todos los elementos para su validez. Lo anterior se verifica con el cumplimiento y presencia íntegra, de todos los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales.

Estos elementos a los que hacemos referencia, tanto la doctrina nacional como la misma LGAP, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales, se encuentran el sujeto, el procedimiento y la forma; y entre los sustanciales o materiales resaltan el motivo, contenido y el fin.

De tal suerte que el contenido del acto constituye el efecto jurídico, el cambio que introduce en el mundo jurídico, es por así decirlo; la parte dispositiva del acto.

Por su parte, el motivo como elemento sustancial del acto administrativo, es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo.

Así las cosas, con fundamento en lo analizado en este criterio, al no presentarse vicio alguno en los elementos del acto administrativo, que implique su nulidad y en lo que se refiere a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan omisiones o defectos que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso, de conformidad con el artículo 223 de la LGAP.

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta por la CNFL, no lleva razón la recurrente en su argumento, ya que la resolución que impugna, no es un acto nulo, porque contiene todos los elementos del acto (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP, ya que:

- *Fue dictado por el órgano competente al momento del dictado del acto recurrido, es decir, por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora (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 129, procedimiento).*
- *Contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133, motivo).*
- *Estableció en su parte considerativa las razones que sustentaron la decisión del órgano competente (artículos 131, fin y 132, contenido).*

Así las cosas, no deviene en nula la resolución impugnada, pues contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), y en lo referente a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que la misma sea nula.

V. CONCLUSIONES:

- I.** *El recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por la CNFL, contra la resolución RJD-141-2015, resultan admisibles, por haber sido presentados en tiempo y forma.*

2. *La desagregación de cuentas que se menciona en la metodología recurrida, es acorde con el “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto”, publicado en la Gaceta No. 38 del 22 de febrero de 2008, motivo por el cual, todas las empresas públicas del Estado, debieron destinar los recursos que les permitieran implementar, las modificaciones solicitadas en el decreto antes citado, tal y como lo señala el artículo 2 del decreto supra transcrito. Por ello, debido a su naturaleza jurídica, dicha desagregación de cuentas, no es aplicable a las cooperativas.*
3. *A la fecha de la publicación de la metodología recurrida, las empresas públicas del Estado, deberían contar con la información desagregada al nivel mínimo al utilizado para presupuesto, según lo dispuesto en el decreto ejecutivo N° 34325-H.*
4. *A la fecha de la publicación de la metodología recurrida, no se cuenta con un sistema de contabilidad regulatoria.*
5. *La resolución impugnada contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), y en referente a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que la misma sea nula.*

[...]”

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar sin lugar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, contra la resolución RJD-141-2015, **2.-** Agotar la vía administrativa, **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **4.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión 59-2015, del 26 de noviembre de 2015, cuya acta fue ratificada el 3 de diciembre de 2015; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 1137-DGAJR-2015, 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. Declarar sin lugar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, contra la resolución RJD-141-2015.
- II. Agotar la vía administrativa.

- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 8. Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución RJD-139-2015 del 27 de julio de 2015. Expediente OT-088-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 1138-DGAJR-2015 del 18 de noviembre de 2015, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución RJD-139-2015.

Las señoras *Aracelly Marín González* y *Laura Núñez Sibaja* explican los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 1138-DGAJR-2015, el señor *Dennis Meléndez Howell* lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 08-59-2015

- 1. Declarar sin lugar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, contra la resolución RJD-139-2015.
- 2. Agotar la vía administrativa.
- 3. Notificar a las partes, la presente resolución.
- 4. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.
- 5. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 23 de marzo de 2015, mediante el oficio 036-CDR-2015, la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación (en adelante CDR), le remitió a la Junta Directiva, tres propuestas metodológicas de electricidad. (Folios 2 al 64).
- II. Que el 26 de marzo de 2015, mediante el acuerdo 09-13-2015 del acta de la sesión ordinaria 13-2015, la Junta Directiva dispuso, entre otras cosas: Someter al trámite de audiencia pública la siguiente propuesta “Metodología tarifaria ordinaria para el servicio de distribución de energía eléctrica brindado por operadores públicos y cooperativas de electrificación rural” con

fundamento en lo señalado en la propuesta remitida por el CDR mediante oficio 036-CDR-2015. (Folio 1).

- III. Que el 17 de abril de 2015, se publicó en los periódicos La Nación y Diario Extra, la convocatoria a audiencia pública para conocer la propuesta planteada. (Folios 69 y 70).
- IV. Que el 20 de abril de 2015, se publicó en La Gaceta N° 75, la convocatoria a audiencia pública, para conocer la propuesta de metodología planteada. (Folio 71).
- V. Que el 13 de mayo de 2015 se llevó a cabo la audiencia pública, según consta en el Acta N° 36-2015. (Folios 362 y del 444 al 454).
- VI. Que el 18 de mayo de 2015, mediante el oficio 1649-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU) remitió al CDR, el informe de oposiciones y coadyuvancias e indicó que se recibieron y admitieron 9 oposiciones (folios 363 a 365).
- VII. Que el 22 de julio de 2015, mediante el oficio 103-CDR-2015, el CDR, remitió el informe de respuestas a las posiciones respecto a la “Metodología Tarifaria Ordinaria para el Servicio de Distribución de Energía Eléctrica Brindado por Operadores Públicos y Cooperativas de Electrificación Rural”. (Folios 467 al 548).
- VIII. Que el 27 de julio de 2015, mediante la resolución RJD-139-2015, la Junta Directiva (en adelante JD) aprobó la Metodología Regulatoria denominada “Metodología Tarifaria Ordinaria para el Servicio de Distribución de Energía Eléctrica Brindado por Operadores Públicos y Cooperativas de Electrificación Rural” (en adelante MOSDE), luego de haberse seguido el procedimiento establecido en el artículo 36 de la Ley 7593. (Folios 574 al 655).
- IX. Que el 7 de agosto de 2015, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S. A. (en adelante CNFL), interpuso recurso de reposición y gestión de nulidad contra la resolución RJD-139-2015. (Folios 551 al 556).
- X. Que el 10 de agosto de 2015, en el Alcance Digital N° 63 a La Gaceta N° 154, se publicó la resolución RJD-139-2015. (Folio 571).
- XI. Que el 10 de agosto de 2015, mediante el memorado 622-SJD-2015, la Secretaría de Junta Directiva, (en adelante SJD) remitió para su análisis las mencionadas gestiones a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (en adelante DGAJR). (Folio 572).
- XII. Que el 27 de octubre de 2015, mediante el oficio 1052-DGAJR-2015, la DGAJR solicitó criterio al CDR, sobre los recursos de reposición interpuestos por la CNFL contra las resoluciones RJD-139-2015 y RJD-141-2015. (Folios 692 al 693).
- XIII. Que el 2 de noviembre de 2015, mediante el oficio 158-CDR-2015, el CDR, remitió a la DGAJR, el criterio solicitado. (Anexo a este criterio).
- XIV. Que el 18 de noviembre de 2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante el oficio 1138-DGAJR-2015, rindió el criterio sobre el recurso de reposición y la

gestión de nulidad interpuestos por la CNFL, contra la resolución RJD-139-2015. (Correrá agregado a los autos)

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 1138-DGAJR-2015 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA DE LAS GESTIONES INTERPUESTAS

1. SOBRE EL RECURSO DE REPOSICIÓN:

1) NATURALEZA

El recurso se analiza como un recurso ordinario de reposición, al cual se le aplican, las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la LGAP.

2) TEMPORALIDAD

La resolución recurrida, fue notificada vía correo electrónico el 4 de agosto de 2015 (folios 629, 632 y 633), mientras que la impugnación fue planteada por la CNFL, el 7 de agosto de 2015 (folios 551 al 556).

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 de la LGAP, que vencían el 7 de agosto de 2015, se concluye que la impugnación fue interpuesta en tiempo.

3) LEGITIMACIÓN

Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que la CNFL está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de conformidad con el artículo 275 de la LGAP, en concordancia, con el artículo 36 de la Ley 7593.

4) REPRESENTACIÓN

El señor Víctor Solís Rodríguez, Gerente General de la CNFL, actuó en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma, pudiendo representar judicial y extrajudicialmente a la compañía. Lo anterior se constata mediante la certificación notarial que consta a folio 556.

Dicho todo lo anterior, se concluye que el recurso de reposición interpuesto por la CNFL, resulta admisible por la forma.

2. SOBRE LA GESTIÓN DE NULIDAD:

1) NATURALEZA

La recurrente interpuso gestión de nulidad, a la cual le resulta aplicable lo establecido en los artículos 158 al 179 de la LGAP.

2) TEMPORALIDAD

En lo que refiere a la gestión de nulidad interpuesta, es preciso indicar que ésta fue presentada de manera conjunta con el recurso en análisis, el 7 de agosto del 2015 y considerando que la resolución RJD-139-2015, le fue notificada a la recurrente el 4 de agosto de 2015. De conformidad con lo que dispone el artículo 175 de la LGAP, en cuanto a que el plazo para solicitar la nulidad de un acto administrativo es de un año, debe concluirse que la gestión de nulidad se presentó en tiempo, puesto que el plazo vencería el 5 de agosto del 2016.

3) LEGITIMACIÓN

Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que la CNFL está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de conformidad con el artículo 275 de la LGAP, en concordancia, con el artículo 36 de la Ley 7593.

4) REPRESENTACIÓN

El señor Víctor Solís Rodríguez, Gerente General de la CNFL, actuó en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma, pudiendo representar judicial y extrajudicialmente a la empresa. Lo anterior se constata mediante la certificación notarial que consta a folio 556.

Dicho todo lo anterior, se concluye que la gestión de nulidad interpuesta por la CNFL, resulta admisible por la forma.

(...)

VI. ANÁLISIS DE FONDO

A. SOBRE EL RECURSO DE REPOSICIÓN

A continuación, se procede con el análisis del argumento de inconformidad planteado por la recurrente.

Indicó la recurrente, sobre los puntos 3.1 “Metodología de proyección de costos y gastos de operación, mantenimiento, administración y comercialización” y 5.3.2 “Determinación de los retiros” de la MOSDE; lo siguiente:

- a) Carecen injustificadamente de un trato igualitario para todos los entes regulados, esto porque permite que las cooperativas rindan su información según las posibilidades reales de sus registros y sistemas contables. Por lo anterior, considera la recurrente que dichos puntos son discriminatorios.
- b) Su vigencia inmediata coloca a la CNFL en imposibilidad de cumplir con el nivel de detalle exigido y esto acarrearía el rechazo de nuevas gestiones tarifarias, con lo cual se afectan las finanzas de la empresa; siendo lo anterior contrario a la obligación de Aresep de procurar el equilibrio financiero de las empresas reguladas, en vista de que dichos puntos son materialmente imposibles de cumplir.
- c) Tienen efecto directo sobre la Contabilidad Regulatoria, pues considera que la desagregación de la información referente a los gastos y al retiro de activos responde al proceso de Contabilidad Regulatoria, a pesar de que el oficio 103-CDR-2015, afirma que la utilización de la Contabilidad Regulatoria se hará cuando se disponga del mismo debidamente aprobado.
- d) Son contradictorios con el procedimiento, al requerir de forma inmediata la información contable de desagregación y no la información que tengan los entes regulados en el momento, lo resuelto por Junta Directiva se aparta del criterio técnico en el oficio 103-CDR-2015.

En el Por Tanto I de la resolución recurrida -RJD-139-2015-, a folios 606 a 607 y 626 a 627, se señaló:

[...]

3.1 Metodología de proyección de costos y gastos de operación, mantenimiento, administración y comercialización.

Los costos y gastos de operación, mantenimiento, administración y comercialización son proyectados según el método de actualización por índices indicado en la presente metodología (ver apartado 3.1.1). Pueden proyectarse aumentos superiores al generado por la actualización por índices, siempre y cuando se adjunte una debida justificación técnica y financiera detallada al respecto y relacionada con el servicio público que se está tarifando, la cual debe ser validada por Aresep.

La desagregación de las cuentas de OyM, Admin y Co debe ser al menos como la utilizada para carácter presupuestario, es decir, debe contener: remuneraciones, servicios, materiales y suministros, transferencias y contables. Para el caso de las Cooperativas de electrificación rural podrán presentar sus cuentas al nivel máximo de desagregación que el sistema contable de cada cooperativa lo permita. Estas cuentas se desagregaran en sus respectivos rubros, hasta tanto la Aresep no defina un listado de cuentas comunes para todas las empresas distribuidoras.

La actualización por índices de precios planteada en la (sic) apartado 3.1.1 no aplica para la cuenta de remuneraciones, contratos a terceros u otros rubros a los que pueda reconocérseles un índice específico de actualización emitido por la entidad pública correspondiente.

[...]

5.3.2 Determinación de los retiros

Los retiros de activos que se registren deben coincidir en monto y justificación con los incluidos en el apartado 3 de la sección VII, fórmula 18.

Para el caso particular de retiro de activos se consideran los siguientes criterios:

- Las empresas están en la obligación de depurar la base tarifaria, para ello deben presentar en cada estudio tarifario el detalle de activos retirados del sistema eléctrico, clasificados por remplazo, deterioro, obsolescencia, traslados u otros.*
- En el caso que exista una prevención o disposición que instruya la presentación de los retiros de activos e información relacionada a esta y la empresa no cumple las mismas, la IE tiene la potestad de no aceptar los saldos de los activos, dado que el regulado omite este dato considerado relevante en el cálculo de la base tarifaria.*
- Cuando no media prevención o disposición en relación al tema, existe el criterio de aplicar un porcentaje similar a la depreciación para cada grupo de activos, por concepto de retiro de activos, tanto en los valores al costo como revaluado.*
- Se requiere información y justificación sobre la pérdida o ganancia contable que estos retiros originan a la empresa, para ser compensados en las tarifas en la partida de gasto por concepto de “pérdida por retiro de activos”. Este gasto debe ser congruente con los saldos que reflejan los activos retirados del sistema eléctrico y la transacción que dio origen a su retiro.*

Los retiros se deben presentar para cada grupo de activos, en el periodo que se retiró o se prevé retirar, indicando los valores del activo al costo, revaluado y sus respectivas depreciaciones (al costo y revaluado), así mismo, indicar si el retiro originó una pérdida o ganancia contable en el retiro del mismo y su ubicación física (identificación del activo anterior al retiro y justificaciones y comprobantes del retiro o desecho correspondiente, para dar trazabilidad de los activos). Con la finalidad de que la ARESEP pueda realizar en cualquier momento la supervisión y control necesarios sobre esos activos y en caso de no responder a la realidad el operador será sancionado tanto a nivel del efecto en la base tarifaria como en la multa correspondiente por el incumplimiento dado según lo establecido en la Ley 7593 en su artículo 38.

[...]

Con respecto a lo argumentado por la recurrente, esta Dirección General solicitó mediante el oficio 1052-DGAJR-2015 (folios 692 al 693), al CDR, criterio sobre los recursos de reposición interpuestos por la CNFL.

En cuanto al acápite a):

Mediante oficio 158-CDR-2015, el CDR respondió el oficio supra indicado señalando con respecto al acápite a) del argumento, lo siguiente:

[...]

1. Criterio sobre los puntos 3.1 “Metodología de proyección de costos y gastos de operación, mantenimiento, administración y comercialización” y 5.3.2 “Determinación de los retiros”:

- a) Discriminatorios: dado que la RJD-139-2015 carece injustificadamente de un trato igualitario para todos los entes regulados, esto porque permite que las cooperativas rindan su información según las posibilidades reales de sus registros y sistemas contables.

[...]

La metodología establece que la desagregación de las cuentas a presentar en cada estudio de fijación tarifaria deberá ser al menos como las utilizadas para carácter presupuestario. Lo anterior, puesto que aquellos entes como son el Instituto Costarricense de Electricidad, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz y las empresas municipales en el caso de Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago y la Empresa de Servicios Públicos de Heredia; que por sus condiciones de entidades públicas ya están obligados a presentar la información sobre los formatos o detalles definidos por la Contraloría General de la República. En este sentido, y dado que las cooperativas no conllevan necesariamente esa obligación, es que se da la posibilidad de que dispongan de la información en el máximo nivel de desagregación que sus sistemas contables permita. Lo anterior excluye la potestad de la Autoridad Reguladora para evaluar y validar la información y el formato en que las Cooperativas presenten su información.

De esta manera, no existe trato desigual, en la medida que se le permite a cada prestador del servicio presentar su información contable de acuerdo con el procedimiento que han venido aplicando o de acuerdo con lo que ya la normativa establezca, es decir, en el caso de los operadores públicos, el formato ya establecido por la Contraloría General de la República. Cabe recalcar, que dadas las disposiciones vigentes no se está solicitando un nivel de desagregación distinto al que ya los operadores vienen realizando.

Lo anterior, hasta tanto no estén definidos y aprobados los criterios y lineamientos correspondientes a la Contabilidad Regulatoria, momento en el cual

todos los operadores públicos y cooperativas de electrificación rural a los que se refiere la RJD-139-2015 Y RJD-141-2015 deberán atender.

En el caso particular de los retiros punto 5.3.2 “Determinación de los retiros” no se realiza ninguna diferenciación en la metodología a los diferentes operadores, la metodología no establece el requerimiento de mantener los activos almacenados, lo que debe garantizarse en dado caso es la justificación en cuanto a comprobantes de retiro o desecho para dar trazabilidad a los mismos.

[...]

Con referencia a lo anterior, mediante decreto N° 34325-H del Ministerio de Hacienda, publicado en la Gaceta No. 38, del 22 de febrero de 2008, se modificó el “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto”, el cual en lo que interesa, establece que:

[...]

El clasificador por objeto del gasto es una herramienta de gestión financiera, utilizada en las diversas etapas del proceso presupuestario de las instituciones del sector público. Consiste en un conjunto de cuentas de gastos, ordenadas y agrupadas de acuerdo con la naturaleza del bien o servicio que se esté adquiriendo o la operación financiera que se esté efectuando.

COBERTURA El artículo N° 37 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos N° 8131 del 18 de setiembre de 2001 y los artículos N° 42 y N° 43 inciso (b) de su reglamento, constituyen el marco jurídico para la definición y aplicación del clasificador por objeto del gasto a todo el Sector Público Costarricense, el cual está integrado por la Administración Central, conformada a su vez por el Poder Ejecutivo y sus dependencias; los Poderes Legislativo y Judicial, El Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, la Administración Descentralizada, Empresas Públicas del Estado y las Municipalidades. (El subrayado no es del original).

[...]

CODIFICACIÓN La clasificación se realiza en tres niveles de desagregación denominados partidas, grupos y subpartidas cuyos componentes principales son el código de la cuenta, el nombre y la descripción. Se ha adoptado una codificación de cinco dígitos que responde a la estructura general de tres niveles: a) El primer dígito se utiliza para distinguir la “Partida”, que es el nivel más agregado de clasificación. b) Los dígitos dos y tres corresponden al “Grupo de Subpartidas”, en el cual se ubican aquellas que poseen una naturaleza semejante. c) Los últimos dos dígitos se asignan a la “Subpartida”, que es el nivel de mayor especificidad de una erogación.

A partir del último nivel de cuenta que describe el clasificador de objeto del gasto, si las instituciones lo consideran necesario para su gestión podrán

desarrollar una mayor desagregación de la subpartida. (El subrayado no es del original).

[...]

Además, en el citado decreto N° 34325-H del Ministerio de Hacienda, se indicó que:

[...]

Artículo 2º—Las instituciones deberán destinar los recursos necesarios que permitan implementar las modificaciones efectuadas al “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto” de uso generalizado para el Sector Público.

[...]

De acuerdo con los razonamientos realizados, se tiene que la información solicitada con respecto a la desagregación de las cuentas, ya estaba dispuesto por decreto ejecutivo de la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda, en el “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto”.

La desagregación de cuentas que se menciona en la metodología recurrida, es acorde con el “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto”, publicado en la Gaceta No. 38 del 22 de febrero de 2008, motivo por el cual, todas las empresas públicas del Estado, debieron destinar los recursos que les permitieran implementar, las modificaciones solicitadas en el decreto antes citado, tal y como lo señala el artículo 2 del decreto supra transcrito. Por ello, debido a su naturaleza jurídica, dicha desagregación de cuentas, no es aplicable a las cooperativas.

Por todo lo anterior no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

En cuanto al acápite b):

Mediante el oficio 158-CDR-2015, el CDR indicó lo siguiente:

[...]

- b) Materialmente imposibles de cumplir:** *porque su vigencia inmediata coloca a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz en imposibilidad de cumplir con el nivel de detalle exigido y esto acarrearía el rechazo de nuevas gestiones tarifarias, con lo cual se afectan las finanzas de la empresa; siendo lo anterior contrario a la obligación de Aresep de procurar el equilibrio financiero de las empresas reguladas.*

La solicitud hacia los entes públicos es totalmente posible de forma inmediata dado que ellos tienen la obligación de presentar esa información de carácter presupuestario ante la Contraloría General de la República anualmente y en el

caso de las solicitudes tarifarias a la Aresep. Por lo tanto no se considera imposibilidad material ni tampoco que esta situación origine el rechazo de nuevas solicitudes tarifarias.

[...]

Así las cosas, no lleva razón la recurrente en cuanto a su argumentación de que es “materialmente imposibles de cumplir”, dado que la desagregación de las cuentas, ya está dispuesto en el decreto ejecutivo N° 34325-H, antes indicado, para la presentación del presupuesto de las empresas públicas del Estado. Por lo tanto, a la fecha de la publicación de la metodología recurrida, las empresas públicas deberían contar con la información requerida.

Es por lo anterior que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

En cuanto al acápite c):

Mediante el oficio 158-CDR-2015, el CDR indicó lo siguiente:

[...]

- c) **Tiene efecto directo sobre la contabilidad regulatoria:** pues considera que la desagregación de la información referente a los Gastos y al Retiro de activos responde al proceso de Contabilidad Regulatoria, a pesar de que el oficio 103-CDR-2015 afirma que la utilización de la Contabilidad Regulatoria se hará cuando se disponga del mismo debidamente aprobado.*

Si bien la metodología deja entrever la posibilidad de utilizar la Contabilidad Regulatoria cuando se disponga de la misma. La aprobación de dicho sistema seguirá el correspondiente procedimiento que establezca la Aresep para tales propósitos, y deberá de ser congruente con las características de los servicios regulados y dentro de las posibilidades de los operadores con la finalidad de facilitar la determinación de los costos de operación.

[...]

Con relación a lo argumentado sobre el “efecto directo sobre la Contabilidad Regulatoria” tomando de referencia el oficio citado por la recurrente 103-CDR-2015 (folio 475), en el cual se indicó que “La metodología deja abierta la posibilidad de utilizar el sistema de contabilidad regulatoria cuando se disponga de la misma” (el subrayado no es del original), sin embargo y como lo indicó el CDR en el oficio 158-CDR-2015 antes detallado, “La aprobación de dicho sistema seguirá el correspondiente procedimiento que establezca la Aresep para tales propósitos..”, por lo tanto a la fecha de la publicación de la metodología recurrida, no se cuenta con un sistema de contabilidad regulatoria.

En virtud de lo anterior, no lleva razón la recurrente en este argumento.

En cuanto al acápite d):

Mediante el oficio 158-CDR-2015, el CDR indicó lo siguiente:

[...]

- d) **Son contradictorios con el procedimiento:** al requerir de forma inmediata la información contable de desagregación y no la información que tengan los entes regulados en el momento, lo resuelto por la Junta Directiva se aparta del criterio técnico en el oficio 103-CDR-2015.

Es necesario reiterar en este caso que lo solicitado en cuanto a los gastos y su desglose responde a los requerimientos formales de orden presupuestario que ha definido la Contraloría General de la República para las instituciones públicas y de tal manera se establece en la metodología “la desagregación de las cuentas al menos como las utilizadas para carácter presupuestario”, por lo tanto, no existe contradicción alguna al respecto.

En lo relacionado con el retiro de los activos se reitera que no existe contradicción alguna al establecer que lo que debe garantizarse en dado caso es la justificación en cuanto a comprobantes de retiro o desecho para dar trazabilidad a los mismos.

[...]

Sobre lo argumentado por la recurrente, en cuanto a que “Son contradictorios con el procedimiento al requerir de forma inmediata la información contable”, se le reitera lo indicado por el CDR en el oficio 158-CDR-2015, que “en cuanto a los gastos y su desglose responde a los requerimientos formales de orden presupuestario” ya establecido en el decreto ejecutivo N° 34325-H, por tanto, no son requerimientos nuevos para las empresas públicas del Estado.

Es por todo lo anterior, que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

B. SOBRE LA GESTIÓN DE NULIDAD

En cuanto a la nulidad alegada, conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la LGAP, y que son: la falta o imperfección (vicio) de algún elemento del acto o que el acto impugnado sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendida como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final adoptada en aspectos importantes, o bien, cuya omisión causare indefensión al administrado, lo cual no se considera que haya ocurrido en la especie fáctica del caso sub examine.

En cuanto a la validez de la resolución impugnada, se le debe comunicar a la recurrente, que de conformidad con el artículo 158 de la LGAP, la resolución contiene todos los elementos para su

validez. Lo anterior se verifica con el cumplimiento y presencia íntegra, de todos los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales.

Estos elementos a los que hacemos referencia, tanto la doctrina nacional como la misma LGAP, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales, se encuentran el sujeto, el procedimiento y la forma; y entre los sustanciales o materiales resaltan el motivo, contenido y el fin.

De tal suerte que el contenido del acto constituye el efecto jurídico, el cambio que introduce en el mundo jurídico, es por así decirlo; la parte dispositiva del acto.

Por su parte, el motivo como elemento sustancial del acto administrativo, es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo.

Así las cosas, con fundamento en lo analizado en este criterio, al no presentarse vicio alguno en los elementos del acto administrativo, que implique su nulidad y en lo que se refiere a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan omisiones o defectos que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso, de conformidad con el artículo 223 de la LGAP.

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta por la CNFL, no lleva razón la recurrente en su argumento, ya que la resolución que impugna, no es un acto nulo, porque contiene todos los elementos del acto (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP, ya que:

- Fue dictado por el órgano competente al momento del dictado del acto recurrido, es decir, por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora (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 129, procedimiento).
- Contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133, motivo).
- Estableció en su parte considerativa las razones que sustentaron la decisión del órgano competente (artículos 131, fin y 132, contenido).

Así las cosas, no deviene en nula la resolución impugnada, pues contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), y en lo referente a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que la misma sea nula.

V. CONCLUSIONES:

1. El recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por la CNFL, contra la resolución RJD-139-2015, resultan admisibles, por haber sido presentados en tiempo y forma.

2. *La desagregación de cuentas que se menciona en la metodología recurrida, es acorde con el “Clasificador Presupuestario por Objeto del Gasto”, publicado en la Gaceta No. 38 del 22 de febrero de 2008, motivo por el cual, todas las empresas públicas del Estado, debieron destinar los recursos que les permitieran implementar, las modificaciones solicitadas en el decreto antes citado, tal y como lo señala el artículo 2 del decreto supra transcrito. Por ello, debido a su naturaleza jurídica, dicha desagregación de cuentas, no es aplicable a las cooperativas.*
3. *A la fecha de la publicación de la metodología recurrida, las empresas públicas del Estado, deberían contar con la información desagregada al nivel mínimo al utilizado para presupuesto, según lo dispuesto en el decreto ejecutivo N° 34325-H.*
4. *A la fecha de la publicación de la metodología recurrida, no se cuenta con un sistema de contabilidad regulatoria.*
5. *La resolución impugnada contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), y en referente a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que la misma sea nula.*

[...] ”

- II.** Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar sin lugar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, contra la resolución RJD-139-2015, **2.-** Agotar la vía administrativa, **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **4.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III.** Que en la sesión 59-2015, del 26 de noviembre de 2015, cuya acta fue ratificada el 3 de diciembre de 2015; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 1138-DGAJR-2015, 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.** Declarar sin lugar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, contra la resolución RJD-139-2015.
- II.** Agotar la vía administrativa.
- III.** Notificar a las partes, la presente resolución.

- IV. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

A dieciséis horas con treinta y cinco minutos se retiran del salón de sesiones, las señoras Aracelly Marín González y Laura Núñez Sibaja.

ARTÍCULO 9. Recurso de apelación y gestiones de suspensión del acto y nulidad interpuestos por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014. Expediente OT-032-2014.

La Junta Directiva conoce el oficio 1128-DGAJR-2015 del 17 de noviembre de 2015, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación y gestiones de suspensión del acto y nulidad interpuestos por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014.

La señora *Stephanie Castro Benavides* y el señor *Oscar Roig Bustamante* explican los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 1128-DGAJR-2015, el señor *Dennis Meléndez Howell* lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 09-59-2015

1. Declarar sin lugar, el recurso de apelación y la gestión de suspensión de los efectos del acto administrativo, interpuestos por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014.
2. Rechazar por inadmisibles, la gestión de nulidad interpuesta por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014.
3. Agotar la vía administrativa.
4. Notificar a las partes, la presente resolución.
5. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.
6. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I.** Que el 9 de noviembre de 2012, la Secretaría de Junta Directiva mediante el oficio 583-SJD-2012, remitió al entonces Comité de Regulación, el acuerdo 05-83-2012 de la sesión extraordinaria N° 83-2012 del 8 de octubre de 2012, en el cual instruyó al “*Comité de Regulación a que proceda a realizar la actualización de valor del autobús siguiendo los principios servicio al costo, a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, así como a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia que exige la Ley General de Administración Pública y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos*”. (Folio 103).
- II.** Que el 28 de octubre de 2013, la Intendencia de Transporte (en adelante IT) mediante la resolución 143-RIT-2013, resolvió -entre otras cosas-: “*I. Comunicar a los prestadores del servicio de transporte público modalidad autobús que mientras se establece una nueva metodología ordinaria para la fijación tarifaria para el servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús, y como parte de ella un procedimiento para la determinación del valor del autobús nuevo, los siguientes montos regirán el valor a reconocer en los estudios de ajuste tarifario ordinarios: ...*”.(Folios 69 al 73).
- III.** Que el 31 de octubre de 2013, la IT mediante la resolución 146-RIT-2013, resolvió -entre otras cosas-: “*I.- La revocación de la resolución N° 143-RIT-2013 de las 16:00 horas del 28 de octubre de 2013, relativa a la Actualización del valor del autobús, para las fijaciones tarifarias ordinarias individuales de transporte remunerado de personas modalidad autobús, según modelo vigente, suspendiendo también su publicación y notificación a las partes interesadas (...)*”. (Folios del 65 al 68).
- IV.** Que el 5 de febrero de 2014, la IT mediante la resolución 008-RIT-2014, resolvió -entre otras cosas-: “*I. Comunicar a los prestadores del servicio de transporte público modalidad autobús, que mientras se establece una nueva metodología ordinaria para la fijación tarifaria para el servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús, y como parte de ella un procedimiento para la determinación del valor del autobús nuevo, los siguientes montos regirán el valor a reconocer en los estudios de ajuste tarifario ordinarios: (...)*” (Folios del 2 al 8).
- V.** Que el 25 de febrero de 2014, la Compañía Transportista del Suroeste S.A. inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de suspensión del acto contra la resolución 008-RIT-2014. (Folios del 110 al 122).
- VI.** Que el 8 de setiembre de 2015, la IT mediante la resolución 109-RIT-2015, resolvió -entre otras cosas-: “*I. Acoger la recomendación del informe 1306-IT-2015/101474 del 2 de setiembre de 2015 y rechazar por el fondo el incidente de suspensión de los efectos del acto, así como el recurso de revocatoria interpuesto en contra de la resolución 008-RIT-2014 de las 16:00 horas del 05 de febrero de 2014, por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., representada por el señor Román Arnoldo Solano Estrada, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la citada empresa*”. (Folios del 532 al 546).
- VII.** Que el 9 de setiembre de 2015, la IT mediante el oficio 1342-IT-2015, rindió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP, sobre el recurso de apelación y gestión de suspensión del acto interpuestos por Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014. (Folios 506 al 507).

- VIII.** Que el 10 de setiembre de 2015, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 705-2015 (sic), remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación y la gestión de suspensión del acto interpuestos por Compañía Transportista del Suroeste S.A. contra la resolución 008-RIT-2014. (Folio 521).
- IX.** Que el 16 de setiembre de 2015, la Compañía Transportista del Suroeste S.A. respondió el emplazamiento conferido e interpuso gestión de nulidad contra la resolución 008-RIT-2014. (Folios 522 al 529).
- X.** Que el 18 de setiembre de 2015, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 720-2015 (sic), trasladó documento presentado por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., en relación con el rechazo del recurso de revocatoria interpuesto por esa empresa contra la resolución 008-RIT-2014 del 5 de febrero de 2014. (Folio 547).
- XI.** Que el 17 de noviembre de 2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante el oficio 1128-DGAJR-2015, rindió el criterio sobre el recurso de apelación y gestiones de suspensión del acto y nulidad interpuestos por la Compañía Transportista del Suroeste S.A. contra la resolución 008-RIT-2014.
- XII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 1128-DGAJR-2015 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución 008-RIT-2014, es el ordinario de apelación, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos del 342 al 352 de la LGAP.

La recurrente interpuso gestión de nulidad, a la cual le resulta aplicable lo establecido en los numerales del 158 al 179 de la LGAP.

En relación con la solicitud de suspensión de los efectos del acto, de la resolución 008-RIT-2014 interpuesta por Compañía Transportista del Suroeste S.A., es importante indicar que esta se rige por los artículos 136.1.d), 146 al 148 de la LGAP y en forma supletoria, a falta de normativa expresa en la Ley antes mencionada en materia de medidas cautelares, los artículos del 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), de conformidad con el artículo 229 de la LGAP.

Ahora bien, en sede judicial, el propósito de una medida cautelar, es garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En otras palabras, procura que el transcurso del tiempo no haga inútil la demanda, tomándose las medidas necesarias para que la petitoria de la acción que se está presentando, pueda en el futuro, ser ejecutada en el eventual caso de que la demanda se declare con lugar. La cuestión aquí entonces es, que se pueda garantizar el posible resultado del proceso, pero sin perjudicar con ello el interés público.

Aún en esa sede, el interesado debe cumplir con requisitos esenciales para acceder a la implementación de la medida cautelar. En ese sentido, tenemos que la condición esencial para que proceda tal solicitud, es la demostración del “daño”, para lo que es necesario establecer la existencia de una situación de perjuicio que se pueda considerar “grave”. Ahora bien, si este calificativo es un concepto jurídico indeterminado, da una idea clara de que para que proceda tal solicitud cautelar, se tiene que establecer por parte del interesado, que su esfera jurídica puede sufrir un deterioro serio y verdadero, que no sería fácilmente reparable. (Véase en ese sentido el artículo 21 del CPCA).

Inclusive, nótese que la procedencia e implementación de una medida cautelar no es ilimitada y que la misma también puede ser rechazada, aunque cumpla con los requisitos señalados, si le impone una “carga indebida” al interés público o a terceras personas, es decir, si por ejemplo, representara un peligro para otras personas, para la gestión sustantiva de una entidad pública determinada, la paralización de la actividad fundamental de la Administración Pública, o bien, la interrupción o suspensión de un servicio público de primera necesidad, para la colectividad en general. Entonces, una medida cautelar, estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del CPCA y deberá entonces, ponderarse la relación entre el posible daño que pueda provocar la actuación de la Administración con la ejecución del acto, en relación con el posible daño que pueda producirse al administrado, en caso de no acogerse la medida cautelar que solicita. En esto consiste precisamente la ponderación de los intereses en juego, de cara a la adopción de la medida cautelar solicitada, lo que la doctrina ha llamado la “bilateralidad del peligro en la demora”.

2. Temporalidad

La resolución recurrida fue publicada en La Gaceta N° 36 del 20 de febrero de 2014 (no consta en autos) y la impugnación fue planteada el 25 de febrero de 2014 (folio 110).

Conforme a los artículos 240 inciso 1), 256 inciso 3) y 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de apelación debe interponerse en el plazo de tres días hábiles, contados a partir de la comunicación del acto administrativo en

cuestión, plazo que vencía 25 de febrero de 2014. Del análisis comparativo entre la fecha de publicación del acto y la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado por ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo.

La resolución 008-RIT-2014 que se pretende suspender, fue publicada en La Gaceta N° 36 del 20 de febrero de 2014 y la gestión fue planteada en forma conjunta con el recurso de revocatoria con apelación en subsidio, el 25 de febrero de 2014.

Si bien es cierto, la interposición de la medida cautelar no se encuentra expresamente regulada en la LGAP, también tenemos que por identidad de causa, participa de las mismas características de su homóloga en sede judicial. De ahí, que no existe un plazo específico al que un destinatario de un acto administrativo, expresado mediante una resolución, esté limitado para solicitar la suspensión de los efectos de aquella, pudiendo interponerla en cualquier momento durante el proceso, mientras se configuren los presupuestos para su adopción.

En consecuencia, se concluye que la misma es admisible desde el punto de vista de la temporalidad.

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta, es preciso indicar que la resolución recurrida fue publicada en La Gaceta N° 36 del 20 de febrero de 2014 (no consta en autos). De conformidad con lo que dispone el numeral 175 de la LGAP, el plazo para solicitar la nulidad del acto es de un año y siendo que el plazo venció el 20 de febrero de 2015, se concluye que la misma es extemporánea, por haber sido interpuesta hasta el 16 de setiembre de 2015, con la respuesta al emplazamiento (folio 522).

Dicho lo anterior, se concluye que la gestión de nulidad interpuesta por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., resulta de plano inadmisibles por haber sido presentada extemporáneamente. Como consecuencia de ello, se omite pronunciamiento en cuanto al fondo de la gestión.

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que la Compañía Transportista del Suroeste S.A., operador de la ruta N° 145, está legitimada para impugnar -en la forma en lo que ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 31 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 275 de la LGAP.

4. Representación

El recurso así como la gestión de suspensión fueron interpuestos por el señor Román Arnoldo Solano Estrada, en su condición de apoderado generalísimo

sin límite de suma de la Compañía Transportista del Suroeste S.A., representación que se encuentra acreditada dentro del expediente a los folios 118.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

A continuación, el análisis de los argumentos planteados por la recurrente:

- 1. Sobre el argumento primero, referido a que la resolución impugnada atenta contra las reglas unívocas de la ciencia, la técnica y los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia; lesiona seriamente la estabilidad financiera.***

Al respecto, la resolución 109-RIT-2015 -que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando II, a folios 538 al 539, indicó:

[...]

Resulta importante, para resolver el caso en estudio, tener claros una serie de principios que rigen la función de regulación económica que debe cumplir la Aresep-desde el punto de vista técnico- en todas sus actuaciones que causen un impacto sobre las tarifas de los servicios regulados. Estos principios son el de servicio al costo y el del apego a la ciencia y la técnica, los cuales serán abarcados a continuación:

- ***El servicio al costo:***

*Nuestro legislador encomendó a la Aresep, entre otras funciones , la regulación económica, para la cual se aplica como uno de sus principios el denominado servicio al costo, que como bien lo señala el informe 90-IT-2014/3257 haciendo alusión al artículo 3.b) de la ley N° 7593 y sus reformas, el servicio al costo busca “ (...) **determinar la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31**”; es decir, ese concepto del servicio al costo no es más ni menos que el esfuerzo económico que el permisionario o concesionario de una ruta determinada debe realizar para lograr un objetivo operativo, y cuando no es alcanzado ese objetivo, entramos ante un posible nivel de pérdidas de la empresa o núcleo legal empresarial conformado para ese fin, debiéndose entonces devolverse el equilibrio económico financiero al contrato de concesión.*

La resolución recurrida, plantea perfectamente la importancia de tener un valor de los autobuses a precios de mercado, y con base en información oficial de una entidad con las competencias legales para definir valores a los vehículos automotores, de cara al principio de servicio al costo, y es así como en los Considerandos II y III se explica los motivos que para nuestros efectos, resulta preponderante transcribirlos a continuación:

“(…)

II. Que de acuerdo con el artículo 30 de la Ley 7593 y sus reformas, las fijaciones tarifarias de carácter ordinario son aquellas que contemplen factores de costo e inversión, de conformidad con lo estipulado en el inciso b) del artículo 3 de esta ley, e indudablemente la flota vehicular con la que se presta el servicio constituye una de las inversiones más importantes que realiza el empresario del servicio de transporte remunerado de personas.

*III. Asimismo, de acuerdo con la misma ley y en su artículo 32, no se aceptan como costos de las empresas reguladas las inversiones rechazadas por la ARESEP por considerarlas excesivas para la prestación del servicio público. **Por ello, es relevante que el rubro de inversión más importante que ejecutan las empresas reguladas, como es el caso del autobús, se le establezca un precio que será el que se reconozca como parte de los costos a imputar para efectos del cálculo de tarifas ordinarias, de manera que se tenga certeza de hasta donde se puede invertir y se va a reconocer el monto invertido** “(la negrita no es del original) (…)”*

Consecuentemente, la consideración de este principio se mantuvo presente en todo momento al realizarse los estudios que justifican la determinación del valor del autobús publicado, de manera que, en principio, no se puede imputar ninguna incongruencia en ese sentido a los valores vigentes.

- ***El estricto apego a la ciencia y la técnica***

Indica el recurrente que “del análisis de la resolución, se puede inferir que el procedimiento utilizado es contrario al artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, por cuanto adolece de la técnica necesaria para garantizar los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia.”.

Al respecto, la ley 7593 en su artículo 6.a), delimita de forma clara que una de nuestras funciones resulta ser precisamente el ejecutar una labor fiscalizadora en el ámbito contable, financiero y técnico en relación a los prestadores de servicios públicos, de tal forma que se

pueda concluir como corolario, el buen manejo de los diversos factores que afecten el costo del servicio, tales como inversiones, endeudamiento, ingresos, costos y gastos y unirlos a una rentabilidad obtenida.

Igualmente se determina en la Ley No. 7969, la siguiente disposición:

*“Artículo 57.-Fijación y aprobación. Corresponderá al Consejo de Transporte Público solicitar la fijación de las tarifas aplicables a la prestación del servicio remunerado de transporte público automotor, en todas sus modalidades. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos las aprobará, improbará o modificará, **respaldando sus actuaciones en los estudios técnicos, jurídicos, administrativos, económicos y financieros que determine y estime conveniente realizar o solicitar.**” (El resaltado no es del original)*

Es decir, que resulta obligatorio para la Aresep que en sus actuaciones de regulación tarifaria, se respalde en estudios técnicos o de otra naturaleza, de manera que los análisis realizados para determinar el valor de la unidad de autobús, deben ajustarse a ese requerimiento legal. Por ello, no es de extrañar que en el ejercicio de marras se busque la mayor objetividad posible para respaldar la determinación de esos valores, recurriendo a fuentes de información oficial, con competencias claras y suficientes para establecer valores de mercado para las unidades de autobús, como es el caso del Ministerio de Hacienda. Asimismo, se solicita al Consejo de Transporte Público la clasificación de las unidades de autobús autorizadas durante el año 2013, según la tipología que aplica esta institución, al ser esta la instancia responsable de autorizar la incorporación de nuevas unidades de autobús en las flotas de los concesionarios o permisionarios de estos servicios.

La observancia de la estricta técnica en estos análisis, lleva a que si existe alguna duda sobre los cálculos realizados, no resulta imputable al procedimiento utilizado por la Aresep las dudas sobre la veracidad de la información utilizada, ya que ésta fue suministrada por fuentes oficiales y no fue generada por dicha Autoridad.

[...]

En complemento a lo anterior, tome nota la recurrente, que la IT mediante el oficio 90-IT-2014, emitió el informe técnico que sirvió de base a la resolución recurrida, ello de conformidad con los artículos 4, 5, 6, 25 y 53 de la Ley N° 7593,17 inciso 8 y el 20 del Reglamento Interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, 59 inciso 1) de la LGAP y 57 de la Ley N° 7969.

En conclusión, la recurrente no aportó las justificaciones ni el respaldo documental, que demostraran que la IT se apartara de las reglas de la ciencia y la técnica, al dictar la resolución recurrida, por lo que, de conformidad con lo establecido en los artículos 293 inciso 2 de la LGAP y 317 del Código Procesal Civil, no lleva razón la recurrente.

2. Sobre la utilización del promedio ponderado en el informe de actualización del valor del autobús.

Sobre este particular, la resolución 109-RIT-2015-que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando II, a folios 539 al 541 señaló, lo siguiente:

[...]

Tanto es así que el mismo recurrente indica que: “ si bien es cierto, la información de la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, es una fuente de consulta para la determinación del precio pagado para la compra de los autobuses, no es viable ni razonable utilizar un promedio ponderado, considerando el peso relativo de las diversas marcas de autobuses modelo 2013, que fueron comercializados y está(sic) operando en el país, tomando para tal efecto la clasificación oficial que provee el CTP.”. No obstante, no se aporta ningún elemento que justifique porqué ese proceder es contrario a la ciencia y la técnica. Ello parece ocurrir por cuanto el recurrente no puede desconocer la existencia de fuentes oficiales que actúan técnicamente al determinar el valor de mercado de autobús, como lo es el Ministerio de Hacienda; o clasificar, según los criterios definidos por el mismo Consejo de Transporte Público, las nuevas unidades de autobús adquiridas por los prestadores del servicio como el recurrente. En todo caso si existiera alguna deficiencia, la responsabilidad no es imputable a la Aresep sino a las instancias generadoras de la información de marras, hacia donde debería dirigirse cualquier queja al respecto.

[...]

Incorre el recurrente en un error al plantear este argumento, ya que pareciera que la imprecisión alegada se deriva de la aplicación de un procedimiento técnicamente correcto, y es trabajar con promedios ponderados, lo que permite representar el valor promedio de los tipos de autobús que más compran los empresarios, asegurándole una mayor representatividad en el dato final obtenido de lo que hoy se compra.

[...]

Bajo esta línea de análisis, es importante tomar en consideración la definición de promedio ponderado o media ponderada, la cual según el autor Machain Luciano (2011, p. 53) se define de la siguiente forma:

[...]

Media ponderada¹

La media ponderada o promedio ponderado permite asignar “pesos” a los valores de manera tal que el promedio es calculado considerando la importancia de cada valor sobre el total.

La forma de cálculo de este promedio es aplicando la sumatoria de la multiplicación de cada valor de la muestra por su ponderación y dividiendo el total resultante por la suma de todas las ponderaciones. La expresión matemática es la siguiente:

$$\bar{x}_w = \frac{\sum_{i=1}^p w_i X_i}{\sum_{i=1}^p w_i}$$

[...]

De lo indicado en las citas anteriores, se desprende que el promedio ponderado corresponde a una medida de tendencia central, que es apropiada cuando en un conjunto de datos, cada uno tiene una importancia relativa (o peso) respecto de los demás datos. A su vez, es importante señalar que el uso de esta técnica estadística, permite asegurar una representatividad, sobre aquellas marcas comerciales de autobús que se utilizan con mayor frecuencia, al momento de determinar el valor de las unidades automotores, que fueron objeto de estudio, en el informe realizado por la IT (90-IT-2014), el cual sirvió de base para el dictado de la resolución 008-RIT-2014 -que actualizó el valor del autobús para la fijaciones tarifarias individuales-.

En virtud de lo anterior, este órgano asesor, no encuentra motivos que indiquen que la IT, incurrió en un grave error -como lo alegó la recurrente-,

¹ Machain Luciano. (2011). *Simulación de modelos financieros*. (Primera edición). Editorial Helemm Impresiones. Argentina.

al utilizar la media ponderada para determinar el valor promedio de los autobuses, por categoría. Además, no consta en autos que la recurrente haya aportado elementos adicionales, que puedan ser valorados por este órgano asesor.

Así las cosas, no lleva razón la recurrente, sobre este argumento.

3. Sobre los argumentos 3 y 4 relacionados con la clasificación de los autobuses y la determinación de los valores del autobús nuevo.

Al respecto, la resolución 109-RIT-2015 -que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando II, a folios 541 al 544 indicó:

“(…)

Queda claramente establecido en estos considerandos, el procedimiento seguido por esta Autoridad Reguladora para determinar el nuevo valor del autobús. Se cuenta con una lista de placas de autobuses 2013 aprobados por el Consejo de Transporte Público, lista que es suministrada a la Aresep por el mismo Consejo de Transporte Público. Dicha lista se remite al Ministerio de Hacienda para que indicara los valores de mercado registrados ante la Dirección General de Tributación de ese Ministerio. Adicionalmente, a la lista suministrada por el Consejo de Transporte Público se le solicita que se le incorporara la clasificación o tipología definida por ese Consejo, de manera que pudiera aplicarse el promedio ponderado por tipo de autobús y llegar así a un valor.

Esto que se deriva de los considerandos transcritos, es prácticamente igual a lo que sugiere el recurrente que se haga. Consecuentemente, lleva razón la Aresep en la forma de llegar al valor cuestionado. Si ha existido un error en la clasificación hecha por el Consejo de Transporte Público, será ante esa instancia que deba plantearse la inconformidad respectiva, ya que esta Autoridad Reguladora ha tomado la información oficial remitida.

Acerca de la disminución de valor del bus interurbano medio respecto del valor del 2009

(…)

Al respecto, es necesario recalcar que no se está creando un procedimiento para la determinación del valor del autobús nuevo, ya que se sigue el mismo procedimiento que se había establecido en el 2009, lo que sí se hace es afinar las fuentes de información a fin de contar con valores de mercado determinados por la Dirección de Tributación del Ministerio de Hacienda. Ahora bien, de cara al

reclamo del recurrente cabe preguntarse si corresponde o no la Aresep hacer tal tipo de afinamiento. El artículo 6 de la Ley No.7593 establece como obligación de esta Autoridad Reguladora el fijar las tarifas y los precios de conformidad con los estudios técnicos. Por su parte, vale la pena traer a colación nuevamente el artículo 57 de la Ley No. 7969, la que con claridad meridiana establece que:

*Artículo 57.-Fijación y aprobación. Corresponderá al Consejo de Transporte Público solicitar la fijación de las tarifas aplicables a la prestación del servicio remunerado de transporte público automotor, en todas sus modalidades. **La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos las aprobará, improbará o modificará, respaldando sus actuaciones en los estudios técnicos, jurídicos, administrativos, económicos y financieros que determine y estime conveniente realizar o solicitar.***

Así las cosas, no estamos ante una competencia potestativa, sino ante una obligación de manera que esta Autoridad Reguladora no ha incurrido en ninguna ilegalidad haciendo un estudio técnico más completo para determinar un dato que debe ser utilizado en los estudios de fijación tarifaria ordinaria para el servicio de transporte público modalidad autobús.

Ahora bien, ¿cómo debe tratarse la situación expuesta por el recurrente respecto de la disminución del valor del autobús entre el dato establecido en el 2009 y el actual?

Este cambio de fuentes de información permite orientar los criterios de valor sobre los criterios técnicos al poder tener una fuente primaria objetiva y oficial, administrada con metodologías oficiales, públicas y técnicas para lograr valores precisos y confiables de inversiones realizadas, y no expectativas de compra que por medio de las facturas proformas y la información de los gestionantes no es posible obtener. Es decir, son datos elaborados sobre la base de la metodología establecida por la Dirección General de Tributación como ente oficial encargado de fijar los valores de mercado de los automotores, y que además por su propia naturaleza, ese listado oficial se actualiza anualmente, lo que facilita actualizar este valor todos los años, y no cada cinco años, como era la costumbre.

El valor agregado de esta actualización anual, en términos de seguridad jurídica para el recurrente, está en evitar los dilemas de si se manejan o no las informaciones correctas, ya que la exactitud no acompaña la fuente de datos que se utiliza, para ser sustituida por una fuente de información acorde a las necesidades regulatorias, que de igual forma evita causar posibles daños a los operadores de los

servicios toda vez que la información es oportuna, confiable, transparente, real y no definida sobre la base de expectativas de compra-venta (facturas proforma), que no permiten conocer a ciencia cierta si esas unidades finalmente estarán ofreciendo el servicio público de transporte remunerado masivo de personas. Por ello, no lleva razón el recurrente cuando cuestiona el valor establecido para el autobús interurbano medio, ya que es el valor promedio de lo que se transa en el mercado y adquieren las empresas autobuseras.

[...]

Si el recurrente estima que las fuentes primarias, tanto de la Dirección General de Tributación a través de la Dirección de Valoraciones Administrativas y Tributarias y/o del Consejo de Transporte Público se encuentran de alguna manera inexactas o viciadas, deberá acudir a estas instancias a presentar por las vías legales correspondientes sus reclamos y canalizar sus posibles inconformidades, pero nunca pretender que con la presentación de recursos de revocatoria y apelaciones contra una resolución que no se encuentra sesgada de vicio alguno, se puedan atacar fuentes primarias oficiales y, más aun, pretender modificar el valor establecido para el autobús interurbano medio.

[...]”.

Al respecto, este órgano asesor procedió a realizar una verificación de la información, utilizada por la IT, para la actualización del valor del autobús en la categoría interurbano medio, alegada por la recurrente:

- a.** *Primeramente se realizó un extracto de la información correspondiente a la categoría interurbano medio (folio 23), la cual fue utilizada por la IT, en la determinación del valor del autobús para este caso:*

Detalle de clasificación por categoría según del CTP

INFORMACION DEL CTP				
PLACA-CTP	AÑO-CTP	RAMPA-CTP	NOMBRE EMPRESA-CTP	CLASIFICACIÓN CTP
GB002719	2013	RAMPA	AUTOTRANSPORT	INTERURBANO MEDIO
PB002352	2013	RAMPA	TRANSOLF	INTERURBANO MEDIO
AB005977	2013	RAMPA	TRANSPORTES	INTERURBANO MEDIO
AB006007	2013	RAMPA	TRANSPORTES	INTERURBANO MEDIO
AB006017	2013	RAMPA	TRANSPORTES	INTERURBANO MEDIO
AB006018	2013	RAMPA	TRANSPORTES	INTERURBANO MEDIO
AB006020	2013	RAMPA	TRANSPORTES	INTERURBANO MEDIO
GB002628	2013	RAMPA	AUTOTRANSPORT	INTERURBANO MEDIO
GB002629	2013	RAMPA	AUTOTRANSPORT	INTERURBANO MEDIO

Fuente: folio 23

Detalle de información registral

INFORMACION REGISTRAL							
PLACA-CTP	AÑO FABRICACIÓN GENERAL-REGISTRO	VIN-GENERAL-REGISTRO	ESTILO-GENERAL-REGISTRO	CAPACIDAD-GENERAL-REGISTRO	CILINDRADA (C.C.)-CARACT-MOTOR-REGISTRO	POTENCIA (KW)-CARACT-MOTOR-REGISTRO	MARCA-CARACT-MOTOR-REGISTRO
GB002719	2013	9532F82W6DR301392	VW17.210OD	48	6450	350	VOLKSWAGEN
PB002352	2013	KL5UM52HEDK000270	DM 1724 L	49	8071	240	DAEWOO
AB005977	2013	LZYTM1F60D1000003	ZK6129H	54	8900	264	CUMMINS
AB006007	2013	KL5UP65JECK000153	CRD 340	53	11051	340	DAEWOO
AB006017	2013	KL5UP65JECK000167	DM1734 LR	53	11051	340	DAEWOO
AB006018	2013	KL5UP65JECK000168	DM1734 LR	53	11051	340	DAEWOO
AB006020	2013	KL5UP65JECK000170	DM1734 LR	53	11051	340	DAEWOO
GB002628	2013	9532F82W8CR208548	VW17.210 OD	49	6450	151	VOLKSWAGEN
GB002629	2013	9532F82W2CR207797	VW17.210 OD	49	6450	151	VOLKSWAGEN

Fuente: folio 23

Detalle de información sobre el valor del autobús, según Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda.

INFORMACION DEL VALOR TRIBUTARIO					
PLACA-CTP	VALOR DGT 28OCT2013	Valor DGT 20ENE2014	CLASE TRIBUTARIA (TRIBUTACIÓN)	MARCA-TRIBUTACIÓN	AÑO TRIBUTACIÓN
GB002719	51.100.000	51.100.000	2216277	VOLKSWAGEN	2013
PB002352	38.390.000	38.390.000	2295982	DAEWOO	2013
AB005977	79.890.000	79.890.000	2455327	YUTONG	2013
AB006007	55.450.000	55.450.000	2443454	DAEWOO	2013
AB006017	53.540.000	53.540.000	2319195	DAEWOO	2013
AB006018	53.540.000	53.540.000	2319195	DAEWOO	2013
AB006020	53.540.000	53.540.000	2319195	DAEWOO	2013
GB002628	54.200.000	54.200.000	2460936	VOLKSWAGEN	2013
GB002629	54.200.000	54.200.000	2460936	VOLKSWAGEN	2013

Fuente: folio 23

b. Posteriormente, se realizó un recalcu del promedio ponderado a partir de la información, indicada previamente:

Tipo de autobús	Marca	Valores	Cantidad	Participación en el tipo	Valor ponderado por marca
Interurbano medio	Daewoo	50.892.000,00	5	55,6%	28.273.333,33
	Volkswagen	53.166.666,67	3	33,3%	17.722.222,22
	Yutong	79.890.000,00	1	11,1%	8.876.666,67
		183.948.666,67	9	100,0%	54.872.222,22

Fuente elaboración propia

c. Por último, se presenta el valor del promedio ponderado del autobús, para la categoría interurbano corto, establecido mediante la resolución 008-RIT-2014 -que actualizó el valor del autobús para la fijaciones tarifarias individuales-.

Tipo de autobús	Marca	Valores	Cantidad	Participación en el tipo
Interurbano medio	Daewoo	50.892.000,00	5	55,6%
	Volkswagen	53.166.666,67	3	33,3%
	Yutong	79.890.000,00	1	11,1%
Subtotal		54.872.222,22		

Fuente: folio 20

De la anterior información, se desprende que la IT, estimó el valor del autobús en la categoría de interurbano medio, utilizando la información oficial establecida por el CTP, la cual fue remitida por este ente, mediante el oficio DTE-2013-0634 (folios 49 al 64). Igualmente, para establecer el valor de autobús correspondiente, se emplearon los datos suministrados por la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, remitidos mediante el oficio DGT-1087-2013 (folios 90 al 93).

En conclusión, considera este órgano asesor que la actualización de valor del autobús nuevo, fue realizada por la IT con base en un estudio técnico (oficio 90-IT-2014, folios 10 al 23), el cual, se encuentra fundamentado en la información oficial, emitida por el CTP y la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda.

Asimismo, se le recuerda a la recurrente, que en caso de considerar que la categoría de autobuses asignada por el CTP para el autobús interurbano medio, o el valor establecido por la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, presentaran inconsistencias, deberá acudir a dichas instancias a presentar los argumentos y alegatos que correspondan.

Así las cosas, no lleva razón la recurrente, sobre estos argumentos.

4. Sobre el argumento 5, referido a la solicitud de instrucción dada al Centro de Desarrollo de la Regulación, para proponer un procedimiento de actualización del valor del autobús y las competencias del CTP.

Al respecto, es necesario hacer referencia a las competencias exclusivas y excluyentes de la regulación de los servicios públicos de la Autoridad Reguladora, establecidas en la Ley 7593 en los artículos 4, 5 y 6 incisos a), d) y f), así como en el artículo 59 inciso 1 de la LGAP, que disponen respectivamente:

“[...]”

Artículo 4.- Objetivos

Son objetivos fundamentales de la Autoridad Reguladora:

- a) *Armonizar los intereses de los consumidores, usuarios y prestadores de los servicios públicos definidos en esta ley y los que se definan en el futuro.*
- b) *Procurar el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestadores de los servicios públicos.*
- c) *Asegurar que los servicios públicos se brinden de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 3 de esta ley.*
- d) *Formular y velar porque se cumplan los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima, los servicios públicos sujetos a su autoridad.*
(*)
- e) *Coadyuvar con los entes del Estado, competentes en la protección del ambiente, cuando se trate de la prestación de los servicios regulados o del otorgamiento de concesiones.*
- f) *Ejercer, conforme lo dispuesto en esta ley, la regulación de los servicios públicos definidos en ella.*

Artículo 5.- Funciones

En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas; además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. Los servicios públicos antes mencionados son:

[...]

- f) *Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.*

[...]

Artículo 6.- Obligaciones de la Autoridad Reguladora

Corresponden a la Autoridad Reguladora las siguientes obligaciones:

- a) *Regular y fiscalizar contable, financiera y técnicamente, a los prestadores de servicios públicos, para comprobar el correcto manejo de los factores que afectan el costo del servicio, ya sean las inversiones realizadas, el endeudamiento en que han incurrido, los*

niveles de ingresos percibidos, los costos y gastos efectuados o los ingresos percibidos y la rentabilidad o utilidad obtenida.

d) Fijar las tarifas y los precios de conformidad con los estudios técnicos. ()*

f) Cualquiera otra obligación que las leyes le asignen.

Toda disposición que se emita en relación con las materias a que se refiere este artículo, será de acatamiento obligatorio.

[...]

Artículo 59.-

1.- La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio.

[...]”

De los artículos citados, se desprende que la Aresep tiene la competencia exclusiva y excluyente de regular los servicios públicos que hayan sido declarados como tales por el legislador. Dicha competencia, abarca -entre otras cosas- el establecimiento de las metodologías tarifarias, la fijación de tarifas, la determinación de normas técnicas, las potestades sancionatorias y la resolución de quejas, denuncias y controversias.

Al respecto, en la opinión jurídica OJ-051-2013 de la Procuraduría General de la República (en adelante PGR) se señaló: “(...) En realidad, la competencia tarifaria de la ARESEP en el elenco de servicios públicos del artículo 5 de la Ley n.º 7593, no está en función del título habilitante que se use para la prestación del servicio, sino de la misma norma legal que le confirió la potestad para su fijación. Prueba de ello es que la misma ley reconoce que aun para esos servicios públicos su prestación puede darse a través de una concesión o del respectivo permiso (artículos 9 y 41.g), y no por ello el órgano regulador perdería sus facultades en la materia. (...)” de modo que concluye “(...) La competencia tarifaria de la ARESEP en el elenco de servicios públicos del artículo 5 de la Ley n.º 7593, no está en función del título habilitante que se use para la prestación del servicio, sino de la misma norma legal que le confirió la potestad para su fijación (...)”.

Aunado a lo anterior, cabe indicar que la recurrente muestra preocupación por el Por Tanto IV.a, contenido en la resolución recurrida, el cual indica lo siguiente: “Solicitar a la Junta Directiva de Aresep que instruya al Centro de Desarrollo de la Regulación para que proponga los siguientes ajustes al modelo tarifario: a. Un procedimiento que permita clasificar nuevos tipos de autobús o ajustar los tipos vigentes, de acuerdo con los cambios

tecnológicos que se introducen en las unidades que prestan el servicio y que son autorizadas por el Consejo de Transporte Público (CTP)”.

Sobre este particular, se desprende de la resolución recurrida, que la IT recomendó a la Junta Directiva, instruir al Centro de Desarrollo de la Regulación para que propusiera un procedimiento que permitiera clasificar los nuevos tipos de autobús o ajustar los tipos vigentes. Lo anterior, constituye una recomendación no vinculante para la Junta Directiva al tenor de lo dispuesto por el artículo 303 de la LGAP.

En todo caso, dicha recomendación se fundamentó en los artículos 17 inciso 8 y el 20 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF). Asimismo, el Centro de Desarrollo de la Regulación tiene como función, revisar la validez y competitividad de los modelos que están siendo aplicados por Aresep para regular los servicios públicos de conformidad con el artículo 21 inciso 3 del RIOF.

En cuanto a la competencia de la Aresep, en caso de acogerse la recomendación de la IT, se encuentra en los artículos 25 y 53, ambos de la Ley N° 7593 en donde se establece la potestad de la Aresep, para emitir los reglamentos técnicos (norma técnicas) que considere necesarios y convenientes para realizar su labor, sino también, los parámetros bajo los cuales debe realizar las funciones establecidas en el artículo 5 supra citado.

De manera complementaria, el artículo 6 incisos 14) y 16) del RIOF, dispone que en materia regulatoria le corresponde a la Junta Directiva:

[...]

“Artículo 6. Junta Directiva.

[...]

Tiene las siguientes funciones:

[...]

14. Dictar los reglamentos técnicos que se requieran para la correcta aplicación del marco regulatorio de los servicios públicos establecidos en la ley y las modificaciones de estos.

[...]

16. Aprobar las metodologías regulatorias que se aplicarán en los diversos sectores regulados bajo su competencia.

[...]”

En ese sentido, queda claro que la recomendación emitida por la IT para la clasificación de los tipos de autobús, realizada mediante la resolución 008-RIT-2014, se emitió en el ejercicio de las competencias exclusivas y excluyentes otorgadas por ley, sin que se produzca una interferencia en las competencias otorgadas al CTP.

En virtud de lo anterior, no lleva razón la recurrente, en su argumento.

- 5. Solicita la suspensión del acto administrativo contenido en la resolución 008-RIT-2014, en virtud de los perjuicios graves, que causaría el persistir en su ejecución, producto del desequilibrio financiero dada la inversión realizada en la compra de autobuses. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 148 de la LGAP.**

En tesis de principio, debemos de indicar, que todos los actos administrativos son ejecutables y surten efectos después de ser comunicados (publicación), tal y como sucedió con la resolución recurrida.

No obstante, como medida cautelar de carácter excepcional, temporal, provisional o transitoria, los efectos del acto administrativo pueden ser suspendidos en vía administrativa o judicial, con el fin de evitar perjuicios graves o de imposible reparación al administrado (artículo 148 de la LGAP).

En el caso que nos ocupa, considera este órgano asesor, que la recurrente no fundamentó ni demostró el nexo causal entre la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación que se le ocasionarían con la ejecución de la resolución recurrida.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación de lo (sic) Contencioso Administrativo, ha sido muy clara respecto a los presupuestos indispensables para el otorgamiento de una medida cautelar en sede judicial, a luz del Código Procesal Contencioso Administrativo, mismos que resultan también aplicables a la suspensión del acto en sede administrativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 13 de la LGAP.

Al respecto, conviene extraer de la sentencia N.º 378-2009, emitida por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de las 8:17 horas del 12 de febrero de 2009, lo siguiente:

[...]

El Tribunal de Casación, en su sentencia 5F-TC-2008 de las diez horas y cuarenta y cinco minutos del seis de febrero del presente año, definió algunas líneas de criterio, a considerar al momento de radicar

y otorgar las medidas cautelares; en ese sentido se dijo que las medidas del 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo, tiene como único fin garantizar el objeto del proceso, garantizar los efectos de una sentencia y más aún evitar los daños y perjuicios, sin embargo, enfatizó que para que tales presupuestos de protección se efectivicen, debe existir al menos un principio de demostración de los daños y perjuicios ocasionados, y que no basta con la sola indicación de que se desea la protección cautelar, sino que debe demostrarse apriorísticamente la potencialidad de la necesidad de la misma, cuando alguno de los tres presupuestos materiales enunciados, tengan peligro de no existir, si no se toma la medida solicitada. [...] Sobre la suspensión de los efectos de un acto administrativo: La suspensión de un acto administrativo como el que se sugiere, se da como una medida de carácter excepcional dentro del ordenamiento sustancial administrativo, esto, en razón de su característica contradictoria al curso normal de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto mismo cuestionado. De tal manera, que los daños y perjuicios derivados por la no suspensión, deban resultar de grado intenso, grosero y graves, que por su propia naturaleza, no sean directa o mediatamente reparables en el patrimonio del administrado y además, deben derivar necesariamente de la situación aludida. [...]

A mayor abundamiento pueden consultarse las sentencias del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo: N°58-F-TC-2008, N° 102-F-TC-2008°, N° 116-F-TC-2008, N° 129-F-TC-2008 y N° 146-F-TC-2008.

Del análisis de los autos no se desprende referencia, ni se aporta prueba idónea alguna por parte de la recurrente, que haga presumir la confluencia de los presupuestos legales para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos solicitados y que son: a) apariencia de buen derecho, b) el peligro en la demora, y c) la ponderación de los daños y perjuicios graves o de imposible reparación que se le ocasionarían con la ejecución de la resolución recurrida. De las normas supra referidas, se puede inferir que la interposición de los recursos administrativos no tiene efecto suspensivo alguno de la ejecución de los actos administrativos.

En consecuencia, este órgano asesor considera que la gestión de suspensión interpuesta, resulta inadmisibles, por la falta de demostración de los daños y perjuicios ocasionados, ya que no basta con la sola indicación, por parte de la recurrente, de que desea la protección cautelar por el supuesto desequilibrio financiero que sufriría por la ejecución de la resolución recurrida, lo que produce irremediablemente que la medida cautelar deba ser rechazada en los términos solicitados.

V. CONCLUSIONES

Sobre la base de lo arriba expuesto, se concluye que:

1. *Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación y la gestión de suspensión del acto, interpuestos por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014 resultan admisibles, puesto que fueron presentados en tiempo y forma.*
2. *Desde el punto de vista formal, la gestión de nulidad interpuesta por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014 resulta inadmisibile, puesto que fue presentada fuera del plazo legal establecido.*
3. *La Intendencia de Transporte, mediante el oficio 90-IT-2014, emitió el informe técnico que sirvió de base a la resolución recurrida, ello de conformidad con los artículos 4, 5, 6 incisos a), d) y f), 25 y 53 de la Ley 7593,17 inciso 8) y el 20 del Reglamento Interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, 59 inciso 1) de la LGAP y 57 de la Ley N° 7969.*
4. *La recurrente no aportó las justificaciones ni el respaldo documental, que demostraran que la Intendencia de Transporte se apartara de las reglas de la ciencia y la técnica, al dictar la resolución recurrida, de conformidad con lo establecido en los artículos 293 inciso 2 de la LGAP y 317 del Código Procesal Civil.*
5. *El promedio ponderado corresponde a una medida de tendencia central, que es apropiada cuando en un conjunto de datos, cada uno tiene una importancia relativa (o peso) respecto de los demás datos. El uso de esta técnica estadística, permite asegurar una representatividad, sobre aquellas marcas comerciales de autobús que se utilizan con mayor frecuencia, al momento de determinar el valor de las unidades automotores, que fueron objeto de estudio.*
6. *La Intendencia de Transporte, estimó el valor del autobús en la categoría de interurbano medio, utilizando la información oficial establecida por el Consejo de Transporte Público y los datos suministrados por la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda.*
7. *De los artículos 4, 5 y 6 incisos a), d) y f) de la Ley 7593 y artículo 59 inciso 1) de la LGAP se desprende que la Aresop tiene la competencia exclusiva y excluyente de regular los servicios públicos que hayan sido declarados como tales, por el legislador. Dicha competencia, abarca -entre otras cosas- el establecimiento de las metodologías tarifarias, la fijación de tarifas, la determinación de normas técnicas, las potestades sancionatorias y la resolución de quejas, denuncias y controversias.*
8. *La Intendencia de Transporte recomendó a la Junta Directiva, instruir al Centro de Desarrollo de la Regulación para que propusiera un procedimiento que permitiera clasificar los nuevos tipos de autobús o ajustar los tipos vigentes. Lo anterior, no es vinculante para la Junta Directiva al tenor de lo dispuesto por el artículo 303 de la LGAP. Este acto se fundamentó en los artículos 17 inciso 8) y el 20 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado.*
9. *La ejecutoriedad de los actos administrativos válidos y eficaces es una potestad de la Administración Pública, aún en contra de la voluntad o resistencia del administrado.*

10. *La interposición de los recursos no tiene efecto suspensivo alguno de la ejecución de los actos administrativos, de conformidad con el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública.*
11. *Uno de los presupuestos, según la Ley General de la Administración Pública, para suspender la ejecución de un acto administrativo válido y eficaz, es que este pueda causar perjuicios graves o de imposible reparación.*
12. *La procedencia e implementación de una medida cautelar estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo.*
13. *La gestión de suspensión de los efectos del acto administrativo interpuesta, resulta inadmisibile, por la falta de demostración de la confluencia de los presupuestos legales (la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación) para el otorgamiento de la medida cautelar, ya que no basta con la sola indicación de que desea la protección cautelar sino que debe demostrarse previamente la potencialidad de la necesidad de la misma.*

[...] ”

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar sin lugar, el recurso de apelación y la gestión de suspensión de los efectos del acto administrativo, interpuestos por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014. **2.-** Rechazar por inadmisibile, la gestión de nulidad interpuesta por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014. **3.-** Agotar la vía administrativa. **4.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **5.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión 59-2015, del 26 de noviembre de 2015, cuya acta fue ratificada el 3 de diciembre de 2015; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 1128-DGAJR-2015, 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. Declarar sin lugar, el recurso de apelación y la gestión de suspensión de los efectos del acto administrativo, interpuestos por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014.
- II. Rechazar por inadmisibile, la gestión de nulidad interpuesta por la Compañía Transportista del Suroeste S.A., contra la resolución 008-RIT-2014.

- III. Agotar la vía administrativa.
- IV. Notificar a las partes, la presente resolución.
- V. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

A partir de este momento, se retiran los señores (as), Stephanie Castro Benavides, Oscar Roig Bustamante y Henry Payne Castro.

ARTÍCULO 10. Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RCS-082-2015. Expediente: GCO-NRE-REL-01075-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 1140-DGAJR-2015 del 18 de noviembre de 2015, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación y gestión de nulidad interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RCS-082-2015.

El señor *Edwin Espinoza Mekbel* y la señora *Roxana Herrera Rodríguez* explican los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 1140-DGAJR-2015, el señor *Dennis Meléndez Howell* lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 10-59-2015

1. Rechazar de plano por inadmisibles, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RCS-082-2015, dictada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en razón de que la Junta Directiva de la Aresep no es competente para resolver dichas gestiones.
2. Agotar la vía administrativa.
3. Notificar a las partes, la presente resolución.
4. Comunicar la presente resolución, al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.
5. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 13 de mayo de 2015, mediante la resolución RCS-082-2015, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Consejo de la Sutel) dictó la Metodología para el Análisis del Grado de Competencia Efectiva en los Mercados de Telecomunicaciones, publicada el 1 de junio de 2015, en el Alcance Digital N° 39 a La Gaceta N° 104. (Folios 61 a 88 y 109 a 134).
- II. Que el 04 de junio de 2015, mediante el oficio 6000-0681-2015, el Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante ICE), presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de nulidad, contra la resolución RCS-082-2015. (Folios 91 a 108).
- III. Que el 29 de julio de 2015, mediante la resolución RCS-129-2015, el Consejo de la Sutel entre otras cosas, resolvió: [...] *1. Declarar sin lugar en todos sus extremos el recurso de revocatoria presentado por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD contra la resolución N° RCS-082-2015 de las 12:50 horas del 13 de mayo del 2015.* [...] (Folios 163 a 186).
- IV. Que el 11 de agosto de 2015, mediante el oficio 6000-1012-2015, el ICE respondió al emplazamiento dentro del plazo conferido. (Folios 187 a 188).
- V. Que el 12 de agosto de 2015, mediante el oficio 05595-SUTEL-CSS-2015, la Secretaría del Consejo de la Sutel emitió el informe correspondiente al artículo 349 de la LGAP, respecto al recurso de apelación en subsidio interpuesto por el ICE, contra la resolución RCS-082-2015. (No consta en autos al momento de realizar este criterio).
- VI. El 13 de agosto de 2015, mediante el memorando 635-SJD-2015, la Secretaría de Junta Directiva, remitió el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el ICE contra la resolución RCS-082-2015 y la respuesta al emplazamiento conferido, para análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. (Folio 189)
- VII. Que el 18 de noviembre de 2015, mediante el oficio 1140-DGAJR-2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió el criterio sobre el recurso de apelación en subsidio y la gestión de nulidad contra la resolución RCS-082-2015, interpuesto por el ICE. (Correrá agregado a los autos).
- VIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 1140-DGAJR-2015 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ARESEP PARA CONOCER EL RECURSO DE APELACIÓN Y LA GESTIÓN DE NULIDAD INTERPUESTOS POR EL ICE

En cuanto a la competencia de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, para conocer asuntos relacionados con la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), la Procuraduría General de la República en su dictamen C-021-2013 del 20 de febrero de 2013, indicó:

[...]

El legislador ha creado la Superintendencia de Telecomunicaciones como un órgano desconcentrado en grado máximo de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP). La Superintendencia de Telecomunicaciones, tal y como se encuentra concebida actualmente en los artículos 59 de la Ley N° 7593 del 9 de agosto de 1996 y 6 inciso 27 de la ley N°8642 del 4 de junio del 2008, es el órgano de desconcentración máxima de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. Disponen ambos numerales:

“Artículo 59.-

Superintendencia de Telecomunicaciones

Corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones; para ello, se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

La Sutel es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; tendrá personalidad jurídica instrumental propia, para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

La Sutel será independiente de todo operador de redes y proveedor de servicios de telecomunicaciones y estará sujeta al Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y a las políticas sectoriales correspondientes”.

“ARTÍCULO 6.-

Definiciones. Para los efectos de esta Ley se define lo siguiente:

(...)

27) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel): órgano de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.”

Dada esa desconcentración máxima, resulta aplicable el principio de que la desconcentración debe ser interpretada en forma extensiva en su favor, según lo dispone el artículo 83.5 de la Ley General de la Administración Pública:

“Las normas que crean la desconcentración mínima serán de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado y las que crean la desconcentración máxima serán de aplicación extendida en su favor”.

Por consiguiente, en el ámbito de la regulación de las telecomunicaciones, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos solo interviene cuando expresamente la Ley lo establece: su competencia es de excepción como se señaló en el dictamen C-126-2010 del 17 de junio del 2010:

“Es claro que el ámbito de la desconcentración que disfruta la SUTEL cubre sus competencias en materia de telecomunicaciones. En ese ámbito, la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos tiene una competencia de excepción, de modo que solo participa en la regulación de las telecomunicaciones en los casos que excepcionalmente su Ley Orgánica y la Ley General de Telecomunicaciones señala. Están comprendidos dentro de estos supuestos lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley General de Telecomunicaciones en materia reglamentaria, norma a la cual nos referimos en el dictamen N° C-015-2010 de 19 de enero de 2010. Cabe agregar como competencia de la Junta Directiva, la resolución de los recursos contra la fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones realizada por la SUTEL, artículo 53, inciso o de la Ley 7593, la emisión de criterio respecto de la propuesta de normas técnicas que hace SUTEL al Poder Ejecutivo, artículo 73, inciso r de la citada Ley 7593.

Más allá de las competencias específicas reconocidas por la Ley a la Autoridad Reguladora, los órganos de este ente distintos de la SUTEL se ven imposibilitados de tomar decisiones respecto de la regulación de las telecomunicaciones. Por lo que fuera de esas excepciones, es la Superintendencia el órgano de la ARESEP competente en materia de regulación de las telecomunicaciones, competencia que comprende la aplicación del ordenamiento correspondiente y el ejercicio de la supervisión y vigilancia en el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas que lo integran y en su caso, la potestad sancionatoria sobre los agentes del mercado de telecomunicaciones, así como la imposición de obligaciones a los operadores de redes y proveedores de servicios y la protección de los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones. Competencias que SUTEL debe ejercer dentro del marco jurídico y de los planes y políticas que regulan y orientan el sector.”

(...)

Se argumenta la competencia de la ARESEP para conocer de los recursos que esos interesados puedan interponer contra la propuesta de la SUTEL. Competencia que se hace derivar del artículo 53 de la Ley 7593.

Dicho numeral reconoce un poder de revisión jerárquica a la ARESEP en determinadas decisiones de la SUTEL, decisiones que tienen una incidencia económica fuerte, como es

el caso de las tarifas, de los cánones que le corresponde aprobar. Dispone en lo que interesa el citado numeral:

“Artículo 53.-

Deberes y atribuciones

Son deberes y atribuciones de la Junta Directiva:

(...).

o) Resolver los recursos que se presenten contra las resoluciones que dicte la Sutel en materia de fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones”.

La competencia de la Junta Directiva tiene como objeto que la Autoridad Reguladora pueda conocer, a solicitud de los interesados, de lo resuelto por la SUTEL, de manera tal que exista un contralor sobre la resolución que la Superintendencia emita. Ergo, el recurso jerárquico permite a los interesados cuestionar lo resuelto, de manera que este eventualmente no cobre eficacia y por el contrario, pueda ser modificado o anulado. Nótese que el artículo se refiere a “resoluciones” de la SUTEL, lo que implica que no todo acto de este órgano puede ser recurrido ante el Ente Regulador. El término resolución hace referencia a un acto que expresa una decisión de la Administración, es una declaración de voluntad que decide una cuestión de fondo, resuelve sobre la admisibilidad de una petición o en su caso, pone fin a un procedimiento administrativo (lo resaltado es nuestro).

(...)

CONCLUSIÓN

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

(...)

13. El recurso jerárquico dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Público en contra de las resoluciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones permite a los interesados cuestionar las resoluciones que haya emitido SUTEL, a efecto de que no cobren eficacia y por el contrario, puedan ser modificadas o anuladas. . (sic). El término resolución hace referencia a un acto que expresa una decisión, sea porque decide sobre una cuestión de fondo, de admisibilidad o ponga fin al procedimiento administrativo.

[...]

Del dictamen citado, se logra extraer que las competencias de la Junta Directiva de Aresep relacionadas con los servicios de telecomunicaciones, tienen carácter excepcional y aplican sólo para resolver los recursos de apelación y gestiones de nulidad presentados contra las

resoluciones que dicta la Sutel en materia de fijación de tarifas de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, tasas, cánones y contribuciones, al tenor de lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 8642, en relación con el artículo 53 inciso o) de la Ley 7593.

En el caso que nos ocupa, la resolución impugnada RCS-082-2015 dictada por el Consejo de la Sutel, no refiere a asuntos de fijación de tarifas de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, tasas, cánones o contribuciones, sino que es un [...] documento metodológico que contenga los criterios, variables, indicadores, factores e índices que tomará en cuenta la SUTEL para la implementación futura de sus procesos de revisión del grado de competencia efectiva de los diferentes mercados de telecomunicaciones [...] (folio 64). Por lo que al tenor de lo establecido en la Ley 7593 y lo indicado por la Procuraduría General de la República, en el dictamen supra citado, la resolución por el fondo del recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por el ICE contra dicho acto, se encuentran excluidos de las competencias de la Junta Directiva de la Aresep.

Así las cosas, se concluye que la Junta Directiva de la Aresep, no es competente para conocer el recurso de apelación y la gestión de nulidad presentados por el ICE, contra la resolución RCS-082-2015, del 13 de mayo de 2015.

III. CONCLUSIONES

Sobre la base de lo arriba expuesto, se concluye que:

- 1. Las competencias de la Junta Directiva para conocer recursos de apelación y las gestiones de nulidad contra los actos emitidos por la Sutel, tienen carácter excepcional y aplicarán sólo para resolver los recursos y gestiones presentadas contra aquellas resoluciones que dicta la Sutel en materia de fijación de tarifas de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, tasas, cánones y contribuciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 53, inciso o) de la Ley 7593.*
- 2. La Junta Directiva de la Aresep, no es competente para conocer el recurso de apelación y la gestión de nulidad, presentados por el ICE contra la resolución RCS-082-2015 del 13 de mayo de 2015, por tratarse de un documento metodológico que contiene los criterios, variables, indicadores, factores e índices que tomará en cuenta la Sutel para la implementación futura de sus procesos de revisión del grado de competencia efectiva de los diferentes mercados de telecomunicaciones.*

[...]”

- II.** Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar de plano por inadmisibles, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RCS-082-2015, dictada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en razón de que la Junta Directiva de la Aresep no es competente para resolver dichas gestiones, **2.-** Agotar la vía administrativa, **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **4.-** Comunicar la presente resolución, al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, para lo que corresponda, tal y como se dispone.

- III. Que en la sesión 59-2015, del 26 de noviembre de 2015, cuya acta fue ratificada el 3 de diciembre de 2015; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 1140-DGAJR-2015, 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 de plano por inadmisibles, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RCS-082-2015, dictada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en razón de que la Junta Directiva de la Aresep no es competente para resolver dichas gestiones.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Comunicar la presente resolución, al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

A las dieciséis horas con cincuenta y ocho minutos, se retiran del salón de sesiones, los señores (a) Edwin Espinoza Mekbel, Roxana Herrera Rodríguez y Daniel Fernández Sánchez.

ARTÍCULO 11. Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por Transportes DELDÚ S.A., contra la resolución RJD-059-2014. Expediente OT-341-2008.

A partir de este momento, se retira de la sesión el señor Dennis Meléndez Howell, dado que emitió criterio en primera instancia en este y los siguientes artículos.

En ausencia del Regulador General Dennis Meléndez Howell, comparece en este acto la señora Grettel López Castro, en su condición de Reguladora General Adjunta, según el acuerdo que consta en el artículo segundo del acta de la sesión ordinaria número ciento sesenta y uno, celebrada por el Consejo de Gobierno el 20 de agosto del dos mil trece, publicado en La Gaceta 211 del 1 de noviembre del 2013, nombramiento que quedó ratificado por la Asamblea Legislativa en la sesión ordinaria número 69, celebrada el 19 de setiembre de 2013, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47 de la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, nombramiento que a la fecha se encuentra vigente.

De conformidad con el artículo 57 inciso a) sub inciso 6) e inciso b) sub inciso 3) de la misma ley, la señora Grettel López Castro, Reguladora General Adjunta, sustituye al señor Dennis Meléndez Howell,

Regulador General, durante sus ausencias temporales, por lo que en este y siguientes artículos, asume la presidencia de la Junta Directiva.

La Junta Directiva conoce el oficio 1118-DGAJR-2015 del 12 de noviembre de 2015, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por Transportes DELDÚ S.A., contra la resolución RJD-059-2014.

La señora **Melissa Gutiérrez López** explican los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 1118-DGAJR-2015, la señora **Grettel López Castro** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

ACUERDO 11-59-2015

1. Declarar sin lugar, el recurso de reposición interpuesto por Transportes Deldú S.A., contra la resolución RJD-059-2014.
2. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por Transportes Deldú S.A., contra la resolución RJD-059-2014 y la ampliación de la nulidad que consta a folios 463 al 464.
3. Rechazar por extemporáneas, las excepciones de prescripción y caducidad interpuestas por Transportes Deldú S.A.
4. Agotar la vía administrativa.
5. Notificar a las partes la resolución que ha de dictarse.
6. Comunicar al Consejo de Transporte Público del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, la resolución respectiva, para lo que corresponda.
7. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO

- I. Que el 28 de abril de 2008, el señor Erick Cordero Salazar, interpuso denuncia ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), contra Transportes Deldú S.A., por presuntos cobros de tarifas distintas a la autorizada. (Folios 11 al 13)
- II. Que el 20 de octubre de 2008, mediante el oficio 2695-DPU-2008, la entonces Dirección de Protección al Usuario, remite un informe a la Directora de dicha área sobre una investigación realizada, sobre lo denunciado por el señor Cordero Salazar. (Folios 2 a 10)
- III. Que el 24 de setiembre de 2009, mediante la resolución RRG-10132-2009, se dio inicio al procedimiento y se nombró órgano director. (Folios 117 al 121)

- IV. Que el 30 de setiembre de 2009, mediante la resolución ROD-164-2009, el órgano director realizó la intimación de los cargos, los apercibimientos de ley y citó para la comparecencia oral y privada, la cual se realizó el 26 de octubre de 2009. (Folios 140 al 149 y 152 al 154)
- V. Que el 14 de enero de 2010, mediante la resolución RRG-030-2010, el Regulador General anuló lo actuado en autos y ordenó retrotraer las actuaciones al momento en que debió conocerse del inicio del procedimiento. (Folios 347 al 358)
- VI. Que el 14 de enero de 2010, mediante la resolución RRG-033-2010, el Regulador General dio inicio al procedimiento administrativo contra la empresa Transportes Deldú S.A. y nombró órgano director del procedimiento a los funcionarios Eric Chaves Gómez y Shirley Alfaro Alfaro. El objeto del procedimiento, era determinar si se realizaron cobros de tarifas distintas a las autorizadas por la Autoridad Reguladora y si ello podría considerarse reiteración de la conducta que constituía causal para la revocatoria de la concesión o permiso. (Folios 361 al 365)
- VII. Que el 25 de enero de 2010, por medio de la resolución ROD-12-2010, el órgano director del procedimiento realizó la formulación de cargos y convocó a comparecencia oral y privada. (Folios 366 al 375)
- VIII. Que el 23 de febrero de 2010, se realizó la comparecencia de ley. (Folios 380 al 386)
- IX. Que el 15 de abril de 2010, mediante el acuerdo de la Junta Directiva número 003-15-2010 de la sesión número 015-2010, publicado en La Gaceta número 84 del 3 de mayo de 2010, modificado mediante el acuerdo número 026-019-2010 de la sesión número 019-2010 del 7 de mayo de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 109 del 7 de junio de 2010, se creó un Comité de Regulación, al cual se le asignó, entre otras, la potestad de fijación de tarifas y la potestad sancionatoria. Dicho Comité, en lo que interesa, sería asesorado por las Direcciones Técnicas para la emisión de las resoluciones finales que correspondiesen.
- X. Que el 21 de enero de 2011, mediante el oficio ROD-10-2011, el órgano director rindió el informe de instrucción a la Dirección de Servicios de Transportes. (Folios 389 y 390)
- XI. Que el 17 de febrero de 2011, mediante el oficio 103-DGAJR-2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remitió el expediente OT-341-2008, para el dictado de la resolución final a la entonces Dirección de Servicios de Transportes. (Folios 387 al 388)
- XII. Que el 29 de julio de 2011, mediante el oficio 390-RG-2011, el Regulador General consultó a la Procuraduría General de la República en relación con los alcances de la potestad de auto organización de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. En lo que interesa se consultó si era jurídicamente posible que vía reglamento interno la Junta Directiva de la Aresep, crease órganos distintos a los señalados en el artículo 45 de la Ley 7593 y les asignase, las competencias que otorga la Ley, entre ellas la decisión de los procedimientos sancionatorios.
- XIII. Que el 12 de agosto de 2011, la Asociación de Consumidores de Costa Rica, interpuso ante la Sala Constitucional, una acción de inconstitucionalidad contra los acuerdos de la Junta Directiva

de la Autoridad Reguladora número 003-15-2010 y otros. En lo que interesa, el objetivo de dicha acción era que se declarase inconstitucional las disposiciones internas que crearon el Comité de Regulación como órgano decisor para los procedimientos sancionatorios.

- XIV.** Que el 8 de setiembre de 2011, mediante el dictamen C-217-2011, la Procuraduría General de la República dio respuesta a lo consultado por el Regulador General. El cual en lo que interesa, concluyó que corresponde a la Junta Directiva, determinar la organización interna más conveniente para la Autoridad Reguladora. Sin embargo, la potestad de revocar concesiones, corresponde a la Junta Directiva.
- XV.** Que el 30 de noviembre de 2011, mediante la resolución N° 2011-016591, la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Consumidores de Costa Rica, la cual, en lo que interesa indicó: *“(...) f) La función asignada al Comité de Regulación en el punto c del artículo 65 del Reglamento Autónomo de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus Órganos Desconcentrados y Acuerdos Conexos, no resulta inconstitucional en tanto se interprete que no puede dictar resolución final en los procedimientos establecidos por los artículos 38 y 41 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por ser ello competencia del Regulador General o la Junta Directiva de la ARESEP, según sea el caso.”*
- XVI.** Que el 31 de octubre de 2013, mediante el oficio 857-RG-2013, el Regulador General designó a los funcionarios de la Comisión de Procedimientos Administrativos en Trámite y les delegó la recomendación de la valoración final, de los procedimientos administrativos que habían sido instruidos.
- XVII.** Que el 28 de febrero de 2014, mediante el oficio 169-RG-2014, el Regulador General prorrogó el nombramiento de los funcionarios que conformaban la Comisión de Procedimientos Administrativos en Trámite.
- XVIII.** Que el 10 de marzo de 2014, mediante el oficio 102-CPAT-2014, la Comisión de Procedimientos Administrativos en Trámite, rindió recomendación de valoración final. (Folios 391 y 399)
- XIX.** Que el 26 de junio de 2014, por medio de la resolución RJD-059-2014, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, resolvió con fundamento en lo recomendado en el oficio 102-CPAT-2014: *“I.- Revocar la concesión otorgada a Transportes Deldú S.A., por la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, mediante artículo 6.8 de la Sesión Ordinaria 71-2007 en la ruta 505 descrita como San José- Peñas Blancas y viceversa, por haber realizado en forma reiterada el cobro de tarifas no autorizadas en los trayectos Peñas Blancas- Liberia y La Cruz- Liberia. II.- Establecer que esta revocatoria será efectiva tres meses después de la notificación de la presente resolución, con el fin que el Consejo de Transporte Público proceda como corresponda. III.- Comunicar al Consejo de Transporte Público del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, la resolución respectiva, para lo que corresponda.”* (Folios 402 al 415)

- XX.** Que el 10 de julio de 2014, la empresa Transportes Deldú S.A., interpuso recurso de reposición y nulidad concomitante, así como las excepciones de prescripción de la potestad sancionadora y caducidad, contra la resolución RJD-059-2014. (Folios 416 al 456)
- XXI.** Que el 11 de julio de 2014, por medio del oficio 421-SJD-2014, la Secretaría de Junta Directiva trasladó para su análisis el recurso de reposición y nulidad concomitante interpuesto, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. (Folio 466)
- XXII.** Que el 11 de julio de 2014, la empresa Transportes Deldú S.A., solicitó la suspensión de la ejecución de la resolución RJD-059-2014. (Folios 457 al 462)
- XXIII.** Que el 11 de julio de 2014, la investigada realizó ampliación del alegato de nulidad absoluta de las resoluciones RJD-059-2014, RRG-030-2012 y RRG-033-2012. (Folios 463 al 464)
- XXIV.** Que el 11 de julio de 2014, la investigada realizó ampliación de las pretensiones formuladas en el recurso de reposición interpuesto contra la resolución RJD-059-2014. (Folio 465)
- XXV.** Que el 14 de julio de 2014, por medio del oficio 427-SJD-2014, la Secretaría de Junta Directiva, trasladó para su análisis el recurso de reposición y nulidad concomitante interpuesto por Transportes Deldú S.A., a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. (Folio 467)
- XXVI.** Que el 14 de julio de 2014, mediante el oficio 428-SJD-2014, la Secretaría de Junta Directiva, trasladó para su análisis la ampliación de las pretensiones formuladas en el recurso de reposición interpuesto por Transportes Deldú S.A., a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. (Folio 468)
- XXVII.** Que el 14 de julio de 2014, por medio del oficio 429-SJD-2014, la Secretaria de Junta Directiva, trasladó para su análisis la solicitud de suspensión planteada por la investigada, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. (Folio 469)
- XXVIII.** Que el 1 de agosto de 2014, mediante el oficio 554-RG-2014, el Regulador General realizó consulta a la Procuraduría General de la República en relación con las disposiciones sancionatorias contenidas en el artículo 41 inciso a) de la Ley 7593. (Folios 526 al 527)
- XXIX.** Que el 21 de agosto de 2014, mediante la resolución RJD-083-2014, la Junta Directiva, entre otras cosas, resolvió: “*III. Suspender de oficio la ejecución de la resolución RJD-059-2014 del 26 de junio de 2014 y la resolución del recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por Transportes Deldú S.A., contra la resolución indicada a la espera de contar con el criterio de la Procuraduría General de la República en respuesta a lo consultado por medio del oficio 554-RG-2014 (...)*”. (Folios 480 al 492)
- XXX.** Que el 27 de agosto de 2014, se notificó una resolución de la Sala Constitucional mediante la cual se daba curso a una acción de inconstitucionalidad interpuesta por Transportes Deldú S.A. contra el artículo 41, inciso a) de la Ley 7593. En dicha resolución, se ordenaba suspender el dictado de la resolución final en los procedimientos tendentes a agotar la vía administrativa.

- XXXI.** Que el 1 de octubre de 2014, mediante el oficio C-315-2014, la Procuraduría General de la República, respondió a la consulta realizada por el Regulador General mediante el oficio 554-RG-2014. (Folios 549 al 559)
- XXXII.** Que el 23 de octubre de 2014, mediante la resolución RJD-131-2014, la Junta Directiva, entre otras cosas, resolvió: “*I. Suspender el conocimiento del recurso de reposición y la gestión de nulidad planteados por la empresa Transportes Deldú S.A., contra la resolución RJD-059-2014 a la espera de conocer la resolución final de la Sala Constitucional en relación con la acción de inconstitucionalidad tramitada en el expediente judicial N° 14-011260-0007-CO (...)*”. (Folios 561 al 569)
- XXXIII.** Que el 6 de setiembre de 2015, se notificó la resolución N° 2015-001781 del 6 de febrero de 2015, mediante la cual se resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Transportes Deldú S.A. (Folios 584 al 613)
- XXXIV.** Que el 12 de noviembre de 2015, mediante el oficio 1118-DGAJR-2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio respecto al recurso de apelación interpuesto. (Correrá agregado a los autos)
- XXXV.** Que en sesión ordinaria 59-2015 del 26 de noviembre de 2015, ratificada el 3 de diciembre de 2015, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

CONSIDERANDO

- I.** Que este asunto fue analizado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el respectivo criterio jurídico, que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

“(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-059-2014, es el ordinario de reposición, al cual le resulta aplicable, lo dispuesto en los artículos del 342 al 352 de la Ley 6227.

En cuanto a la gestión de nulidad, contra la resolución RJD-059-2014, le resulta aplicable lo establecido en los artículos 158 al 179 de la Ley 6227.

b) Temporalidad

La resolución recurrida fue notificada a la recurrente el 7 de julio de 2014 (folio 412) y la impugnación fue planteada el 10 de julio de 2014 (folio 416).

Conforme al artículo 346 inciso 1 de la Ley 6227, el recurso de reposición debe interponerse en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 10 de julio de 2014. Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado por Ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo.

En cuanto a la gestión de nulidad, contra la resolución RJD-059-2014, planteada por la recurrente, como se indicó, dicha resolución fue notificada el 7 de julio de 2014 y las gestiones fueron interpuestas el 10 de julio de 2014. Conforme con el artículo 175 de la Ley 6227, las citadas gestiones se deben interponer dentro del plazo de un año contado a partir de su notificación, plazo que vencía el 10 de julio de 2015. Por ello, se concluye que fue interpuesta en tiempo.

c) Legitimación

Cabe indicar que la empresa Transportes Deldú S.A. se encuentra legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho-, de conformidad con lo establecido en el artículo 275 de la Ley 6227, por cuanto es la parte investigada en este procedimiento.

d) Representación

El señor Eladio Janiff Ramírez Sandí, actúa en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa Transportes Deldú S.A., según se desprende de las certificaciones de personería visibles a folios 138 y 384 del expediente, por lo cual, se encuentra facultado para actuar en representación de la recurrente.

III. ARGUMENTOS

Los argumentos de la recurrente, pueden resumirse como sigue:

1. *Duración del Procedimiento: interpone las excepciones de prescripción y caducidad.*
2. *Que el artículo 41 inciso a) de la Ley 7593, es inconstitucional.*
3. *Invasión de competencias del Mopt.*
4. *Ausencia de daños al usuario y a terceros.*
5. *Que existieron irregularidades procedimentales y violación al debido proceso.*
6. *Improcedencia de la declaratoria de reincidencia, por hechos ocurridos en periodos contractuales diferentes.*
7. *Ausencia de la etapa de conciliación.*
8. *Reforma legal de la Ley 7593 por la Ley N° 8660, del 8 de agosto de 2008, modificó la redacción del artículo 38 inciso a), de la Ley 7593 por lo cual no aplica la reincidencia.*

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

De seguido se analizan los argumentos de la recurrente, en el mismo orden que fueron planteados:

1. *Duración del Procedimiento: interpone las excepciones de prescripción y caducidad.*

Indica la recurrente que el procedimiento administrativo, inició por una denuncia el 28 de abril de 2008 y que transcurrieron más de seis años para que se emitiera la resolución final (RJD-059-2014), dicha paralización es atribuible exclusivamente a Aresep y que si en el presente caso, el órgano director había rendido informe de instrucción el 21 de enero de 2011, llama la atención que el caso quedó inactivo hasta el 10 de marzo de 2014, fecha en la cual, la Comisión de Procedimientos Administrativos en Trámite realizó la recomendación final del procedimiento.

Respecto a la prescripción, debe indicarse que la misma es vista como una excepción dentro del procedimiento. En la Ley 6227, no se establece norma expresa, sobre el momento de interponer la supra citada excepción en el procedimiento sancionatorio administrativo, por lo que en aplicación del principio de auto integración del derecho administrativo -artículo 229 de la Ley 6227-, se debe aplicar supletoriamente, el artículo 67 del Código Procesal Contencioso Administrativo (Ley 8508), el cual establece:

Artículo 67. Excepciones oponibles luego de la contestación de la demanda, cosa juzgada, transacción, prescripción:

No obstante lo señalado en el artículo anterior, las excepciones de cosa juzgada, transacción, prescripción y caducidad podrán oponerse hasta antes de concluido el juicio oral y público.

Al respecto, el Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en su sentencia 00048, del 4 de setiembre de 2012, indicó:

“(...) Desde esta óptica, se dejó claro en ese fallo, que el momento procesal oportuno para alegar la prescripción había precluido, por no haberse planteado correctamente durante el juicio. (...)”

A la luz del artículo 67 supra transcrito, el momento procesal oportuno para interponer la excepción de prescripción, en el proceso judicial, sería antes de que se concluya el juicio oral y público, y por analogía en el procedimiento administrativo, sería antes de concluir el mismo mediante resolución final. En ese sentido, es improcedente que en la fase recursiva contra la resolución final, se interponga la excepción de prescripción.

Lo anterior, tiene sentido, por cuanto es conocido que la prescripción es renunciable por aquel que tiene derecho a invocarla, por la cual, en caso que no haya sido interpuesta en tiempo, no procede invocarse de forma posterior.

Al respecto, se tiene que el dictamen C-205-2010 de la PGR, emitido 4 de octubre de 2010, que al respecto indicó:

“Según lo ha reiterado nuestra doctrina administrativa, constituye un principio común –a falta de regulación legal en contrario- que no cabe declarar la prescripción de oficio por parte de la Administración, pues en dicha materia tiene prevalencia el principio dispositivo, ya que la misma no opera por el mero transcurso del tiempo, siendo necesario para ello la invocación por parte del interesado. Y ello es consecuencia del derecho, de quien pueda hacerla valer, de renunciar expresa o tácitamente a la cumplida (arts. 850, 851 del Código Civil y 970 y 973 del Código de Comercio – arts. aplicables conforme la norma contenida en el ordinal 9.1 de la Ley General de la Administración Pública-). En consecuencia, si la parte legitimada para plantearla no lo hizo, el órgano judicial o administrativo no puede actuar "ex officio", pues la declaración de prescripción excede el postulado de congruencia.”

El procedimiento en análisis, transcurrió hasta la resolución final y es con ocasión del recurso de reposición contra ese acto final, que se invoca la prescripción, razón lo la cual la misma se presentó de forma extemporánea.

La prescripción es una excepción o defensa que de acogerse, constituye una forma anticipada de terminar el procedimiento (ver artículo 341 de la Ley 6227). La propia Ley 6227, la denomina como un mecanismo anormal y que como tal, debe decretarse para generar ese efecto de cierre, dentro del procedimiento administrativo. Es por ello, que en este asunto la prescripción resulta extemporánea, ello por cuanto se alega en un procedimiento que ya cuenta con resolución de fondo.

Respecto de la caducidad en el procedimiento administrativo, dispone, los numerales 339, 340 y 341 de la Ley 6227:

"Artículo 339.-

1. Tanto el desistimiento como la renuncia han de hacerse por escrito.

2. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, salvo que, habiéndose apersonado otros interesados, instaren éstos la continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados de una y otra.

*3. Si la cuestión suscitada por el expediente entrañare **un interés general**, o fuere conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración limitará los efectos del desistimiento o la renuncia a sus posibles consecuencias patrimoniales respecto del interesado, y seguirá el procedimiento en lo demás.*

Artículo 340.- 1) Cuando el procedimiento se paralice por más de seis meses en virtud de causa, imputable exclusivamente al interesado que lo haya promovido o a la Administración que lo haya iniciado, de oficio o por denuncia, se producirá la caducidad y se ordenará su archivo, a menos que se trate del caso previsto en el párrafo final del artículo 339 de este Código.

2) No procederá la caducidad del procedimiento iniciado a gestión de parte, cuando el interesado haya dejado de gestionar por haberse operado el silencio positivo o negativo, o cuando el expediente se encuentre listo para dictar el acto final.

3) La caducidad del procedimiento administrativo no extingue el derecho de las partes; pero los procedimientos se tienen por no seguidos, para los efectos de interrumpir la prescripción."

Artículo 341.-La caducidad del procedimiento no producirá por sí sola la caducidad o prescripción de las acciones del particular, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de tal caducidad o prescripción.

El Tribunal Contencioso Administrativo sección IV, en la sentencia No. 15-2013-VI, desarrolló esta figura e indicó, en lo que interesa, lo siguiente:

*"La caducidad deviene en un medio para evitar la prolongación excesiva de los procedimientos, en aras de la seguridad jurídica, así como en la necesidad de garantizar la continuidad y eficiencia de la actividad administrativa, sin embargo, **la misma resulta inviable cuando el asunto se encuentre listo para el dictado del acto final**. Para que opere, según lo establece la norma aludida, la caducidad requiere de los siguientes presupuestos: primero: que el asunto haya ingresado en un estado de abandono procesal, esto es, una inactividad; segundo, que dicho estancamiento sea producto de causas imputables al administrado, cuando haya iniciado a gestión de parte, o bien de la Administración, si fue instaurado de oficio; y tercero, que ese estado se haya mantenido por un espacio de más de seis meses, plazo que se constituye en límite temporal mínimo de inercia, ergo,*

debe computarse desde la última acción dentro del expediente y no desde la apertura del procedimiento. Ello supone que en los procedimientos sancionatorios o de posible afectación de derechos instruidos de oficio, la caducidad es factible cuando concurren los indicados elementos. Sobre esta figura, recientemente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo 34-F-S1-2011 señaló en lo medular sobre el instituto de comentario consideró:

"En primer término, se puede observar que la norma recién transcrita se encuentra redactada en forma imperativa, es decir, no regula una facultad; por el contrario, una vez cumplidos los presupuestos de hecho en ella contenidos, la consecuencia deviene en obligatoria para el órgano encargado de la tramitación. Esto implica que sus efectos se producen de pleno derecho, y por ende su reconocimiento tiene efectos meramente declarativos, no constitutivos. Vale aclarar que lo anterior no debe ser interpretado como una pérdida de competencia –la cual es, por definición, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible según el numeral 66 LGAP-, sino, únicamente, como la imposibilidad de continuar con la tramitación del procedimiento específico en el que se produjo la inercia."

*Sin embargo, en los efectos procedimentales de la caducidad **se requiere que se haya declarado dentro del procedimiento para ponerle fin**. Lo anterior presupone que la decisión administrativa dictada luego de una inercia de seis meses atribuible con exclusividad a la Administración, cuando no se haya declarado la caducidad, sea totalmente válida. De la doctrina del canon 59 en relación al 66, ambos de la Ley General de la Administración Pública, las competencias públicas se otorgan para ser ejercitadas. Solo en los supuestos en que el legislador de manera expresa disponga un feneamiento de esa competencia por factores temporales, el órgano público se encuentra imposibilitado de actuar. Por regla general, las competencias no se extinguen por el transcurso del plazo señalado para ejercerlas. La excepción a esta regla la contempla el mismo ordinal cuando indica que habrá una limitación de la competencia por razón del tiempo cuando expresamente el legislador disponga que su existencia o ejercicio esté sujeto condiciones o términos de extinción. En este sentido, el precepto 329 ibídem señala con toda contundencia que el acto dictado fuera de plazo es válido para todo efecto legal, salvo disposición expresa de ley, lo que aquí no ocurre."*

La caducidad es, una forma anticipada de terminar el procedimiento. La propia Ley 6227, la denomina como un mecanismo anormal y que como tal, debe decretarse para generar ese efecto de cierre, dentro del procedimiento administrativo. Razón por la cual la excepción de caducidad en el caso en concreto, resulta extemporánea.

Aunado al análisis anterior, se tiene que el mismo numeral 340 de la Ley 6227, establece los presupuestos necesarios para que opere la caducidad del procedimiento, -mismos que son de aplicación restrictiva-, los cuales son: que el procedimiento se haya paralizado por más de 6 meses en virtud de causa imputable exclusivamente al interesado que lo haya promovido o a la Administración que lo haya iniciado, de oficio o por denuncia.

En el párrafo final del inciso 1) del artículo 340, se establece la excepción a esa regla, que refiere a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 339 de la Ley 6227, el que indica que si existiere un interés general de por medio, o fuere conveniente sustanciarlo para su definición y esclarecimiento, no operaría la caducidad del procedimiento aunque hubiesen transcurrido los 6 meses de inactividad contados a partir del inicio del mismo.

En términos muy generales, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, es una institución autónoma creada por la Ley 7593, cuyo objetivo fundamental es regular los servicios públicos indicados en su artículo 5, armonizando los intereses de los prestadores y usuarios de dichos servicios. Una de las formas en que es ejercida esa regulación, es por medio de la potestad sancionadora que le confieren los artículos 38 y 41 de la Ley 7593, cuando un prestador del servicio incurre en determinadas conductas, entre las que se encuentra el cobro de tarifas o precios distintos a los fijados, autorizados o establecidos por la Autoridad Reguladora, así como el cobro de una tarifa no fijada previamente por el Ente Regulador.

Del análisis de estas circunstancias, se desprende que el bien jurídico tutelado por la Autoridad Reguladora reviste particular importancia, al tratarse de servicios públicos fundamentales como el agua, la energía, el transporte público, entre otros. Por su lado, se puede extraer con meridiana claridad que el espíritu del legislador en estos numerales fue desincentivar a los prestadores de los servicios públicos regulados, de incurrir en las conductas descritas en esas normas y así resguardar la efectiva y óptima prestación de esos servicios públicos.

Es por ello, que tratándose de los procedimientos administrativos sancionadores que tramita la Autoridad Reguladora, en atención a lo dispuesto en los artículos 340 inciso 1) y 339 párrafo final de la Ley 6227, aún en caso de haber transcurrido más de 6 meses de inactividad entre la interposición de la denuncias hasta la resolución final, no operaría la caducidad del procedimiento, en aplicación de la excepción a la regla de la caducidad, en virtud del interés público que reviste el objeto del procedimiento.

De conformidad con todo lo anterior, procede el rechazo de la excepción de caducidad del procedimiento.

Aunado a lo anterior debe indicarse que, si la recurrente consideró que durante el procedimiento se dio alguna causal de caducidad, no accionó los remedios procesales y legales a su disposición, a efecto de cesar dicha inactividad de la administración y obtener la declaratoria de la caducidad, durante la tramitación. Siendo que el acto final del procedimiento ya fue dictado, este no es el momento procesal oportuno para alegar dicha excepción, de conformidad con el artículo 340 inciso 2 de la Ley 6227, por lo que debe rechazarse.

2. Que el artículo 41 inciso a) de la Ley 7593, es inconstitucional.

Alega la recurrente que el artículo 41 inciso a) de la Ley 7593 es inconstitucional, en virtud de que el tipo sancionatorio es contrario al principio de legalidad criminal, principio de seguridad jurídica, principio de tipicidad penal y resulta desproporcionado.

Con respecto a la inconstitucionalidad del artículo 41 inciso a) de la Ley 7593, se tiene que la Junta Directiva carece de competencia para referirse al respecto, toda vez que de conformidad con el artículo 2 inciso b, de la Ley 7135, Ley de la Jurisdicción Constitucional, le corresponde exclusivamente a la jurisdicción constitucional el análisis de constitucionalidad de las normas jurídicas.

Así las cosas, siendo que escapa de las competencias de la Junta Directiva, se omite pronunciamiento sobre este punto.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que dicho análisis se realizó mediante el expediente 14-011260-0007-C, el cual culminó con el dictado de la resolución N.º 2015001781 de la Sala Constitucional, que en lo que interesa, indicó:

“Se declara sin lugar la acción planteada contra el artículo 41 inciso a, en relación con el artículo 38 inciso a) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos número 7593 y sus reformas siempre y cuando se interprete que el concepto de “reiteración” contenido en el artículo 41 inciso a) impugnado debe entenderse que se trata de la misma falta y que se demuestre en el procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad directa de la persona física o jurídica dueña de la concesión, en la comisión de la falta imputada (...)”

3. Invasión de competencias del MOPT.

Desarrolla la recurrente en su argumento, que en virtud de los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 8, 12 y 24 de la Ley Reguladora Transporte Remunerado de Personas Vehículos Automotores y el artículo 7 de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en modalidad de Taxi, resulta indiscutible que la Administración Pública competente para administrar las concesiones de transporte público modalidad autobús, es el Ministerio de Obras Públicas, por lo que existe una invasión de competencias del Mopt por parte de la Aresep.

En cuanto a este punto, debemos indicar que el ente competente para otorgar y administrar, entre otras cosas, las concesiones del transporte público modalidad autobús es el Mopt. Sin embargo, en virtud del artículo 5 inciso f) de la Ley 7593, en relación con el 38 inciso a) y 41 inciso a) de la misma Ley, este Ente Regulador está legalmente facultado para investigar y sancionar el presente caso por tratarse de un cobro de tarifas diferentes a las fijadas. Por lo que no lleva razón la recurrente, en este punto.

4. Ausencia de daños al usuario y a terceros.

Se refiere la recurrente a que no se ha acreditado en el expediente, ni se menciona en la resolución impugnada, que se le haya ocasionado un daño al denunciante, o un tercero.

Al respecto, debe indicarse que no lleva razón la recurrente en cuanto a este alegato, por cuanto se lograron demostrar en el procedimiento los daños causados, se obtuvo prueba suficiente para declarar, sin lugar a dudas, que la empresa cobró una tarifa diferente a la establecida por esta Autoridad.

La resolución recurrida, indicó:

“(...)”

HECHOS PROBADOS:

Para efectos de resolver el presente asunto, se tienen por demostrados los hechos siguientes:

- 1) (...).*
- 2) Transportes Deldú S. A., cobró una tarifa no autorizada en el trayecto Liberia-Peñas Blancas y viceversa (de la ruta 505) al señor Erick Cordero Salazar, el 25 de abril de 2008. Lo anterior quedó*

constatado por la aceptación de la investigada según nota emitida el 11 de junio de 2008 (Folios 11 al 12 y 43 al 44).

3) (...)

4) *Transportes Deldú S. A., cobró una tarifa no autorizada en el trayecto La Cruz-Liberia (de la Ruta 505). Lo anterior quedó constatado el 2 de setiembre de 2008 cuando el señor Carlos Mata Coto, funcionario en ese momento de la Autoridad Reguladora, al realizar una inspección de rutina abordó un autobús de la investigada para trasladarse de La Cruz a Liberia y le cobraron la suma de ¢800,00; dado que la investigada no cuenta con tarifa aprobada para dicho trayecto (Folio 83 y testimonial del señor Mata Coto).*

5) *Transportes Deldú S. A., ha cobrado tarifas no autorizadas por la Autoridad Reguladora en virtud de que mediante la RRG-2526-2002 y la RRG-4709-2005, ha sido sancionada por dicha causal de conformidad con lo establecido en el artículo 38 inciso a) en relación con el 41 inciso a), ambos de la Ley 7593 y sus reformas (folios 251 al 294)". (Folio 404)*

Así, el cobro de tarifas no autorizadas, se refiere al daño no referido a un usuario en particular, sino al servicio, es decir, a la colectividad, representada por el conjunto de usuarios que utilizan el servicio y que han sido perjudicados con la conducta antijurídica del prestador.

Aunado a lo anterior, en el criterio C-156-2003, de la Procuraduría General de la República, del 3 de junio de 2003, respecto al concepto de "daño causado" referido en el artículo 38 de la Ley 7593, se concluyó que:

"Cuando el legislador habla del daño causado no se refiere a un daño individualizable en un usuario en particular, sino al daño que se le causa a la colectividad, representada por un conjunto de usuarios que se ven perjudicados por el cobro de un precio distinto al fijado por la ARESEP."

De forma tal que el daño fue demostrado, al determinar el cobro de tarifas superiores a las establecidas mediante la resolución RRG-8148-2008 –vigente al momento de la comisión de los hechos–, por lo que no lleva razón la recurrente en este punto.

5. Que existieron irregularidades procedimentales y violación al debido proceso.

Indica la recurrente, que existen irregularidades procesales que implican una violación al debido proceso. Esto, por dos puntos esencialmente: a) La designación del Lic. Eric Chaves Gómez en el órgano director, por cuanto en él concurría un motivo de abstención y, b) La autoridad que designa el órgano director y le señala el objeto de la investigación, debe ser la misma autoridad que debe dictar el acto final, por lo que hay una nulidad absoluta en el sujeto.

Respecto al primer punto, debe indicarse que no es cierto, que en órgano director incurrieran motivos de abstención, por cuanto el informe que rindió el licenciado Chaves Gómez (folios 238 al 246), no se refirió sobre aspectos sustanciales de la queja interpuesta en contra de la recurrente. Al respecto, el informe refiere a cuestiones formales y de conocimiento previo, tales como la caducidad del proceso y el objeto del mismo, siendo que de forma incorrecta, se consignó en la resolución RRG-10132-2009, un

objeto distinto (servicio distinto al autorizado y fraccionamiento tarifario), al derivado de la denuncia interpuesta (cobro de tarifa no autorizada).

Bajo esta tesis, no resulta procedente considerar que el funcionario Chaves Gómez, haya incurrido en la causal de adelanto de criterio, ya que de la lectura del informe 033-DGJR-2010 (folios 238 al 246), no se desprende que se realizara alguna manifestación de fondo, relativa a establecer o no, la responsabilidad de la recurrente.

Además de lo antes indicado, la aquí recurrente, tuvo la oportunidad procesal de oponerse al nombramiento del señor Chaves Gómez (recusarlo) como integrante del órgano director, al considerar que no le garantizaría objetividad e imparcialidad en el trámite del procedimiento OT-341-2008. Sin embargo, de los autos se desprende que la recurrente no accionó esa vía, y es hasta este momento, en que se apersona a plantear ese reproche.

Aunado a lo anterior, de un estudio del expediente no se desprende que en la actuación del órgano director se diera alguna limitación al derecho de defensa de la parte, ni violación al debido proceso, pues la recurrente tuvo la oportunidad procesal de ejercer su derecho de defensa y participar en todas las etapas del procedimiento. El órgano director en este caso, se limitó a instruir el procedimiento, y no emitió criterios o recomendaciones con respecto al fondo del asunto. Por lo que, no lleva razón la recurrente en este punto.

Con respecto al segundo punto, indica la recurrente que el órgano que ordenó el procedimiento y nombró el órgano director, es diferente del órgano decisor debe indicarse que lleva razón la recurrente con respecto a que quien dictó el acto final del procedimiento administrativo fue la Junta Directiva de la Aresep (RJD-059-2014), y que el órgano decisor, no fue el mismo que nombró al órgano director del procedimiento en la resolución RRG-033-2010 (Regulador General).

Para mayor claridad, se procede a realizar un análisis de los hechos que incidieron sobre este cambio de competencia:

- 1- El 28 de abril de 2008, el señor Erick Cordero Salazar interpuso una denuncia contra la empresa Deldú. (Folios 11 al 12)*
- 2- El 14 de enero de 2010, el Regulador General emitió la resolución RRG-030-2010, sea esta el auto de inicio y nombramiento de órgano director. (Folios 361 al 363)*
- 3- El 8 de setiembre de 2011, la PGR emitió el dictamen C-217-2011, en el que indicó respecto a la competencia para revocar concesiones:*

“(...) 11-. Consecuentemente, la Junta Directiva no puede asignar en otro órgano la potestad de revocar concesiones, que le corresponde según lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley.”

- 4- El 30 de noviembre de 2011, mediante la resolución 2011-16591 de la Sala Constitucional, se resolvió una acción de inconstitucionalidad promovida por la Asociación de Consumidores de Costa Rica contra varios acuerdos de la Junta Directiva de la Aresep, así como contra varios artículos del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Aresep y sus órganos desconcentrados. En lo que interesa, se resolvió:*

“En ese sentido, del estudio de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, se desprende que si bien en su artículo 41 dispone que corresponde a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos tramitar el procedimiento para la revocatoria de concesiones, lo cierto es que el numeral 55 de esa misma ley, señala que para otorgar, revocar o ampliar una concesión de servicio público, se requiere de una resolución adoptada con el voto favorable de cuatro miembros de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por lo que se denota que el legislador previó que fuera la Junta Directiva, quien tuviera la función de revocar las concesiones otorgadas.

En la parte dispositiva (Por Tanto) de la resolución de cita, se señaló:

“... f) La función asignada al Comité de Regulación en el punto c del artículo 65 del Reglamento Autónomo de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus Órganos Desconcentrados y Acuerdos Conexos, no resulta inconstitucional en tanto se interprete que no puede dictar resolución final en los procedimientos establecidos por los artículos 38 y 41 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por ser ello competencia del Regulador General o la Junta Directiva de la ARESEP, según sea el caso. En lo demás se declara sin lugar la acción. Esta sentencia tiene efectos a partir de la anulación de la normativa impugnada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe...”

De lo anterior, se puede concluir que el 14 de enero de 2010, fecha en la que el Regulador General, emitió la resolución RRG-033-2010 (auto de inicio y nombramiento de órgano director), era competente en ese momento para ordenar la apertura del procedimiento administrativo seguido en el expediente OT-341-2008. Posteriormente, la Sala Constitucional en la resolución N° 016591-2011, aclaró el tema sobre la competencia en materia sancionatoria (cuando se encuentre de por medio la revocatoria de una concesión, artículo 55 inciso b, relacionado con los artículos 38 y 41 de la Ley 7593), e interpretó y dimensionó a futuro los efectos de la aplicación de la normativa interna que se acusaba inconstitucional. Determinó la Sala, que en estos casos, el órgano competente para revocar concesiones, es la Junta Directiva.

Así las cosas, la resolución RRG-033-2010, dictada por el Regulador General antes del referido voto de la Sala Constitucional, no se encuentra viciada de nulidad, al haber sido dictada al amparo de la normativa vigente en ese momento. En la misma línea, al estar en trámite el procedimiento administrativo OT-341-2008, lo procedente era que la Junta Directiva dictara el auto final, en su condición de órgano interno con competencia para el dictado de la resolución final del procedimiento administrativo, lo anterior de conformidad con lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

En el presente asunto, con la emisión de la resolución RJD-059-2014 (folios 402 al 415), por parte de la Junta Directiva, se da un acto de convalidación del órgano colegiado de la Aresep, de todas las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento administrativo OT-341-2008, resultando plenamente aplicable el artículo 67 párrafo 2 de la Ley 6227, que establece:

“El órgano que en definitiva resulte competente continuará el procedimiento y mantendrá todo lo actuado, salvo que ello no sea jurídicamente posible”.

Lo anterior, sin perjuicio que las resoluciones de apertura de procedimientos administrativos sancionatorios emitidas en aplicación del artículo 38 de la Ley 7593 y emitidas con posterioridad al dictamen de la PGR C-217-2011 y a la resolución citadas deben ser dictadas por el órgano decisor competente (Regulador General o Junta Directiva, según corresponda).

Al margen de lo antes indicado, la recurrente no indicó qué perjuicio le ocasionó que el procedimiento administrativo lo iniciara el Regulador General y lo concluyera la Junta Directiva. Esto por cuanto, de conformidad con el artículo 223 de la Ley 6227, no procede la nulidad por la nulidad misma, de forma tal que debió la recurrente concretar cuál fue el perjuicio que se le ocasionó, y en qué forma hubieran cambiado los resultados del procedimiento de haber sido la Junta Directiva, la que ordenara la apertura del procedimiento administrativo.

En virtud de lo anterior, no lleva razón la recurrente en su argumento.

6. Improcedencia de la declaratoria de reincidencia por hechos ocurridos en periodos contractuales diferentes.

Debemos indicar que, mediante el oficio 554-RG-2014 la Aresep consultó a la Procuraduría General de la República la interpretación que debía dársele al concepto de reincidencia. Mediante el dictamen C-315-2014 de fecha 1º de octubre de 2014, en dicho dictamen, la Procuraduría señaló:

“(…) es razonable entender que cuando se habla de reiteración de conductas, esta reiteración es durante el plazo de concesión, por lo que no se hace necesario que la norma lo indique expresamente como pretende la accionante, ya que estamos en presencia de una relación “Administración-Concesionario” que tiene un plazo determinado (plazo de concesión), y sobre la cual ambas partes deben cumplir con los extremos a los que se obligaron en el contrato de concesión, como son las cuestiones de índole tarifaria.”. (Folios 554 al 555)

Bajo esta tesis, queda claro que mientras la concesión esté vigente (incluidas las renovaciones respectivas), el concesionario se encuentra vinculado al cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión y a las disposiciones legales que lo rigen. La relación jurídico-administrativa en este sentido es indivisible, al tratarse de los mismos sujetos (concesionario-concedente) y del mismo objeto contractual.

Por su parte, el artículo 21 de la Ley 3503, Ley Reguladora del Transporte Remunerado Personas Vehículos Automotores, refuerza esta tesis al indicar:

*“Artículo 21.- El término de la concesión será el que señala el contrato-concesión y se fijará tomando en cuenta el monto de la inversión y el plazo para amortizarlo y obtener una ganancia justa; **podrá ser de hasta siete años pero podrá ser renovado si el concesionario ha cumplido a cabalidad con todas y cada una de sus obligaciones** y se ha comprometido formalmente a cumplir con las disposiciones que se establezcan conforme a la ley N° 3503”. (El énfasis es nuestro)*

Es importante indicar que, sobre la base del contrato de concesión se firmó el contrato de renovación, así se estableció en el objeto del contrato de renovación (folios 185 al 204):

“Artículo II: DEL OBJETO.

El presente contrato tiene por objeto la formalización de la renovación del derecho de concesión del Servicio Público de Transporte Colectivo Remunerado de Personas que el Consejo de Transporte Público de conformidad con el principio de continuidad del servicio de transporte y lo establecido en el artículo 21 de la Ley 3503...”

Indica la recurrente, que el artículo citado hace referencia al término “renovación”, sin embargo que en realidad se trata de una novación del contrato, es decir, de la suscripción de un contrato nuevo, por ello no es posible, aplicar la reincidencia con sustento en contratos que se extinguieron, en atención a lo dispuesto por la Sala Constitucional en el voto 2015-001781 del 6 de febrero de 2015.

De adoptarse la tesis de la recurrente, de que estamos en presencia de una novación de contrato, la concesión de la ruta 505 debió sacarse a concurso público, ello bajo las reglas de la Ley Reguladora Transporte Remunerado Personas Vehículos Automotores (Ley 3503), en donde la recurrente participaría en igualdad de condiciones con los demás oferentes, y como consecuencia de ese concurso el objeto contractual podría recaer en otro contratante, imposibilitándose de esta forma la oportunidad de la concesionaria de seguir brindando el servicio en la forma y términos que lo venía haciendo, dándose de esta manera una verdadera interrupción del contrato original de concesión.

Finalmente, consideramos que la Sala Constitucional al resolver la acción de inconstitucionalidad planteada por la aquí recurrente mediante el Voto 2015-001781 del 6 de febrero de 2015, viene a aclarar éste punto, al indicar con respecto a la reiteración:

“...siempre y cuando se interprete que el concepto de “reiteración” contenido en el artículo 41 inciso a) impugnado debe entenderse que se trata de la misma falta y que se demuestre en el procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad directa de la persona física o jurídica dueña de la concesión, en la comisión de la falta imputada...”

De lo anterior, se puede extraer que la Sala Constitucional, estableció dos criterios de definición:

- 1. Debe tratarse de la misma falta. En el presente caso, se logró determinar en tres oportunidades una infracción del artículo 38.a de la Ley 7593 (expedientes OT-341-2008, OT-001-2003 y OT-249-2000). En los tres expedientes mencionados, se comprobó el cobro no autorizado de tarifas o diferentes de las autorizadas.*
- 2. Debe demostrarse en el procedimiento administrativo sancionador la responsabilidad directa de la persona física o jurídica dueña de la concesión, en la comisión de la falta imputada. En los procedimientos administrativos tramitados en los expedientes OT-249-2000, OT-001-2003 y OT-341-2008, se logró constatar que se trataba de una responsabilidad de la empresa concesionaria en la comisión de la falta que se le imputó “cobro de tarifas diversas a las autorizadas por el ente regulador”.*

Debe añadirse que, en el expediente OT-341-2008, la parte recurrente no indicó que los hechos investigados no fueran ciertos, o que al menos no le fueran imputables directamente. Aunado a esto, debe indicarse que visible a folio 52 y 53, se encuentra nota de la recurrente en la cual, indica que conoce el cobro distinto de tarifas por cuanto el servicio “se presta en tramos con kilometrajes sustancialmente diferentes (...) aunado al hecho de que dichos cobros no compiten

con las rutas del corredor común o mejor dicho los usuarios tienen otro (sic) opción”. Así, si los representantes de Deldú conocían el cobro de tarifas no autorizadas y lo permitían, por ello, su representada tiene responsabilidad directa ante dicho cobro.

Así mismo, visible a folios 75 al 80 del expediente se encuentra el título habilitante el cual indica que era válido hasta setiembre del 2014. Por otro lado, mediante certificación DACP-2015-6380 de fecha 9 de noviembre de 2015 (anexa a este criterio), se observa que dicho título habilitante fue renovado en la sesión 53-2014 del 24 de setiembre de 2014. Debe tenerse en cuenta que el contrato de concesión y sus efectos no se extingue cada siete años, como parece entenderlo la recurrente, adoptar la posición antes indicada implicaría que la Administración Pública no podría establecer responsabilidades en los concesionarios o permisionarios (generando un ámbito de irresponsabilidad) una vez fenecido un contrato de concesión, y peor aún, no lo podría hacer de acuerdo a lo que indica la recurrente, una vez que se haya renovado el contrato, porque en su criterio se trata de una novación de contrato y no de renovación, en la que se sustituyen obligaciones otorgadas anteriormente, y quedan anuladas las anteriores.

De lo anterior, se puede colegir que en el expediente en estudio se cumplen los requisitos, establecidos por medio del dictamen C-315-2014 de la PGR y el Voto 2015-001781 de la Sala Constitucional, para acreditar la reincidencia en este procedimiento y, en consecuencia, revocar el título habilitante de la investigada. Así las cosas, no lleva razón la recurrente en cuanto a este punto.

7. Ausencia de la etapa de conciliación.

En el caso de los procedimientos sancionatorios, como en el que nos ocupa, no podría Aresep, promover una conciliación entre la denunciante -el señor Erick Cordero Salazar -, y Transportes Deldú SA; dado que como se indicó en el Dictamen C-156-2003, del 3 de junio del 2003, de la Procuraduría General de la República, en estos procedimientos el legislador tutela los derechos de la colectividad y no de forma individual, dado que el bien jurídico tutelado es difuso o colectivo.

Así las cosas, Aresep no está legitimada para conciliar, por cuanto en este tipo de procedimientos sancionatorios media un interés público, y no el de un usuario en particular.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que el artículo 37 del Decreto 39732, Reglamento a la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, es para quejas, donde el usuario, ante una supuesta anomalía del prestador, pretende se le indemnice un daño causado con ocasión de la prestación del servicio público. Por ello, no resultaba aplicable al presente asunto. En virtud de lo anterior, no lleva razón la recurrente, en cuanto a este argumento.

8. Reforma legal de ley N° 8660 del 8 de agosto de 2008.

Indica la recurrente, que la conducta infractora que generó la emisión de la resolución RJD-59-2014, se trató de un fraccionamiento de tarifa (conducta que indica no estaba tipificada en la Ley 7593 en el año 2008, cuando se dieron los hechos investigados) y no del cobro de una tarifa no autorizada, acto seguido manifiesta que sí había una tarifa autorizada que era de ¢3.380 y lo que se cobró fue ¢1.000 a un usuario el 25 de abril de 2008.

De lo anterior, se desprende que la recurrente da la razón a la Aresep respecto de la conducta que se le achaca en este procedimiento, al reconocer que sí tenía una tarifa autorizada y que cobró una tarifa distinta de la autorizada por la Aresep, contraviniendo la prohibición expresa contenida en el numeral 38.a de la Ley 7593:

“La Autoridad Reguladora sancionará, cumpliendo con el procedimiento administrativo previsto en la Ley General de la Administración Pública, con multa de cinco a diez veces el valor del daño causado que ella determine, a quien suministre un servicio público que incurra en cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) *Cobro de tarifas o precios distintos de los fijados, autorizados o establecidos por la Autoridad Reguladora, así como el cobro de una tarifa no fijada previamente por la Autoridad Reguladora. (...)*

La conducta reprochada “...haber realizado en forma reiterada el cobro de tarifas no autorizadas...” (Folio 411, resolución RJD-59-2014), no es otra cosa que el supuesto normativo contenido y precisado en el artículo 38.a de la Ley 7593. La recurrente tenía una tarifa autorizada y reconoció haber cobrado una tarifa no autorizada por este ente regulador.

Para efectos sancionatorios, si lo pretendido por la recurrente era que se le aplicara una u otra norma (antes o después de la reforma a la Ley 7593, operada por la ley 8660-reforma vigente a partir del 13 de agosto de 2008), en razón de la determinación de los hechos investigados, resultaba irrelevante aplicar el numeral 38.a de la ley 7593, con o sin la reforma, en virtud de que ambos compartían, como elemento sustancial común, el cobrar tarifas no autorizadas (audio de la comparecencia visible a folio 386). Así las cosas, no lleva razón la recurrente en este punto.

Queda así atendida, la ampliación del recurso presentada el 11 de julio de 2014 (folio 465).

V. **SOBRE LA GESTIÓN DE NULIDAD**

Respecto a la nulidad, resulta atinente el artículo 223 de la Ley 6227, que a la letra dispone:

“Artículo 223.- 1. Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento. 2. Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión”.

Del artículo transcrito, se colige que las argumentaciones esgrimidas por la recurrente en los 8 apartados que anteceden no se ajustan a lo establecido en el ordinal 223 de la Ley 6227, ya que de la lectura del mismo se desprende que para que exista nulidad absoluta de los actos recurridos debe haberse omitido una formalidad sustancial del procedimiento, cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos de importancia, o cuya omisión hubiera causado indefensión al investigado.

Puede constatarse en el expediente OT-341-2008, que se cumplieron todas las formalidades sustanciales del procedimiento: se dictó el auto de inicio, se intimó, se imputó, se llevó a cabo la comparecencia oral

y privada, se dictó el acto final del procedimiento administrativo, y se indicó a la recurrente la oportunidad procesal para interponer recursos en contra de las resoluciones del procedimiento en las que procedía, en suma, se otorgó el debido proceso y permitió a la recurrente ejercer su derecho de defensa en todas las etapas del procedimiento.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que la resolución recurrida, es un acto administrativo válido, por cuanto éste contiene todos los elementos, tanto formales como sustanciales (sujeto, forma, procedimiento, motivo, fin y contenido), exigidos por la Ley 6227. Al respecto se observa que:

- a. La resolución RJD-059-2014 fue dictada por el órgano competente, es decir por la Junta Directiva. (Artículos 129 y 180, sujeto)
- b. Fue emitido por escrito como corresponde. (Artículos 134 y 136, forma)
- c. De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley. (Artículo 214 y siguientes de la Ley 6227, procedimiento)
- d. Contiene un motivo legítimo y existente. (Artículo 133, motivo)
- e. 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 recurrida, es un acto válido. Por último, por las mismas razones anteriormente expuestas en el punto 5 de este acápite, se debería rechazar la ampliación de la nulidad presentada el 11 de julio de 2014 (folios 463 al 464).

VI. CONCLUSIONES

Sobre la base de lo arriba expuesto, tenemos que:

1. El recurso de reposición y la gestión de nulidad resultan admisibles por haber sido interpuestos en tiempo y forma.
2. Las excepciones de prescripción y caducidad interpuestas resultan extemporáneas, por haberse interpuesto después de resolución final.
3. La Junta Directiva carece de competencia para referirse respecto a la inconstitucionalidad del artículo 41 inciso a) de la Ley 7593, toda vez que de conformidad con el artículo 2 inciso b, de la Ley 7135, Ley de la Jurisdicción Constitucional, le corresponde exclusivamente a la jurisdicción constitucional el análisis de constitucionalidad de las normas jurídicas. Además la Sala Constitucional, a través del voto 2015-001781 interpretó el artículo 41 inciso a) de la Ley 7593.
4. La Aresep está legalmente facultada para investigar y sancionar en el presente expediente, en virtud del artículo 5 inciso f) de la Ley 7593, en relación con el 38 inciso a) y 41 inciso a) de la misma Ley.
5. El cobro de tarifas no autorizadas, se refiere al daño no referido a un usuario en particular, sino al servicio, es decir, a la colectividad, representada por el conjunto de usuarios que utilizan el servicio y que han sido perjudicados con la conducta antijurídica del prestador. En el caso concreto, el daño fue demostrado, al determinar el cobro de tarifas superiores a las establecidas mediante la resolución RRG-8148-2008 –vigente al momento de la comisión de los hechos-.

6. *De la lectura del informe 033-DGJR-2010 (folios 238 al 246), no se desprende que se realizara alguna manifestación de fondo, relativa a establecer o no la responsabilidad de la recurrente por parte del funcionario Eric Chaves Gómez, que le hiciera incurrir en un adelanto de criterio. En consecuencia, no se evidencia que su participación como órgano director del procedimiento, se encuentre viciada.*
7. *Durante la instrucción de este procedimiento, y como consecuencia del voto 2011-016591 de la Sala Constitucional, se interpretó que en adelante el órgano decisor con competencia para revocar un título habilitante en la Autoridad Reguladora es la Junta Directiva. Razón por la cual, este procedimiento culminó con la revocatoria de la concesión por parte del órgano colegiado de conformidad con lo establecido el artículo 67 párrafo 2 de la Ley 6227.*
8. *En este caso (OT-341-2008) se acreditó el cobro de tarifa no autorizada por parte de la investigada, hecho que se consideró reincidente en atención a las faltas que fueron acreditadas en procedimientos administrativos previos (OT-001-2003 y OT-249-2000). En consecuencia, conforme al artículo 41 inciso a) de la Ley 7593 la sanción que corresponde es la revocatoria del título habilitante, tal y como se dispuso en la resolución recurrida.*
9. *Aresep estaba imposibilitada de convocar a las partes (denunciante e investigado) para una audiencia de conciliación, por cuanto en este tipo de procedimientos sancionatorios, media un interés público, y no el de un usuario en particular. Aunado a lo anterior, debe indicarse que el artículo 37 del Decreto 39732, Reglamento a la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, la conciliación establece la etapa de conciliación para las quejas interpuestas por el usuario, ante una supuesta anomalía del prestador y que pretende se le indemnice un daño causado con ocasión de la prestación del servicio público.*
10. *En razón de la determinación de los hechos investigados, resultaba irrelevante considerar la reforma al artículo 38 inciso a) de la Ley 7593, introducida por la Ley 8660, en virtud de que ambas versiones de dicha norma compartían, como elemento sustancial común, el cobrar tarifas no autorizadas que es la conducta que se le reprocha a la investigada.*
11. *La resolución RJD-059-2014, es un acto válido, por cuanto contiene todos los elementos establecidos en la Ley 6227.*

(...)"

- II.** Que de conformidad con el resultando y los considerandos que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, lo procedente es declarar sin lugar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad, rechazar por extemporáneas, las excepciones de prescripción y caducidad todas las gestiones interpuestas por Transportes Deldú S.A., dar por agotada la vía administrativa y comunicar al Consejo de Transporte Público del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, tal y como se dispone.
- III.** Que en la sesión 59-2015, del 26 de noviembre de 2015; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 1118-DGAJR-2015, de cita, acordó entre otras cosas y con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO

Con fundamento en las facultades conferidas en la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593).

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

RESUELVE

- I. Declarar sin lugar, el recurso de reposición interpuesto por Transportes Deldú S.A., contra la resolución RJD-059-2014.
- II. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por Transportes Deldú S.A., contra la resolución RJD-059-2014 y la ampliación de la nulidad que consta a folios 463 al 464.
- III. Rechazar por extemporáneas, las excepciones de prescripción y caducidad interpuestas por Transportes Deldú S.A.
- IV. Agotar la vía administrativa.
- V. Notificar a las partes la resolución que ha de dictarse.
- VI. Comunicar al Consejo de Transporte Público del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, la resolución respectiva, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 12. Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra la resolución RRG-040-2015. Expediente OT-076-2012.

La Junta Directiva conoce el oficio 1129-DGAJR-2015 del 17 de noviembre de 2015, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación y gestión de nulidad interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra la resolución RRG-040-2015.

La señora *Melissa Gutiérrez Prendas* explica los antecedentes, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso en cuestión.

Analizado el tema con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 1129-DGAJR-2015, la señora *Grettel Castro López* lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

En cuanto al recurso interpuesto por ESPH

ACUERDO 12-59-2015

1. Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra la resolución RRG-040-2015, por carecer de la debida representación para su interposición.
2. Declarar inadmisibles, la gestión de nulidad interpuesta por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra la resolución RRG-040-2015, por carecer de la debida representación para su interposición.
3. Díctese la presente resolución:

RESULTANDO

- I. Que el 30 de enero de 2015, mediante la resolución RRG-040-2015, el Regulador General, dispuso entre otras cosas, lo siguiente (folios 263 al 281):

“(…)

- I. *Acumular al expediente OT-76-2012, los expedientes OT-300-2013, y OT-268-2014.*

(…)

VII. *Ordenar la apertura de un procedimiento administrativo ordinario para resolver el conflicto de competencia territorial para la prestación del servicio de energía eléctrica entre la CNFL y la ESPH, en el cantón de Flores de la provincia de Heredia.*

VIII. *Nombrar como órgano director unipersonal del procedimiento (...)*”

- II. Que el 11 de febrero de 2015, la ESPH interpuso recurso de revocatoria, apelación y nulidad concomitante contra la resolución RRG-040-2015. (Folios 694 al 724)
- III. Que el 13 de febrero de 2015, la ESPH interpuso una recusación contra el Regulador General, en razón de su participación como órgano decisor de los expedientes acumulados (OT-76-2012, OT-300-2013 y OT-268-2014). (Folios 725 al 742)
- IV. Que el 19 de febrero de 2015, mediante la resolución RJD-015-2015, la Junta Directiva, entre otras cosas, resolvió: *“I. Rechazar por el fondo la recusación interpuesta por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH) contra el órgano decisor (Regulador General).”* (Folios 782 al 799)
- V. Que el 27 de mayo de 2015, mediante la resolución RRG-286-2015, el Regulador General, entre otras cosas, resolvió: *“I. Declarar inadmisibles por la forma, el recurso de revocatoria interpuesto por la Empresa de Servicios de Heredia contra la resolución RRG-040-2015 (...).”* (Folios 815 al 823)
- VI. Que el 4 de junio de 2015, la CNFL se apersonó dentro del emplazamiento a solicitar se ratifique lo resuelto mediante la resolución RRG-40-2015. (Folios 812 al 814)

- VII.** Que el 19 de junio de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-113-2015, el órgano director dio inicio al procedimiento y programó comparecencia oral y privada. (Folios 889 al 905)
- VIII.** Que el 23 de junio de 2015, la ESPH se apersonó, ante la Junta Directiva, sobre la apelación a la resolución RRG-040-2015. (Folios 826 al 835 y del 841 al 870)
- IX.** Que el 1 de julio de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-125-2015, el órgano director resolvió: “*I. Rechazar por el fondo, el recurso de revocatoria y nulidad alegada por la ESPH S.A, contra la resolución ROD-DGAU-113-2015 (...)*”. (Folios 1312 al 1323)
- X.** Que el 9 de julio de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-127-2015, el órgano director reprogramó la comparecencia, para el 19 de agosto de 2015. (Folios 1324 al 1329)
- XI.** Que el 10 de julio de 2015, la ESPH presentó recusación contra el órgano director, el órgano decisor y la Junta Directiva. (Folios 913 al 1305)
- XII.** Que el 10 de julio de 2015, mediante el oficio 2349-DGAU-2015, el órgano director rindió informe al órgano decisor, sobre la recusación interpuesta en su contra. (Folios 1334 al 1369)
- XIII.** Que el 21 de julio de 2015, mediante el oficio 2440-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario remitió al Regulador General la recusación interpuesta en su contra por la ESPH. (Folios 1370 al 1395)
- XIV.** Que el 23 de julio de 2015, mediante la resolución RJD-135-2015, la Junta Directiva resolvió remitir a la Presidencia de la República para su resolución, la recusación interpuesta contra cuatro de sus miembros. (Folios 1419 al 1434)
- XV.** Que el 5 de agosto de 2015, mediante la resolución DP-R-017-2015, la Presidencia de la República desestimó la recusación interpuesta contra la Junta Directiva. (Folios 1435 al 1448)
- XVI.** Que el 17 de agosto de 2015, mediante el oficio 725-RG-2015 el Regulador General rindió informe sobre la recusación interpuesta en su contra. (Folios 1477 al 1483)
- XVII.** Que el 18 de agosto de 2015, la ESPH presentó recusación contra el órgano director suplente. (Folios 1460 al 1463)
- XVIII.** Que el 18 de agosto de 2015, el órgano director suplente rindió informe respecto a la recusación interpuesta en su contra. (Folios 1469 al 1473)
- XIX.** Que el 19 de agosto de 2015, mediante el oficio 642-SJD-2015, la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el informe del Regulador General sobre la recusación interpuesta en su contra. (Folio 1476)
- XX.** Que el 3 de setiembre de 2015, mediante la resolución RJD-184-2015, la Junta Directiva rechazó la recusación interpuesta contra el Regulador General. (Folios 1525 al 1540)

- XXI.** Que el 9 de setiembre de 2015, mediante la resolución RRG-528-2015, el Regulador General, entre otras cosas, resolvió: “*I. Rechazar por el fondo la recusación formulada por la ESPH contra el órgano director suplente (...)*”. (Folios 1541 al 1558)
- XXII.** Que el 16 de setiembre de 2015, la ESPH interpuso recurso de apelación contra la resolución RRG-528-2015. (Folios 1511 al 1524)
- XXIII.** Que el 11 de noviembre de 2015, mediante el oficio 1108-DGAJR-2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remitió a la Secretaria de Junta Directiva el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227 respecto del recurso de apelación y gestión de nulidad contra la resolución RRG-040-2015 interpuesta por la ESPH contra la RRG-040-2015. (Correrá agregado a los autos)
- XXIV.** Que el 12 de noviembre de 2015, mediante el oficio 882-SJD-2015, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de apelación y gestión de nulidad contra la resolución RRG-040-2015, interpuesto por la ESPH. (Correrá agregado a los autos)
- XXV.** Que el 17 de noviembre de 2015, mediante el oficio 1129-DGAJR-2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio respecto al recurso de apelación interpuesto. (Correrá agregado a los autos)
- XXVI.** Que en sesión ordinaria 59-2015 del 26 de noviembre de 2015, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

CONSIDERANDO

- I.** Que el recurso apelación fue analizado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el respectivo criterio jurídico, que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

“(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza:

El recurso interpuesto por la ESPH contra la resolución RRG-040-2015, es el ordinario de apelación, al que le es aplicable lo establecido en los artículos del 342 al 352 de la Ley 6227.

Además, la empresa mencionada, 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:

La resolución que se impugna es la RRG-040-2015, la cual por su naturaleza, cuenta con un plazo para la interposición del recurso de 24 horas, de conformidad con el artículo 346 de la Ley 6227.

Dicha resolución le fue notificada a la ESPH, vía correo certificado, el 6 de febrero de 2015 (folios 279, 281 y 825), siendo que ésta interpuso el recurso en estudio, el 11 de febrero de 2015 (folio 694) resulta extemporáneo.

Sin embargo debe citarse el artículo 247 de la Ley 6227, el cual a la letra indica:

“Artículo 247.-

1. La comunicación hecha por un medio inadecuado, o fuera del lugar debido, u omisa en cuanto a una parte cualquiera de la disposición del acto, será absolutamente nula y se tendrá por hecha en el momento en que gestione la parte o el interesado, dándose por enterado, expresa o implícitamente, ante el órgano director competente. (...)” (el resaltado es nuestro)

Así las cosas, de conformidad con el artículo 247 de la Ley 6227, siendo que la resolución RRG-040-2015, se notificó mediante correo certificado y este no era el medio designado por la parte, por cuanto visible a folio 208 del expediente la ESPH había fijado como medio el fax 2262-7014. Así las cosas, el recurso interpuesto debe tenerse como presentado en tiempo.

Por último debe indicarse, que la resolución RRG-040-2015, señaló que el plazo para recurrirla era de 3 días hábiles, lo cual no es correcto por cuanto no se trata de una resolución final. Conforme el artículo 346 de la Ley 6227 los recursos ordinarios contra resoluciones (impugnables y distintas a la resolución final) pueden ser recurridas en el plazo de 24 horas.

c) Legitimación:

La ESPH, se encuentra legitimada para recurrir y gestionar la nulidad de la resolución RRG-040-2015, de conformidad con el artículo 275 de la Ley 6227, en su condición de parte involucrada en el conflicto de competencia territorial en análisis.

d) Representación:

Sobre la representación, la resolución RRG-286-2015, que resolvió el recurso de revocatoria, indicó:

“El recurso de revocatoria que nos ocupa, fue interpuesto por el señor Juan Carlos Chaves Hernández, en su condición de Apoderado Especial Administrativo y Judicial de la ESPH, lo cual consta en el Poder visible a folio 723. Asimismo, según se observa en dicho poder, éste fue otorgado por el señor Edgar Allan Benavides Vílchez, según certificación de personería que consta a folio 724.

No obstante lo anterior, analizando dicha certificación de personería, se observa que el señor Benavides Vílchez, quien es Apoderado General sin Límite de suma de la ESPH, de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil, que regula dicho mandato –esencialmente de administración-, no se encuentra facultado para ejercer la representación judicial o extrajudicial de la ESPH, debido a que ésta no se considera dentro de listado taxativo que establece el artículo mencionado.

A pesar de que el mandato que tiene el señor Benavides Vílchez no es suficiente para representar a la ESPH, igualmente, debe observarse su condición de Gerente General, a fin de determinar si ésta le permite ejercer la representación de la ESPH y delegarla. Es así como, se puede observar que del artículo 32 de la Ley de Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia ESPH (Ley 7789) en el cual se establecen las atribuciones del Gerente General, no se desprende que éste ostente por el solo ejercicio de dicho puesto, la representación judicial o extrajudicial de la empresa.

De lo dicho, se desprende entonces, que el señor Benavides Vílchez no puede delegarle al señor Chaves Hernández, mediante un Poder Especial, una facultad de representación que no tiene – ni por mandato ni como Gerente General-, motivo por el cual, éste último tampoco tiene facultades suficientes para representar a la ESPH interponiendo el recurso y la gestión de nulidad en estudio.

Igual análisis se aplica para la gestión de nulidad, motivo por el cual, también se considera que al respecto, se carece de la debida representación”. (Folios 817 y 818)

Dicha falencia, de la ESPH, se trató de subsanarla mediante el poder visible a folio 852, en el cual se indicó que el señor Álvaro Martín Parada Gómez, en su calidad de presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, otorga al señor Juan Carlos Chaves Hernández poder especial judicial para realizar diversas actuaciones “en relación con el presente proceso”, sea este el OT-300-2013.

Sin embargo, debe indicarse que este argumento no es de recibo, por cuanto visible a folio 332 del expediente se encuentra certificación notarial del poder del señor Álvaro Martín Parada Gómez, e indica claramente que el mismo corre por el período del 7 de enero del 2013 hasta el 7 de enero de 2014 y las actuaciones que nos atañen fueron presentadas el 11 de febrero de 2015 (folio 694).

Del análisis comparativo que precede se concluye que, al momento de presentar el recurso de apelación, el poder del señor Parada Gómez, ya había perdido vigencia. Por lo que el recurso de apelación resulta inadmisibles por haber carecerse de la debida representación para su interposición. Por su parte, la gestión de nulidad también resulta inadmisibles, al carecer igualmente, de la necesaria representación.

Dado que ni el recurso de apelación, ni la gestión de nulidad son admisibles, se omite pronunciamiento en cuanto al fondo de los mismos.

III. CONCLUSIONES

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

- 1. De conformidad con el artículo 247 de la Ley 6227, siendo que la resolución RRG-040-2015, se notificó mediante correo certificado y este no era el medio designado por la parte, el recurso interpuesto por la ESPH debe tenerse como presentado en tiempo.*

2. *El señor Juan Carlos Chaves Hernández indicó tener poder especial administrativo otorgado el señor Álvaro Martín Parada Gómez. Sin embargo, de la certificación del poder del señor Parada Gómez (folio 332) se desprende que el mismo corre por el período del 7 de enero del 2013 hasta el 7 de enero de 2014 y las actuaciones que nos atañen fueron presentadas el 11 de febrero de 2015. Por lo que las actuaciones presentadas por el señor Chaves Hernández carecen de la representación necesaria.*
3. *El recurso de apelación interpuesto por la ESPH contra la resolución RRG-040-2015, es inadmisibles por carecerse de la debida representación para su interposición.*
4. *La gestión de nulidad interpuesta por la ESPH contra la resolución RRG-040-2015, es inadmisibles, al carecer de la necesaria representación.*

(...)"

- II. Que de conformidad con el resultando y los considerandos que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación y la gestiones de nulidad interpuestas por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra la resolución RRG-040-2015, por carecer de la debida representación para su interposición., tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión 59-2015, del 26 de noviembre de 2015; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 1129-DGAJR-2015, de cita, acordó entre otras cosas y con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO

Con fundamento en las facultades conferidas en la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593).

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE

- I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra la resolución RRG-040-2015, por carecer de la debida representación para su interposición.
- II. Declarar inadmisibles, la gestión de nulidad interpuesta por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra la resolución RRG-040-2015, por carecer de la debida representación para su interposición.

NOTIFÍQUESE

ACUERDO FIRME.

En cuanto a la recomendación adicional de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria

Analizada la recomendación adicional expuesta por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 1129-DGAJR-2015, la señora **Grettel Castro López** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 13-59-2015

Instruir a la Dirección General de Atención Usuario, para que tome las medidas de control interno necesarias, con el fin de que aplique correctamente los plazos establecidos en el artículo 346 de la Ley 6227, en todos los actos que emita o proponga.

ARTÍCULO 13. Recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A., contra de la resolución RRG-531-2015. Expediente OT-143-2014.

La Junta Directiva conoce el oficio 1124-DGAJR-2015 del 16 de noviembre de 2015, 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 de la resolución RRG-531-2015

La señora **Melissa Gutiérrez López** explica los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso. Asimismo, se refiere a la recomendación adicional contenida en el oficio 1124-DGAJR-2015, la cual señala lo siguiente: *“Instruir a las Intendencias de Regulación, al Centro de Desarrollo de la Regulación, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y a la Dirección General de Atención al Usuario, para que tomen las medidas de control interno que correspondan, con el fin de que mantengan debidamente actualizados y completos, los expedientes bajo su responsabilidad –sean expedientes originales o espejos-, en su condición de área funcional de expediente, de conformidad con el Sistema de Atención al Usuario (SAU). Así mismo, se instruye a la Secretaria de Junta Directiva, para que verifique tal condición, cada vez que sea remitido a este órgano colegiado, algún trámite relacionado con expedientes administrativos, previo a su remisión a los asesores que correspondan y así lo indiquen en el oficio de remisión respectivo”*.

La señora **Carol Solano Durán** agrega que existe un proyecto institucional para la digitalización de expedientes; se está en el proceso de contratación; por lo que, por el momento se pretende que todas áreas tomen las medidas de control interno para que los expedientes se mantengan actualizados y completos y de esta manera el trabajo sea más ágil y los procesos mejoren.

Seguidamente el señor **Alfredo Cordero Chinchilla** manifiesta que la Secretaría de la Junta Directiva (SJD) nunca ha tenido la responsabilidad en el manejo de expedientes. Se tendría que verificar que el expediente esté completo, función que le correspondería al Departamento de Gestión Documental o en su defecto, a cada área, ya que la SJD no tendría los elementos para realizarlo.

El señor **Edgar Gutiérrez López** manifiesta que le parece que hay aspectos de lógica y práctica. Es cierto que la Junta Directiva en materia de recursos actúa como un tribunal de entrada; pero cuando se remiten los documentos con todo el análisis, son muy pocas las ocasiones en las que algún miembro del cuerpo colegiado confronta el expediente. Considera que los expedientes deberían mantenerse en el área legal que emite el pronunciamiento, esto por razones de práctica y seguridad.

La señora **Grettel López Castro** sugiere que la citada recomendación adicional se analice en el contexto

de lo que va a ser el sistema de gestión documental. Considera que la Secretaría de Junta Directiva no está en condición de poder llevar a cabo dicha recomendación, posición que es apoyada por los miembros de la Junta Directiva.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 1124-DGAJR-2015, así como en los comentarios formulados en esta oportunidad por los señores miembros de la Junta Directiva, la señora **Grettel López Castro** lo somete a votación y se resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 14-59-2015

1. Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A. contra la resolución RRG-531-2015.
2. Dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a la resolución RRG-531-2015.
3. Notificar a las partes.

RESULTANDO

- I. Que el 6 de mayo de 2014, mediante el oficio N° 2201-317-2014 (DJ), la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL), formuló ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), conflicto de competencia territorial con la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A. (ESPH), en el cantón de Santo Domingo de Heredia, de conformidad con el artículo 10 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593. Además, solicitó la adopción de medidas cautelares contra la ESPH. (Folios 2 al 15)
- II. Que el 20 de noviembre de 2014, mediante el oficio 3787-DGAU-2014, la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU) consultó a la Municipalidad de Santo Domingo de Heredia, si existía convenio de incorporación a la ESPH. A dicha solicitud la Municipalidad indicó, mediante el oficio ALM-0373-2014, que no existe tal convenio. (Folios 16 al 18)
- III. Que el 5 de marzo de 2015, la CNFL, presentó ante la Aresep, una adición a su denuncia y formuló nuevas pretensiones. (Folios 19 a 40)
- IV. Que el 20 de marzo de 2015, mediante la resolución RRG-163-2015, el Regulador General dispuso, entre otras cosas: “I. Ordenar a la ESPH S.A. que se abstenga de prestar el servicio de suministro de energía a nuevos usuarios en el cantón de Santo Domingo de la provincia de Heredia, hasta tanto no se resuelva por el fondo este expediente o se levante esta medida cautelar. (...) VII. Ordenar la apertura de un procedimiento administrativo ordinario para resolver el conflicto de competencia territorial para la prestación del servicio de energía eléctrica entre la CNFL y la ESPH, en el cantón de Santo Domingo de la provincia de Heredia (...)”. (Folios 101 al 116)
- V. Que el 30 de marzo de 2015, la ESPH, por medio de su apoderado general Edgar Allan Benavides Vílchez, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de nulidad concomitante, contra la resolución RRG-163-2015. (Folios 75 al 100)

- VI. Que el 1 de junio de 2015, mediante la resolución RRG-297-2015, el Regulador General, entre otras cosas, resolvió: “*I. Rechazar por inadmisibles el recurso de revocatoria y la gestión de nulidad interpuestos por la ESPH contra la resolución RRG-163-2015, por falta de representación*”. (Folios 186 al 194)
- VII. Que el 2 de junio de 2015, la ESPH, por medio de su apoderado generalísimo Yamil de la O Gómez, convalidó todo lo actuado antes por el señor Benavides Vílchez y además expresó agravios, presentó aclaración y adición de la resolución RRG-297-2015 y gestión de nulidad contra esa resolución. (Folios 175 al 185)
- VIII. Que el 4 de junio de 2015, la CNFL se apersonó ante la Junta Directiva y solicitó se confirme lo resuelto mediante la resolución RRG-163-2015. (Folios 195 al 197)
- IX. Que el 18 de junio de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-110-2015, el órgano director realizó la intimación de cargos. (Folios 217 al 223)
- X. Que el 19 de junio de 2015, la ESPH presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante contra la resolución ROD-DGAU-110-2015. (Folios 207 al 216)
- XI. Que el 1 de julio de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-124-2015, el órgano director, entre otras cosas, resolvió: “*I. Rechazar por el fondo, el recurso de revocatoria y la nulidad alegada por la ESPH S.A., contra la resolución ROD-DGAU-124-2015 del 18 de junio de 2015. (...)*” (Folios 244 al 255)
- XII. Que el 10 de julio de 2015, la ESPH presentó recusación contra el órgano director titular, el Regulador General y la Junta Directiva. (Folios 262 al 650)
- XIII. Que el 13 de julio de 2015, se realizó la comparecencia oral y privada, sin embargo la misma fue suspendida, en virtud de la presentación de una recusación contra el órgano director suplente. (Folios 651 al 673)
- XIV. Que el 21 de julio de 2015, mediante el oficio 684-DGAJR-2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió criterio legal sobre la recusación interpuesta por la ESPH contra los miembros de la Junta Directiva. (Folios 730 al 741)
- XV. Que el 23 de julio de 2015, mediante la resolución RJD-134-2015, la Junta Directiva resolvió remitir al Presidente de la República la recusación interpuesta contra cuatro de sus miembros. (Folios 748 al 762)
- XVI. Que el 5 de agosto de 2015, mediante la resolución DP-R-016-2015, el Presidente de la República desestimó la recusación planteada contra los miembros de la Junta Directiva. (Folios 763 al 776)
- XVII. Que el 27 de agosto de 2015, mediante la resolución RJD-177-2015, la Junta Directiva, entre otras cosas, resolvió: “*I. Declarar sin lugar, el recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A., contra la resolución RRG-163-2015 (...)*”. (Folios 901 al 917)

- XVIII.** Que el 3 de setiembre de 2015, mediante la resolución RJD-183-2015, la Junta Directiva rechazó la recusación interpuesta por la ESPH contra el Regulador General. (Folios 918 al 933)
- XIX.** Que el 10 de setiembre de 2015, mediante la resolución RRG-531-2015, el Regulador General, entre otras cosas resolvió: “*I. Rechazar por el fondo la recusación formulada por la ESPH contra el órgano director suplente (...)*”. (Folios 934 al 951)
- XX.** Que el 14 de setiembre de 2015, la ESPH interpuso recurso de apelación contra la RRG-531-2015. (Folios 886 al 900)
- XXI.** Que el 12 de noviembre de 2015, mediante el oficio 1113-DGAJR-2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió el oficio que ordena el artículo 349 de la Ley 6227 respecto del recurso de apelación contra la resolución RRG-528-2015 interpuesto por la ESPH. (Correrá agregado a los autos)
- XXII.** Que el 12 de noviembre de 2015, mediante el oficio 883-SJD-2015, la Secretaria de Junta Directiva remitió para análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de apelación presentado. (Correrá agregado a los autos)
- XXIII.** Que el 16 de noviembre de 2015, mediante el oficio 1124-DGAJR-2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio respecto al recurso de apelación interpuesto. (Correrá agregado a los autos)
- XXIV.** Que en sesión ordinaria 59-2015 del 26 de noviembre de 2015, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

CONSIDERANDO

- I.** Que el recurso apelación fue analizado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el respectivo criterio jurídico, que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

“(...)”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución RRG-531-2015 es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 al 352 de la Ley 6227.

b) Temporalidad

El acto administrativo RRG-531-2015, que impugnó la recurrente, le fue notificado el 11 de setiembre de 2015 (folio 948). El 14 de setiembre de 2015, se interpuso el recurso de apelación contra dicha

resolución (folios 886 al 917). Conforme los artículos 343 y 346 de la Ley 6227, el citado recurso se debía interponer dentro del plazo de 24 horas contadas a partir de su notificación, plazo que vencía el 14 de setiembre de 2015.

Del análisis comparativo que precede, se puede concluir que el recurso de apelación fue interpuesto por la ESPH, dentro del plazo legal establecido por la normativa de cita.

c) Legitimación

Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que la ESPH está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de conformidad con el artículo 275 de la Ley 6227, en concordancia con el artículo 10 de la Ley 7593.

d) Representación

Se aprecia a folio 285 y 286 del expediente administrativo, escrito donde consta que el señor Yamil de la O Gómez, es apoderado generalísimo sin límite de suma de la recurrente, y en tal condición otorga poder especial administrativo a Juan Carlos Chaves Hernández, quien interpuso las gestiones en estudio. Así entonces, las mismas fueron presentadas por medio del representante debidamente acreditado.

En virtud de lo anterior, se tiene que tanto el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-531-2015, es admisible por haber sido interpuesto en tiempo y forma.

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO

La ESPH en su escrito, indica como nuevos argumentos los siguientes:

1. *Que no comparte lo resuelto en la RRG-531-2015. Además, indica que hay “interés” de los funcionarios para resolver lo más conveniente para la Aresep y para “enderezar entuertos” del proceso OT-38-2013.*
2. *Que el órgano director tomó decisiones contradictorias en la comparecencia, a favor de la CNFL.*
3. *Que la Aresep debería de suspender el proceso administrativo, en virtud de que existe prejudicialidad implícita en el proceso contencioso administrativo.*

Asímismo, reitera los argumentos indicados en la gestión de recusación:

4. *Que las funcionarias que conforman el órgano director suplente, son asalariadas de la Aresep, bajo las órdenes y directrices de sus superiores, dentro de los cuales se encuentra el Regulador General y los miembros de Junta Directiva, asimismo tiene una clara identidad de intereses con la Aresep.*
5. *Que el Regulador General, superior jerárquico del órgano director suplente, dictó la resolución RRG-071-2013, en el expediente OT-038-2013, la cual fue recurrida por la ESPH y*

posteriormente revocada en forma parcial, por la Junta Directiva. Esta resolución, se encuentra cuestionada judicialmente para declarar su nulidad.

6. *Que mediante el expediente número 14-010265-2017-CA, la ESPH planteó demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo en contra de la Aresep y la CNFL, solicitando la nulidad del OT-038-2013, las resoluciones RRG-071-2013, RJD-135-2013 y RJD-009-2014, daños y perjuicios, responsabilidad solidaria del Regulador General y la Junta Directiva, entre otras. Concretamente, indican que el órgano director suplente tiene un interés directo, por cuanto, de acogerse la demanda, deben responder de forma personal y solidaria por los daños y perjuicios ocasionados a la ESPH.*
7. *Que el órgano director suplente dio apertura a la audiencia de pruebas, a pesar de las recusaciones planteadas por la ESPH contra el órgano director del procedimiento y los recursos pendientes, que otorgan derecho de defensa y emplazamiento para ofrecimiento de pruebas, que no ha podido cumplir la ESPH ante la falta de firmeza de las resoluciones recurridas.*
8. *Que a pesar de las defensas y nulidades planteadas por la ESPH, se continuó con la audiencia, inclusive ante la solicitud de suspensión de ambas partes.*

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

Como primer argumento, indica la recurrente que no comparte lo resuelto en la RRG-531-2015, por cuanto hay suficientes elementos para establecer niveles de parcialidad. Además, indica que hay “interés” de los funcionarios para resolver lo más conveniente para la Aresep y para “enderezar entuertos” del proceso OT-38-2013.

Sobre el primer punto, debe indicarse que no señala la recurrente cuáles son esos elementos para establecer los supuestos niveles de parcialidad apuntados, por lo que este argumento debe rechazarse.

Debe indicarse además, que este procedimiento es independiente de otros que se hayan llevado con anterioridad, y llama la atención que la representación de la ESPH traiga a colación el expediente OT-038-2013, el cual se encuentra finalizado, con resolución firme.

Además, se debe hacer referencia de que las actuaciones de la Administración en dicho expediente, así como en el proceso que nos atañe, se encuentran apegadas al principio de legalidad y en diferentes ocasiones, en virtud de sendas gestiones de nulidad interpuestas por la ESPH, se dieron exhaustivas revisiones de las actuaciones para garantizar el cumplimiento de los diferentes elementos del acto administrativo.

Como segundo argumento, indica la ESPH que el órgano director tomó decisiones contradictorias en la comparecencia, a favor de la CNFL. Fundamenta su argumento en un extracto de la comparecencia.

Al respecto debe indicarse, que dichas manifestaciones no pueden sacarse del contexto. En un primer momento, el órgano director procedió a suspender la audiencia con la presentación de la recusación y posteriormente, una vez que la audiencia fue suspendida, el órgano director le consultó a la

representación de la CNFL, si tenía alguna manifestación que hacer respecto a la recusación interpuesta, por cuanto ya había quedado claro que la audiencia estaba suspendida.

Dicha consulta, no se le realizó a la ESPH por cuanto, fue esta representación la que presentó el escrito con la recusación, el consultarle habría sido un sin sentido. Debe tomar en cuenta la ESPH, que la finalidad de todo procedimiento es la averiguación de la verdad real de los hechos y que el actuar administrativo se encuentra guiado por el principio de imparcialidad, con la obligación ineludible de brindar el debido proceso a ambas partes.

Aunado a lo anterior, resulta menester de esta Administración recordar a la recurrente, que el presente procedimiento (conflicto de competencia) fue presentado por una de las partes en conflicto, lo que implica que se inició a solicitud de un interesado. Así el interés de la Administración es simplemente cumplir con sus competencias legales. En virtud de lo anterior, no lleva razón la recurrente.

Como tercer punto, la ESPH argumenta una supuesta prejudicialidad implícita en la demanda contencioso administrativa, indicando que la Aresep debería suspender el procedimiento administrativo.

Al respecto, debe indicarse que en el expediente judicial número 14-010265-2017-CA, se tramita una demanda planteada por la ESPH ante el Tribunal Contencioso Administrativo en contra de la Aresep y la CNFL. En ella, solicitó la nulidad del OT-038-2013, y de las resoluciones RRG-071-2013, RJD-135-2013 y RJD-009-2014, procedimiento administrativo que se encuentra en firme. En tanto que el presente procedimiento administrativo, está en trámite, se conoce en el expediente OT-143-2014 y las resoluciones citadas no pertenecen a este procedimiento. Es decir, no se trata del mismo asunto.

Por otra parte, aunque se tratase del mismo asunto, es posible que se conozca simultáneamente en la vía judicial y en la administrativa. Ello por cuanto, desde la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo (2008), no es necesario agotar la vía administrativa para acudir a la vía judicial (salvo asuntos municipales y de contratación administrativa). Por ello, es posible que un mismo asunto se conozca en ambas vías, de forma simultánea.

Ahora bien, entendido que la alegada prejudicialidad no procede, podría interpretarse que el recurrente lo que pretende es la suspensión del procedimiento administrativo, la cual se rige por los artículos 136.1.d), 146 al 148 de la Ley 6227 y en forma supletoria, a falta de normativa expresa en la Ley antes mencionada en materia de medidas cautelares, los artículos 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), de conformidad con el artículo 229 de la Ley 6227.

Conviene indicar que, en sede judicial, el propósito de una medida cautelar, es garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En otras palabras, procura que el transcurso del tiempo no haga inútil la demanda, tomándose las medidas necesarias para que la petitoria de la acción que se está presentando, pueda en el futuro, ser ejecutada en el eventual caso de que la demanda se declare con lugar. La cuestión aquí entonces es, que se pueda garantizar el posible resultado del proceso, pero sin perjudicar con ello el interés público.

Aún en esa sede, el interesado debe cumplir con requisitos esenciales para acceder a la implementación de la medida cautelar. En ese sentido, tenemos que la condición esencial para que proceda tal solicitud, es la demostración del “daño”, para lo que es necesario establecer la existencia de una situación de perjuicio que se pueda considerar “grave”. Ahora bien, si este calificativo es un concepto jurídico

indeterminado, da una idea clara de que para que proceda tal solicitud cautelar, se tiene que establecer por parte del interesado, que su esfera jurídica puede sufrir un deterioro serio y verdadero, que no sería fácilmente reparable. (Véase en ese sentido el artículo 21 del CPCA).

Inclusive, nótese que la procedencia e implementación de una medida cautelar no es ilimitada y que la misma también puede ser rechazada, aunque cumpla con los requisitos señalados, si le impone una “carga indebida” al interés público o a terceras personas, es decir, si por ejemplo, representara un peligro para otras personas, para la gestión sustantiva de una entidad pública determinada, la paralización de la actividad fundamental de la Administración Pública, o bien, la interrupción o suspensión de un servicio público de primera necesidad, para la colectividad en general.

Entonces, una medida cautelar, estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del CPCA y deberá entonces, ponderarse la relación entre el posible daño que pueda provocar la actuación de la Administración con la ejecución del acto, en relación con el posible daño que pueda producirse al administrado, en caso de no acogerse la medida cautelar que solicita. En esto consiste, precisamente la ponderación de los intereses en juego, de cara a la adopción de la medida cautelar solicitada, lo que la doctrina ha llamado, la “bilateralidad del peligro en la demora”.

En tesis de principio, debemos de indicar, que todos los actos administrativos son ejecutables y surten efectos después de ser comunicados (publicación). No obstante, como medida cautelar de carácter excepcional, temporal, provisional o transitoria, los efectos del acto administrativo pueden ser suspendidos en vía administrativa o judicial, con el fin de evitar perjuicios graves o de imposible reparación, al administrado (artículo 148 de la Ley 6227).

En el caso que nos ocupa, considera este órgano asesor, que la recurrente no fundamentó, ni demostró el nexo causal entre la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación, que se le ocasionarían con la ejecución de la resolución recurrida.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación, ha sido muy clara respecto a los presupuestos indispensables para el otorgamiento de una medida cautelar en sede judicial, a la luz del Código Procesal Contencioso Administrativo, mismos que resultan también aplicables a la suspensión del procedimiento en sede administrativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 13 de la Ley 6227.

Al respecto, conviene extraer de la sentencia N.º. 378-2009, emitida por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de las 8:17 horas del 12 de febrero de 2009, lo siguiente:

[...]

El Tribunal de Casación, en su sentencia 5F-TC-2008 de las diez horas y cuarenta y cinco minutos del seis de febrero del presente año, definió algunas líneas de criterio, a considerar al momento de radicar y otorgar las medidas cautelares; en ese sentido se dijo que las medidas del 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo, tiene como único fin garantizar el objeto del proceso, garantizar los efectos de una sentencia y más aún evitar los daños y perjuicios, sin embargo, enfatizó que para que tales presupuestos de protección se efectivicen, debe existir al menos un

principio de demostración de los daños y perjuicios ocasionados, y que no basta con la sola indicación de que se desea la protección cautelar, sino que debe demostrarse apriorísticamente la potencialidad de la necesidad de la misma, cuando alguno de los tres presupuestos materiales enunciados, tengan peligro de no existir, si no se toma la medida solicitada. [...] Sobre la suspensión de los efectos de un acto administrativo: La suspensión de un acto administrativo como el que se sugiere, se da como una medida de carácter excepcional dentro del ordenamiento sustancial administrativo, esto, en razón de su característica contradictoria al curso normal de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto mismo cuestionado. De tal manera, que los daños y perjuicios derivados por la no suspensión, deban resultar de grado intenso, grosero y graves, que por su propia naturaleza, no sean directa o mediatamente reparables en el patrimonio del administrado y además, deben derivar necesariamente de la situación aludida. [...]

Del análisis de los autos, no se desprende referencia, ni se aporta prueba idónea alguna por parte de la recurrente, que haga presumir la confluencia de los presupuestos legales para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos solicitados y que son: a) apariencia de buen derecho, b) el peligro en la demora, y c) la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación que se le ocasionarían con la tramitación del procedimiento. De las normas supra referidas, se puede inferir que la interposición de los recursos administrativos no tiene efecto suspensivo alguno de la ejecución de los actos administrativos.

En consecuencia, este órgano asesor considera que la gestión de suspensión interpuesta, resulta inadmisibles, por la falta de demostración de los daños y perjuicios ocasionados, ya que no basta con la sola indicación, por parte de la recurrente, de que desea suspender el procedimiento por una supuesta prejudicialidad, lo que produce que la medida cautelar deba ser rechazada en los términos solicitados.

Como cuarto argumento, la ESPH indicó que el órgano director suplente, se compone de dos funcionarias de la Aresep, que son asalariadas y actúan bajo las órdenes y directrices de sus superiores, dentro de los cuales se encuentra el Regulador General y los miembros de Junta Directiva, asimismo tiene una clara identidad de intereses con la Aresep.

Respecto a este punto la resolución RRG-531-2015, que resolvió la recusación del órgano suplente, indicó:

“(...) la tramitación del expediente OT-143-2014, se realiza en virtud de las funciones establecidas en el RIOF para los funcionarios de la Dirección General de Atención al Usuario, y no de un interés directo que tengan las funcionarias en el proceso. Así las cosas, debe rechazarse este argumento”. (Folio 944)

De lo anterior se extrae que, las funcionarias que tramitan el expediente OT-143-2014, realizan dicha labor en virtud de un mandato establecido en el artículo 22 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF).

De forma tal que, de un análisis del expediente, así como del informe realizado por el órgano director suplente (folios 675 al 679), no se desprende que el actuar del órgano director suplente se haya visto influenciado por órdenes o directrices de sus superiores, en cuando a la forma de tramitar el expediente que nos atañe, por lo que debe rechazarse este argumento.

En cuanto al quinto argumento, indica la ESPH que el Regulador General, quien es superior jerárquico de las recusadas, dictó la resolución RRG-071-2013, del 16 de mayo de 2013, en el expediente OT-038-2013, la cual fue recurrida por la ESPH y posteriormente revocada en forma parcial, por la Junta Directiva. Esta resolución se encuentra cuestionada judicialmente para alegar su nulidad.

La resolución RRG-531-2015, que resolvió la recusación, al referirse sobre este argumento, indicó:

“(…) el dictado de las resoluciones RRG-071-2013 y RRG-292-2013, dentro del expediente OT-038-2013, se dio en uso de las competencias dadas por ley, no por interés del Regulador General en el asunto. Además, dichas resoluciones fueron producto de un proceso diferente, al que se tramita en el expediente OT-143-2014, que nos ocupa. Si bien es cierto, es también un conflicto de competencias entre la ESPH y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, debe indicarse que no tienen relación en cuanto a que son denuncias distintas, el territorio en conflicto es otro, el elenco probatorio, y demás elementos que conforman el proceso corresponden cada uno al territorio donde se presenta el conflicto de competencias. De conformidad con lo expuesto, se rechaza este argumento”. (Folio 945)

Este argumento ha sido recurrente en las recusaciones presentadas por la ESPH, sea contra la Junta Directiva, contra el Órgano Decisor, contra el Órgano Director titular y el Órgano Director suplente. Sin embargo, como se indicó en la resolución RRG-531-2015 –que resolvió la recusación contra el órgano director suplente-, el dictado de las resoluciones RRG-071-2013 y RRG-292-2013, se debió a un mandato legal que obliga al Regulador General a resolver los recursos de su competencia, que se interpongan en virtud de un conflicto de competencias. Dichas resoluciones, no son actos parcializados del jerarca, sino que son imposiciones legales en virtud del puesto que ocupa. Por lo que, debe rechazarse este argumento.

Como sexto argumento, señala la ESPH, que el órgano director suplente tiene un interés directo, por cuanto, de acogerse la demanda, deberá responder de forma personal y solidaria por los daños y perjuicios ocasionados a la ESPH.

Sobre este punto, la resolución RRG-531-2015 –que resolvió la recusación contra el órgano director suplente-, indicó:

“No obstante lo anterior, del análisis de la demandada incoada por la ESPH contra la Aresep y la CNFL, tramitada en el expediente judicial 14-010265-1027-CA ante el Tribunal Contencioso Administrativo, se desprende que el demandado es la Institución y no las funcionarias que conforman el órgano director suplente a título personal, como lo pretende hacer ver la ESPH, por lo que no cabrían las causales de la recusación en razón de este argumento”. (Folio 945)

De lo anterior, se concluye que no podría desprenderse que, de la demanda interpuesta por la ESPH se llegase a resolver, por parte del Tribunal, sobre una responsabilidad directa o solidaria de las funcionarias que integran el órgano director, por lo que sus funciones no tienen por qué verse empañadas con la interposición de dicha demanda. Aunado a lo anterior, como se dijo líneas arriba, la tramitación del expediente OT-143-2015, se da en virtud de obligaciones impuestas por normativa interna de la institución. Por lo que, debe rechazarse este argumento.

Como séptimo argumento, indicó la ESPH que el órgano director suplente dio apertura a la audiencia de pruebas, a pesar de las recusaciones planteadas por la ESPH contra el órgano director del procedimiento y los recursos pendientes, que otorgan derecho de defensa y emplazamiento para ofrecimiento de pruebas, que no ha podido cumplir la ESPH ante la falta de firmeza de las resoluciones recurridas. Además de que, a pesar de las defensas y nulidades planteadas por la ESPH, se continuó con la audiencia, inclusive ante la solicitud de suspensión de ambas partes.

Como se indicó en la resolución RRG-531-2015, estos argumentos fueron resueltos en la comparecencia realizada el día 13 de julio de 2015 (visible a folios 782 al 784) y deberá atenderse la recurrente a lo ahí, resuelto por cuanto no encuentra razones, este órgano asesor, para recomendar variar lo ahí resuelto.

V. CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- 1. El recurso apelación interpuesto por la ESPH, contra la resolución RRG-531-2015 resulta admisible, por haber sido interpuesto en tiempo y forma.*
- 2. No indica la ESPH en su recurso, cuáles son los elementos para establecer la supuesta parcialidad del órgano director suplente.*
- 3. El trámite del expediente OT-143-2014, es independiente de otros expedientes que se hayan tramitado con anterioridad.*
- 4. La finalidad de todo procedimiento, es la averiguación de la verdad real de los hechos y el actuar administrativo se encuentra guiado por el principio de imparcialidad, con la obligación de brindar el debido proceso a ambas partes.*
- 5. La gestión de suspensión del procedimiento interpuesta, resulta inadmisibles, por la falta de demostración de los daños y perjuicios ocasionados, ya que no basta con la sola indicación, por parte de la recurrente, de que desea suspender el procedimiento por una supuesta prejudicialidad, lo que produce que la medida cautelar deba ser rechazada en los términos solicitados.*
- 6. De un análisis de la demanda interpuesta por la ESPH no podría desprenderse que, se llegase a resolver, por parte del Tribunal, sobre una responsabilidad directa o solidaria de las funcionarias que integran el órgano director, por lo que sus funciones no tienen por qué verse empañadas con la interposición de dicha demanda.*
- 7. Respecto a los argumentos interpuestos durante la comparecencia los mismos fueron resueltos en ese momento y deberá atenderse la recurrente a lo ahí dispuesto.*

(...)”

- II.** Que de conformidad con el resultando y los considerandos que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por la ESPH contra la resolución RRG-

531-2015 y dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a la resolución RRG-531-2015, tal y como se dispone.

- III.** Que en la sesión 59-2015, del 26 de noviembre de 2015; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 1124-DGAJR-2015, de cita, acordó entre otras cosas y con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO

Con fundamento en las facultades conferidas en la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593),

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

- I.** Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A. contra la resolución RRG-531-2015.
- II.** Dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a la resolución RRG-531-2015.
- III.** Notificar a las partes.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 14. Recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A, contra de la resolución RRG-528-2015. Expediente OT-076-2012.

La Junta Directiva conoce el oficio 1126-DGAJR-2015 del 17 de noviembre de 2015, 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 de la resolución RRG-528-2015

La señora *Melissa Gutiérrez López* explica los antecedentes, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 1126-DGAJR-2015, la señora *Grettel López Castro* lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 15-59-2015

- 1.** Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A. contra la resolución RRG-528-2015.
- 2.** Dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a la resolución RRG-528-2015.

3. Notificar a las partes.
4. Díctese la presente resolución:

RESULTANDO

- I. Que el 30 de enero de 2015, mediante la resolución RRG-040-2015, el Regulador General, dispuso entre otras cosas, lo siguiente (folios 263 al 281):

“(…)

I. Acumular al expediente OT-76-2012, los expedientes OT-300-2013, y OT-268-2014.

II. (...)

III. Ordenar a la ESPH S.A. que se abstenga de prestar el servicio de suministro de energía eléctrica a nuevos usuarios en el cantón de Flores de la provincia de Heredia hasta tanto no se resuelva por el fondo este expediente o se levante esta medida cautelar.

IV. (...)

V. (...)

VI. (...)

VII. Ordenar la apertura de un procedimiento administrativo ordinario para resolver el conflicto de competencia territorial para la prestación del servicio de energía eléctrica entre la CNFL y la ESPH, en el cantón de Flores de la provincia de Heredia.

VIII. Nombrar como órgano director unipersonal del procedimiento (...)”

- II. Que el 19 de junio de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-113-2015, el órgano director dio inicio al procedimiento y programó comparecencia oral y privada. (Folios 889 al 905)
- III. Que el 9 de julio de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-127-2015, el órgano director reprogramó la comparecencia para el 19 de agosto de 2015. La cual no se realizó en virtud de la presentación de una recusación contra el órgano director suplente. (Folios 1324 al 1329)
- IV. Que el 10 de julio de 2015, la ESPH presentó recusación contra el órgano director, el Regulador General y la Junta Directiva. (Folios 913 al 1305)
- V. Que el 10 de julio de 2015, mediante el oficio 2349-DGAU-2015, el órgano director rindió informe al órgano decisor, sobre la recusación interpuesta en su contra. (Folios 1334 al 1369)

- VI. Que el 21 de julio de 2015, mediante el oficio 2440-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario remitió al Regulador General la recusación interpuesta en su contra por la ESPH. (Folios 1370 al 1395)
- VII. Que el 23 de julio de 2015, mediante la resolución RJD-135-2015, la Junta Directiva resolvió remitir a la Presidencia de la República para su resolución la recusación interpuesta contra cuatro de sus miembros. (Folios 1419 al 1434)
- VIII. Que el 5 de agosto de 2015, mediante la resolución DP-R-017-2015, la Presidencia de la República desestimó la recusación interpuesta contra la Junta Directiva. (Folios 1435 al 1448)
- IX. Que el 17 de agosto de 2015, mediante el oficio 725-RG-2015 el Regulador General rindió informe sobre la recusación interpuesta en su contra. (Folios 1477 al 1483)
- X. Que el 19 de agosto de 2015, mediante el oficio 642-SJD-2015, la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el informe del Regulador General sobre la recusación interpuesta en su contra. (Folio 1476)
- XI. Que el 3 de setiembre de 2015, mediante la resolución RJD-184-2015, la Junta Directiva rechazó la recusación interpuesta contra el Regulador General. (Folios 1525 al 1540)
- XII. Que el 9 de setiembre de 2015, mediante la resolución RRG-528-2015, el Regulador General, entre otras cosas, resolvió: “*I. Rechazar por el fondo la recusación formulada por la ESPH contra el órgano director suplente (...)*”. (Folios 1541 al 1558)
- XIII. Que el 14 de setiembre de 2015, la ESPH presentó recurso de apelación contra la resolución RRG-528-2015. (Folios 1511 al 1524)
- XIV. Que el 12 de noviembre de 2015, mediante el oficio 1113-DGAJR-2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remitió a la Secretaría de Junta Directiva el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227, respecto del recurso de apelación en contra de la resolución RRG-528-2015, ambas gestiones interpuestas por la ESPH. (Correrá agregado a los autos)
- XV. Que el 12 de noviembre de 2015, mediante el oficio 883-SJD-2015, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución RRG-528-2015. (Correrá agregado a los autos)
- XVI. Que el 17 de noviembre de 2015, mediante el oficio 1126-DGAJR-2015, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio respecto al recurso de apelación interpuesto. (Correrá agregado a los autos)
- XVII. Que en sesión ordinaria 59-2015 del 26 de noviembre de 2015, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó entre otras cosas y con carácter de firme, dictar la presente resolución.

CONSIDERANDO

- I. Que el recurso apelación fue analizado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el respectivo criterio jurídico, que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

“(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA**a) Naturaleza**

El recurso interpuesto contra la resolución RRG-528-2015 es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 al 352 de la Ley 6227.

b) Temporalidad

El acto administrativo RRG-528-2015, que impugnó la recurrente, le fue notificado el 9 de setiembre de 2015 (folio 1541). El 14 de setiembre de 2015, se interpuso el recurso de apelación contra dicha resolución (folios 1511 al 1524). Conforme los artículos 343 y 346 de la Ley 6227, el citado recurso se debía interponer dentro del plazo de 24 horas contadas a partir de su notificación.

Sin embargo, según se desprende de la redacción del acto resolutivo en cuestión, que no se le había informado a las partes, la posibilidad de interponer recursos ordinarios contra la resolución RRG-528-2015, lo que es considerado como una etapa procesal medular y podría generar indefensión a la administrada. Ello por cuanto el artículo 245 de la Ley 6227 establece la obligación de la Administración de indicar los recursos procedentes, del órgano que resolverá, de aquél ante el cual deben interponerse y del plazo para interponerlos.

En el presente caso, se omitió lo preceptuado en dicho numeral, por ello, para todo efecto legal, dicha fase se debe tener por debidamente presentada en tiempo, en el momento mismo en que la interesada, en este caso la ESPH, acude al procedimiento interponiendo el recurso. De forma tal que, se debe entrar a conocer la el recurso, al encontrarse el mismo en tiempo, dada la omisión señalada. Lo anterior de conformidad con el artículo 247 de la Ley 6227, el cual a la letra indica:

Artículo 247.-

1. La comunicación (...) omisa en cuanto a una parte cualquiera de la disposición del acto, será absolutamente nula y se tendrá por hecha en el momento en que gestione la parte o el interesado, dándose por enterado, expresa o implícitamente, ante el órgano director competente.

Del análisis comparativo que precede, se puede concluir que el recurso de apelación fue interpuesto por la ESPH, en tiempo.

c) Legitimación

Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que la ESPH está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de conformidad con el artículo 275 de la Ley 6227, en concordancia con el artículo 10 de la Ley 7593.

d) Representación

Se aprecia a folio 1464 del expediente administrativo, escrito donde consta que el señor Yamil de la O Gómez, es apoderado generalísimo sin límite de suma de la recurrente, y en tal condición otorga poder especial administrativo a Juan Carlos Chaves Hernández, quien interpuso las gestiones en estudio. Así entonces, las mismas fueron presentadas por medio del representante debidamente acreditado.

En virtud de lo anterior, se tiene que el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-528-2015, es admisible por haber sido interpuesto en tiempo y forma.

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO

La ESPH en su escrito, indica como nuevos argumentos los siguientes:

- 1. Que no comparte lo resuelto en la RRG-528-2015. Además, indica que hay “interés” de los funcionarios para resolver lo más conveniente para la Aresep y para “enderezar entuertos” del proceso OT-38-2013.*
- 2. Que la Aresep debería de suspender el proceso administrativo, en virtud de que existe prejudicialidad implícita en el proceso contencioso administrativo.*

Así mismo, reitera los argumentos indicados en la gestión de recusación:

- 3. Que las funcionarias que conforman el órgano director suplente, son asalariadas de la Aresep, bajo las órdenes y directrices de sus superiores, dentro de los cuales se encuentra el Regulador General y los miembros de Junta Directiva, asimismo tiene una clara identidad de intereses con la Aresep.*
- 4. Que el Regulador General, superior jerárquico del órgano director suplente, dictó la resolución RRG-071-2013, en el expediente OT-038-2013, la cual fue recurrida por la ESPH y posteriormente revocada en forma parcial, por la Junta Directiva. Esta resolución, se encuentra cuestionada judicialmente para declarar su nulidad.*
- 5. Que mediante el expediente número 14-010265-2017-CA, la ESPH planteó demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo en contra de la Aresep y la CNFL, solicitando la nulidad del OT-038-2013, las resoluciones RRG-071-2013, RJD-135-2013 y RJD-009-2014, daños y perjuicios, responsabilidad solidaria del Regulador General y la Junta Directiva, entre otras. Concretamente, indican que el órgano director suplente tiene un interés directo, por cuanto, de acogerse la demanda, deben responder de forma personal y solidaria por los daños y perjuicios ocasionados a la ESPH.*
- 6. Que el órgano director suplente dio apertura a la audiencia de pruebas, a pesar de las recusaciones planteadas por la ESPH contra el órgano director del procedimiento y los recursos*

pendientes, que otorgan derecho de defensa y emplazamiento para ofrecimiento de pruebas, que no ha podido cumplir la ESPH ante la falta de firmeza de las resoluciones recurridas.

- 7. Que a pesar de las defensas y nulidades planteadas por la ESPH, se continuó con la audiencia, inclusive ante la solicitud de suspensión de ambas partes.*

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

Como primer argumento, indica la recurrente que no comparte lo resuelto en la RRG-528-2015, por cuanto hay suficientes elementos para establecer niveles de parcialidad. Además, indica que hay “interés” de los funcionarios para resolver lo más conveniente para la Aresep y para “enderezar entuertos” del proceso OT-38-2013.

Sobre el primer punto, debe indicarse que no señala la recurrente, cuáles son esos elementos para establecer los supuestos niveles de parcialidad apuntados, por lo que este argumento debe rechazarse.

Debe indicarse además, que este procedimiento es independiente de otros que se hayan llevado con anterioridad, y llama la atención que la representación de la ESPH traiga a colación el expediente OT-038-2013, el cual se encuentra finalizado, con resolución firme.

Además, se debe hacer referencia de que las actuaciones de la Administración en dicho expediente, así como en el proceso que nos atañe, se encuentran apegadas al principio de legalidad y en diferentes ocasiones, en virtud de sendas gestiones de nulidad interpuestas por la ESPH, se dieron exhaustivas revisiones de las actuaciones para garantizar el cumplimiento de los diferentes elementos del acto administrativo.

Como segundo punto, la ESPH argumenta una supuesta prejudicialidad implícita en la demanda contencioso administrativa, indicando que la Aresep debería suspender el procedimiento administrativo.

Al respecto, debe indicarse que en el expediente judicial número 14-010265-2017-CA, se tramita una demanda planteada por la ESPH ante el Tribunal Contencioso Administrativo en contra de la Aresep y la CNFL. En ella, solicitó la nulidad del OT-038-2013, y de las resoluciones RRG-071-2013, RJD-135-2013 y RJD-009-2014, procedimiento administrativo que se encuentra en firme. En tanto que el presente procedimiento administrativo, está en trámite, se conoce en el expediente OT-076-2013 y las resoluciones citadas no pertenecen a este procedimiento. Es decir, no se trata del mismo asunto.

Por otra parte, aunque se tratase del mismo asunto, es posible que se conozca simultáneamente en la vía judicial y en la administrativa. Ello por cuanto, desde la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo (2008), no es necesario agotar la vía administrativa para acudir a la vía judicial (salvo asuntos municipales y de contratación administrativa). Por ello, es posible que un mismo asunto se conozca en ambas vías, de forma simultánea.

Ahora bien, entendido que la alegada prejudicialidad no procede, podría interpretarse que el recurrente lo que pretende es la suspensión del procedimiento administrativo, la cual se rige por los artículos 136.1.d), 146 al 148 de la Ley 6227 y en forma supletoria, a falta de normativa expresa en la Ley antes mencionada en materia de medidas cautelares, los artículos 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), de conformidad con el artículo 229 de la Ley 6227.

Conviene indicar que, en sede judicial, el propósito de una medida cautelar, es garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En otras palabras, procura que el transcurso del tiempo no haga inútil la demanda, tomándose las medidas necesarias para que la pretoria de la acción que se está presentando, pueda en el futuro, ser ejecutada en el eventual caso de que la demanda se declare con lugar. La cuestión aquí entonces es, que se pueda garantizar el posible resultado del proceso, pero sin perjudicar con ello el interés público.

Aún en esa sede, el interesado debe cumplir con requisitos esenciales para acceder a la implementación de la medida cautelar. En ese sentido, tenemos que la condición esencial para que proceda tal solicitud, es la demostración del “daño”, para lo que es necesario establecer la existencia de una situación de perjuicio que se pueda considerar “grave”. Ahora bien, si este calificativo es un concepto jurídico indeterminado, da una idea clara de que para que proceda tal solicitud cautelar, se tiene que establecer por parte del interesado, que su esfera jurídica puede sufrir un deterioro serio y verdadero, que no sería fácilmente reparable. (Véase en ese sentido el artículo 21 del CPCA).

Inclusive, nótese que la procedencia e implementación de una medida cautelar no es ilimitada y que la misma también puede ser rechazada, aunque cumpla con los requisitos señalados, si le impone una “carga indebida” al interés público o a terceras personas, es decir, si por ejemplo, representara un peligro para otras personas, para la gestión sustantiva de una entidad pública determinada, la paralización de la actividad fundamental de la Administración Pública, o bien, la interrupción o suspensión de un servicio público de primera necesidad, para la colectividad en general.

Entonces, una medida cautelar, estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del CPCA y deberá entonces, ponderarse la relación entre el posible daño que pueda provocar la actuación de la Administración con la ejecución del acto, en relación con el posible daño que pueda producirse al administrado, en caso de no acogerse la medida cautelar que solicita. En esto consiste, precisamente la ponderación de los intereses en juego, de cara a la adopción de la medida cautelar solicitada, lo que la doctrina ha llamado, la “bilateralidad del peligro en la demora”.

En tesis de principio, debemos de indicar, que todos los actos administrativos son ejecutables y surten efectos después de ser comunicados (publicación). No obstante, como medida cautelar de carácter excepcional, temporal, provisional o transitoria, los efectos del acto administrativo pueden ser suspendidos en vía administrativa o judicial, con el fin de evitar perjuicios graves o de imposible reparación, al administrado (artículo 148 de la Ley 6227).

En el caso que nos ocupa, considera este órgano asesor, que la recurrente no fundamentó, ni demostró el nexo causal entre la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación, que se le ocasionarían con la ejecución de la resolución recurrida.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación, ha sido muy clara respecto a los presupuestos indispensables para el otorgamiento de una medida cautelar en sede judicial, a la luz del Código Procesal Contencioso Administrativo, mismos que resultan también aplicables a la suspensión del procedimiento en sede administrativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 13 de la Ley 6227.

Al respecto, conviene extraer de la sentencia N.º 378-2009, emitida por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de las 8:17 horas del 12 de febrero de 2009, lo siguiente:

[...]

El Tribunal de Casación, en su sentencia 5F-TC-2008 de las diez horas y cuarenta y cinco minutos del seis de febrero del presente año, definió algunas líneas de criterio, a considerar al momento de radicar y otorgar las medidas cautelares; en ese sentido se dijo que las medidas del 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo, tiene como único fin garantizar el objeto del proceso, garantizar los efectos de una sentencia y más aún evitar los daños y perjuicios, sin embargo, enfatizó que para que tales presupuestos de protección se efectivicen, debe existir al menos un principio de demostración de los daños y perjuicios ocasionados, y que no basta con la sola indicación de que se desea la protección cautelar, sino que debe demostrarse apriorísticamente la potencialidad de la necesidad de la misma, cuando alguno de los tres presupuestos materiales enunciados, tengan peligro de no existir, si no se toma la medida solicitada. [...] Sobre la suspensión de los efectos de un acto administrativo: La suspensión de un acto administrativo como el que se sugiere, se da como una medida de carácter excepcional dentro del ordenamiento sustancial administrativo, esto, en razón de su característica contradictoria al curso normal de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto mismo cuestionado. De tal manera, que los daños y perjuicios derivados por la no suspensión, deban resultar de grado intenso, grosero y graves, que por su propia naturaleza, no sean directa o mediatamente reparables en el patrimonio del administrado y además, deben derivar necesariamente de la situación aludida. [...]

Del análisis de los autos, no se desprende referencia, ni se aporta prueba idónea alguna por parte de la recurrente, que haga presumir la confluencia de los presupuestos legales para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos solicitados y que son: a) apariencia de buen derecho, b) el peligro en la demora, y c) la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación que se le ocasionarían con la tramitación del procedimiento. De las normas supra referidas, se puede inferir que la interposición de los recursos administrativos no tiene efecto suspensivo alguno de la ejecución de los actos administrativos.

En consecuencia, este órgano asesor considera que la gestión de suspensión interpuesta, resulta inadmisibles, por la falta de demostración de los daños y perjuicios ocasionados, ya que no basta con la sola indicación, por parte de la recurrente, de que desea suspender el procedimiento por una supuesta prejudicialidad, lo que produce que la medida cautelar deba ser rechazada en los términos solicitados.

Como tercer argumento, la ESPH indicó que el órgano director suplente, se compone de dos funcionarias de la Aresep, que son asalariadas y actúan bajo las órdenes y directrices de sus superiores, dentro de los cuales se encuentra el Regulador General y los miembros de Junta Directiva, asimismo tiene una clara identidad de intereses con la Aresep.

Respecto a este punto la resolución RRG-528-2015, que resolvió la recusación del órgano suplente, indicó:

“(...) la tramitación del expediente OT-076-2012, se realiza en virtud de las funciones establecidas en el RIOF para los funcionarios de la Dirección General de Atención al Usuario, y no de un

interés directo que tengan las funcionarias en el proceso. Así las cosas, debe rechazarse este argumento”. (Folio 1552)

De lo anterior se extrae que, las funcionarias que tramitan el expediente OT-076-2012, realizan dicha labor en virtud de un mandato establecido en el artículo 22 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF).

De forma tal que, de un análisis del expediente, así como del informe realizado por el órgano director suplente (folios 1469 al 1473), no se desprende que el actuar del órgano director suplente se haya visto influenciado por órdenes o directrices de sus superiores, en cuando a la forma de tramitar el expediente que nos atañe, por lo que debe rechazarse este argumento.

En cuanto al cuarto argumento, indica la ESPH que el Regulador General, quien es superior jerárquico de las recusadas, dictó la resolución RRG-071-2013, del 16 de mayo de 2013, en el expediente OT-038-2013, la cual fue recurrida por la ESPH y posteriormente revocada en forma parcial, por la Junta Directiva. Esta resolución se encuentra cuestionada judicialmente para alegar su nulidad.

La resolución RRG-528-2015, que resolvió la recusación, al referirse sobre este argumento, indicó:

“(…) el dictado de las resoluciones RRG-071-2013 y RRG-292-2013, dentro del expediente OT-038-2013, se dio en uso de las competencias dadas por ley, no por interés del Regulador General en el asunto. Además, dichas resoluciones fueron producto de un proceso diferente, al que se tramita en el expediente OT-076-2012, que nos ocupa. Si bien es cierto, es también un conflicto de competencias entre la ESPH y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, debe indicarse que no tienen relación en cuanto a que son denuncias distintas, el territorio en conflicto es otro, el elenco probatorio, y demás elementos que conforman el proceso corresponden cada uno al territorio donde se presenta el conflicto de competencias. De conformidad con lo expuesto, se rechaza este argumento”. (Folio 1553)

Este argumento ha sido recurrente en las recusaciones presentadas por la ESPH, sea contra la Junta Directiva, contra el Órgano Decisor, contra el Órgano Director titular y el Órgano Director suplente. Sin embargo, como se indicó en la resolución RRG-528-2015 –que resolvió la recusación contra el órgano director suplente-, el dictado de las resoluciones RRG-071-2013 y RRG-292-2013, se debió a un mandato legal que obliga al Regulador General a resolver los recursos de su competencia, que se interpongan en virtud de un conflicto de competencias. Dichas resoluciones, no son actos parcializados del jerarca, sino que son imposiciones legales en virtud del puesto que ocupa. Por lo que, debe rechazarse este argumento.

Como quinto argumento, señala la ESPH, que el órgano director suplente tiene un interés directo, por cuanto, de acogerse la demanda, deberá responder de forma personal y solidaria por los daños y perjuicios ocasionados a la ESPH.

Sobre este punto, la resolución RRG-528-2015 –que resolvió la recusación contra el órgano director suplente-, indicó:

“No obstante lo anterior, del análisis de la demandada incoada por la ESPH contra la Aresep y la CNFL, tramitada en el expediente judicial 14-010265-1027-CA ante el Tribunal Contencioso

Administrativo, se desprende que el demandado es la Institución y no las funcionarias que conforman el órgano director suplente a título personal, como lo pretende hacer ver la ESPH, por lo que no cabrían las causales de la recusación en razón de este argumento". (Folio 1553)

De lo anterior, se concluye que no podría desprenderse que, de la demanda interpuesta por la ESPH se llegase a resolver, por parte del Tribunal, sobre una responsabilidad directa o solidaria de las funcionarias que integran el órgano director, por lo que sus funciones no tienen por qué verse empañadas con la interposición de dicha demanda. Aunado a lo anterior, como se dijo líneas arriba, la tramitación del expediente OT-076-2012, se da en virtud de obligaciones impuestas por normativa interna de la institución. Por lo que, debe rechazarse este argumento.

Como sexto argumento, indicó la ESPH que el órgano director suplente dio apertura a la audiencia de pruebas, a pesar de las recusaciones planteadas por la ESPH contra el órgano director del procedimiento y los recursos pendientes, que otorgan derecho de defensa y emplazamiento para ofrecimiento de pruebas, que no ha podido cumplir la ESPH ante la falta de firmeza de las resoluciones recurridas. Además de que, a pesar de las defensas y nulidades planteadas por la ESPH, se continuó con la audiencia, inclusive ante la solicitud de suspensión de ambas partes.

Como se indicó en la resolución RRG-528-2015: "Al respecto debe indicarse, que en el presente expediente no se dio la apertura a comparecencia por cuanto la misma estaba fijada, de conformidad con la resolución ROD-DGAU-127-2015, para el 19 de agosto de 2015, y la recusación del órgano director suplente fue presentada el 18 de agosto de 2015". (Folio 1553)

Así las cosas, no se modificar lo resuelto por cuanto no encuentra razones, este órgano asesor, para recomendar variar lo ahí resuelto.

V. CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- 1. El recurso apelación interpuesto por la ESPH, contra la resolución RRG-528-2015 resulta admisible, por haber sido interpuesto en tiempo y forma.*
- 2. No indica la ESPH en su recurso, cuáles son los elementos para establecer la supuesta parcialidad del órgano director suplente.*
- 3. El trámite del expediente OT-076-2012, es independiente de otros expedientes que se hayan tramitado con anterioridad.*
- 4. La gestión de suspensión del procedimiento interpuesta, resulta inadmisibile, por la falta de demostración de los daños y perjuicios ocasionados, ya que no basta con la sola indicación, por parte de la recurrente, de que desea suspender el procedimiento por una supuesta prejudicialidad, lo que produce que la medida cautelar deba ser rechazada en los términos solicitados.*
- 5. De un análisis de la demanda interpuesta por la ESPH no podría desprenderse que, se llegase a resolver, por parte del Tribunal, sobre una responsabilidad directa o solidaria de las funcionarias*

que integran el órgano director, por lo que sus funciones no tienen por qué verse empañadas con la interposición de dicha demanda.

6. *En el presente procedimiento no se realizó la comparecencia por cuanto la recusación del órgano director suplente se presentó un día antes de la fecha en que estaba programada la comparecencia. (...)*”

II. Que de conformidad con el resultando y los considerandos que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por la ESPH contra la resolución RRG-528-2015 y dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a la resolución RRG-528-2015, tal y como se dispone.

III. Que en la sesión 59-2015, del 26 de noviembre de 2015; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 1126-DGAJR-2015, de cita, acordó entre otras cosas y con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO

Con fundamento en las facultades conferidas en la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593),

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

RESUELVE:

- I.** Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A. contra la resolución RRG-528-2015.
- II.** Dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a la resolución RRG-528-2015.
- III.** Notificar a las partes.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 15. Asuntos informativos.

La Junta Directiva da por recibidos los asuntos indicados en la agenda, como temas de carácter informativo, los cuales se detallan a continuación:

- 1.** Propuesta de la Administración del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados al señor Carlos Herrera Amighetti, Intendente de Agua en cuanto al programa nacional de subsidios focalizados. Oficio PRE-2015-1578.

2. Consultas de la Refinadora Costarricense de Petróleo al Regulador General en cuanto a la aplicación de la resolución RJD-230-2015, "Metodología tarifaria ordinaria y extraordinaria para fijar el precio de los combustibles derivados de los hidrocarburos en planteles de distribución y al consumidor final". Oficio GAF-1539-2015 del 11 de noviembre de 2015.
3. Informe final de gestión del funcionario Esteban Castro Quirós. Nota de 13 de noviembre de 2015.
4. Respuesta a la Asamblea Legislativa sobre el Proyecto de ley Modificación del artículo 3 inciso a) y adición de un transitorio a la Ley N° 8114, Ley de simplificación y eficiencia tributarias, expediente 19.514. Oficio 941-RG-2015 del 13 de noviembre de 2015.

A las dieciocho horas con quince minutos horas finaliza la sesión.

DENNIS MELÉNDEZ HOWELL
Presidente de la Junta Directiva

EDGAR GUTIÉRREZ LÓPEZ
Presidente ad hoc

GRETTEL LÓPEZ CASTRO
Reguladora General Adjunta

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva