JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA Nº 046-2010

A LAS CATORCE HORAS DEL 27 DE OCTUBRE DEL 2010

SAN JOSÉ, COSTA RICA

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA CUARENTA Y SEIS

Celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en la sala de sesiones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a las catorce horas del veintisiete de octubre de dos mil diez. Asisten los señores Directores, Sylvia Saborío Alvarado, María Lourdes Echandi Gurdián, Félix Delgado Quesada y Emilio Arias Rodríguez.

Se nombra preside ad-hoc al señor Félix Delgado Quesada.

Ausente: Dennis Meléndez Howell.

Asimismo, estuvieron presentes los señores: Rodolfo González Blanco, Gerente General, Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno, Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1
APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA.

El señor Félix Delgado Quesada, somete, para su aprobación, el orden del día de la sesión ordinaria 046-2010, del 27 de octubre del 2010.

Los señores Emilio Arias Rodríguez y doña María Lourdes Echandi Gurdián señalan que por haber recibido tardíamente los documentos no ha tenido suficiente tiempo para analizar los recursos y por lo tanto, no se sienten en capacidad de analizarlos responsablemente.

A las 14:20 la Junta Directiva decreta un receso de treinta minutos, con el fin de que los señores miembros de la Junta Directiva puedan analizar los recursos incluidos en esta oportunidad en el orden del día.

A las catorce horas cincuenta y cinco minutos se reanuda la sesión.

La Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 001-046-2010

Aprobar el orden del día de la sesión ordinaria 046-2010, del 27 de octubre de 2010, e incluir a partir de esta fecha un capítulo de Asuntos de los Señores Miembros de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 2
LECTURA Y APROBACIÓN DE ACTAS

El señor Félix Delgado Quesada, somete a conocimiento de los señores Miembros de la Junta Directiva, la aprobación de las actas de la sesión extraordinaria 041-2010, celebrada el 11 de octubre de 2010, la sesión ordinaria 042-2010, celebrada el 13 de octubre del 2010 y la sesión ordinaria 043-2010, celebrada el 20 de octubre de 2010.

En discusión el acta de la sesión extraordinaria 041-2010

El señor Delgado Quesada, somete a discusión el acta de la sesión extraordinaria 041-2010, celebrada el 11 de octubre de 2010.

Luego de analizada, la Junta Directiva, por unanimidad, resuelve:

ACUERDO 002-046-2010

Aprobar con ajustes el acta de la sesión extraordinaria 041-2010.

En discusión el acta de la sesión ordinaria 042-2010

El señor Delgado Quesada, somete a discusión el acta de la sesión ordinaria 042-2010, celebrada el 13 de octubre del 2010.

El señor Félix Delgado Quesada, se excusa de la aprobación del acta de la sesión ordinaria 042-2010, ya que no estuvo presente en dicha sesión.

Luego de analizada, la Junta Directiva, por unanimidad, resuelve:

ACUERDO 003-046-2010

Aprobar con cambios el acta de la sesión ordinaria 042-2010.

En discusión el acta de la sesión ordinaria 043-2010

El señor Delgado Quesada, somete a discusión el acta de la sesión ordinaria 043-2010, celebrada el 20 de octubre del 2010.

Luego de analizada, la Junta Directiva, por unanimidad, resuelve:

ACUERDO 004-046-2010

Aprobar con cambios el acta de la sesión ordinaria 043-2010.

ARTÍCULO 3
RECURSOS

1) RECURSO DE APELACIÓN ÚNICAMENTE INTERPUESTO POR EL SEÑOR JORGE ARTURO LÓPEZ SALAS, C/RRG-AU-036-2009 DE LAS 15:05 HORAS DEL 22 DE JULIO DE 2009. (EXPEDIENTE AU-130-2009)

El señor Félix Delgado Quesada, somete a conocimiento de la Junta Directiva el recurso de apelación únicamente interpuesto por el señor Jorge Arturo López Salas, c/RRG-AU-036-2009 de las 15:05 horas del 22 de julio de 2009.

El señor Robert Thomas en su oficio 171-AJD-2010, recomienda 1) Rechazar de plano, por extemporáneo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Jorge Arturo López Salas contra la RRG-AU-036-2009 de las 15:05 horas del 22 de julio de 2009, dictada por el Regulador General. 2) Dar por agotada la vía administrativa.

La Asesoría Económica no emite criterio técnico, ya que dicho recurso se resuelve con razones de orden jurídico.

La Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 005-046-2010

1. Rechazar por extemporáneo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Jorge Arturo López Salas contra la RRG-AU-036-2009 de las 15:05 horas del 22 de julio de 2009, dictada por el Regulador General.

2. Dar por agotada la vía administrativa.

3. Dictar la siguiente resolución.

RESULTANDO:

I. Que el Regulador General, mediante resolución RRG-AU-036-2009 de las 15:05 horas del 22 de julio de 2009, con fundamento en el criterio de la entonces Dirección de Protección al Usuario, resolvió rechazar ad portas la queja y la denuncia planteadas por el señor Jorge Arturo López Salas contra las tarifas cobradas por RITEVE S Y C, por la revisión técnica vehicular (folio 48 al 51). Fue notificada al señor Jorge Arturo López Salas por fax transmitido el 30 de julio de 2009 (folio 51).

II. Que el 4 de agosto de 2009 el señor Jorge Arturo López Salas planteó sólo recurso de revocatoria contra la RRG-AU-036-2009 (folio 54).

III. Que la entonces Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 624-DAJ-2009/6755 del 16 de setiembre de 2009 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 56 al 58).

IV. Que el Regulador General, en la resolución RRG-AU-052-2009, de las 14:20 horas del 16 de octubre de 2009 resolvió rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Jorge Arturo López Salas contra la resolución RRG-AU-036-2009 de las 15:05 horas del 22 de julio de 2009 (folio 61 al 65). Fue notificada al señor Jorge Arturo López Salas por fax transmitido el 27 de enero de 2010 (folio 65).

V. Que el 29 de enero de 2010 el señor Jorge Arturo López Salas planteó sólo recurso de apelación contra la resolución RRG-AU-036-2009 (folios 59 y 60).

VI. Que el Regulador General, por auto de las 14:15 horas del 19 de agosto de 2010 emplaza a las partes ante la Junta Directiva para que hagan valer sus derechos con respecto al recurso de apelación interpuesto (folio 68). Fue notificado al señor Jorge Arturo López Salas por fax transmitido el 25 de agosto de 2010 (folio 69).

VII. Que el 31 de agosto de 2010 el señor Jorge Arturo López Salas responde el emplazamiento (folio 70 al 72)

VIII. Que el Gerente General, por oficio 2193-DGPU-2010/6145, del 8 de setiembre de 2010, eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada. (folios 73-80)

IX. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 171-AJD-2010 de 30 de setiembre de 2010, en el que se recomienda 1) Rechazar de plano, por extemporáneo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Jorge Arturo López Salas contra la RRG-AU-036-2009 de las 15:05 horas del 22 de julio de 2009, dictada por el Regulador General. 2) Dar por agotada la vía administrativa.

X. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 171- AJD-2010, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

*(…) **Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso de apelación**:*

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor Jorge Arturo López Salas quien planteó la queja y resulta destinatario de los efectos del acto. Consecuentemente al ser parte del procedimiento, ostenta legitimación activa para actuar a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L. G. A. P.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-AU-036-2009 fue notificada al señor Jorge Arturo López Salas por fax transmitido el 30 de julio de 2009 (folio 51) y que el recurso fue presentado el 29 de enero de 2010 (folios 59 y 60).

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 L. G. A. P., se concluye que evidentemente la impugnación se presentó en forma extemporánea.

Por otra parte, se tiene que el auto de emplazamiento fue notificado al señor Jorge Arturo López Salas por fax transmitido el 25 de agosto de 2010 (folio 69) y que su respuesta se presentó el 31 de agosto de 2010 (folio 70 al 72), dentro del plazo otorgado.

***En cuanto a los aspectos de fondo del recurso de apelación**:*

No obstante la evidente extemporaneidad de la impugnación, resulta oportuno aclararle al recurrente algunos aspectos sustanciales en torno al tema de la revisión técnica vehicular.

Ante todo, es necesario precisar que la revisión técnica vehicular no está bajo el ámbito competencial de la Autoridad Reguladora. Se trata de una actividad de interés público asignada al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, el cual la adjudicó a un tercero: al Consorcio Riteve S y C S. A. Sobre la naturaleza jurídica de la actividad, se remite al dictamen C-053-2010 de la Procuraduría General de la República.

Además, entre el Mopt y el Consorcio Riteve S y C S. A., existe un contrato para realizar la actividad, del cual forman parte las tarifas que se cobran actualmente. El contrato está vigente hasta el año 2012. En dicho contrato la Autoridad Reguladora no tiene injerencia alguna.

En relación con lo anterior, se tiene que en virtud de la modificación a los artículos 19 y 20 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N° 7331; publicada en el Alcance 55 a La Gaceta 248 del 23/12/08, se le asignó a la Autoridad Reguladora la función de establecer tarifas uniformes para todos los operadores de la revisión técnica vehicular, las cuales deben ser analizadas y aprobadas por el ente regulador; según rezan esas normas jurídicas. Sobre ese tema, esta asesoría se había pronunciado en el Oficio 388-AJD-2009 del 17/12/09.

En criterio de esta asesoría, será hasta que el Consejo de Seguridad Vial del Mopt licite nuevamente la revisión técnica vehicular, que la Autoridad Reguladora podrá aprobar tarifas uniformes a los operadores de esa actividad, como lo señala la Ley 7331 y sus reformas.

La medida de previo y especial pronunciamiento solicitada en la respuesta al emplazamiento resulta improcedente, debido a la falta de competencia de la Autoridad Reguladora para regular la actividad de revisión técnica vehicular.

Por las razones jurídicas anteriores, se considera que el rechazo de plano de la queja planteada por el recurrente se encuentra ajustado a derecho y que, dada su extemporaneidad, el recurso de apelación debe ser rechazado de plano.

***Conclusiones**:*

1) El señor Jorge Arturo López Salas ostenta legitimación activa para actuar en el expediente.

2) La impugnación fue presentada extemporáneamente.

3) La revisión técnica vehicular no está bajo el ámbito competencial de la Autoridad Reguladora. Se trata de una actividad de interés público asignada al Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

4) Será hasta que el Consejo de Seguridad Vial del Mopt licite nuevamente la revisión técnica vehicular, que la Autoridad Reguladora podrá aprobar las tarifas uniformes a los operadores de esa actividad, como lo señalan los artículos 19 y 20 de la Ley 7331 y sus reformas.(□)□

II. Que en sesión 046-2010, del 27 de octubre de 2010, cuya acta fue ratificada el 09 de noviembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 171- AJD-2010 de cita, acordó por unanimidad: 1) Rechazar por extemporáneo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Jorge Arturo López Salas contra la resolución RRG-AU-036-2009 de las 15:05 horas del 22 de julio de 2009, dictada por el Regulador General. 2) Dar por agotada la vía administrativa.

III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es 1) Rechazar por extemporáneo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Jorge Arturo López Salas contra la RRG-AU-036-2009 de las 15:05 horas del 22 de julio de 2009, dictada por el Regulador General. 2) Dar por agotada la vía administrativa., como se dispone.

POR TANTO:

I. Rechazar por extemporáneo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Jorge Arturo López Salas contra la RRG-AU-036-2009 de las 15:05 horas del 22 de julio de 2009, dictada por el Regulador General.

II. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

2) RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA .S.A. C/RRG-AU-019-2010 DE LAS 13:49 HORAS DEL 6 DE MAYO DE 2010. (EXPEDIENTE AU-76-2008)

El señor Félix Delgado Quesada, somete a conocimiento de la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia .S.A. c/RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010.

El señor Robert Thomas en su oficio 146-AJD-2010, recomienda 1) Declarar con lugar, en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., contra la RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010, dictada por el Regulador General. 2) Revocar la RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010 y, por conexidad, la RRG-AU-023-2010 de las 11:18 horas del 7 de julio de 2010, mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de revocatoria. 3) Dar por agotada la vía administrativa.

La Asesoría Económica no emite criterio técnico, ya que dicho recurso se resuelve con razones de orden jurídico.

La Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 006-046-2010

1. Se declara con lugar, en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., contra la RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010, dictada por el Regulador General.

2. Se revoca la resolución RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010 y, por conexidad, la RRG-AU-023-2010 de las 11:18 horas del 7 de julio de 2010, mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de revocatoria.

3. Dar por agotada la vía administrativa.

4. Dictar la siguiente resolución.

RESULTANDO:

I. Que el Regulador General mediante la resolución RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010, con fundamento en el criterio de la Dirección General de Participación del Usuario, resolvió: I) Declarar con lugar la queja planteada por el señor Alfonso Bejarano Arguedas contra la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., por la negativa de instalarle un servicio eléctrico. II) Se ordena a la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., que tramite la solicitud de conexión del servicio eléctrico por el señor Alfonso Bejarano Arguedas conforme lo expuesto por la normativa técnica vigente (folio 324 al 327). Fue notificada a la Esph S. A., por fax transmitido el 10 de mayo de 2010 (folio 329).

II. Que el 13 de mayo de 2010 el Ing. Edgar Allan Benavides Vílchez, Gerente con facultades de apoderado general sin límite de suma de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RRG-AU-019-2010 (folio 334 al 351).

III. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por oficio 504-DGJR-2010 del 17 de junio de 2010 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 353 al 360).

IV. Que la Dirección General de Participación del Usuario por oficio 1606-DGPU-2010 del 23 de junio de 2010, emitió criterio técnico sobre el recurso de revocatoria y recomendó que fuera declarado sin lugar (folio 361 al 364).

V. Que el Regulador General en la resolución RRG-AU-023-2010 de las 11:18 horas del 7 de julio de 2010 resolvió: I) Declarar sin lugar el recurso de revocatoria. II) Elevar a la Junta Directiva la apelación en subsidio. III) Emplazar a las partes previniéndoles que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 365 al 369). Fue notificada a la Esph S. A., por fax transmitido el 9 de julio de 2010 (folio 370).

VI. Que el 14 de julio de 2010 el señor José Alfonso Bejarano Arguedas respondió el emplazamiento (folio 374 al 392) señalando lo siguiente: (1) Que es el propietario legítimo de la finca inscrita en 1853, antes de la vigencia del Decreto LXV de 1888 y en ese sentido debe tomarse en cuenta el oficio AAA-738-2009 del 22/6/09 de la Procuraduría General de la República en el cual afirma que deben respetarse los derechos de propiedad inscritas en el Registro Nacional antes de la declaratoria de inalienabilidad. Alega que la Esph S. A., quebranta su derecho a la propiedad consagrado en el artículo 45 constitucional. Señala que no es posible que la apelación presentada trate de desviar la atención hacia infundados temores de daños a la colectividad, en detrimento de sus derechos y garantías constitucionales. Afirma que no debemos enfrascarnos en discutir si la vida de futuras generaciones se ve afectada, sino en analizar si su propiedad se encuentra afectada o no por el decreto ley de 1888. Alega que no hay quebranto constitucional porque la Sala Constitucional remitió el asunto a la vía correspondiente por ser un asunto de legalidad, por lo que le extraña la posición de la Esph S. A. (2) Que respecto a la legalidad de los permisos de construcción otorgados por la municipalidad en el 2005, la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Municipalidad de Heredia, por medio del oficio DAJ-718-08 del 28 de octubre de 2008 analizó la legalidad de dichos permisos, los cuales no presentaron ningún vicio y se determinó que fueron otorgados legalmente siguiendo los procedimientos respectivos. Igualmente por medio del oficio DIM-624-2007 del Departamento de Ingeniería determinó que no existía ningún exceso en el área de construcción, dichos permisos fueron otorgados con anterioridad a que el Decreto Ley de 1888 fuera redescubierto por la Administración, sin embargo, ese decreto no aplica a su propiedad, por haber sido inscrita

mucho tiempo antes. (3) Que respecto del oficio del Director del Área de Conservación de la Cordillera Volcánica Central, que es presentado como prueba, por la Esph S. A., manifiesta su asombro por lo allí dicho, ya que la Asesoría Legal del Minaet en coordinación con las asesorías legales del Área de Conservación de la Cordillera Volcánica Central, realizaron una nueva consulta a la Procuraduría General de la República basadas en las dudas surgidas debido al estudio histórico del Decreto de 1888 realizado por el señor Oscar Aguilar Bulgarelli, a solicitud de vecinos de la zona; por ello si hay dudas legales razonables, ¿Cómo puede asegurar que su propiedad se encuentra dentro de los límites de la Cordillera Volcánica Central y de la zona inalienable? La Procuraduría General de la República no ha dado respuesta. El funcionario del Área de Conservación de la Cordillera Volcánica Central solicitó al Ministro del Minaet suspender la delimitación de la zona afectada hasta que la Procuraduría General de la República se pronunciara sobre el estudio del señor Aguilar Bulgarelli y las dudas surgidas sobre las ubicaciones de los puntos cartográficos referidos en el decreto. (4) PRETENSIÓN: Declarar sin lugar el recurso. La Esph debe darle conectividad inmediata a la red eléctrica, so pena de violar sus derechos constitucionales. La Esph debe indemnizarle los daños y perjuicios sufridos con la negativa a darle el servicio eléctrico. Aporta prueba documental.

VII. El 14 de julio de 2010, la Esph S. A., por intermedio de su Gerente el Ing. Benavides Vílchez, respondió el emplazamiento (folio 393 al 408) indicando que ratificaba lo esgrimido en la impugnación y que por haber incluido el Regulador General varios razonamientos improcedentes en la resolución del recurso de revocatoria, se permitía externar criterio jurídico al respecto, recurriendo por improcedente, la insistencia del Regulador General en ordenar la instalación de un servicio de electricidad en una zona protegida, inalienable, violentando el principio pro natura, así como sendas disposiciones de la Sala Constitucional. Agrega que el criterio de rechazar prueba concluyente bajo el argumento de que toda prueba documental debe aportarse en la comparecencia, no toma en cuenta las nuevas disposiciones del Código procesal contencioso administrativo que permiten aportar prueba para mejor resolver luego de la audiencia. Afirma que el oficio D-595 del 12 de mayo de 2010, del Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Minaet, es posterior a la fecha de la comparecencia, por lo cual no pudo ser aportado en ese momento. También señala que en el oficio 504-DGAJR-2010 se interpreta erróneamente el voto constitucional 12094-2007, pues afirma que la Sala Constitucional no resolvió por el fondo, cuando lo cierto es que sí lo hizo, ya que ese Tribunal autorizó el criterio de fondo expuesto por su representada para negar el servicio eléctrico y remitió a las partes a la vía judicial. Por otra parte agrega que el cuestionamiento que hace a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora es si se arriesgará y asumirá la responsabilidad del cuestionamiento social de revocar la decisión de la Esph S. A., de negar el servicio de energía eléctrica, ante el criterio de la Sala Constitucional, decisión que implicará la apertura de brindar servicios eléctricos en esa zona, en virtud del principio de igualdad. No se han tomado en cuenta los principios preventivos ambientales contenidos en el artículo 11 de la Ley de Biodiversidad. Solicita admitir la prueba y revocar el acto recurrido.

VIII. Que la Dirección General de Participación del Usuario por oficio 1832-DGPU-2010/5088, del 20 de julio de 2010, eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada. (folios 409-410)

IX. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 146-AJD-2010, del 30 de agosto de 2010, en el que se recomienda 1) Declarar con lugar, en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., contra la RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010, dictada por el Regulador General. 2) Revocar la RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010 y, por conexidad, la RRG-AU-023-2010 de las 11:18 horas del 7 de julio de 2010, mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de revocatoria. 3) Dar por agotada la vía administrativa.

X. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 146-AJD-2010, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

(□) ***Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación****:*

En cuanto a la legitimación activa y la representación, se informa que la impugnación fue presentada por el Ing. Edgar Allan Benavides Vílchez, Gerente con facultades de apoderado general sin límite de suma de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., según consta en autos, entidad operadora del servicio de electricidad, contra la cual se plantea la queja y la que resulta destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente el Ice al ser parte del procedimiento, ostenta legitimación activa para actuar; a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L. G. A. P., en relación con lo que señalan los artículos 27 y 28 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-AU-019-2010 fue notificada a la Esph S. A., por fax transmitido el 10 de mayo de 2010 (folio 329) y que el recurso fue presentado el 13 de mayo de 2010 (folio 334 al 351).

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 L. G. A. P., en relación con el artículo 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal establecido.

Análisis jurídico de los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación*:*

Lleva razón la recurrente cuando afirma, en el primer argumento, que la Autoridad Reguladora no tomó en consideración, para resolver, lo establecido por la Sala Constitucional en los votos 12094-2007 y 12109-2008.

Lo anterior es así por cuanto en ese voto la Sala Constitucional establece claramente la prevalencia del artículo 50 constitucional, en torno al derecho fundamental de contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sobre el derecho del usuario de contar con servicios públicos, tales como electricidad -e incluso- agua potable.

Considera esta asesoría que obligar a la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., a otorgar el servicio de electricidad al quejoso, por las razones esbozadas, las cuales, desde el punto de vista regulatorio, no son suficientes, equivaldría a obligar a ese operador a incumplir los artículos 50 constitucional y 14-e) de la Ley 7593 y sus reformas, así como los votos 12094-2007 y 12109-2008, los cuales tienen efectos erga omnes.

Dice el acto impugnado que el fundamento para declarar con lugar la queja fue: ***a)*** *Que el proyecto de construcción contaba con los permisos municipales y ambientales,* ***b)*** *Lo establecido en el artículo 4°-e) de la Ley 7593 y sus reformas y en la Norma Técnica denominada Prestación del Servicio de Distribución y Comercialización y* ***c)*** *Porque no se encontraron restricciones legales ni ambientales que impidiera que se otorgue el servicio de electricidad.*

Sin embargo, resulta que sí había un impedimento jurídico importante que no fue considerado, el artículo 50 de la Constitución Política, que obliga al Estado a tomar acciones para garantizar que las actuales y futuras generaciones cuenten con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; resultando ello en que, en este caso, para resolver, debieron aplicarse los principios de Evitación prudente y de In dubio pro natura y los otros establecidos en el artículo 11 de la Ley de Biodiversidad, los cuales, en resumen, señalan que ante el riesgo de daño grave o inminente, prevalece la protección al ambiente; máxime si está en discusión si la propiedad del quejoso se encuentra dentro de una zona de reserva forestal de la Cordillera Volcánica Central y, por ende, afectada por la Ley LXV del 30 de julio de 1888, que declaró inalienable una franja de dos kilómetros entre el Cerro Zurquí y el Cerro Concordia para proteger la zona de recarga acuífera de Heredia.

Por ello, la aplicación del artículo 4°-e) de la Ley 7593 y sus reformas y las disposiciones de la Norma Técnica denominada Prestación del Servicio de Distribución y Comercialización de la Autoridad Reguladora, se hizo sin tomar en cuenta el artículo 50 constitucional.

En torno a los permisos municipales y ambientales otorgados, que sirvieron de fundamento al acto recurrido, cabe señalar que no corresponde a la Autoridad Reguladora pronunciarse sobre su validez. No obstante, se informa que a los autos se ha aportado prueba de que la Municipalidad de Heredia y la Secretaría Técnica Ambiental del Minaet, están realizando gestiones para retrotraer los efectos jurídicos de esos actos administrativos, pues consideraron que los permisos se otorgaron sin tomar en cuenta la vigencia de la Ley LXV.

Por las razones apuntadas supra, se considera que la RRG-AU-019-2010 es un acto disconforme con el ordenamiento jurídico, al carecer de motivo legítimo, elemento fundamental del acto administrativo, lo cual acarrea su nulidad absoluta y obliga a la Administración a dejarlo sin efecto, la luz de lo que disponen los artículos 133 y 162 de la L. G. A. P., en relación con el 174 de esa misma ley.

En torno a las manifestaciones del abonado que consta en su respuesta al emplazamiento (folio 374 al 392), en el sentido de que que no debemos enfrascarnos en discutir si la vida de futuras generaciones se ve afectada, sino en analizar si su propiedad se encuentra afectada o no por el decreto ley de 1888, debe aclarársele que en este caso, el derecho de propiedad no prevalece sobre el derecho fundamental de protección al ambiente, así que no se trata, como él lo afirma, de que primero está su derecho a la propiedad y luego la sostenibilidad ambiental de las futuras generaciones.

Tan es así que la propia Sala Constitucional en el voto 12109-2008, ordenó al Estado (por intermedio del Minaet) recuperar los terrenos que estén en manos privadas dentro de la franja inalienable de la zona de reserva forestal de la Cordillera Volcánica Central y señaló que en aplicación del principio de indubio pro natura y, tomando en cuenta el espíritu de la Ley LXV consideraba que debía entenderse que dicha protección era total, por lo que no podía otorgarse ningún tipo de permiso o concesión en esa franja de terreno, ordenándoselo así a las municipalidades involucradas. Asimismo, ese Tribunal estimó que ninguna autoridad podía alegar desconocimiento de lo dispuesto en la Ley LXV, pues si bien había transcurrido más de un siglo desde su promulgación, lo cierto era que esa norma mantenía su vigencia, de acuerdo con la opinión jurídica de la Procuraduría General de la República N° OJ-118-2004.

Por ser de interés para resaltar la importancia de la protección al medio ambiente, se transcriben los Considerandos V y VI del voto 12109-2008:

V.- Sobre el Decreto Ley número 65. *Por medio del decreto ley número 65 del veintiocho de julio de mil ochocientos ochenta y ocho, el legislador ordenó proteger una de las zonas en las que se encuentran las nacientes de agua que abastecen a los habitantes de las provincias de Heredia, Alajuela y parte de San José, disponiendo para tal efecto en lo que interesa lo siguiente:*

EL CONGRESO CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Siendo de utilidad pública la conservación de las montañas en que tienen origen los arroyos y manantiales que abastecen de agua a la provincia de Heredia y a una parte de la de Alajuela, DECRETA:

Art. 1° Se declara inalienable una zona de terreno de dos kilómetros de ancho, a uno y otro lado de la cima de la montaña conocida con el nombre de Montaña del Volcán de Barba, desde el cerro llamado el Zurquí hasta el que se conoce con el nombre de Concordia, ya sea dicha zona de propiedad nacional ó municipal.

Art. 2°□ Se autoriza al Poder Ejecutivo para aumentar ó disminuir la extensión de la zona a que se refiere el artículo anterior si después de practicado el reconocimiento respectivo por medio de una comisión científica, juzga conveniente modificarla en el sentido que dicha comisión indique.

*Tal y como se desprende de la lectura de la norma de cita, la intención del legislador del siglo antepasado era la de asegurar que las provincias de Alajuela, Heredia y San José pudieran garantizarse en el futuro el recurso hídrico necesario para satisfacer las necesidades de la población. Para lograr lo anterior, el legislador dispuso la creación de una zona inalienable, la cual no podía ser objeto de ningún tipo de posesión en razón de su naturaleza pública, tal y como lo ha sostenido este Tribunal en una serie de pronunciamientos, como es el caso de la sentencia número **422-96** del veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis, en la que se señaló en lo que interesa:*

□(□)El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público.- Se trata de bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres, es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Por ello, son sus características el ser inalienables, imprescriptibles, inembargables; no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen. Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, no un derecho a la propiedad. (□)□

***VI.-** Partiendo de lo externado en los considerandos anteriores, esta Sala considera que en el caso concreto se constata una violación a lo dispuesto por el artículo 50 constitucional, la cual es achacable al Estado y a las municipalidades recurridas. <u>En lo que respecta al Estado Costarricense, se tiene por probado que a lo largo de los años, éste no ha realizado las labores correspondientes a efecto de delimitar la zona comprendida por la Ley número 65 de mil ochocientos ochenta y ocho, con el fin de garantizar que en dicho lugar no se llevara a cabo ningún tipo de actividad humana y cumplir así con la pretensión que tenía el legislador al momento de dictar la norma de cita</u>. Dicha inercia se mantiene incluso hasta la actualidad, pues el Ministerio de Ambiente y Energía, como autoridad encargada de velar por los recursos naturales del país, ha incumplido con su labor de delimitar y vigilar en forma efectiva, la franja de terreno establecida por la ley número 65, ello a pesar de que el legislador afectó dicha zona al dominio público con el fin de crear un área libre de cualquier tipo de injerencia de particulares, intención que no se ha cumplido a la fecha, ya que en los autos consta que incluso se han otorgado permisos de construcción en el terreno de cita. En el caso de las municipalidades accionadas, se deduce de la prueba aportada al expediente que dichas corporaciones han otorgado permisos de construcción en la zona comprendida por el decreto ley número 65, situación que vulnera no sólo el deseo que tenía el legislador al momento de promulgar la norma de cita, sino que además violenta lo dispuesto por el artículo 50 constitucional, en razón de lo expuesto anteriormente. Conviene mencionar, que si bien en la ley número 65 no se establece claramente el grado de limitación al que estaba sometida la*

zona establecida por dicha ley, lo cierto es que en aplicación del principio de indubio pro natura, y tomando en cuenta el espíritu de la norma de cita, esta Sala considera que debe entenderse que dicha protección es total, por lo que no puede otorgarse ningún tipo de permiso o concesión en dicha franja de terreno. Asimismo, estima este Tribunal que ninguna de las autoridades recurrida puede alegar desconocimiento de lo dispuesto por la ley número 65, pues si bien ha transcurrido más de un siglo desde que la misma fuera creada, lo cierto es que dicha norma mantiene aún su vigencia, tal y como se deduce de la Opinión Jurídica número OJ-118-2004 de la Procuraduría General de la República. Así, en razón de lo expuesto anteriormente, lo procedente es acoger el recurso en cuanto a este extremo, ordenando al Ministerio recurrido coordinar lo correspondiente con el Instituto Geográfico Nacional para delimitar físicamente la zona comprendida por la ley antes citada, para luego recuperar los terrenos que se encuentren ahí y que estén siendo ocupados por particulares; y a las municipalidades accionadas abstenerse de otorgar cualquier tipo de permiso dentro del perímetro establecido por la ley número 65. (Subrayado no pertenece al original).

***En cuanto a la prueba documental aportada por las partes con las respuestas al emplazamiento**:*

Con fundamento en el Principio de Preclusión esta asesoría ha sido del criterio de que una vez transcurrido el plazo establecido en el artículo 349 de la L. G. A. P., (emplazamiento ante el superior) la documentación aportada no es de recibo, pero, la Junta Directiva, con base en el artículo 292 de esa misma ley, discrecionalmente puede resolver si toma en cuenta o no lo aportado.

Por si la Junta Directiva decidiera tomar en consideración la nueva prueba aportada, se informa lo siguiente:

Con la respuesta al emplazamiento (folio 374 al 392) el señor Alfonso Bejarano Arguedas aporta como prueba documental, los trámites de consulta del Minaet a la Procuraduría General de la República en relación con una investigación, contratada por los vecinos del lugar, en tormo a la interpretación de datos históricos que pone en duda la ubicación de uno de los puntos geográficos necesarios (Cerro Concordia) para completar la delimitación física de la zona inalienable del Decreto-Ley LXV que está llevando a cabo el Minaet en cumplimiento del voto constitucional. Esa investigación no fue aportada.

Con la respuesta al emplazamiento (folio 406 al 408) la Esph S. A., aporta como prueba documental, el oficio D-595 del 12 de mayo de 2010, del Director del Área de Conservación Cordillera Volcánica Central del Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Minaet, en el cual le informa a la Esph S. A., que una vez realizado el estudio pertinente en el Sistema de Información del Componente de Patrimonio Natural del Estado de esa Área, resulta evidente que la propiedad del señor Alfonso Bejarano Arguedas se encuentra dentro de los límites de la Reserva Forestal Cordillera Volcánica Central y dentro de la zona inalienable establecida en el Decreto Ley LXV. Adjunta dos mapas.

Es claro que la prueba documental aportada por las partes, fue emitida mucho tiempo después de haberse llevado a cabo la comparecencia oral y privada, por lo cual las partes tenían una evidente imposibilidad material de aportarla en aquella oportunidad procesal.

Con fundamento en lo explicado en los párrafos precedentes y sin tomar en cuenta la prueba documental aportada con las respuestas al emplazamiento, se recomienda declarar con lugar el recurso de apelación subsidiario y revocar tanto la RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010 como la RRG-AU-023-2010 de las 11:18 horas del 7 de julio de 2010, mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de revocatoria.

***Conclusiones**:*

1) El Ing. Edgar Allan Benavides Vílchez, Gerente con facultades de apoderado general sin límite de suma de la ESPH S. A., ostenta legitimación activa para actuar en el expediente.

2) La impugnación fue presentada dentro del plazo de ley.

3) Obligar a la ESPH S. A., a otorgar el servicio de electricidad al quejoso, por las razones esbozadas, las cuales, desde el punto de vista regulatorio, no son suficientes, equivaldría a obligar a ese operador a incumplir los artículos 50 constitucional y 14-e) de la Ley 7593 y sus reformas, así como los votos 12094-2007 y 12109-2008, los cuales tienen efectos erga omnes.

4) Para el dictado del acto recurrido sí había un impedimento jurídico importante que no fue considerado, el artículo 50 de la Constitución Política, que obliga al Estado a tomar acciones para garantizar que las actuales y futuras generaciones cuenten con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; resultando ello en que, en este caso, para resolver, debieron aplicarse los principios de Evitación prudente y de In dubio pro natura y los otros establecidos en el artículo 11 de la Ley de Biodiversidad, los cuales, en resumen señalan que ante el riesgo de daño grave o inminente, debe prevalecer la protección al ambiente; máxime si está en discusión si la propiedad del quejoso se encuentra dentro de una zona de reserva forestal de la Cordillera Volcánica Central y, por ende, afectada por la Ley LXV que declaró inalienable una franja de dos kilómetros entre el Cerro Zurquí y el Cerro Concordia para proteger la zona de recarga acuífera de Heredia.

5) En este caso, el derecho de propiedad no prevalece sobre el derecho de protección al ambiente, así que no se trata, como afirma el abonado, de que primero está su derecho a la propiedad y luego la sostenibilidad ambiental de las futuras generaciones.

6) Sobre la prueba para mejor resolver aportada por las partes luego de la comparecencia oral y privada, la Junta Directiva puede decidir discrecionalmente si la toma en cuenta, sobre la base de lo que estipula el artículo 292 de la L. G. A. P.( )

II. En sesión 046-2010, del 27 de octubre de 2010, cuya acta fue ratificada el 09 de noviembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 146-AJD-2010, de cita, acordó por unanimidad: 1) Declarar con lugar, en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., contra la resolución RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010, dictada por el Regulador General. 2) Revocar la RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010 y, por conexidad, la RRG-AU-023-2010 de las 11:18 horas del 7 de julio de 2010, mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de revocatoria. 3) Dar por agotada la vía administrativa.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es 1) Declarar con lugar, en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., contra la resolución RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010, dictada por el Regulador General. 2) Revocar la resolución RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010 y, por conexidad, la resolución RRG-AU-023-2010 de las 11:18 horas del 7 de julio de 2010, mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de revocatoria. 3) Dar por agotada la vía administrativa., como se dispone.

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

I. Declarar con lugar, en todos sus extremos, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S. A., contra la RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010, dictada por el Regulador General.

II. Revocar la resolución RRG-AU-019-2010 de las 13:49 horas del 6 de mayo de 2010 y, por conexidad, la resolución RRG-AU-023-2010 de las 11:18 horas del 7 de julio de 2010, mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de revocatoria.

III. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

3) RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR SERVICENTRO EL HIGUERÓN S.A. C/RRG-320-2010 DE LAS 15:30 HORAS DEL 20 DE ABRIL DE 2010. (EXPEDIENTE OT-028-2009)

El señor Félix Delgado Quesada, somete a conocimiento de la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Servicentro El Higuerón S.A. c/RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010.

El señor Robert Thomas en su oficio 143-AJD-2010, recomienda a) Ordenar que se retrotraiga el procedimiento llevado a cabo en el expediente OT-028-2009 hasta antes de que se dictara la RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010. b) Devolver el expediente OT-028-2009 al Órgano director del procedimiento para que cumpla con lo dispuesto en el inciso precedente.

La Asesoría Económica no emite criterio técnico, ya que dicho recurso se resuelve con razones de orden jurídico.

La Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 007-046-2010

1. Ordenar que se retrotraiga el procedimiento llevado a cabo en el expediente OT-028-2009 hasta antes de que se dictara la RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010.

2. Devolver el expediente OT-028-2009 al Órgano director del procedimiento para que cumpla con lo dispuesto en el inciso precedente.

3. Dictar la siguiente resolución.

RESULTANDO:

I. Que el Regulador General, mediante resolución RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010, con fundamento en la solicitud de la Dirección de Servicios de Energía, resolvió: I) Dar inicio al procedimiento administrativo contra Servicentro El Higuerón S. A., con el fin de averiguar la verdad real de los hechos sobre si la investigada brindó el suministro de combustible en surtidor(es) fuera de los parámetros de tolerancia establecidos, en la prestación del servicio público de suministro de combustible, según inspección realizada y de ser así la aplicación de la sanción si corresponde. II) Nombrar como órgano director del procedimiento a las funcionarias Dilma Araya Ordóñez y Ruth Córdoba Hernández, quienes podrán actuar conjunta o separadamente y tendrán todas las competencias otorgadas en la Ley 6227. III-V)) Realizar las prevenciones de ley (folio 21 al 27). Se notificó a Servicentro El Higuerón S. A., por fax transmitido el 5 de mayo de 2010 (folio 28).

II. Que el 5 de mayo de 2010, el señor Chu-Chin Tsai, actuando como Presidente de Servicentro El Higuerón S. A., según constancia a folio 4, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-320-2010 (folio 17 al 20).

III. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por oficio 396-DGJR-2010 del 7 de mayo de 2010, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo al tratarse lo alegado del fondo del asunto (folio 48 al 49).

IV. Que el Regulador General, mediante la resolución RRG-394-2010 de las 11:10 horas del 7 de mayo de 2010 resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por Servicentro Higuerón S. A., contra la RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010. II) Emplazar a las partes ante la Junta Directiva, previniéndoles que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 50 al 52). Fue notificada a Servicentro Higuerón S. A., por fax transmitido el 11 de mayo de 2010 (folio 53).

V. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria por oficio 579-DGJR-2010/4779 del 13 de julio de 2010 con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada. (folios 70-71)

VI. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 143-AJD-2010 del 10 de agosto de 2010, en el que se recomienda a)Ordenar que se retrotraiga el procedimiento llevado a cabo en el expediente OT-028-2009 hasta antes de que se dictara la RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010. b) Devolver el expediente OT-028-2009 al Órgano director del procedimiento para que cumpla con lo dispuesto en el inciso precedente.

VII. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.

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

<u>CONSIDERANDO</u>:

I. Que del oficio 143-AJD-2010, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

( ) ***Análisis de lo actuado en el expediente***:

En torno a la legitimación activa de quien puede actuar a nombre de Servicentro Higuerón S. A., se detecta una inconsistencia que afecta la intimación de hechos y la imputación de cargos, pues la notificación de éstos debe hacerse al representante legal.

Se observa en autos que la impugnación fue presentada por el señor Chu Chin Tsai en calidad de Presidente de Servicentro Higuerón S. A., según constancia visible a folio 4 del expediente. Esa certificación fue emitida por el Registro Público a las 10:22:23 horas del 14 de octubre de 2008 estableciendo que el señor Tsai ostenta el cargo de Presidente de Servicentro Higuerón S. A., desde el 03/08/2004 hasta el 20/06/2028.

Y a folio 44 de los autos, también consta certificación emitida por el Registro Público a las 11:21:31 horas del 12 de marzo de 2010, según la cual el cargo de Presidente de Servicentro Higuerón S. A., lo ostenta el señor Jorge Eduardo Sánchez Sibaja desde el 05/08/2009 hasta el 20/06/2028.

La inconsistencia sobre quién es el presidente de Servicentro Higuerón S. A., impide a la Autoridad Reguladora tener certeza de quién está legitimado para actuar en nombre de dicha empresa. Nótese que en el expediente hay actuaciones tanto del señor Tsai como del señor Sánchez Sibaja, ambas, en calidad de presidente y de representante legal judicial y extrajudicial de Servicentro Higuerón S. A., como se observa a folios 17, 39, 41 y 61.

En criterio de esta asesoría esa inconsistencia compromete la garantía del debido proceso y los principios de defensa y de seguridad jurídica, por lo que la Autoridad Reguladora debió haber establecido quién es el representante legal de Servicentro Higuerón S. A.

Aunado a lo anterior se observan en el expediente varios errores procesales, que también comprometen la garantía del debido proceso y vician de nulidad lo actuado, como se verá de seguido:

a) *No se ha incorporado al expediente prueba documental que esta asesoría considera sustancial.*

En resguardo de los Principios de la Verdad Real y de Defensa y de respeto a la Garantía del Debido Proceso, la Autoridad Reguladora debe incorporar a los autos toda la prueba que resulte necesario. Sin embargo, en autos se echa de menos prueba documental sustancial como lo son los oficios 663-DEN-2008/24772 del 23 de setiembre de 2008 y 060-DAJ-2009 del 27 de enero de 2009, un informe de la Dirección de Servicios de Energía que analice los resultados de todas las revisiones efectuadas por la Universidad de Costa Rica a los surtidores de Servicentro Higuerón S. A., y toda otra información relativa al asunto investigado que conste en la Dirección de Servicios de Energía. Esas omisiones quebrantan los principios indicados y el derecho de defensa.

b) *Hay dos intimaciones de hechos que son contradictorias entre sí y con respecto a la imputación de cargos.*

En torno a la intimación e imputación, dice la Procuraduría General de la República -en el Manual de procedimiento administrativo, página 56-, citando el Voto 632-99 de la Sala Constitucional, que:

El Principio de intimación consiste en el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento del funcionario la acusación formal. La instrucción de los cargos tiene que hacerse mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos que se le imputan y sus consecuencias jurídicas. Es decir, este principio significa el derecho de ser instruido de los cargos que se imputan.

Por su parte, el Principio de imputación es el derecho a una acusación formal, debe el juzgador individualizar al acusado, describir en detalle, en forma precisa y de manera clara el hecho que se le imputa. Debe realizarse una clara calificación legal del hecho, estableciendo las bases jurídicas de la acusación y la concreta pretensión punitiva. O sea, el derecho a tener una acusación formal, individualizando a los acusados, describiendo en forma detallada, precisa y clara los hechos acusados y haciendo una clara calificación legal de los hechos, de los fundamentos jurídicos de la acusación y de la concreta pretensión punitiva.

En autos se observa que se realizaron dos intimaciones de hechos, una en la RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010, visible del folio 21 al 24 del expediente y la otra en la ROD-216-2010 de las 10:40 horas del 15 de junio de 2010, visible del folio 54 a 58; que son distintas entre sí y contradictorias con respecto a la imputación de cargos de este último acto, lo cual compromete el debido proceso y el derecho de defensa.

c) *Los miembros del órgano director del procedimiento han actuado en forma separada o individual.*

Con respecto al número de integrantes de un órgano director, se informa que de acuerdo con lo que estipula la L. G. A. P., los órganos directores pueden ser unipersonales o colegiados, pues así se deduce del artículo 314, al indicar que: "1. El órgano que dirige el procedimiento será el encargado de dirigir la comparecencia. 2. Si el órgano es colegiado, será dirigido por el Presidente o por el miembro designado al efecto".

Al respecto, señala la Procuraduría General de la República en el dictamen C-173-95 que la determinación del número de funcionarios que integran un órgano director, debe tomar en consideración el mejor logro del objeto del procedimiento y los principios de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado, sobre la base de lo que estipula el artículo 269 de la L. G. A. P. Es oportuno remitir a ese dictamen en lo que respecta a un estudio más detallado de las facultades y deberes de los órganos directores.

En razón del número de integrantes que conforman el órgano director de este procedimiento, debe concluirse necesariamente que se trata de un órgano colegiado. Ahora bien, la facultad de que actúen conjunta o separadamente, debe verse a la luz de las potestades que tienen dichos órganos en la L. G. A. P., norma jurídica que no establece que pueda darse la separación de actuaciones. De la simple lectura de sus artículos se desprende, con toda

claridad, que las actuaciones las realiza el órgano como un conjunto de voluntades y no cada uno de sus integrantes, por separado.

Por tal razón, al hablar el acto recurrido de actuaciones separadas de cada integrante del Órgano director, en criterio de esta asesoría, además de que debe existir una previa delegación del colegio, debe entenderse que sólo podrán ser aquellas denominadas por la doctrina como de mero trámite, es decir, aquellas actuaciones que sirven para impulsar el procedimiento, sin que puedan, abarcar actuaciones complejas en las cuales el órgano colegiado actúa como un conjunto de voluntades.

No obstante, se advierte que la Procuraduría General de la República deriva del voto constitucional 117-98 de las 10:48 horas del 9 de enero de 1998, que si el órgano director es colegiado sus miembros siempre deben actuar conjuntamente y del voto constitucional 714-98 de las 11:45 horas del 6 de febrero de 1998, que todos ellos deben estar presentes en la comparecencia oral y privada (Manual de procedimiento administrativo, Procuraduría General de la República, 2006, página 32).

Del artículo 314 de la L. G. A. P., transcrito supra, cabe concluir que todo órgano colegiado debe contar con un Presidente, al menos, por disponerlo así expresamente ese artículo, para realizar la comparecencia oral y privada y para firmar el acta que se levante posteriormente.

Aunado a lo anterior, cabe señalar que aunque el procedimiento ordinario se rige por las normas del Libro Segundo de la L. G. A. P., (art. 214) le son aplicables los principios y normas del Libro Primero de esa misma ley, por lo cual puede afirmarse que a los órganos directores le es aplicable el artículo 49 de la L. G. A. P., el cual determina que cada órgano colegiado tendrá un Presidente, nombrado de entre sus miembros y por mayoría absoluta de ellos. Lo anterior permite reiterar que el órgano director debe contar con un Presidente, nombrado de su seno, o con un miembro que haga sus veces.

La ROD-216-2010 de las 10:40 horas del 15 de junio de 2010, mediante la cual se hace la segunda intimación de hechos y se cita a comparecencia, fue dictada únicamente por la Lic. Ruth Córdoba Hernández (folio 58); cuando debió serlo por el órgano director en pleno, como conjunto de voluntades.

Reitera esta asesoría que debe entenderse que cuando los miembros del órgano director actúan separadamente, sólo pueden realizar actos de mero trámite, carácter que no tiene la ROD-216-2010 al ser un acto con efecto propio.

d) *Se cambió a uno de los integrantes del Órgano director del procedimiento, sin que exista resolución al respecto ni se haya notificado a la investigada.*

En la RRG-320-2010 se había nombrado como Órgano director del procedimiento a las abogadas Dilma Araya Ordóñez y Ruth Córdoba Hernández, sin embargo, a folio 29 del expediente el Lic. Eric Chaves Gómez, en calidad de Coordinador del Área de Procedimientos de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de la Autoridad Reguladora, realiza actuaciones que corresponden al Órgano director del procedimiento, ya que mediante

oficio 186-DGJR-2010 del 8 de marzo de 2010, solicitó prueba documental a la Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustibles del Minaet, sobre el asunto investigado. En autos no hay actuaciones de la Lic. Araya Ordóñez, pues solo aparece actuando la Lic. Córdoba Hernández.

Considera esta asesoría que la modificación tácita en la integración del Órgano director del procedimiento, quebranta el derecho de defensa de la investigada, puesto que en contra de sus integrantes, las partes pueden presentar recusaciones, o bien, sobre aquéllos podrían pesar alguna causal de impedimento, la que -de ignorarse- quebrantaría el principio de imparcialidad y provocaría la nulidad absoluta de lo actuado por el funcionario recusado o inhibido.

e) *El recurso de revocatoria fue analizado por la Lic. Ruth Córdoba Hernández, integrante del Órgano director del procedimiento, por el Lic. Eric Chaves Gómez, en el carácter indicado, quienes rindieron criterio legal al respecto.*

Como se observa en autos la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria por oficio 396-DGJR-2010 del 7 de mayo de 2010 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria (folio 48 al 49), siendo que ese informe lo suscriben la Lic. Ruth Córdoba Hernández y el Lic. Eric Chaves Gómez; de quienes, como arriba se dijo, hay actuaciones en el expediente.

Esa actuación quebranta los principios constitucionales de independencia y de imparcialidad. El órgano director del procedimiento está inhibido de actuar como asesor legal en otras etapas del procedimiento administrativo, pues es una causal de abstención, a la luz del artículo 230.2) de la L. G. A. P., en relación con el artículo 53-10) del Código procesal civil.

Se concluye señalando que los errores de procedimiento indicados supra, obligan a recomendar que se retrotraiga el procedimiento hasta antes del dictado de la RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010.

Por último, se informa que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también a la Asesora Económica que se pronunciara sobre la impugnación, por lo cual sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver el recurso planteado.

Conclusiones*:*

a) No hay certeza de quién es el presidente y representante legal de Servicentro El Higuerón S. A.

b) Los errores procesales observados en el expediente, en torno a la falta de incorporación de prueba documental sustancial, de haberse realizado dos intimaciones de hechos que son contradictorias entre sí y con respecto a la imputación de cargos, de haber actuaciones separadas de un órgano director colegiado y de cambiar su integración sin que exista resolución al respecto ni se haya notificado a la investigada; comprometen la garantía del debido proceso, el derecho de defensa y los principios de legalidad y de imparcialidad, lo

cual obliga a retrotraer el procedimiento hasta antes del dictado de la RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010. ( )

II. Que en sesión 046-2010, del 27 de octubre de 2010, cuya acta fue ratificada el 09 de noviembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 143-AJD-2010, de cita, acordó por unanimidad: a) Retrotraer el procedimiento llevado a cabo en el expediente OT-028-2009 hasta antes de que se dictara la RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010. b) Devolver el expediente OT-028-2009 al Órgano director del procedimiento para que cumpla con lo dispuesto en el inciso precedente.

III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es a) Retrotraer el procedimiento llevado a cabo en el expediente OT-028-2009 hasta antes de que se dictara la RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010. b) Devolver el expediente OT-028-2009 al Órgano director del procedimiento para que cumpla con lo dispuesto en el inciso precedente, como se dispone.

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

I. Ordenar que se retrotraiga el procedimiento llevado a cabo en el expediente OT-028-2009 hasta antes de que se dictara la RRG-320-2010 de las 15:30 horas del 20 de abril de 2010.

II. Devolver el expediente OT-028-2009 al Órgano director del procedimiento para que cumpla con lo dispuesto en el inciso precedente.

NOTIFÍQUESE.

4) RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, NULIDAD CONCOMITANTE E INCIDENTE DE SUSPENSIÓN DEL ACTO, INTERPUESTO POR EMPRESA CORACÚ S.A., OPERADORA DE LA RUTA 224, C/RRG-127-2010 DE LAS 11:00 HORAS DEL 22 DE FEBRERO DE 2010. (EXPEDIENTE ET-210-2009)

El señor Félix Delgado Quesada, somete a conocimiento de la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, nulidad concomitante e incidente de suspensión del acto, interpuesto por Empresa Coracú S.A., operadora de la ruta 224, C/RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010.

El señor Robert Thomas en su oficio 165-AJD-2010, recomienda a) Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa Coracú S. A., contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b) Declarar sin lugar la nulidad concomitante y la solicitud de suspensión del acto administrativo, interpuestas por Empresa Coracú S. A., en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. c) Dar por agotada la vía administrativa

La Asesoría Económica no emite criterio técnico, ya que dicho recurso se resuelve con razones de orden jurídico.

La Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 008-046-2010

1. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa Coracú S. A., contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General.

2. Declarar sin lugar la nulidad concomitante y la solicitud de suspensión del acto administrativo, interpuestas por Empresa Coracú S. A., en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General.

3. Dar por agotada la vía administrativa**.**

4. Dictar la siguiente resolución.

RESULTANDO:

I. Que el Regulador General, mediante resolución RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Fijar las tarifas para las rutas de transporte remunerado de personas que se detallan en ese acto. II) Solicitar a Tralapa Ltda., y Lumaca S. A., que respondan las oposiciones planteadas en el plazo de diez días hábiles. III) Solicitar a los operadores del transporte remunerado de personas a quienes se les fijaron tarifas que cumpla con lo que se indica en ese acto (folio 1558-A al 1656). Fue publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010 (folio 1192 al 1231). Por auto de comunicación de las 15:30 horas del 22 de febrero de 2010, se hizo saber a las partes que debido al tamaño de la resolución, era materialmente imposible notificarla por fax, por lo que debían presentarse a la Autoridad Reguladora a retirarla en el plazo de tres días hábiles (folio 1658.

II. Que el 8 de marzo de 2010, el señor Randall Rojas Esquivel, Secretario con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Empresa Coracú S.A., según consta en autos, operadora de la ruta 224, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio, nulidad concomitante e incidente de suspensión del acto, contra la resolución RRG-127-2010 (folio 1382 al 1403).

III. Que el Regulador General, en la resolución RRG-192-2010 de las 13:50 horas del 10 de marzo de 2010 adicionó la parte dispositiva de la RRG-127-2010 y fijó tarifas a la ruta 200MB-BS operada por Microbuses Alajuela San José Ltda. Fue publicada en La Gaceta 56 del 22 de marzo de 2010 (folio 1707).

IV. Que el Regulador General, en la resolución RRG-261-2010 de las 13:30 horas del 13 de abril de 2010 modificó la parte dispositiva de la RRG-127-2010 y fijó otras tarifas a las rutas 506 y 524 operadas por Reyna del Campo S. A. Fue publicada en La Gaceta 77 del 22 de abril de 2010 (folio 1788).

V. Que el Regulador General, en la resolución RRG-265-2010 de las 14:00 horas del 13 de abril de 2010 adicionó la parte dispositiva de la RRG-127-2010 y fijó tarifas a la ruta 250 operada por Autotransportes Chacón Barrantes S. A. Fue publicada en La Gaceta 78 del 23 de abril de 2010 (folio 1786).

VI. Que la Dirección de Servicios de Transporte, por oficio 526-DITRA-2010/2236 del 7 de abril de 2010, indicó que no emitía criterio sobre lo argumentado en el recurso de revocatoria por tratarse de materia legal. Además señaló que como la recurrente era permisionaria de la ruta 224, no se le aplicó el requisito de tener contrato refrendado y que la razón por la cual se le había excluido de la fijación tarifaria, era el no haber aportado dentro del plazo otorgado, la información sobre las encuestas (folio 1731 al 1733).

VII. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por oficio 445-DGJR-2010 del 31 de mayo de 2010, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria, la nulidad y el incidente de suspensión del acto y recomendó que fueran rechazados (folio 2251 al 2279).

VIII. Que el Regulador General mediante la RRG-405-2010 de las 10:20 horas del 6 de julio de 2010, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por la Empresa Coracú S. A., contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010. II) Rechazar por el fondo el incidente de nulidad absoluta interpuesto por la Empresa Coracú S. A., contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010. III) Rechazar de plano por inadmisible, el incidente de suspensión del acto interpuesto por la Empresa Coracú S. A., contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010. IV) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a las partes que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de

la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 2344 al 2375). Fue notificada a la Empresa Coracú S. A., por fax transmitido el 7 de julio de 2010 (folio 2373).

IX. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por oficio 644-DGJR-2010 del 3 de agosto de 2010, con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación subsidiaria planteada (folios 2550 y 2551).

X. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 163-AJD-2010, del 28 de setiembre de 2010, en el que se recomienda a) Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa Coracú S. A., contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b) Declarar sin lugar la nulidad concomitante y la solicitud de suspensión del acto administrativo, interpuestas por Empresa Coracú S. A., en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. c) Dar por agotada la vía administrativa.

XI. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 163-AJD-2010, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

(□) ***Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación****:*

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor Randall Rojas Esquivel, Secretario con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Empresa Coracú S. A., según consta en autos, la que como operadora de la ruta 224 tiene interés legítimo en la petición de tarifas y la que resulta destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente ostenta legitimación activa para actuar a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L.G.A.P., en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-127-2010 fue publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010 (folio 1192 al 1231), que por auto de comunicación de las 15:30 horas del 22 de febrero de 2010, se hizo saber a las partes que debido al tamaño de la resolución, era materialmente imposible notificarla por fax, por lo que debían

presentarse a la Autoridad Reguladora a retirarla en el plazo de tres días hábiles (folio 1658), pero no hay constancia de que la Empresa Coracú S. A., retirara la resolución o se le notificara y que el recurso fue presentado el 8 de marzo de 2010 (folio 1382 al 1403).

Del análisis comparativo entre la fecha de publicación 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 L. G. A. P., se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

***Análisis jurídico de los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación**:*

No lleva razón en lo que argumenta por cuanto el requisito de admisibilidad de tener el contrato refrendado no le fue aplicado, ya que la Empresa Coracú S. A., es permisionaria de la ruta 224, no concesionaria.

La razón por la cual no se le otorgó el aumento tarifario fue el no haber aportado, dentro del plazo, la información sobre las encuestas, establecida en la RJD-135-2009 de las 8:15 horas del 11 de mayo de 2009, modificada por la RJD-170-2009 de las 8:00 horas del 7 de julio de 2009; de acuerdo con lo explicado por la Dirección de Servicios de Transporte en el oficio 526-DITRA-2010/2236 del 7 de abril de 2010 visible del folio 1731 al 1733 del expediente.

Cabe aclarar que la interpretación que la recurrente hace del artículo 12 de la Ley 3503 y del artículo 145 de la L. G. A. P., es incorrecta desde el punto de vista jurídico. El primer artículo establece lo siguiente:

***Artículo 12**.- La concesión se formalizará mediante contrato que suscriban el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y el concesionario. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos lo refrendará e inscribirá en el Registro de concesiones y permisos que llevará ese Ministerio.*

El segundo artículo señala que:

***Artículo 145.-** 1. Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento. (El original no está subrayado).*
2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.
3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.
4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.

De esas normas se concluye, con toda claridad, que el artículo 12 de la Ley 3503 obliga a la Autoridad Reguladora a refrendar los contratos de concesión y a inscribirlos en el registro del Mopt, y el artículo 145 de la L. G. A. P., establece limitaciones a los efectos del acto administrativo, entre las cuales se encuentran los requisitos de eficacia.

El refrendo es uno de ellos, pues es un acto posterior de aprobación de otro acto dictado por un órgano o un ente distinto, por tal motivo si no ha sido otorgada, aquel acto es ineficaz y no surte efectos jurídicos.

Aunado a lo anterior se tiene que los artículos 5 y 9 de la Ley 7593 y sus reformas, establecen a la Autoridad Reguladora la obligación de verificar, de previo a fijar tarifas, que los operadores tengan el respectivo título habilitante. En consecuencia, es correcto que en las peticiones tarifarias se establezca como requisito que el operador tenga el título habilitante y que éste cumpla con los requisitos de eficacia pedidos por el ordenamiento jurídico.

En el acta de la audiencia pública (folios 925 al 934) el informe de oposiciones y coadyuvancias (folios 960 al 963) ni en la resolución recurrida (folios 1192 al 1231), consta que la recurrente haya presentado posición u oposición al asunto tramitado en el ET-210-2009. Tampoco consta en autos coadyuvancias de la recurrente en las posiciones y oposiciones de otras partes del procedimiento. Por consiguiente, no puede ser de recibo el reproche de la recurrente respecto de la forma en que se hace referencia a las posiciones y oposiciones en la resolución recurrida.

***Análisis jurídico de la nulidad absoluta concomitante y la solicitud de suspensión del acto**:*

Sobre la admisibilidad de la gestión cabe señalar que el artículo 175 de la L. G. A. P., establece que El administrado podrá impugnar el acto absolutamente nulo, en la vía administrativa o judicial, en el plazo de un año contado a partir del día siguiente a su comunicación .

Como la nulidad absoluta fue planteada concomitantemente con el recurso de revocatoria con apelación en subsidio, debe analizarse su admisibilidad a la luz de las impugnaciones planteadas, los cuales fueron presentados dentro del plazo de ley.

El artículo 180 de la L. G. A. P., indica que será competente, en la vía administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto, el órgano que lo dictó, el superior jerárquico del mismo, actuando de oficio o en virtud de recurso administrativo, o el contralor no jerárquico en la forma y con los alcances que señale esa ley.

Con base en lo estatuido en esa norma, cabe señalar que le compete a la Junta Directiva resolver la nulidad alegada.

Como lo argumentado para la impugnación sirve de base para la nulidad absoluta y la solicitud de suspensión del acto y, siendo que tales argumentos carecen de sustento jurídico, lo procedente es declarar sin lugar tanto la nulidad absoluta como la solicitud de suspensión del acto.

No obstante, se manifiesta que en la RRG-127-2010 no se ha producido ninguna nulidad porque, para que así sea, -dice el artículo 166 de la L. G. A. P.-, al acto administrativo deben faltarle totalmente uno o varios de los elementos constitutivos, real o jurídicamente.

De acuerdo con esa ley, esos elementos son: 1. Sujeto (artículo 129); 2. Forma (artículo 134); 3. Procedimiento (artículo 308 y siguientes); 4. Motivo (artículo 133); 5. Contenido (artículo 132) y; 6. Fin (artículos 131).

La RRG-127-2010 tiene todos los elementos exigidos por las referidas normas, porque:

a) Fue dictado por el órgano competente (sujeto) -el Regulador General-, órgano que tiene la investidura para dictarlo.
b) Fue expresado por escrito (forma), como jurídicamente corresponde.
c) Antes de dictarlo, se desplegaron las actuaciones (procedimiento), establecidas en el ordenamiento jurídico para el caso en cuestión.
d) Fueron consideradas las situaciones de hecho y de Derecho (motivo), atinentes al caso.
e) Se expresó en sus partes considerativa y dispositiva (contenido), la decisión del órgano que lo dictó.
f) La fijación de tarifas es el (fin) que se busca con el acto.

Como puede apreciarse, al acto recurrido no le falta ninguno de sus elementos constitutivos. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que se ha producido la nulidad alegada ni mucho menos para afirmar que sus efectos deban ser suspendidos, pues no los produjo en la esfera jurídica de la recurrente, dado que no se le fijaron tarifas.

Por último, se informa que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también a la Asesora Económica que se pronunciara sobre la impugnación, por lo cual sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver el recurso planteado.

***Conclusiones**:*

a) El señor Randall Rojas Esquivel, Secretario con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Empresa Coracú S. A., S. A., ostenta legitimación activa para actuar en el expediente.

b) La impugnación subsidiaria fue presentada dentro del plazo del artículo 346 y la nulidad concomitante dentro del plazo del artículo 175, ambos de la L. G. A. P.

c) El requisito de admisibilidad de tener el contrato refrendado no le fue aplicado, ya que la Empresa Coracú S. A., es permisionaria de la ruta 224, no concesionaria. La razón por la cual no se le otorgó el aumento tarifario fue el no haber aportado, dentro del plazo, la información sobre las encuestas, establecida en la RJD-135-2009 de las 8:15 horas del 11 de mayo de 2009, modificada por la RJD-170-2009 de las 8:00 horas del 7 de julio de 2009.

d) A la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, no le falta ninguno de sus elementos constitutivos, por ello no hay base jurídica para concluir que se ha producido la nulidad alegada ni mucho menos para afirmar que sus efectos deban ser suspendidos, pues no los produjo en la esfera jurídica de la recurrente, dado que no se le fijaron tarifas. ( )

II. En sesión 046-2010, del 27 de octubre de 2010, cuya acta fue ratificada el 09 de noviembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 163-AJD-2010; de cita, acordó por unanimidad: a) Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa Coracú S. A., contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b) Declarar sin lugar la nulidad concomitante y la solicitud de suspensión del acto administrativo, interpuestas por Empresa Coracú S. A., en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. c) Dar por agotada la vía administrativa.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es a) Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa Coracú S. A., contra la resolución RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b) Declarar sin lugar la nulidad concomitante y la solicitud de suspensión del acto administrativo, interpuestas por Empresa Coracú S. A., en el caso de la resolución RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. c) Dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

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

I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Empresa Coracú S. A., contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General.

II. Declarar sin lugar la nulidad concomitante y la solicitud de suspensión del acto administrativo, interpuestas por Empresa Coracú S. A., en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General.

III. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

5) RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO Y SOLICITUD DE CORRECCIÓN DE ERROR MATERIAL, INTERPUESTOS POR EL SEÑOR VÍCTOR AGUILAR UMAÑA, OPERADOR DE LAS RUTAS 148 Y 151, C/RRG-127-2010 DE LAS 11:00 HORAS DEL 22 DE FEBRERO DE 2010. (EXPEDIENTE ET-210-2009)

El señor Félix Delgado Quesada, somete a conocimiento de la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio y solicitud de corrección de error material, interpuestos por el señor Víctor Aguilar Umaña, operador de las rutas 148 y 151, c/RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010.

El señor Robert Thomas en su oficio 163-AJD-2010, recomienda a) Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Víctor Aguilar Umaña operador de las rutas 148 y 151, contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b) Rechazar de plano, por improcedente, la solicitud de corrección error material en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. c) Dar por agotada la vía administrativa.

La Asesoría Económica no emite criterio técnico, ya que dicho recurso se resuelve con razones de orden jurídico.

La Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 009-046-2010

1. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Víctor Aguilar Umaña operador de las rutas 148 y 151, contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General.

2. Rechazar de plano, por improcedente, la solicitud de corrección error material en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General.

3. Dar por agotada la vía administrativa.

4. Dictar la siguiente resolución.

RESULTANDO:

I. Que el Regulador General mediante resolución RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Fijar las tarifas para las rutas de transporte remunerado de personas que se detallan en ese acto. II) Solicitar a Tralapa Ltda., y Lumaca S. A., que respondan las

oposiciones planteadas en el plazo de diez días hábiles. III) Solicitar a los operadores del transporte remunerado de personas a quienes se les fijaron tarifas que cumpla con lo que se indica en ese acto (folio 1558-A al 1656). Fue publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010 (folio 1192 al 1231). Por auto de comunicación de las 15:30 horas del 22 de febrero de 2010, se hizo saber a las partes que debido al tamaño de la resolución, era materialmente imposible notificarla por fax, por lo que debían presentarse a la Autoridad Reguladora a retirarla en el plazo de tres días hábiles (folio 1658).

II. Que el 8 de marzo de 2010, el señor Víctor Aguilar Umaña, operador de las rutas 148 y 151, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio y solicitud de corrección de error material, contra la resolución RRG-127-2010 (folio 1431 al 1435).

III. Que el Regulador General, en la resolución RRG-192-2010 de las 13:50 horas del 10 de marzo de 2010 adicionó la parte dispositiva de la resolución RRG-127-2010 y fijó tarifas a la ruta 200MB-BS operada por Microbuses Alajuela San José Ltda. Fue publicada en La Gaceta 56 del 22 de marzo de 2010 (folio 1707).

IV. Que el Regulador General en la resolución RRG-261-2010 de las 13:30 horas del 13 de abril de 2010 modificó la parte dispositiva de la resolución RRG-127-2010 y fijó otras tarifas a las rutas 506 y 524 operadas por Reyna del Campo S. A. Fue publicada en La Gaceta 77 del 22 de abril de 2010 (folio 1788).

V. Que el Regulador General, mediante la resolución RRG-265-2010 de las 14:00 horas del 13 de abril de 2010 adicionó la parte dispositiva de la resolución RRG-127-2010 y fijó tarifas a la ruta 250 operada por Autotransportes Chacón Barrantes S. A. Fue publicada en La Gaceta 78 del 23 de abril de 2010 (folio 1786).

VI. Que la Dirección de Servicios de Transporte, por oficio 528-DITRA-2010/2234 del 7 de abril de 2010, indicó que no emitiría criterio sobre los aspectos legales del recurso de revocatoria, pero aclaró que el recurrente no contaba con el contrato debidamente refrendado para la ruta 148 y que no había aportado la información sobre las encuestas para las rutas 148 y 151. La declaración jurada aportada a folio 4829 del ET-158-2009 no hacía referencia a esas rutas (folio 1725 al 1727).

VII. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por oficio 456-DGJR-2010 del 31 de mayo de 2010, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera resuelto con base en el criterio técnico (folio 2341 al 2343).

VIII. Que el Regulador General, mediante la resolución RRG-412-2010 de las 11:00 horas del 6 de julio de 2010, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Víctor Aguilar Umaña, operador de las rutas 148 y 151 contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva,

previniéndole a las partes que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 2522 al 2541). Fue notificada al señor Víctor Aguilar Umaña por fax transmitido el 8 de julio de 2010 (folio 2535).

IX. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria por oficio 647-DGJR-2010 del 3 de agosto de 2010, con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación subsidiaria planteada (folios 2554 y 2555).

X. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 165-AJD-2010 del 28 de setiembre de 2010, en el que se recomienda a) Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Víctor Aguilar Umaña operador de las rutas 148 y 151, contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b) Rechazar de plano, por improcedente, la solicitud de corrección error material en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. c) Dar por agotada la vía administrativa.

XI. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 165-AJD-2010 arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

*(□) **Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación**: En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor Víctor Aguilar Umaña, quien como operador de las rutas 148 y 151 tiene interés legítimo en la petición de tarifas y quien resulta destinatario de los efectos del acto. Consecuentemente ostenta legitimación activa para actuar a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L.G.A.P., en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593 y sus reformas.*

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-127-2010 fue publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010 (folio 1192 al 1231), que por auto de comunicación de las 15:30 horas del 22 de febrero de 2010, se hizo saber a las partes que debido al tamaño de la resolución, era materialmente imposible notificarla por fax, por lo que debían presentarse a la Autoridad Reguladora a retirarla en el plazo de tres días hábiles (folio 1658), pero no hay

constancia de que el señor Víctor Aguilar Umaña, retirara la resolución o se le notificara y que el recurso fue presentado el 8 de marzo de 2010 (folio 1431 al 1435).

Del análisis comparativo entre la fecha de publicación 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 L. G. A. P., se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

Análisis jurídico de los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación:

La Autoridad Reguladora puede establecer discrecionalmente los requisitos de admisibilidad que considere pertinentes para cada fijación tarifaria, en razón de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Ley 7593 y sus reformas, en relación con el artículo 41 del Reglamento a esa ley.

La solicitud de corrección de error material, resulta improcedente, puesto que el acto recurrido no contiene el error que se alega, en razón de que el motivo para no haberle fijado tarifas a las rutas 148 y 151 fue el haber incumplido los requisitos de admisibilidad, de acuerdo con lo afirmado por la Dirección de Servicios de Transporte en el oficio 528-DITRA-2010/2234 del 7 de abril de 2010 (folio 1725 al 1727), ya que el recurrente no contaba con el contrato debidamente refrendado para la ruta 148 (pues es concesionario de esa ruta y permisionario en la otra) y no había aportado la información sobre las encuestas para ambas rutas. Esa dirección aclaró que la declaración jurada aportada a folio 4829 del ET-158-2009, no se refería a las rutas en cuestión.

Conclusiones:

a) El señor Víctor Aguilar Umaña operador de las rutas 148 y 151, ostenta legitimación activa para actuar en el expediente.

b) La impugnación subsidiaria fue presentada dentro del plazo de ley.

c) La Autoridad Reguladora puede establecer discrecionalmente los requisitos de admisibilidad que considere pertinentes para cada fijación tarifaria, en razón de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Ley 7593 y sus reformas, en relación con el artículo 41 del Reglamento a esa ley.

d) La RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010 no contiene el error material que se alega, por lo cual tal solicitud resulta improcedente.

e) A las rutas 148 y 151 no se le fijaron tarifas por haber incumplido los requisitos de admisibilidad, de contar con contrato refrendado para la ruta 148 y no presentar la información sobre las encuestas para ambas rutas.(□)□

II. En sesión 046-2010, del 11 de octubre de 2010, cuya acta fue ratificada el 09 de noviembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 165-AJD-2010, de cita, acordó por unanimidad: a) Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Víctor Aguilar Umaña operador de las rutas 148 y 151, contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b) Rechazar de plano, por improcedente, la solicitud de corrección error material en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. c) Dar por agotada la vía administrativa.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es a)Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Víctor Aguilar Umaña operador de las rutas 148 y 151, contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b)Rechazar de plano, por improcedente, la solicitud de corrección error material en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. c) Dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

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

I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Víctor Aguilar Umaña operador de las rutas 148 y 151, contra la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General.

II. Rechazar de plano, por improcedente, la solicitud de corrección error material en el caso de la RRG-127-2010 de las 11:00 horas del 22 de febrero de 2010, publicada en La Gaceta 43 del 3 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General.

III. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

6) RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS (AYA) C/RRG-10352-2009 DE LAS 12:00 HORAS DEL 16 DE DICIEMBRE DE 2009. (EXPEDIENTE ET-88-2009)

El señor Félix Delgado Quesada, somete a conocimiento de la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA) c/RRG-10352-2009 de las 12:00 horas del 16 de diciembre de 2009.

El señor Robert Thomas en su oficio 090-AJD-2010, recomienda a) Rechazar de plano, por improcedente, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados contra la RRG-209-2010 de las 11:15 horas del 15 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b) Resolver con criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados contra la RRG-10352-2009 de las 12:00 horas del 18 de diciembre de 2009, publicada en el Alcance 51-A a La Gaceta 251 del 28 de diciembre de 2009, dictada por el Regulador General. c) Dar por agotada la vía administrativa cuando se resuelva por el fondo la impugnación en subsidio.

La Asesoría Económica mediante su oficio 117-AJD-2010 de 22 de junio de 2010, señala que con fundamento en el mérito de los autos y en el criterio rendido en este oficio, se recomienda que la Junta Directiva dicte un acto razonado para: rechazar el recurso de apelación presentado por el señor Eduardo Lezama Fernández, contra la RRG-10352-2009.

La Junta Directiva por unanimidad resuelve:

ACUERDO 010-046-2010

1. Rechazar, por improcedente, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados contra la RRG-209-2010 de las 11:15 horas del 15 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General.

2. Dar por agotada la vía administrativa cuando se resuelva por el fondo la impugnación en subsidio.

3. Dictar la siguiente resolución.

RESULTANDO:

I. Mediante resolución RRG-10352-2009 de las 12:00 horas del 16(sic) de diciembre de 2009 con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente, el Regulador General resolvió: I) Fijar para los servicios de acueducto y alcantarillado que brinda el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, las tarifas que se detallan en ese acto que regirán a partir de su publicación en el diario oficial. II) Fijar para los servicios de acueducto y alcantarillado que brinda el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, las tarifas que se detallan en ese acto, que regirán a partir del 1° de enero

de 2011. III) Revocar todos los incrementos tarifarios aprobados en la RRG-8861-2008, que comenzaban a regir el 1° de enero de 2010 y el 1° de enero de 2011. IV) Improbar incrementos en las tarifas de servicios especiales de acueducto, por lo que se mantienen vigentes las tarifas que aplica actualmente el A y A a esos servicios. V) Indicarle al A y A que ante el déficit de recursos para ejecutar el plan de inversiones en la magnitud y cronograma proyectado, debe: 1) priorizar inversiones de la mejor manera que le permita mantener o mejorar sus niveles de calidad del servicio, eficiencia y cobertura ó 2) recurrir a nuevos empréstitos para cubrir su déficit. VI) y IX) Indicarle al A y A que cumpla con las disposiciones que se le indican. VII-VIII) Trasladar las oposiciones de los señores Manuel Hernández Marín y Carlos Alfaro Villegas a la Dirección de Protección al Usuario para que las tramite como quejas (folio 1840 al 1866). Fue notificada al A y A el 5 de enero de 2010 (folio 1864). Fue publicada en el Alcance 51-A a La Gaceta 251 del 28 de diciembre de 2009 (folio 1885 al 1892).

II. Que el Regulador General, en la resolución RRG-009-2010 de las 15:00 horas del 5 de enero de 2010, resolvió: I) Corregir los errores materiales incurridos en la RRG-10352-2009 de las 12:00 horas del 16 de diciembre de 2009 en cuanto a señalar que: 1) La fecha correcta de esa resolución es 18 de diciembre de 2009 y no como se consignó y 2) Que el oficio que sirvió de base para ese acto es el 398-DIAA-2009 y no el que se consignó (folio 1893 al 1896). Fue publicada en La Gaceta 13 del 20 de enero de 2010 (folio 1905).

III. Que el 7 de enero de 2010, el Lic. Eduardo Lezama Fernández, Subgerente General, con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, según consta en autos, planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-10352-2009 (folio 1735 al 1741).

IV. Que la Dirección de Servicios de Aguas y Ambiente, por oficio 023-DIAA-2010/253 del 13 de enero de 2010, analizó los aspectos técnicos del recurso de revocatoria y recomendó que se rechazara lo argumentado (folio 1877 al 1884).

V. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por oficio 195-DGJR-2010 del 10 de marzo de 2010, analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera resuelto de acuerdo con el criterio técnico (folio 1938 al 1941).

VI. Que el Regulador General en la resolución RRG-209-2010 de las 11:15 horas del 15 de marzo de 2010, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados contra la resolución RRG-10352-2009 de las 12:00 horas del 18 de diciembre de 2009, publicada en el Alcance 51-A a La Gaceta 251 del 28 de diciembre de 2009. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a las partes que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 1921 al 1931). Fue notificada al A y A el 25 de marzo de 2010 (folio 1930).

VII. Que el 6 de abril de 2010 el Subgerente General del A y A responde el emplazamiento y, a la vez, plantea recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-209-2010 de las 11:15 horas del 15 de marzo de 2010, adicionando a lo alegado en la primera impugnación.

VIII. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por oficio 324-DGJR-2010 del 27 de abril de 2010 con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada (folios 1942 y 1943).

IX. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 090-AJD-2010 del 28 de mayo de 2010, en el que se recomienda a) Rechazar de plano, por improcedente, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados contra la RRG-209-2010 de las 11:15 horas del 15 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b) Resolver con criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados contra la RRG-10352-2009 de las 12:00 horas del 18 de diciembre de 2009, publicada en el Alcance 51-A a La Gaceta 251 del 28 de diciembre de 2009, dictada por el Regulador General. c) Dar por agotada la vía administrativa cuando se resuelva por el fondo la impugnación en subsidio.

X. Que a Asesoría Económica de la Junta Directiva mediante oficio 117-AJD-2010, recomienda rechazar el recurso de apelación presentado por Eduardo Lezama Fernández, contra la RRG-10352-2009.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 090-AJD-2010 y 117-AJD-2010, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

(□)

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso subsidiario de apelación contra la RRG-10352-2009:

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el Lic. Eduardo Lezama Fernández, Subgerente General del A y A, según consta en autos, entidad que es la gestora de la petición de tarifas y la que resulta destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente ostenta legitimación activa para actuar a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L.G.A.P., en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-10352-2009 fue publicada en el Alcance 51-A a La Gaceta 251 del 28 de diciembre de 2009 (folio 1885 al 1892), que fue notificada al A y A el 5 de enero de 2010 (folio 1864) y que el recurso fue presentado el 7 de enero de 2010 (folio 1735 al 1741).

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 L. G. A. P., se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo de ley.

***En relación con los aspectos de fondo del recurso subsidiario de apelación**:*

Lo argumentado es de carácter técnico por lo cual no se emitirá criterio.

Por último, se informa que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también a la Asesora Económica que se pronunciara sobre la impugnación, por lo cual sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver el recurso planteado.

***Análisis jurídico de la admisibilidad del recurso de apelación en subsidio planteado contra la RRG-209-2010**:*

El artículo 345 de la L. G. A. P., establece que en el procedimiento ordinario cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final. Como se observa de los antecedentes, la RRG-209-2010 no es ninguno de los actos anteriores, pues se trata de un acto que resuelve una impugnación planteada contra la RRG-10352-2009 de las 12:00 horas del 18 de diciembre de 2009. Consecuentemente la RRG-209-2010 es un acto contra el cual no cabe la interposición de recursos.

En virtud de lo anterior, lo procedente es rechazar de plano, por improcedente, el recurso de apelación en subsidio planteado contra la RRG-209-2010 de las 11:15 horas del 15 de marzo de 2010.

***Conclusiones**:*

a) El Lic. Eduardo Lezama Fernández, Subgerente General del A y A ostenta legitimación activa para actuar en el expediente.

b) La impugnación subsidiaria fue presentada dentro del plazo de ley.

c) Lo argumentado es de carácter técnico por lo cual no se emitirá criterio.

d) La RRG-209-2010 de las 11:15 horas del 15 de marzo de 2010, es un acto contra el cual no cabe la interposición de recursos, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 345 de la L. G. A. P. (□)□

Oficio 117-AJD-2010

Aspectos técnicos del recurso subsidiario de apelación:

Con respecto al primer argumento del recurrente, referente a que las cifras de gastos operativos empleados en el análisis por parte de la ARESEP, difieren de las suministradas por el AYA, se señala que en el uso de sus atribuciones legales, concretamente en los artículos 3 inciso b), 6 inciso a), 31 y 32 de la Ley 7593 y sus reformas, la Autoridad Reguladora determina los montos y las partidas que considera deben ser reconocidas tarifariamente. Por consiguiente, las cifras de gastos operativos remitidos por la empresa solicitante, no necesariamente son los que se aceptan por parte de este organismo regulador. El análisis de cada partida de gasto se realiza conforme a la experiencia, razonabilidad y disposiciones anteriormente emitidas; y para su proyección se utiliza indicadores inflacionarios y en otros casos el comportamiento histórico, de manera que no necesariamente coincidirán las proyecciones realizadas por el AYA con las del Organismo Regulador. En el informe 398-DIAA-2009, mismo que sustenta la resolución recurrida (folio 1754) se señala que de la partida de gastos se aceptaron únicamente los debidamente justificados, además el ajuste aplicado por la ARESEP se explica porque el AYA los proyectó con inflaciones superiores a las consideradas por el Banco Central en el Programa Macroeconómico tanto para el año 2009, 2010 (10% para el 2009 y 9% para los años restantes) y en la resolución recurrida se utilizó una inflación de un 5% para el año 2009, 6% para el 2010, 7% para el 2011, 6% para el 2012y un 5% para los años 2013 y 2014. Otro gasto que se ajustó fue el Gasto por incobrables ya que de acuerdo con el acuerdo 06-001-2002 de la sesión ordinaria 01-2002 de 9 de enero de 2002 la estimación de incobrables para el sector de acueductos, alcantarillados y riego, que se reconoce tarifariamente es un máximo del 0,25% de la facturación mensual. También se ajustó se ajustó la transferencia a entidades públicas ya que el incremento propuesto de un 334% no se justifica. Por lo anterior, no se admite el argumento esgrimido por el AYA, ya que los ajustes realizados para determinar la tarifa fijada en la resolución recurrida se sustentan técnicamente.

Referente al segundo punto del recurso, en el que se señala que la petición tarifaria se presentó considerando que el incremento tarifario entraría en vigencia a partir de noviembre de 2009, y al no suceder de esa manera, la proyección de ingresos del Organismo Regulador está sobreestimada. Al respecto se señala que en el considerando 20 punto a), folio 1849 del expediente ET-88-2009, se señala claramente que las proyecciones se ajustaron considerando que el incremento autorizado entraría a regir a partir de enero 2010, por lo que los resultados financieros proyectados por el AYA para el período 2009, perdieron vigencia. Tal como se señala a folio 1879, la ARESEP modificó las proyecciones en el estudio tarifario de la siguiente manera:

Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados
Comparación de Ingresos consolidados estimados año 2009
Cifras en millones de colones

Rubro	*AYA*	*ARESEP*

Ingresos por servicios	*73.221*	*73.047*
Otros ingresos operativos	*989*	*989*
Otros ingresos	*583*	*583*
Ingresos financieros	*-*	*2.000*
Total	*74.793*	*76.619*

Por lo tanto, el recurrente no lleva la razón en este argumento.

Sobre al tercer motivo del recurso, en el que se señala que la proyección de ingresos realizada por la Autoridad Reguladora incorpora un monto de ¢2 000,00 millones en el estado de resultados, los cuales no fueron incluidos en las proyecciones del AYA, se indica que a folio 1814 consta que la ARESEP incluyó para el período 2009-2014, en el estado de resultados ¢2 000,00 millones anuales como ingresos financieros, producto de inversiones monetarias que tiene el AYA y que fueron comprobadas para el 2009, por este organismo regulador, lo que está acorde con las técnicas contables y regulatorias. Este monto se determinó con base en el promedio que ha presentado esta partida en el período 2001-2008, tal como se muestra a folio 1880. Desconocer esos ingresos sería violatorio del principio de servicio al costo por lo que, al respecto no procede darle la razón al recurrente.

Relativo al cuarto argumento del recurrente sobre la no modificación de las tarifas para los servicios especiales y la solicitud de revisar lo actuado, debido a que las tarifas no compensan los costos operativos de administrar esos sistemas, se indica que efectivamente, al resolver la petición de ajuste tarifario se excluyó los servicios especiales por lo expuesto en el párrafo 3 de la página 15 del informe 398-DIAA-2009 de 18 de diciembre de 2009 (visible a folio 1765); esto es, que se requiere mantener la tarifa de dichos servicios hasta tanto no se logre formalizar los esfuerzos para solucionar el problema de calidad, lo que no se nota ya que en las estimaciones de AyA, la cantidad de servicios de tarifa especial se mantendría constante a lo largo del período de las proyecciones.

A folio 1914 y siguientes consta que el 6 de abril de 2010 el Subgerente General del AyA responde el emplazamiento realizado por medio de la resolución RRG-209-2010 según consta a folio 1929. En lo que corresponde a esta asesoría referirse de los argumentos allí señalados, se indica no es de recibo el argumento del AyA sobre la obligación de este organismo regulador de garantizarle al AyA el nivel de rentabilidad proyectado en el estudio tarifario. En el hecho de que el AyA no obtuviera durante el 2009 la rentabilidad estimada en el estudio tarifario, inciden diferentes factores, muchos de los cuales son responsabilidad del prestador del servicio como la recuperación de los ingresos facturados y la eficiencia con la que se presta el servicio entre otros y no responsabilidad de la ARESEP; otras variables que inciden en la rentabilidad no son del dominio del operador como por ejemplo: la oferta del recurso agua, la demanda del mismo por parte de los usuarios, el nivel de inflación, la devaluación o revaluación de la moneda, aún menos del control del regulador. Y es precisamente por la incertidumbre de los mercados, que en el párrafo segundo del artículo 30 de la Ley 7593 y sus reformas, se establece que los

prestadores de los servicios deben presentar un estudio tarifario ordinario al menos una vez al año.

Reitera el argumento referente a la incorporación de ¢2 000,00 millones en el estado de resultados y sobre la no fijación de las tarifas para los servicios especiales, posiciones sobre las que ya se emitió criterio líneas atrás.

En la respuesta al emplazamiento el recurrente señala en los puntos 4. Y 5. una serie de argumentos sobre las consecuencias que ha tenido en la tasa de crecimiento de los ingresos por facturación, la política tarifaria de aplicar incrementos mayores en los precios de los bloques de mayor consumo y la reducción en el consumo del agua en términos generales aspectos que deben ser objeto de un análisis dentro del contexto de una fijación tarifaria y no como argumentos en la respuesta a un emplazamiento de un recurso de apelación.

Conclusiones:

Del análisis realizado, se concluye que el señor Eduardo Lezama Fernández, Subgerente General, del Instituto Costarricense de Acueductos y no lleva razón en los argumentos técnicos en que sustenta el recurso de apelación presentado contra la RRG-10352-2009.

Recomendaciones:

Con fundamento en el mérito de los autos y en el criterio rendido en este oficio, se recomienda que la Junta Directiva dicte un acto razonado para: rechazar el recurso de apelación presentado por señor Eduardo Lezama Fernández, contra la RRG-10352-2009.

II. En la sesión 046-2009, del 27 de octubre de 2010, cuya acta fue ratificada el 09 de noviembre del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 090-AJD-2010 y el 117-AJD-2010 de cita, acordó por unanimidad: a) Rechazar por improcedente, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados contra la RRG-209-2010 de las 11:15 horas del 15 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General. b) Dar por agotada la vía administrativa.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es a) Rechazar por improcedente, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados contra la RRG-209-2010 de las 11:15 horas del 15 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General, b) Dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

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

I. Rechazar por improcedente, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados contra la RRG-209-2010 de las 11:15 horas del 15 de marzo de 2010, dictada por el Regulador General.

II. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 4
ASUNTOS VARIOS

El señor Félix Delgado Quesada, excusa su inasistencia para las próximas sesiones.

A LAS DIECISÉIS HORAS CON DIEZ MINUTOS FINALIZÓ LA SESIÓN.

FÈLIX DELGADO QUESADA
PRESIDENTE AD-HOC JUNTA DIRECTIVA

SYLVIA SABORÍO ALVARADO
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ
MIEMBRO JUNTA DIRECTIVA

LUIS A. CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO JUNTA DIRECTIVA