

SESIÓN EXTRAORDINARIA

N.º 62-2016

12 de diciembre de 2016

San José, Costa Rica

SESIÓN EXTRAORDINARIA N.º 62-2016

Acta de la sesión extraordinaria número sesenta y dos, dos mil dieciséis, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el lunes doce de diciembre de dos mil dieciséis, a partir de las catorce horas. Asisten los siguientes miembros: Roberto Jiménez Gómez, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt y Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Grettel López Castro, Reguladora General Adjunta; Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna; Robert Thomas Harvey, Asesor del Despacho del Regulador General; Herley Sánchez Víquez, Asesora del Despacho del Regulador General y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Constancia de inasistencia

Se deja constancia de que la señora Adriana Garrido Quesada no participa en esta oportunidad, en vista de que convalece de un cuadro gripal, situación que informó oportunamente.

ARTÍCULO 2. Lectura de la Agenda

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura a la agenda de esta sesión, la cual se copia seguidamente:

1. *Continuación del análisis del proceso del Concurso N°22-2016 Miembro titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).*
2. *Modificación Presupuestaria 12-2016. Oficios 1091-RG-2016 del 6 de diciembre de 2016, 584-DGEE-2016 y 583-DGEE-2016 del 5 de diciembre del 2016.*
3. *Asunto de carácter confidencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, párrafo segundo de la Ley 8422.*
4. *Incidente de falta de competencia y nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad en el procedimiento administrativo sumario. Expediente OT-90-2011. Oficio 775-DGAJR-2016 del 31 de agosto de 2016.*
5. *Recurso de apelación interpuesto por la Unión de Productores Independientes y Actividades Varias (UPIAV), contra la resolución RIT-079-2016. Expediente ET-075-2015. Oficio 783-DGAJR-2016 del 1º de setiembre de 2016.*
6. *Recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RIE-111-2015 del 4 de noviembre de 2015 y gestión de nulidad contra la resolución RIE-081-2014 del 24 de octubre de 2014 y contra "todos los actos derivados de esta". Expediente ET-82-2015. Oficio 805-DGAJR-2016 del 6 de setiembre de 2016.*
7. *Recurso de apelación, gestión de nulidad e incidente de suspensión del acto, interpuestos por la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L. (FENACOOTAXI), contra la resolución 147-RIT-2015 del 18 de noviembre de 2015. Expediente ET-093-2015. Oficio 815-DGAJR-2016 del 7 de setiembre de 2016.*

8. *Solicitud de suspensión de los efectos del acto, recurso de revisión y gestión de nulidad, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra las resoluciones RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015 y RJD-222-2015 del 8 de octubre de 2015. Expediente OT-300-2014. Oficio 879-DGAJR-2016 del 23 de setiembre de 2016.*
9. *Recurso de apelación interpuesto por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., contra la resolución RIT-032-2016 del 4 de marzo de 2016. Expediente ET-047-2016. Oficio 915-DGAJR-2016 del 6 de octubre de 2016.*
10. *Recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por Autotransportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución RRG-577-2015. Expediente OT-84-2011. Oficio 818-DGAJR-2016 del 8 de setiembre de 2016.*

Los miembros de la Junta Directiva manifiestan su anuencia con la agenda, la cual proceden a conocer de inmediato.

ARTÍCULO 3. Continuación del análisis del proceso del Concurso N°22-2016 Miembro titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL)

En cuanto al proceso del Concurso N°22-2016 Miembro titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), el señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que, en lo personal, requiere de más tiempo para analizar algunos aspectos a futuro y, en vista de que en esta oportunidad no participa la señora Adriana Garrido Quesada, sería conveniente posponer el conocimiento de este tema.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** comenta que, ante lo manifestado por el Regulador General, sería conveniente agendar el tema para la sesión ordinaria del próximo jueves 15 de diciembre, ya que, la señora Adriana Garrido Quesada va a estar ausente por mucho tiempo.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** agrega que, su posición respecto del concurso no la tendrá en este año. Considera que se cuenta con tiempo para valorar y votar el tema; además de que necesita presentar algunos planteamientos y llevar a cabo una reunión de previo con los señores miembros de la Junta Directiva. Por ejemplo, se requiere analizar ciertos aspectos programáticos; el grado de supervisión en control y relación que va a tener la Aresep, así como otros temas internos de la institución que, en su momento, los presentará. Apunta que el proceso no se va a atrasar.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** manifiesta que es importante tener claro cuándo se le vence el periodo a la señora Maryleana Méndez Jiménez, así como la fecha en que regresa al país la directora Adriana Garrido Quesada; ya que, no pretende quedar mal con un proceso que la Junta Directiva empezó justo a tiempo, de conformidad con un cronograma y en donde todas las gestiones se han realizado a tiempo. No encuentra justificación para que en este momento no se tome la decisión. Desconoce qué tipo de consultas se tienen que hacer.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** informa que según lo consultado por el director Sauma Fiatt, el nombramiento de la señora Méndez Jiménez vence el 27 de febrero de 2017. Asimismo, indica que la señora Garrido Quesada se incorporaría a las sesiones de Junta Directiva el 22 de enero de 2017. Por lo anterior, solicita llevar a cabo una sesión el 23 de enero de 2017, para tomar la decisión respectiva.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** adelanta que votará negativamente la propuesta de posponer la decisión hasta el año entrante. Reitera que la Junta Directiva ya cuenta con todos los elementos para tomar la decisión, por lo que debería de hacerlo en la sesión del próximo jueves 15, esto por consideración a la directora Garrido Quesada.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** señala que se necesita más tiempo, y que si se votara ahora no se lograría tener los cuatro votos que se requieren para elegir.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** expresa que está en desacuerdo, en vista de que se llevó a cabo un concurso con la debida antelación y con reglas muy claras; ya los resultados del proceso se conocen. Asimismo, esta es la tercera vez que se conoce en Junta Directiva. Desconoce cuáles son los elementos externos adicionales, valoraciones diferentes, a las que estableció esta Junta Directiva.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** comenta que este tema es muy importante, por lo tanto, requiere de un análisis riguroso, de manera que discutirlo en dos o tres sesiones, es poco tiempo para lo que se amerita.

El señor **Edgar Gutiérrez López** manifiesta estar de acuerdo con lo externado por el director Sauma Fiatt; es decir, existe un procedimiento que se cumplió, la Junta Directiva estableció las reglas; se llevaron a cabo las entrevistas. Considera que no existen más aspectos que analizar; simplemente, ya es una decisión de cada miembro del cuerpo colegiado, decidir quién es el candidato idóneo.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** señala que está de acuerdo en trasladar el tema, por un aspecto de consideración a la directora Garrido Quesada. Además, si algún miembro del cuerpo colegiado necesita más tiempo para valorar algún aspecto.

El señor **Edgar Gutiérrez López** indica que, en esta oportunidad no tiene ninguna razón para no tomar la decisión, es una consideración por el tema de los cuatro votos afirmativos que se requiere, por lo que, sería importante contar con la participación de la directora Garrido Quesada quien estaría presente el próximo jueves 15.

Analizado el planteamiento, el señor **Roberto Jiménez Gómez**, lo somete a votación. Los directores Jiménez Gómez, Gutiérrez López y Muñoz Tuk votan a favor de posponer el tema para enero de 2017, mientras que el director Sauma Fiatt vota en contra por las razones indicadas en la parte expositiva de este artículo.

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

ACUERDO 01-62-2016

Posponer, para una próxima sesión, el análisis del proceso del Concurso N°22-2016 Miembro titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL).

ARTÍCULO 4. Modificación Presupuestaria 12-2016

A las catorce horas con diez minutos ingresa al salón de sesiones, la señora Guisella Chaves Sanabria, Directora de Estrategia y Evaluación, a exponer el tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce los oficios 1091-RG-2016 del 6 de diciembre de 2016, 584-DGEE-2016 y 583-DGEE-2016 del 5 de diciembre de 2016, mediante los cuales la Dirección General de Estrategia y Evaluación somete para su aprobación, la Modificación Presupuestaria 12-2016, por un monto neto de ¢3,4 millones cuyo detalle a nivel de partida es el siguiente:

CUENTA	DESCRIPCION	RESUMEN	
		AUMENTA	DISMINUYE
TOTALES		¢3.460.000,00	¢3.460.000,00
0,00,00	REMUNERACIONES	-	-
1,00,00	SERVICIOS	2.500.000,00	2.000.000,00
2,00,00	MATERIALES Y SUMINISTROS	250.000,00	1.460.000,00
5,00,00	BIENES DURADEROS	-	-
6,00,00	TRANSFERENCIAS CORRIENTES	710.000,00	-
9,00,00	CUENTAS ESPECIALES	-	-

La señora **Guisella Chaves Sanabria** explica los principales extremos de la propuesta de modificación, así como el desglose de solicitudes por área.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Estrategia y Evaluación, conforme a los oficios 1091-RG-2016, 584-DGEE-2016 y 583-DGEE-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez**, lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme:

ACUERDO 02-62-2016

Aprobar la Modificación No 12-2016 al presupuesto de la Aresep por un monto de ¢3,460,000.00 (tres millones cuatrocientos sesenta mil colones con 00/100), tal como se presenta en la información contenida en el documento remitido mediante el oficio 584-DGEE-2016 de la Dirección General de Estrategia y Evaluación.

ACUERDO FIRME.

A las catorce horas con veinte minutos se retira del salón de sesiones, la señora Guisella Chaves Sanabria.

ARTÍCULO 5. Asunto de carácter confidencial

A las catorce horas con veinticinco minutos ingresa al salón de sesiones, la señora Heilyn Ramírez Sánchez, Directora de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a participar en la presentación de este tema.

Se deja constancia de que el presente asunto es de carácter confidencial, el cual debe ser conocido exclusivamente por los miembros de la Junta Directiva, por lo que, a partir de este momento, se retiran los señores (a): Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna, Robert Thomas Harvey y Herley Sánchez, Asesores del Despacho, así como el señor Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

El acceso de esta información, por ser de carácter confidencial se excluye de publicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, párrafo segundo de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley 8422).

ACUERDO 03-62-2016

Asunto de carácter confidencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, párrafo segundo de la Ley 8422.

A partir de este momento se retira del salón de sesiones la señora Heilyn Ramírez Sánchez.

ARTÍCULO 6. Incidente de falta de competencia y nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad en el procedimiento administrativo sumario. Expediente OT-90-2011.

A partir de este momento se reincorporan a la sesión, los señores (as) Anayansie Herrera Araya, Robert Thomas Harvey, Herley Sánchez, y Alfredo Cordero Chinchilla. Asimismo, ingresan la señora Carol Solano Durán, Directora General de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y el señor Daniel Fernández Sánchez, funcionario de esa Dirección, a participar en la presentación de este y los siguientes recursos.

La Junta Directiva conoce el oficio 775-DGAJR-2016 del 31 de agosto de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al incidente de falta de competencia y nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad en el procedimiento administrativo sumario.

La señora **Carol Solano Durán** 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 en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 775-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

RESULTANDO:

I. Que el 8 de julio de 2008, mediante la resolución RRG-8567-2008, el entonces Regulador General, dictó el acto final del procedimiento administrativo tramitado en el expediente OT-420-2007, y en lo que interesa dispuso:

“ 1. Declarar al Instituto Costarricense de Electricidad autor responsable de realizar un cobro indebido por concepto de retribución económica del 28% de los ingresos recaudados mensualmente que percibe el denunciante Radio Mensajes S.A. como

proveedor de servicio 900 por cuanto ese cobro ha sido aplicado sin aprobación tarifaria de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, siendo diferente a la tarifa aprobada y vigente, lo que constituye la acción tipificada en el artículo 38 inciso a) de la Ley 7593. (...) 4. Ordenar al ICE al (sic) pago de los daños causados a la empresa Radio Mensajes S.A. que corresponden a los montos retenidos por concepto de retribución económica desde el mes de agosto del 2005, fecha de firma del contrato, a la fecha en que cese dicha retención, conforme el artículo 28 de la Ley 7593. 5. Se rechaza la solicitud hecha por la empresa Radio Mensajes S.A. en cuanto al pago de los perjuicios. 6. Fijar el monto de la condenatoria y la multa mediante un proceso administrativo de ejecución de esta resolución final una vez firme.” (Folios 11 al 27 y 37 al 51)

II. Que el 6 de julio de 2009, mediante la resolución RRG-9891-2009, el entonces Regulador General, dictó el acto final en el procedimiento administrativo sumario OT-35-2009, y en lo que interesa dispuso:

“1. Imponer al Instituto Costarricense de Electricidad, cédula jurídica 4-000-042139, la devolución a favor de la empresa Radio Mensajes sociedad anónima, con cédula jurídica 3-101-017468, de la suma retenida que asciende a trescientos cinco millones ciento treinta y siete mil seiscientos ochenta y ocho colones sin céntimos (¢305.137.688,00), a título de daño producido entre el 1 de octubre del (sic) 2005 y el 31 de enero del (sic) 2009. 2. Establecer el monto de la multa en mil quinientos veinticinco millones seiscientos ochenta y ocho mil cuatrocientos cuarenta colones exactos (¢1.525.688.440,00), calculada la misma entre el 1 de octubre del (sic) 2005 y el 31 de enero del (sic) 2009.” (Folios 55 al 62)

III. Que el 22 de abril de 2010, Radio Mensajes S.A., presentó una solicitud de ejecución de daños, basada en los mismos hechos que sustentaron la resolución RRG-8567-2008 pero incluyendo los meses de febrero a setiembre de 2009. Para lo cual aportaron como prueba una certificación expedida por un Contador Público Autorizado. (Folios 2 al 9)

IV. Que el 5 de setiembre de 2011, mediante la resolución RRG-122-2011, el entonces Regulador General, ordenó dar inicio al procedimiento administrativo sumario contra el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), en procura de ejecutar lo dispuesto en el inciso sexto de la parte dispositiva de la resolución RRG-8567-2008, y fijar el monto que deba devolver el ICE a Radio Mensajes S.A, a título de daños producidos entre el 1 de febrero de 2009 y el 30 de setiembre de 2009, así como la multa correspondiente a dicha estimación si procediese. (Folios 78 al 83)

V. Que el 10 de enero de 2014, mediante la resolución RRG-020-2014, el entonces Regulador General, resolvió:

“I. Declarar sin lugar la excepción de incompetencia interpuesta por el Instituto Costarricense de Electricidad. II. Declarar sin lugar la gestión de nulidad interpuesta por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la resolución RRG-122-2011. III. Imponer al Instituto Costarricense de Electricidad, cédula jurídica 4-000-042139, la devolución a favor de la empresa Radio Mensajes

Sociedad Anónima, con cédula jurídica 3-101-017468, de la suma retenida que asciende a sesenta y cinco millones quinientos treinta y nueve mil ochocientos veintidós colones con ocho céntimos (¢65 539 822,08) a título de daño producido entre el 1 de febrero y el 30 de setiembre de 2009. IV. Establecer el monto de la multa en trescientos veintisiete millones seiscientos noventa y nueve mil ciento diez colones con cuarenta céntimos (¢327 699 110, 40) calculada de conformidad con las retenciones realizadas entre el 1 de febrero y el 30 de setiembre de 2009. (...) (Folios 158 al 172)

- VI. Que el 17 de enero de 2014, el ICE, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de nulidad, contra la resolución RRG-020-2014. (Folios 175 al 190)
- VII. Que el 25 de marzo de 2014, mediante la resolución RRG-127-2014, el entonces Regulador General, rechazó por el fondo el recurso de revocatoria y la gestión de nulidad, interpuestos por el ICE, contra la resolución RRG-020-2014. (Folios 199 al 210)
- VIII. Que el 7 de mayo de 2015, mediante la resolución RJD-087-2015, la Junta Directiva, declaró sin lugar el recurso de apelación y la gestión de nulidad, interpuestos por el ICE, contra la resolución RRG-020-2014. (Folios 223 al 233)
- IX. Que el 28 de junio de 2016, el ICE, interpuso incidente de falta de competencia y nulidad. (Folios 243 al 252)
- X. Que el 31 de agosto de 2016, mediante el oficio 775-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, brindó el criterio solicitado sobre las gestiones interpuestas. (Correrá agregado a los autos)
- XI. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 775-DGAJR-2016, arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“ (...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA:

a) Naturaleza:

De la falta de competencia:

El Instituto Costarricense de Electricidad interpuso lo que denominó en su escrito, como incidente de falta de competencia.

En la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227), no se encuentra estipulado el incidente de falta de competencia. Sin embargo, en aplicación de lo establecido en el artículo 229 de ese mismo cuerpo legal, se puede aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil.

Este Código establece en su artículo 298 inciso 1), lo siguiente:

“Oposición y elenco de excepciones previas.- Las excepciones previas sólo podrán oponerse dentro de los primeros diez días del emplazamiento. Sólo son admisibles como excepciones previas: 1) La falta de competencia. (...)”

Por su parte, el artículo 299 del Código de cita, dispone que salvo la excepción previa de falta o defectuosa representación, todas se tramitarán mediante la vía incidental.

De la gestión de nulidad:

Con respecto a la gestión de nulidad contra la resolución RJD-087-2015, le resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 158 al 179 de la Ley 6227.

b) Temporalidad:

De la falta de competencia:

Si bien en el derecho administrativo no se encuentra regulado el plazo límite para interponer la excepción previa de falta de competencia, lo cierto es que esta debe interponerse hasta antes del dictado de la resolución final, por cuanto es el momento procesal oportuno, para que el Órgano Decisor pueda emitir el criterio respectivo sobre aquella. De esta forma, en el caso de marras, la resolución final del procedimiento, fue el acto administrativo RRG-020-2014 del 10 de enero de 2014 (folios 158 al 172), por ende, la excepción de incompetencia en análisis, ha sido interpuesta en forma extemporánea.

De la gestión de nulidad:

El Instituto Costarricense de Electricidad, interpuso la gestión de nulidad contra todo lo actuado, por lo tanto, en razón de que la resolución RJD-087-2015, dio por agotada la vía administrativa, se tomará dicho acto administrativo, a efectos de contabilizar el plazo para interponer la gestión de nulidad.

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta contra la resolución RJD-087-2015, según el artículo 175 de la Ley 6227, el plazo para interponerla es de un año. Dicha resolución, fue notificada el 13 de mayo de 2015 (folios 231 y 232), la gestión indicada fue interpuesta el 28 de junio de 2016 (folios 243 al 252) y el plazo para interponerla venció el 14 de mayo de 2016. Por ello, se concluye que fue interpuesta en forma extemporánea.

c) Legitimación:

Respecto de la legitimación, se tiene que el Instituto Costarricense de Electricidad fue parte en este procedimiento, es por ello que está legitimada para actuar –en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la Ley 6227.

d) Representación:

Se aprecia que junto a las gestiones interpuestas, se aportó una certificación notarial, en la que se indicó que el señor Germán Eugenio Calderón Lobo, es apoderado general judicial sin límite de suma del Instituto Costarricense de Electricidad (folio 252).

Cabe señalar, que el señor Calderón Lobo, puede actuar únicamente en asuntos de carácter judicial porque las facultades que otorga el artículo 1289 del Código Civil -citado en la certificación notarial-, así lo establece:

“En virtud del poder judicial para todos los negocios el mandatario puede apersonarse como actor o como reo a nombre de su poderdante, en cualquier negocio que interese a éste, seguir el juicio o juicios en sus diversas instancias, usar de todos los recursos ordinarios y extraordinarios, transigir, comprometer en árbitros o arbitradores, pedir y absolver posiciones, reconocer documentos, recibir dinero y dar el correspondiente recibo, otorgar y cancelar las escrituras que el negocio o negocios exijan, renunciar cualquier trámite, recusar a los funcionarios judiciales y quejarse de ellos, o acusarlos por motivo de los juicios, y hacer todo lo que el dueño haría si él mismo estuviese, para llevar a término los negocios.”

Nótese, que el artículo mencionado, no faculta al apoderado o mandatario, a apersonarse a procedimientos administrativos, para ejercer la representación que le fue conferida, y así ha sido ratificado, por los tribunales de justicia costarricenses. Ejemplo de ello, es la sentencia 00007-2011 del 27 de enero de 2011, del Tribunal Segundo Civil, Sección I, en la que expresó:

“(…) el poder general (...) Dicho mandato es de naturaleza general judicial, lo que implica que se le otorga a una persona profesional en derecho para que represente los intereses de su mandante en el desarrollo de todos los procesos que se tramiten en sede judicial, y en los que la poderdante figure como parte, ya sea actora o demandada.” [...] (El subrayado no pertenece al original)

Así las cosas, se evidencia que el señor Calderón Lobo es un profesional en derecho (folio 252), no obstante, únicamente facultado para actuar en sede judicial y no en sede administrativa, por lo que también carece de representación para interponer el incidente de falta de competencia y de nulidad, en este procedimiento, en nombre del Instituto Costarricense de Electricidad.

Así lo ha establecido, la Procuraduría General de la República (PGR), en su criterio OJ-158-2004, del 25 de noviembre de 2004, que en lo que interesa dispuso:

“Dicho lo anterior, evidentemente existen dos tipos de poderes especiales: el especial simple, que faculta al mandatario a realizar las gestiones específicas encomendadas en sede administrativa; y poder judicial, que se otorga a un abogado para actuar en sede judicial, en los términos que el ordenamiento jurídico permite y en él se consigna. Así las cosas, y así se desprende de la resolución n° 069 de las 15:00 horas de 3 de noviembre de 1993, dictada por la Sala Primera de la Corte Suprema Justicia, el poder judicial es solamente para diligencias ante los tribunales de justicia, consecuentemente, no otorga ninguna facultad para realizar gestiones de tipo administrativo a favor del poderdante.” (El subrayado no pertenece al original)

Revisada la referencia, a la resolución 69 de la Sala Primera, citada por la PGR, se tiene, que en cuanto a este tema, se indicó:

“Ahora bien, lo que al apoderado de la actora se le dio fue un "poder especial judicial", según el mismo Código, art. 1289, por el poder judicial, para todos los negocios el mandatario puede apersonarse como actor o como reo a nombre de su poderdante, en cualquier negocio que interesen a éste, seguir el juicio o juicios en sus diversas instancias, usar de todos los recursos ordinarios y extraordinarios, transigir, comprometer en árbitros o arbitradores, pedir y absolver posiciones, reconocer documentos, recibir dinero y dar el recibo, otorgar y cancelar escrituras que el negocio o negocios exijan, renunciar trámite, recusar a los funcionarios judiciales y quejarse de ellos o acusarlos por motivo de los juicios y hacer todo lo que el dueño haría; si el poder general sólo fuere para alguno o algunos negocios judiciales, el apoderado tendrá para el negocio a que su poder se refiera las mismas facultades que según el artículo anterior tiene el apoderado general para todos los negocios judiciales de una persona (art. 1290). Lo anterior nos lleva a las siguientes conclusiones: en primer lugar, el poder general judicial es solamente para diligencias ante los tribunales de justicia, pues está expresamente previsto para que el mandatario se presente como "actor" o como "reo", para tramitar el juicio, recurrir resoluciones, comprometerlo en árbitros, transigir, reconocer documentos, absolverse posiciones, recusar funcionarios judiciales, etc., todas gestiones exclusivamente de tipo judicial, de manera que resulta lógico y evidente, desde su propia denominación (sic), que fuera de diligencias ante tales despachos, dicho poder carece de eficacia; en segundo lugar resulta que si el poder con que se presentó el representante de la actora ante la demanda, a hacer gestiones de tipo administrativo era judicial, sus gestiones son improcedentes, pues su poder no era suficiente para cubrirlas y, por ende, no estaba obligada la accionada a acceder a los mismos, desde este punto de vista, tiene fundamento la afirmación de ésta ante la Sala Constitucional en el sentido de que no ha recibido gestión alguna de la actora.” (El subrayado no pertenece al original)

En síntesis, considera esta Dirección General, que la carencia de representación, deviene del poder general judicial, ya que legitima al señor Calderón Lobo para actuar en sede judicial y no administrativa.

De lo anterior se concluye, que el incidente de falta de competencia y la gestión de nulidad, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad, resultan inadmisibles por haber sido interpuestos en forma extemporánea y por falta de representación.

Finalmente, a pesar de que la falta de competencia es inadmisibile por razones de forma, es importante señalar, que el Instituto Costarricense de Electricidad debe sujetarse a lo dispuesto en la resolución RRG-020-2014 (folios 158 al 172), respecto de este tema:

“En conclusión no debe olvidarse que el objeto del presente procedimiento fue determinar el monto de la condenatoria y la multa que debe pagar el ICE de conformidad con lo establecido en la resolución RRG-8567-2008, acto administrativo donde se le impuso a dicho instituto tal sanción. En atención de todo ello al tratarse el presente caso de un mismo proceso, al amparo del

Transitorio I de la Ley 8642, la Autoridad Reguladora tiene competencia para conocer el asunto y resolverlo.” (Folio 166)

Por su parte, en sede judicial, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V, mediante el voto 35-2014 del 27 de mayo de 2014, conoció de la demanda interpuesta por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contra la Aresep y Radio Mensajes S.A., en la que el demandante pretendía la nulidad de los actos administrativos derivados de procedimientos administrativos que fueron instruidos y decididos por la Aresep, dentro del marco de sus competencias dadas por ley.

En dicha sentencia, el Tribunal, determinó, lo siguiente:

“(…) Si bien es exacto que este cuerpo normativo derogó el inciso b) del artículo 5 de la Ley 7593, en lo que concierne a la competencia de la ARESEP para regular los servicios de Telecomunicaciones y la Ley 8642, artículo 48 confió a la Superintendencia de Telecomunicaciones, tramitar, investigar y resolver mediante procedimientos ordinarios las quejas o reclamaciones que se presenten por violaciones a los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones. También es correcto que el Transitorio I de la Ley 8642 establece que los procedimientos en curso, a la entrada en vigencia de esa ley, continuarán tramitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Consecuentemente, la ARESEP era la competente para tramitar el procedimiento OT-420-2007 y emitir el acto final respectivo”

(…)

De ello se deriva que el segundo procedimiento también estaría cobijado por el transitorio I de la ley 8642 (…)”

Cabe destacar, que la Sala Primera, mediante resolución 498-S1-2015 del 7 de mayo de 2015, conoció el recurso de casación interpuesto por el ICE, el cual fue rechazado de plano, por lo que, en sede judicial el proceso se encuentra fenecido.

III. CONCLUSIONES

Conforme lo expuesto, este órgano asesor arriba a la siguiente conclusión:

Desde el punto de vista formal, el incidente de falta de competencia y la gestión de nulidad, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad, resultan inadmisibles por haber sido interpuestos en forma extemporánea y por falta de representación.

(…)”

- II.** Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y acuerdo al mérito de los autos, lo procedente, es rechazar por inadmisibles, el incidente de falta de competencia y la gestión de nulidad, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad, notificar a las partes, comunicar a la Tesorería Nacional, y trasladar el expediente OT-90-2011, a la Dirección de Finanzas, para lo que corresponde, tal y como se dispone:

- III. Que en la sesión extraordinaria 62-2016, del 12 de diciembre de 2016, cuya acta fue ratificada el 19 de diciembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 775-DGAJR-2016, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

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

ACUERDO 04-62-2016

1. Rechazar por inadmisibles, el incidente de falta de competencia y la gestión de nulidad, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad.
2. Notificar a las partes, la presente resolución.
3. Comunicar a la Tesorería Nacional.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 7. Recurso de apelación interpuesto por la Unión de Productores Independientes y Actividades Varias (UPIAV), contra la resolución RIT-079-2016. Expediente ET-075-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 783-DGAJR-2016 del 1º de setiembre de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por la Unión de Productores Independientes y Actividades Varias (UPIAV), contra la resolución RIT-079-2016.

La señora **Carol Solano Durán** y el señor **Daniel Fernández Sánchez** 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 en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 783-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

RESULTANDO:

- I. Que el 25 de agosto de 2015, Solís y Mata Limitada, presentó solicitud de incremento tarifario para la ruta 136. (Folios 1 a 237).

- II. Que el 16 de octubre de 2015, en el Alcance Digital N° 81 a La Gaceta N° 201, se publicó la convocatoria a la audiencia pública (folio 361). Además, el 21 de octubre de 2015, se publicó en La Extra y La Teja. (Folios 381 a 382).
- III. Que los días 23 y 24 de noviembre de 2015, se realizó la audiencia pública, según consta en el acta N° 105-2015. (Folios 595 a 602).
- IV. Que el 27 de noviembre de 2015, mediante el oficio 4048-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU) emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias. (Folios 603 a 607).
- V. Que el 18 de diciembre de 2015, mediante la resolución 188-RIT-2015, la Intendencia de Transporte (IT), entre otras cosas, rechazó la solicitud de revisión tarifaria de la ruta 136. (Folios 695 a 752).
- VI. Que el 6 de enero de 2016, Solís y Mata Limitada presentó recurso de apelación contra la resolución 188-RIT-2015. (Folios 647 a 657).
- VII. Que el 6 de abril de 2016, mediante el oficio 597-IT-2016, la IT remitió a la Junta Directiva el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP, respecto del recurso de apelación presentado por Solís y Mata Limitada contra la resolución 188-RIT-2015. (Folios 774 a 775).
- VIII. Que el 7 de abril de 2016, mediante el memorando 268-SJD-2016, la Secretaria de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis, el recurso de apelación interpuesto por Solís y Mata Limitada contra la resolución 188-RIT-2015. (Folio 776).
- IX. Que el 22 de abril de 2016, mediante oficio 353-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria recomendó, entre otras cosas, a la Junta Directiva, declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por la empresa Solís y Mata Ltda., contra la resolución 188-RIT-2015. (Folios 777 al 787).
- X. Que el 28 de abril del 2016, mediante la resolución RJD-073-2016, la Junta Directiva, resolvió:
- “(...)
- I. *Declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por Solís y Mata Ltda., contra la resolución 188-RIT-2015.*
- II. *Anular en todos sus extremos la resolución 188-RIT-2015 y retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, sea este al momento del análisis tarifario correspondiente.*
- III. *Agotar la vía administrativa.*
- IV. *Notificar a las partes, la presente resolución.*
- V. *Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.*
- (...).” (Folios 789 a 814).
- XI. Que el 16 de junio de 2016, mediante la resolución RIT-079-2016, la IT, resolvió fijar tarifas para la ruta 136. (Folios 906 a 980).

- XII. Que el 1 de julio de 2016, la Unión de Productores Independientes y Actividades Varias (UPIAV), presentó escrito titulado “*Apelación Recurso de Apelación contra el recurso de apelación interpuesto por la empresa Solís y Mata LTDA contra resolución 188RIT-2015 (sic) del 18 de diciembre de 2015*”. (Folios 900 a 904).
- XIII. Que el 14 de julio de 2016, mediante el oficio 1122-IT-2016, la IT emitió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP respecto al recurso de apelación presentado por UPIAV. (Folios 984 a 986).
- XIV. Que el 15 de julio de 2016, mediante el memorando 516-SJD-2016, la Secretaria de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis el recurso presentado por la UPIAV. (Folio 993).
- XV. Que el 1 de setiembre de 2016, mediante el oficio 783-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio respecto del recurso del recurso de apelación interpuesto por UPIAV contra la resolución RIT-079-2016. (Correrá agregado a los autos).
- XVI. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 783-DGAJR-2016 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]

II. PRESICIÓN NECESARIA

Debe indicarse que el escrito presentado por UPIAV, se titula: “Apelación Recurso de Apelación contra el recurso de apelación interpuesto por la empresa Solís y Mata LTDA contra resolución 188RIT-2015 (sic) del 18 de diciembre del 2015”.

En virtud del principio de informalismo consagrado en el artículo 224 de la LGAP, se debe interpretar que dicho recurso se interpuso contra la resolución RIT-079-2016 que se titula “CONOCE EL INTENDENTE DE TRANSPORTE LO RESUELTO POR LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA MEDIANTE ACUERDO 08-25-2016 DE LA SESIÓN ORDINARIA 25-2016 DEL 28 DE ABRIL DE 2016, REFERENTE AL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR LA EMPRESA SOLÍS Y MATA LTDA. CONTRA LA RESOLUCION 188-RIT-2015 DEL 18 DE DICIEMBRE DE 2015”.

III. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. NATURALEZA

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

2. TEMPORALIDAD

La resolución recurrida fue notificada a la recurrente el 28 de junio de 2016 (folio 980), y la impugnación fue planteada el 1 de julio de 2016 (folios 900 a 904).

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, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal, que vencía el 1 de julio de 2016.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que UPIAV, está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la LGAP.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Luis Román Chacón Cerdas actúa en su condición de secretario General de UPIAV, esto de conformidad con la certificación del Departamento de Organizaciones Sociales, Dirección de Asuntos Laborales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social visible a folio 904. Por lo cual, el señor Chacón Cerdas está facultado para actuar en representación de la recurrente.

Dicho todo lo anterior, se concluye que el recurso de apelación interpuesto por UPIAV, resulta admisible por la forma, por haber sido interpuesto en tiempo y forma.

[...]

V. ANÁLISIS POR EL FONDO

1. Indicó la recurrente que no había información suficiente para que la Aresep resolviera el estudio tarifario, que era necesaria la variable de la demanda, en razón de que no es coincidente con la cantidad de usuarios reportados por la empresa.

Sobre este argumento, se le indica a la recurrente con respecto a la demanda de pasajeros, que en la resolución recurrida, la IT señaló a folios 909 a 911, lo siguiente:

“(..)

1.1 Volúmenes de pasajeros movilizados (Demanda)

De acuerdo con la metodología actual, el volumen de pasajeros que se utiliza en el cálculo tarifario corresponde a datos históricos que provienen de las siguientes fuentes:

- *El valor reportado por el operador del servicio en la solicitud tarifaria.*
- *El valor reportado por el operador del servicio en las estadísticas operativas de los últimos 12 meses, el cual debe presentar de forma trimestral ante la ARESEP, según lo establecido en la resolución RRG-8148-2008 de las 15:30 horas del 31 de marzo de 2008.*
- *El valor reconocido en el último estudio tarifario de la ruta (en caso de que exista).*

De los tres valores antes indicados, se utiliza el valor más alto.

La empresa Solís y Mata Ltda., corre el modelo (sic) una la demanda promedio mensual de 50.550 pasajeros/mes, correspondientes a julio 2014 - junio 2015. Cabe indicar que esta demanda es un 13,83% mayor que las estadísticas reportadas en el mismo período.

La Intendencia de Transporte, de acuerdo con las estadísticas presentadas por el operador, calcula 44.408 pasajeros mensuales en promedio para el período entre julio 2014 - junio 2015.

Este es el primer estudio tarifario individual que se hace a esta ruta, no existe referencia de demanda de un estudio anterior.

Al respecto ha sido criterio de la Junta Directiva de esta Autoridad Reguladora que:

“(...) En primera instancia, se debe tener en cuenta que el procedimiento uniforme que la ARESEP ha utilizado en relación con la demanda y sus estudios tarifarios, parte del hecho de que ante la ausencia de un estudio de la demanda particular de los petentes, debidamente reconocido por el Consejo de Transporte Público del MOPT, se considera el dato que sea mayor entre la demanda histórica y el promedio mensual de las estadísticas de los últimos 12 meses previos al estudio. De igual forma se debe considerar que, el cálculo tarifario en aquellas rutas con fraccionamientos de la tarifa requiere; -en el caso de que las estadísticas de demanda no estén separadas, en concordancia con esa estructura tarifaria- de la determinación de la cantidad de pasajeros equivalente a tarifa máxima (ingresos tarifarios dividido entre la cantidad de pasajeros), para lo que se cotejan los datos de pasajeros e ingresos de las estadísticas reportadas por la empresa con los estados financieros.” (Resolución RJD-043-2012 de 7 de junio de 2012, ratificada por medio de la resolución RJD-142-2014, dictada a las 14:50 horas del 30 de octubre de 2014).

(...)

Así las cosas, según el procedimiento establecido y lo ordenado por la Junta Directiva, la cantidad de pasajeros considerada en el presente estudio corresponde a 50.550 pasajeros mensuales, que corresponden al promedio mensual usado por la empresa en el presente estudio, para el período entre julio 2014 - junio 2015.

(...)” (El subrayado no es del original).

Se desprende de lo anterior, que el procedimiento a seguir para el cálculo de la demanda de pasajeros, se basa en la comparación de 3 fuentes de información, a saber, el valor reportado por el operador del servicio, el valor reportado por el operador del servicio en las estadísticas operativas de los últimos 12 meses, y el valor reconocido en el último estudio tarifario de la ruta.

Adicional a esto, la Junta Directiva ha indicado que ante la ausencia de un estudio de la demanda particular de los petentes, debidamente reconocido por el Consejo de Transporte Público del MOPT, se

considera el dato que sea mayor entre la demanda histórica y el promedio mensual de las estadísticas de los últimos 12 meses previos al estudio, el cual fue el procedimiento llevado a cabo por la IT para este caso en particular.

Por tanto, aún en el caso en que no se cuente con un estudio de demanda propio de la empresa solicitante, reconocido por el CTP, existe un procedimiento paralelo que permite tomar el dato mayor, entre el dato aportado de la empresa y la demanda histórica.

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

2. La UPIAV indicó que las condiciones operativas aportadas por el CTP, no responden a la realidad y necesidad de las comunidades, que se han aprobado rutas, flotas, frecuencias de horarios que no son funcionales, y que debido a ello, a la hora en que Aresep resuelve los estudios tarifarios incluyendo las variables aportadas por el CTP, dan resultados inconsistentes y no reales.

Se le indica a la recurrente, que efectivamente, como ella lo afirma, la mayoría de las variables operativas utilizadas son tomadas de la información que proporciona el CTP, lo que convierte a la Aresep en tomadora de esta información.

Sin embargo, se le expone a la recurrente, cuál es el tratamiento que se le da a las variables operativas que menciona:

1. Para el caso de la demanda, se le indica a la recurrente que la Aresep calculó el dato como se analizó en el argumento 1 de este apartado y por lo tanto, se le remite al análisis del mismo.
2. Para la distancia a utilizar en la resolución recurrida -RIT-079-2016-, a folios 911 a 912 se indicó:

“(…)

La distancia se calcula con base en los datos de la inspección de campo realizada por la ARESEP, según datos obtenidos del acta de inspección (RA-244, folios 10 al 19) y del artículo 7.8 de la Sesión Ordinaria 90-2013 del 5 de diciembre de 2013 de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público (folios 35 al 46)

(…)

La distancia por carrera que se usará en este estudio, es de 44,33 km producto de ponderar las distancias con las carreras autorizadas.

(…)”

3. Para la definición de las carreras, la IT siguió el siguiente procedimiento:

“(…)”

Para el análisis de las carreras se toma en cuenta el siguiente criterio:

- a) *Si la empresa reporta menos carreras que las autorizadas, se consideran solo las reportadas.*
- b) *Si la empresa reporta más carreras que las autorizadas, se consideran solo las autorizadas.*

(...)

Para este caso, respetando el criterio expuesto, para el estudio se consideran 735,02 carreras por mes.

(...)." (Folios 912 a 913)

4. *Para la definición de la flota, la IT indicó en la resolución recurrida, lo siguiente:*

"(...)

La empresa corre el modelo tarifario con 11 autobuses como flota autorizada, según acuerdo en (sic) artículo 5.2 de la Sesión Ordinaria 10-2014 de la Junta Directiva del CTP del 12 de febrero de 2014 (folios 47 al 50).

(...)." (folio 914).

Para el resto de las variables operativas, como lo son el tipo de cambio, el precio de los combustibles, la rentabilidad y las obligaciones legales, entre otras, la empresa no se refirió, por lo que no serán analizadas por este órgano asesor.

Así las cosas, en razón de que la principal fuente de información de las variables operativas utilizadas por la IT en la "corrida del modelo", son proporcionadas por el CTP, siendo este el Ente Rector, es que la IT se apegó a lo establecido por dicho ente.

Sobre este punto, es importante indicar, que de conformidad con el artículo 65 inciso 2) de la LGAP, la potestad de emitir certificaciones corresponderá únicamente al órgano que tenga funciones de decisión en cuanto a lo certificado o a su secretario, por lo que, la IT se debe limitar a verificar la información que le suministran las instituciones correspondientes, información que viene amparada por una presunción de veracidad propia de la información que consta en registros públicos.

En caso de que exista alguna disconformidad o algún error en los registros de las distintas entidades administrativas, corresponde al administrado solicitar la corrección de dicho error ante el órgano o ente público correspondiente, no pudiendo la Autoridad Reguladora, realizar corrección alguna de oficio, lo que resultaría ajeno a su competencia legal, y sobre las cuales no tiene ningún control o injerencia.

Por lo tanto, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en su argumento.

VI. CONCLUSIONES

Conforme el análisis realizado, se concluye que:

1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación planteado por la Unión de Productores Independientes y Actividades Varias (UPIAV), resulta admisible por haber sido interpuesto en tiempo y forma.
2. En los casos en que no se cuente con un estudio de demanda propio de la empresa solicitante y reconocido por el CTP, existe un procedimiento paralelo que permite tomar el dato mayor de demanda reportado, entre el dato aportado por la empresa y la demanda histórica, según lo definió la Junta Directiva en la resolución RJD-043-2012.
3. El ente rector en materia de transporte público es el CTP, por lo que la mayoría de las variables operativas de las rutas de autobuses son definidas mediante actos administrativos, que emanan de dicho ente. La IT, utiliza estas variables para la realización de la "corrida del modelo".
4. De conformidad con el artículo 65 inciso 2) de la LGAP, la potestad de emitir certificaciones corresponderá únicamente al órgano que tenga funciones de decisión en cuanto a lo certificado o a su secretario, por lo que, la IT se debe limitar a verificar la información que le suministran las instituciones correspondientes.
5. La Autoridad Reguladora, no puede realizar corrección alguna de oficio o a petición de parte, en los registros de las distintas entidades administrativas.

[...]"

- 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 interpuesto por la Unión de Productores Independientes y Actividades Varias (UPIAV), contra la resolución RIT-079-2016, **2.-** Agotar la vía administrativa. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión extraordinaria 62-2016, del 12 de diciembre de 2016, cuya acta fue ratificada el 19 de diciembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 783-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:

ACUERDO 05-62-2016

1. Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Unión de Productores Independientes y Actividades Varias (UPIAV), contra la resolución RIT-079-2016.
2. Agotar la vía administrativa.

3. Notificar a las partes, la presente resolución.
4. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ARTÍCULO 8. Recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RIE-111-2015 del 4 de noviembre de 2015 y gestión de nulidad contra la resolución RIE-081-2014 del 24 de octubre de 2014 y contra "todos los actos derivados de esta". Expediente ET-82-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 805-DGAJR-2016 del 6 de setiembre de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RIE-111-2015 del 4 de noviembre de 2015 y gestión de nulidad contra la resolución RIE-081-2014 del 24 de octubre de 2014 y contra "todos los actos derivados de esta".

La señora **Carol Solano Durán** y el señor **Daniel Fernández Sánchez** se refieren a los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

Asimismo, conforme a los elementos expuestos anteriormente, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria plantea una recomendación adicional en el sentido de trasladar al Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR) lo argumentado por Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), en cuanto a las inconformidades con la metodología vigente, para su análisis y recomendación a la Junta Directiva".

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 805-DGAJR-2016, así como tomando en cuenta los comentarios y sugerencias formuladas en esta oportunidad, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

a) En cuanto al recurso de apelación

RESULTANDO:

- I. Que el 26 de abril del 2010, mediante resolución RJD-004-2010, la Junta Directiva de la Aresep aprobó la *"Metodología tarifaria según la estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con bagazo de caña para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad y su fórmula de indexación"*, publicada en La Gaceta N° 98 del 21 de mayo del 2010. (Folios 367 a 405, OT-212-2009).
- II. Que el 20 de marzo de 2014, mediante la resolución RJD-027-2014, la Junta Directiva de la Aresep aprobó la *"Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía con recursos renovables"* (en adelante Modificación de las Metodologías), publicada en el

Alcance Digital N°10 de La Gaceta N°65 del 02 de abril de 2014, que entre otros modificó la RJD-004-2010. (Folios 514 a 619, OT-122-2013).

- III. Que el 29 de octubre del 2014, la Intendencia de Energía (en adelante IE) mediante la resolución RIE-081-2014, aplicación de oficio de la Modificación de las Metodologías, resolvió, entre otros: *"I.—Fijar la tarifa para la actividad de generación de energía eléctrica mediante la explotación del bagazo de la caña de azúcar para la venta al ICE en \$ 0,0851 por kWh. // II.—Realizar un nuevo estudio de mercado, para el próximo estudio tarifario, donde se actualicen los costos, dado que los datos observados son de hace 5 años (...)"*, publicada en La Gaceta N° 213 del 05 de noviembre del 2014. (Folios 140 a 145, ET-136-2014).
- IV. Que el 4 de mayo de 2015, la Junta Directiva de la Aresep mediante la resolución RJD-076-2015, resolvió *"Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por Ingenio Taboga S. A. contra la resolución RIE-081-2014(...)"*. (Folios 153 a 161, ET-136-2014).
- V. Que el 5 de octubre de 2015, se realizó la audiencia pública por medio del sistema de videoconferencias, interconectado con los Tribunales de Justicia ubicados en los centros de Cartago, Ciudad Quesada, Heredia, Liberia, Limón, Pérez Zeledón y Puntarenas, esto según el Acta N° 087-2015. (Folios 352 a 365).
- VI. Que el 9 de octubre de 2015, la Dirección General de Atención al Usuario mediante el oficio 3363-DGAU-2015, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias. (Folios 364 a 365).
- VII. Que el 4 de noviembre de 2015, la IE mediante la resolución RIE-111-2015, resolvió -entre otras cosas- *"Fijar la tarifa para la actividad de generación de energía eléctrica mediante la explotación del bagazo de la caña de azúcar para la venta al ICE en \$ 0,0997 por kWh."*, (folios 452 a 492). Dicha resolución fue publicada en el Alcance Digital N° 92 a La Gaceta N° 217 del 9 de noviembre del 2015. (Folios 419 a 451).
- VIII. Que el 12 de noviembre de 2015, el Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante ICE) interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RIE-111-2015. (Folios 493 a 507).
- IX. Que el 26 de abril de 2016, la IE mediante la resolución RIE-050-2016, resolvió *"Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contra la resolución RIE-111-2015 del 4 de noviembre de 2015."* (Folios 530 a 541).
- X. Que el 29 de abril de 2016, el ICE presentó ampliación de alegatos dentro del recurso de apelación interpuesto contra la resolución RIE-111-2015. (Folios 513 a 522).
- XI. Que el 2 de mayo de 2016, la IE mediante el oficio 0577-IE-2016, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP. (Folios 540 a 541).
- XII. Que el 5 de mayo de 2016, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 336-SJD-2016, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (en adelante DGAJR), el recurso de apelación, interpuesto por el ICE contra la resolución RIE-111-2015. (Folio 542).

- XIII. Que el 6 de setiembre de 2016, la DGAJR mediante el oficio 805-DGAJR-2016, rindió el criterio sobre recurso de apelación interpuesto por el ICE, contra la resolución RIE-111-2015 del 4 de noviembre de 2015 y gestión de nulidad contra la resolución RIE-081-2014 del 24 de octubre de 2014 y contra “*todos los actos derivados de esta*”. (Corre 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 805-DGAJR-2016 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN RIE-111-2015.

1) NATURALEZA

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

2) TEMPORALIDAD

La resolución recurrida fue notificada el 9 de noviembre de 2015 (folios 485 y 487) y la impugnación fue planteada el 12 de noviembre de 2015 (folio 493).

Conforme al artículo 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de apelación debe interponerse dentro del plazo de tres días hábiles, contados a partir de la notificación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 12 de noviembre de 2015. 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.

3) LEGITIMACIÓN

Cabe indicar que ICE se encuentra legitimado para actuar dentro del expediente, pues es parte del procedimiento en el cual se dictó la resolución recurrida, al tenor de lo establecido en el artículo 36 de la Ley 7593, en relación con los artículos del 275 al 280 de la LGAP.

4) REPRESENTACIÓN

La señora María Gabriela Sánchez Rodríguez, actúa en su condición de apoderada especial administrativa, “(...) En virtud de tal poder, podrá realizar

solicitudes, oposiciones reclamos, sustentar recursos ordinarios, nulidades e incidentes relaciones con los trámites administrativos (...).” -según consta en la certificación notarial visible a folios 506 y 507- por lo cual está facultada para actuar en nombre del recurrente.

En consecuencia, el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RIE-111-2015 resulta admisible, por haber sido interpuesto en tiempo y forma.

III. ANÁLISIS POR LA FORMA DE LA GESTIÓN DE NULIDAD INTERPUESTA CONTRA LA RESOLUCIÓN RIE-081-2014 Y CONTRA “TODOS LOS ACTOS DERIVADOS DE ÉSTA”.

1) NATURALEZA DE LA GESTIÓN DE NULIDAD INTERPUESTA CONTRA LA RESOLUCIÓN RIE-081-2014

El recurrente interpuso, en la respuesta al emplazamiento, la gestión de nulidad absoluta contra la resolución RIE-081-2014, a la cual le resulta aplicable lo establecido en los artículos del 158 al 179 de la LGAP.

2) NATURALEZA DE LA GESTIÓN DE NULIDAD INTERPUESTA CONTRA TODOS LOS ACTOS DERIVADOS DE LA RESOLUCIÓN RIE-081-2014.

El recurrente en la respuesta al emplazamiento también presentó gestión de nulidad contra “todos los actos derivados de ésta”, es decir, derivados de la resolución RIE-081-2014.

En ese sentido, cabe indicarle a la gestionante que el escrito presentado es identificado como una ampliación de agravios, dentro de la cual se interpuso gestión de nulidad contra la resolución RIE-081-2014, así como contra “todos los actos derivados de ésta”, para determinar la naturaleza de los gestiones de nulidad, resulta necesario individualizar los actos administrativos, con los cuales se encuentra disconforme el recurrente. Esto por cuanto, resulta indispensable establecer si dichos actos son susceptibles de la gestión de nulidad, de conformidad con lo establecido en los artículos del 158 al 179 de la LGAP.

De un análisis del escrito presentado, no se desprende contra cuáles actos se interpuso la gestión de nulidad. El recurrente menciona: “todos los actos derivados de ésta”, pero dicha afirmación resulta general e indeterminada.

Al respecto, cabe analizar la aplicación del principio de informalismo, al caso en concreto, respecto a este principio, la Procuraduría General de la República (PGR), en el Dictamen C-007-2002 del 8 de enero de 2002, indicó:

“Dicho principio se encuentra contemplado en el artículo 224, que dispone:

“Artículo 224.- Las normas de este libro deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los

administrados, pero el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que son absolutas."

La lectura del anterior numeral conlleva una garantía para el administrado, en el tanto impone que las normas sobre procedimiento deban interpretarse en forma favorable a la admisión de las peticiones de los administrados; pero además pretende, no sólo que se les admita la petición, sino que obtengan una decisión final de lo peticionado.

Aquí es importante señalar que el artículo no implica que la admisión o decisión final, necesariamente deban ser favorables al administrado; sino que se le atienda la petición y se le resuelva".

De conformidad con lo anterior, a criterio de este órgano asesor, el ordenamiento jurídico costarricense actual, no ha tenido cambios sustanciales, en la normativa que la PGR utilizó para emitir el Dictamen C-007-2002 (del año 2002). Por ello, el contenido del dictamen de la PGR mantiene su vigencia en la actualidad.

Aunado a ello, en virtud del principio de informalismo, la administración debe interpretar para efectos de la admisión y decisión final de las gestiones a favor del administrado, en este caso particular, resulta materialmente imposible determinar o individualizar los actos que pretende impugnar el recurrente.

En conclusión, en aplicación del principio citado la administración debe interpretar a favor del administrado, sin embargo, la misma no tiene el alcance suficiente para resguardar las actuaciones del aquí gestionante.

Por lo anterior, la gestión de nulidad interpuesta contra todos los actos derivados de la resolución RIE-081-2014 resulta improcedente, por no individualizar los actos que pretende impugnar.

3) TEMPORALIDAD

La resolución RIE-081-2014 fue notificada el 5 de noviembre de 2014 (folios 117 y 119 del ET-136-2014) y la gestión de nulidad fue planteada el 29 de abril de 2016 (folio 513).

Sobre la gestión de nulidad absoluta interpuesta, es preciso indicar que 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, y dicho plazo venció el 6 de noviembre de 2015, por lo que debe concluirse que la gestión de nulidad absoluta, se presentó fuera del plazo establecido.

4) LEGITIMACIÓN

Cabe indicar que ICE se encuentra legitimado para actuar dentro del expediente, pues fue parte del procedimiento en el cual se dictó la resolución RIE-081-2014, al

tenor de lo establecido en el artículo 36 de la Ley 7593, en relación con los artículos del 275 al 280 de la LGAP.

5) REPRESENTACIÓN

La señora María Gabriela Sánchez Rodríguez, actúa en su condición de apoderada especial administrativa, "(...) En virtud de tal poder, podrá realizar solicitudes, oposiciones reclamos, sustentar recursos ordinarios, nulidades e incidentes relaciones con los trámites administrativos (...)" -según consta en la certificación notarial visible a folios 506 y 507- por lo cual está facultada para actuar en nombre del recurrente.

En consecuencia, la gestión de nulidad interpuesta contra la resolución RIE-081-2014 resulta inadmisibles, por haber sido interpuesta fuera del plazo legal establecido.

[...]

V. ANÁLISIS POR EL FONDO

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

1. El recurrente alegó, que la IE modificó de forma discrecional la forma de actualizar los costos de explotación e inversión, respecto a lo dictado mediante las resoluciones RJD-004-2010, "Metodología tarifaria según la estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con bagazo de caña para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad y su fórmula de indexación" y su modificación (RJD-027-2014).

Indicó el ICE, que la IE, actualizó los costos de explotación e inversión por medio de un estudio de mercado (cotizaciones, método de costos específicos o valores de reposición) y no mediante indexación, como lo establecen las resoluciones RJD-004-2010 (metodología) y su modificación (RJD-027-2014).

El ICE alegó, que las resoluciones RJD-004-2010 y RJD-027-2014 no definen y son omisas en cuanto a actualizar los costos por medio de estudios de mercado; la actualización realizada en la resolución recurrida, con base en cotizaciones, es un acto discrecional que violenta el artículo 11 de la LGAP.

Adicionalmente, indicó que en las resoluciones RJD-163-2011 ("Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas") y RJD-152-2011 ("Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas") se establecen los estudios de mercado, como mecanismo de actualización, para actualizar los costos de explotación e inversión; mientras que la resolución RIE-111-2015, solo se basó en

la información de 3 empresas, y la naturaleza y objeto de la actualización por medio de cotizaciones, es diferente del método de ajustes por índice.

Sobre este punto y con el fin de analizar este caso, resulta necesario señalar, los siguientes aspectos tomados de la resolución RJD-004-2010 "Metodología tarifaria según la estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con bagazo de caña para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad y su fórmula de indexación" y su modificación (RJD-027-2014):

"(...)

LA JUNTA DIRECTIVA
ACUERDA:

I. Dictar el siguiente procedimiento metodológico correspondiente al "Modelo y estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con bagazo de caña" para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad.

1. Aspectos Generales

El presente procedimiento tiene como objetivo definir la metodología y demás características para la definición y aprobación de la tarifa aplicable a los contratos de compraventa de energía eléctrica entre el ICE y los generadores privados al amparo de la Ley 7200, cuya fuente sea el bagazo de caña y tengan una concesión válida para este tipo de actividad, y para aquellas compraventas de energía eléctrica provenientes de plantas generadoras de electricidad con bagazo de caña con condiciones similares a las que establece el Capítulo 1 de la Ley 7200, que sean jurídicamente factibles y que deben ser reguladas por ARESEP.

El modelo tarifario general se basa en la definición de una planta modelo, a la cual se le han definido sus costos de inversión, operación y mantenimiento; y agregado un rédito acorde con el tipo de actividad.

En la metodología planteada se establecen los procedimientos y fórmulas de cálculo de la respectiva tarifa, así como los requerimientos para implementar el respectivo procedimiento.

El modelo tarifario se desarrolla en una hoja electrónica en donde constan todos los detalles para realizar los cálculos tarifarios respectivos. Esta hoja electrónica estará permanentemente a disposición de todos los interesados. En las siguientes secciones se desarrollan estos procedimientos y fórmulas.

2. Procedimiento y Fórmulas

(...)

2.22. Aspectos finales

En los demás aspectos del modelo, sus variables, fórmulas y procedimientos de cálculo, unidades de medida, procedimientos de ajuste y todos los temas propios del modelo y la metodología descritos, se aplicará lo indicado en la hoja electrónica y el informe final de la consultoría que recomendó el modelo y la metodología aprobados.

(...)

III. Establecer que la aplicación de esta metodología corresponderá al órgano que la Junta Directiva le haya asignado la competencia de fijar tarifas y precios. Esta potestad incluye tanto la de definir los diferentes valores numéricos de las diferentes variables que componen el modelo tarifario (cantidad de personal, costos individuales, tasas de interés y todas las otras variables incluidas en la hoja electrónica respectiva); como la de definir el precio final. La primera fijación se realizará inmediatamente después de aprobada esta metodología y las siguientes en el plazo establecido en la misma.

(...)” (El subrayado no es del original)

Sobre esa base, se indica que el modelo tarifario vigente “se basa en la definición de una planta modelo, a la cual se le han definido sus costos de inversión, operación y mantenimiento; y agregado un rédito” y que, de acuerdo con el artículo 17 inciso 1 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (en adelante RIOF), es función de las Intendencias de Regulación, “Fijar los precios, tarifas y tasas de los servicios públicos bajo su competencia aplicando los modelos vigentes aprobados por Junta Directiva”, en este caso, la IE fijó la tarifa contenida en la resolución recurrida, lo cual incluye definir los valores numéricos de las diferentes variables que componen el modelo tarifario; toda vez que opere en apego a la metodología vigente.

En ese sentido, se procedió a revisar la motivación que da la IE para fundamentar su decisión. Primeramente, de la resolución recurrida RIE-111-2015, se extrae lo siguiente:

“ (...)

1. Aplicación de la fórmula de ajuste

De acuerdo con lo definido en la “Metodología tarifaria según la estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con bagazo de caña para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad y su fórmula de indexación” aprobado por la Junta Directiva de la ARESEP mediante la resolución RJD-004-2010, la “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía con recursos renovables” aprobada por la Junta Directiva mediante la resolución RJD-027-2014, y la RIE-081-2014, se procedió a realizar los respectivos cálculos:

a. Inversión Total

El monto de la inversión se obtiene de la actualización de los costos de todos los equipos, edificios, terrenos y estudios que conforman dicho rubro, según se detalla a continuación.

(...)

b. Costos de explotación

Los costos de explotación están determinados por la sumatoria del costo de la materia prima (Cmp), el costo del combustible (Ccb), el costo del transporte (Ctr), los impuestos (Cimp), los costos de la mano de obra (Cmo), el costo del seguro (Cse) y los costos indirectos de fabricación (Cif).

La actualización de estos costos indica que el monto total de costos de explotación en una planta para generación de electricidad con bagazo de caña es de \$0,027/kWh. Los costos de explotación son la suma de los costos variables y los costos fijos. A continuación el detalle de cada uno de los rubros:

Cuadro No.9

Costos de explotación, depreciación y gastos financieros del modelo de generación con bagazo de caña

(...)

Fuente: elaboración propia con cotizaciones, información real de los ingenios.

(...)

f. Tarifa por kWh

(...)

La tarifa propuesta, con la actualización de los costos, con respecto a los resultados obtenidos con la tarifa vigente fijada mediante la resolución RIE-081-2014 (indexación), se muestra en el siguiente cuadro:

(...)

La diferencia en la tarifa final, se debe a la actualización de todos los costos (por medio de cotizaciones), la energía generada para venta al ICE (calculada por un proceso con mayor capacidad de molienda) y por la rentabilidad (datos a diciembre 2014).

(...)

IV. CONCLUSIONES

(...)

2. Los costos de inversión, financieros, por depreciación, fijos y variables se actualizaron por medio de cotizaciones realizadas tanto a nivel nacional como internacional, también se utilizó información real de las empresas que se dedican a la generación eléctrica con fuente bagazo de caña.

(...)” (El subrayado no es del original. Folios 454 a 472).

Así las cosas, se considera oportuno tener en cuenta las siguientes respuestas a posiciones correspondientes a este trámite; mismas que fueron indicadas por el recurrente, en su recurso de apelación y que son parte del Considerando II, visible a folios 474 y 475, de la resolución recurrida -RIE-111-2015-:

“(...)

En la propuesta sometida a audiencia pública se realizó una actualización a valor de mercado de los montos de la inversión y los costos de explotación, manteniendo el detalle de los mismos de conformidad con la metodología.

No obstante que mediante la resolución RIE-081-2014 se estableció que en la próxima fijación tarifaria se iban a actualizar todos los costos por medio de los estudios de mercado e investigaciones, la actualización por medio de índices aplica para datos cuya antigüedad sea superior al año, según la metodología vigente, por lo que no aplicaría en este caso que los mismos se actualizaron a valores de mercado del año 2015.

Por lo que se concluye entonces que esta Intendencia no está modificando la metodología, simplemente actualizó al año 2015 los costos de cada uno de los rubros que conforman la tarifa con información real, verificable, trazable y consistente, sin alterar su estructura o definición.

(...)”. El subrayado no es del original.

En complemento a lo anterior, se procede a citar extractos de la resolución RIE-050-2016 (que resolvió el recurso de revocatoria, visible a folios 532 a 536) con el fin de ampliar la motivación de la IE para actuar en la forma que lo ha hecho:

“(...)

(...) en lo que respecta al procedimiento de actualización, se le indica al ICE que en el Por Tanto II de la Resolución RIE-081-2014, (...) la Intendencia de Energía resolvió: [...] II. Realizar un nuevo estudio de mercado, para el próximo estudio tarifario, donde se actualicen los costos, dado que los datos observados son de hace 5 años [...] Esta resolución se dictó con el propósito de realizar a futuro una actualización más profunda y garantizar que la

estructura de costos utilizada como referencia para la fijación tarifaria reflejara de mejor manera la evolución de esta actividad productiva, independientemente de que en dicho estudio se fuera a fijar una tarifa superior o inferior a la establecida en ese momento.

Cabe indicar que el método de actualización por cotizaciones a nivel nacional e internacional (estudio de mercado) precisamente pretende incorporar todas aquellos cambios que inciden en el funcionamiento de las plantas de generación con fuente de bagazo de caña, ya que al cabo de 5 años los insumos utilizados pueden haber registrado eficiencias o ineficiencias que los índices no necesariamente recogen, precisamente por tratarse de una forma indirecta para estimar o aproximar los costos relacionados. La realización de un estudio de mercado, como fue instruido por medio de la resolución RIE-081-2014, permite una valoración más cercana de la estructura de costos de la actividad.

Unido a lo anterior, conviene señalar que las metodologías aprobadas RJD-004-2010 y RJD-027-2014 para la aplicación tarifaria para la generación de electricidad con fuente de bagazo de caña, por medio de las hojas de cálculo que las respaldan, establecen claramente las fuentes de información y detalles técnicos de todos los componentes necesarios para su operación, siendo que para la aplicación del método de actualización de costos por medio de cotizaciones a nivel nacional e internacional se utilizaron esas referencias, solamente en el caso de cinco componentes (perforación de pozo, bomba y mts. pozo, báscula y cargador de bagazo con grapa), debido a que no fue posible contar con información actual por medio de las cotizaciones, se indexaron (...), razón por la cual la Intendencia, de ninguna manera, ha hecho un acto discrecional en perjuicio del uso de las metodologías aprobadas.

En este sentido, se le indica al recurrente que en la resolución RIE-111-2015 se detalla la forma en se realizó la actualización de cada uno de los componentes que conforman el costo de inversión y explotación, y que en ningún caso se le causó indefensión al ICE por lo siguiente:

1. En la RIE-081-2015, se instruyó la realización del estudio de mercado como mecanismo para la actualización para la siguiente fijación tarifaria, como correspondió con la resolución RIE-111-2015, decisión que no fue impugnada.
2. Adicionalmente, el 31 de agosto de 2015, mediante el oficio 1558-IE-2015, la IE emitió el informe sobre la "Aplicación de oficio de la metodología tarifaria según la estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con bagazo de caña para la venta al instituto costarricense de electricidad y su fórmula de indexación", el cual se puso a disposición de la recurrente durante la convocatoria a audiencia pública.

3. Asimismo, dicho criterio fue considerado para la fijación tarifaria mediante la RIE-111-2015 y ICE tuvo la oportunidad de impugnar dicho acto.
4. La metodología establece el mecanismo para indexar, y en esta ocasión, según lo instruido por medio de la RIE-081-2015, se realizó la actualización de la base de cálculo.

(...)

Cabe indicar que el detalle de los cálculos realizados se presenta en la hoja electrónica que se anexa al informe 1890-IE-2015, en donde se realiza el análisis completo de la información recolectada de equipos y procesos, tanto de las ofertas técnicas solicitadas como de la información actualizada por los ingenios azucareros con contrato bajo la Ley 7200.

Por lo tanto, se concluye que esta Intendencia aplicó un criterio técnico para llevar a cabo la actualización de costos de inversión y explotación, pero sin violentar el principio de legalidad establecido en el artículo 11 de la LGAP en aplicación de lo dispuesto en los artículos del 15 al 17 de la LGAP.

(...)

IV. CONCLUSIONES

(...)

2. La actualización de los costos para la generación de energía eléctrica con fuente de bagazo de caña fue realizada y validada por medio de un estudio de mercado debido a que la estructura de costos que sirve como base contaba con cinco años de antigüedad. Lo anterior se instruyó en el Por Tanto II de la resolución RIE-081-2014 (...)

3. Dicha actualización de costos se realizó siguiendo todas las fuentes de información establecidas en las metodologías aprobadas en las resoluciones RJD-004-2010 y RJD-027-2014, a la luz de lo establecido en el artículo 11 de la LGAP.

(...)”. El subrayado no es del original.

Ahora bien, con base en lo anterior, de lo citado de las resoluciones RIE-111-2015 (recurrida) y RIE-050-2016 (que resolvió el recurso de revocatoria), se desprende que:

- a) La decisión de la IE, se fundamentó en las resoluciones RJD-004-2010, RJD-027-2014 y RIE-081-2014.
- b) La IE consideró que la actualización de los costos para la generación de energía eléctrica con fuente de bagazo de caña, fue realizada y validada por medio de un estudio de mercado, según lo instruido mediante la

resolución RIE-081-2014; esto contempló cotizaciones tanto a nivel nacional como internacional, e información real de las empresas que se dedican a esta actividad. En relación con lo anterior, solamente se indexó en el caso de cinco componentes, debido a que no fue posible contar con información actual por medio de las cotizaciones.

- c) La IE aplicó un criterio técnico para llevar a cabo la actualización de costos de inversión y explotación, sin oponerse al artículo 11 de la LGAP en concordancia con los artículos del 15 al 17 de la LGAP.
- d) La IE consideró que según la metodología vigente, la actualización por medio de índices aplica para datos cuya antigüedad sea superior al año, por lo que no aplicaba en este caso, ya que los mismos se actualizaron a valores de mercado del año 2015.
- e) Por último, la IE consideró que no se modificó la metodología vigente, a la vez que actualizó (al año 2015) los costos de cada uno de los rubros que conforman la tarifa.

Por otro lado, sobre la resolución RJD-076-2015, que declaró sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por el Ingenio Taboga S.A., contra la resolución RIE-081-2014, por ser de interés para la atención de este recurso de apelación, se transcribe del expediente ET-136-2014, a folios 155 a 157, lo siguiente:

“(…)

La resolución RJD-004-2010, en su Por Tanto IV, indicó que la aplicación anual de la «Metodología tarifaria según la estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con bagazo de caña para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad y su fórmula de indexación» se realizará mediante el procedimiento de fijación tarifaria extraordinaria prevista en la Ley 7593 y en su respectivo Reglamento.

Posteriormente, la resolución RJD-027-2014 (Por Tanto I. 1.3), entre otros, modificó la metodología citada, al incluir el siguiente texto al final de la sección «2.1. Inversión Total» de la resolución RJD-004-2010:

«[...]

Actualización del monto de inversión en activos fijos

La actualización del monto de inversión en activos fijos que conforman la base tarifaria, se realizará utilizando un índice de precios representativo, en caso de que los datos utilizados muestren una antigüedad superior al año. La selección del índice considerará los siguientes aspectos: que provenga de una fuente de acceso público, especializada en la generación de información técnica y con la información más reciente. La actualización del monto de inversión en activos fijos se realizará anualmente y se aplicará de

manera consistente el mismo índice. En el evento de que se llegue a considerar necesario en el futuro modificar el índice a utilizar, se justificará la razón técnica que fundamente dicha decisión con base en la ciencia, técnica y lógica tal y como lo establece la Ley General de la Administración Pública.

[...]»

Tal como se desprende del extracto supra, la resolución RJD-027-2014 indica que el monto de la inversión se debe actualizar «utilizando un índice de precios», es decir vía indexación (...).

Asimismo, la resolución RJD-027-2014 (Por Tanto I. 1.4), entre otros, reformó la metodología supra citada, al modificar el texto de las secciones «2.11. Indexación de costos totales»; «2.12 Costo interno» y «2.13 costo externo», de la resolución RJD-004-2010 -«Metodología tarifaria según la estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con bagazo de caña para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad y su fórmula de indexación»-, en la siguiente forma:

«[...]

2.11. Indexación de costos totales

La actualización de los costos se hará indexando los costos fijos y los costos variables con excepción de los gastos financieros y depreciación. Las variables a indexar tienden a variar en el tiempo (salarios, precios de repuestos y otros), mediante un componente local, debido a que generalmente son costos pagados en colones.

[...]

Los valores del costo se ajustarán anualmente, mediante un proceso extraordinario que debe iniciarse en agosto de cada año, de acuerdo con los factores de variación de costos, como es la inflación, por medio de la siguiente fórmula de indexación o automática que permite a la tarifa contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo en términos reales, tal y como se detalla a continuación:

$$CE_i = CE_{i-1} * (IPPI_i / IPPI_{i-1})$$

Donde:

CE: Costos de explotación (costos fijos y variables con excepción de los gastos financieros y depreciación) de la planta de generación o cogeneración mediante biomasa

IPPI: Índice de Precios al Productor Industrial, IPPI, calculado por el Banco Central de Costa Rica.

[...]»

De esta forma, según la metodología vigente, los costos fijos y los costos variables, con excepción de los gastos financieros y la depreciación, se indexan empleando la fórmula « $CE_i = CE_{i-1} * (IPPI_i / IPPI_{i-1})$ » (...).

Nótese que de acuerdo a la resolución RJD-027-2014: 1) los costos fijos y los costos variables, con excepción de los gastos financieros y depreciación, se indexan según la ecuación « $CE_i = CE_{i-1} * (IPPI_i / IPPI_{i-1})$ » y 2) el monto de inversión en activos fijos se actualiza utilizando un índice de precios representativo. De lo anterior se extrae que la resolución RJD-027-2014 ordena indexar: el monto de inversión en activos fijos, los costos fijos y los costos variables (con excepción de los gastos financieros y depreciación).

Por todo lo anterior, este órgano asesor concluye que la fijación tarifaria correspondió a un ajuste extraordinario y que los rubros de gastos financieros y depreciación se calcularon en función del monto de la inversión actualizado.”

(...)” (El subrayado no es del original)

Sobre la base de la resolución RJD-076-2015, la Junta Directiva conoció la Modificación de las Metodologías y concluyó que esta “ordena indexar el monto de inversión en activos fijos, los costos fijos y los costos variables (con excepción de los gastos financieros y depreciación)” respecto a la base tarifaria. Al respecto, nótese que la aplicación de la Modificación de las Metodologías (antecedente 3 de este criterio) es previa al dictado de la resolución RJD-076-2015 (antecedente 4 de este criterio), de modo que lo resuelto en ella, no fue modificado y se mantiene vigente.

En razón del tema bajo análisis, resulta necesario referirse al empleo de la resolución RIE-081-2014 como base para actualizar, por medio de un estudio de mercado, los costos para la generación de energía eléctrica con fuente de bagazo de caña. Al respecto, si bien mediante la resolución RIE-081-2014, se resolvió, entre otros: “II.-Realizar un nuevo estudio de mercado, para el próximo estudio tarifario, donde se actualicen los costos, dado que los datos observados son de hace 5 años.”, es necesario determinar si esta instrucción está dentro de la legalidad.

Para ello, luego de revisar la metodología vigente (resoluciones RJD-004-2010 y RJD-027-2014), esta asesoría no registró que dentro de ellas se dispongan instrucciones para actualizar los costos que conforman la base de cálculo; de modo que en este caso, la IE tiene potestad de emplear la discrecionalidad, lo que no contraría los artículos del 15 al 17 de la LGAP.

En ese sentido, en la metodología vigente se identificó que la Junta Directiva decidió actualizar por indexación el monto de inversión en activos fijos, los costos fijos y los costos variables (con excepción de los gastos financieros y depreciación), respecto a la base tarifaria. Es criterio de esta asesoría, que el hecho de que la IE actualizó (al año 2015) los costos que conforman la base de cálculo, por medio de

un estudio de mercado (a excepción de la indexación de cinco componentes, debido a que no fue posible contar con información actual por medio de las cotizaciones), lleva a observar que ello no contraría lo dictado por la metodología vigente aprobada por la Junta Directiva de Aresep.

De lo anterior, se desprende que la actualización de costos de inversión y explotación, no violentó el artículo 11 de la LGAP, ni contraría la metodología vigente aprobada por la Junta Directiva de Aresep.

Por ello, se reitera lo resuelto mediante la resolución RIE-050-2016 (que resolvió el recurso de revocatoria): “se concluye que esta Intendencia aplicó un criterio técnico para llevar acabo (sic) la actualización haciendo uso de cotizaciones a nivel nacional e internacional, pero sin violentar el principio de legalidad establecido en el artículo 11 de la LGAP en aplicación de lo dispuesto en los artículos del 15 al 17 de la LGAP. En función de lo anterior, no lleva razón el ICE en su argumento”. (Folio 535).

Siempre sobre este tema, nótese que el RIOF, en su artículo 6 inciso 16) dispone como función de la Junta Directiva: “Aprobar las metodologías regulatorias que se aplicarán en los diversos sectores regulados bajo su competencia.”; y en su artículo 17 inciso 1 dispone que es función de las Intendencias de Regulación “Fijar los precios, tarifas y tasas de los servicios públicos bajo su competencia aplicando los modelos vigentes aprobados por Junta Directiva”.

En complemento con lo anterior, considerando el Por tanto III de la resolución RJD-004-2010, la competencia de fijar tarifas y precios que tiene la IE en este caso “incluye tanto la de definir los diferentes valores numéricos de las diferentes variables que componen el modelo tarifario (cantidad de personal, costos individuales, tasas de interés y todas las otras variables incluidas en la hoja electrónica respectiva); como la de definir el precio final”. Así que la metodología vigente no impide que la IE actualice los costos que conforman la base de cálculo, de la forma en que lo ha hecho.

De lo anterior se deriva que el Por Tanto II de la resolución RIE-081-2014, cumple con el principio de legalidad y fue dictado en sintonía con la legislación vigente.

En razón de lo analizado, se observa que la IE actualizó, de forma discrecional - por medio de un estudio de mercado (excepto en el caso de cinco componentes que se indexaron)-, los costos que conforman la base de cálculo, lo cual no es contrario a las resoluciones RJD-004-2010 y RJD-027-2014, mismas que ordenaron actualizar por indexación el monto de inversión en activos fijos, los costos fijos y los costos variables (con excepción de los gastos financieros y depreciación), respecto a la base tarifaria.

Adicionalmente, el recurrente indicó que las resoluciones RJD-163-2011 (Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas) y RJD-152-2011 (Metodología tarifaria de referencia para plantas

de generación privada hidroeléctricas nuevas) “(...) son claras al especificar que el método de ajuste para actualizar los costos es por índices (...)” (folio 497).

Sobre lo anterior, se le indica al ICE, que el hecho de que otras metodologías incorporen las condiciones que desea, no implica que en la resolución recurrida, se deba hacer lo mismo, por lo que lo alegado, no guarda relación con el acto impugnado.

Por último, alegó el recurrente, que los costos reconocidos en la resolución RIE-111-2015 se actualizaron basándose en la información de 3 empresas.

Sobre este tema, se reitera lo dispuesto en la resolución RIE-050-2016 (que resolvió el recurso de revocatoria), a folios 532 a 534:

“(...)

Por su parte, con respecto al número de empresas utilizadas para la actualización de los costos por medio de cotizaciones a nivel internacional e internacional (sic), se indica que, según el oficio 1890-IE-2015 (folios 382 al 416), la selección de los equipos para calcular el monto de inversión se basó [...] en las recomendaciones técnicas planteadas por los proveedores de equipos para sistemas de aprovechamiento de biomasa, mediante sistemas de cogeneración eléctrica, específicamente se analizaron las propuestas técnicas realizadas por las empresas Areva Renewables Brasil, ISGEC Heavy Engineering India y Siemens Mesoamérica, además de la información técnica actualizada al 2015 recibida de las empresas El Viejo S.A. y Taboga S.A [...]

Al respecto, cabe aclarar que esta Intendencia actualizó los costos para la aplicación tarifaria de la generación de energía eléctrica con fuente bagazo de caña para el año 2015 -prevenido en la resolución RIE-081-2014- con información de 5 empresas, mientras que para la aplicación tarifaria del año 2009 se utilizó solamente la información de 1 empresa, específicamente “Areva Renewables Brasil”. En función de lo anterior, esta Intendencia considera (sic) el procedimiento de actualización para el cálculo de la tarifa final fue más riguroso, considerando que se utilizó la información de las propuestas técnicas solicitadas a 3 empresas extranjeras, según se detalló en la resolución RIE-111-2015, como insumo para la validación de los datos históricos reales de las únicas dos empresas que actualmente participan en el mercado de generación de energía eléctrica con fuente bagazo de caña en Costa Rica (El Viejo S.A. y Taboga S.A.), se puede decir que se contó con la información de la población del mercado nacional y un complemento adicional para mayor confiabilidad de cálculo. La información derivada de estas 5 empresas (dos empresas nacionales dedicadas actualmente al negocio de generación de energía eléctrica con fuente de bagazo de caña y 3 empresas proveedores de equipos para sistemas de aprovechamiento de biomasa mediante sistemas de cogeneración eléctrica) conforma un conjunto de datos con gran grado de imparcialidad para la aplicación tarifaria.

(...)"

Es decir, la IE fijó las tarifas según la metodología vigente, y escogió actualizar, principalmente por medio de un estudio de mercado, los costos que conforman la base de cálculo. Esta decisión resulta razonable y está dentro la potestad de emplear la discrecionalidad, lo que no contraría los artículos del 15 al 17 de la LGAP.

Si bien el recurrente desarrolla ampliamente en folios 496 a 497, sobre la naturaleza y objeto de la actualización por medio de cotizaciones (método de costos específicos o valores de reposición) y sus diferencias respecto a la indexación, se considera que en cuanto a este argumento no lleva razón el ICE al recurrir la resolución RIE-111-2015, pues la actualización, principalmente por medio de un estudio de mercado, de los costos que conforman la base de cálculo, no es contrario a las resoluciones RJD-004-2010 y RJD-027-2014; tal como se ha explicado en este apartado.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón el ICE en su argumento.

2. Sobre el Plan Nacional de Energía (folio 500)

El recurrente considera, que Aresep debe participar en la revisión de la metodología tarifaria para generación con bagazo, según dispone el VII Plan Nacional de Energía (2015-2030) en su numeral 3.3.4.2 "Revisar y de ser necesario, proponer cambios a la metodología tarifaria para generación con bagazo, para que se apegue mejor al principio de servicio al costo, considerando el conocimiento acumulado hasta el presente sobre esa industria de generación", considerando la antigüedad de las plantas. (Folio 500).

Al respecto, se indica que la resolución impugnada corresponde a una aplicación de la metodología vigente y no a una modificación de la metodología, por lo que su solicitud no resulta procedente.

Aunado a lo anterior, se observa que el Plan Nacional de Energía dispone que el ejecutor de la acción correspondiente al numeral 3.3.4.2 es el "MINAE Sector Productivo", sin embargo, cabe aclararle al recurrente que la Aresep tiene competencias exclusivas y excluyentes, establecidas en la Ley N° 7593 en los artículos 4, 5 inciso a) y 6 incisos d) y f), así como en el artículo 59 inciso 1) de la LGAP, que disponen respectivamente:

Ley 7593:

"(...)

Artículo 4.- Objetivos

Son objetivos fundamentales de la Autoridad Reguladora:

a) Armonizar los intereses de los consumidores, usuarios y prestadores de los servicios públicos definidos en esta ley y los que se definan en el futuro.

b) Procurar el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestadores de los servicios públicos.

c) Asegurar que los servicios públicos se brinden de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 3 de esta ley.

d) Formular y velar porque se cumplan los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima, los servicios públicos sujetos a su autoridad. (*)

e) Coadyuvar con los entes del Estado, competentes en la protección del ambiente, cuando se trate de la prestación de los servicios regulados o del otorgamiento de concesiones.

f) Ejercer, conforme lo dispuesto en esta ley, la regulación de los servicios públicos definidos en ella.

Artículo 5.- Funciones

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

(...)

a) Suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización.

(...)

Artículo 6.- Obligaciones de la Autoridad Reguladora

Corresponden a la Autoridad Reguladora las siguientes obligaciones:

(...)

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

(...)

f) Cualquiera otra obligación que las leyes le asignen.

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

(...)

LGAP:

Artículo 59.-

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

(...)"

En ese sentido, el artículo 36 de la Ley 7593, dispone lo siguiente:

"(...)

Artículo 36.- Asuntos que se someterán a audiencia pública

Para los asuntos indicados en este artículo, la Autoridad Reguladora convocará a audiencia, en la que podrán participar las personas que tengan interés legítimo para manifestarse. Con ese fin, la Autoridad Reguladora ordenará publicar en el diario oficial La Gaceta y en dos periódicos de circulación nacional, los asuntos que se enumeran a continuación:

(...)

d) *La formulación o revisión de los modelos de fijación de precios y tarifas, de conformidad con el artículo 31 de la presente Ley.*

(...)"

De los artículos citados, se desprende que la Aresep tiene la competencia exclusiva y excluyente de regular los servicios públicos que hayan sido declarados como tales por el legislador, incluido entre ellos la generación de electricidad a través de fuentes renovables. Dicha competencia, abarca -entre otras cosas- la fijación de tarifas, la creación de las metodologías tarifarias y su modificación.

También cabe indicar, que la Autoridad Reguladora está sujeta al "Plan nacional de desarrollo, a los planes sectoriales correspondientes y a las políticas sectoriales que dicte el Poder Ejecutivo", ello de conformidad con el artículo 1 de la Ley N° 7593.

Aunado a lo anterior, el RIOF en su artículo 21 inciso 3) dispone, lo siguiente:

“Artículo 21. Centro de Desarrollo de la Regulación.

(...)

Es responsable del proceso institucional de investigación y desarrollo de la regulación. Tiene las siguientes funciones:

(...)

3. Revisar la validez y competitividad de los modelos que están siendo aplicados por Aresep para regular los servicios públicos. (...).”

De todo lo anterior, se concluye que la Aresep tiene como función asignada por la Ley N.º 7593, la creación y revisión de las metodologías dictadas para realizar las fijaciones tarifarias de los servicios públicos descritos en el numeral 5 de la dicha Ley, dentro del cual se incluye la metodología tarifaria para generación de energía eléctrica con bagazo. Adicionalmente, la Autoridad Reguladora, también está sujeta a lo dispuesto en el Plan Nacional de Energía.

En virtud de lo anterior, no lleva razón el recurrente en cuanto a este argumento.

3. Sobre la tendencia de los índices de precios y la tarifa aprobada

El ICE compara las variables para el cálculo de la tarifa entre la resolución RIE-081-2014 y la resolución recurrida (RIE-111-2015) para determinar su crecimiento relativo, obteniendo como resultado la “Tabla N.º 1 Comparación de variables para el cálculo de la tarifa para generar con bagazo de caña” (visible a folio 501).

En relación con ello, el recurrente agregó “(...) los datos calculados por Aresep por medio del “Método de costos específicos o valores de reposición”, no son consistentes con la realidad, debido a que como se ha mostrado, la tendencia de los precios nacionales e internacionales, inclusive muy cercanos al cero por ciento, a lo largo del periodo de junio de 2014 a setiembre de 2015, mientras que el crecimiento de las variables calculadas por la Autoridad Reguladora está por encima del 15,0%, dando como resultado una tarifa final con incremento de 17,2%” (folio 503). Para apoyar su argumento aporta el gráfico “Comparación del crecimiento de la tarifa de bagazo y de los índices de precios” visible a folio 502.

El ICE solicitó que la IE contemple, la tendencia de los precios del mercado nacional e internacional al momento de fijar estas tarifas. (Folio 504).

Sobre este argumento, a manera de ejemplo, considérese lo siguiente sobre el Índice de precios al consumidor base junio 2015 (tomado de <http://www.inec.go.cr/sites/default/files/documetos-biblioteca-virtual/meeconomipbasejunio2015-01.pdf>):

“El Índice de Precios al Consumidor es un instrumento estadístico que permite medir la evolución a través del tiempo, de los precios de un conjunto

de bienes y servicios representativo del consumo final de los hogares, relacionando siempre el precio del mes actual con respecto al mes anterior.”

Con base en lo anterior, se tiene que un índice de precios refleja el comportamiento de “un conjunto de bienes y servicios”, por lo que el hecho de que los resultados de la actualización, principalmente por medio de un estudio de mercado, de los costos que conforman la base de cálculo no siga el mismo comportamiento que un índice de precios en particular, no implica que los datos calculados por Aresep, sean inconsistentes con la realidad. Lo que sí podría implicar, es que el comportamiento de los costos es distinto al comportamiento del conjunto de bienes y servicios considerados para calcular el Índice de Precios al Consumidor.

Así las cosas, la Aresep debe fijar las tarifas en concordancia con lo establecido en la metodología vigente y para este caso en particular, escogió actualizar, principalmente por medio de un estudio de mercado, los costos que conforman la base de cálculo. Esta decisión resulta razonable y está dentro la potestad de emplear la discrecionalidad, lo que no contraría los artículos del 15 al 17 de la LGAP.

En razón de lo anterior, no lleva razón el ICE en su argumento.

4. Sobre la condición actual de las plantas existentes que generan con bagazo de caña.

El recurrente manifestó “Si bien la metodología establecida por el Ente Regulador simula una empresa modelo eficiente que inicia en el año cero, la realidad es que las plantas nacionales de generación térmica de bagazo han sido repotenciadas y operan desde hace varios años” (folio 503). Señalando que lo actuado “(...) no es consistente con lo que establece la teoría de empresas modelos, que busca actualizar costos para mejorar la eficiencia de las plantas y trasladar parte de esa eficiencia a los consumidores a través de menores tarifas” (folio 504).

El ICE señaló, sobre las plantas de El Viejo y de Ingenio Taboga que “En ambas plantas la vida en operación supera en promedio los 10 años y se han firmado addenda o renovación de contratos, lo que evidentemente no corresponde a una “Planta Modelo” con una estructura de costos y de financiamiento que reflejan una planta nueva, ya que se le está aplicando una tarifa que considera servicio de deuda y depreciación produciendo un beneficio económico a favor de estos generadores.” (Folio 504).

El ICE solicitó, que la IE considere la antigüedad de las plantas, al momento de fijar estas tarifas. (Folio 505).

Al respecto, como lo argumentado versa sobre inconformidades del recurrente en cuanto a la metodología vigente, se reitera que la resolución impugnada corresponde a una aplicación de la Modificación de las Metodologías, no a una modificación a la misma, por lo que este argumento no es de recibo como parte del recurso de apelación contra la resolución RIE-111-2015.

Sin embargo, se recomienda trasladar al Centro de Desarrollo de la Regulación lo argumentado por el recurrente, en función de lo dispuesto por el RIOF en su artículo 21 inciso 3, citado supra, para su análisis y recomendación a la Junta Directiva.

Otro aspecto que plantea el recurrente, versa sobre que “Si la ARESEP actualiza los costos de inversión a través de ofertas, se trasladaría al consumidor final el incremento en la tarifa, siendo contrarios a los principios (sic) de regulación ya citados y otorgándoles otro beneficio adicional a lo que deberían tener en claro perjuicio al consumidor final” (folio 504).

Sobre este punto, se indica al recurrente, que no es explícito en cuanto a los principios regulatorios aludidos, por lo órgano asesor carece de los elementos necesarios para referirse a ellos.

Adicionalmente, el ICE omite justificar cómo la actualización, a través de ofertas, implica un “perjuicio al consumidor final”. Por otro lado, el efecto de la actualización, puede tanto aumentar como disminuir la tarifa, lo cual no se opone a la regulación por empresa “modelo” o “eficiente”.

En razón de lo anterior, no lleva razón el recurrente en cuanto a este argumento.

Ahora, se analiza el tema de que el recurrente considera que el uso de los datos históricos reales como insumo de esta fijación tarifaria, es inconsistente con la regulación por empresa “modelo” o “eficiente”.

El ICE afirmó que “Los costos reales de las empresas no deben ser considerados ya que incluyen las ineficiencias en su operación, y estas son trasladadas a la tarifa final, contraviniendo la esencia y objetivo de un modelo de planta eficiente” (folio 516). Para apoyar su tesis, el recurrente cita el siguiente extracto (tomado de “Regulación por empresa eficiente: ¿Quién es realmente usted?”, Álvaro Bustos y Alexander Galetovic, folio 518):

*“Para forzar a las empresas a ser eficientes y limitar su poder de mercado el regulador les fijaría precios de acuerdo a los costos de una empresa “modelo” o “eficiente”, **diseñada desde cero y sin considerar a la empresa real**. La empresa real obtendría una rentabilidad normal solo si era capaz de emular a la empresa eficiente y, en adelante, los costos de la ineficiencia serían asumidos por los dueños de la empresa, no por los usuarios o contribuyentes.” El resaltado es del original.*

Revisando la fuente de la cita supra, esta asesoría no comparte que de ella se extraiga que los costos reales de las empresas no deben ser considerados para la regulación por empresa “modelo” o “eficiente” por cuanto lo citado por el recurrente obedece a la descripción de los orígenes de esta forma de regulación y más adelante, en este mismo texto, el recurrente omitió transcribir lo siguiente:

“(…) Pero con el tiempo se ha hecho evidente que en la práctica la empresa eficiente no se puede modelar sin información provista por la empresa real.

El problema es que, como ya sabemos, es la empresa real quien conoce los costos, la tecnología, y la demanda que enfrenta, no el regulador (lo que se conoce por “información asimétrica”). Por eso, si bien en teoría el punto de referencia para las fijaciones tarifarias es una empresa modelo independiente de la empresa real, en la práctica el punto de referencia es la empresa real menos las ineficiencias más evidentes. (...)” (Página 149 de: artículo “Regulación por empresa eficiente: ¿Quién es realmente usted?”, Álvaro Bustos y Alexander Galetovic, Antología del curso de Economía de la Regulación, profesor Leiner Vargas, Aresep II trimestre 2011).

Sobre esa base queda claro que el uso de los costos reales de las empresas no es contrario a la regulación por empresa “modelo” o “eficiente”.

En razón de lo anterior, no lleva razón el recurrente en cuanto a este argumento.

VI. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto por el ICE contra la resolución RIE-111-2015 resulta admisible, por haber sido presentado en tiempo y forma.*
- 2. Desde el punto de vista formal, la gestión de nulidad interpuesta por el ICE contra la resolución RIE-081-2014, resulta inadmisibles, por haber sido presentada de forma extemporánea.*
- 3. Desde el punto de vista formal, la gestión de nulidad interpuesta por el ICE contra todos los actos derivados de la resolución RIE-081-2014, resulta improcedente, por no individualizar los actos que pretende impugnar.*
- 4. En la resolución RIE-111-2015, la IE fijó las tarifas para la actividad de generación de energía eléctrica mediante la explotación del bagazo de la caña de azúcar para la venta al ICE, incluyendo los diferentes valores numéricos de las variables que componen el modelo tarifario; toda vez que opere en apego a metodología vigente.*
- 5. La Junta Directiva ya se pronunció respecto a la base tarifaria, mediante la resolución RJD-076-2015, y ordenó –entre otras cosas- “indexar el monto de inversión en activos fijos, los costos fijos y los costos variables (con excepción de los gastos financieros y depreciación)”.*
- 6. La metodología vigente (resoluciones RJD-004-2010 y RJD-027-2014), no registra instrucciones para actualizar los costos que conforman la base de cálculo; de modo que en este caso, la IE tiene potestad de emplear la discrecionalidad lo que no contraría los artículos 11, ni del 15 al 17 de la LGAP; ni la metodología vigente aprobada por la Junta Directiva de Aresep.*

7. *La IE actualizó, al año 2015, de forma discrecional -por medio de un estudio de mercado (a excepción de la indexación de cinco componentes)-, los costos que conforman la base de cálculo, lo cual no es contrario a las resoluciones RJD-004-2010 y RJD-027-2014.*
8. *Las resoluciones RJD-004-2010 y RJD-027-2014 ordenan actualizar por indexación el monto de inversión en activos fijos, los costos fijos y los costos variables (con excepción de los gastos financieros y depreciación), respecto a la base tarifaria.*
9. *La resolución impugnada –RIE-111-2015- corresponde a una aplicación de las resoluciones RJD-004-2010 y RJD-027-2014, y no a una modificación a la metodología vigente.*
10. *La Aresep tiene como función asignada por la Ley N° 7593, la creación y revisión de todas las metodologías dictadas para realizar las fijaciones tarifarias de los servicios públicos descritos en el numeral 5 de la Ley N° 7593, dentro del cual se incluye la metodología tarifaria para generación de energía eléctrica con bagazo, y que también está sujeta a lo dispuesto en el Plan Nacional de Energía.*
11. *Un índice de precios refleja el comportamiento de “un conjunto de bienes y servicios”. El hecho de que los resultados de la actualización no sigan el mismo comportamiento que un índice de precios en particular, no implica que los datos calculados por Aresep sean inconsistentes con la realidad. Lo que sí podría implicar, es que el comportamiento es distinto al del conjunto de bienes y servicios considerados para calcular el índice respectivo.*
12. *El uso de los costos reales de las empresas no es contrario a la regulación por empresa “modelo” o “eficiente”.*

[...]

- II. Con fundamento en los resultados y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RIE-111-2015, **2.-** Rechazar por inadmisibile, la gestión de nulidad interpuesta por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RIE-081-2014, por haber sido presentada de forma extemporánea, **3.-** Rechazar por improcedente, la gestión de nulidad interpuesta por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra todos los actos derivados de la resolución RIE-081-2014, por no individualizar los actos que pretende impugnar, **4.-** Agotar la vía administrativa, **5.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **6.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión 62-2016, del 12 de diciembre de 2016, cuya acta fue ratificada el 19 de diciembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 805-DGAJR-2016, de cita, acordó dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 06-62-2016

1. Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RIE-111-2015.
2. Rechazar por inadmisibile, la gestión de nulidad interpuesta por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RIE-081-2014, por haber sido presentada de forma extemporánea.
3. Rechazar por improcedente, la gestión de nulidad interpuesta por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra todos los actos derivados de la resolución RIE-081-2014, por no individualizar los actos que pretende impugnar.
4. Agotar la vía administrativa.
5. Notificar a las partes, la presente resolución.
6. Trasladar el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE

b) En cuanto a la recomendación adicional planteada por al DGAJR

De lo expuesto anteriormente por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se plantea una recomendación adicional en el sentido de trasladar al Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR) lo argumentado por Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), en cuanto a las inconformidades con la metodología vigente; sin embargo, el señor **Roberto Jiménez Gómez** considera que esta recomendación adicional debe ser mucho más explícita; es decir, que con base en la antigüedad de la metodología y las carencias que esta tiene, desarrollar una nueva metodología.

Agrega que, en esta oportunidad, se han expuesto argumentos adicionales; por ejemplo, una diferencia es si se puede hacer un estudio de mercado o bien a través de índices. No queda claro en la metodología si se hacen estudios de costos de industria; se citan someramente de índices; por lo tanto, la metodología que se desarrolle tiene que establecer, si se va a actualizar y bajo qué mecanismo, ese es el punto fundamental. Se tiene otros aspectos adicionales, pero indica que este es el punto medular.

Analizada la recomendación adicional, el señor **Roberto Jiménez Gómez**, la somete a votación. La Junta Directiva considerando que la "Metodología tarifaria según la estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con bagazo de caña para la venta al Instituto

Costarricense de Electricidad y su fórmula de indexación” aprobada mediante la resolución RJD-004-2010 y modificada mediante la resolución RJD-027-2014, data del 2010 y en virtud de que algunas de las inconformidades manifestadas por el Instituto Costarricense de Electricidad en el recurso de apelación presentado, versan sobre el mecanismo que se utiliza en la citada metodología para actualizar y fijar la tarifa para la actividad de generación de energía eléctrica mediante la explotación del bagazo de la caña de azúcar para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad, se considera necesario revisar dicha metodología;

Por tanto, la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 07-62-2016

Trasladar a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, lo argumentado por el Instituto Costarricense de Electricidad, en cuanto a las inconformidades con la metodología vigente, para su análisis y posterior recomendación a la Junta Directiva, específicamente sobre los siguientes puntos: 1) La discrecionalidad existente en la metodología en cuanto a la actualización de los costos de explotación e inversión, 2) La antigüedad de las plantas según dispone el VII Plan Nacional de Energía (2015-2030) en su numeral 3.3.4.2., en relación con la edad de las plantas reconocidas en la metodología y 3) Las posibles diferencias entre la empresa modelo eficiente establecida en la metodología y las condiciones actuales de las plantas existentes que generan con bagazo de caña.

ARTÍCULO 9. Recurso de apelación, gestión de nulidad e incidente de suspensión del acto, interpuestos por la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L. (FENACOOTAXI), contra la resolución 147-RIT-2015 del 18 de noviembre de 2015. Expediente ET-093-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 815-DGAJR-2016 del 7 de setiembre de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación, gestión de nulidad e incidente de suspensión del acto, interpuestos por la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L. (FENACOOTAXI), contra la resolución 147-RIT-2015.

La señora **Carol Solano Durán** 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 en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 815-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

RESULTANDO

- I. Que el 13 de diciembre de 2004, mediante la resolución RRG-4199-2004, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep) aprobó el “*Modelo de Regulación Económica del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Taxi*” (en adelante MTAXI) (expediente OT-390-2004, folios 353 a 369).

- II. Que el 11 de febrero de 2005, mediante la resolución RRG-4316-2005, la Aresep aprueba los *“Factores del Costeo Estándar del Modelo de Regulación Económica del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Taxi”* (expediente OT-390-2004, folios 921 a 922).
- III. Que el 24 de junio de 2015, mediante el oficio 891-IT-2015, la Intendencia de Transporte (IT), le solicitó al Consejo de Transporte Público (CTP) el listado de concesionarios vigentes para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad taxi (folios 37 y 38).
- IV. Que el 2 de julio de 2015, mediante el oficio 957-IT-2015 y el 3 de julio de 2015, mediante el oficio 959-IT-2015, la IT le solicita al Foro Nacional de Taxistas y a Fenacootaxi un listado con los proveedores de taxímetros, radios de comunicación, uniformes, servicio de lavado y servicio de encerado, recibiendo la respuesta el 9 de julio de 2015 (folios 55 a 57 y 137 a 138, respectivamente).
- V. Que el 21 de julio de 2015, mediante el oficio DE-2015-2257, el CTP remitió a la Aresep, el listado de las placas concesionadas, elaborado por el Registro Nacional (folios 178 y 179).
- VI. Que el 31 de julio de 2015, mediante los oficios 1110-IT-2015/97547 y 1111-IT-2015/97550, la IT le solicitó al Foro Nacional de Taxistas y a Fenacootaxi, un listado con el detalle de los proveedores de los servicios de engrase y afinamiento para el servicio de taxi. La respuesta fue remitida el 5 de agosto de 2015 (folios 101 a 103 y 209).
- VII. Que el 19 de agosto de 2015, mediante el oficio 1211-IT-2015, la IT solicitó al Instituto Nacional de Seguros (INS) los costos vigentes de las coberturas del seguro voluntario y el costo correspondiente a cada uno de los rubros del derecho de circulación. La información fue remitida mediante el oficio DTS-01631-2015 del 2 de setiembre de 2015 (folios 118 a 119, y 233 a 237).
- VIII. Que el 7 de setiembre de 2015, mediante el oficio 1333-IT-2015, la IT realizó el informe preliminar del estudio ordinario de oficio para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad taxi para la base de operación regular (folios del 2 a 254).
- IX. Que el 11 de setiembre de 2015, mediante el oficio 1349-IT-2015, la IT, solicitó la apertura del expediente tarifario (folio 1).
- X. Que el 16 de setiembre de 2015, mediante el oficio 1368-IT-2015, la IT solicitó a la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU) la convocatoria de audiencia pública para el estudio tarifario de oficio (folio 258).
- XI. Que el 25 de setiembre de 2015, se publicó la convocatoria a audiencia pública en el diario oficial La Gaceta N° 187 y el 29 de setiembre de 2015 en los diarios: La Nación y Diario Extra (folios 264 y 267).
- XII. Que el 30 de octubre del 2015, según el acta de la audiencia pública N° 92-2015, el 26 de octubre del 2015 se realizó la audiencia pública (folios 290 a 305).
- XIII. Que el 30 de octubre del 2015, mediante el oficio 3657-DGAU-2015, la DGAU emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias (folios 307 y 308).

- XIV.** Que el 18 de noviembre de 2015, mediante la resolución 147-RIT-2015, la IT ajustó las tarifas del servicio de transporte remunerado de personas, modalidad taxi para la base de operación regular (folios 534 a 574).
- XV.** Que el 27 de noviembre de 2015, el señor Edwin Barboza Guzmán, en su condición de Gerente de la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L., interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, incidente de nulidad y suspensión del acto, contra la resolución 147-RIT-2015 (folios 475 a 494).
- XVI.** Que el 30 de junio de 2016, mediante la resolución RIT-084-2016, la IT resolvió:

“(…)

- I. Acoger el informe 1035-IT-2016/128470 del 23 de junio de 2016, y rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L. (FENACOOTAXI), contra la resolución 147-RIT-2015 de las 8:30 horas del 18 de noviembre de 2015.*
- II. Rechazar la solicitud de nulidad incoada por la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L., contra la resolución 147-RIT-2015.*
- III. Rechazar por improcedente la gestión de suspensión del acto interpuesto por la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L., contra la resolución 147-RIT-2015.*

(…)” (folios 620 a 658).

Que el 6 de julio de 2016, mediante el oficio 1095-IT-2016, la IT realizó el informe del artículo 349 de la LGAP (folios 617 a 619).

Que el 8 de julio de 2016, mediante el memorando 500-SJD-2016, la Secretaria de Junta Directiva traslado a la DGAJR, para análisis, el recurso de apelación y demás gestiones interpuestas por Fenacootaxi, contra la resolución 147-RIT-2015 (folio 659).

Que el 7 de setiembre de 2016, mediante el oficio 815-DGAJR-2016, la DGAJR, rindió criterio respecto el recurso de apelación y demás gestiones interpuestas por Fenacootaxi, contra la resolución 147-RIT-2015 (Correrá agregado a los autos).

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

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 815-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 a 352 de la LGAP y sus reformas.

Gestión de nulidad

La recurrente interpuso nulidad concomitante, contra la resolución 147-RIT-2015, que se rige por lo dispuesto en los artículos 158 al 179 de la LGAP.

Incidente de suspensión del acto

Fenacootaxi interpuso incidente de suspensión del acto administrativo contra: la resolución 147-RIT-2015, 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 al incidente de suspensión del acto solicitada por Fenacootaxi, 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 24 de noviembre de 2015 (folio 574) y la impugnación fue planteada el 27 de noviembre de 2015 (folios 475 a 494).

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 27 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 27 de noviembre de 2015 y la resolución 147-RIT-2015 fue notificada el 24 de noviembre de 2015 (folio 574). 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.

Incidente de suspensión del acto

La resolución 147-RIT-2015 que se pretenden suspender, fue notificada a la recurrente, el 24 de noviembre de 2015 (folio 574) y el incidente fue planteado, con el recurso el 27 de noviembre de 2015.

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 Fenacootaxi, 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.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Edwin Barboza Guzmán, es gerente con facultades suficientes para este acto, –según certificación visible a folio 494 del expediente– por lo cual está facultado para actuar en nombre de esa Cooperativa.

En virtud de lo anterior, el incidente de suspensión resulta inadmisibile, el recurso de apelación y la gestión de nulidad resultan admisibles por la forma. Sobre esa base, únicamente se procederá al análisis de las dos últimas gestiones por el fondo.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

A continuación, se procede con el análisis por el fondo de los argumentos de inconformidad planteados por la recurrente, en el recurso de apelación:

1. **Fenacootaxi aportó el “Estudio de la tarifa ordinaria 2015 para el transporte público de personas modalidad taxi” (en adelante ETAXI), el cual llega a conclusiones que implican una amenaza al equilibrio financiero de los concesionarios (folios 476, 479 a 493). La recurrente, presenta una propuesta de solución al problema (folios 476, 491 a 492).**

Con el objetivo de analizar detalladamente lo contenido en el ETAXI, se procede a analizarlo haciendo referencia a su numeración y estructura:

- 1.1. **Análisis del ETAXI: punto 1 “Análisis de la aplicación del Modelo Tarifario” (folios 481 a 489).**

- 1.1.1. **Análisis de ETAXI: puntos 1.1.1 y 1.1.2 (folio 482).**

La recurrente cita el Considerando VIII.8 de la resolución RRG-4199-2004 -“Modelo de Regulación Económica del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Taxi”-, para argumentar que las condiciones operativas deben de estar actualizadas y que la Aresep no ha incorporado los cambios de las condiciones operativas en los últimos 11 años, a pesar de estar obligada a actuar de inmediato cuando dichas condiciones se modifiquen.

Esta asesoría identificó que los extractos del Considerando VIII.8, empleados por la recurrente se encuentran también en el Por Tanto I. Capítulo 2. 5 incisos “u” y “v” de la misma resolución (RRG-4199-2004). Por ser de importancia para el análisis de este argumento, a continuación, se transcriben dichos incisos:

“u. Los estudios de mercado para actualizar los parámetros operativos, indicadores de servicio y costos de la actividad, se realizarán cuando las condiciones operativas del servicio se modifiquen y **podrán** ser efectuados por la Autoridad Reguladora, los operadores del servicio, las organizaciones de consumidores legalmente constituidas y cualquier entidad pública con facultades.

v. La realización de los estudios de mercado, debe ejecutarse por peritos profesionales acreditados por el colegio profesional respectivo, con criterios objetivos y estadísticamente aceptados y que cumplan con las condiciones metodológicas mínimas técnicamente aceptadas. La información puede obtenerse por medio de encuestas a operadores, usuarios, talleres de servicio, empresas importadoras de vehículos; por observación de flujo vehicular y por la utilización de medios de alta tecnología como Sistema de Posicionamiento Global (G.P.S. por sus siglas en inglés).

w. El costeo estándar es una banda con valores operativos mínimos y máximos, calculados con base en la empresa representativa y las posibles variaciones en los parámetros operativos, indicadores de servicio y costos de la actividad. Estos valores mínimos y

máximos buscan garantizar condiciones mínimas de nivel (o calidad) de servicio y de razonabilidad de los costos en función de la empresa que se ha definido como representativa.” (Ni subrayado ni el destacado son del original, OT-390-2004, folio 399).

También, respecto a esta temática, el numeral 1.5 a) del MTAXI, resolución RRG-4199-2004 indica lo siguiente:

“1.5 APLICACIÓN DEL MODELO TARIFARIO

La secuencia para la aplicación del Modelo de Regulación Económica es la siguiente:

- a. *El punto de partida para aplicar el Modelo es la existencia de los costos mensuales e indicadores operativos estándar, los cuales son definidos por la Autoridad Reguladora con base en los límites de la empresa representativa y para cada tipo de vehículo. Estos se utilizarán para comparar contra ellos cualquier valor obtenido mediante estudios de mercado, los valores de la fijación anterior e inclusive, si no existiera información fidedigna, se utilizará el criterio que se establezca por defecto para de esta manera continuar y finalizar el procedimiento de cálculo y fijación de tarifa. (...)” (OT-390-2004, folio 407).*

De los extractos de la resolución RRG-4199-2004, supra citados, se desprende que tanto la Aresep, como los operadores del servicio, las organizaciones de consumidores legalmente constituidas o cualquier entidad pública con facultades, son quienes tienen la posibilidad, con potestad discrecional -no la obligación-, de realizar o no los estudios de mercado que se empleen para actualizar los parámetros operativos.

Así las cosas, la recurrente no lleva razón al afirmar que Aresep está obligada a actualizar e incorporar los cambios de las condiciones operativas en los últimos 11 años, así como tampoco está forzada a actuar de inmediato cuando dichas condiciones sean modificadas, por cuanto es una potestad y no una obligación.

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

1.1.2. Análisis del ETAXI: punto 1.1.3 (folio 482).

La recurrente afirma que, en este caso no aplica la disposición prevista en el numeral 1.5 a) del MTAXI supra citado (resolución RRG-4199-2004), para el caso cuando no exista información fidedigna.

En relación con ello, indicó Fenacootaxi que la “(...) Aresep incumplió con sus obligaciones y eso no fue contemplado en la Ley. Las previsiones integradas en la normativa garantizan que en todo momento se cuente con parámetros operativos actualizados, ya que cada vez que las condiciones operativas se modifiquen, se estableció que Aresep actuara de inmediato realizando los estudio de mercado correspondientes.” (Folio 482).

Sobre esa base, nótese que el numeral 1.5 a) del MTAXI, citado líneas arriba, no dispone que Aresep debe actuar de oficio, realizando los estudios de mercado, cada vez que se modifiquen

las condiciones operativas. Así como tampoco ello se desprende del Por Tanto I. Capítulo 2. 5 incisos u, v y w del MTAXI, resolución RRG-4199-2004.

Para mayor abundamiento, se remite a lo resuelto mediante la resolución RIT-084-2016 (que resolvió el recurso de revocatoria):

“Como puede observarse, la metodología contempla un criterio por defecto, el cual resulta aplicable para aquellos casos en los que no se cuente con un estudio de mercado reciente, esto quiere decir, que las tarifas se fijarán utilizando los parámetros mínimos asociados a las condiciones mínimas del nivel del servicio, determinadas a partir de los valores del último estudio de mercado. Por lo tanto, el hecho de no contarse con un estudio de mercado al momento de tramitarse un estudio ordinario para el servicio en cuestión, no es un impedimento para no realizarlo, por cuanto la metodología tarifaria dictada en la resolución RRG-4199-2004 de las 9:00 horas del 13 de diciembre de 2004, permite utilizar el criterio por defecto ya mencionado, siendo que es bajo ese contexto que se fijaron las tarifas para el servicio de transporte remunerado de personas modalidad taxi y se dictó la resolución 147-RIT-2015. De modo que la realización de un estudio ordinario no implica de manera imperativa la realización de un estudio de mercado que ratifique o modifique los indicadores y parámetros del modelo. Es incorrecto afirmar que la ausencia de un estudio de mercado torna inaplicable la aplicación de la metodología tarifaria vigente.” (Folios 630 y 631).

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

1.1.3. Análisis del ETAXI: punto 1.2 (folios 482 y 483):

Siempre en relación con el Por Tanto I. Capítulo 2. 5 inciso v de la resolución RRG-4199-2004, la recurrente argumenta que el requisito de que los estudios de mercado deban ejecutarse por peritos profesionales acreditados por el colegio profesional respectivo “(...) no puede ser impedimento para que tales estudios no se realicen en forma apropiada y oportuna, son una norma para garantizar el apego de los resultados con la realidad.(...)” (folio 483).

Sobre este tema, como lo argumentado versa sobre inconformidades de la recurrente en cuanto al modelo vigente (RRG-4199-2004), se indica que la resolución impugnada corresponde a una aplicación del MTAXI, no a una modificación a la misma.

Por lo que este argumento, no es procedente como parte del recurso de apelación contra la resolución 147-RIT-2015.

1.1.4. Análisis del ETAXI: puntos 1.3 y 1.6 (folios 483 a 486, 488 a 489).

La recurrente afirmó que Aresep incumplió su obligación de resolver conforme al principio de servicio al costo y de mantener el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestadores de los servicios públicos; que este incumplimiento fue causado al mezclar “(...) precios de insumos de 2015 con parámetros e indicadores operativos de 2004 (...)” (folio 486) y no actualizar, cada año, los parámetros e indicadores operativos.

Además, indicó que el artículo 30 de la ley 7593 "(...) no relega a los prestadores la responsabilidad de las tarifas (...)" (folio 484), siendo que si Aresep hubiera cumplido con realizar esta fijación tarifaria todos los años, los parámetros e indicadores operativos estarían actualizados, y reflejarían los cambios sufridos a través de los años.

La recurrente complementó su tesis afirmando que, con el pasar de los años, "(...) las condiciones operativas de la prestación del servicio de taxi han sufrido cambios negativos, menor cantidad de viajes por día, menor cantidad de kilómetros con ocupación, mayor porcentaje o proporción de kilometraje improductivo. (...)" (folio 485).

En relación con lo anterior, la recurrente arguyó "(...) El Modelo no previó las consecuencias del incumplimiento de mantener vigente en todo momento el principio de servicio al costo. Por lo tanto no se debe utilizar si los indicadores y precio no corresponden a la realidad. (...)" (folio 486).

También Fenacootaxi precisó que en la resolución recurrida se indicó que se utilizan los parámetros operativos establecidos en la resolución RRG-10351-2009, que a su vez se sustentan en los valores empleados en el expediente OT-390-2004. (Folio 488).

Sobre esa base, afirmó la recurrente que esta fijación tarifaria fue calculada en forma inapropiada.

En respuesta a este argumento es oportuno citar el artículo 30 de la Ley 7593:

"Artículo 30.-Solicitud de fijación o cambios de tarifas y precios

(...)

De acuerdo con las circunstancias, las fijaciones tarifarias serán de carácter ordinario o extraordinario. Serán de carácter ordinario aquellas que contemplen factores de costo e inversión, de conformidad con lo estipulado en el inciso b) del artículo 3, de esta ley. Los prestadores deberán presentar, por lo menos una vez al año, un estudio ordinario. La Autoridad Reguladora podrá realizar de oficio, modificaciones ordinarias y deberá otorgarles la respectiva audiencia según lo manda la ley.
(...) (El subrayado no es del original).

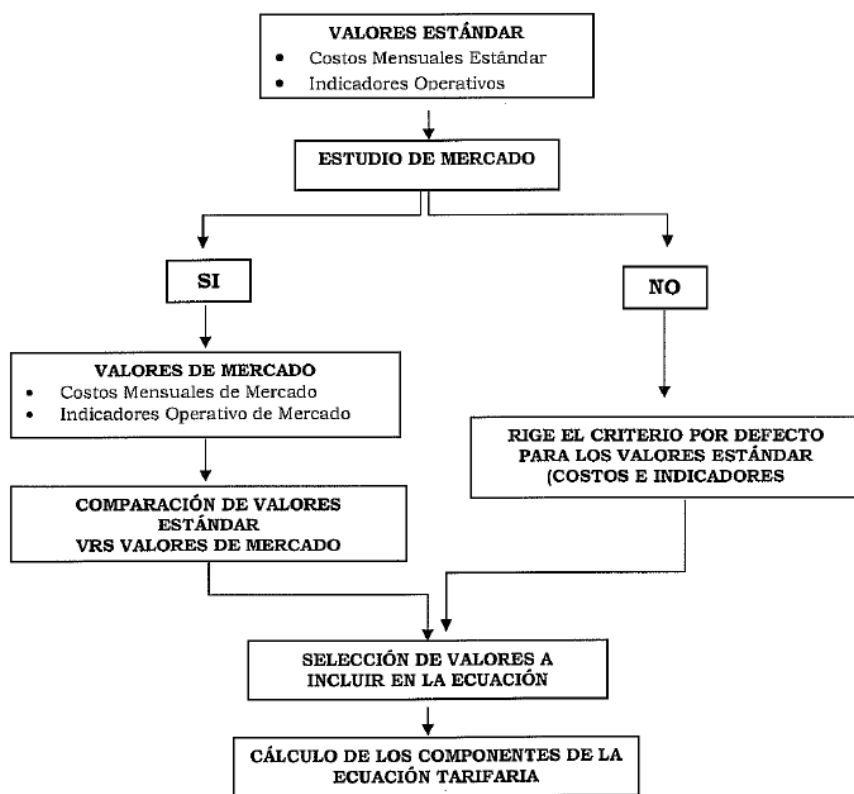
Del artículo 30 de la ley 7593, arriba transcrito, se desprende que para los prestadores es imperativo presentar, al menos una vez cada año, un estudio tarifario, y que Aresep puede, con carácter facultativo, de oficio, iniciar el trámite de dichas fijaciones tarifarias.

Así las cosas, la recurrente no lleva razón al afirmar que Aresep debió, año con año, de oficio, fijar las tarifas del servicio de transporte remunerado de personas modalidad taxi para la base de operación regular.

Ahora, en cuanto a la mezcla de "(...) precios de insumos de 2015 con parámetros e indicadores operativos de 2004 (...)" citada por la recurrente, del MTAXI, es necesario considerar el numeral 1.5 a), en cuanto a los costos mensuales e indicadores estándar, así como a la figura 1.3 "Diagrama de flujo para el procedimiento de aplicación del modelo tarifario":

“(…) se utilizarán para *comparar contra ellos cualquier valor obtenido mediante estudios de mercado, los valores de la fijación anterior e inclusive, si no existiera información fidedigna, se utilizará el criterio que se establezca por defecto para de esta manera continuar y finalizar el procedimiento de cálculo y fijación de tarifa. (…)*” (El subrayado no es del original, OT-390-2004: folio 407).

FIGURA 1.3 DIAGRAMA DE FLUJO PARA EL PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DEL MODELO TARIFARIO



” (OT-390-2004: folio 408).

Sobre esa base, el MTAXI permite emplear, en una misma fijación tarifaria, insumos de 2015 con indicadores operativos correspondientes a resultados de estudios de mercado de fecha previa.

En cuanto a los cambios en las condiciones operativas de la prestación del servicio de taxi, si bien la recurrente señaló la existencia de estos cambios, no aportó documentación que respalde su afirmación. Aún y cuando, el Por Tanto I. Capítulo 2. 5 inciso u) de la resolución RRG-4199-

2004 (MTAXI), posibilita a los operadores del servicio, realizar los estudios de mercado para actualizar los parámetros operativos, indicadores de servicio y costos de la actividad, cumpliendo con los requisitos establecidos en el citado modelo.

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

1.1.5. Análisis del ETAXI: punto 1.4 (folio 486).

La recurrente indicó que es responsabilidad de Aresep conocer y poner en práctica el concepto teórico de modelo tarifario y que al modelo se le "(...) deben ingresar todos los valores ciertos o muy aproximados a la realidad, ya se mostrará el efecto de mezclar datos de 2004 con datos de 2015. (...)" (folio 486).

Al respecto se le indica a la recurrente que, efectivamente, esta Autoridad Reguladora, conoce el MTAXI en su integralidad y a su vez lo pone en práctica.

Ahora, en cuanto a la mezcla datos de 2004 con datos de 2015, se remite a lo desarrollado previamente en el punto 1.1.4.

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

1.1.6. Análisis del ETAXI: punto 1.5 (folios 486 a 489).

En este punto, la recurrente manifiesta su inconformidad con respecto a los valores máximos y mínimos que contemplan el MTAXI, afirmando "(...) Los valores mínimos y máximos violan el principio de servicio al costo, porque anteponen valores ajenos a la realidad. (...) El propósito que cumplen en la realidad estos mínimos y máximos es crear una distorsión económica, anteponer sus valores al extraído de la realidad, haciendo a un lado el principio de servicio al costo. (...)" (folios 487 y 488).

Sobre este tema, como lo argumentado versa sobre inconformidades de la recurrente en cuanto al modelo vigente (RRG-4199-2004), se indica que la resolución impugnada corresponde a una aplicación del MTAXI, no a una modificación a la misma, por lo que este argumento no procede como parte del recurso de apelación contra la resolución 147-RIT-2015.

Desde este punto de análisis, considera este órgano asesor que lo argumentado es improcedente.

1.2. Análisis del ETAXI: punto 2, "Consecuencias de los datos incorporados en la Tarifa Ordinaria 2015" (folios 489 a 492).

En este apartado del ETAXI, la recurrente calculó la tarifa de interés bajo dos escenarios. Un caso corresponde al cambio de los precios de los combustibles y el otro caso corresponde al cambio de los parámetros operativos. Lo anterior tuvo la finalidad de mostrar los posibles efectos de "(...) la utilización de parámetros de una realidad de 2004, y de los cuales hay una probabilidad de que no sean iguales a los de 2015 o 2016, no hay estudios que demuestren lo contrario. (...)" (folio

491) y cuantificar "(...) una posible afectación al interés de los prestadores del servicio y sus familias, con la desviación de los valores de las tarifas, las cuales no cumplen con el servicio al costo. (...)" (folio 492).

En cuanto al anterior planteamiento, se le indica a la recurrente que su argumento se centra en plantear, más no demostrar, una "posible afectación a los prestadores del servicio", a la vez que ella misma afirmó que no hay estudios para demostrar si los parámetros operativos han variado con el transcurso de los años. Por lo tanto, su fundamentación resulta insuficiente, además que no aportó prueba idónea que pudiera ser valorada y ponderada por este órgano asesor, en los términos que señalan los artículos 285, 293.2, 297 incisos 2 y 3 de la LGAP y supletoriamente el 317 del Código Procesal Civil.

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

1.3. Análisis de ETAXI: punto 3, "Posible solución" (folios 476, 491 a 492).

La recurrente brindó una propuesta de solución al problema, indicó que inmediatamente debe realizarse el estudio para definir lo siguiente: número promedio de viajes por día, kilómetros diarios en que el taxi es utilizado y porcentaje de kilómetro improductivo; factores que, a su criterio, tienen el mayor impacto en la tarifa.

También propuso: "(...) Se deben modificar los mínimos y máximos, y el valor que se use o que "rija" sea el promedio ponderado, la estimación estadística del parámetro de la población. Esto cumple con el principio de servicio al costo, ya que determina el costo promedio. (...)" (folio 492).

Respecto a la actualización de factores, para mayor abundamiento se remite a lo resulto mediante la resolución RIT-084-2016 (que resolvió el recurso de revocatoria):

"En relación a la solicitud de la recurrente de realizar un estudio de mercado para definir algunos parámetros de operación, se debe informar que mediante el oficio 1444-IT-2015/104559 del 6 de octubre de 2015, se dio la orden de inicio de la contratación 2015-CD-000071-ARESEP, denominada "Contratación de servicios profesionales con la Universidad de Costa Rica e Instituto de Investigaciones Económicas (IICE) para la elaboración de un estudio de mercado, la actualización y determinación de los valores de los parámetros operativos e indicadores de rendimiento del servicio de transporte remunerado de personas, modalidad taxi". Esta contratación tiene como objetivo general, la realización de un estudio de mercado del servicio de transporte remunerado de personas, modalidad taxi que se brinda en todo el país, según las distintas condiciones de prestación del mismo, que permitan actualizar y determinar los valores máximos y mínimos de los parámetros operativos y los indicadores del servicio de taxi regulado, como insumo para el análisis del modelo tarifario vigente. (...)

Como puede observarse, previo a la recomendación formulada por la recurrente a la Aresep de realizar un estudio de mercado para la definición de los parámetros operativos para el servicio de taxi, la Intendencia de Transporte desde el mes de octubre de 2015 ya había iniciado con la contratación de un estudio de mercado, mediante el cual se busca la actualización de los parámetros operativos, así como de los indicadores de rendimiento

que incidirán en los valores máximos y mínimos propios de una empresa representativa del sector.” (folios 635, 636 y 637).

En cuanto a la modificación de los mínimos y máximos, como lo argumentado versa sobre inconformidades de la recurrente en cuanto al modelo vigente (RRG-4199-2004), se reitera que la resolución impugnada corresponde a una aplicación del modelo vigente, no a una modificación a la misma, por lo que este argumento no procede como parte del recurso de apelación contra la resolución 147-RIT-2015.

Desde este punto de análisis, considera este órgano asesor que lo argumentado es improcedente.

- 2. No se publicó el oficio 1640-IT-2015, el cual es la principal fundamentación de la resolución recurrida, el utilizar el oficio de forma selectiva y parcial en la resolución hace que se pierda la unidad del acto, haciendo nugatorio el derecho de defensa y que la comunicación surta los efectos deseados (folios 476 y 477).**

Sobre este argumento, la resolución RIT-084-2016, que resolvió el recurso de revocatoria, indicó:

“Al respecto debe indicarse que el informe que sirvió de fundamento para el dictado de la resolución atacada, fue incorporado de manera íntegra (literal) en la resolución objeto de este recurso y se incorporó como en debido proceso corresponde al expediente administrativo.

Aunado a lo antes indicado, debe tenerse en consideración que de conformidad con lo establecido en el artículo 303 de la Ley General de la Administración Pública, los dictámenes son facultativos no vinculantes, es decir, el carácter de no vinculante del dictamen 1640-DITRA-2015/108392, significa que el superior jerárquico puede apartarse de este, y si así hubiera ocurrido (lo que no ocurrió en el presente caso), el superior debía justificar el por qué se apartaba del criterio técnico, y fundamentar su decisión final. Prueba de lo aquí indicado es el Considerando Uno de la resolución recurrida, en la cual se echa mano expresamente del informe técnico supra citado.

El artículo 136 de la LGAP indica en el sub inciso a) del inciso 1) que serán motivados, con mención sucinta al menos de sus fundamentos, los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos. La resolución atacada indica de manera expresa los fundamentos de hecho y derecho que llevaron a la administración a resolver en la forma conocida por la Federación.

Por su parte, el inciso 2) del citado artículo 136 sí condiciona a que se adjunte copia del informe o dictamen en aquellos casos en los que solamente se haga referencia explícita del informe o dictamen que propició la adopción del acto, caso contrario no tendría el administrado acceso al contenido del informe que fundamentó el acto.

Como ya se dijo líneas arriba, en el caso concreto no estamos ante lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 136 ya mencionado, por cuanto la resolución 147-RIT-2015, no se limita a referenciar un informe, sino más bien, transcribe en su literalidad el oficio 1640-DITRA-

2011/108392, razón por la cual el supuesto aplicable en este caso, es el sub inciso a) del inciso 1) del ya citado artículo 136.” (El subrayado es del original, folios 637 y 638).

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 la resolución recurrida no se configura dentro del supuesto del inciso 2) del artículo 136 de la LGAP, en razón de que en la resolución 147-RIT-2015, no se está referenciando en el informe (en este caso el oficio 1640-IT-2015), sino que, se está haciendo una transcripción literal de dicho oficio, que se considera que va más allá 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.

En todo caso, tenga presente la recurrente, que el oficio 1640-IT-2015, se encuentra en el expediente administrativo, a folios 365 a 425, y puede tener acceso a él, en todo momento.

Desde este punto de análisis, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente.

3. En el Por Tanto II de la resolución recurrida, la IT se extralimita en sus funciones y ordena el cumplimiento de resoluciones de la Sala Constitucional (folio 477).

Sobre este argumento, la resolución RIT-084-2016 (que resolvió el recurso de revocatoria), indicó:

“Como se puede observar no lleva razón la recurrente cuando manifestó en su escrito que: “Dicho voto debe ser analizado a la luz de la Ley 7600, a los porcentajes dispuestos para los Taxis, y sobre todo teniendo claro que se habla de las facilidades que deben tenerse en el transporte **a larga distancia**, y no de forma directa a los Taxis...”, en este caso refiriéndose al voto 2014-020146. La Sala Constitucional fue explícita al referirse a que todos los taxis deben contar con sus taxímetros audibles para facilitar el acceso a los no videntes.

Ahora bien, debe tenerse en consideración que independientemente de las disposiciones de Sala Constitucional en relación a los taxímetros audibles, sea un porcentaje o la totalidad de los taxis los que cuenten con el mismo, la Intendencia de Transporte reconoce dentro de la tarifa el costo de dicho instrumento de medición. Así las cosas, cualquier argumentación relativa a la obligatoriedad o no de disponer de taxímetros audibles en el

servicio taxi carece de interés siendo que su costo está siendo reconocido en las tarifas vigentes, no justificándose la no implementación de dicha facilidad en el servicio.” (Destacado y subrayado es del original, folio 644).

Aunado a lo anterior, debe indicarse que esta administración se encuentra compelida bajo el poder vinculante de una resolución judicial, caso contrario podría atenerse a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley N° 7135, el cual a la letra indica:

“Artículo 71. Se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo o de hábeas corpus, y no la cumpliere o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado.”

Respecto a este artículo, la Procuraduría General de la República, en el Dictamen C-131-2015 del 3 de junio de 2015, indicó:

“(…)

Existe un deber de todo sujeto del ordenamiento de respetar las decisiones judiciales firmes. Un deber que se impone a la Administración Pública al igual que ocurre con los particulares. Ese deber implica la correcta ejecución de lo resuelto. Ejecución que solo puede ser discutida en el proceso correspondiente. La Administración carece de competencia para decidir si ejecuta o no una sentencia que le afecta. Su cuestionamiento sobre la sentencia no puede sino darse en el proceso correspondiente. Lo que significa que una vez que la sentencia ha sido dictada y se encuentra firme, se le impone y debe ejecutarla. La ejecución no puede quedar a la valoración de la parte sobre la regularidad de la sentencia. Sobre este tema cabe citar a don Eduardo Ortiz Ortiz, al afirmar:

“Es necesario advertir que la sentencia arbitraria, dictada con violación notoria del derecho, es también inimpugnable y definitiva cuando recae en un juicio ordinario, no obstante dicha ilegalidad, porque así lo exige el instituto de la cosa juzgada material, para garantía de la seguridad jurídica...” E, ORTIZ ORTIZ: Tesis de Derecho Administrativo, I, Editorial Stradtman, 2002, p. 53.

Resulta claro, por demás, que si la sentencia es inimpugnable el reconocer a la Administración un poder de decidir si la ejecuta o no, partiendo de que es arbitraria, implicaría reconocerle un poder de controlar la actuación jurisdiccional. Pero ese control solo puede ocurrir en el ámbito de la función jurisdiccional, jamás a través del ejercicio de potestades administrativas. Lo contrario implicaría una flagrante violación a la separación de funciones y, consecuentemente, al principio democrático”.

De lo anterior, se desprende que la correcta ejecución de lo resuelto por la Sala Constitucional en el voto 2014-020146, es un deber que se impone tanto a la Administración Pública como a los administrados. El deber impuesto por la Sala Constitucional, se manifestó en el Por Tanto II de la resolución recurrida, por lo que, en caso de que la recurrente se encuentre disconforme con lo ordenado por la Sala Constitucional en dicho voto, se le indica que esta no es la instancia competente para analizar dichos argumentos.

En todo caso, revisada la resolución recurrida, a folio 546 se indica “Para la actualización del precio del taxímetro se consideraron aquellos que cuentan tanto con impresora como con dispositivo audible”, por lo cual la fijación tarifaria realizada mediante la resolución recurrida contempla el costo de este tipo de dispositivo.

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

V. ANÁLISIS POR EL FONDO DE LA GESTIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA

La recurrente señaló, que la resolución recurrida se encuentra viciada de nulidad absoluta por contener un elemento externo, sean las “marías parlantes”, con lo cual se está distorsionando el modelo ordinario para la fijación.

Respecto a este punto, la resolución RIT-084-2016 (que resolvió el recurso de revocatoria), indicó:

“(…)

Fenacootaxi solicita la nulidad de la resolución 147-RIT-2015, ya que considera que la orden de la Sala Constitucional de que todos los taxis contengan taxímetros audibles distorsiona el modelo tarifario.

La metodología tarifaria en su Capítulo 1, punto 5, inciso c), señala:

“(…)

5. Empresa Representativa: *Entidad definida como representativa de todas las que operan en el transporte remunerado de personas, modalidad taxis y cuya estructura productiva modelo sirve de base para los cálculos tarifarios y cuenta con los siguientes rasgos generales:*

(…)

c. Equipo

(…)

El taxímetro debe tener como mínimo un sistema de impresión o recibo por el importe a pagar, en donde se indique las principales características de los servicios suministrados. (...)

Conforme se puede apreciar, la metodología tarifaria establece condiciones mínimas para los taxímetros, más no máximos que limiten la incorporación de nuevos dispositivos, como el ordenado por la Sala Constitucional en las sentencias ya mencionadas, en cuanto a la incorporación de taxímetros audibles en todas las unidades prestadoras del servicio de taxi, para facilitar el acceso del mismo a las personas no videntes. Por otra parte, tratándose de un costo para los prestadores la adquisición de estos dispositivos, por medio

de la resolución recurrida se les aseguró en el monto de la tarifa los recursos necesarios para asumir dicho costo.

En virtud de lo antes expuesto, la parte recurrente no lleva razón en lo que argumenta, ya que la resolución 147-RIT-2015 que impugna, no es un acto administrativo nulo, porque contiene todos los elementos formales y sustanciales del acto (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la Ley General de la Administración Pública (...)" (Folios 644 a 645).

Concuerda esta asesoría con lo indicado por la IT, el método establece condiciones mínimas para los taxímetros pero no máximos, por cuanto no es posible determinar los avances que puedan darse en la tecnología de los taxímetros, por lo que sería contraproducente limitar las características que deban poseer dichos instrumentos.

Además, 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 no contiene un vicio en los elementos motivo y contenido del acto, como lo alegó la recurrente. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que la misma sea nula.

VI. 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 Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L., contra la resolución 147-RIT-2015, resultan admisibles, por haber sido presentados en tiempo y forma.*
- 2. Desde el punto de vista formal, el incidente de suspensión de la resolución 147-RIT-2015, resulta inadmisibile, por no demostrarse la confluencia de los presupuestos legales necesarios para su adopción.*
- 3. La Aresep, los operadores del servicio, las organizaciones de consumidores legalmente constituidas o cualquier entidad pública con facultades, son quienes tienen la posibilidad, con potestad discrecional -no imperativa-, de realizar o no los estudios de mercado que se empleen para actualizar los parámetros operativos.*
- 4. El "Modelo de Regulación Económica del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Taxi" no dispone que Aresep debe actuar de oficio, realizando los estudios de mercado, cada vez que se modifiquen las condiciones operativas.*

5. *La resolución impugnada, corresponde a una aplicación del modelo vigente (RRG-4199-2004), “Modelo de Regulación Económica del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Taxi” y no a una modificación del mismo, por lo que las inconformidades con respecto al modelo vigente, resultan improcedentes.*
 6. *Según el artículo 30 de la ley 7593, para los prestadores es imperativo presentar, al menos una vez cada año, un estudio tarifario; y la Aresep puede, con carácter facultativo, de oficio, iniciar el trámite de las fijaciones tarifarias.*
 7. *El “Modelo de Regulación Económica del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Taxi” no impide emplear, en una misma fijación tarifaria, insumos de 2015 con indicadores operativos correspondientes a resultados de estudios de mercado de fecha previa.*
 8. *No consta en autos los elementos probatorios correspondientes a lo señalado con respecto a las condiciones operativas de la prestación del servicio de taxi, ni a la posible afectación al interés de los prestadores del servicio.*
 9. *La resolución recurrida no se configura dentro del supuesto del inciso 2) del artículo 136 de la LGAP, en razón de que en la resolución 147-RIT-2015, no se está referenciando el oficio 1640-IT-2015, sino que, se está haciendo una transcripción literal del mismo.*
 10. *El deber impuesto por la Sala Constitucional en el voto 2014-020146 es un deber que se impone tanto a la Administración Pública como a los administrados, por lo que Aresep no es la instancia competente para analizar la inconformidad de la recurrente respecto a lo resuelto en dicho voto.*
 11. *La resolución recurrida indicó que “Para la actualización del precio del taxímetro se consideraron aquellos que cuentan tanto con impresora como con dispositivo audible”, por lo cual esta fijación tarifaria contempla el costo de este tipo de dispositivo.*
 12. *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 no contiene un vicio en los elementos motivo y contenido del acto, como lo alegó la recurrente. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que la misma sea nula.*
- (...)”
- II. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar sin lugar, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L., contra la resolución 147-RIT-2015, **2.-** Rechazar por improcedente, la gestión de suspensión del acto administrativo, interpuesta por la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L. contra la resolución 147-RIT-2015, **3.-** Agotar la vía administrativa, **4.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **5.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.

- III. Que en la sesión extraordinaria 62-2016, del 12 de diciembre de 2016, cuya acta fue ratificada el 19 de diciembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 815-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:

ACUERDO 08-62-2016

1. Declarar sin lugar, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L., contra la resolución 147-RIT-2015.
2. Rechazar por improcedente, la gestión de suspensión del acto administrativo, interpuesta por la Federación Nacional de Cooperativas de Taxi R.L. contra la resolución 147-RIT-2015.
3. Agotar la vía administrativa.
4. Notificar a las partes, la presente resolución.
5. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ARTÍCULO 10. Solicitud de suspensión de los efectos del acto, recurso de revisión y gestión de nulidad, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra las resoluciones RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015 y RJD-222-2015 del 8 de octubre de 2015. Expediente OT-300-2014.

La Junta Directiva conoce el oficio 879-DGAJR-2016 del 23 de setiembre de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno a la solicitud de suspensión de los efectos del acto, recurso de revisión y gestión de nulidad, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra las resoluciones RJD-072-2015 y RJD-222-2015.

La señora **Carol Solano Durán** 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 en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 879-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

RESULTANDO:

- I. Que el 23 de abril de 2015, mediante la resolución RJD-072-2015, la Junta Directiva, luego de seguir con el procedimiento establecido en la Ley 7593, resolvió –entre otras cosas-: ***I. Aprobar la norma técnica regulatoria denominada “Supervisión de la comercialización del suministro eléctrico en baja y media tensión” AR-NT-SUCOM (...)***. Dicha resolución, fue publicada el 5 de mayo de 2015, en el Alcance Digital N° 31 a la Gaceta N° 85. (Folios 1226 a 1267, 1308 a 1356, 1361 a 1380, y 1386).
- II. Que el 16 de junio de 2015, mediante el oficio 434-SJD-2015, la Secretaría de Junta Directiva, , remitió a diferentes dependencias de Aresep el acuerdo 09-23-2015 del acta de la sesión ordinaria 23-2015 del 28 de mayo de 2015 y ratificada el 4 de junio de 2015, mediante el cual la Junta Directiva acordó someter al proceso de audiencia pública, la propuesta de modificación de los artículos 8, 10, 15, 21, 23, 26, 28, 30, 32, 37, 38, 39, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 51, 52, 57, 65, 66, 68, 123 y 124 de la norma técnica AR-NT-SUCOM. (Folios del 1645 a 1656).
- III. Que el 30 de junio de 2015, se publicó en los diarios Extra, La Nación y en La Gaceta N° 125, la convocatoria a audiencia pública para conocer la propuesta de modificación a la norma técnica AR-NT-SUCOM, señalada en el punto anterior. (Folios 1667 y 1668).
- IV. Que el 21 de setiembre de 2015, mediante la resolución RJD-208-2015, la Junta Directiva resolvió –entre otras cosas-: ***I. Aprobar la modificación de los artículos 8, 10, 15, 21, 23, 26, 28, 30, 32, 37, 38, 39, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 51, 52, 57, 65, 66, 68, 123 y 124 de la norma técnica denominada “Supervisión de la comercialización del suministro eléctrico en baja y media tensión” AR-NT-SUCOM (...)***. Dicha resolución, fue publicada en el Alcance Digital N°74 a la Gaceta N° 188 del 28 de setiembre de 2015. (Folios 1965 a 1991).
- V. Que el 8 de octubre de 2015, mediante la resolución RJD-222-2015, la Junta Directiva resolvió –entre otras cosas-: ***I. Declarar la nulidad parcial de la resolución RJD-072-2015 mediante la cual se aprobó la norma técnica denominada: “Supervisión de la comercialización del suministro eléctrico en baja y media tensión” AR-NT-SUCOM, en cuanto a los artículos 37, 28, 40, 44, 45, 46, 47, 51, 52 y 58. El artículo 37, en el sentido específico de que, no incluyó un plazo ni una sanción al abonado referente a la reubicación de los conductores de acometida. En cuanto a los artículos 28, 40, 44, 45, 46, 47, 51, 52 y 58, en el sentido específico, de que se establecen asuntos relativos a la facturación, depósito en garantía y pago o cobro del servicio, contra el abonado o usuario, siendo que, tales obligaciones corresponden exclusivamente al abonado. II. Retrotraer el procedimiento a la etapa procesal oportuna, es decir a la elaboración de la norma técnica denominada: “Supervisión de la comercialización del suministro eléctrico en baja y media tensión” AR-NT-SUCOM, para que la Comisión Ad Hoc presente a la Junta Directiva, una propuesta de modificación a éste, en la cual deberá considerar lo señalado en esta resolución (...)***. Dicha resolución, fue publicada en el Alcance Digital N° 102 a la Gaceta N° 231 del 27 de noviembre de 2015. (Folios 2032 a 2145).
- VI. Que el 24 de junio de 2016, se le notificó a la Aresep el auto de las 9:06 horas del 20 de junio de 2016, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente judicial 16-006209-0007-CO, mediante el cual, se dio curso a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación Cámara Costarricense de la Construcción, para que se declare inconstitucional el Capítulo XIII denominado ***“Consideraciones para el Suministro Eléctrico en Condominios”***, de la Norma Técnica Regulatoria AR-NT-SUCOM para la ***“Supervisión de la***

Comercialización del Suministro Eléctrico en baja y media tensión”, aprobada por la Junta Directiva de Aresep mediante resolución RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015. Estima la accionante, que dicho capítulo es contrario a los artículos 28, 33, 45 y 46 de la Constitución Política, 4º de la Ley General de Administración Pública y a los principios constitucionales del servicio público (...). (Folios 2307 a 2327).

- VII. Que el 14 de julio de 2016, el Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante ICE) inconforme con lo resuelto, interpuso solicitud de suspensión de los efectos del acto, recurso de revisión y gestión de nulidad contra las resoluciones RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015 y RJD-222-2015 del 8 octubre de 2015. (Folios 2329 a 2342).
- VIII. Que el 14 de julio de 2016, mediante el oficio 515-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (en adelante DGAJR) para su análisis, el recurso de revisión interpuesto por el ICE contra las resoluciones RJD-072-2015 y RJD-222-2015. (Folio 2343).
- IX. Que el 23 de setiembre de 2016, la DGAJR mediante el oficio 879-DGAJR-2016, rindió el criterio sobre la solicitud de suspensión de los efectos del acto, recurso de revisión y gestión de nulidad, interpuestos por el ICE contra las resoluciones RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015 y RJD-222-2015 del 8 octubre de 2015. (Correrá agregado a los autos).
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 879-DGAJR-2016 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]

III. ANÁLISIS CON BASE EN EL AUTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DICTADO A LAS 9:06 HORAS DEL 20 DE JUNIO DE 2016.

De los argumentos del recurrente, se desprende que la solicitud de suspensión de los efectos del acto, el recurso de revisión y la gestión de nulidad interpuestos contra las resoluciones RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015 y RJD-222-2015 del 8 octubre de 2015, versan sobre la inconformidad con lo establecido por la Aresep en el Capítulo XIII denominado “Consideraciones para el Suministro Eléctrico en Condominios”, el cual contempla los artículos del 111 al 120 de la norma técnica AR-NT-SUCOM.

En ese sentido, cabe indicar que el 24 de junio de 2016, se le notificó a la Autoridad Reguladora el auto de las 09:06 horas del 20 de junio de 2016, dictado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente judicial 16-006209-0007-CO, mediante el cual se dio curso a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación Cámara Costarricense de la Construcción, para que se declare inconstitucional el Capítulo XIII denominado

“Consideraciones para el Suministro Eléctrico en Condominios”, de la Norma Técnica Regulatoria AR-NT-SUCOM para la “Supervisión de la Comercialización del Suministro Eléctrico en baja y media tensión”, aprobada por la Junta Directiva de Aresep mediante resolución RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015. Estima la accionante, que dicho capítulo es contrario a los artículos 28, 33, 45 y 46 de la Constitución Política, 4º de la Ley General de Administración Pública y a los principios constitucionales del servicio público (...).”

Se agrega en dicho auto: “Publíquese por tres veces consecutivas un aviso en el Boletín Judicial sobre la interposición de la acción, para que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de lo cuestionado, no se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho pronunciamiento del caso. Este aviso sólo afecta los procesos judiciales pendientes en los cuales se discuta la aplicación de lo impugnado y se advierte que lo único que no puede hacerse en dichos procesos, es dictar sentencia o bien, el acto en que haya de aplicarse lo cuestionado en el sentido en que lo ha sido. Igualmente lo único que la acción suspende en vía administrativa es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendentes a agotar esa vía, que son los que se inician con y a partir del recurso de alzada o de reposición interpuestos contra el acto final, salvo claro está, que se trate de normas que deben aplicarse durante la tramitación, en cuyo caso la suspensión opera inmediatamente (...).”

Con fundamento en lo anterior, considera éste órgano asesor que siendo que la resolución RJD-072-2015 fue impugnada mediante una acción de inconstitucionalidad y que la resolución RJD-222-2015 anuló parcialmente la resolución RJD-072-2015, dicha situación provoca que se debe mantener suspendido el conocimiento de la solicitud de suspensión de los efectos del acto, el recurso de revisión y la gestión de nulidad interpuestos por el ICE contra las resoluciones RJD-072-2015 y RJD-222-2015, hasta tanto no se resuelva la acción de inconstitucionalidad aquí indicada, en acatamiento de lo dispuesto por la Sala Constitucional en el auto de las 09:06 horas del 20 de junio de 2016.

Finalmente, cabe indicar que el tema de fondo en esa acción de inconstitucionalidad versa sobre el Capítulo XIII denominado “Consideraciones para el Suministro Eléctrico en Condominios”, de la Norma Técnica Regulatoria AR-NT-SUCOM. Dicho capítulo, contempla los artículos del 111 al 120 de la citada norma –los que están siendo impugnados por el ICE en las gestiones aquí presentadas-, lo que necesaria e ineludiblemente impide a la Autoridad Reguladora resolver dichas gestiones.

[..]”

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1.- Suspender el conocimiento de la solicitud de suspensión de los efectos del acto, el recurso de revisión y la gestión de nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad contra las resoluciones RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015 y RJD-222-2015 del 8 de octubre de 2015, hasta tanto no se resuelva la acción de inconstitucionalidad planteada por la Asociación Cámara Costarricense de la Construcción, para que se declare inconstitucional el Capítulo XIII denominado “Consideraciones para el

Suministro Eléctrico en Condominios”, de la Norma Técnica Regulatoria AR-NT-SUCOM para la “*Supervisión de la Comercialización del Suministro Eléctrico en baja y media tensión*”, tramitado dentro del expediente 16-006209-0007-CO de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. **2.-** Instruir a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para que una vez que la Autoridad Reguladora sea notificada de la resolución de la acción de inconstitucionalidad planteada por la Asociación Cámara Costarricense de la Construcción, contra el Capítulo XIII denominado “Consideraciones para el Suministro Eléctrico en Condominios”, de la Norma Técnica Regulatoria AR-NT-SUCOM para la “Supervisión de la Comercialización del Suministro Eléctrico en baja y media tensión”, tramitado dentro del expediente 16-006209-0007-CO de la Sala Constitucional, proceda a emitir criterio sobre las gestiones planteadas por el Instituto Costarricense de Electricidad contra las resoluciones RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015 y RJD-222-2015 del 8 octubre de 2015. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para lo que corresponda, tal y como se dispone.

- II.** Que en la sesión extraordinaria 62-2016, del 12 de diciembre de 2016, cuya acta fue ratificada el 19 de diciembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 879-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:

ACUERDO 09-62-2016

- 1.** Suspender el conocimiento de la solicitud de suspensión de los efectos del acto, el recurso de revisión y la gestión de nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad contra las resoluciones RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015 y RJD-222-2015 del 8 de octubre de 2015, hasta tanto no se resuelva la acción de inconstitucionalidad planteada por la Asociación Cámara Costarricense de la Construcción, para que se declare inconstitucional el Capítulo XIII denominado “Consideraciones para el Suministro Eléctrico en Condominios”, de la Norma Técnica Regulatoria AR-NT-SUCOM para la “Supervisión de la Comercialización del Suministro Eléctrico en baja y media tensión”, tramitado dentro del expediente 16-006209-0007-CO de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
- 2.** Instruir a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para que una vez que la Autoridad Reguladora sea notificada de la resolución de la acción de inconstitucionalidad planteada por la Asociación Cámara Costarricense de la Construcción, contra el Capítulo XIII denominado “Consideraciones para el Suministro Eléctrico en Condominios”, de la Norma Técnica Regulatoria AR-NT-SUCOM para la “Supervisión de la Comercialización del Suministro Eléctrico en baja y media tensión”, tramitado dentro del expediente 16-006209-0007-CO de la Sala Constitucional, proceda a emitir criterio sobre las gestiones planteadas por el Instituto Costarricense de Electricidad contra las resoluciones RJD-072-2015 del 23 de abril de 2015 y RJD-222-2015 del 8 octubre de 2015.

3. Notificar a las partes, la presente resolución.
4. Trasladar el expediente a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 11. Recurso de apelación interpuesto por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., contra la resolución RIT-032-2016 del 4 de marzo de 2016. Expediente ET-047-2016.

La Junta Directiva conoce el oficio 915-DGAJR-2016 del 6 de octubre de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., contra la resolución RIT-032-2016.

La señora **Carol Solano Durán** 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 en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 915-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

RESULTANDO:

- I. Que el 28 de mayo de 2015, Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., presentó ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (en adelante Aresep), solicitud de incremento tarifario para la ruta 441 (folios 1 a 78).
- II. Que el 2 de junio de 2015, mediante el oficio 790-IT-2016/90989, la Intendencia de Transporte (en adelante IT), le previno a Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., aportar la información faltante para resolver el estudio tarifario en la ruta 441, en el plazo de 10 días hábiles (folios 82 a 84).
- III. Que el 8 de julio de 2015, mediante la resolución 092-RIT-2015, la IT, entre otras cosas, rechazó *ad portas* la solicitud de ajuste tarifario presentada por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., por no cumplir con los requisitos de admisibilidad contemplados en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593) y en la resolución RRG-6570-2007, publicada en La Gaceta N° 108 del 6 de junio de 2007 (folios 179 a 189).
- IV. Que el 27 de julio de 2015, Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., inconforme con lo resuelto, presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra la resolución 092-RIT-2015 (folios 164 a 176).
- V. Que el 29 de octubre de 2015, mediante la resolución 133-RIT-2015, la IT, resolvió, revocar la resolución 092-RIT-2015, por haberse detectado nuevos hechos en cuanto al título habilitante de la permisionaria de la ruta 441, operada por la empresa Servicio Interurbano CS Río Frío S.A.; asimismo, ordenó retrotraer el procedimiento a la etapa de admisibilidad (folios 199 a 215).

- VI. Que el 28 de enero de 2016, mediante el oficio 151-IT-2016, la IT, en cumplimiento del Por tanto I de la resolución 133-RIT-2015, le solicitó a Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., actualizar la petición tarifaria para la ruta 441, en el plazo de 5 días hábiles (folios 297 a 299).
- VII. Que el 1 de febrero de 2016, Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., presentó la actualización de la petición tarifaria para la ruta 441 (folios 216 a 296).
- VIII. Que el 6 de febrero de 2016, mediante el oficio 256-IT-2016/114688, la IT, le previno a Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., aportar la información faltante para resolver el estudio tarifario en la ruta 441, en el plazo de 10 días hábiles (folios 310 a 315).
- IX. Que el 17 de febrero de 2016, Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., solicitó ampliación del plazo de 10 días hábiles, para poder cumplir con la presentación de los mapas y actas de medición elaborados por el Consejo de Transporte Público (CTP) (folios 323 a 324).
- X. Que el 22 de febrero de 2016, Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., presentó una serie de información, con el fin de cumplir lo prevenido por la IT, en el oficio 256-IT-2016/114688 (folios 326 a 356).
- XI. Que el 4 de marzo de 2016, mediante la resolución RIT-032-2016, la IT, entre otras cosas, rechazó *ad portas*, la solicitud de incremento tarifario para la ruta 441 (folios 396 a 405).
- XII. Que el 11 de marzo de 2016, Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra la resolución RIT-032-2016 (folios 376 a 395).
- XIII. Que el 14 de junio de 2016, mediante la resolución RIT-078-2016, la IT, entre otras cosas, rechazó el recurso de revocatoria interpuesto por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., contra la resolución RIT-032-2016, y emplazó a las partes a hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folios 468 a 512).
- XIV. Que no consta en autos, que la recurrente haya respondido el emplazamiento conferido.
- XV. Que el 22 de junio de 2016, mediante el oficio 1032-IT-2016, la IT, rindió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP (folios 464 a 467).
- XVI. Que el 24 de junio de 2016, mediante el memorando 468-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (en adelante DGAJR), el recurso de apelación interpuesto por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., contra la resolución RIT-032-2016 (folio 513).
- XVII. Que el 6 de octubre de 2016, mediante el oficio 915-DGAJR-2016, la DGAJR, rindió criterio sobre el recurso de apelación, interpuesto por Servicio Interurbano CS Río Frío, contra la resolución RIT-032-2016 (correrá agregado a los autos).
- XVIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 915-DGAJR-2016 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. NATURALEZA

El recurso interpuesto contra la resolución RIT-032-2016, es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

2. TEMPORALIDAD

Conforme a los artículos 140, 141, 240 inciso 1), 255, 256 y 346 inciso 1) de la LGAP, la parte recurrente debe interponer los recursos ordinarios dentro del término de tres días hábiles, contados a partir de la comunicación del acto administrativo.

La resolución recurrida -RIT-032-2016-, le fue notificada a Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., el 8 de marzo de 2016 (folio 405), y por su parte, la recurrente interpuso el recurso de revocatoria con apelación en subsidio, el 11 de marzo de 2016 (folio 376). A partir de lo anterior, el plazo de 3 días hábiles para interponer los recursos ordinarios, venció el 11 de marzo de 2016, por lo tanto, este recurso se presentó en tiempo.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación, cabe indicar que Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., está legitimado para impugnar -en la forma en la que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 275 de la LGAP.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Rolando Cordero González, actúa en su condición de Apoderado Generalísimo de Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., según se desprende de la certificación visible a folios 89 a 90 y 335, por lo que se encuentra facultado para actuar en nombre de la recurrente.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO.

1. Constitución de compromiso:

Alegó la recurrente, que la formalidad y fundamento de la petitoria tarifaria, quedó enmarcada en la solicitud presentada en mayo del 2015, en la cual se presentó toda la documentación exigida y fue

cuestionada, únicamente, por la confusión de tener o no, el refrendo de la Aresep.

En ese mismo sentido, indicó la recurrente, que el proceso sufrió un retardo por anomalías de registro y archivo en el expediente por parte de la Aresep y se le rechazó la gestión tarifaria, sin una base legal.

Alegó la recurrente, que la IT, incurrió en un error de concepto, al retrotraer el proceso a la etapa de admisibilidad, ya que se debía continuar el proceso con base en todos los documentos presentados en mayo de 2015.

Asimismo, señaló la recurrente, que se aportó el estudio económico financiero, elaborado y firmado por un Contador Público.

Además, arguyó la recurrente que "(...) no tengo que volver a hacer un estudio nuevo, sino actualizar los datos al modelo vigente, que más bien favorecerme, me causa un perjuicio económico, porque perdí valores en la inversión y costos, de ahí que mi tarifa se disminuyera.

No fue mi responsabilidad, atrasar el estudio y la expresión retrotraer a la etapa de admisibilidad, no significa que debe presentarse el estudio total y completamente nuevo (...)" (Folio 377).

En resumen, la recurrente alegó en lo medular, que es un error retrotraer el procedimiento a la etapa de admisibilidad, ya que se debía continuar el proceso, con base a mayo de 2015 (momento en que inició la solicitud tarifaria), además, argumentó, que únicamente se le cuestionó, por la confusión de tener o no refrendo de la Aresep (se le rechazó la petición sin una base legal), y por último, consideró que la Aresep tuvo un retraso para resolver el procedimiento tarifario.

A partir de lo anterior, entiende esta asesoría, que parte de lo que cuestiona la recurrente, es la resolución RIT-133-2015, que revocó la resolución 092-RIT-2015 y dispuso "retrotraer" el procedimiento a la etapa de admisibilidad.

Este aspecto merece dos focos de análisis. En primer lugar, considera esta asesoría, que si el recurrente pretendía impugnar la resolución RIT-133-2015, debió utilizar los remedios procesales (recursos ordinarios), en el plazo dispuesto en la LGAP, para combatir esa resolución, tal y cómo lo dispuso expresamente ese acto administrativo (folio 209), sin que conste en el expediente, que haya interpuesto los recursos ordinarios contra ese acto. Por ende, las disconformidades que plantea la recurrente, contra lo dispuesto en la resolución RIT-133-2015, resultan improcedentes.

En segundo lugar, conviene analizar la naturaleza jurídica de la figura de la revocación, la cual consiste en la extinción de un acto administrativo, válido y eficaz, por razones de oportunidad, conveniencia o mérito -discrecionalidad-, regulada en los artículos 152 a 157 de la LGAP.

A partir de este instituto, mediante la resolución RIT-133-2015, la IT, revocó la resolución 092-RIT-2015, por haberse detectado nuevas circunstancias de hecho o desconocidas al momento del dictado del acto. En concreto, mediante la Sesión Ordinaria del CTP No. 46-2015, celebrada el 6 de agosto de 2015, se acordó que hasta tanto no se finiquite el proceso de refrendo del contrato de concesión, a los concesionarios en ruta regular (como es el caso de la recurrente), se les confiere la condición de permisionarios excepcionales y transitorios.

En razón de esa nueva circunstancia de hecho (no estaba presente al momento de rechazarse ad portas la solicitud de incremento tarifario mediante la resolución 092-RIT-2015, del 8 de julio de 2015), al haber cambiado la condición de la recurrente, de concesionaria a permisionaria (excepcional y transitoria), se revocó la resolución 092-RIT-2015, a pesar de ser un acto válido y eficaz. De lo anterior se puede concluir, que el rechazo ad portas, realizado mediante la resolución 092-RIT-2015, tenía una base legal (no tener refrendo de la Aresep en ese momento), pero, por esa nueva circunstancia de hecho (Sesión Ordinaria del CTP No. 46-2015, en la que se le otorgó el permiso), la IT revocó dicha resolución, conforme a lo establecido en la LGAP.

En ese sentido, es necesario revisar los efectos de la revocación, ya que la recurrente considera que se debía continuar el proceso, con base a las condiciones que prevalecían en mayo de 2015 (momento en que inició la solicitud tarifaria). La revocación del acto administrativo, produce efectos desde su dictado y hacia el futuro, lo que significa que la eficacia del acto originario se mantiene hasta que se produce la revocatoria. (JINESTA LOBO, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I. (2ª Edición ampliada y corregida). Editorial Jurídica Continental. 2009. Pág. 583).

A partir de lo anterior, la resolución RIT-133-2015, produjo sus efectos, desde su dictado y hacia futuro, por ende, si bien esa resolución dispuso “retrotraer el procedimiento a la etapa de admisibilidad”, lo cierto es que no se retrotrajo a la etapa de admisibilidad (la revocación, no tiene efecto retroactivo), simplemente, la IT, en razón de la revocación, mediante el oficio 151-IT-2016, le solicitó a la recurrente actualizar su petición tarifaria (folios 297 a 298). Por ende, esa imperfección contenida en la resolución RIT-133-2015, constituye una nulidad relativa, en su motivación y contenido, únicamente en cuanto dispuso “retrotraer el procedimiento a la etapa de admisibilidad”; lo anterior, al tenor de lo establecido en el artículo 167 de la LGAP. En razón de encontrarse una imperfección, en los elementos motivación y contenido, que genera una nulidad relativa, lo que procede, es convalidar dicha resolución, al tenor del numeral 187 de la LGAP.

Además de lo anterior, considera esta asesoría, que el argumento de la recurrente es erróneo, ya que si se continúa el proceso, con base en la solicitud presentada el 28 de mayo de 2015 (momento en que inició la solicitud tarifaria), por lógica común, implicaría nuevamente el rechazo ad portas de la solicitud, por no cumplir en ese momento, con el requisito de refrendo, tal y cómo lo dispuso de manera correcta la resolución 092-RIT-2015.

Se insiste, el nuevo hecho o circunstancia que sirvió de base para revocar el acto -092-RIT-2015-, surgió con base en lo dispuesto en la Sesión Ordinaria del CTP No. 46-2015 del 6 agosto de 2015, por ende, no tendría sentido, retrotraer los efectos a mayo de 2015, por las razones indicadas en el párrafo anterior. En esa misma lógica, si se continúa el proceso con base en la solicitud inicial del 28 de mayo de 2015, sin solicitarle al recurrente el requisito de refrendo (que era obligatorio en ese momento), sería otorgarle una ventaja procesal, contraria al ordenamiento jurídico.

Asimismo, argumentó la recurrente, que presentó toda la documentación exigida y fue cuestionada, únicamente, por la confusión de tener o no el refrendo de la Aresep. Con respecto a este punto, la IT, indicó en la resolución RIT-078-2016 -que resolvió el recurso de revocatoria contra la RIT-032-2016-, a folios 477 a 481, lo siguiente:

“(…)

C.1 Constitución de compromiso

Analizado el presente expediente tarifario, se puede observar que a partir del 28 de mayo del 2015, fecha en que se presenta la solicitud tarifaria a la Aresep por parte de la empresa recurrente, la Intendencia de Transporte se aboca a efectuar su obligado proceso de admisibilidad basado en la resolución RRG-6570-2007, análisis que arroja como resultado la emisión del oficio de prevención a la operadora N° 790-IT-2015/90989 de fecha 2 de junio de 2015, (folios 82 al 84) mediante el cual se le previene a la empresa en lo que interesa lo siguiente:

“(…)

De acuerdo con los requisitos establecidos en la resolución RRG-6570-2007 publicada en La Gaceta N° 108 de 6 de junio de 2007, es necesaria la siguiente información:

- 1. Certificación de Contador Público que indique la responsabilidad sobre el estudio económico financiero, de conformidad con el artículo 31, inciso b) 2 de la Ley N° 3503 (modificado por el artículo 64 de la Ley 7593).*

En la certificación visible al folio 27 del expediente tarifario se debe indicar el valor del resultado del modelo tarifario, dato que asocia la certificación con el estudio tarifario.

*Por otra parte, la certificación no se ajusta a lo dispuesto por la Junta Directiva del Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica mediante acuerdo N° 56-2015 de la Sesión Ordinaria N° 03 del día 19 de enero de 2015, donde se emitió la circular denominada “**Guía mínima de requisitos para realizar trabajos de certificación de ingresos o estudio de ingresos**”, derogando la circular 04-2005 de la sesión ordinaria N° 27 del 18 de julio de 2005.*

- 2. Certificación registral o notarial de su personería, en la que acredita su vigencia y las facultades de su representante para actuar a su nombre. Dicha certificación no podrá tener más de tres meses de expedida.*

No se aporta.

- 3. Deberá estar jurídica y técnicamente sustentada en los modelos de fijación de precios vigentes al momento de la solicitud. Debe indicar cuál es la tarifa que solicita y su variación tarifaria con respecto a las tarifas vigentes (variación absoluta y porcentual). En caso de variaciones escalonadas, se requiere indicar los datos anteriores en cada escalón y el total acumulado.*

A folios 02 y 03 no se indica en el detalle de tarifas vigentes y solicitadas el total acumulado.

- 4. Indicar el detalle del acto administrativo por medio del cual, el ente público competente en la materia le otorgó la concesión o permiso para prestar el servicio público.*

No se aporta el acuerdo vigente que detalle el acto administrativo por medio del cual el ente público competente en la materia le otorgó la autorización para prestar el servicio público en la ruta 441.

5. *Contener una justificación técnica que incluya antecedentes, estudio de mercado, costos y gastos de operación reales y proyectados al último nivel de subcuenta, cargas tributarias, costos y beneficios ajenos a la actividad, activo fijo neto al costo financiero de la empresa con las tarifas vigentes y con las propuestas y la estructura de precios que se propone.*
No se presenta un estudio económico-financiero de la empresa con las tarifas vigentes y con las propuestas y la estructura de precios que se propone.

(...)"

Nótese que desde el citado oficio ya se maneja dentro del expediente no solamente la prevención relativa al acuerdo en donde se le otorga la concesión o permiso, que finalmente es lo que provoca que a la postre mediante la resolución 133-RIT-2015 se revocara la resolución 092-RIT-2015, ordenándose retrotraer el expediente hasta la fase procesal oportuna, siendo en este caso la fase de admisibilidad, sino que se le previene precisamente otros documentos y aclaraciones apegadas todos a los requisitos de admisibilidad.

Lo anterior demuestra que el dicho del recurrente no responde a la realidad del expediente, puesto que la operadora conocía desde esa época (2 de junio de 2015) que no solamente tenía que cumplir con lo relativo al acuerdo del CTP, sino que existían situaciones tales como las indicadas en el punto 1, 2, 3 y 5 del oficio transcrito (790-IT-2015/90989) que debía cumplir a cabalidad.

Ahora bien, a partir de la resolución 133-RIT-2015, dictada a las 14:00 horas del 29 de octubre de 2015, la misma resuelve revocar la resolución 092-RIT-2015 dictada a las 14:30 horas con fundamento en el artículo 153.1 de la Ley General de la Administración Pública, por haberse detectado nuevos hechos en cuanto al título habilitante de la permissionaria de la ruta 441, operada por la empresa Servicio Interurbano C S Río Frío S.A, y se ordena retrotraer el procedimiento a la etapa de admisibilidad.

En acatamiento de dicha resolución y encontrándonos de nuevo en la fase precitada, se procede a prevenirle a la recurrente, mediante el oficio 151-IT-2016/115886 de fecha 27 de enero de 2016 (folios 297 a 299), que debe cumplir con lo siguiente:

"(...)

Se procede acatar lo dispuesto en el Por Tanto I de la resolución 133-RIT-2015 dictada por la Intendencia de Transporte a las 14:00 horas del 29 de octubre de 2015, el cual dispuso:

"Acoger el informe 1543-IT-2015/106368 del 23 de octubre de 2015, y revocar con base en el artículo 153.1 de la Ley General de la Administración Pública, la resolución 092-RIT-2015 dictada a las

14:30 horas del 8 de julio de 2015, por haberse detectado nuevos hechos en cuanto al título habilitante de la operadora de la ruta 441, Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., asimismo **retrotraer el procedimiento a la etapa de admisibilidad**". (El resaltado no es del original).

Al respecto es claro que la solicitud de revisión tarifaria inicial, presentada por el permisionario, data del 28 de mayo de 2015, y que para la presente fecha las tarifas vigentes de la ruta 441, los parámetros operativos y los datos de costos han variado; y siendo que la Resolución RRG-6570-2007 establece que la solicitud tarifaria debe contener un análisis económico-financiero de la empresa con las tarifas vigentes y con las propuestas y la estructura de precios que se propone, tarifas que fueron modificadas mediante resolución RIT-131-2015, se solicita presentar en el plazo de 5 días hábiles, a partir de su notificación una actualización de la pretensión inicial a fin de poder enviar a la Dirección de Atención al Usuario la convocatoria a Audiencia Pública respectiva.

(...)"

Asimismo se le señala que debe estar al día en el cumplimiento de lo establecido en el artículo 6, inciso c) de la Ley 7593.

Observamos cómo se le indica puntualmente a la empresa el motivo por el cual se hace esa prevención, señalándole que es debido al tiempo transcurrido desde la presentación de la solicitud tarifaria (28 de mayo 2015) a la fecha de la prevención (27 de enero 2016) tiempo en el cual las tarifas vigentes de la ruta 441, los parámetros operativos y los datos de costos han variado ya que las tarifas fueron modificadas por la resolución RIT-131-2015, que corresponde a la segunda fijación nacional del año 2015. Es decir existen elementos de peso explicados en la misma prevención que sirven de asidero legal para hacer la misma.

Posteriormente, según consta en los folios 310 al 315, se dicta el oficio 256-IT-2016/11488 del 6 de febrero de 2016, mediante el cual se le solicita a la empresa información faltante para resolver el estudio tarifario. En dicho oficio se le pide al recurrente aclarar aspectos relativos a la corrida del modelo, indicador de ocupación media, horarios y distancias. También se le previene de nuevo cumplir con sus obligaciones con el artículo 6 incisos c) de la Ley 7593.

La operadora solicita una ampliación del plazo para cumplir con el oficio anterior (folio 323 a 324), misma que se la autoriza mediante el oficio 350-IT-2016/116504 de fecha 22 de febrero de 2016, según se observa al folio 358.

Finalmente la recurrente no cumple a cabalidad con lo prevenido dando como resultado el dictado de la resolución RIT-032-2016 en la cual se rechaza ad portas la solicitud tarifaria.

Vemos como a todo lo largo del proceso la Intendencia de Transportes es conteste en solicitar a la empresa la misma información a fin de contar con todo lo necesario técnica y jurídicamente para atender la gestión tarifaria. Es decir queda demostrado con lo anterior más allá de la duda que no se trataba únicamente del tema del acto administrativo en donde se le otorga el título

de permisionario a la recurrente, sino que además de eso, se requirió a la operadora otra información, necesaria para realizar el análisis tarifario respectivo.

(...)"

Al respecto, coincide este órgano asesor con lo expuesto por la IT, en el sentido de que la recurrente, no cumplió a cabalidad con lo prevenido, motivo por el cual se rechazó ad portas, la petición tarifaria, por lo tanto, no es cierto que haya presentado toda la documentación exigida, ni que se haya cuestionado, únicamente, por la confusión de tener o no el refrendo de la Aresep.

De una revisión del expediente ET-047-2015, consta que la recurrente fue omisa, en el cumplimiento de sus obligaciones Tributarias (morosidad), aunado a la incongruencia en los porcentajes de aumento solicitados en la petición tarifaria presentada, tal como se desprende de la RIT-032-2016: "La nueva petición tarifaria presentada por el petente (folio 332), en relación a la propuesta del porcentaje de aumento, en los ramales Río Frío-Fincas 1 y 2-Tapaviento = 218,75 % y ramal Río Frío-Fincas 7,8 y 10 = 122,22 %, no es congruente con el dato arrojado por el modelo econométrico entregado por el empresario (folio 342), el cual es de 285,85 %" (folio 399) y se detalla en la Tabla 1.

Descripción	Porcentaje de aumento según folio 332	Porcentaje de aumento según folio 342
Ramal Río Frío-Fincas 1 y 2-Tapaviento	218,75 %	285,85%
Ramal Río Frío-Fincas 7,8 y 10	122,22 %	285,85%

Tabla 1. Porcentajes de aumento tomados de información presentada por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A. (folios 326 a 356) con el fin de cumplir lo prevenido por la IT en el oficio 256-IT-2016/114688.

En cuanto al incumplimiento de obligaciones tributarias, el artículo 6 inciso c) de la Ley 7593, establece como obligación de la Autoridad Reguladora, velar por el cumplimiento, por parte de las empresas reguladas, de las obligaciones tributarias.

De igual forma, el numeral 14 incisos c) y d) de la Ley 7593, establecen como obligaciones de los prestadores, suministrar oportunamente, a la Autoridad Reguladora, la información que les solicite, relativa a la prestación del servicio, y presentar, cuando la Autoridad Reguladora lo requiera, los registros contables de sus operaciones, conforme lo dispone esta Ley y su Reglamento.

El procedimiento para fijar tarifas, está regulado en el artículo 30 *ibídem*, el cual dispone que los prestadores de servicios públicos, podrán presentar solicitudes de fijación o cambios de tarifas, y que la Aresep estará obligada a recibir y tramitar esas peticiones, únicamente cuando, al presentarlas, cumplan los requisitos formales que el Reglamento a la Ley 7593 establezca, pudiendo la Aresep, modificar, aprobar o rechazar esas peticiones.

Así las cosas, en el procedimiento tarifario, cada petición sobre tarifas y precios, deberá estar debidamente justificada, y haber cumplido con las condiciones establecidas por la Aresep, en anteriores fijaciones o en intervenciones realizadas en el ejercicio de sus potestades antes de la petición, según lo dispone el artículo 33 *ibídem*. En esa línea, el numeral 41 del Reglamento de la Ley 7593, reitera que toda solicitud de fijación de precios, tarifas y tasas, deberá estar técnica y jurídicamente fundamentada

y contener o traer adjunto, una serie de información mínima (estudio tarifario que sustenta la petición, donde se demuestre que se encuentra al día en el pago de impuestos, entre otros).

Aunado a lo anterior, el artículo 42 del Reglamento de la Ley 7593, establece que en el caso de que se prevenga al gestionante que cumpla algún requisito, se aplicará lo dispuesto en el artículo 264 de la LGAP. Si la prevención es para que subsane algún defecto, se aplicará lo dispuesto en el artículo 287.1 de dicha Ley.

En ese mismo sentido, la resolución RRG-6570-2007 (publicada en La Gaceta N° 108 del 6 de junio de 2007), establece una serie de requisitos de admisibilidad, que deben cumplir las solicitudes de ajuste tarifario. Dicha resolución establece en el "Por Tanto. I.6", como requisito de admisibilidad para toda petición tarifaria, que "Deberá estar jurídica y técnicamente sustentada en los modelos de fijación de precios vigentes al momento de la solicitud."

En esa línea, dicha resolución dispone en el "Por Tanto. II.2", como requisito de admisibilidad de las peticiones tarifarias, "Haber cumplido al momento de la presentación de la solicitud, con las condiciones establecidas por la Autoridad Reguladora en anteriores fijaciones o en intervenciones realizadas en el ejercicio de sus potestades (...)". Asimismo, señala el "Por Tanto. II.5", que es obligación de los prestadores de servicios públicos, "Estar al día con el pago de las obligaciones en materia tributaria (...)". Finalmente, la citada resolución dispone en el "Por Tanto. III.2", como requisito de admisibilidad de las peticiones tarifarias solicitadas por los prestadores de los servicios públicos de transporte remunerado de personas en la modalidad de autobús, "Aportar estudio económico financiero, elaborado y firmado por un contador público autorizado, que justifique la petición."

Con base en ese marco normativo, y de la revisión realizada por esta asesoría, se confirma que la recurrente, no atendió a cabalidad lo solicitado por la IT, en los oficios 151-IT-2016 y 256-IT-2016, por ende, se rechazó ad portas, la solicitud de fijación tarifaria, por medio de la resolución recurrida. Dicho rechazo, es conforme con el artículo 292, inciso 3 de la LGAP, que establece: "(...) La Administración rechazará de plano las peticiones que fueren extemporáneas, impertinentes, o evidentemente improcedentes. (...)".

Por último, con respecto al argumento de la recurrente, de que la Aresep, tuvo un retraso para resolver el procedimiento tarifario, no considera esta asesoría, que exista dicho retraso, achacable a la IT.

Nótese como en el presente proceso tarifario, se le previno en varias oportunidades a Servicio Interurbano CS Rio Frio SA, aportar información faltante para la revisión de su petición tarifaria, todo lo cual, no cumplió a cabalidad, por ende, se rechazó ad portas su solicitud de incremento tarifario. Además, se desprende del expediente administrativo, que la IT ha realizado una serie de actuaciones para impulsar el procedimiento, y que la recurrente ha interpuesto una serie de recursos ordinarios, contra las resoluciones de la IT.

Asimismo, en cuanto al retraso alegado, nótese que la recurrente no lo argumentó de manera clara y articulada, por lo que resulta improcedente.

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

2. Morosidad con Tributación Directa

Alegó la recurrente de forma expresa, que “La Ley 8220, establece que para evitar al Estado gastos innecesarios, si el trámite puede continuar con la presentación de un documento de descargo, o una explicación por confusión de conceptos, el ente estatal debe hacer caso omiso a su acción negativa y proceder con la petitoria base”.

En ese sentido, señaló la recurrente, que a folio 365, se le indicó que se encontraba moroso ante Tributación.

Al respecto, a folio 365 lo que consta es la notificación del oficio 274-IT-2016, dirigido a la Dirección General de Tributación. Dicho oficio, fue respondido mediante el oficio SPSCA-013-2016, por medio del cual ellos certificaron que la situación tributaria de la recurrente, al 11 de febrero de 2016, es “morosa”, según lo siguiente (folios 362 a 365):

Empresa	Cédula	Situación tributaria	Observaciones
Servicio Interurbano CS Río Frío S.A.	3101083355	Moroso al 11-02-2016	No cumple.

Tabla 2. Situación tributaria de la recurrente, tomada del oficio SPSCA-013-2016 emitido por la Dirección General de Tributación (folio 363).

La recurrente también señaló, que en los documentos que les dieron en la Dirección General de Tributación, el 8 de marzo de 2016, no se indicó que se encuentren morosos. A la vez, la recurrente hace una serie de manifestaciones respecto de los períodos de renta de los años 2000, 2007, 2008, 2009, 2012 y 2013.

Asimismo, indicó la recurrente, que los cobros de los años citados, no proceden y por ende no adeuda suma alguna por impuestos hasta el año 2012, y que en el mejor de los casos, de conformidad con el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, si esos adeudos no se encuentran en cobro judicial, se deben tener por prescritos para el contribuyente.

En relación con lo anterior, si bien la recurrente no lo señaló expresamente, esta asesoría entiende que se refiere al documento número 1451002457807 emitido por la Dirección General de Tributación, el 8 de marzo de 2016. Este es parte de la documentación presentada en conjunto con el recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra la resolución RIT-032-2016 (folios 389 a 391).

Sobre esa base, se le indica a la recurrente que esta Autoridad Reguladora no tiene competencia sobre las inconformidades que tenga respecto las actuaciones de la Dirección General de Tributación, por lo cual no proceden estos alegatos.

Además, alegó la recurrente, encontrarse al día en la presentación de las obligaciones tributarias. Por último, señaló que en cuanto al pago del timbre de Educación y Cultura, hay períodos que se encuentran vencidos, y que para el año 2016, aún se encuentra a tiempo para cancelarlo.

Respecto a esos argumentos, la IT, indicó en la resolución RIT-078-2016 -que resolvió el recurso de revocatoria- a folios 481 a 484, indicó lo siguiente:

“(…)

C.2 Morosidad con Tributación Directa

El artículo 6, inciso c), de la Ley 7593, es muy claro al determinar que es obligación de la Aresep velar por el cumplimiento por parte de las empresas reguladas de las obligaciones en materia tributaria, pago de cargas sociales y cumplimiento de leyes laborales.

Bajo esta tesis, mediante oficio 274-IT-2016/115024 del 10 de febrero de 2016 visible al folio 321, se le solicita a la Dirección General de Tributación lo siguiente:

“(…)

Se detallan los estudios tarifarios que se encuentran actualmente en trámite ante esta Autoridad Reguladora, por lo que se requiere que se verifique el estado de cumplimiento de estas empresas en sus obligaciones tributarias, con fecha de corte del presente oficio y remitir las certificaciones correspondientes en las cuales se indique dicho estado:

(…)

Servicios Interurbano C.S. Río Frío S.A.; cédula jurídica 3-101-083355.

(…)”

Consta a folios 360 al 363, el oficio SPSCA-013-2016 de fecha 11 de febrero de 2016, emitido por la Dirección General de Tributación, en la cual indica en lo que interesa lo siguiente:

“(…)

Damos respuesta a correo electrónico de fecha 10 de febrero del 2016, recibido en la misma fecha, en el cual nos adjuntan el oficio N° 274-IT-2016/115024, mediante el cual solicitan se certifique el estado de cumplimiento de las obligaciones tributarias y se remite la certificación de seis (6) empresas prestadoras de servicio público, modalidad autobús, de las cuales adjunta la razón social y el número de cédula jurídica de cada una.

De acuerdo a su solicitud, procedemos a remitir certificación que contiene la situación tributaria al 11 de febrero del 2016 de las seis (6) empresas prestadoras de servicio público, modalidad autobús, indicadas en la solicitud presentada, con su situación tributaria a la fecha de emisión de éste oficio y en la columna de Observaciones se indica “Si cumple o No cumple” según se indica a continuación:

EMPRESA	CEDULA	ADM.	SITUACION TRIBUTARIA	OBSERVACIONES
SERVICIO INTERURBANO RIO FRIO S.A.	31010833 55	8	MOROSO AL 11-02-2016	NO CUMPLE

(...)"

Basado en dicha información de una fuente directa (Tributación Directa) se indicó en los Considerandos de la resolución recurrida (folios 396 a 402) lo siguiente:

"(...)

3.a.- Incumplimiento de obligaciones legales establecidas en el artículo 6, inciso c) de la Ley 7593 y artículo 41 del Decreto 29732-MP (Reglamento a la Ley Reguladora de los Servicios Públicos).

Se indicó expresamente en el oficio 256-IT-2016/114688 punto 3 lo siguiente: "La empresa permissionaria debe estar al día en el cumplimiento de lo establecido en el artículo 6, inciso c) de la Ley 7593". En cumplimiento de lo establecido en el artículo 6, inciso c) de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 41 del Decreto 29732-MP (Reglamento a la Ley Reguladora de los Servicios Públicos), se consultó el Bus Integrado de Servicios (BIS) operado por la Secretaría Técnica de Gobierno Digital con el fin de verificar el estado de situación de la empresa Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., con la morosidad con la Caja Costarricense de Seguro Social, morosidad con el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (FODESAF) y validación de pólizas de riesgos del trabajo del Instituto Nacional de Seguros, determinándose que la permissionaria cumple con las obligaciones establecidas con las instituciones indicadas (folio 318).

La verificación de las obligaciones tributarias de la empresa Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., se gestiona mediante oficio 274-IT-2016/115024 del 10 de febrero de 2016, dirigido a la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda (folio 321). **El Ministerio en respuesta al oficio 274-IT-2016 emite el oficio SPSCA-013-2016 del 11 de febrero de 2016, en el cual se indica que la empresa se encuentra morosa con las obligaciones tributarias con fecha de corte al 11 de febrero de 2016 (folios 360 y 361).**

(...)"

Se pone de manifiesto con ésta transcripción que el acto final se encuentra debidamente motivado ya que se explica ampliamente el problema detectado acerca del tema tributario de la empresa.

Ahora bien, en sus argumentos la recurrente expone una serie de situaciones que atañen solamente a la Tributación y a la operadora, en donde si existen o no cobros indebidos, pagos parciales de rentas, y/o períodos prescritos, no son situaciones que sean resorte de la Aresep

ni tenemos porqué cuestionarnos la validez de un documento oficial emanado de la autoridad competente en materia de impuestos.

Pese a la fortaleza de nuestro punto, y de cara a los documentos que presenta la recurrente, solicitamos previo a resolver el presente recurso una nueva certificación a la Tributación Directa mediante el oficio 880-IT-2016 del 26 de mayo de 2016, en el que pedimos nos sea ratificada la situación de morosidad del recurrente para el 11 de febrero de 2016 (folios 408 a 409).

*Dicha gestión es respondida por la **Tributación Directa con el oficio SPSCA-039-2016 de fecha 30 de mayo del 2016, en el cual señala que efectivamente a la fecha indicada la empresa Servicio Interurbano CS Río Frío S.A. se encontraba morosa (folio 410 a 413).*** (Resaltado y subrayado no es del original).

Al respecto, coincide este órgano asesor con el criterio de la IT, ya que la recurrente, no ha desvirtuado la validez de los documentos de la Dirección General de Tributación, que certifican que Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., se encontraba moroso en sus obligaciones tributarias, al 11 de febrero de 2016 (visibles a folios 360 a 361 y 410 a 413), ni ha logrado demostrar, con algún grado de certeza, que se encuentre al día en sus obligaciones tributarias, conforme lo establece los artículos 293 inciso 2) de la LGAP y 317 del Código Procesal Civil.

Aunado a lo anterior, no argumentó la recurrente, de manera concisa, articulada y clara, la norma de la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos No. 8220, que respalde su dicho. En todo caso, de la revisión realizada por esta asesoría, consta que en el procedimiento de petición tarifaria aquí cuestionado, la IT, fundamentó el rechazo ad portas de la petición tarifaria, con base en el marco normativo vigente, todo lo cual, es conforme con lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Ley No. 8220.

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

3. Carencia de estudio económico:

Alegó la recurrente, que con el documento presentado a la Aresep el 22 de febrero de 2016, cumple con la actualización de la información que corresponde al modelo tarifario, por lo que indicó, que es falso que haya carencia de un estudio económico.

Respecto a este punto, la resolución RIT-078-2016 -que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando I, a folio 484 a 485, indicó:

“(…)

C.3 Carencia de estudio económico

Los argumentos esgrimidos por la recurrente en este punto no ahondan mucho en un análisis técnico-jurídico que permita ampliar más allá de lo dicho en el motivo del acto final (032-RIT-2015) y por tal razón se transcribe la resolución que refiere a este punto:

“(…)

A raíz de los cambios elaborados por el petente al modelo econométrico en cumplimiento a la prevención realizada por la Intendencia de Transporte, se generó un incremento de 285,85% (folio 342), el cual difiere del presentado en la petición inicial (429,18%, folio 238) razón por la cual el nuevo porcentaje de petición debió ser respaldado por un estudio económico financiero elaborado por un contador público autorizado, tal como se indica en la resolución RRG-6570-2007 en el punto III.2 "Aportar estudio económico financiero, elaborado y firmado por un contador público autorizado, que justifique la petición."

Dado lo anterior, se puede concluir que la información aportada por la empresa Servicio Interurbano C S Río Frío S.A., de acuerdo a las anteriores consideraciones, no reúne los requisitos de admisibilidad indispensables para admitir y dar el trámite correspondiente a su petición tarifaria, según se establece mediante resolución RRG-6570-2007 publicada en La Gaceta N° 108 del 6 de junio de 2007.

(...)"

Al respecto, esta asesoría coincide con lo dispuesto por la IT en la cita anterior, ya que se registró la ausencia de un estudio económico financiero realizado por un contador público autorizado, que respaldara la diferencia en el porcentaje de aumento entre el dato que le arrojó el modelo en la petición actualizada inicialmente (el 1 de febrero de 2016) y el porcentaje de la petición actualizada posteriormente (el 22 de febrero de 2016), como parte de la respuesta a lo prevenido por la IT en el oficio 256-IT-2016, tal y como se consignó, en la resolución recurrida -RIT-032-2016-, a folio 398; y es detallado en la Tabla 3.

Porcentaje de aumento según petición actualizada inicialmente (el 1 de febrero de 2016, antecedente 7), folio 238.	Porcentaje de aumento según petición actualizada posteriormente (respuesta a lo prevenido por la IT en el oficio 256-IT-2016, antecedente 10), folio 342.
429,18 %	285,85%

Tabla 3. Porcentajes de aumento tomados de información presentada por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., petición inicial vs petición actualizada.

Sobre esa base, se le reitera al recurrente, que la propuesta tarifaria presentada en este caso concreto, no cumplió con los requisitos de admisibilidad dispuestos en el ordenamiento jurídico, todo lo cual, conllevó a su rechazo ad portas, tal y cómo se analizó en el apartado IV, inciso 1) de este criterio.

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

4. Pliego tarifario:

Alegó la recurrente, que la tarifa que debe cobrar, es su patrimonio empresarial, y mientras no incremente el valor autorizado por la Aresep, puede disminuir ese monto. Sobre este argumento, alegó expresamente la recurrente, lo siguiente:

“La tarifa que debo cobrar, es mi patrimonio empresarial y mientras no incremente el valor autorizado por la Aresep, yo puedo disminuir ese monto.

Es interesante que para decirme, que no es correcto que yo haya decidido reducir la tarifa en beneficio de una comunidad de escasos recursos, utilizan la expresión de que el estudio económico dio 285% del incremento tarifario y que asimismo debo poner la solicitud tarifaria, por contravención a ese estudio económico.

Luego entonces, presente o no el estudio económico, pues bien presentó un cuadro adicional, con el aumento total y que sean ustedes los que digan si benefician a la comunidad con una tarifa de ¢ 765 o la que ustedes están indicando que debe ser de ¢ 925.00.”

Respecto a este punto, la resolución RIT-078-2016 -que resolvió el recurso de revocatoria- en el Considerando I, indicó a folios 485 a 486, lo siguiente:

“(…)

C.4 Pliego Tarifario

Al igual que los argumentos anteriores, el tema del pliego tarifario también es cobijado en la resolución de marras y señala lo siguiente:

“(…)

La nueva petición tarifaria presentada por el petente (folio 332), en relación a la propuesta del porcentaje de aumento, en los ramales Río Frío-Fincas 1 y 2-Tapaviento = 218,75 % y ramal Río Frío-Fincas 7,8 y 10 = 122,22 %, no es congruente con el dato arrojado por el modelo econométrico entregado por el empresario (folio 342), el cual es de 285,85 %.

Lo anterior, es contrario a lo establecido como requisito de admisibilidad establecido en la resolución RRG-6570-2007, específicamente lo indicado en el punto 1.6 “Deberá estar jurídica y técnicamente sustentada en los modelos de fijación de precios vigentes al momento de la solicitud.”

Debe indicar cuál es la tarifa que solicita y su variación tarifaria con respecto a las tarifas vigentes (variación absoluta y porcentual). En caso de variaciones escalonadas, se requiere indicar los datos anteriores en cada escalón y el total acumulado.

(…)”

Este órgano asesor, coindice con lo resuelto por la IT; tal como se analizó previamente y es resumido en la Tabla 1. “Porcentajes de aumento tomados de información presentada por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A. (folios 326 a 356) con el fin de cumplir lo prevenido por la IT en el oficio 256-IT-2016/114688”.

Se reitera, la propuesta tarifaria presentada en este caso concreto, no cumplió a cabalidad con los requisitos de admisibilidad dispuestos en el ordenamiento jurídico, todo lo cual, conllevó a su rechazo ad portas, tal y cómo se analizó en el apartado IV, inciso 1) de este criterio.

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

5. Índice de ocupación:

Señaló la recurrente, que el índice de ocupación, es utilizado por la Dirección Técnica del CTP, y es un instrumento que solamente ocupa el MOPT y que el mismo se malinterpreta. Asimismo indicó, que el índice mínimo es 0.6 para todas las rutas y a efectos de generar la capacidad del bus y asegurar con las carreras un servicio adecuado, en la tarjeta de ocupación se establece el índice formal de ocupación.

Al respecto, la recurrente manifestó, “Por otra parte los valores generales, son un norte a seguir, pero no es la realidad absoluta, una ruta atípica es una ruta atípica, que se sale de todos los estándares establecidos, ya sea que supere los índices o como en este caso que este por debajo de ellos y el estudio se debe brindar con base en ese servicio, no todas las rutas, transportan 100 mil pasajeros al mes. Una comunidad dormitorio de trabajadores de fincas bananeras, ha probado a través de la historia que no crece y que su integración con el centro poblacional es muy escasa.”

Finalmente, argumentó lo siguiente: “Con el debido respeto, le comunico que de continuar con su insistencia, don Enrique Muñoz, de querer que cobre la tarifa que tengo desde 1998, por la suma de ¢ 235.00, procederé a suspender el servicio de inmediato, ya que usted me obliga a operar con pérdidas y mantenerme en una condición ruinosa, puntos básicos que de acuerdo con la ley de Aresep, usted debe impedir a toda costa.”

Sobre este argumento, la resolución RIT-078-2016- que resolvió el recurso de revocatoria- en el Por Tanto I, a folios 488 a 489, indicó:

“(…)

- I. Acoger el informe 426-IT-2016/117847 del 03 de marzo de 2016, y rechazar ad portas la gestión presentada el 1 de febrero de 2016 por parte de la empresa Servicio Interurbano C S Río Frío S.A., permisionaria de la ruta 441 descrita como: Urbano de Río Frío, por cuanto no cumplió con los requisitos de admisibilidad contemplados en la resolución RRG-6570-2007, en cuanto a: la morosidad en el pago de las obligaciones tributarias, la incongruencia en los porcentajes de aumento solicitados y consecuente ausencia de respaldo técnico de esas incongruencias, y que no presentó de forma completa la información solicitada en la prevención que se le realizó mediante el oficio 256-IT-2016/114688. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Nº 7593.
- II. Mantener las tarifas vigentes para la ruta 441, fijadas por la Intendencia de Transporte mediante resolución 131-RIT-2015 de 21 de octubre de 2015, publicada en La Gaceta 209, Alcance 88 de 28 de octubre de 2015.

III. Solicitar al Consejo de Transporte Público (CTP) la realización de un estudio de demanda actualizado de la ruta, así como la revisión del esquema operativo de la misma y el nivel de ocupación a fin de garantizar a los usuarios un nivel aceptable en la prestación del servicio y no permitiendo que se traslade a los usuarios los costos operativos producto de un nivel no eficiente del servicio, todo esto en resguardo del principio del servicio al costo.

(...)”

Al respecto, se le indica a la recurrente, que el tema del índice de ocupación, no fue un motivo utilizado en la resolución recurrida -RIT-032-2016-, para justificar el rechazo ad portas de la petición tarifaria, ergo, no fue un elemento que tomara en cuenta la administración, para dictar el acto administrativo recurrido.

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

V. CONCLUSIONES

Sobre la base de lo expuesto, se concluye que:

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., contra la resolución RIT-032-2016, resulta admisible, puesto que fue presentado en tiempo y forma.*
- 2. Si el recurrente pretendía impugnar la resolución RIT-133-2015, debió utilizar los remedios procesales (recursos ordinarios), en el plazo dispuesto en la LGAP, para combatir esa resolución, tal y cómo lo dispuso expresamente ese acto administrativo (folio 209), sin que conste en el expediente, que haya interpuesto los recursos ordinarios contra ese acto.*
- 3. La resolución RIT-133-2015, produjo sus efectos, desde su dictado y hacia futuro, por ende, si bien esa resolución dispuso “retrotraer el procedimiento a la etapa de admisibilidad”, lo cierto es que no se retrotrajo a la etapa de admisibilidad (la revocación, no tiene efecto retroactivo).*
- 4. La revocación del acto administrativo, produce efectos desde su dictado y hacia el futuro, lo que significa que la eficacia del acto originario se mantiene hasta que se produce la revocatoria.*
- 5. La imperfección contenida en la resolución RIT-133-2015, constituye una nulidad relativa, en su motivación y contenido, únicamente en cuanto dispuso “retrotraer el procedimiento a la etapa de admisibilidad”.*
- 6. Al tenor de lo establecido en el artículo 167 de la LGAP, puesto que se encuentra una imperfección, en los elementos motivación y contenido, lo que procede, es convalidar la resolución RIT-133-2015, al tenor del numeral 187 de la LGAP.*

7. *La recurrente, no atendió a cabalidad lo solicitado por la IT, en los oficios 151-IT-2016 y 256-IT-2016, por ende, se rechazó ad portas, la solicitud de fijación tarifaria, por medio de la resolución recurrida.*
8. *En cuanto al retraso alegado, nótese que la recurrente no lo argumentó de manera clara y articulada, por lo que resulta improcedente.*
9. *La recurrente, no ha desvirtuado la validez de los documentos de la Dirección General de Tributación, que certifican que Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., se encontraba moroso en sus obligaciones tributarias, al 11 de febrero de 2016, ni ha logrado demostrar, con algún grado de certeza, que se encuentre al día en sus obligaciones tributarias, conforme lo establece los artículos 293 inciso 2) de la LGAP y 317 del Código Procesal Civil.*
10. *Se registró la ausencia de un estudio económico financiero realizado por un contador público autorizado, que respaldara la diferencia en el porcentaje de aumento entre el dato que le arrojó el modelo en la petición actualizada inicialmente (el 1 de febrero de 2016) y el porcentaje de la petición actualizada posteriormente (el 22 de febrero de 2016).*
11. *La propuesta tarifaria presentada en este caso concreto, no cumplió a cabalidad con los requisitos de admisibilidad dispuestos en el ordenamiento jurídico, todo lo cual, conllevó a su rechazo ad portas.*
12. *El tema del índice de ocupación, no fue un motivo utilizado en la resolución recurrida -RIT-032-2016-, para justificar el rechazo ad portas de la petición tarifaria.*

[...]"

- 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 interpuesto por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., contra la resolución RIT-032-2016. **2.-** Convalidar la resolución RIT-133-2015, para que se suprima en el Considerando I, las frases "(...) y *retrotraer el acto hasta la fase procesal oportuna, siendo la misma a la fase de admisibilidad*", y "*Dado lo anterior, lo procedente es recomendar retrotraer el procedimiento a la etapa procesal necesaria, es decir, al momento de la fase de admisibilidad.*", y en el Por Tanto I, la frase "(...) *asimismo retrotraer el procedimiento a la etapa de admisibilidad.*", de conformidad con el artículo 187 de la Ley General de la Administración Pública. **3.-** Agotarla vía administrativa. **4.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **5.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión extraordinaria 62-2016, del 12 de diciembre de 2016, cuya acta fue ratificada el 19 de diciembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 915-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:

ACUERDO 10-62-2016

1. Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por Servicio Interurbano CS Río Frío S.A., contra la resolución RIT-032-2016.
2. Convalidar la resolución RIT-133-2015, para que se suprima en el Considerando I, las frases "(...) y retrotraer el acto hasta la fase procesal oportuna, siendo la misma a la fase de admisibilidad", y "Dado lo anterior, lo procedente es recomendar retrotraer el procedimiento a la etapa procesal necesaria, es decir, al momento de la fase de admisibilidad.", y en el Por Tanto I, la frase "(...) asimismo retrotraer el procedimiento a la etapa de admisibilidad.", de conformidad con el artículo 187 de la Ley General de la Administración Pública.
3. Agotar la vía administrativa.
4. Notificar a las partes, la presente resolución.
5. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNIQUESE.

b) En cuanto a la recomendación adicional emitida por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 915-DGAJR-2016.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que, con base en la discusión que se desprende en el análisis del recurso conocido en esta oportunidad, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria presenta una recomendación adicional, en el sentido de que se instruya a la Intendencia de Transporte, para que en los casos de aplicarse la figura jurídica de la revocación, se abstenga de retrotraer los efectos, debido a que la revocación produce efectos desde su dictado y hacia futuro, de conformidad con los artículos 152 al 157 de la LGAP.

Analizada la recomendación adicional, contenida en el oficio 915-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 11-62-2016

Instruir a la Intendencia de Transporte, en aras del debido proceso, del principio de celeridad procesal y en respeto al adecuado uso de los fondos públicos, que en los casos de aplicarse la figura jurídica de la revocación, se abstenga de retrotraer los efectos del acto, debido a que la revocación, produce efectos desde su dictado y hacia el futuro, de conformidad con lo establecido en los artículos 152 al 157 de la Ley General de la Administración Pública. Lo anterior, ya que hace incurrir innecesariamente a la Administración, en la asignación de recurso humano y tiempo, en la atención de las gestiones que ello genera.

ARTÍCULO 12. Recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por Autotransportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución RRG-577-2015. Expediente OT-84-2011.

Se deja constancia de que a las diecisiete horas con veinte minutos se retira de la sesión, el señor Roberto Jiménez Gómez, por cuanto se abtiene de resolver este recurso, en vista de que conoció en primera instancia, actuaciones de este expediente. En consecuencia, comparece en este acto la señora Grettel López Castro, en su condición de Reguladora General Adjunta, según el acuerdo que consta en el artículo segundo del acta de la sesión ordinaria número ciento sesenta y uno, celebrada por el Consejo de Gobierno el 20 de agosto del dos mil trece, publicado en La Gaceta 211 del 1 de noviembre del 2013, nombramiento que quedó ratificado por la Asamblea Legislativa en la sesión ordinaria número 69, celebrada el 19 de setiembre de 2013, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47 de la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, nombramiento que a la fecha se encuentra vigente.

De conformidad con el artículo 57 inciso a) subinciso 6) e inciso b) sub inciso 3) de la misma ley, la señora Grettel López Castro, Reguladora General Adjunta, sustituye al Regulador General, durante sus ausencias temporales, por lo que en este artículo, asume la presidencia de la Junta Directiva.

La Junta Directiva conoce el oficio 818-DGAJR-2016 del 8 de setiembre de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por Autotransportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución RRG-577-2015.

La señora **Carol Solano Durán** explica los antecedentes, competencias de la Junta Directiva, normativa aplicada, instrucción del procedimiento, conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 818-DGAJR-2016, la señora **Grettel López Castro** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

RESULTANDO:

- I. Que el 17 de agosto de 2011, Auto Transportes Blanco Lobo S.A., interpuso denuncia por prestación de un servicio sin previa autorización y el cobro de tarifas no autorizadas, contra Transportes Costarricenses Panameños Limitada (Tracopa). (Folios 1 al 8)
- II. Que el 4 de noviembre de 2015, mediante la resolución RRG-577-2015, el entonces Regulador General, ordenó dar inicio al procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Tracopa, permissionaria de la ruta 601, por la presunta prestación no autorizada del servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús. Además, nombró Órgano Director. (Folios 79 al 85)
- III. Que el 10 de noviembre de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-250-2015, el Órgano Director, dio inicio al procedimiento administrativo y convocó a la comparecencia oral y privada. (Folios 125 y 136 al 142)

IV. Que el 17 de noviembre de 2015, Tracopa, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de nulidad, contra las resoluciones RRG-577-2015 y la resolución ROD-DGAU-250-2015. (Folios 86 al 120)

V. Que el 3 de diciembre de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-280-2015, el Órgano Director, resolvió:

“1. Rechazar, por el fondo, en cuanto a la competencia del órgano director invocada en el recurso de revocatoria y la nulidad que en dicha gestión se alega, interpuesto por Transportes Costarricenses Panameños Ltda. contra la resolución ROD-DGAU-250-2015, de las 10:00 horas del 10 de noviembre de 2015. 2. Elevar al Regulador General, el recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante contra la resolución RRG-577-2015 de las 14:45 horas del 4 de noviembre de 2015, a quien corresponde resolver la revocatoria en primera instancia y elevar la apelación ante el órgano de alzada. 3. Reservar para lo de su competencia, las gestiones de falta de competencia de la Autoridad Reguladora, falta de interés actual, caducidad y prescripción contra las resoluciones ROD-DGAU-250-2015 y RRG-577-2015, para ser conocidas junto con el dictado de la resolución final por el órgano decisor. 4. Elevar ante el órgano de alzada el recurso de apelación contra la resolución ROD-DGAU-250-2015, de las 10:00 horas del 10 de noviembre de 2015, en el tanto corresponda. Tener como coadyuvante a Transportes Blanco S.A. en el presente proceso. (...)”.

VI. Que el 26 de enero de 2016, mediante el oficio ROD-DGAU-19-2016, el Órgano Director, emitió el informe que establece el artículo 349 de la Ley 6227, mediante el cual elevó el recurso apelación contra las resoluciones RRG-577-2015 y ROD-DGAU-250-2015. (Folios 208 al 214)

VII. Que el 21 de junio de 2016, mediante la resolución RRG-413-2016, el Regulador General, resolvió:

“I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de revocatoria interpuesto por Transportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución RRG-577-2015. II. Elevar a la Junta Directiva el recurso de apelación presentado en subsidio y la gestión de nulidad interpuesta contra la resolución RRG-577-2015 y prevenirle a las partes que cuentan con tres días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución, para hacer valer sus derechos ante dicho órgano de alzada. III. Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por Transportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución ROD-DGAU-250-2015. IV. Declarar sin lugar, la excepción previa de falta de competencia, interpuesta por Transportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución ROD-DGAU-250-2015. V. Reservar las excepciones de prescripción, caducidad y falta de interés actual, para el dictado de la resolución final, en este procedimiento. VI. Declarar sin lugar, las gestiones de nulidad interpuestas por Transportes Costarricenses Panameños Limitada, contra las resoluciones RRG-577-2015 y ROD-DGAU-250-2015. VII. Dar por agotada la vía administrativa, en cuanto al recurso de apelación interpuesto por Transportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución ROD-DGAU-250-2015. (...)”.

- VIII. Que el 18 de julio de 2016, mediante el oficio 614-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remitió a la Secretaría de Junta Directiva, el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227, sobre el recurso de apelación y la gestión de nulidad, interpuestos por TRACOPA, contra la resolución RRG-577-2015. (Folios 250 al 252)
- IX. Que el 19 de julio de 2016, mediante el oficio 521-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, las gestiones interpuestas. (Folio 253)
- X. Que el 8 de setiembre de 2016, mediante el oficio 818-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por Autotransportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución RRG-577-2015. (Correrá agregado a los autos)
- XI. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 818-DGAJR-2016, arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“ (...)”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA:

a) Naturaleza:

El acto administrativo impugnado (RRG-577-2015), corresponde a la decisión de inicio del procedimiento, es decir, un acto administrativo de carácter interno, sin efectos en la esfera jurídica del administrado, por ende, su notificación no es obligatoria.

Al respecto, el Manual de la Procuraduría General de la República, específicamente en la página 150, y con base en la sentencia 398-F-02- del 16 de mayo de 2002, de la Sala Primera, indicó:

“Así, interesa diferenciar entre la decisión de inicio y el inicio del procedimiento, ya que éste último “se produce, no con la designación del órgano instructor, porque éste es un acto interno sin efectos en la esfera de los administrados, sino cuando el órgano designado así lo decreta.”

En razón de lo anterior, y al ser la resolución RRG-577-2015, un acto interno (designación de Órgano Director), el recurso de apelación, interpuesto por Tracopa, contra la resolución RRG-577-2015, es inadmisibile, por cuanto no cumple con su naturaleza.

En consecuencia, el análisis de admisibilidad se limitará a la gestión de nulidad interpuesta contra la resolución RRG-577-2015.

Por su parte, la gestión de nulidad se encuentra regulada en los artículos 158 al 179 de la Ley 6227

b) Temporalidad:

En cuanto a la gestión de nulidad contra la resolución RRG-577-2016, según el artículo 175 de la Ley 6227, fue interpuesta dentro del plazo legal.

c) Legitimación:

Respecto de la legitimación se tiene que Tracopa, es contra quien se interpuso la denuncia, es decir la parte investigada, es por ello que está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 de la Ley 6227.

d) Representación:

Se aprecia que el señor Raymond Salim Sinaan Khachab, es apoderado generalísimo sin límite de suma de Tracopa, ello conforme a la certificación registral que consta en autos (folios 122 y 123).

Del anterior análisis, se logra determinar que el recurso de apelación, interpuesto por Tracopa, contra la resolución RRG-577-2015, resulta inadmisibles, por no cumplir con su naturaleza.

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta por Tracopa, contra la resolución RRG-577-2015, resulta admisible por haber sido interpuesta en tiempo y forma.

III. SOBRE LOS ALEGATOS DE LA GESTIONANTE

Los argumentos expresados, dentro de la gestión de nulidad, se sintetizan de la siguiente forma:

- 1. La Aresep no es competente para iniciar un procedimiento sancionatorio, contra Tracopa, por cuanto lo establecido en el segundo párrafo del artículo 38 de la Ley 7593, es aplicable únicamente a los casos de "Piratas".*
- 2. La potestad sancionatoria de Aresep, está prescrita y caduca, por cuanto, entre el día de los hechos denunciados (17 de agosto de 2011) y la emisión del auto que dio inició al procedimiento sancionatorio (4 de noviembre de 2015), transcurrieron 4 años, 2 meses y 18 días.*
- 3. El procedimiento carece de interés actual, por cuanto, los hechos denunciados ocurrieron en el período de una concesión, que corresponde al período 2007-2011 y operó la novación de la concesión para un nuevo período entre 2014-2021. Por tal razón, los hechos denunciados no pueden afectar a Tracopa, por los efectos extintivos de la nueva concesión.*

IV. PRECISIÓN NECESARIA

Previo al análisis de las gestiones interpuestas por Tracopa, cabe señalar, que revisado lo expuesto en la apelación, se encuentra que lo alegado por aquella, corresponde a excepciones, previa (falta de competencia) y de fondo (prescripción, caducidad, falta de interés actual y falta de derecho), por lo tanto, el análisis se realizará en esa vertiente, y no como un recurso de apelación.

V. SOBRE LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

a) Falta de competencia: En la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227), no se encuentra estipulada la excepción de incompetencia. Sin embargo, en aplicación de lo establecido en el artículo 229 de ese mismo cuerpo legal, se puede aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil.

Este Código establece en su artículo 298 inciso 1), lo siguiente:

“Oposición y elenco de excepciones previas.- (...) Sólo son admisibles como excepciones previas: 1) La falta de competencia. (...)”

Ahora bien, Tracopa indicó en su escrito, que la imputación (prestación de servicio público no autorizado) es materia de conocimiento del Consejo de Transporte Público, por ser de su competencia exclusiva, conocer y resolver las cuestiones relacionadas con aspectos operativos.

Además, expresó que la Aresep no es competente para iniciar un procedimiento sancionatorio contra Tracopa, por cuanto lo dispuesto en el artículo 38 inciso d) de la Ley 7593, es aplicable únicamente a los casos de “piratas”.

Así las cosas, respecto de las funciones de la Aresep, el artículo 5 inciso f) de la Ley 7593, señala:

**“En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas; además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. Los servicios públicos antes mencionados son:
(...)
f) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.”**

En cuanto a la competencia de la Aresep, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, mediante la sentencia 47-2011 del 25 de febrero de 2011, señaló:

**“1) (...) la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), le otorga a la ARESEP, competencias amplias para regular, fiscalizar e incluso sancionar incorrecciones o anomalías que se presenten en la prestación de los diversos servicios públicos que se brindan en nuestro país.
(...)”**

se debe hacer notar que la ARESEP únicamente sería incompetente en la regulación o fiscalización de un servicio público en el cual otra ley le excluya expresamente, sino es así, la ARESEP puede intervenir con todas las competencias que le otorga la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), así como otras leyes complementarias a ésta.
(El subrayado no pertenece al original)

Como se observa, la incompetencia de la Aresep para regular el transporte público remunerado de personas en modalidad autobús, se presentaría si alguna otra norma la excluye.

En el caso particular, Tracopa manifestó que las competencias otorgadas en la Ley Reguladora Transporte Remunerado de Personas Vehículos Automotores (Ley 3503) y en la Ley 7593, son excluyentes.

Sin embargo, dicha exclusión no es contemplada en el ordenamiento jurídico, por cuanto la misma Ley 3503, en su artículo 2, expresa:

“Es competencia del Ministerio de Transportes lo relativo al tránsito y transporte automotor de personas en el país. (...) El control de los servicios de transporte público concesionados o autorizados, se ejercerá conjuntamente con la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, para garantizar la aplicación correcta de los servicios y el pleno cumplimiento de las disposiciones contractuales correspondientes.” (El subrayado no pertenece al original)

Nótese, que la norma indica que el control de los servicios públicos de transporte, independientemente de su modalidad, serán controlados tanto por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), así como por la Aresep, por lo que no se se presenta la exclusión de competencias, tal y como lo indicó Tracopa.

Además, la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-092-2016 del 28 de abril de 2016, manifestó:

“En efecto, la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores, n.º 3503 del 10 de mayo de 1965, califica al transporte remunerado de personas en vehículos automotores colectivos como un servicio público regulado, controlado y vigilado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), cuya prestación puede ser delegada en los particulares, a quienes se autorice expresamente, de acuerdo con las normas establecidas en dicha ley (artículos 1 y 2).

Igual calificación se deriva de lo dispuesto en el artículo 5, inciso f) de la Ley de creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), n.º 7593 del 9 de agosto de 1996, que califica el transporte remunerado de personas como un servicio público.”

En otras palabras, la competencia respecto del servicio público de transporte remunerado de personas, independientemente de su modalidad, la ostentan el MOPT (Consejo de Transporte Público) y la Aresep, y no son competencias excluyentes entre sí.

Por otro lado, en lo que respecta a que el artículo 38 inciso d) de la Ley 7593, es aplicable únicamente a “piratas”, según indicó Tracopa; ello no se desprende de la redacción de dicho inciso.

El inciso en mención, indica que se sancionará con multa la prestación no autorizada de servicio público, y este último es aquel “que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley” (artículo 3 Ley 7593).

Por lo que, al estar incluido el transporte remunerado de personas como parte de los servicios públicos sobre los cuales ostenta competencia la Aresep (artículo 5 inciso f Ley 7593), y utilizarse el término de “servicio público” en la redacción del inciso d) del numeral 38, no se encuentra fundamento jurídico para indicar que es de aplicación únicamente para el transporte remunerado de personas, modalidad taxi (“piratas”).

Por estas razones, se concluye que la Aresep tiene competencia para conocer sobre la presunta prestación no autorizada del servicio público de transportes remunerado de personas, modalidad autobús, del día 17 de agosto de 2011, en el recorrido San José-Buenos Aires.

b) Prescripción: *Indicó la recurrente que en el caso de marras operó la prescripción, ya que los hechos denunciados se suscitaron el 17 de agosto de 2011, y el inicio del procedimiento se dictó el 4 de noviembre de 2015, por ende, transcurrieron cuatro años, dos meses y dieciocho días.*

Al respecto, se debe tomar en consideración, que la Ley 6227 no regula la excepción de prescripción, por lo que se debe recurrir al Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), en aplicación, en primera instancia, de la normativa administrativa específica en la materia (artículo 229 de la Ley 6227).

El artículo 66 inciso k) del CPCA, establece que la prescripción de los hechos es una excepción previa, y procede cuando es evidente y manifiesta, sea, que si no se cumplen los dos requisitos, debe reservarse para ser resuelta en el dictado de la resolución final.

En atención a que en la Ley 7593 no se establece el plazo de prescripción para los procedimientos sancionatorios ahí dispuestos, resultaría necesario interpretar e integrar la normativa propia del derecho administrativo, para determinar cuándo procede acoger dicha excepción.

Por ello, en el caso en estudio, no se cumplen los requisitos (ni evidente ni manifiesta), ya que en primer lugar, se deben acreditar los hechos, para luego realizar la contabilización de los plazos que determinen que operó la prescripción. Además, se debe determinar el plazo de prescripción que se debe aplicar, y si se presentaron suspensiones o interrupciones de ella.

En consecuencia, se reserva el conocimiento de la excepción de prescripción, para el dictado de la resolución final.

c) Caducidad: *Lo alegado por Tracopa, corresponde a la excepción de prescripción de la potestad sancionatoria, ya que indicó que transcurrieron cuatro años, dos meses y dieciocho días, desde que se suscitaron los hechos denunciados (17 de agosto de 2011) hasta el dictado del inicio del procedimiento (4 de noviembre de 2015).*

Sobre el particular, se debe hacer la aclaración, que la excepción de caducidad, de conformidad con el artículo 340 inciso 1) de la Ley 6227, se produce cuando el procedimiento se paraliza por más de seis meses, por causa imputable a quien lo promovió o a la propia Administración. En otras palabras, la potestad sancionatoria prescribe, no caduca, lo que caduca es el procedimiento administrativo.

Cabe señalar, que la Ley 6227 no indica si la excepción de caducidad debe resolverse previamente o reservarse para el fondo, por lo que se debe recurrir al CPCA) en aplicación, en primera instancia, de la normativa administrativa específica en la materia (artículo 229 de la Ley 6227).

De esta forma, de acuerdo al artículo 66 inciso k) del CPCA, la caducidad opera cuando es evidente y manifiesta, de lo contrario, debe reservarse para su conocimiento en la resolución final.

Así las cosas, ambos requisitos (evidente y manifiesta), no se presentan en el caso concreto, ya que en primer lugar, se debe determinar si el caso es susceptible de caducidad (artículo 340 de la Ley 6227), luego acreditar los hechos que sirven de base para su contabilización, y finalmente determinar la vigencia del título habilitante.

En consecuencia, la excepción de caducidad debe reservarse para su conocimiento en el dictado de la resolución final.

d) Falta de interés actual: *Tracopa argumentó, que los hechos denunciados se presentaron durante la concesión que rigió del 2007 al 2014, y que aquella se renovó para el período 2014 al 2021. En consecuencia, alega que al vencerse la primera de las concesiones, se extinguen sus efectos, por lo que existe una falta de interés actual.*

Respecto de la falta de interés actual, la Sala Primera mediante la sentencia 708 del 30 de junio de 2016, señaló:

“En suma, el interés actual debe ser revisado por los juzgadores en todo momento con el fin de verificar pueda haber un pronunciamiento válido sobre lo debatido en el proceso, y mantenerse durante todo su desarrollo.”

En el presente procedimiento, el interés actual encuentra fundamento en los elementos probatorios que constan en el expediente y que dieron origen al dictado del inicio del procedimiento, por la supuesta infracción al artículo 38 inciso d) de la Ley 7593 (prestación no autorizada de servicio público).

Ahora bien, en lo que concierne a si los hechos denunciados se presentaron durante una concesión anterior y se otorgó una nueva que extinguió los efectos jurídicos de aquella, esto corresponde a un análisis de fondo, que debe hacerse en la resolución final.

Por lo tanto, se reserva el conocimiento de la excepción de falta de interés actual, para la resolución final.

d) Falta de derecho: *Tracopa fundamenta la presente excepción, en que la supuesta renovación de la concesión, realmente es una novación, por lo que se está en presencia de un nuevo “contrato” (concesión).*

Cabe señalar, que la excepción que aquí se conoce, es de fondo, es decir, versa sobre la discusión sustancial del objeto del procedimiento, y para dilucidarla se requiere de una valoración integral de los elementos probatorios. Tanto así, que se ha indicado que técnicamente no es una excepción, sino un presupuesto para el dictado de la resolución final.

Nótese, que Tracopa alega que su concesión fue objeto de una novación, que constituye una nueva relación jurídica, lo que obliga a analizar si los hechos denunciados se suscitaron durante alguna de las supuestas dos concesiones, si verdaderamente la concesión fue objeto de una prórroga con las mismas obligaciones que la primera, o bien si realmente surgió a la vida jurídica una nueva concesión con obligaciones distintas, que extinguieron las anteriores, todo lo cual debe realizarse forzosamente en la resolución final.

En consecuencia, se reserva el conocimiento de la excepción de falta de derecho, para el dictado de la resolución final.

En otro orden de ideas, la nulidad alegada por Tracopa, la fundamentó en que la resolución RRG-577-2015, se encuentra viciada por defectos insubsanables en los elementos constitutivos del acto administrativo. Indica que al no poder recaer la sanción sobre la concesión actual, dicha resolución está viciada en su causa, fin, motivo y contenido. Señala que la resolución impugnada contiene tres vicios: a) Incompetencia, b) Violación de ley y c) Desviación de poder.

Sobre la incompetencia, como ya se indicó, esta Dirección General es del criterio que Aresep es competente para conocer de los hechos objeto de este procedimiento, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 inciso f) y 38 inciso d) de la Ley 7593.

Sobre la violación de ley, basada en la existencia de una nueva concesión, como se indicó antes, es un asunto que se recomienda reservar para el dictado de la resolución final.

En cuanto a la desviación de poder, se tiene que el mismo es definido por el artículo 131 de la Ley 6227 como “la persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste”, sin embargo, revisada la impugnación no se deduce cuál es el fin distinto del principal, que a criterio del gestionante, persigue la Administración en este asunto, razón que impide mayor análisis de dicha figura.

En todo caso, el ejercicio de las potestades de fiscalización de los servicios públicos, es uno de los fines esenciales de la Institución -artículo 4 inciso d) de la Ley 7593-, el cual se materializa, en este caso, en la atención, conocimiento y búsqueda de la verdad real que se hace, a través de un procedimiento administrativo, de los hechos que son denunciados ante el ente regulador.

Por su parte, los vicios que alega en los elementos del acto administrativo, corresponden a asuntos de fondo del procedimiento y la resolución sobre la cual alega la nulidad, corresponde al acto interno que ordena el inicio del procedimiento.

Así las cosas, se debe diferenciar entre el acto que inicia el procedimiento (RRG-577-2015) y el traslado de cargos (ROD-DGAU-250-2015).

La resolución que inicia el procedimiento, tiene por objeto determinar la naturaleza, el objeto y fin del procedimiento, nombrar Órgano Director y delegar a éste la instrucción del procedimiento. Es decir, no tiene por objeto intimar cargos, por cuanto ello es propio de un acto administrativo distinto y posterior.

Así lo dispone la Ley 6227, en los siguientes artículos:

“Artículo 284: El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte, o sólo a instancia de parte cuando así expresa o inequívocamente lo disponga la ley.

Artículo 311: La citación a la comparecencia oral deberá hacerse con quince días de anticipación.

Artículo 312: 1. La Administración preparará la comparecencia en forma que sea útil, para lo cual con la citación deberá enumerar brevemente toda la documentación pertinente que obre en su poder, indicar la oficina en la que podrá ser consultada y ponerla a disposición de los citados y de las partes. (...)

De lo anterior se concluye, que el inicio de un procedimiento administrativo siempre es potestad del Órgano Decisor (en este caso el Regulador General), quien puede delegar la instrucción en un Órgano Director. En estos casos, normalmente es en la resolución en la cual se cita a la comparecencia, que se desarrolla (en detalle) la intimación e imputación, misma que realiza el Órgano Director.

Sobre el particular, la resolución RRG-577-2015, fue expresa al indicar que:

“III. Que el administrado tiene derecho a ejercer su defensa `en forma razonable`, para lo cual es necesario que tenga una intimación oportuna y completa de los hechos que se le imputan.” (Folio 83)

Lo anterior, como puede observarse en el expediente, fue materializado por el Órgano Director, mediante la resolución ROD-DGAU-250-2015 (folios 125 y 136 al 142).

En esta última resolución, conforme los artículos mencionados, se citó a la investigada a comparecencia y se le hicieron las prevenciones necesarias para garantizar el debido proceso y el ejercicio amplio del derecho de defensa.

Al respecto, la PGR, mediante el dictamen C-343-2001 del 11 de diciembre de 2001, indicó:

“el órgano competente para dictar la decisión final en un asunto determinado es el que debe decidir iniciar un procedimiento administrativo, pudiendo delegar la instrucción de éste en un órgano director del procedimiento”

En este asunto, el órgano competente para dictar el acto final (Regulador General) decidió el inicio del procedimiento administrativo, a su vez, delegó la instrucción del mismo en un Órgano Director.

Por otro lado, se observa que la resolución RRG-577-2015, cumple con los requisitos del acto administrativo, por lo siguiente:

- ✓ La resolución fue dictada por el órgano competente, es decir por el Regulador General. (Artículos 129 y 180, sujeto)
- ✓ Fueron emitidos 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 214 y siguientes de la Ley 6227, procedimiento)
- ✓ Contiene un motivo legítimo y existente, el cual consistió en que el artículo 38 inciso d) de la Ley 7593 faculta a la Autoridad Reguladora a tramitar procedimientos ordinarios sancionatorios contra los prestadores de servicios públicos que presuntamente incurran en la “prestación no autorizada del servicio público”, aplicando el procedimiento ordinario establecido en los artículos 214 y siguientes de la Ley 6227. (Artículo 133, motivo)
- ✓ Se estableció en su parte considerativa, las razones que sustentaron las decisiones del Órgano Competente. (Artículos 131, fin y 132, contenido)

Por ello, se concluye que la resolución recurrida es un acto administrativo válido.

En atención de lo indicado, no lleva razón Tracopa, en cuanto a que exista una nulidad absoluta en la resolución RRG-577-2015.

VI. SOBRE LA SOLICITUD QUE NO SE TENGA COMO PARTE A AUTO TRANSPORTES BLANCO LOBO S.A.

Indicó Tracopa, que Auto Transportes Blanco Lobo S.A., carece de legitimación para participar como parte en el procedimiento.

Sobre la parte en el procedimiento administrativo, el artículo 275 de la Ley 6227, dispone:

“Podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. El interés de la parte ha de ser actual, propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra índole.”

Ahora bien, en su denuncia, Auto Transportes Blanco Lobo S.A., señaló que la supuesta prestación no autorizada del servicio público, por parte de Tracopa, representa una “una clara y evidente acción de competencia desleal y ruinosa” (folio 1), lo que reviste el interés directo (económico) que ostenta.

La supuesta lesión al interés directo que alegó Auto Transportes Blanco Lobo S.A., deviene de su autorización para prestar el servicio en el recorrido San José - Buenos Aires, autorización de la que presuntamente carece Tracopa.

Además, cabe señalar, que la resolución ROD-DGAU-280-2015 (folios 143 al 157), dispuso:

“5. Tener como coadyuvante a Transportes Blanco S.A. en el presente proceso.”

Dicha decisión, es compartida por esta Dirección General, por lo tanto, debe tenerse a Auto Transportes Blanco Lobo S.A., como parte en el procedimiento.

VII. CONCLUSIONES

Conforme el análisis realizado, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. El recurso de apelación, interpuesto por Transportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución RRG-577-2015, resulta inadmisibile, por ser este un acto interno que no incide en la esfera jurídica de la recurrente.
2. La competencia respecto del servicio público de transporte remunerado de personas, independientemente de su modalidad, la ostentan el MOPT (Consejo de Transporte Público) y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, y no son competencias excluyentes entre sí. Además, la aplicación del artículo 38 inciso d) no se limita al servicio de transporte remunerado de personas, modalidad taxi (“piratas”), por cuanto de su redacción no se desprende dicha restricción. En consecuencia, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, es competente para iniciar un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, por una posible prestación no autorizada de un servicio público en la modalidad de autobús, en la cual incurra un prestador de dicho servicio.
3. Las excepciones de prescripción, caducidad, falta de interés actual y falta de derecho, deben reservarse para ser conocidas en la resolución final de este procedimiento.

4. *En razón de que Auto Transportes Blanco Lobo S.A., fue quien interpuso la denuncia contra Transportes Costarricenses Panameños Limitada, y que mediante la resolución ROD-DGAU-280-2015, se tuvo como coadyuvante a Auto Transportes Blanco Lobo S.A., lo cual es compartido por esta Dirección General, se debe tener como parte en el procedimiento, al tenor de lo establecido en el artículo 275 de la Ley 6227.*

5. *La resolución RRG-577-2015, es un acto administrativo válido, por cuanto contienen, los elementos sustanciales y formales, establecidos en la Ley 6227.*

(...)

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y acuerdo al mérito de los autos, lo procedente, es rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación interpuesto por Transportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución RRG-577-2015, declarar sin lugar, la excepción previa de falta de competencia, reservar las excepciones de prescripción, caducidad, falta de interés actual y falta de derecho, para el dictado de la resolución final, en este procedimiento, declarar sin lugar, la gestión de nulidad, notificar a las partes, y trasladar el expediente a la Dirección General del Usuario, para lo que corresponda, tal y como se dispone:
- III. Que en la sesión extraordinaria 62-2016, del 12 de diciembre de 2016, cuya acta fue ratificada el 19 de diciembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 818-DGAJR-2016, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

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

ACUERDO 12-62-2016

- 1. Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación, interpuesto por Transportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución RRG-577-2015.
- 2. Declarar sin lugar, la excepción previa de falta de competencia, interpuesta por Transportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución RRG-577-2015.
- 3. Reservar las excepciones de prescripción, caducidad, falta de interés actual y falta de derecho, para el dictado de la resolución final, en este procedimiento.

4. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad, interpuesta por Transportes Costarricenses Panameños Limitada, contra la resolución RRG-577-2015.
5. Dar por agotada la vía administrativa, únicamente en cuanto a la resolución RRG-577-2015.
6. Notificar a las partes, la presente resolución.
7. Trasladar el expediente a la Dirección General de Atención al Usuario, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

A las diecisiete horas con treinta minutos finaliza la sesión.

ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ
Presidente de la Junta Directiva

GRETTEL LÓPEZ CASTRO
Reguladora General Adjunta

PABLO SAUMA FIATT
Director de Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de Junta Directiva