

SESIÓN ORDINARIA

N.º 23-2016

21 de abril de 2016

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA N.º 23-2016

Acta de la sesión ordinaria número veintitrés, dos mil dieciséis, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el jueves veintiuno de abril de dos mil dieciséis, a partir de las catorce horas. Asisten los siguientes miembros: Grettel López Castro, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Adriana Garrido Quesada y Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna; Enrique Muñoz Aguilar, Intendente de Transporte; Carlos Herrera Amighetti, Intendente de Agua; Rodolfo González Blanco, Director General de Operaciones; Carol Solano Durán, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; Ricardo Matarrita Venegas, Director General de Estrategia y Evaluación; Mario Mora Quirós, Director de la Intendencia de Energía; y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Constancia de inasistencia.

Se deja constancia de que el señor Dennis Meléndez Howell no asiste a esta sesión, por motivo de su participación en la XX Reunión Anual de Reguladores de la Energía y en la XVI Junta Anual Ordinaria de la Asamblea General de ARIAE, cuyas actividades se llevarán a cabo del 19 al 22 de abril de 2016, en la ciudad de Cusco, Perú, por lo que en este acto comparece 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 de la misma ley, la Reguladora General Adjunta sustituye al Regulador General durante sus ausencias temporales.

Asimismo, se deja constancia de que el señor Pablo Sauma Fiatt no asiste en esta oportunidad en vista de que tuvo que atender un compromiso urgente de índole laboral.

ARTÍCULO 2. Aprobación del Orden del Día.

La señora **Grettel López Castro** da lectura al Orden del Día de esta sesión y plantea trasladar el conocimiento del punto 4.8 de la agenda, para ser conocido como punto 4.6. Somete a votación el planteamiento y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 01-23-2016

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

1. *Aprobación del Orden del Día.*
2. *Aprobación de actas de las sesiones 20-2016 y 21-2016.*
3. *Asuntos de los Miembros de Junta Directiva.*

4. *Asuntos resolutivos.*

- 4.1 *Estados Financieros de la ARESEP, al 31 de marzo de 2016. Oficios 198-DGO-2016 y 611-DF-2016, ambos del 15 de abril de 2016.*
- 4.2 *Informe de Ejecución Presupuestaria, correspondientes al I Trimestre de 2016. Oficios 197-DGO-2016 y 610-DF-2016, ambos del 15 de abril de 2016.*
- 4.3 *Propuesta de acuerdo para la realización de un estudio técnico que determine y justifique los requerimientos de recursos humanos específicos por áreas como sustento para la creación de plazas para el periodo 2017 y su inclusión en el presupuesto ordinario, según lo solicitado a la Dirección General de Estrategia y Evaluación.*
- 4.4 *Propuesta de Informe de Labores 2015.*
- 4.5 *Propuesta de metodología tarifaria de los servicios de acueductos, alcantarillados e hidrantes y del programa de protección de recursos hídricos y propuesta de resolución de Junta Directiva. Expediente OT-161-2015. Oficio 14-CMTA-2016 del 14 de abril de 2016.*
- 4.6 *Recurso de apelación y gestiones de nulidad y de suspensión del acto, contra la resolución 148-RIT-2015 del 19 de noviembre de 2015 y gestiones de nulidad y de suspensión del acto contra la resolución RIT-031-2016 del 2 de marzo de 2016, interpuestos por la empresa RITEVE SYC S.A.*
- 4.7 *Recurso de reposición interpuesto por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra la resolución RJD-017-2016 del 8 de febrero de 2016. Expediente OT-082-2015. Oficio 311-DGAJR-2016 del 12 de abril de 2016.*
- 4.8 *Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., contra la resolución RJD-17-2016 del 8 de febrero de 2016. Expediente OT-082-2015. Oficio 316-DGAJR-2016 del 13 de abril de 2016.*

5. *Asuntos informativos.*

Formal oposición, advertencia en cuanto a sus eventuales responsabilidades subjetivas y personales en cuanto al tema piratas de las esquinas y de los piratas del UBER, presentada por la Unión de Taxistas Costarricenses (UTC). Nota del 6 de abril de 2016.

ARTÍCULO 3. Aprobación de actas de las sesiones 20-2016 y 21-2016.

a) En cuanto al acta 20-2016

Los señores miembros de la Junta Directiva conocen el borrador del acta de la sesión extraordinaria 20-2016, celebrada el 12 de abril de 2016.

La señora **Grettel López Castro** indica que se abstiene de votarla, dado que no presidió la sesión en esa oportunidad. La somete a votación y la Junta Directiva resuelve, con los votos de Edgar Gutiérrez López, Adriana Garrido Quesada y Sonia Muñoz Tuk:

ACUERDO 02-23-2016

Aprobar el acta de la sesión 20-2016, celebrada el 12 de abril de 2016, cuyo borrador se distribuyó con anterioridad entre los señores miembros de la Junta Directiva para su revisión, con la salvedad presentada por la señora Grettel López Castro, de que presidió en esa oportunidad.

b) En cuanto al acta 21-2016

Los señores miembros de la Junta Directiva conocen el borrador del acta de la sesión ordinaria 21-2016, celebrada el 14 de abril de 2016.

La señora **Grettel López Castro** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes.

ACUERDO 03-23-2016

Aprobar el acta de la sesión 21-2016, celebrada el 14 de abril de 2016, cuyo borrador se distribuyó con anterioridad entre los señores miembros de la Junta Directiva para su revisión.

ARTÍCULO 4. Asuntos de los Miembros de Junta Directiva.

a) En cuanto a solicitud de la directora Adriana Garrido Quesada

La señora **Adriana Garrido Quesada** solicita un criterio jurídico en torno a la interpretación de la aplicación del artículo 1 de la Ley 7593. Desea conocer cuáles verificaciones se deben hacer y cuáles medidas oportunas debe tomar la ARESEP para que, en los ajustes o no de precios, o tarifas que realice en atención al artículo 1 de la Ley 7593, no se incurra en contradicción con otros artículos de dicha ley (el principio el servicio al costo, en particular), de la Ley General de la Administración Pública (art. 16 en particular) o del resto del marco legal vigente.

Le parece que se debe profundizar en las dudas que surgen y conocer el enfoque legal del asunto y la posición de la Administración al respecto.

La señora **Carol Solano Durán** agrega que todo acto administrativo tiene que estar motivado, no es que sale una política y la ARESEP tiene que aplicarla; hay que recordar que cada sector tiene su ente rector diferente, políticas públicas diferentes por las particularidades de los servicios que regulan; en este caso, de conformidad con el Reglamento de la ARESEP, son las Intendencias las que tienen que aplicar, si existieran esas políticas, sea el Plan Nacional de Desarrollo, o políticas sectoriales, que es a lo que se refiere el artículo 1 de la Ley 7593.

Indica que las normas jurídicas tienen que interpretarse de una manera integral; las Intendencias que tienen su propia asesoría legal, tendrán que hacer una revisión del marco jurídico de ese sector con todos los principios que establece la ley y analizar si la política se puede aplicar, y si se cuenta con las herramientas para hacerlo; ya que, si hubiese una metodología y no prevé el subsidio; por ejemplo, en ese momento no se podría aplicar, porque existe una metodología; es un aspecto muy casuístico, ya que depende del sector, del servicio y de las normas que se apliquen.

Señala que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria actúa como asesor en una segunda instancia, por eso es que en la estructura organizativa está esa independencia, pero sí debe hacerse una interpretación integral de todas las normas y valorar cada caso. Todo acto que se dicte debe estar ajustado a las reglas de la ciencia, la técnica, la justicia y la lógica.

Aclara que, de acuerdo a lo solicitado por la directora Garrido Quesada, en cuanto a que la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria realice un análisis general de los treinta y cinco servicios regulados, sería un trabajo muy extenso y requeriría de mucho tiempo. Sería un análisis genérico, porque cada Intendencia tiene que aplicar lo específico al sector que le corresponda y no en todos los sectores existen este tipo de políticas.

Analizada la solicitud de la señora Adriana Garrido Quesada, la señora **Grettel López Castro** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 04-23-2016

Solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, un criterio jurídico general sobre el alcance de la aplicación y los aspectos que deben considerarse para la aplicación del artículo 1 de la Ley 7593.

b) En cuanto a certificación remitida por el Consejo de Gobierno

La señora **Grettel López Castro** informa que el día de hoy ingresó la certificación CERT-116-16 suscrita por la señora Xinia Chacón Rodríguez, Secretaria del Consejo de Gobierno en torno al nombramiento del Regulador General, la cual procede a leer:

“Que en el acta de la sesión ordinaria Ochenta y Nueve del Consejo de Gobierno, celebrada el ocho de marzo de dos mil dieciséis, se encuentra el artículo segundo que textualmente dice: / “ARTÍCULO SEGUNDO: Nombramiento del Regulador General y Presidente de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP). / El Consejo de Gobierno acuerda: / 1.- Con fundamento en el artículo 46 de la Ley de Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593, se nombra como Regulador General y Presidente de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), al señor Roberto Jiménez Gómez, cédula de identidad número 2-393-679. / 2.-Remitir este acuerdo a la Asamblea Legislativa para la ratificación correspondiente, conforme al procedimiento fijado en la mencionada Ley. / 3.- Rige a partir del ocho de mayo de dos mil dieciséis y por el período correspondiente, sea, hasta el ocho de mayo de dos mil veintidós. / ACUERDO DECLARADO FIRME POR UNANIMIDAD.” Se extiende la presente a los diecinueve días del mes de abril del dos mil dieciséis”.

ARTÍCULO 5. Estados Financieros de la ARESEP, al 31 de marzo de 2016.

A las catorce horas con treinta y cinco minutos ingresan al salón de sesiones, la señora Magally Porras Porras y Gustavo Alvarado Zúñiga, de la Dirección de Finanzas, a participar en la presentación del tema objeto de este y el siguiente artículo.

Conforme a lo expuesto en la sesión 22-2016, la Junta Directiva conoce los oficios 198-DGO-2016 y 611-DF-2016, ambos del 15 de abril de 2016, mediante el cual la Dirección General de Operaciones y la Dirección de Finanzas presentan para su aprobación, los Estados Financieros de la ARESEP, al 31 de marzo de 2016.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección de Finanzas, conforme a los oficios 198-DGO-2016 y 611-DF-2016, la señora **Grettel López Castro** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme.

ACUERDO 05-23-2016

Aprobar, de conformidad con la documentación remitida al efecto por la Dirección de Finanzas adjunto a los oficios 198-DGO-2016 y 611-DF-2016, ambos del 15 de abril de 2016, los Estados Financieros de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, correspondientes al 31 de marzo de 2016.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 6. Informe de Ejecución Presupuestaria, correspondiente al I Trimestre de 2016.

Conforme a lo expuesto en la sesión 22-2016, la Junta Directiva conoce los oficios 197-DGO-2016 y 610-DF-2016, ambos del 15 de abril de 2016, mediante el cual la Dirección General de Operaciones y la Dirección de Finanzas exponen el Informe de Ejecución Presupuestaria, correspondiente al I Trimestre de 2016.

Seguidamente la señora **Grettel López Castro** indica que, según le ha informado el señor Rodolfo González Blanco, ante el cambio en la normativa dictada por la Contabilidad Nacional del Ministerio de Hacienda, la Dirección de Finanzas tuvo un trabajo muy intenso para cumplir con estos informes, por lo que, extiende una felicitación y agradece a la Dirección de Finanzas por el esfuerzo realizado.

La directora **Muñoz Tuk** secunda las felicitaciones a los funcionarios de la Dirección de Finanzas por el esfuerzo realizado en la consecución de los informes dada la nueva normativa dictada por la Contabilidad Nacional.

Analizado el tema con base en lo expuesto por la Dirección de Finanzas, de conformidad con los oficios 197-DGO-2016 y 610-DF-2016, la señora **Grettel López Castro** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme.

ACUERDO 06-23-2016

Aprobar, de conformidad con la documentación remitida al efecto por la Dirección de Finanzas adjunto a los oficios 197-DGO-2016 y 610-DF-2016, ambos del 15 de abril de 2016, la Ejecución Presupuestaria de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, correspondiente al I Trimestre 2016.

ACUERDO FIRME.

A las catorce horas con cincuenta y cinco minutos se retiran del salón de sesiones, la señora Magally Porras Porras y el señor Gustavo Alvarado Zúñiga. Asimismo, se retira la señora Carol Solano Durán, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su lugar, ingresa la señorita Viviana Lizano Ramírez, funcionaria de dicha Dirección General.

ARTÍCULO 7. Propuesta de acuerdo para la realización de un estudio técnico que determine y justifique los requerimientos de recursos humanos específicos por áreas como sustento para la creación de plazas para el periodo 2017 y su inclusión en el presupuesto ordinario.

La Junta Directiva conoce la propuesta de acuerdo presentada por la Dirección General de Estrategia y Evaluación, en torno a la realización de un estudio técnico que determine y justifique los requerimientos de recursos humanos específicos por áreas como sustento para la creación de plazas para el periodo 2017 y su inclusión en el presupuesto ordinario, de conformidad con los ajustes que se le solicitaron en la sesión 20-2016, celebrada el 12 de abril de 2016.

El señor **Ricardo Matarrita Venegas** indica que la propuesta se basa en la discusión que sostuvo esta Junta Directiva en el momento de aprobar el Plan Operativo Institucional 2017 (sesión 20-2016), en donde se aprobaron las plazas, en el entendido de que es necesario realizar un análisis más profundo para el tema. Además, se tomó en consideración lo comentado por la directora Sonia Muñoz Tuk, respecto de las plazas que posiblemente requerirá la Dirección General de Operaciones; al igual que lo manifestado por la directora Garrido Quesada en torno a plazas solicitadas por las Intendencias.

Seguidamente se suscita un intercambio de opiniones entre los miembros de la Junta Directiva, dentro de las cuales consideran conveniente continuar con el análisis de la citada propuesta de acuerdo, en la próxima sesión.

Analizado el tema, la señora **Grettel López Castro** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 07-23-2016

Posponer, para la próxima sesión, el conocimiento de la propuesta para solicitar a la Dirección de Recursos Humanos que, en un plazo de dos meses, realice un estudio técnico que justifique detalladamente los requerimientos de plazas aprobados en el Proyecto Cánones 2017. Dicho informe será el sustento para la creación de plazas para el periodo 2017 y su inclusión en el presupuesto ordinario.

ARTÍCULO 8. Propuesta de Informe de Labores 2015.

A partir de este momento ingresan al salón de sesiones, las señoras Carolina Mora Rodríguez y Arlene Raventós Alpízar, del Departamento de Comunicación Institucional, a participar en la presentación del tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce una presentación del Departamento de Comunicación Institucional, en torno a la propuesta del Informe de Labores 2015.

La señora **Grettel López Castro** explica que le ha solicitado a las funcionarias del Departamento de Comunicación Institucional, hacer la presentación, en vista de que fueron las personas que se encargaron de compilar la información y darle la estructura que corresponde. Agrega que, posteriormente, dicho informe fue revisado por la Dirección General de Estrategia y Evaluación, y finalmente por parte del Despacho del Regulador General.

Asimismo, informa que el director Pablo Sauma Fiatt envió una serie de observaciones, las cuales el Departamento de Comunicación Institucional ya incorporó en el citado informe.

La señora **Carolina Mora Rodríguez** indica que los enfoques medulares de este informe están centrados en tres temas: i) la defensa del quehacer de la regulación; ii) herramientas en la regulación moderna (metodologías, sistemas de información, bases de datos, contabilidad regulatoria) y iii) más orientación hacia el usuario. La ARESEP ha tenido un giro en sus decisiones tarifarias, pues ha permeado el enfoque hacia el usuario.

Agrega que el informe es elaborado por cada área, de acuerdo con un esquema preliminar; se unifica la redacción para que siga los mismos ejes. Pasa por un proceso de revisión, tanto de forma como de fondo, por parte de la Dirección General de Estrategia y Evaluación, y el Regulador General y la Reguladora General Adjunta verifican los grandes lineamientos.

Asimismo, explica el contenido del informe, el cual consta de los siguientes capítulos:

- ✓ *Capítulo I: Profundización Regulatoria*
- ✓ *Capítulo II: Regulación de los servicios públicos*
- ✓ *Capítulo III: Fortalecimiento de los modelos*
- ✓ *Capítulo IV: En pos del empoderamiento del usuario*
- ✓ *Capítulo V: Los grandes retos en materia regulatoria*
- ✓ *Capítulo VI: Superintendencia de Telecomunicaciones*
- ✓ *Capítulo VII: Información Financiera*

La señora **Grettel López Castro** indica que, en esta oportunidad lo que procede es dar por conocido lo expuesto por el Departamento de Comunicación Institucional, en el entendido de que los señores miembros de la Junta Directiva remitirán las observaciones que consideren oportunas y se someterá a conocimiento la versión final, en la sesión ordinaria 25-2016 a celebrarse el 28 de abril de 2016, para su debida aprobación y remisión a la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo que establece el literal k) del artículo 53 de la Ley 7593.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por el Departamento de Comunicación Institucional, la señora **Grettel López Castro** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 08-23-2016

Dar por conocido lo expuesto por el Departamento de Comunicación Institucional, en torno a la propuesta del Informe de Labores 2015, en el entendido de que los señores miembros de la Junta Directiva remitirán las observaciones que consideren oportunas y se someterá a conocimiento la versión final, en la sesión ordinaria 25-2016 a celebrarse el 28 de abril de 2016, para su debida aprobación y remisión a la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo que establece el literal k) del artículo 53 de la Ley 7593.

A partir de este momento se retiran del salón de sesiones, las señoras Carolina Mora Rodríguez y Arlene Raventós Alpízar.

ARTÍCULO 9. Propuesta de metodología tarifaria de los servicios de acueductos, alcantarillados e hidrantes y del programa de protección de recursos hídricos y del programa de protección de recursos hídricos. Expediente OT-161-2015.

A partir de este momento ingresan al salón de sesiones, los señores (as) Marlon Yong Chacón, Luis Cubillo Herrera, Alejandra Castro Cascante y Gladys González Rodríguez, integrantes de la Comisión ad hoc; así como el señor Daniel Fernández Sánchez, de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a participar en la presentación del tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce el oficio 14-CMTA-2016 del 14 de abril de 2016, mediante el cual la Comisión ad hoc, expone el modelo tarifario de los servicios de acueductos, alcantarillados e hidrantes y del programa de protección de recursos hídricos.

La señora **Alejandra Castro Cascante** inicia la presentación de la citada propuesta y se refiere a los antecedentes de interés, dentro de los cuales se refiere al acuerdo 09-12-2016 de la sesión 12-2016 celebrada el 25 de febrero de 2016, oportunidad en que la Junta Directiva resolvió: *“Dar por conocido el Informe presentado por la Comisión ad hoc en torno a la propuesta de “Modelo tarifario de los servicios de acueductos, alcantarillados e hidrantes y del programa de protección de recursos hídricos”, remitido mediante 013-CMTA-2016, con el propósito de que la Comisión ad hoc incorpore las observaciones planteadas en esta ocasión por los señores miembros de la Junta Directiva, en el entendido de que no genere competencia al cuerpo colegiado para el establecimiento de los subsidios y se eleve una nueva propuesta sobre el particular”.*

Seguidamente se refiere a lo concerniente a la estructura tarifaria, en donde, la versión original decía lo siguiente: *“Los subsidios que se otorguen por medio de la estructura tarifaria, se asignarán a los abonados de los servicios de acueductos y alcantarillados, de conformidad con la política que sea establecida al efecto por la Junta Directiva”;* versión que de acuerdo a la discusión suscitada en esa oportunidad, se corrigió de la siguiente manera:

Estructura tarifaria:

Es el conjunto de precios utilizado para emitir señales a los consumidores y recuperar costos. Puede consistir en una matriz de precios por bloques, por sector de consumo, por segmento de ingreso, por ubicación geográfica, precios multiparciales, tarifas estacionales, tarifas por periodo de uso, etc.

Aunado a lo anterior, sobre la citada matriz de precios finales al consumidor obtenida de conformidad a lo anteriormente expuesto, debe considerarse el efecto de la asignación de subsidios a los abonados de los

servicios de acueductos, alcantarillados, hidrantes y protección del recurso hídrico, según la política de subsidio establecida mediante decreto emitido por el Poder Ejecutivo y publicado en La Gaceta.

Hasta tanto no entre en vigor esta política estatal, en el pliego tarifario que se determine al establecer las tarifas finales al consumidor, se seguirá aplicando la estructura tarifaria vigente.

Asimismo, explica en detalle la fórmula general del modelo versión original versus la versión modificada, lo cual genera un intercambio de observaciones al respecto por parte de los miembros de la Junta Directiva, con los integrantes de la Comisión ad hoc, y la necesidad de replantear dicha fórmula general.

Seguidamente los señores miembros de la Junta Directiva realizan una serie de sugerencias en torno a la propuesta en comentario.

La señora **Grettel López Castro** indica que, en razón de la discusión que se ha suscitado en esta oportunidad sobre las fórmulas del modelo, lo procedente es continuar con el análisis de la citada propuesta en una próxima sesión.

Analizado el tema con base en lo expuesto por la Comisión ad hoc, de conformidad con el oficio 14-CMTA-2016, la señora **Grettel López Castro** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 09-23-2016

Continuar, en una próxima sesión, con el análisis de la propuesta de metodología tarifaria de los servicios de acueductos, alcantarillados e hidrantes y del programa de protección de recursos hídricos, con el propósito de que se incorporen las observaciones y sugerencias formuladas en esta oportunidad.

A partir de este momento se retiran del salón de sesiones, los señores (as) Marlon Yong Chacón, Luis Cubillo Herrera, Alejandra Castro Cascante y Gladys González Rodríguez.

ARTÍCULO 10. Recurso de apelación y gestiones de nulidad y de suspensión del acto, contra la resolución 148-RIT-2015 del 19 de noviembre de 2015 y gestiones de nulidad y de suspensión del acto contra la resolución RIT-031-2016 del 2 de marzo de 2016, interpuestos por la empresa RITEVE SYC S.A. Expediente ET-120-2015.

A partir de este momento ingresan al salón de sesiones, los señores (as) Henry Payne Castro, Laura Núñez Sibaja, Eduardo Salgado Retana, funcionarios (as) de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a participar en la presentación de este y los siguientes dos recursos.

La Junta Directiva conoce el oficio 327-DGAJR-2016 del 15 de abril de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación y gestiones de nulidad y de suspensión del acto, contra la resolución 148-RIT-2015 del 19 de noviembre de 2015 y gestiones de nulidad y de suspensión del acto contra la resolución RIT-031-2016.

El señor **Eduardo Salgado Retana** se refiere a los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema, con base lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con en el oficio 327-DGAJR-2016, la señora **Grettel López Castro** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme:

ACUERDO 10-23-2016

1. Declarar sin lugar, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por Riteve SyC S.A., contra la resolución 148-RIT-2015.
2. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por Riteve SyC S.A., contra la resolución RIT-031-2016.
3. Rechazar por improcedente, la gestión de suspensión del acto interpuesta por Riteve SyC S.A. contra las resoluciones 148-RIT-2015 y RIT-031-2016.
4. Declarar sin lugar, los argumentos reiterados interpuestos por Riteve SyC S.A., en la respuesta al emplazamiento conferido en la resolución RIT-031-2016.
5. Agotar la vía administrativa.
6. Notificar a las partes, la presente resolución.
7. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.
8. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 29 de mayo de 2001, la empresa Riteve SyC S.A. (en adelante Riteve) y el Consejo de Transporte Público y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, firmaron el «*Contrato de prestación de servicios para la creación y funcionamiento de estaciones para la revisión técnica integrada vehicular, celebrado entre el Consejo de Transporte Público y el Consorcio Riteve –SyC, integrado por las empresas Transal S.A. y Supervisión y Control S.A.*» el cual tenía una vigencia de 10 años. (Folios 171 a 194).
- II. Que el 31 de diciembre de 2004, en el Diario Oficial La Gaceta N° 257, se publicaron las tarifas del servicio de revisión técnica vehicular, que rigieron a partir del 1° de enero de 2005. (Anexo a este criterio).
- III. Que el 16 de diciembre de 2011, mediante el oficio DMOPT-8483-11, el Ministro de Obras Públicas y Transportes, respondió al oficio 1637-DITRA-2010/77535, donde señaló: « (...) *que en efecto la publicación hecha mediante la Gaceta N° 237 del 31 de diciembre de 2004 omitió la publicación de la metodología tarifaria y la respectiva fórmula, por lo cual esta Administración procederá a corregir dicha omisión con la publicación que corresponde. (...)* ». (Anexo a este criterio).

- IV. Que el 7 de octubre de 2014, el Consejo de Transporte Público (en adelante CTP), mediante la certificación SDA/CTP-14-10-000020, documentó la sesión ordinaria 37-2004 del 27 de mayo de 2004, la cual en su por tanto 4 dispone: « (...) 4.- *Aprobar la metodología de cálculo tarifario propuesta por la firma consultora visible en el capítulo IX de recomendaciones del informe final rendido, misma que deberá ser publicada en el Diario Oficial para lo pertinente de conformidad con lo dispuesto por la Contraloría General de la República. (...)* » (Folios 202 a 207).
- V. Que el 13 de noviembre de 2015, Riteve, presentó ante esta Autoridad Reguladora, solicitud de ajuste en las tarifas del servicio de revisión técnica vehicular. (Folios 1 a 212).
- VI. Que el 19 de noviembre de 2015, mediante la resolución 148-RIT-2015, la Intendencia de Transporte (en adelante IT), resolvió rechazar ad portas la solicitud de modificación tarifaria interpuesta por Riteve. (Folios 227 a 234).
- VII. Que el 25 de noviembre de 2015, Riteve, inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, nulidad concomitante y gestión de suspensión del acto, contra la resolución 148-RIT-2015. (Folios 242 a 270).
- VIII. Que el 2 de marzo de 2016, mediante la resolución RIT-031-2016, la IT, rechazó por el fondo el recurso de revocatoria, la nulidad concomitante y rechazó por improcedente la gestión de suspensión del acto, interpuestos por Riteve contra la resolución 148-RIT-2015 y emplazó a las partes a hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (Folios 299 a 317).
- IX. Que el 3 de marzo de 2016, mediante el memorando 172-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (en adelante DGAJR), el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Riteve. (Folio 298).
- X. Que el 8 de marzo de 2016, Riteve, respondió al emplazamiento conferido en la resolución RIT-031-2016 y solicitó la nulidad de dicha resolución. Además, interpuso una gestión de suspensión del acto, contra las resoluciones 148-RIT-2015 y RIT-031-2016. (Folios 320 a 386).
- XI. Que el 15 de abril de 2016, mediante el oficio 327-DGAJR-2016, la DGAJR, rindió criterio sobre el recurso de apelación y gestiones de nulidad y de suspensión del acto, interpuestos por Riteve contra la resolución 148-RIT-2015 y gestiones de nulidad y de suspensión del acto interpuestos contra la resolución RIT-031 -2016. (Correrá agregado a los autos).
- XII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 327-DGAJR-2016 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1) NATURALEZA**Del recurso**

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

Gestión de nulidad

La recurrente interpuso nulidad concomitante contra las resoluciones 148-RIT-2015 y RIT-031-2016, que se rige por lo dispuesto en los artículos 158 al 179 de la LGAP.

Gestión de suspensión del acto

Riteve interpuso gestión de suspensión del acto administrativo contra: el rechazo de la solicitud tarifaria presentada por Riteve, plasmado en la resolución 148-RIT-2015 y el acto que confirma este rechazo, sea la resolución RIT-031-2016, el cual se rige por los artículos 136.1.d), 146 a 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 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante "CPCA"), de conformidad con el artículo 229 de la LGAP.

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" de forma real o potencial. Ahora bien, si tenemos que este calificativo es un concepto jurídico indeterminado, nos da una idea clara de que para que proceda tal gestión 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 ésta 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 de la Administración Pública, o bien, la interrupción o suspensión de un servicio público de primera necesidad para la colectividad. Así las cosas, 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 relación al 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 lo que respecta a la gestión de suspensión del acto solicitada por Riteve, no hace demostración alguna del daño o de la situación de daño o perjuicio que pudiera considerarse “grave” ni la confluencia de los presupuestos legales necesarios para su adopción (aparición de buen derecho, peligro en la demora, y la producción de daños y perjuicios graves, actuales o potenciales).

Siguiendo esta línea de ideas, 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 CPCA, 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 No. 378-2009, emitida por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de las 8:17 horas del 12 de febrero de 2009:

*“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. (...)”*

La ausencia en la demostración mínima de los presupuestos legales supracitados, para la adopción de la medida cautelar solicitada, hace materialmente imposible para la Administración, el análisis y la ponderación de lo planteado, por lo que dicha gestión debe ser rechazada por inadmisibile.

2) TEMPORALIDAD

Del Recurso

La resolución recurrida fue notificada a la recurrente, el 20 de noviembre de 2015 (folios 232 y 234) y la impugnación fue planteada el 25 de noviembre de 2015 (Folios 242 a 270).

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 vencía el 25 de noviembre de 2015, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

Gestión de Nulidad

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta, es preciso indicar, que ésta fue presentada de manera conjunta con el recurso que nos ocupa, el 25 de noviembre de 2015 y la resolución 148-RIT-2015 fue notificada el 20 de noviembre de 2015 (folios 233 y 234). 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 26 de noviembre de 2016.

Este plazo de un año, aplica también para la gestión de nulidad planteada contra la resolución RIT-031-2016, la cual fue notificada el 3 de marzo de 2016 y se solicitó la nulidad, el 8 de marzo de 2016, en la respuesta al emplazamiento. Siendo que el plazo para interponerla vencería el 4 de marzo de 2017, se tiene que dicha gestión fue interpuesta dentro del plazo legal.

Emplazamiento

En lo que respecta al emplazamiento conferido en la resolución RIT-031-2016, se tiene que dicha resolución le fue notificada a la recurrente el 3 de marzo de 2016, y en la misma se le otorgó un plazo de tres días hábiles, para hacer valer sus derechos ante el Superior, por lo que dicho plazo vencía el 8 de marzo de 2016.

Siendo que la respuesta al emplazamiento fue presentada por la recurrente, el 8 de marzo de 2016, se tiene como presentada dentro del plazo conferido.

Gestión de suspensión del acto

Las resoluciones 148-RIT-2015 y RIT-031- 2016 que se pretenden suspender, fueron notificadas a la recurrente, el 20 de noviembre de 2015 (folios 232 al 234) y el 3 de marzo de 2016 (folio 314) respectivamente y la gestión fue planteada en ambos casos, con la respuesta al emplazamiento el 8 de marzo de 2016.

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.

3) LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que Riteve, está legitimada para impugnar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 276 de la LGAP, en relación con el artículo 31 de la Ley 7593; ya que es parte en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

4) REPRESENTACIÓN

El señor Víctor Rodríguez Torres, es apoderado especial con facultades suficientes para este acto, –según consta en el poder especial visible a folios 51 y 52 del expediente– por lo cual está facultado para actuar en nombre de ese operador de servicio.

En virtud de lo anterior, el recurso de apelación y la gestión de nulidad resultan admisibles por la forma, por lo que se procederá a su análisis por el fondo.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

A continuación, se procede con el análisis por el fondo de los argumentos de inconformidad planteados por la recurrente, de la siguiente manera:

1.- Sobre los argumentos del recurso

1.1 El rechazo ad portas de la solicitud violenta el derecho de petición y pronta respuesta.

La recurrente, en su recurso de revocatoria con apelación en subsidio (folio 249) manifestó:

“(…)

La petición tarifaria presentada por mi representada de ningún modo contiene vicios sustanciales que no le permitan al ICE conocer la petitoria, por lo que el rechazo ad portas es a todas luces improcedente y violatorio de los principios constitucionales a que nuestra representada tiene derecho.

(…)

En consecuencia al haber procedido la Administración de dicha forma nos está violando, también nuestro derecho de petición y pronta respuesta, por lo que la autoridad recurrida debe recibir y tramitar la solicitud que presentamos, caso contrario se nos estaría violentando nuestros derechos constitucionales.

(…)”

Al respecto, la resolución RIT-031-2016, -resolución que resolvió el recurso de revocatoria en el Considerando I, a folio 304, indicó:

(...)

Así mismo, alega la recurrente que se le violentó su derecho constitucional de petición y pronta respuesta, sin describir los hechos que fundamenten su decir, no obstante debemos indicar que de referirse a la atención de su petición tarifaria, no lleva razón alguna, por cuanto a la misma se le dio respuesta dentro del plazo legalmente establecido en el artículo 42 del Decreto 29732-MP, que dice: "42.-Admisibilidad de solicitudes de carácter tarifario. La ARESEP dispondrá de cinco días naturales para admitir o rechazar las gestiones que se le presenten (...)"

En el caso concreto Riteve presentó su petición tarifaria el 14 de noviembre de 2015 y cinco días después, sea el 19 de noviembre de 2015, con la resolución recurrida, se le informó del rechazo de su petición a causa de la falta de la metodología tarifaria, la cual era necesaria para analizar el fondo de su solicitud.

(...)"

Primero, se le hace ver a la recurrente que a pesar de que señaló que es el ICE el que no ha conocido su petitoria, en virtud del principio de informalismo contemplado en el artículo 224 y el principio de oficiosidad previsto en el artículo 222.1, ambos de la LGAP, este órgano asesor asume que la recurrente se refería a que la Aresep no conoció la petitoria tarifaria por ella presentada.

Segundo, coincide este órgano asesor con lo expuesto por la IT en cuanto a este punto, puesto que no se observa violación alguna al derecho de petición ni pronta respuesta, puesto que Riteve planteó su solicitud el 13 de noviembre de 2015 (folios 1 al 212) y el 19 de noviembre de 2015 (folios 227 a 234) la IT le respondió, mediante la resolución 148-RIT-2015, por lo que no cabe decir que se le violentó el derecho a la pronta respuesta de su petición, además, según el artículo 292, inciso 3 de la LGAP: « La Administración rechazará de plano las peticiones que fueren extemporáneas, impertinentes, o evidentemente improcedentes. (...) », y resulta evidentemente improcedente, al tenor de lo establecido en la cláusula 9.4 del Contrato (folios 171 al 194), el poder realizar el ajuste tarifario sin contar con la metodología tarifaria respectiva debidamente publicada en el Diario Oficial La Gaceta, y sin ella resultaba materialmente imposible para la Aresep atender lo solicitado por la recurrente.

Además, la recurrente citó jurisprudencia donde no se sabe de cuál Tribunal lo ha tomado, (folio 249 párrafo tercero), por lo que este órgano asesor no cuenta con elementos necesarios para referirse sobre a ésta.

Con respecto a la jurisprudencia de la Sala Constitucional citada por la recurrente (folio 249), efectivamente, la IT, realizó una valoración del caso y determinó que al no existir una metodología publicada, no tenía herramienta de cálculo alguna, para determinar la necesidad del ajuste tarifario solicitado.

En ese sentido, y a pesar de haberse indicado que se rechazaba ad portas la solicitud planteada, lo cierto del caso es que la IT, realizó el análisis respectivo e indicó entre otras cosas que: « (...) para realizar el estudio tarifario solicitado, resulta indispensable contar con la metodología de reajuste de tarifas aprobada por el ente competente, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 9.4 del contrato de prestación de servicios para la creación y funcionamiento de estaciones para la revisión técnica integrada

vehicular. (...) », por lo que sí se motivaron las razones por las cuales se rechazó la solicitud planteada.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en este argumento.

1.2 Sobre la supuesta violación al principio de legalidad, al no fijarse tarifa sabiendo que existe una metodología vigente.

La recurrente, en su recurso de revocatoria con apelación en subsidio (folio 250) manifestó:

“(…)

En este caso, ARESEP no esta [sic] facultada para rechazar ad portas nuestra solicitud y al haberlo hecho ha violado el principio de legalidad, que es un precepto de rango constitucional, para garantizar los derechos de los administrados frente a las actuaciones irregulares por parte de los poderes públicos. (...).

(..)”

Al respecto, la resolución RIT-031-2016, -resolución que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando I, a folio 309, indicó:

“(…)

Respecto de este argumento tampoco le asiste razón a la recurrente, por cuanto la resolución recurrida fue dictada en estricto apego a la normativa vigente, resolver lo contrario hubiese implicado una violación clara y evidente al principio de legalidad y la normativa contractual que rige la prestación del servicio de revisión técnica vehicular. A la fecha, el CTP no ha remitido a este ente regulador la metodología tarifaria para el servicio de revisión técnica vehicular conforme lo dispuesto en la cláusula 9.4 del contrato, (...).

(..)”

Sobre este argumento, este órgano asesor manifiesta que, el actuar de la Aresep ha sido siempre apegado al principio de legalidad estipulado tanto en el artículo 11 de la Constitución Política, así como en el artículo 11 de la LGAP, y que contrario a lo dicho por la recurrente, ciertamente está facultada por Ley, para actuar de la forma en que lo ha hecho, al rechazar la solicitud de la recurrente, una vez analizada –como se hizo- y determinarse improcedente su solicitud, debido a la carencia de una metodología publicada que le permita fijar las tarifas de conformidad con los estudios técnicos. Así los artículos 6, inciso d) y 35 de la Ley N° 7593, disponen:

“Artículo 6. – Obligaciones de la Autoridad Reguladora

Corresponde a la Autoridad Reguladora las siguientes obligaciones:

(…)

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

(…)

Artículo 35. – Acceso a estudios técnicos

La Autoridad Reguladora deberá permitir el acceso de los consumidores y usuarios de los servicios públicos regulados por esta ley, de la Defensoría de los Habitantes y los ministerios rectores de tales servicios, a los estudios técnicos en que fundamentó la fijación realizada.

(...)"

Según lo anterior, en el supuesto caso de resolver la solicitud de fijación tarifaria sin que la fórmula para tal se haya publicado, -tal y como lo demanda la recurrente-, hubiera sido una ilegalidad por parte de la Aresep, quien no hubiera tenido cómo demostrar –en un eventual caso de serle exigido esto- con que metodología fundamentó el otorgar o no, un aumento a la tarifa solicitado por Riteve. Al respecto el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección III manifestó en la sentencia 127-2011 de las 10:10 horas del 15 de abril de 2011:

"(...) IV.-

DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.-

En un Estado Social y Democrático de Derecho, es principio rector la sujeción de la actuación de la Administración Pública –en su conjunto- al ordenamiento jurídico. Así, la concepción tradicional del principio de legalidad atiende expresamente al contenido de los numerales 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de Administración Pública, que implica que los actos y comportamientos de la Administración deben adecuarse al ordenamiento jurídico vigente, conformado tanto por normas escritas, que atendiendo a la jerarquía normativa establecida en el artículo 6 de la Ley General de Administración Pública, supone la ordenación de la gestión pública a la Constitución Política, tratados internacionales, leyes y reglamentos ejecutivos y autónomos de organización y funcionamiento; así como a las fuentes no escritas (costumbre, la jurisprudencia y principios generales de derecho), las cuales coadyuvan a la interpretación e integración del ordenamiento jurídico, en los términos previstos en el artículo 7 de la citada Ley General. Por su parte, lo que respecta al **principio de legalidad, en su vertiente negativa**, ello supone considerar que la actuación del Estado se subordina en forma absoluta, a lo que le está expresamente permitido, normalmente en texto expreso, de manera que **lo no autorizado –expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico– está prohibido**. Así, el principio de legalidad

"[...] se proyecta como límite y restricción del comportamiento público, pues cualquier actuación suya, deberá ajustarse a la norma de grado superior, so pena de invalidez." (Sentencia número 63-2000, de las catorce horas cincuenta minutos del veintiocho de enero del dos mil, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; y en igual sentido, se pueden consultar las sentencias número 0172-2000, del quince de mayo de ese mismo año y 55-2001, del diecisiete de enero del dos mil uno.)

Esta ordenación es lo que conforma el "**principio de juridicidad de la Administración**"; en virtud de lo cual, frente a un acto ilícito o inválido, la Administración tiene el deber (obligación) de hacer todo lo que esté a su alcance para enderezar la situación." (...)

Así las cosas, de conformidad al principio de legalidad, la Aresep no puede analizar una solicitud de ajuste tarifario, si no posee una metodología vigente para ello.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en su argumento.

1.3 Sobre la supuesta violación al principio de interdicción de la arbitrariedad.

La recurrente, en su recurso de revocatoria con apelación en susidio (folios 252 y 253) manifestó:

“(...)

En el caso de marras, se omite resolver nuestra petición de modificación tarifaria, ignorándose el hecho que existe una metodología vigente, según se verá, (...), ARESEP se decanta por esta improcedente tesis, violando con ello el principio de interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad de los actos administrativos, (...)

Empero, acá no hay una actuación lógica y razonable, por cuanto como bien sabe ARESEP si hay una metodología aprobada, que es válida e inclusive eficaz, de lo que no es posible un rechazo ad portas de nuestra petición, que no es ni extemporánea, ni impertinente, ni evidentemente improcedente.

(...)”

Al respecto, la resolución RIT-031-2016, -resolución que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando I, a folios 309 y 310, indicó:

“(...)

(...) En este caso no cabe duda que la revisión técnica vehicular es un servicio público sometido a la regulación del ente regulador, por disposición legal desde el año 2008. Sin embargo, como corresponde en derecho no puede desconocerse la realidad en la cual se debe aplicar la norma, en el caso particular, no puede la ARESEP desconocer que este servicio se encuentra sometido a una relación contractual, que priva sobre la norma según lo ha dispuesto la Procuraduría General de la República (...)

Consecuentemente corresponde al CTP según la disposición contractual, elaborar y publicar la metodología necesaria para el servicio de revisión técnica vehicular. Como es de conocimiento de la recurrente, en reiteradas ocasiones la Aresep le ha solicitado al MOPT dicha metodología, la cual debe cumplir con lo indicado en la cláusula 9.4 mencionada, es decir, que esté debidamente publicada en el Diario Oficial La Gaceta, sin embargo, a la fecha de emisión de esta resolución no ha sido remitida a este ente regulador esa metodología bajo las condiciones establecidas en la cláusula contractual, lo cual nos impide ejercer nuestra [sic] labores regulatorias y proceder con el análisis de la petición tarifaria requerida por Riteve.

(...)”

Con relación a este argumento, no lleva razón la recurrente, puesto que no existe una metodología vigente, entendiéndose por vigente que esté publicada en el Diario Oficial La Gaceta, (como veremos infra), por lo que el accionar de la Aresep ha sido absolutamente coherente y razonablemente sustentado en el bloque de legalidad, en razón de que al no existir publicación de la metodología necesaria para analizar un ajuste tarifario se ha irrespetado con lo dispuesto en el artículo 9.4 del contrato firmado entre Riteve y el MOPT, así como con lo dispuesto por la Procuraduría General de la República.

Transcribimos el punto 4 del acuerdo N° 37-2004 del MOPT para nuestra fundamentación:

“(…)

4.- Aprobar la metodología de cálculo tarifario propuesta por la firma consultora visible en el capítulo IX de recomendaciones del informe final rendido, misma que deberá ser publicada en el Diario Oficial para lo pertinente de conformidad con lo dispuesto por la Contraloría General de la República.

(…)” (Folios 202 al 207)

Además, no existe arbitrariedad de ningún tipo por parte de la Aresep, puesto que se ha apreciado bien el cuadro fáctico existente y lo que se ha corroborado es que no consta una metodología publicada y por ende eficaz, asimismo, la decisión tomada por el Ente Regulador ha sido proporcionada y adecuada a los hechos, en vista de que la Autoridad Reguladora ha requerido en múltiples ocasiones al CTP, que publique la metodología correspondiente a fin de poder analizar las solicitudes de ajuste tarifario presentadas por la recurrente, según se demuestra mediante el oficio 874-DITRA-2010 del 15 de junio de 2010 (Exp. ET-187-2009, folios 595 al 599), el oficio 1026-DITRA-2010/52216 de 21 de julio de 2010 (Exp. ET-187-2009 a folio 644), el oficio 1637-DITRA-2011 del 17 de noviembre de 2011 (Exp. ET-174-2011, folios 208 y 209) y mediante el oficio 31-IT-2012/116826 del 22 de noviembre de 2012 (Exp. ET-204-2012, folio 209), sin que hasta la fecha de emisión de este criterio, se haya dado una respuesta a lo solicitado, ya más de esto no le es permitido a la Aresep, por motivos de competencia y por lo estipulado en los artículos 60, 65 y 66 de la LGAP.

Riteve en su recurso, transcribe una supuesta sentencia de la Sala Constitucional la cual no llega a identificar (folio 252), con relación al principio de interdicción de la arbitrariedad, no obstante, en cumplimiento del deber de probidad, este órgano asesor, aporta al bagaje jurídico de este criterio, la sentencia de la sala Constitucional, N° 11155-07 de las 14:49 horas de 1° de agosto de 2007, que en relación al principio de interdicción de la arbitrariedad dispuso:

“Principio de interdicción de la arbitrariedad y ejercicio de la potestad reglamentaria. El principio de interdicción de la arbitrariedad supone la prohibición de la arbitrariedad, esto es, de toda diferencia carente de una razón suficiente y justa. El principio de interdicción de la arbitrariedad no está contenido en el de igualdad ante la ley, arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible y la injusticia no se limita a la discriminación. La actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o las leyes, que obedece al mero capricho o voluntad del agente público. La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. En esencia, el principio de interdicción de la arbitrariedad ha venido operando como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de las administraciones públicas cuando ejercen potestades discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad). En lo que se refiere a la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad en el ámbito de la potestad reglamentaria, debe indicarse que al ser ésta, naturalmente, discrecional, el principio prohibitivo de la arbitrariedad cumple un papel de primer orden.”

Del análisis de los autos, se desprende que, la IT, no rechazó la solicitud de ajuste tarifario por mero capricho o por abuso o exceso de discrecionalidad de ésta, sino por el incumplimiento de una disposición contractual (publicación de la metodología).

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en este argumento.

1.4 De la supuesta inobservancia del debido proceso.

La recurrente, en su recurso de revocatoria con apelación en subsidio (folio 255) manifestó:

“(…)

Lamentablemente, en este caso no se ha dado la revisión, como corresponde, de nuestro [sic] petición tarifaria, sino que se rechaza ad portas, de manera totalmente improcedente. Acá se debió estudiar y el caso [sic] y permitir el contradictorio, el derecho de defensa, y permitimos referimos de previo al archivo de nuestra gestión al no haberse hecho esto, en adición a lo antedicho se viola el principio del debido proceso.

(…)”

Por su parte, la resolución RIT-031-2016, -resolución que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando I, a folio 311, indicó:

“(…)”

El artículo 42 del Reglamento a la Ley 7593 otorga al regulador un plazo de cinco días naturales para el análisis de toda solicitud tarifaria, producto de esa labor la petición puede ser admitida o rechazada. En el caso que nos ocupa, la solicitud de Riteve fue rechazada mediante la resolución recurrida, situación que como ya se dijo, fue comunicada en debida forma a la recurrente y posteriormente recurrida por esa empresa.

(…)”

Al respecto, debe indicarse a la recurrente, que resulta evidente del estudio de los autos, que hizo uso de los remedios procesales establecidos por el ordenamiento jurídico que consideró pertinentes, para ejercer su derecho de defensa y que además, no señaló en qué condiciones precisas se le ha “supuestamente” negado el derecho de defensa, lo cual no da oportunidad de análisis por parte de esta DGAJR. Adicionalmente, no resulta procedente su argumento de que la IT, haya revisado la solicitud de marras de forma improcedente, toda vez que el artículo 42 del Reglamento a la Ley 7593 es claro al indicar que una solicitud se puede rechazar:

“(…)”

Artículo 42.—Admisibilidad de solicitudes de carácter tarifario. *La ARESEP dispondrá de cinco días naturales para admitir o rechazar las gestiones que se le presenten. (…)*

Cumplidos los requisitos y subsanados los defectos, se iniciará el cómputo del plazo en que deba resolverse el asunto, conforme a la ley.

(...)"

El debido proceso se ha cumplido a cabalidad, las solicitudes de fijaciones tarifarias se deben analizar –como se hizo- y si producto de ese análisis, se determina que por algún motivo específico -como carecer de una metodología publicada- no es posible realizar el análisis tarifario, la Autoridad Reguladora está facultada para rechazar la solicitud.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

2.- Sobre los argumentos de la nulidad absoluta

2.1 La resolución carece de motivo puesto que sí existe una metodología.

La recurrente, en su recurso de revocatoria con apelación en subsidio (folios 255 al 257, 259 y 260) manifestó:

"(...)

Claramente nuestro ordenamiento demanda que los actos que afecten intereses, como lo es el caso de marras donde se nos niega el derecho a un reajuste de nuestras tarifas, requiere de motivación, fundamentación de hecho y de derecho, por lo que al no haberse adjuntado el dictamen que le sirve de base, al haberse rechazado ad portas, sin siquiera analizar que si existe una metodología, el acto carece de elementos esenciales y por lo tanto es absolutamente nulo y violatorio del derecho de defensa.

(...)"

Al respecto, la resolución RIT-031-2016, -resolución que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando I, a folios 305 y 306, indicó:

"(...)

Nótese de lo descrito que, la metodología de cálculo tarifario para la revisión técnica, elaborada por el Despacho Carvajal y Consultores Asociados S.A., fue en apariencia conocida en el artículo 2.4 de la sesión ordinaria 37-2004, y lo publicado en la Gaceta 257, fueron las tarifas para la revisión técnica para el año 2005, no así la metodología utilizada para el cálculo de estas, sea esta la realizada por dicho Despacho.

(...)

Conforme con lo expuesto anteriormente, se mantiene el criterio de esta Intendencia en la resolución recurrida, en razón de que a la fecha no se cuenta con una metodología debidamente publicada, y que constituye una herramienta necesaria para proceder con un estudio tarifario para el servicio de revisión técnica vehicular. La falta de ella constituye el motivo suficiente para resolver en la forma que se hizo en la resolución 148-RIT-2015.

(...)"

Este órgano asesor coincide con la IT, en cuanto a este punto, debido a que se observa en reiteradas ocasiones en la resolución impugnada, que el motivo por el cual se rechazó la solicitud

fue por la falta de eficacia jurídica de la metodología, y esta falta de eficacia ocurre, porque la metodología aprobada en el acuerdo 37-2004 del CTP, no ha sido publicada, -acción claramente ordenada en ese mismo acuerdo del CTP en virtud de lo que señala el artículo 145.1 de la LGAP-. Por lo tanto, el acto impugnado está motivado y su fundamento de derecho está especificado, el cual es la ausencia de la metodología publicada, ergo, eficaz.

Lo dispuesto en el acuerdo N° 37-2004 del CTP, es que se aprueba la metodología presentada por el Despacho Carvajal para los siguientes ajustes tarifarios de la revisión técnica vehicular, así como, inmediatamente dispone también, que tal metodología deberá ser publicada en el Diario Oficial para lo pertinente, según disposición de la CGR, hecho que a la fecha de la emisión de la resolución recurrida, no se había dado, lo que imposibilitó analizar la solicitud de ajuste tarifario solicitado.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

2.2 Comunicación defectuosa de los actos. (Folio 258).

La recurrente, en su recurso de revocatoria con apelación en subsidio manifestó:

“(…)

Empero, en este caso no solo no se adjunta el dictamen que le sirve de base a la resolución sino que la notificación hecha es defectuosa, ya que la página tres de la resolución que se recurre, sea la página 4 del fax, no se transmitió de forma completa, como se aprecia de la certificación adjunta, todo lo que produce la nulidad de la misma.

(…) no se nos notificó el oficio que sirve de base a esta decisión y no se notificó de forma completa la resolución, incumpléndose con elementos esenciales del acto.

(…)”

Al respecto, la resolución RIT-031-2016, -resolución que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando I, a folio 307, indicó:

“(…)

Evidentemente, en el caso concreto no estamos ante lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 136 ya mencionado, por cuanto la resolución 148-RIT-2015 no se limita a referenciar un informe, sino más bien, transcribe y menciona sucintamente los fundamentos que se desarrollaron en el oficio 1669-IT-2014/109097 para adoptar el acto, razón por la cual el supuesto aplicable en este caso, es el subinciso a) del inciso 1) del ya citado artículo 136, el cual conforme con lo expuesto no ha sido violentado como pretende hacer ver la recurrente.

(…)”

Este órgano asesor coincide con lo anteriormente expuesto y agrega a la recurrente, que el artículo 136 de la LGAP, es claro al disponer en el subinciso b) del inciso 1) que serán motivados, con mención sucinta al menos, de sus fundamentos, los actos que resuelvan recursos.

No se desprende obligación alguna en dicho artículo, de adjuntar a la notificación del acto, el informe que fundamenta la resolución de que se trate, ya que al tenor literal del citado inciso, basta con la **mención sucinta** de sus fundamentos, y para el caso concreto, se transcribió literalmente parte del informe que dio sustento a la resolución recurrida.

El requisito que echó de menos la recurrente, se refiere a la circunstancia prevista, en el inciso 2) del citado artículo 136 *Ibídem*, que condiciona a que se acompañe copia del informe o dictamen, para aquellos casos en los que se haga solamente referencia explícita del informe o dictamen que propició la adopción del acto, pues de no hacerse así, -por sentido común-, no tendría el administrado acceso al contenido (fondo) del informe, que fundamentó el acto en cuestión.

Tome nota la recurrente, que no estamos ante el supuesto del inciso 2) del artículo 136 supracitado, en razón de que en la resolución RIT-148-2015, no se está referenciando el informe – en este caso el oficio 1669-IT-2015-, sino que, se está haciendo una transcripción literal de dicho oficio, que consideramos que va más allá inclusive de la mención sucinta de los fundamentos que se desarrollaron en el citado informe para adoptar el acto, que alude el sub inciso b) del inciso 1) del artículo 136 de la LGAP supracitado, que es el supuesto aplicable para el caso sub *exámine*.

En todo caso, se advierte a la recurrente, que el oficio 1669-IT-2015, se encuentra en el expediente administrativo, a folios 235 a 240, y puede tener acceso a él, en todo momento. Bastaría para ello, consultar el expediente, cuando a bien lo tenga, la recurrente hacerlo.

En lo que respecta a los folios notificados de forma incompleta, se le indica a la recurrente, que la notificación fue realizada al fax número 2293-5408, que fue señalado por ella como el medio para recibir sus notificaciones, (folio 269) y consta al folio 234 que se transmitieron un total de 6 folios, que corresponden al contenido de la resolución 148-RIT-2015, y la recepción del fax fue “exitosa”. En ese sentido se le aclara a la recurrente, que es su deber mantener en perfecto estado de funcionamiento su aparato de fax, para recibir las diferentes comunicaciones que le se realizan. Así las cosas, no existen pruebas en el expediente que acrediten que la transmisión/recepción del fax por parte de la Autoridad Reguladora fuera defectuosa. En consecuencia, si los folios que integraban la resolución recurrida le llegaron de forma incompleta, se debió a un desperfecto de su aparato de fax, mismo que fue señalado por la recurrente, como el medio válido para la recepción de sus notificaciones en este procedimiento y esa situación, no es imputable a la Autoridad Reguladora.

En todo caso, la pretensión de la recurrente es que se anule la resolución 148-RIT-2015 debido a que se notificó la misma de forma incompleta, no sería procedente, puesto que no existe vicio que corregir o rectificar en la resolución 148-RIT-2015 propiamente. De haberse producido algún vicio en la comunicación del acto –situación que reiteramos no ocurrió con la resolución de marras-, sólo podría provocar la nulidad del acto de notificación per se y no de la resolución como tal.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en este argumento.

2.3 Sobre la existencia de una metodología aprobada según los oficios DVT-1196-2010 del 5 de julio de 2010 y el oficio DMOPT-8488-11. (Folio 262).

La recurrente, en su recurso de revocatoria con apelación en subsidio manifestó:

“(…)

Así el CTP señaló que la metodología vigente es la del Despacho Carvajal, aprobada en la sesión ordinaria 37-2004 y que fue notificada a nuestra representada.

Adicionalmente, el Ing. Francisco Jiménez Reyes, en la condición que tenía de Ministro de Obras Públicas y Transportes, en el oficio DMOPT-8488-11, también contestó lo solicitado por ARESEP, en el expediente ET-174-2011, e indicó que la metodología vigente para el ajuste tarifario es la del Despacho Carvajal, (…)”

Al respecto, la resolución RIT-031-2016, -resolución que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando I, a folio 306, indicó:

“(…)

Se desprende de lo anterior que si bien es cierto tanto en el oficio DVT-1196-2010 como en el oficio DMOPT-8483-11, se dice que a ese momento la metodología vigente para el cálculo de las tarifas de la revisión técnica vehicular correspondía a la realizada por el Despacho Carvajal y Consultores Asociados S.A, aprobada en el artículo 2.4 de la sesión ordinaria 37-2004, también es correcto que a la fecha la misma no ha sido publicada, siendo este un requisito de eficacia que quedó plasmado en la cláusula 9.4 del contrato.

(…)”

Este órgano asesor coincide en este punto con lo expuesto por la IT, y aclara también, que el número correcto del oficio del MOPT citado por la recurrente, es el DMOPT-8483-11 y no el que por error consignó.

En cuanto al oficio DVT-1196-2010, este órgano asesor hace las siguientes reflexiones, primero, la entonces Dirección de Servicios de Transporte (DITRA) de la Aresep, mediante el oficio 874-DITRA-2010/48611 del 15 de junio de 2010 solicitó al MOPT, que certificara la metodología vigente para el ajuste tarifario de Riteve, así como su publicación respectiva en La Gaceta (Exp. ET-187-2009 folios 595 al 599).

El MOPT respondió dicho oficio, mediante el oficio DVT-1196-2010, del 12 de julio de 2010. (Exp. ET-187-2009 folios 600 al 606), del cual se extrae lo siguiente:

“(…)

21. Así las cosas, el artículo 4.1 de la sesión ordinaria 40-2003, no podía ejecutarse legalmente, por cuanto no solo tenía los mismos defectos señalados por la Contraloría General de la República sino además la fórmula del acuerdo tampoco había sido publicada como legalmente correspondía, según la norma del contrato firmado por Riteve SyC S.A.

(…)”

Así, la misma señora Vaccari Gil, advierte sobre la imposibilidad de ejecutar una fórmula de un acuerdo, si ésta no se ha publicado.

Segundo, DITRA se percató de la inexistencia de la publicación de la metodología en La Gaceta N.º 257 del 31 de diciembre de 2004, por lo que el 21 de julio de 2010, mediante el oficio 1026-DITRA-2010/52216, le reiteró a la Presidenta de Junta Directiva del CTP que: « (...) es para nosotros indispensable que se haga constar en la certificación que se nos remita, la referencia a la publicación en La Gaceta donde se detalla la metodología vigente; o en su defecto se proceda con el trámite respectivo para subsanar el requisito en cuestión (...) ». (Exp. ET-187-2009 folio 644).

Tercero, como respuesta a la reiteración supracitada, el 11 de agosto de 2010, la Autoridad Reguladora recibió el oficio DVT-1430-2010 de fecha 9 de agosto de 2010 (Exp. ET-187-2009 folio 648), suscrito por la señora Maristella Vaccari Gil, donde no responde ella directamente, sino que informa que lo expuesto y solicitado en el oficio 1026-DITRA-2010/52216, fue trasladado a la Directora de Asuntos Jurídicos del CTP, para que respondiera en un término de 1 día, más en ningún momento vuelve a indicar que la metodología del Despacho Carvajal se encuentra publicada.

Tome nota la recurrente que la realidad es, que indistintamente de la entidad que debe publicar la metodología, lo cierto del caso es, que no es la Autoridad Reguladora la encargada de hacerlo y sin la existencia de una metodología publicada en el Diario Oficial La Gaceta, tal y como lo exige el contrato firmado entre ella y el MOPT, en la cláusula 9.4, no resultaba posible analizar la solicitud tarifaria presentada por Riteve, pues ese es el instrumento (contrato) que rige en la actualidad para las partes (MOPT y Riteve), en virtud de la prórroga de la vigencia realizada de ese contrato.

No consta en el expediente que nos ocupa, algún oficio del CTP mediante el cual, se haya remitido información o se haga referencia a la fecha de publicación de la metodología de cálculo, aprobada por la Junta Directiva del CTP, que posibilite a la Intendencia de Transporte a analizar el estudio tarifario requerido por Riteve, ya que como se indicó, el contar con un modelo de fijación tarifaria es un requisito para ejercer dicha competencia, de conformidad con la citada cláusula 9.4 del contrato.

En cuanto al oficio DMOPT-8483-11, este órgano asesor manifiesta a la recurrente que, este mismo oficio recibido el 16 de diciembre de 2011 (Expediente ET-174-2011 a folios 214 y 215) en su contenido, le da la razón a la Aresep, en cuanto a que hace falta el requisito de la publicación de la metodología tarifaria, sin la cual, no se puede analizar ninguna solicitud de ajuste tarifario. Al respecto, dicho oficio señala:

“(…)

Considerando lo anterior, nos avocamos a la revisión de dicha metodología tarifaria y hemos logrado constatar que en efecto la publicación hecha mediante la Gaceta No. 237 del 31 de diciembre de 2004 **omitió la publicación de la metodología tarifaria y la respectiva fórmula, por lo cual esta Administración procederá a corregir dicha omisión con la publicación que corresponde.**

Consecuentemente, según lo expuesto, se solicita a esta Autoridad una prórroga al plazo otorgado para atender el requerimiento del oficio que contestamos, tomando en cuenta los días que con lleva el trámite que requiere incluso que el documento sea aprobado por la Dirección de Leyes y Decretos; en virtud de que se requiere sea suscrito de manera conjunta por la Señora Presidenta de la República y el suscrito;

(...)” (la negrita es nuestra)

Al respecto se le reitera a la recurrente, que a la fecha en que se dictó la resolución recurrida, no se contaba con la citada publicación de la metodología tarifaria aprobada en la sesión ordinaria 37-2004 y realizada por el Despacho Carvajal y Consultores Asociados S.A., por lo que carecía de la eficacia jurídica necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos 140, 145.1, 146.3, 150.1, 239 y 334 de la LGAP, y de la cláusula 9.4 del contrato.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en este argumento.

2.4 Sobre la respuesta del CTP así como del MOPT, por lo que existe vicio en el motivo y el contenido de la resolución. (Folios 262 y 263).

La recurrente, en su recurso de revocatoria con apelación en subsidio manifestó:

“(…)

Por ello, es evidente que también en este caso existe un vicio en el motivo y el contenido de la resolución, ya que sí hubo una respuesta por parte de las autoridades en cuestión, por lo tanto el oficio recurrido debe ser revocado y/o anulado, ya que la razón esgrimida para fundamentar el rechazo es, por una parte, la no aprobación de una metodología por el ente competente, y por otra, la falta de respuesta del Ministro, lo que no ocurre, ya que sí hay una metodología aprobada y sí hubo una respuesta del entonces Ministro.

(…)”

Por su parte, la resolución RIT-031-2016, -resolución que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando I, a folio 307, indicó:

“(…)

Reiteramos en señalar que la metodología propuesta por el Despacho Carvajal no ha sido publicada, siendo que verificada La Gaceta N° 257 del 31 de diciembre de 2004, se encontró únicamente el pliego tarifario aprobado, pero no se detalla propiamente la metodología de reajuste de las tarifas, que es requisito explícito en la cláusula 9.4 del Contrato de prestación de servicio para la creación y funcionamiento de estaciones para la revisión técnica integrada vehicular suscrito entre RITEVE SYC S.A. y el Consejo de Transporte Público del MOPT. Por ende sin este elemento fundamental la ARESEP no puede resolver. (...)

(…)”

Coincide este órgano asesor con lo expuesto por la IT, en cuanto a este punto y remitimos a la recurrente, al análisis realizado en el apartado 2.3 anterior, particularmente en el párrafo donde se explica lo sucedido con el oficio DVT-1196-2010 y en el párrafo donde se expone lo relacionado al oficio DMOPT-8483-11, donde el Ministro de turno, reconoció que se omitió publicar la metodología y la fórmula, e incluso, solicita una prórroga para subsanar lo anterior.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en este argumento.

2.5 La publicación de la metodología no le da vigencia al acto. (Folio 263).

La recurrente, en su recurso de revocatoria con apelación en subsidio manifestó:

“(…)

El objeto de la publicación es solo informar a los usuarios, empero esto no desaplica el citado acuerdo, ni cambia la naturaleza de ese acto, ni conlleva a que ARESEP no pueda conocer y tramitar nuestra petición.

(…)”

Al respecto, la resolución RIT-031-2016, -resolución que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando I, a folio 308, indicó:

“(…)

En el caso concreto, ha sido expuesto ampliamente que, para que la metodología tarifaria surta efectos, es requisito sine qua non que se encuentre publicada en La Gaceta, tal y como lo dispone la cláusula 9.4 del contrato suscrito entre Riteve y el Estado. Decir lo contrario, es una claro [sic] transgresión a estas normas contractuales, siendo que la misma Procuraduría General de la República ha señalado que estas deben ser respetadas durante la vigencia del contrato, según se desprende de la opinión jurídica OJ-002-2008.

Ahora bien, es necesario entender que la metodología no es un acto mediante el cual se declare un derecho a favor de Riteve, se trata de un medio para cumplir un fin determinado pero no constituye el fin en sí mismo. Debe tenerse en consideración que la existencia de una metodología no garantiza un aumento tarifario a la petente, se requiere una vez definida ésta, la concurrencia de una serie de supuestos que hagan necesario el ajuste tarifario. En razón de lo anterior, la adopción del acuerdo por parte del ente competente, es insuficiente para que el acto surta efectos, siendo que adolece de un requisito esencial: la publicación.

(…)”

Respecto al argumento de la recurrente, coincide este órgano asesor con lo expuesto por la IT, así como, remitimos a la recurrente a lo desarrollado en el argumento 2.3 supra.

Además, conviene indicarle que en materia de tarifas – y lo relacionado a éstas, entiéndase la metodología para su fijación-, es necesaria su publicación porque cuando se trata de un acto de alcance general -como el que nos ocupa puesto que sería la implementación de la tarifa para toda la ciudadanía-, debe publicarse para poder ser oponible ante terceros.

Ya que, en cuanto a la eficacia del acto administrativo, la LGAP en sus artículos 140, 240.1 y 334 establecen respectivamente, en lo que interesa:

“Artículo 140.- El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso lo producirá desde que se adopte”.

Artículo 240.-

1. Se comunicarán por publicación los actos generales y por notificación los concretos.
2. (...)

Artículo 334.-

Es requisito de eficacia del acto administrativo su debida comunicación al administrado, para que sea oponible a éste”.

Con respecto al tema de la eficacia, la Procuraduría General de la República ha manifestado en su dictamen C-044-2010 del 19 de marzo de 2010, lo siguiente:

“(…)

La ejecución de un acto administrativo, por regla general, exige que éste sea eficaz; lo cual implica necesariamente que el acto administrativo haya sido debidamente comunicado al interesado.

En este sentido, el numeral 150, párrafo primero, de la LGAP establece que la ejecución administrativa no puede ser anterior a su debida comunicación, so pena de responsabilidad para el servidor que lo ejecuta. Asimismo, el artículo 140 Ibídem indica que el acto administrativo producirá efectos después de comunicado al administrado, salvo que el acto en cuestión otorgue únicamente derechos, en cuyo supuesto, produce efectos, y por tanto es ejecutable, desde su adopción. Y no puede obviarse lo previsto en el ordinal 334 Ibídem, referido en especial a la comunicación del acto final de un procedimiento administrativo, que siguiendo la misma regla descrita establece que “Es requisito de eficacia del acto administrativo su debida comunicación al administrado, para que sea oponible a éste”.

Por ello hemos reafirmado que “el acto administrativo nace, como tal, al momento en que la voluntad administrativa se materializa o exterioriza, habiéndose cumplido los trámites y requisitos que demanda ese específico tipo de acto (artículos 129, 134, 137 de la LGAP). Prescindiendo de un análisis sobre los específicos elementos del acto, se entiende que éste es “eficaz” desde el momento en que se comunica al administrado –actos concretos- o se publica –caso del acto administrativo general- (140, 141, 240, 241 LGAP). Una vez comunicado, la Administración está legitimada para lograr el pleno cumplimiento de sus efectos, o lo que es lo mismo, ejecutarlo, atendiendo los requisitos que el mismo Ordenamiento le prescribe (artículos 146 y siguientes LGAP)” (dictámenes C-067-2004 de 25 de febrero de 2004 y C-419-2006 de 20 de octubre de 2006). (...)

Así las cosas, la metodología aprobada para este servicio, es un acto de alcance general, y como tal, debe de comunicarse a los interesados (en el caso que nos ocupa la ciudadanía en general, que lleva su vehículo para realizar la revisión técnica vehicular correspondiente), y la forma legal establecida de comunicarlo a terceros (la colectividad en general), es mediante la publicación en el Diario Oficial La Gaceta. Así las cosas, el fin de la publicación, es para que aquellos tengan la oportunidad de oponerse a él en caso de estar inconformes con el acto y no como erróneamente lo señaló la recurrente, que es sólo para su información.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

2.6 La falta de una metodología aprobada y su falta de publicación no pueden ser motivos para el rechazo de la petición tarifaria. (Folios 264 y 265).

Al respecto, se remite a la recurrente a lo expuesto en el punto 2.5 supra y se le reitera, que el motivo por el cual se le rechazó su solicitud, fue por la falta de publicación de la metodología, lo que contrario a lo que opina la recurrente, conlleva a que la Aresep no pueda analizar su petición.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en este argumento.

De lo anterior se tiene que, no lleva razón Riteve en cuanto a las gestiones de nulidad interpuestas contra las resoluciones 148-RIT-2015 y RIT-031-2016, puesto que estas resoluciones no son actos nulos, porque contiene todos los elementos del acto (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP, ya que:

- Fueron dictadas por el órganos competente, al momento del dictado del acto recurrido, es decir, por el Intendente de Transporte (artículos 129 y 180, sujeto).
- Fueron emitidas 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).
- Contienen un motivo legítimo y existente (artículo 133, motivo).
- Establecieron en su parte considerativa, las razones que sustentaron la decisión del órgano competente (artículos 131, fin y 132, contenido).

Así las cosas, no devienen en nulas las resoluciones impugnadas 148-RIT-2015 y RIT-031-2016, puesto que contienen 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 las resoluciones sean nulas.

3.- Sobre los argumentos del emplazamiento.**3.1 Solicitó que se anulara la resolución RIT-031-2016.**

Al respecto, se remite a la recurrente a lo desarrollado en el punto 2.2, puesto que a pesar de que lo dispuesto en ese apartado era con relación a la resolución 148-RIT-2015, la argumentación de este órgano asesor ahí expuesta, se debe aplicar también para la “supuesta” notificación defectuosa de la resolución RIT-031-2016.

En lo que respecta a los folios notificados de forma incompleta, se manifiesta a la recurrente que la notificación fue realizada al fax número 2293-5408, que fue señalado por ella como el medio para recibir notificaciones (folio 367) y consta a folios 314 y 315 que se transmitieron un total de 16

folios, que corresponden al contenido de la resolución RIT-031-2016, y la recepción del fax fue “exitosa”. Así las cosas, no existen pruebas en el expediente que acrediten, que la transmisión/recepción del fax por medio del cual se le comunicó la resolución recurrida, por parte de la Autoridad Reguladora, fuera defectuosa.

En todo caso, en igual sentido a lo señalado en el apartado 2.2 de este criterio, reiteramos, que la pretensión de la recurrente de que se anule también la resolución RIT-031-2016 debido a que se le notificó, supuestamente, de forma incompleta, no sería procedente, puesto que no existe vicio que corregir o rectificar en la resolución RIT-031-2016 propiamente. De haberse producido algún vicio en la comunicación del acto –situación que reiteramos no ocurrió con la resolución citada-, sólo podría provocar la nulidad del acto de notificación per se y no de la resolución como tal.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

3.2 La resolución RIT-031-2016 cambió el motivo por el cual se le había rechazado la petición tarifaria, violentando el derecho de defensa y el debido proceso.

La recurrente, en su respuesta al emplazamiento conferido (folio 341) manifestó:

“(…)

Nótese, que ahora el motivo no es “carecer de una metodología”, sino que ahora señalan que el motivo que supuestamente mantienen incólume es que no hay una “metodología debidamente publicada”, lo [sic] claramente NO ES LO MISMO. Siendo absolutamente ilegal cambiar el motivo del rechazo ad portas de nuestra petición tarifaria, para justificar (a la administración no le está permitido cambiar el motivo de sus resoluciones) y el derecho de defensa, ya que se socava la defensa hecha ante el rechazo la cual se baso [sic] en el motivo de la 148-RIT-2015, sea la carencia de metodología.

(…)”

Con relación a la supuesta violación al derecho de defensa y al debido proceso, se remite a la recurrente al análisis realizado en el apartado 1.4 supra de este criterio.

Además, se le aclara a la recurrente, que efectuando una lectura integral a la resolución 148-RIT-2015, se determina que siempre la IT, ha sostenido que se le rechazó la solicitud de ajuste tarifario dado que no existe una metodología publicada en La Gaceta, de conformidad con el artículo 9.4 del contrato de prestación de servicios entre Riteve y el MOPT; y como bien sabe la recurrente, lo que ahí se dispone es, que la metodología esté debidamente publicada en el Diario Oficial La Gaceta, (folio 194), por lo que no resulta de recibo el argumento de la recurrente.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

Riteve además, en el emplazamiento, reiteró 2 argumentos expuestos en su recurso de revocatoria, los cuales consisten en que existe una metodología vigente según los oficios DVT-1196-2010 y DMOPT-8483-11 y el que la publicación de la metodología no es un requisito de eficacia.

Al respecto, se remite a la recurrente al análisis realizado en este criterio, en los apartados 2.3 y 2.5 supra desarrollados, puesto que ya se analizaron los motivos por los cuales no lleva razón, en sus argumentos.

V. CONCLUSIONES

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, se puede concluir que:

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por Riteve, contra la resolución 148-RIT-2015, resultan admisibles, por haber sido presentados en tiempo y forma.*
- 2. Desde el punto de vista formal, la gestión de nulidad interpuesta por Riteve contra la resolución RIT-031-2016, resulta admisible, por haber sido presentada en tiempo y forma.*
- 3. Desde el punto de vista formal, la respuesta al emplazamiento conferido mediante la resolución RIT-031-2016, resulta admisible, por haber sido presentada en tiempo y forma.*
- 4. Desde el punto de vista formal, las gestiones de suspensión de las resoluciones 148-RIT-2015 y RIT-031- 2016, resultan inadmisibles, por no demostrarse la confluencia de los presupuestos legales necesarios para su adopción.*
- 5. No se observa violación alguna, a los derechos de petición y pronta respuesta, puesto que Riteve planteó su solicitud tarifaria el 13 de noviembre de 2015 y el 19 de noviembre de 2015, la IT le respondió, mediante la resolución 148-RIT-2015.*
- 6. Resulta improcedente, al tenor de lo establecido en la cláusula 9.4 del Contrato, el realizar el ajuste tarifario sin contar con la metodología tarifaria respectiva debidamente publicada en el Diario Oficial La Gaceta, por lo que sin ésta, resultaba materialmente imposible para la Aresep atender lo solicitado por la recurrente.*
- 7. Con respecto a la jurisprudencia de la Sala Constitucional citada por la recurrente, la IT realizó una valoración del caso y determinó que al no existir una metodología publicada, no tenía herramienta de cálculo alguna, para determinar la necesidad del ajuste tarifario solicitado.*
- 8. A pesar de haberse indicado que se rechazaba ad portas la solicitud planteada, lo cierto del caso es, que la IT, realizó el análisis respectivo y motivó las razones por las cuales se rechazó la solicitud planteada.*
- 9. En el supuesto caso de resolver la solicitud de fijación tarifaria sin que la fórmula para tal se haya publicado, -tal y como lo demanda la recurrente-, hubiera sido una ilegalidad por parte de la Aresep, quien no hubiera tenido cómo demostrar –en un eventual caso de serle exigido esto- con que metodología fundamentó el otorgar o no, un aumento a la tarifa solicitado por Riteve.*
- 10. Al no existir una metodología vigente, entendiéndose por vigente que esté publicada en el Diario Oficial La Gaceta, se ha irrespetado con lo dispuesto en el artículo 9.4 del contrato firmado entre*

Riteve y el MOPT, así como con lo dispuesto por la Procuraduría General de la República por lo que el accionar de la Aresep ha sido absolutamente coherente y razonablemente sustentado en el bloque de legalidad.

- 11.No existe arbitrariedad de ningún tipo por parte de la Aresep, puesto que se ha apreciado bien el cuadro fáctico existente y lo que se ha corroborado es que no consta una metodología publicada y por ende eficaz, asimismo, la decisión tomada por el ente regulador ha sido proporcionada y adecuada a los hechos.*
- 12.La Autoridad Reguladora ha requerido en múltiples ocasiones al CTP, que publique la metodología correspondiente a fin de poder analizar las solicitudes de ajuste tarifario presentadas por la recurrente, sin que se haya dado una respuesta a lo solicitado.*
- 13.Del análisis de los autos, se desprende que la IT, no rechazó la solicitud de ajuste tarifario por mero capricho o por abuso o exceso de discrecionalidad de ésta, sino por el incumplimiento de una disposición contractual (publicación de la metodología).*
- 14.La recurrente hizo uso de los remedios procesales establecidos por el ordenamiento jurídico que consideró pertinentes, para ejercer su derecho de defensa y no señaló en qué condiciones precisas se le ha "supuestamente" negado el derecho de defensa, lo cual no da oportunidad de análisis por parte de esta DGAJR.*
- 15.El motivo por el cual se rechazó la solicitud a la recurrente, fue por la falta de eficacia jurídica de la metodología, y esta falta de eficacia ocurre, porque la metodología aprobada en el acuerdo 37-2004 del CTP, no ha sido publicada, -acción claramente ordenada en ese mismo acuerdo del CTP en virtud de lo que señala el artículo 145.1 de la LGAP-.*
- 16.No se está frente al supuesto del inciso 2) del artículo 136 supracitado, en razón de que en la resolución RIT-148-2015, no se está referenciando el informe –en este caso el oficio 1669-IT-2015-, sino que, se está haciendo una transcripción literal de dicho oficio, que consideramos que va más allá inclusive de la mención sucinta de los fundamentos que se desarrollaron en el citado informe para adoptar el acto, que alude el sub inciso b) del inciso 1) del artículo 136 de la LGAP supracitado, que es el supuesto aplicable para el caso sub exámine.*
- 17.El oficio 1669-IT-2015, que echa de menos la recurrente, se encuentra en el expediente administrativo, a folios 235 a 240, y puede tener acceso a él, en todo momento. Bastaría para ello, consultar el expediente, cuando a bien lo tenga.*
- 18.En lo que respecta a los folios notificados de forma incompleta, se le indica a la recurrente que la notificación fue realizada al fax número 2293- 5408, que fue señalado por ella como el medio para recibir sus notificaciones, (folio 269) y consta al folio 234 que se transmitieron un total de 6 folios, que corresponden al contenido de la resolución 148-RIT-2015 y la recepción del fax fue "exitosa". Así las cosas, no existen pruebas en el expediente que acrediten que la transmisión/recepción del fax por medio del cual se le notificó la resolución 148-RIT-2015 fuera defectuosa.*

19. *En todo caso, de haberse producido algún vicio en la comunicación de la resolución 148-RIT-2015 –situación que reiteramos no ocurrió en este caso–, sólo podría provocar la nulidad del acto de notificación per se y no de la resolución recurrida como tal.*
20. *Indistintamente de la entidad que debe publicar la metodología, lo cierto del caso es, que no es la Autoridad Reguladora la encargada de hacerlo y sin la existencia de una metodología publicada en el Diario Oficial La Gaceta, tal y como lo exige el contrato en la cláusula 9.4, no resultaba posible resolver la solicitud tarifaria presentada por Riteve.*
21. *No consta en el expediente que nos ocupa, algún oficio del CTP mediante el cual, se haya remitido información o se haga referencia a la fecha de publicación de la metodología de cálculo, aprobada por la Junta Directiva del CTP.*
22. *El oficio DMOPT-8483-11, recibido el 16 de diciembre de 2011 (Expediente ET-174-2011 a folios 214 y 215) en su contenido, le da la razón a la Aresep, en cuanto a que hace falta el requisito de la publicación de la metodología tarifaria, sin la cual, no se puede analizar ninguna solicitud de ajuste tarifario.*
23. *Sin la existencia de una metodología vigente y publicada en el Diario Oficial La Gaceta, tal y como lo exige el contrato, no resultaba posible resolver la solicitud tarifaria presentada por Riteve, porque carecía de la eficacia jurídica necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos 140, 146.3, 150.1, 239 y 334 de la LGAP, y de la cláusula 9.4 del contrato.*
24. *La metodología para este servicio, es un acto de alcance general, y como tal, debe de comunicarse a los interesados (la ciudadanía en general, que lleva su vehículo para realizar la revisión técnica vehicular correspondiente), y la forma legal establecida de comunicarlo a terceros, es mediante la publicación en el Diario Oficial La Gaceta.*
25. *Las resoluciones 148-RIT-2015 y RIT-031-2016, contienen 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 tales resoluciones sean nulas.*
26. *En lo que respecta a los folios notificados de forma incompleta, se manifiesta a la recurrente que la notificación fue realizada al fax número 2293-5408, que fue señalado por ella como el medio para recibir notificaciones (folio 367), y consta al folios 314 y 315 que se transmitieron un total de 16 folios, que corresponden al contenido de la resolución RIT-031-2016 y la recepción del fax fue “exitosa”. Así las cosas, no existen pruebas en el expediente que acrediten, que la transmisión/recepción del fax por medio del cual se le comunicó la resolución recurrida, por parte de la Autoridad Reguladora, fuera defectuosa.*
27. *Efectuando una lectura integral a la resolución 148-RIT-2015, se determina que siempre la IT, ha sostenido que se le rechazó la solicitud de ajuste tarifario dado que no existe una metodología publicada en La Gaceta, de conformidad con el artículo 9.4 del contrato de prestación de servicios entre Riteve y el MOPT; y como bien sabe la recurrente, lo que ahí se dispone es, que*

la metodología esté debidamente publicada en el Diario Oficial La Gaceta, (folio 194), por lo que no resulta de recibo el argumento de la recurrente.

[...]"

- 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 apelación y la gestión de nulidad interpuestos por Riteve SyC S.A., contra la resolución 148-RIT-2015, **2.-** Declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por Riteve SyC S.A., contra la resolución RIT-031-2016, **3.-** Rechazar por improcedente, la gestión de suspensión del acto interpuesto por Riteve SyC S.A. contra las resoluciones 148-RIT-2015 y RIT-031-2016. **4.-** Declarar sin lugar, los argumentos reiterados por Riteve SyC S.A. en la respuesta al emplazamiento conferido en la resolución RIT-031-2016. **5.-** Agotar la vía administrativa, **6.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **7.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria 23-2016, del 21 de abril de 2016, cuya; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 327-DGAJR-2016, de cita, acordó entre otras cosas y con carácter de firme, 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 nulidad interpuestos por Riteve SyC S.A., contra la resolución 148-RIT-2015.
- II. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por Riteve SyC S.A., contra la resolución RIT-031-2016.
- III. Rechazar por improcedente, la gestión de suspensión del acto interpuesta por Riteve SyC S.A. contra las resoluciones 148-RIT-2015 y RIT-031-2016.
- IV. Declarar sin lugar, los argumentos reiterados interpuestos por Riteve SyC S.A., en la respuesta al emplazamiento conferido en la resolución RIT-031-2016.
- V. Agotar la vía administrativa.
- VI. Notificar a las partes, la presente resolución.
- VII. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ARTÍCULO 11. Recurso de reposición interpuesto por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra la resolución RJD-017-2016 del 8 de febrero de 2016. Expediente OT-082-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 311-DGAJR-2016 del 12 de abril de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de reposición interpuesto por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra la resolución RJD-017-2016.

El señor **Henry Payne Castro** y **Laura Núñez Sibaja** se refieren a los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema, con base lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con en el oficio 311-DGAJR-2016, la señora **Grettel López Castro** lo somete a votación.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** vota en contra sobre la base de la tesis que sostuvo en el acta de la sesión 7-2016 del 8 de febrero de 2016, en el sentido de que las plantas son nuevas y las tarifas no suben, para lo cual, a continuación razona su voto:

“ANTECEDENTES

1. Acuerdo que acoge el Recurso de revisión interpuesto por la suscrita 03-44-2015 del 10 setiembre de 2015.

ACUERDO 03-44-2015

Acoger el recurso de revisión interpuesto por la señora Sonia Muñoz Tuk y en consecuencia, modificar lo resuelto en el acuerdo 04-41-2015, para que se lea de la siguiente manera: Continuar con el análisis de la propuesta “Modificación de las metodologías de fijación para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, hasta tanto el Centro de Desarrollo de la Regulación valore la documentación con que cuenta la intendencia de energía, en relación con **los estados financieros y otros aspectos que pueden afectar la tarifa**, en el entendido de que se presente un **informe conjunto** en la próxima sesión.

2. El 20 de julio de 2015, el CDR nos remite mediante Oficio 02-CAMMRR-2015 la propuesta de cambio de metodología, luego de haber pasado la Audiencia Pública. El Punto 1.7 del Informe del CDR, página 5 indica lo siguiente:

“existen inconsistencias entre la formulación general del modelo y el manejo de los datos utilizados para el cálculo de los costos de explotación”

3. En la página 11, antepenúltimo párrafo del Oficio 02-CAMMRR-2015 se menciona que:

“el ICE (un regulado) ha planteado en diversas ocasiones que existe un error ya que el costo de explotación se divide entre el factor de antigüedad, haciendo que conforme la vida útil de las plantas sea menor, este componente crezca exponencialmente, sobreestimando el costo de explotación.

Además de lo anterior, la división incluida no resulta lógica debido al tipo de costos de explotación que se utilizan en la muestra, los cuales son plantas que reflejan su costo dada su

edad sin necesidad de modificarlas por antigüedad como sería el caso si la muestra tuviera datos de costos de explotación de plantas nuevas.... , sin embargo, la información que se encuentra disponible para la Autoridad Reguladora para realizar las fijaciones tarifarias presenta el problema de que casi la mayoría son plantas con una vida en operación promedio más alta que las de las plantas existentes.”

4. La Intendencia de Energía (IE) fijó la tarifa de generación privada existente mediante la Resolución RIE-124-2015 del 11 de diciembre de 2015, y la tarifa no sólo no subió sino que, más bien bajó un 2,34%.
5. La IE mediante Oficio 1892-IE-2015 nos da una lista (un cuadro) de las plantas que usan para fijar las tarifas, y posteriormente, el señor Mario Mora, firmando como Intendente de Energía, en el oficio 079-IE-2016-108826 del 21 de enero nos indica que todas esas plantas son **nuevas**.
6. En relación a la carta de la señora Matamoros, donde dice que se le va a afectar el equilibrio financiero de la empresa, el CDR nos dice mediante el Oficio 179-CDR-2015 (110051) que efectivamente **“afectaría la situación financiera de las empresas, pero esto también tiene justificación... al ser una metodología por industria y asumir comparabilidad, lo que se pretende es que las empresas tengan una eficiencia promedio y de allí que cualquier costo de ineficiencia de una empresa particular, ésta los cargaría”**.
7. En el gobierno pasado se presentó un proyecto de ley para modificar el artículo 31 de la Ley 7593 y eliminar la obligación de respetar el equilibrio financiero, pero ese proyecto no se aprobó, así que esa obligación permanece en la ley, por lo que no podríamos **legalmente** ver con indiferencia que vamos a hacer algo que nos advierten expresamente que va a afectar la situación financiera de las empresas. Dado que los supuestos base para aprobar no son reales: incremento en las tarifas y plantas nuevas. No puede esta junta directiva modificar el artículo 31 de la ley 7593.
8. La IE nos envía el Informe mediante el Oficio 143-IE-2016 del 3 de febrero de 2016, en el cual, nos indica que ha solicitado la información a los generadores, se desprende del cuadro que remite que 17 empresas sí le remitieron información, pero sólo la información de una empresa se usó, o sea, menos de un 1% de la muestra.
9. Por otro lado nos dice el IE que el tema de información lo va a manejar con contabilidad regulatoria este año, y que este mes de febrero ya van a tener las primeras reuniones para ese fin, lo cual ya ha ido coordinando con ACOPE.

CONSIDERANDO

El CDR propone aprobar esta modificación a la metodología (Antecedentes 2 y 3), bajo dos argumentos:

- **Tarifas suben:** Las tarifas van a subir exponencialmente.
- **Las plantas son viejas:** La muestra que se utiliza es de plantas viejas.

Sin embargo, en la realidad, las **Tarifas no suben**, ya que la Intendencia de Energía fijó la tarifa de generación privada existente mediante la Resolución RIE-124-2015 del 11 de diciembre de 2015 (Antecedente 4), y la tarifa no sólo no subió más de un 24% como se nos había mencionado sino que más bien bajó un 2,34%... entonces, no se cumple lo que nos informó el **CDR** sobre aumentos exponenciales. Así

mismo, el regulado que solicitó la modificación de la metodología no apeló esa fijación, aceptando la rebaja de la tarifa para un \$0,075.

Mediante el Oficio 1892-IE-2015 la IE nos da una lista (un cuadro) de las plantas que usa para fijar las tarifas, y posteriormente, el señor Mario Mora, firmando como Intendente de Energía, en el oficio 079-IE-2016-108826 del 21 de enero (Antecedente 5), nos indica que todas esas plantas son nuevas. Entonces resulta que no es cierto que la IE fije las tarifas con plantas viejas.

En relación a la manifestación de un regulado sobre la afectación del equilibrio financiero el CDR mediante Oficio 179-CDR-2015 (110051) (Antecedente 6), nos indica que efectivamente se afectaría la situación financiera pero le resta importancia, lo cual no debería ser, dado que el artículo 31 de Ley de la Autoridad Reguladora manda respetar el equilibrio financiero.

Adicionalmente el Oficio 143-IE-2016 de la IE nos informa que 17 empresas sí le remitieron información a la Intendencia (Antecedente 7), pero sólo usaron la información de una empresa que ni siquiera se incluye en el cuadro de ese oficio, con lo cual queda de manifiesto que existe demasiada discrecionalidad en el requerimiento y en el uso de la información, como en ocasiones anteriores he manifestado y que por ello se requiere mejorar integralmente la metodología en ese sentido. En esa misma dirección el CDR había coincidido con mi posición y habíamos manifestado en el oficio 179-CDR-2015 (110051): *“... para que información solicitada sea de mayor utilidad (se refiere a la IE , se pueden utilizar formatos y definiciones estandarizados, que permitan recopilar, comparar y analizar la información para diversos objetivos, como pueden ser los tarifarios y financieros.”*

Al parecer incluso la IE está de acuerdo en que debe manejarse mejor la información ya que nos ha informado (Antecedente 8) que el tema de información lo va a manejar con contabilidad regulatoria este año, y que este mes de febrero ya van a tener las primeras reuniones para ese fin, lo cual ya ha ido coordinando con ACOPE, que entiendo es la asociación de generadores privados.

En resumen, nos dijeron que las tarifas iban a subir exponencialmente y resulta que no subieron, nos dijeron que se fijaban las tarifas con plantas viejas y la IE nos dice que usan plantas nuevas, nos dicen que efectivamente el cambio implica una afectación financiera a una empresa sin tomar en consideración el artículo 31 de la Ley, se nos informa que 17 empresas presentaron información pero también se nos informa que sólo se usó la información de una empresa, lo cual demuestra la necesidad de un mejor manejo de la información como ha sostenido el CDR y la suscrita, y por último la IE reconoce que está trabajando para mejorar durante este año el manejo de la información. No es legal que modifiquemos esta metodología, porque el acto administrativo estaría viciado de nulidad, por carecer del motivo, fundamento y fin.

POR TANTO:

- 1) Al no existir en la realidad los motivos planteados para modificar la metodología, procede rechazar y archivar la modificación propuesta.
- 2) Al haberse acreditado que existe un inadecuado requerimiento, manejo y utilización de la información en las fijaciones tarifarias de generación privada, y estar en proceso una mejora por parte de la Intendencia de Energía, instruir a dicha Intendencia para que las mejoras que se implementen se informen al Centro de Desarrollo de la Regulación con el fin de que se presente ante la Junta Directiva una propuesta para

mejorar integralmente la metodología actual, propuesta que deberá tener el fundamento debidamente verificado”.

Por su parte, los señores (as) Grettel López Castro, Edgar Gutiérrez López y Adriana Garrido Quesada votan a favor.

La Junta Directiva resuelve, por mayoría, tres votos a uno:

ACUERDO 11-23-2016

1. Declarar sin lugar, el recurso de reposición, interpuesto por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra la resolución RJD-17-2016.
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 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-009-2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 07 de junio de 2010, aprobó la *“Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley N° 7200) que firmen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014, publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente ET-135-2008).
- II. Que el 10 de agosto de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-152-2011, publicada en La Gaceta N° 168 del 1° de setiembre de 2011, aprobó la *“Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”*, la cual fue modificada mediante las resoluciones RJD-161-2011, del 26 de octubre de 2011, publicada en La Gaceta N° 230 del 30 de noviembre de 2011, RJD-013-2012 del 29 de febrero de 2012 y publicada en La Gaceta N° 74 del 17 de abril de 2012 y RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-029-2011).
- III. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N°10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-028-2011).
- IV. Que el 19 de marzo de 2015, la Junta Directiva mediante el acuerdo 05-12-2015 de la sesión ordinaria 12-2015, acordó, entre otras cosas: *“Someter al trámite de audiencia pública la siguiente propuesta de “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con*

recursos renovables”, de conformidad con lo señalado en la propuesta remitida por la Comisión Ad-Hoc mediante el oficio 01-CAMMRR-2015 (...). (Folios 01 al 24).

- V. Que el 1º de abril de 2015, se publicó la convocatoria a la audiencia pública de Ley, en el Alcance Digital N° 23 a La Gaceta N° 64 y el 9 de abril de 2015 en los diarios La Nación y La Extra. (Folios 43 al 46).
- VI. Que el 5 de mayo de 2015, se llevó a cabo la audiencia pública en el auditorio de la Aresep interconectados por el sistema de videoconferencia con los Tribunales de Justicia de los centros de: Cartago, Ciudad Quesada, Heredia, Liberia, Limón, Pérez Zeledón y Puntarenas, además dicha audiencia se desarrolló en forma presencial en el Salón Parroquial de Bribri, Limón, Talamanca, según el acta N° 028-2015. (Folios 351 al 358).
- VII. Que el 8 de mayo de 2015, la Dirección General de Atención al Usuario mediante el oficio 1554-DGAU-2015, remitió a la Comisión Ad Hoc el informe de oposiciones y coadyuvancias e indicó que se recibieron y se admitieron 10 posiciones. (Folios 347 al 348).
- VIII. Que el 20 julio de 2015, la Comisión Ad Hoc mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, remitió a la Secretaría de Junta Directiva la propuesta de *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.”* (Folios 360 al 440).
- IX. Que el 20 de julio de 2015, la Secretaría de Junta Directiva mediante el memorando 561-SJD-2015, trasladó para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la propuesta de *“Modificación de las Metodologías de Fijación para Generadores Privados de Energía Eléctrica con Recursos Renovables”*, contenida en el oficio 02-CAMMRR-2015. (Folio 359).
- X. Que el 6 de agosto de 2015, la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante el oficio 762-DGAJR-2015, emitió criterio sobre la propuesta de *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.”* (Folios 443 al 448).
- XI. Que el 8 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-17-2016, la Junta Directiva entre otras cosas, aprobó la modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables. (Folios 593 al 609).
- XII. Que el 18 de febrero de 2016, la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., interpuso recurso ordinario de reposición o reconsideración, contra la resolución RJD-17-2016. (Folios 558 al 576).
- XIII. Que el 19 de febrero de 2016, mediante el memorando 135-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió el recurso de reposición interpuesto, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis. (Folio 749).
- XIV. Que el 12 de abril de 2016, mediante el oficio 311-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio respecto al recurso de reposición, interpuesto por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra la resolución RJD-017-2016. (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 311-DGAJR-2016 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-17-2016, es el ordinario de reposición, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

b) Temporalidad

La resolución recurrida fue notificada a la recurrente el 16 de febrero de 2016 (folio 741) y la impugnación fue planteada el 18 de febrero de 2016 (folios 558 al 579).

Conforme al artículo 346 inciso 1) de la LGAP, 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 19 de febrero de 2016. 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 por Ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo legal establecido.

c) Legitimación

Se tiene que la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L. se encuentra legitimada para actuar dentro de este procedimiento –en la forma en que lo ha hecho-, de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 342 de la LGAP, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 7593.

d) Representación

El señor Ronald Álvarez Campos, actúa en su condición de Gerente General con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L. - según consta en la certificación registral visible a folios 345 al 346- por lo que se encuentra acreditado y facultado para actuar en representación de la recurrente.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

A continuación, se analizan los argumentos de inconformidad planteados por la recurrente:

1. Antigüedad promedio real de la base de datos de costos de explotación:

Indicó la recurrente, que no se justifica la eliminación del factor de antigüedad Xu , dado que la antigüedad promedio real de la base de datos de costos de explotación, es menor a la antigüedad de las plantas de generación privadas.

El contraste entre lo pretendido por la recurrente y lo resuelto mediante la resolución recurrida es visible en el siguiente detalle:

Pretensión de la recurrente	Lo vigente (aprobado mediante la resolución recurrida)
<p data-bbox="289 772 651 804">La Tarifa de Referencia (TR):</p> $TR = \frac{\left(\frac{Ca}{Xu}\right) + (I * Xu * Ke)}{8760 * Fp}$	<p data-bbox="852 772 1243 804">Las Tarifas de Referencia (TR):</p> $TR = \frac{Ca + (I * Xu * Ke)}{8760 * Fp}$

Al respecto, cabe indicar, que en el Por Tanto III de la resolución recurrida -RJD-17-2016-, a folio 600, se señaló con respecto al cociente de los costos de explotación (Ca) por el factor de antigüedad (Xu), lo siguiente:

[...]

(...) la división incluida no resulta lógica debido al tipo de costos de explotación que se utilizan en la muestra, los cuales son plantas que reflejan su costo dada su edad sin necesidad de modificarlas por antigüedad como sería el caso si la muestra tuviera datos de costos de explotación de plantas nuevas. Es decir, es claro que existe una relación directa entre el costo de explotación de las plantas y su antigüedad (tal como lo indica el ICE en el folio 134 del expediente OT-153-2014), sin embargo, la información que se encuentra disponible para la Autoridad Reguladora para realizar las fijaciones tarifarias presenta el problema de que casi la mayoría son plantas con una vida en operación promedio más alta que las de las plantas existentes.

La muestra utilizada en las fijaciones tarifarias aprobadas en las resoluciones 750-RCR-2012 del 9 de enero de 2012 (expediente ET-153-2011), RIE-040-2013 del 27 de marzo de 2013 (expediente ET-157-2010), RIE-105-2013 del 12 de diciembre 2013 (ET-107-2013) y la RIE-099-2014 del 18 de diciembre 2014 (expediente ET-139-2014), como se menciona anteriormente, se basa en los costos de explotación de plantas del ICE las cuales tienen una vida de operación mayor al promedio de vida en operación de las plantas existentes y la cual tiene implícito la antigüedad de las plantas. De lo que se puede concluir que hay una doble consideración de la antigüedad de las plantas en el costo de explotación.

[...]

Adicionalmente, en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas por la recurrente, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 433), se señaló, en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

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.

[...]

Por su parte, la Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley N° 7200) que firmen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) -RJD-009-2010-, indica con respecto a los costos de explotación y el factor de antigüedad, lo siguiente:

[...]

3.2.1. Concepto:

El costo de explotación representa los costos necesarios para mantener y operar una planta en condiciones normales para nuestro país. No incluye gastos de depreciación y gastos financieros, porque según las premisas del modelo, se trata de tarifar a plantas cuyo costo ya fue cubierto vía tarifas mediante anteriores contratos.

En este caso se trata de información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar.

3.2.2. Fuente de información

El cálculo de este valor se hará mediante la determinación de una muestra de los costos de explotación (operación y mantenimiento) de plantas eléctricas en la medida de lo posible similares a las plantas que se pretende tarifar.

Para esto se recopilarán datos nacionales e internacionales de distintas fuentes; dentro ellas se encuentran documentos de trabajo, informes técnicos, estudios tarifarios y planes de expansión de generación, entre otras; siempre que se trate de fuentes confiables.

Si dada la muestra se requiere actualizar el valor de alguna planta para hacerla comparable con respecto a otra información, la indexación se efectuará utilizando el Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos (IPP - EEUU), con el fin de poder contar con una serie de datos comparable en términos reales. Los datos contenidos en las bases de datos excluyen los valores extremos⁵.

En la base de datos se privilegiará los datos de plantas con capacidad instalada semejante a las plantas a las cual se calcula la tarifa, siempre que exista información confiable y verificable sobre ellas.

[...] *El subrayado no es del original.*

[...]

3.5.1. Concepto:

El factor de antigüedad mide la antigüedad promedio de las plantas, expresadas en función de su valor remanente, dado el tiempo en que las plantas han estado en operación. En este caso se trata de información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar.

3.5.2. Fuente de información

En el cálculo de esta variable se contemplarán valores de antigüedad únicamente de plantas nacionales, considerando la información para los tres últimos años disponibles, según la base de datos de la Autoridad Reguladora. Para estos efectos se considerará un máximo de 40 años de antigüedad, por ser esta la vida útil contable de estos activos.

3.5.3. Cálculo del factor de antigüedad

El factor de antigüedad o factor de utilización promedio que han tenido las plantas de los generadores privados para la venta de electricidad al ICE, se estima por medio de la siguiente fórmula:

$$Xu = ((Vu - Vo) / Vu) * (1 - Vr) + Vr$$

Donde:

Vu = Vida útil de las plantas para generación eléctrica (40 años)

Vo = Vida en operación promedio

Vr = Valor residual de las plantas (10%)

[...]

En cuanto a la incongruencia entre los modelos de fijación para plantas existentes y plantas nuevas cabe indicarle a la recurrente, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas por la recurrente, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folios 433 a 434), se señaló, en lo que interesa lo siguiente:

[...]

Es importante indicar que en ambos casos se utiliza la misma muestra, sin embargo, la forma de cálculo es diferentes [sic]. En el caso de plantas nuevas para el cálculo de los costos de explotación se utiliza un punto específico de la curva de regresión que mejor se ajuste a la información (10 MW), en el tanto que para las plantas existentes se utiliza un promedio ponderado de la información. Por lo tanto, los datos que resulten no deben ni pueden ser comparables.

Esto es así en el tanto se mantenga la situación de no disponer la suficiente información de la estructura de costos de plantas nuevas y de plantas existentes por separado.

[...]

Así las cosas, los costos de explotación corresponden “a los costos necesarios para mantener y operar una planta en condiciones normales para nuestro país” y de acuerdo con la metodología

vigente, se obtienen de las bases de datos confiables con que dispone la Autoridad Reguladora, correspondientes a las “plantas con capacidad instalada semejante a las plantas a las cuales se calcula la tarifa”, razón por la cual, dichos costos corresponden a datos actualizados y reales.

Por su parte, el factor de antigüedad o factor de utilización promedio (X_u), corresponde a un factor con el cual se busca que la “información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar”, lo cual aplicaría, si la muestra de los costos de explotación correspondiera a datos de costos de plantas nuevas.

Aunado a lo anterior, la información con que cuenta la Aresep para determinar los costos de explotación, según la metodología vigente, corresponde en su mayoría, a los costos de plantas de generación hidroeléctrica que posee el ICE, las cuales al no ser plantas nuevas, sus costos son reflejo del mantenimiento y operación de una planta en condiciones normales, por lo que, no es necesario ajustar la información mediante el factor de utilización (como lo solicita la recurrente), en razón de que los costos reales ya tienen incorporado, de forma implícita, el costo de operación al momento del cálculo tarifario.

Con respecto a la afirmación que hace la recurrente, en cuanto a que la antigüedad promedio real de la base de datos de costos de explotación, es menor a la antigüedad de las plantas de generación privadas, este órgano asesor no se referirá al respecto, en razón de que la resolución recurrida modificó parcialmente algunos de los componentes de las metodologías establecidas en las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011 y lo argumentado por la recurrente en cuanto a este punto, corresponde a su aplicación, situación que la especie fáctica del caso no ha sucedido.

Es virtud de lo anterior, que considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

2. Reconocimiento del gasto por depreciación:

La recurrente indicó, que la depreciación es un costo indiscutible de la operación de las empresas, no obstante, la Aresep no reconoce el gasto por depreciación de sus activos en las tarifas a las plantas hidroeléctricas privadas que venden energía al ICE, contradiciendo lo que establecen las Normas Internacionales de Contabilidad.

Al respecto, cabe indicarle a la recurrente, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 434), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Primero que todo es importante señalar que este tema está fuera del alcance de la modificación propuesta. Sin embargo, la metodología supone que todos los costos de inversión ya fueron cubiertos vía tarifas en los contratos anteriores, con lo cual también se tuvo que recuperar los costos fijos de operación y por lo tanto, no es razonable reconocer depreciación.

Por otra parte, no existe un tratamiento discriminatorio hacia los generadores privados, simplemente, la forma de tarifar es diferente, por un lado, existe un plazo máximo de contrato dentro del cual se deben recuperar todos los costos y por el otro, los costos se recuperan durante toda la vida útil del proyecto. Es decir, no es que no se recuperan, es que ya se recuperaron, al igual que no se supone que el activo ya está totalmente depreciado, ya recupero [sic] los gastos por este rubro.

[...]

Se le aclara a la recurrente, que el contenido de la resolución RJD-17-2016, se limitó a modificar algunos temas específicos de tres metodologías tarifarias, a saber:

- 1. RJD-009-2010: “Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley N° 7200) que firmen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad”.**
Se modificó la fórmula para determinar las tarifas de referencia (TR), eliminando del primer componente de la fórmula, el denominador, correspondiente al factor de antigüedad (Xu).
- 2. RJD-152-2011: “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”.**
Se modificó el texto y las fórmulas referidas al ingreso requerido (IR) y la tarifa de venta (p) eliminando lo relativo al componente del factor ambiental (fa), así como, modifica o incluye texto en el apartado de Expectativas de venta (E), Monto de la Inversión unitaria (M) y la Definición de la banda tarifaria.
- 3. RJD-163-2011: “Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”.**
Se modificó el texto y las formulas del apartado iii. Formulación general del modelo, eliminando lo relativo al componente del factor ambiental (fa), en el apartado v. Ingresos requeridos (IR) eliminó de la fórmula el componente de factor ambiental (fa) y al apartado iv. Expectativas de venta (E) se le incluyó texto.

En ese sentido, note la recurrente, que en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, el reconocimiento de la depreciación, es un tema que no fue sometido a audiencia pública en esta oportunidad, por lo que se encuentra fuera del alcance de dicha resolución, la cual se limitó a modificar las metodologías aprobadas mediante las resoluciones supraindicadas.

*No obstante lo anterior, se le indica a la recurrente que, en cuanto al argumento del reconocimiento de la depreciación, no es de recibo, en razón de que la resolución RJD-009-2010, en el apartado **3.2.1. Concepto**, citado en el punto 1 del análisis por el fondo de este criterio, indica que el costo anual de explotación “No incluye gastos de depreciación y gastos financieros, porque según las premisas del modelo, se trata de tarifar a plantas cuyo costo ya fue cubierto vía tarifas mediante anteriores contratos”. Así las cosas, el gasto de depreciación para plantas existentes que firmen un nuevo contrato con el ICE, ya fue reconocido y por tanto, pagado vía tarifa.*

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en su argumento.

V. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra la resolución RJD-17-2016, resulta admisible.*
- 2. Los costos de explotación corresponden a los costos que conlleva mantener y operar una planta en condiciones normales dentro de nuestro país, por lo cual, no es necesario ajustar la información mediante el factor de utilización, en razón de que los costos reales ya tienen incorporado, de forma implícita, el costo de operación al momento del cálculo tarifario.*
- 3. El factor de antigüedad o factor de utilización promedio, corresponde a un factor con el cual se busca que la información se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar, lo cual aplicaría, si la muestra de los costos de explotación correspondiera a datos de costos de plantas nuevas.*
- 4. La resolución recurrida modificó parcialmente algunos de los componentes de las metodologías establecidas en las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011 y lo argumentado por la recurrente en cuanto a la antigüedad promedio real de la base de datos de costos de explotación, es menor a la antigüedad de las plantas de generación privadas, que correspondería a su aplicación, situación que la especie fáctica del caso no ha sucedido.*
- 5. El reconocimiento de la depreciación para plantas existentes que firmen un nuevo contrato con el ICE, fue reconocido vía tarifas, mediante anteriores contratos.*
- 6. El tema de la depreciación, no fue sometido a audiencia pública, por lo que se encuentra fuera del alcance de las modificaciones aprobadas mediante la resolución RJD-17-2016, a las metodologías establecidas en las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011.*

[...]"

- 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, interpuesto por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra la resolución RJD-17-2016, **2.** Agotar la vía administrativa, **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **4.-**Trasladar el expediente a la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria 23-2016, del 21 de abril de 2016, cuya acta fue ratificada el 28 de abril de 2016, Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 311-DGAJR-2016 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, interpuesto por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra la resolución RJD-17-2016.
- 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 12. Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., contra la resolución RJD-17-2016 del 8 de febrero de 2016. Expediente OT-082-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 316-DGAJR-2016 del 13 de abril de 2016, 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 Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., contra la resolución RJD-17-2016.

El señor **Henry Payne Castro** y la señora **Laura Núñez Sibaja** se refieren a los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

La señora **Adriana Garrido Quesada** solicita valorar la necesidad de mencionar que, en lo concerniente a filtrar ofertas ruinosas, lo que se discutió en esta Junta Directiva, es que es el ICE la institución que mediante su proceso de análisis de las ofertas, determinará cuáles ofertas pueden ser ruinosas y les dará el trato correspondiente. Considera que este aspecto complementa la decisión de este cuerpo colegiado.

Analizado el tema, con base lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con en el oficio 316-DGAJR-2016, la señora **Grettel López Castro** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 12-23-2016

1. Declarar sin lugar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad, interpuestos por Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., contra la resolución RJD-017-2016.
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 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-009-2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 07 de junio de 2010, aprobó la *“Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley N° 7200) que firmen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente ET-135-2008).
- II. Que el 10 de agosto de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-152-2011, publicada en La Gaceta N° 168 del 1° de setiembre de 2011, aprobó la *“Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”*, la cual fue modificada mediante las resoluciones RJD-161-2011, del 26 de octubre de 2011, publicada en La Gaceta N° 230 del 30 de noviembre de 2011, RJD-013-2012 del 29 de febrero de 2012 y publicada en La Gaceta N° 74 del 17 de abril de 2012 y RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-029-2011).
- III. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-028-2011).
- IV. Que el 19 de marzo de 2015, la Junta Directiva mediante el acuerdo 05-12-2015 de la sesión ordinaria 12-2015, acordó, entre otras cosas *“Someter al trámite de audiencia pública la siguiente propuesta de “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, de conformidad con lo señalado en la propuesta remitida por la Comisión Ad-Hoc mediante oficio 01-CAMMRR-2015 (...). (Folios 01 al 24).*
- V. Que el 1° de abril de 2015, se publicó la convocatoria a la audiencia pública de Ley, en el Alcance Digital N° 23 a La Gaceta N° 64 y el 9 de abril de 2015 en los diarios La Nación y La Extra. (Folios 43 al 46).
- VI. Que el 5 de mayo de 2015, se llevó a cabo la audiencia pública en el auditorio de la Aresep interconectados por el sistema de videoconferencia con los Tribunales de Justicia de los centros de: Cartago, Ciudad Quesada, Heredia, Liberia, Limón, Pérez Zeledón y Puntarenas, además dicha audiencia se desarrolló en forma presencial en el salón parroquial de Bribri, Limón, Talamanca, según el acta N° 028-2015. (Folios 351 al 358).
- VII. Que el 8 de mayo de 2015, la Dirección General de Atención al Usuario mediante, el oficio 1554-DGAU-2015, remitió a la Comisión Ad Hoc el informe de oposiciones y coadyuvancias e indicó que se recibieron y se admitieron 10 posiciones. (Folios 347 al 348).
- VIII. Que el 20 julio de 2015, la Comisión Ad Hoc mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, remitió a la Secretaría de Junta Directiva la propuesta final de la *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.”* (Folios 360 al 440).

- IX. Que el 6 de agosto de 2015, la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante el oficio 762-DGAJR-2015, emitió criterio sobre la propuesta de *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.”* (Folios 443 al 448).
- X. Que el 8 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-17-2016, la Junta Directiva entre otras cosas, aprobó la modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables. (Folios 593 al 609).
- XI. Que el 18 de febrero de 2016, Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., interpuso recurso ordinario de reposición y gestión de nulidad contra la resolución RJD-17-2016. (Folios 621 al 626).
- XII. Que el 23 de febrero de 2016, mediante el oficio 143-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió el recurso de reposición interpuesto por Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis. (Folio 789).
- XIII. Que el 13 de abril de 2016, mediante el oficio 316-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio respecto al recurso de reposición y gestión de nulidad, interpuestos por Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., contra la resolución RJD-017-2016. (Correrá agregado a los autos).
- XIV. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 316-DGAJR-2016 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-17-2016, es el ordinario de reposición, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

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

b) Temporalidad

La resolución recurrida fue notificada a la recurrente el 16 de febrero de 2016 (folio 741) y la impugnación fue planteada el 19 de febrero de 2016 (folios 621 al 626).

Conforme al artículo 346 inciso 1) de la LGAP, 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 19 de febrero de 2016. 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 por Ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo legal.

En lo que se refiere a la gestión de nulidad interpuesta, es preciso indicar, que ésta fue presentada de manera conjunta con el recurso en análisis, el 19 de febrero de 2016, y considerando que la resolución RJD-17-2016 fue notificada a la recurrente el 16 de febrero de 2016, 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 para plantearla vencería el 17 de febrero de 2017.

c) Legitimación

Se tiene que Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., se encuentra legitimada para actuar dentro de este procedimiento –en la forma en que lo ha hecho-, de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 342 de la LGAP en concordancia con el artículo 36 de la Ley 7593.

d) Representación

El señor Allan Broide Wohlstein, actúa en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., -según consta en la certificación registral de personería jurídica visible de folios 308 y 309- por lo que se encuentra acreditado y facultado para actuar en representación de la recurrente.

[...]

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

A continuación, se presenta el análisis del argumento planteado por la recurrente:

Sobre la modificación de la amplitud de la banda: Indicó la recuente que la Aresep no ha proporcionado la motivación, ni los argumentos técnicos que justifiquen la asimetría y sustenten el cambio en el piso de la banda tarifaria, ni cómo con el cambio del piso a un nivel tan bajo, reduce el margen de acción del ICE al que se hizo referencia en la resolución RJD-163-2011 y que dio origen a la razón de ser del piso de la banda.

Al respecto, la resolución recurrida -RJD-17-2016-, a folios 596 a 600, en el Por Tanto III, señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Para fijar tarifas y establecer las metodologías, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, tiene competencias exclusivas y excluyentes y así ha sido señalado por la

Procuraduría General de la República, en el dictamen C-329-2002 y la sentencia 005-2008 de las 9:15 horas del 15 de abril de 2008, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta.

En el caso particular del servicio público de electricidad y en particular, en el segmento de generación de este bien, la Autoridad ha establecido un conjunto de métodos de regulación que permiten establecer precios o tarifas de acuerdo con la fuente de generación del bien, entre otras: las fuentes hídricas, eólicas, térmicas, biomasa, solar. En el mercado, la oferta de generación se da por actores privados, públicos, cooperativas, procurando que se utilicen de la mejor manera posible, distintos procesos de producción que están relacionados con el tamaño de planta en la fuente del recurso, la generación de economías de escala y de ámbito, el uso eficiente de las innovaciones y mejoras tecnológicas y las mejores prácticas gerenciales. Por estos motivos, existe una dinámica en la oferta del mercado que hace que los costos y precios cambien intertemporalmente con estas mejoras. Todos estos elementos, son objeto de estudio, análisis y revisión periódica de las metodologías tarifarias que realiza la Autoridad Reguladora.

De esta manera, la presente propuesta de modificación de las bandas de precios de la energía eléctrica generada por fuentes como la hidroeléctrica y eólica, permite que se capture en el tiempo, estas innovaciones y mejoras, con ello, procurando un beneficio al consumidor, dentro del equilibrio entre los intereses de productores y consumidores y el aseguramiento de la continuidad con calidad en el servicio.

3.2. De las Convocatorias para adquirir bloques de energía

La motivación principal a estas modificaciones ha sido los recientes concursos que ha establecido el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) de acuerdo con la Ley No. 7200 en el cual, se tiene evidencia probada de que los precios convergieron al piso de la banda, aumentando con ello la tendencia de que las mejores tecnológicas y mejores prácticas, así como la competencia y la contestabilidad del mercado, lo que tendrá efectos positivos en el bienestar del consumidor.

[...]

Con esta primera convocatoria, se pudo concluir varias cosas, entre ellas el alto interés existente por parte de los generadores privados representado por la capacidad (KW) ofrecida en total versus la cantidad de energía requerida por el ICE. Por ejemplo, se requerían hasta 40 MW de la fuente hidroeléctrica y se ofrecieron 74 MW, mientras que de eólico se buscaban hasta 100 MW y la oferta fue de 249 MW. Por otra parte, los precios ofrecidos también mostraron una señal de la dirección del mercado.

[...]

En el caso de los generadores privados con fuente eólica se puede observar que la mayoría de los proyectos seleccionados ofertaron el precio del límite inferior vigente en ese momento. Esto era indicio de que había más espacio en la banda tarifaria, específicamente en la banda inferior.

[...]

Con la segunda convocatoria y con la posibilidad de realizar descuentos en una segunda oferta, no queda duda de que los oferentes tienden al límite inferior y que posiblemente de no haber existido éste, el precio hubiera sido menor. Sin embargo, existía imposibilidad de ofrecer un precio inferior a los vigentes según la aplicación de la metodología por cuanto no son precios fijados por la ARESEP. En este caso, la posibilidad de ofrecer descuentos fue principalmente beneficioso al proceso en la fuente hidroeléctrica, ya que varias empresas ofertaron el piso de la banda, mientras que en la primera oferta ninguna eligió ese precio.

De acuerdo con el Artículo 16.1 de la Ley General de la Administración Pública, la información revelada de precios lo es a conveniencia, en este caso, como elemento que permite proponer modificaciones en la metodología citada en marras, con el fin de cumplir con el mandato establecido en la Ley 7593 y en particular con el artículo 4. En dicho caso, la información puede dar elementos que indiquen que las bandas de las tarifas establecidas deben modificarse con el fin de procurar, entre muchas cosas, eficiencia y entrada de más participantes en este segmento de mercado eléctrico, con el fin de darle continuidad al servicio público con la calidad requerida. De esta manera, mayor información de mejor calidad que se incorpore en las metodologías tarifarias hace disminuir las asimetrías de información, lo cual hace más transparente la regulación y el contrato regulatorio entre el agente y el principal.

Así por ejemplo, un menor límite inferior de la banda hace más contestable el mercado (segmento de mercado de generación), es decir, puede permitir mayor entrada de participantes en el mismo; logrando con ello que el consumidor del servicio sea beneficiado con las mejoras en la tecnología y la minimización de costos que empresas estarían dispuestas a brindar con la misma o superior calidad que las incumbentes o con otras potenciales oferentes, en el entendido de que dichos efectos se incorporan en el método de fijación de las tarifas y/o precios del servicio público.

Una banda que incorpore nueva información revelada por los actores y del mercado, tiene el conveniente de que las empresas en la industria revelen convergencia en costos, dada la competencia por precios a la baja, logrando aprovechar márgenes de eficiencia. Es decir, las empresas incumbentes y las empresas entrantes marginales, deberían, al menos, comportarse como sus competidoras en la industria, lo cual necesariamente está en concordancia con el principio de servicio al costo que señala tácitamente la Ley 7593.

De esta manera, la Autoridad Reguladora está proponiendo un proceso dinámico que toma en cuenta la naturaleza del mercado y/o segmento del mercado, procurando que los beneficios que garanticen el servicio al costo y la continuidad y calidad del servicio, se traslade a los consumidores, manteniendo el equilibrio entre ambos actores.

[...]. El subrayado no es del original.

Adicionalmente, cabe indicarle a la recurrente, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, según oficio 02-CAMMRR-2015, (folio 432), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

La amplitud de la banda con una desviación estándar hacia arriba y tres desviaciones estándar hacia abajo es bastante amplia como para los participantes no tengan incertidumbre futura a menos que se acercan a los límites aprobados, de otra manera es posible hacer un análisis financiero del proyecto estable que pueda brindar seguridad jurídica.

La información disponible refleja que el comportamiento de los oferentes en su mayoría fue a disminuir sus precios de oferta por debajo del costo promedio del modelo, si se establece un rango con un límite superior con una desviación estándar sobre este promedio, los casos que requieran precios superiores a este límite es porque existe algún grado de ineficiencia tal que requiere una tarifa mayor a las resultantes del modelo.

Por la justificación incluida en el expediente OT-082-2015, sobre la tendencia de la información revelada hacia la baja, no se considera necesario que la amplitud de la banda sea simétrica, independientemente de que el ICE tenga la potestad de no adjudicar proyectos.

[...]

De lo indicado en las citas anteriores, se desprende que el motivo que llevó a la Junta Directiva, a realizar las modificaciones a las metodologías indicadas en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, con respecto a disminuir el piso de la banda en tres desviaciones estándar, fue el análisis realizado al comportamiento del mercado, a partir de la información que evidenciaron los concursos realizados por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), los cuales mostraron, según indicó la Comisión Ad-Hoc y para el caso de los generadores privados con fuente eólica, que los precios convergieron a la baja, por lo que resultaba necesario ampliar el piso de la banda.

Así las cosas, la información proporcionada por los principales proveedores de energía, permitió al Ente Regulador, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, modificar la banda tarifaria tres desviaciones estándar hacia abajo con relación al promedio.

Por otro lado, como también lo indicó la resolución recurrida, el uso eficiente de las innovaciones y mejoras tecnológicas que se han venido dando en el país, hacen que la oferta de mercado, precios y costos cambien y que en cumplimiento de sus funciones, la Aresep, de acuerdo al artículo 31 de la Ley 7593, determinó modificar el piso de la banda tarifaria, por razones diferentes a las indicadas en la resolución RJD-163-2011 (30 de noviembre de 2011), que en su momento dieron origen y justificaron el piso de la banda.

En razón de lo anterior, es que se considera que el actuar del Ente Regulador, en cuanto a la modificación del piso de la banda tarifaria, no contraría lo dispuesto en los artículos 15 al 17 de la LGAP, referido a la discrecionalidad al dictar actos administrativos.

Así las cosas, en la resolución recurrida, se incluyeron el motivo y las justificaciones técnicas que sustentaron el cambio en el piso de la banda tarifaria.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

SOBRE LA GESTIÓN DE NULIDAD INTERPUESTA

Finalmente, en lo que respecta a la gestión de nulidad interpuesta contra la resolución RJD-17-2016, 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 exámine.

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 el presente criterio, al no presentarse vicio alguno en los elementos constitutivos 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 Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., no lleva razón en sus argumentos, 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, es decir, por la Junta Directiva (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 dicha resolución sea nula y por ende, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a su gestión de nulidad.

V. CONCLUSIONES

1. Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., contra la resolución RJD-17-2016, resultan admisibles por haber sido presentados en tiempo y forma.
2. La modificación del piso de la banda tarifaria a tres desviaciones estándar con respecto al promedio, se motivó en el análisis realizado por la Comisión Ad-Hoc, al comportamiento del mercado, a partir de la información que evidenciaron los concursos realizados por el Instituto Costarricense de Electricidad, los cuales mostraron que, para el caso de los generadores privados con fuente eólica, los precios ofertados convergieron a la baja.
3. La información proporcionada por los principales proveedores de energía, permitió al Ente Regulador, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, modificar la banda tarifaria tres desviaciones estándar hacia abajo con relación al promedio.
4. La Aresep, de acuerdo al artículo 31 de la Ley 7593, determinó modificar el piso de la banda tarifaria, por razones diferentes a las indicadas en la resolución RJD-163-2011 (30 de noviembre de 2011), en razón de que a la fecha de emisión de la resolución recurrida, ya se contaba con información sobre el comportamiento del mercado.
5. El actuar del Ente Regulador, en cuanto a la modificación del piso de la banda tarifaria, no contraría lo dispuesto en los artículos 15 al 17 de la LGAP, referido a la discrecionalidad al dictar actos administrativos.
6. 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 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 resolución recurrida 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 Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., contra la resolución RJD-017-2016, **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 ordinaria 23-2016, del 21 de abril de 2016, cuya acta fue ratificada el 28 de abril de 2016; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 316-DGAJR-2016 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 Inversiones Eólicas Campos Azules S.A., contra la resolución RJD-017-2016.
- 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 partir de este momento se retiran del salón de sesiones, el señor Henry Payne Castro y señora Laura Núñez Sibaja.

ARTÍCULO 13. Asuntos informativos.

Seguidamente se da por recibido el asunto indicado en la agenda, como tema de carácter informativo, relacionado con la formal oposición, advertencia en cuanto a sus eventuales responsabilidades subjetivas y personales en cuanto al tema piratas de las esquinas y de los piratas del UBER, presentada por la Unión de Taxistas Costarricenses (UTC). Nota del 6 de abril de 2016.

A las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos finaliza la sesión.

GRETTEL LÓPEZ CASTRO
Presidenta de la Junta Directiva

SONIA MUÑOZ TUK
Miembro de la Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva