ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA

47-2012

18 de junio del 2012

San José, Costa Rica

SESIÓN EXTRAORDINARIA 47-2012

Acta de la sesión extraordinaria número cuarenta y siete–dos mil doce, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la ciudad de San José, a partir de las catorce horas del lunes dieciocho de junio del dos mil doce, con la asistencia de sus miembros: Dennis Meléndez Howell, Presidente; Sylvia Saborío Alvarado, Edgar Gutiérrez López, Grettel López Castro y Pablo Sauma Fiatt, así como la de los señores: Rodolfo González Blanco, Gerente General; Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno; Juan Manuel Quesada Espinoza, Director General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1 *Aprobación del Orden del Día.*

El señor Regulador General procedió a dar lectura a los temas incluidos en la agenda de esta sesión extraordinaria, luego de lo cual la Junta Directiva resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 01-47-2012

Aprobar el Orden del Día de esta sesión, modificándolo en el sentido de entrar a conocer una vez finalizado el recibimiento de los señores de la Cámara Nacional de Transportes, el recurso de apelación y nulidad concomitante interpuesto por la Empresa Riteve SyC, S.A. y el Recurso de reconsideración expediente OT-24-2009 y el incidente de nulidad absoluta interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza en contra de la resolución RJD-001-2011, expediente OT-215-2008. El citado Orden del Día se copia a continuación:

1. ***Recibimiento de la Cámara Nacional de Transportes.***

2. ***Asuntos relacionados con recursos:***

1. *Recurso de apelación interpuesto por el señor José Ángel Solano Quirós en contra de la resolución RRG-188-2011 del 18 de octubre de 2011. OT-24-2009.*

2. *Recurso de apelación y nulidad concomitante interpuestos por la Empresa Riteve SyC S.A. contra la resolución 070-RCR-2010 del 2 de julio de 2010. ET-187-2009.*

3. *Recurso de apelación en subsidio presentado por Autotransportes Barrio San José, contra la resolución RRG-142-2010 del 23 de febrero del 2010. Oficio 352-DGJR-2012 del 10 de mayo del 2012. OT-018-2010.*

4. *Recurso de apelación en subsidio e incidente de nulidad presentado por Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A. contra la resolución 216-RCR-2010 del 19 de octubre de 2010. Oficio 276-DGJR-2012 del 18 de abril de 2012. OT-193-2009.*

5. *Recurso de reconsideración e incidente de nulidad absoluta interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza en contra de la resolución RJD-001-2011 del 12 de enero de 2011. Oficio 250-DGJR-2012 del 13 de abril de 2012. OT-215-2008.*

6. *Recurso de apelación interpuesto por Hernán Castillo Llanos contra la resolución 430-RCR-2011 de las 14:40 del 28 de abril del 2011. Oficio 063-DGJR-2012 del 6 de febrero de 2012. AU-196-2010.*

7. *Recurso de apelación presentado por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución 439-RCR-2011 de las 10:10 horas del 5 de mayo del 2011. Oficio 182-DGJR-2012 del 12 de marzo del 2012. AU-145-2009.*

8. *Recurso de apelación interpuesto por Víctor José Alvarado Gutiérrez, en contra de la resolución RDEN-3-2011 del 19 de mayo de 2011. Oficio 058-DGJR-2012 del 6 de febrero de 2012. AU-182-2010.*

9. *Recurso de apelación e incidente de nulidad interpuesto por la Empresa Hermanos Méndez Castro S.A. contra de la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo de 2010. Oficio 515-DGJR-2011 del 7 de setiembre de 2011. ET-031-2010.*

10. *Recurso de apelación interpuesto por la señora Elena Rodríguez Cheung, a nombre de la empresa Ecoservicios Punta Leona S.A. contra la RRG-6398-2007 Oficio 152-DGJR-2012 del 1 de marzo de 2012. OT-130-2006.*

11. *Recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante interpuesto por Maikol Vega Matute contra la resolución RRG-241-2010. Oficio 217-DGJR-2012 del 27 de marzo del 2012. OT-017-2007.*

ARTÍCULO 2. ***Recibimiento de la Cámara Nacional de Transportes.***

A partir de este momento ingresan personeros de la Cámara Nacional de Transportes, así como el señor Carlos Solano Carranza, Director de Servicios de Transporte.

Dennis Meléndez Howell:
Seguidamente expresó palabras de bienvenida a los señores de la Cámara Nacional de Transportes e indicó que el objeto de recibirlos, es por el interés que se tiene en conocer la situación general e inquietudes del sector, pero no se tratarán asuntos específicos o en disputa.

De inmediato los señores representantes de la Cámara Nacional de Transportes expusieron una serie de aspectos de su interés relacionados con el sector de transportes, lo cual generó un intercambio de opiniones entre los señores miembros de la Junta Directiva sobre temas diversos de dicho sector.

Analizado el tema objeto de este artículo, la Junta Directiva dispuso por unanimidad:

ACUERDO 02-47-2012

Dar por conocida la presentación realizada por personeros de la Cámara Nacional de Transportes, con el propósito de intercambiar distintas impresiones sobre temas diversos relacionados con el sector de transportes.

ARTÍCULO 3. ***Recurso de apelación y nulidad concomitante interpuestos por la Empresa Riteve SyC S.A. contra la resolución 070-RCR-2010 del 2 de julio de 2010. ET-187-2009.***

A partir de este momento ingresaron los funcionarios de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria: Selene Camacho Quesada, Henry Payne Castro y Edwin Canessa Aguilar.

Se conoció el oficio 577-DGJR-2011, del 10 de octubre del 2011, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio relacionado con el recurso de apelación y nulidad concomitante interpuestos por la Empresa Riteve SyC S.A. contra la resolución 070-RCR-2010 del 2 de julio de 2010, expediente ET-187-2009.

Juan Manuel Quesada Espinoza:
Explicó los principales extremos del oficio 577-DGJR-2012. Asimismo, se refirió a las recomendaciones del caso y respondió distintas consultas que se le formularon sobre el particular.

Dennis Meléndez Howell:
Somete a votación la propuesta recomendada, la cual los miembros de la Junta Directiva estuvieron de acuerdo en acoger.

Luego de algunos comentarios sobre el citado recurso, con base en lo recomendado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 577-DGJR-2011 del 10 de octubre del 2011, la Junta Directiva resolvió por unanimidad:

ACUERDO 03-47-2012

1. Acoger parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la empresa Riteve SYC S.A. e en contra de la resolución 070-RCR-2010 del 2 de julio del 2010.

2. Anular la resolución 070-RCR-2010 del 2 de julio del 2010 y por conexidad la resolución 178-RCR-2010 del 28 de setiembre del 2010, ambas dictadas por el Comité de Regulación.

3. Retrotraer el procedimiento tarifario hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento de análisis de admisibilidad de la petición tarifaria.

4. Dar por agotada la vía administrativa.

5. Reiterar la solicitud realizada al Consejo de Transporte Público/MOPT, mediante el oficio 066-SJD-2010 del 25 de febrero del 2010, para que a la brevedad posible, en caso de que no se haya realizado, se publique la metodología vigente que permita realizar las actualizaciones de las tarifas de la revisión técnica vehicular, según lo establece la cláusula 9.4 del "Contrato de prestación de servicios para la creación y funcionamiento de estaciones para la Revisión Técnica Integrada Vehicular, celebrado entre el Consejo de Transporte Público y el Consorcio Riteve SYC, integrado por las empresas Transal S.A. y Supervisión y Control S.A".

6. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que el 13 de noviembre de 2009, la empresa Riteve SyC S.A., con base en los artículos 19 y 20 de la reforma a la Ley No. 7331; Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, presentó ante esta Autoridad Reguladora, solicitud de ajuste en las tarifas del servicio de revisión técnica vehicular. (Folios 1 a 237).

II. Que el 2 de julio de 2010, mediante la resolución 070-RCR-2010, el Comité de Regulación de la Autoridad Reguladora, resolvió rechazar ad portas la solicitud de fijación de tarifas y ordenar el archivo de la gestión. (Folios 620 a 628).

III. Que el 15 de julio de 2010, la empresa Riteve SyC S.A., inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante contra la resolución del Comité de Regulación 070-RCR-2010 del 2 de julio de 2010. (Folios 630 a 636).

IV. Que el 8 de setiembre de 2010, la Dirección de Servicios de Transportes de la Autoridad Reguladora, mediante el oficio 1192-DITRA-2010, emitió el criterio técnico sobre el recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por la empresa Riteve SyC S.A. (Folios 649 a 652).

V. Que el 27 de setiembre de 2010, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante oficio 808-DGJR-2010, emitió el criterio jurídico del recurso de revocatoria interpuesto por la empresa Riteve SyC S.A. (Folios 653 a 660).

VI. Que el 28 de setiembre de 2010, mediante resolución 178-RCR-2010, el Comité de Regulación de la Autoridad Reguladora, resolvió rechazar el recurso de revocatoria y el incidente de nulidad interpuesto por la empresa Riteve SyC S.A. (Folios 670 a 681).

VII. Que el 7 de octubre de 2010, la empresa Riteve SyC S.A. respondió al emplazamiento conferido. (Folios 661 a 669).

VIII. Que el 20 de octubre de 2010, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 926-DGJR-2010, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP respecto al recurso de apelación interpuesto por la empresa Riteve SyC S.A. (Folios 683 a 684).

IX. Que el 29 de octubre de 2010, la Secretaría de Junta Directiva de ARESEP, mediante el memorando 450-SJD-2010, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por la empresa Riteve SyC S.A. (Folio 685).

X. Que el 10 de octubre de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 577-DGJR-2011, rindió el criterio técnico jurídico sobre el recurso de apelación y nulidad concomitante presentado por la empresa Riteve SyC S.A. contra la resolución 070-RCR-2010 del 2 de julio del 2010.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 577-DGJR-2011 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

"(...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1) ***NATURALEZA DEL RECURSO***

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

Asimismo, la empresa recurrente interpuso nulidad concomitante, que se rige por los artículos 158 al 179 de la Ley General de la Administración Pública.

2) ***TEMPORALIDAD DEL RECURSO***

La resolución recurrida fue notificada al recurrente el día 12 de julio de 2010 (folios 627 y 629) y la impugnación fue planteada el día 15 de julio de 2010 (folio 630).

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, que vencía el 15 de julio de 2010, otorgado en el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

3) ***LEGITIMACIÓN***

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que la empresa Riteve SYC S.A. está legitimada para actuar -en la forma en lo que ha hecho- como prestador del servicio de revisión técnica vehicular, de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 276 de la Ley General de la Administración Pública, en relación con los artículos 31 y 36 de la Ley 7593; ya que es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

4) ***REPRESENTACIÓN***

El señor Fernando Antonio Mayorga Castro, cédula de identidad No. 3-285-485, es gerente general con facultades de apoderado general sin límite de suma de la empresa Riteve, –según consta en la certificación notarial visible a folio 41 del expediente– por lo cual está facultado para actuar en nombre de ese operador de servicio.

III. ACOTACIONES PREVIAS

De previo a analizar el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, conviene indicar que, para solicitudes de fijaciones tarifarias como la presente y para efectos de cumplir con lo dispuesto en la Ley 7331 y en el dictamen de la Procuraduría General de la República C-53-2010, del 25 de marzo del 2010, la Autoridad Reguladora requiere de información básica para llevar a cabo su análisis. En este caso, el Ente Regulador requiere de la metodología que ha aprobado el CTP/MOPT para llevar a cabo el cálculo tarifario. Metodología que de conformidad con las normas que regulan el "Contrato de prestación de servicios para la creación y funcionamiento de estaciones para la revisión técnica integral vehicular", debe estar debidamente publicada en el diario oficial La Gaceta. En procura de esa información, se desprende de los autos, lo siguiente:

- *Inicialmente la petente señaló como fundamento de su gestión, el acuerdo 4.1 de la sesión ordinaria 40-2003 (folios 2, 5, 16, 17, 70-73,194-197, 198-202 y 204-222), mismo donde constaba la fórmula de reajuste tarifario vigente.*
- *Mediante oficio 751-DITRA-2010 (folios 240, 241), la ARESEP solicitó al petente –a nuestro criterio equivocadamente– certificación del CTP que indicara "la aprobación del detalle vigente de la metodología de reajuste de tarifas" (sic) y la publicación respectiva en La Gaceta, con indicación clara que se tratara de la metodología vigente.*
- *En respuesta a esa solicitud, mediante escrito presentado el 10 de junio de 2010 (folios 262 a 265), la petente señaló que no procedía aportar esa información, que en su gestión había aportado copia de la certificación del acuerdo 4.1 de la sesión ordinaria 40-2003 del CTP/MOPT. Señala en dicho escrito que la metodología aprobada en ese acuerdo, no ha sido derogada y se encuentra vigente; no obstante que "hay dos metodologías aprobadas para la revisión técnica".*
- *Mediante oficio 874-DITRA-2010 (folios 595 y 596), la DITRA solicitó al CTP/MOPT certificación de la metodología vigente para calcular las tarifas de la revisión técnica vehicular y de la respectiva publicación en La Gaceta.*
- *En respuesta a ese oficio, el 21 de junio de 2010 se recibió el oficio DE-2010-2104, suscrito por el Lic. Carlos Ávila, Asesor Legal de la Dirección Ejecutiva del CTP/MOPT, por medio del cual se remite certificación del acuerdo 2.1 de la sesión ordinaria 51-2009 de la Junta Directiva del CTP/MOPT (DECTP), número SE/CTP-10-04-000096-A, misma que no indica que se trate del acuerdo por medio del cual se aprobó la metodología tarifaria vigente para los servicios de revisión técnica.*

El 2 de julio de 2010 se dictó la resolución 070-RCR-2010, por medio de la cual se rechazó ad portas la solicitud de ajustar las tarifas de los servicios de revisión técnica. En esa resolución se indica en resumen, que:

- *RITEVE "no presentó el modelo tarifario aprobado y publicado" (Resultando XIII),*

- *RITEVE incumplió aportar certificación del CTP/MOPT que "indique la aprobación del detalle vigente de la metodología de reajuste de tarifas y la publicación respectiva en La Gaceta" (sic) (Considerando I.1),*
- *La DECTP manifiesta que "la metodología aprobada con el artículo 2.1 de la sesión ordinaria 51-2009, de fecha 11 de agosto de 2009, no ha sido publicada en el Diario Oficial La Gaceta" (Considerando I.1),*
- *La resolución RRG-6570-2007 establece como requisito de admisibilidad, que la petición tarifaria "deberá estar jurídica y técnicamente sustentada en los modelos de fijación de precios vigentes al momento de la solicitud" (Considerando I.1),*
- *Por haber incumplido Riteve con dichos requisitos de admisibilidad y manifestar la DECTP que la metodología aprobada en el 2009 no ha sido publicada en La Gaceta, no es posible continuar con el análisis de la solicitud, ya que no existe una metodología tarifaria vigente a aplicar (Considerando I.1).*

Por medio del oficio DVT-1196-2010, recibido el 12 de julio de 2010 -posterior al dictado de la resolución 070-RCR-2010-, la señora Viceministra del MOPT dio respuesta vía fax al oficio 874-DITRA-2010, en la que señala -en lo que interesa-, que:

- *En la sesión ordinaria 40-2003, la Junta Directiva del CTP/MOPT "determinó la metodología para el ajuste tarifario aplicable a RITEVE", misma que para su eficacia "debía publicarse como decreto ejecutivo", "publicación que no se realizó".*
- *En la sesión ordinaria 37-2004, la Junta Directiva del CTP/MOPT conoció la metodología de cálculo tarifario para la revisión técnica elaborada por la Consultoría Despacho Carvajal y Consultores Asociados S.A., "enderezándose de esta forma lo aprobado en la sesión ordinaria 40-2003".*
- *En la sesión extraordinaria 19-2004, la Junta Directiva del CTP/MOPT, con base en "esta nueva metodología", fijó las tarifas de revisión técnica para el año 2005, mismas que fueron publicadas en La Gaceta 257 del 31 de diciembre de 2004.*
- *En la sesión ordinaria 21-2009, La Junta Directiva del CTP/MOPT, aprobó el "Modelo tarifario correspondiente para el reajuste tarifario en la revisión técnica vehicular", propuesto por el Instituto de Investigación en Ciencias Económicas de la Universidad de Costa Rica e instruyó a la DECTP para que remitiera a la entonces Ministra, el "Proyecto de Reglamento del Procedimiento para el ajuste de tarifas del servicio de revisión técnica vehicular", para su aprobación y posterior trámite de publicación, "situación que se encuentra pendiente al día de hoy"*
- *(...)"*

V. ANÁLISIS POR EL FONDO

En primera instancia, considera esta asesoría, que no lleva razón el recurrente al señalar que el oficio DE-2010-2104 indujo a error al a-quo. Esto, por una simple razón: no se indica expresamente en ese oficio –como erróneamente lo señala el recurrente- que la metodología aprobada por acuerdo 51-2009 del CTP/MOPT, sea la vigente; lo cual tampoco se desprende de la certificación que se le adjunta. Independientemente de quien haya contestado lo solicitado por oficio 874-DITRA-2010, la Autoridad Reguladora tiene la obligación de verificar lo remitido y determinar si respondía o no, a lo pedido. En cuyo caso, no siendo información que: (1) proviniere del CTP/MOPT (órgano), de su Secretaría, de su Presidente, Director Ejecutivo (representantes) o delegado acreditado; (2) o se ajustare a lo que se necesitaba; la Autoridad Reguladora debió insistir en lo pedido, o bien, solicitar las

aclaraciones del caso. Se desprende de los autos, que eso no ocurrió. No por ello, puede señalarse que se indujo a error al a-quo, razón por la cual, este argumento del recurrente, debe rechazarse.

Por otra parte, señala el recurrente que lo correcto era tener como la metodología vigente, la aprobada en la sesión extraordinaria 19-2004, tal y como lo señaló la señora Viceministra de Transportes en el oficio DVT-1196-2010. Si bien ese dicho lo hace el recurrente a la luz de un documento que se hizo llegar a los autos, luego del dictado de la resolución 070-RCR-2010, llama la atención que el fundamento de la solicitud de ajuste de tarifas fue otro. Tal y como se indicó en el apartado III de este dictamen, consta en autos, que la metodología sobre la cual el petente sustentó su solicitud, fue la aprobada en la sesión 40-2003, la cual señaló que no estaba derogada y por lo tanto era la vigente. Adicionalmente, considera esta asesoría que tampoco puede inferirse del oficio DVT-1196-2010, que la metodología tarifaria vigente haya sido publicado en La Gaceta 257 del 31 de diciembre de 2004. De la lectura de ambos documentos se desprende, que lo publicado en esa Gaceta fue el acuerdo 2.1 de la sesión extraordinaria 19-2004, por medio del cual, se fijaron las tarifas para los servicios de revisión técnica para el año 2005 y que fue –según ese oficio– en la sesión ordinaria 37-2004 (mismo que no consta en autos) donde se conoció la metodología propuesta por el Despacho Carvajal, "enderezándose de esta forma lo aprobado en la sesión ordinaria 40-2003". Por esas inconsistencias y la imposibilidad de determinar en este momento - con la información que consta en autos-, cuál es la metodología tarifaria aplicable, vigente y eficaz a la especie, deben rechazarse estos argumentos.

Finalmente argumenta la recurrente, que la resolución impugnada adolece de vicios en el motivo, por cuanto no debió considerarse la metodología aprobada en la sesión ordinaria 51-2009 como la vigente, siendo lo correcto –a juicio de ella– la aprobada en la sesión extraordinaria 19-2004. A criterio de esta asesoría debe acogerse parcialmente este argumento, por las razones que se dirán a continuación:

Concerniente a la nulidad de la resolución impugnada que invoca la empresa recurrente, debemos de indicarle que para que se produzca, –según el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública–, deben faltarle totalmente al acto administrativo del que se trate, uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente. Estos elementos a que hacemos referencia, tanto la doctrina nacional como la misma Ley General de la Administración Pública, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales, se encuentran el sujeto, el procedimiento y la forma; y entre los sustanciales o materiales resaltan el motivo, contenido y fin.

Conviene referirnos en este caso, a los elementos de motivo y contenido. El primer elemento esencial o material del acto administrativo es el motivo. El acto administrativo debe estar fundado en una verdad real, es decir hechos ciertos. El motivo es aquel presupuesto fáctico que la norma jurídica propone, que le da fundamento a la emisión y aplicación del acto. Como el acto administrativo es el ejercicio de una potestad, dicho acto sólo puede emitirse en función del presupuesto de hecho tipificado por la norma jurídica correspondiente.

El segundo elemento esencial del acto administrativo es el contenido. Se refiere a lo que dispone el acto, es por así decirlo, la parte dispositiva del acto administrativo. Es el cambio que introduce en el mundo jurídico. Es la parte del acto que dispone una sanción, una autorización, permiso, concesión. En virtud del contenido el acto administrativo produce efectos jurídicos.

Conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la Ley de Rito, y que son: la falta o defecto de algún requisito o, que el acto recurrido sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendiendo como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, tal y como, a nuestro juicio, ocurrió en el caso bajo examen.

En razón de lo anterior, considera esta Asesoría que la resolución 070-RCR-2010 adolece de vicios en el motivo y contenido, por dos razones: (1) al haberse sustentado en el hecho de que la metodología tarifaria vigente era la aprobada en la sesión ordinaria 51-2009, misma que no había sido publicada -según esa resolución-; vigencia de la metodología que no puede acreditarse del contenido del oficio DE-2010-2104, ni de la certificación que se adjunta a él; y (2) por cuanto tampoco sería reprochable a la recurrente, que por el hecho de no haber aportado la certificación del CTP/MOPT solicitada en el oficio 751-DITRA-2010, haya incumplido con los requisitos de admisibilidad fijados en la resolución RRG-6570-2007, de la cual no se desprende la exigencia de tal requisito; y que en todo caso, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 8220, debió ser procurada por la Autoridad Reguladora directamente ante el CTP/MOPT y nunca, haber sido prevenida al administrado.

Siendo entonces que el motivo y el contenido del acto administrativo constituyen elementos esenciales de éste, y al adolecer la resolución 070-RCR-2010 de aquellos, deviene en nula. En ese sentido, con el fin de enderezar los procedimientos, lo procedente sería anular la resolución 070-RCR-2010 y por conexidad la resolución 178-RCR-2010, ambas dictadas por el Comité de Regulación, para que en su lugar se procure la información necesaria, se analice y se dicte, un nuevo acto administrativo conforme al ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el argumento sobre la nulidad de la resolución impugnada debe acogerse parcialmente, únicamente en cuanto a que no debió tenerse como vigente, la metodología aprobada en la sesión ordinaria 51-2009; claro está, no porque ella no lo sea (asunto que deberá aclararse), sino por el hecho de que del oficio DE-2010-2104 -sobre el cual se tomó el acto administrativo- no era posible acreditar tal situación. Así, no resulta de recibo el argumento de que debió tenerse como metodología tarifaria vigente, la aprobada en la sesión extraordinaria 19-2004, por cuanto su dicho se basa en el oficio DVT-1196-2010, mismo que fue agregado a los autos luego de emitirse la resolución 070-RCR-2010 y del cual tampoco puede extraerse que la metodología vigente, sea esa.

VI. CONCLUSIONES

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

1. *Que desde el punto de vista formal, el recurso resulta admisible, puesto que fue presentado en tiempo y forma.*

2. *Que no lleva razón el recurrente al señalar que el oficio DE-2010-2104 indujo a error al a-quo, toda vez que no se indica expresamente en ese oficio –como erróneamente lo señala el recurrente- que la metodología aprobada por acuerdo 51-2009 del CTP/MOPT, sea la vigente; lo cual tampoco se desprende de la certificación que se le adjunta.*

3. *Que del análisis de los autos, se desprenden inconsistencias en cuanto a la metodología tarifaria a aplicar para ajustar las tarifas del servicio de revisión técnica vehicular brindado por la recurrente, lo que imposibilita la determinación en este momento de la metodología tarifaria aplicable, vigente y eficaz a la especie.*

4. *Que la resolución 070-RCR-2010 adolece de vicios en el motivo y contenido, por dos razones: (1) al haberse sustentado en el hecho de que la metodología tarifaria vigente era la aprobada en la sesión ordinaria 51-2009, misma que no había sido publicada -según esa resolución-; vigencia de la metodología que no puede acreditarse del contenido del oficio DE-2010-2104, ni de la certificación que se adjunta a él; y (2) por cuanto tampoco sería reprochable a la recurrente, que por el hecho de no haber aportado la certificación del CTP/MOPT solicitada en el oficio 751-DITRA-2010, haya incumplido con los requisitos de admisibilidad fijados en la resolución RRG-6570-2007, de la cual no se desprende la exigencia de tal requisito; y que en todo caso, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 8220, debió ser procurada por la Autoridad Reguladora directamente ante el CTP/MOPT y nunca, haber sido prevenida al administrado.*

5. *Que al presentarse el vicio en los elementos de motivo y contenido en la resolución recurrida, genera la nulidad de lo actuado y resuelto mediante la resolución 070-RCR-2010, y por conexidad, de la resolución 178-RCR-2010.*

6. *El argumento sobre la nulidad de la resolución impugnada debe acogerse parcialmente, únicamente en cuanto a que no debió tenerse como vigente, la metodología aprobada en la sesión ordinaria 51-2009; claro está, no porque ella no lo sea (asunto que deberá aclararse), sino por el hecho de que del oficio DE-2010-2104 -sobre el cual se tomó el acto administrativo- no era posible acreditar tal situación.*

II. Que en sesión extraordinaria 047-2012, del 18 de junio de 2012, cuya acta fue ratificada el 28 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 577-DGJR-2011, de cita, entre otras cosas, acordó dictar la presente resolución.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1-** Acoger parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la empresa Riteve SYC S.A. en contra de la resolución 070-RCR-2010 del 2 de julio de 2010. **2-** Anular la resolución 070-RCR-2010 de 2 de julio de 2010 y por conexidad la resolución 178-RCR-2010 del 28 de setiembre de 2010, ambas dictadas por el Comité de Regulación. **3-** Retrotraer el procedimiento tarifario hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento en debió aclarase y resolver en definitiva, el tema de la metodología válida y eficaz, y por ende vigente, para el servicio de revisión técnica vehicular que brinda la empresa recurrente. **4-** Dar por agotada la vía administrativa. **5-** Reiterar la solicitud realizada al CTP/MOPT, mediante el oficio 066-SJD-2010, de 25 de febrero de 2010, para que a la brevedad posible, en caso de que no se haya realizado, se publique la metodología vigente que permita realizar las actualizaciones de las tarifas de la revisión técnica vehicular, según lo establece la cláusula 9.4 del "Contrato de prestación de servicios para la creación y funcionamiento de estaciones para la Revisión Técnica Integrada Vehicular, celebrado entre el Consejo de Transporte Público y el Consorcio Riteve SYC, integrado por las empresas Transal S.A. y Supervisión y Control S.A."

POR TANTO:

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

I. Acoger parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la empresa Riteve SYC S.A. en contra de la resolución 070-RCR-2010 del 2 de julio de 2010.

II. Anular la resolución 070-RCR-2010 de 2 de julio de 2010 y por conexidad la resolución 178-RCR-2010 del 28 de setiembre de 2010, ambas dictadas por el Comité de Regulación.

III. Retrotraer el procedimiento tarifario hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento en debió aclarase y resolver en definitiva, el tema de la metodología válida y eficaz, y por ende vigente, para el servicio de revisión técnica vehicular que brinda la empresa recurrente.

IV. Dar por agotada la vía administrativa.

V. Reiterar la solicitud realizada al Consejo de Transporte Público/MOPT, mediante el oficio 066-SJD-2010, de 25 de febrero de 2010, para que a la brevedad posible, en caso de que no se haya realizado, se publique la metodología vigente que permita realizar las actualizaciones de las tarifas de la revisión técnica vehicular, según lo establece la cláusula 9.4 del "Contrato de prestación de servicios para la creación y funcionamiento de estaciones para la Revisión Técnica Integrada Vehicular, celebrado entre el Consejo de Transporte Público y el Consorcio Riteve SYC, integrado por las empresas Transal S.A. y Supervisión y Control S.A."

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 4. *Recurso de reconsideración e incidente de nulidad absoluta interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza en contra de la resolución RJD-001-2011 del 12 de enero del 2011. OT-215-2008.*

Se conoció el oficio 250-DGJR-2012, del 13 de abril del 2012, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, presenta un criterio relacionado con el recurso de reconsideración e incidente de nulidad absoluta interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza en contra de la resolución RJD-001-2011 del 12 de enero de 2011, expediente OT-215-2008.

Juan Manuel Quesada Espinoza:
Explicó los argumentos contenidos en el oficio 250-DGJR-2012, al tiempo que realizó las recomendaciones del caso y respondió las distintas consultas sobre el recurso en análisis.

Dennis Meléndez Howell:
Somete a votación la propuesta recomendada, la cual los miembros de la Junta Directiva estuvieron de acuerdo.

Analizado el citado recurso, con base en lo recomendado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 250-DGJR-2012, del 13 de abril del 2012, la Junta Directiva dispuso por unanimidad:

ACUERDO 04-47-2012

1. Rechazar, por el fondo, el recurso de reconsideración interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza en contra de la resolución RJD-001-2011.

2. Rechazar, por el fondo, el incidente de nulidad absoluta interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza en contra de la resolución RJD-001-2011.

3. Dar por agotada la vía administrativa

4. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que el 5 de junio del 2008, la empresa Hidroeléctrica Aguas Zarcas S.A., sometió a consideración de la Autoridad Reguladora para su aprobación, solicitud de concesión de servicio público de generación eléctrica, para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), de acuerdo con lo que establecen las Leyes Nº 7593 y 7200 (Folio 2).

II. Que mediante resolución R-0181-2008-AGUAS-MINAE de fecha 30 de junio del 2008, el MINAET, en acatamiento del acuerdo tomado por el Consejo de Gobierno, artículo 2 del acta de sesión ordinaria Nº 85 celebrada el 2 de abril del 2008, otorgó concesión a la empresa Hidroeléctrica Aguas Zarcas S.A., para continuar con el aprovechamiento de aguas para generación eléctrica por un plazo de 20 años. (Folios 27 al 44).

III. Que mediante resolución R-0182-2008-AGUAS-MINAE de fecha 3 de julio del 2008, el MINAET modificó la resolución R-181-2008-AGUAS-MINAE, para que en la parte dispositiva se agregara que la potencia máxima de generación a partir del caudal de generación del embalse en casa de máquinas No. 2, era de 14.283,36 kW. (Folios 22 al 23).

IV. Que mediante oficio 420-SJD-2008, de fecha 4 de julio del 2008, la Secretaría de la Junta Directiva de la ARESEP, informó a la empresa Hidroeléctrica Aguas Zarcas S.A., que mediante acuerdo 002-041-2008, artículo único, del Acta de Sesión extraordinaria 041-2008 celebrada por la Junta Directiva de la ARESEP el 4 de julio del 2008, se acordó otorgarle permiso para que continúe prestando el servicio público de generación de energía eléctrica, al amparo de la Ley 7200, por el tiempo máximo previsto en el ordenamiento jurídico, para resolver en definitiva, la solicitud de concesión de servicio público de generación de energía eléctrica, presentada por dicha empresa. (Folio 53).

V. Que mediante resolución R-0393-2009-AGUAS-MINAET de fecha 18 de mayo del 2009, el MINAET acogió la petición de Hidroeléctrica Aguas Zarcas S.A. de ratificar en todos sus extremos la resolución R-0181-2008-AGUAS-MINAE, basado en la Ley Nº 8723. (Resolución no foliada).

VI. Que mediante resolución R-0845-2009-AGUAS-MINAET de fecha 29 de setiembre del 2009, el MINAET modificó la resolución R-393-2009-AGUAS-MINAET, para que en la parte dispositiva en el punto 1) se leyera "adicionada por resolución R-0182-2008-AGUAS-MINAE". (Resolución no foliada).

VII. Que mediante oficio 717-DEN-2010/65388 del 30 de noviembre del 2010, la Dirección de Servicios de Energía, emitió criterio sobre la solicitud planteada por la empresa Hidroeléctrica Aguas Zarcas S.A., recomendando que fuera otorgada la concesión. (Folios 414 al 423).

VIII. Que mediante resolución RJD-001-2011 del 12 de enero de 2011, la Junta Directiva de al Autoridad Reguladora, otorgó la concesión de servicio público de generación eléctrica con base en la fuerza hidráulica, a la empresa Hidroeléctrica Aguas Zarcas S.A., en las condiciones allí indicadas. (Folios 433 a 444).

IX. Que el 07 de marzo de 2011, el señor Rafael González Ballar, en su condición de apoderado especial de la Asociación Justicia para la Naturaleza, inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de reconsideración e incidente de nulidad absoluta en contra la resolución RJD-001-2011 del 12 de enero de 2011. (Folios 453 al 463).

X. Que el 22 de marzo del 2011, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando Nº 069-SJD-2011/5948, remite para el respectivo análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de reconsideración contra la resolución RJD-001-2011 del 12 de enero de 2011. (Folio 503).

XI. Que para efectos de atender el presente recurso, el 28 de febrero del 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de la ARESEP, mediante oficio 144-DGJR-2012, solicitó al Ministerio de Ambiente, Energías y Telecomunicaciones (MINAET), certificar la vigencia de la concesión de aprovechamiento de aguas para generación eléctrica otorgada por esa institución, mediante la resolución R-0181-2008-AGUAS-MINAET del 30 de junio del 2008, a la empresa Hidroeléctrica Aguas Zarcas S.A., tomando en consideración lo dispuesto por la Sala Constitucional mediante el Voto Nº 12299-2010 de las 14:05 hrs. del 21 de julio del 2010, y la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-008-2011 del 17 de enero del 2011.

XII. Que el 21 de marzo del 2012, el Ministerio de Ambiente, Energías y Telecomunicaciones (MINAET), mediante el oficio CE-0061-2012, certificó, que de conformidad con el Registro Nacional de Concesiones de Aguas y Causes, bajo el expediente 879-H, la concesión de fuerza hidráulica, generación eléctrica para venta al ICE, según resolución R-0181-2008-AGUAS-MINAET y ratificada mediante la resolución R-0393-2009-AGUAS-MINAE, otorgada a la empresa Hidroeléctrica Aguas Zarcas S.A., se encuentra vigente.

XIII. Que el 13 de abril del 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 250-DGJR-2012, rindió el criterio jurídico sobre el recurso de reconsideración e incidente de nulidad absoluta en contra la resolución RJD-001-2011 del 12 de enero de 2011, interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 250-DGJR-2012 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

"(...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. NATURALEZA DEL RECURSO

El recurso presentado es el ordinario de reconsideración al cual se le aplican, las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas.

En cuanto al incidente de nulidad absoluta interpuesto contra la resolución RJD-001-2011, se le aplican, las disposiciones contenidas, en los artículos 169 a 175 de la LGAP.

2. TEMPORALIDAD DEL RECURSO

La resolución recurrida fue notificada al recurrente el día 2 de marzo del 2011 (Folio 443) y la impugnación fue planteada el día 7 de marzo de 2011. (Folio 453 al 463).

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 Ley General de la Administración Pública, y que vencía el 7 de marzo del 2011, por lo que se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

En cuanto al incidente de nulidad absoluta interpuesto contra la resolución RJD-001-2011. La resolución recurrida se tiene por notificada al recurrente el día 2 de marzo del 2011- mismo día en que presentó la impugnación-; y el incidente fue planteado el día 7 de marzo del 2011. Del análisis comparativo entre la fecha de la notificación de la resolución RJD-001-2011 y la de interposición de la gestión, con respecto al plazo de un año para impugnarlos, otorgado en el artículo 175 de la Ley General de la Administración Pública, y que venciera el día 2 de marzo del 2012, se concluye que la gestión se presentó dentro del plazo legal.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que la Asociación recurrente está legitimada para actuar -en la forma en lo que ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 276 de la Ley General de la Administración Pública, ya que es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Rafael González Ballar, portador de la cédula de identidad No. 1-479-673, actúa en su condición de Apoderado Especial Administrativo de la Asociación Justicia para la Naturaleza, -según consta en la carta autenticada por abogado visible a folio 244- por lo cual está facultado para actuar en nombre de la Asociación citada.

(...)"

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

En cuanto al argumento del recurrente, sobre la presunta ilegalidad de la resolución RJD-001-2011, porque se fundamenta en la concesión R-0181-2008-AGUAS-MINAET, la cual es también ilegal ya que se emitió por un órgano que no tenía competencia, este órgano asesor procede a realizar las siguientes valoraciones y consideraciones:

Si bien es cierto, mediante sentencia 12299-2010 de las 14:05 hrs. del 21 de julio del 2010 (aclarada mediante Voto Nº 2011-4781 de las 14:34 horas del 13 de abril del 2011), la Sala Constitucional anuló por inconstitucional el artículo 2º, de la sesión Nº 85 del 2 de abril del 2008, emitido por el Presidente de la República y el Ministro de la Presidencia y publicado en La Gaceta Nº 85 del 5 de mayo del 2008, el cual disponía que el Ministerio de Ambiente y Energía se encontraba facultado para otorgar concesiones de explotación de recurso hídrico para la generación hidroeléctrica, en ausencia de un marco legal específico que respetara la reserva de ley establecida en el artículo 121, inciso 14); en la parte dispositiva del voto constitucional de cita, se dispuso lo siguiente:

> *"Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe y las relaciones o situaciones jurídicas que se hubieran consolidado por prescripción, caducidad o en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material." (El resaltado es nuestro)*

La interpretación del dimensionamiento que dispuso la Sala en el Voto 12299-2010 citado, fue analizada por la Procuraduría General de la República, mediante dictamen C-008-2011 de fecha 17 de enero del 2011, del que conviene resaltar:

> *"La invalidez no impide que una norma produzca efectos jurídicos, de la misma forma que la vigencia de la norma no se confunde con su eficacia. Entre los efectos que, precisamente, el ordenamiento no puede ignorar está la posibilidad de que la norma inconstitucional haya sido el fundamento para dictar actos jurídicos o bien, realizar negocios jurídicos que al momento de su constitución y ejecución se presentaban como perfectos, válidos y eficaces. Por consiguiente, fuente de derechos y obligaciones. Situaciones que obligan a plantearse qué incidencia tiene la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. El artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional antes transcrito establece que los efectos retroactivos de la sentencia estimatoria son sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.*
>
> *El punto es qué se entiende por derechos adquiridos y cuándo puede considerarse que esa adquisición se ampara en la buena fe.*
>
> *En principio, se considera que el acto realizado en el ejercicio de un derecho es un acto lícito y justo, por lo que no puede considerarse una actuación de mala fe. De acuerdo con lo cual existe mala fe cuando no es posible encontrar una causa suficiente de justificación a la conducta de la persona. Habrá mala fe, empero, si la persona hace un uso abusivo o antisocial de su derecho. Por otra parte, la buena fe es también la regla que obliga a mantener la confianza ofrecida y aceptada y a considerar la equidad en las relaciones recíprocas, incluso en las relaciones internacionales. Lo que obliga a las partes a no irse en contra de sus propios actos. (...)*

> *Ahora bien, en el sistema costarricense y contrariamente a lo que se establece en otros sistemas jurídicos, la sentencia que pronuncia una inconstitucionalidad es declarativa y sus efectos retroactivos a la fecha de vigencia de la norma que se anula. Son efectos ex tunc, como los denomina la doctrina, que se retrotraen hasta el nacimiento de la norma, pues se trata de una nulidad ab origen. El artículo noventa y uno de la Ley de la Jurisdicción Constitucional así lo dispone en principio, aunque sin embargo, y en base a criterios absolutamente entendibles, deja a salvo los derechos adquiridos de buena fe. La sentencia dictada por la Sala se ajusta a la previsión de esa norma y a fin de no producir efectos más allá de lo razonable (...)"*

Por su parte, de conformidad con la certificación CE-0061-2012 de fecha 21 de marzo del 2012, emitida por el MINAET, la concesión de Aguas y Causes, tramitada en el expediente 879-H a nombre de la empresa Hidroeléctrica Aguas Zarcas S.A., se encontraba vigente al momento en que se dictó la resolución RJD-001-2011, por lo que este órgano Asesor considera que la resolución recurrida (otorgamiento de concesión de servicio público de generación de energía eléctrica), es un acto administrativo válido y eficaz, por lo que el argumento del recurrente debe rechazarse.

En cuanto al supuesto vicio de nulidad absoluta de la resolución RJD-001-2011, que invoca el recurrente, debemos indicarle que ésta no se ha producido, por cuanto para que así acontezca —según el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública —, y según lo ha manifestado esta Dirección General en otras oportunidades, deben faltarle totalmente al acto administrativo del que se trate, uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la Ley de Rito, y que son: la falta o defecto de algún requisito o, que el acto recurrido sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendiendo como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o, bien cuya omisión causare indefensión y no es el caso bajo examen.

En cuanto a la validez de la resolución recurrida, se le debe comunicar al recurrente, que de conformidad con el artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública, la resolución cumple con todos los elementos para su validez. Lo anterior se verifica con el cumplimiento y presencia en forma perfecta de los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales. Estos elementos a que hacemos referencia, tanto la doctrina nacional como la misma Ley General de la Administración Pública, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales, se encuentran el sujeto, el procedimiento y la forma; y entre los sustanciales o materiales resaltan el motivo, contenido y fin.

De tal suerte que el contenido del acto constituye el efecto jurídico, el cambio que introduce en el mundo jurídico, es por así decirlo; la parte dispositiva del acto.
El motivo como elemento sustancial del acto administrativo es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo.

Por lo cual, al no presentarse vicio alguno en los elementos del acto administrativo, que implique su nulidad y en lo que se refiere a los aspectos meramente procedimentales, no se observan vicios o defectos que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto, de conformidad con el artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual:

> *"Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento.*
>
> *Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión".*

En virtud de lo antes expuesto, el recurrente no lleva razón en lo que argumenta, ya que la resolución recurrida RJD-001-2011 que impugna, no es un acto administrativo absolutamente nulo, porque tiene todos los elementos (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la Ley General de la Administración Pública, ya que:

1) Fue dictado por el órgano competente, es decir, por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (artículos 129 y 180, sujeto).

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

3) De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley (artículo 129, procedimiento).

4) Contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133, motivo).

5) Estableció en su parte considerativa las razones que sustentaron la decisión del órgano competente (artículos 131, fin y 132, contenido).

Así las cosas, no deviene en nula la resolución recurrida, pues los elementos constitutivos del acto están presentes y en consecuencia, no hay base jurídica para concluir que sea absolutamente nula.

V. CONCLUSIONES

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

1. *Que desde el punto de vista formal, el recurso presentado resulta admisible, puesto que fue presentado en tiempo y forma.*

2. *Que la Sala Constitucional, mediante el Voto Nº 12299-2010, anuló por inconstitucional el artículo 2º, del Acuerdo Nº 92 del 18 de abril del 2008, emitido por el Presidente de la República y el Ministro de la Presidencia y publicado en La Gaceta Nº 85 del 5 de mayo del 2008, dimensionando los alcances de la resolución.*

3. *Que de conformidad con la certificación CE-0061-2012 de fecha 21 de marzo del 2012, emitida por el MINAET, la concesión de Aguas y Causes, tramitada en el expediente 879-H a nombre de la empresa Hidroeléctrica Aguas Zarcas S.A., se encontraba vigente al momento en que se dictó la resolución RJD-01-2011.*
4. *Que la resolución RJD-001-2011, no es un acto administrativo absolutamente nulo, por contener todos los elementos (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la Ley General de la Administración Pública.*

(...)"

II. Que en sesión extraordinaria 047-2012, del 18 de junio de 2012, cuya acta fue ratificada el 28 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 250-DGJR-2012, de cita, entre otras cosas, acordó dictar la presente resolución.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1.- Rechazar por el fondo, el recurso de reconsideración interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza en contra de la resolución RJD-001-2011; 2.- Rechazar por el fondo, el incidente de nulidad absoluta interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza en contra de la resolución RJD-001-2011; 3.- Dar por agotada la vía administrativa.

POR TANTO:

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

I. Rechazar por el fondo, el recurso de reconsideración interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza en contra de la resolución RJD-001-2011.

II. Rechazar por el fondo, el incidente de nulidad absoluta interpuesto por la Asociación Justicia para la Naturaleza en contra de la resolución RJD-001-2011.

III. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE

A partir de este momento el señor Regulador General se retiró del salón de sesiones, dado que en los siguientes recursos no podrá participar, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 01 del acta de la sesión 9-2012 del 14 de febrero del 2012, la directora Sylvia Saborío Alvarado continua presidiendo la sesión.

ARTÍCULO 5. *Recurso de apelación interpuesto por el señor José Ángel Solano Quirós en contra de la resolución RRG-188-2011 del 18 de octubre de 2011. OT-24-2009.*

Se conoció el oficio 031-DGJR-2012, del 24 de enero del 2012, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por el señor José Ángel Solano Quirós en contra de la resolución RRG-188-2011 del 18 de octubre del 2011, expediente OT-24-2009.

Juan Manuel Quesada Espinoza:
Explicó los principales extremos y recomendaciones del caso. Al tiempo que respondió algunas consultas sobre el particular. Asimismo, expresó su recomendación de dar por agotada la vía administrativa en este recurso.

Pablo Sauma Fiatt:
Consultó si el Reglamento Comex-Minaet es anterior a la situación que se presentó.

Juan Manuel Quesada Espinoza:
Respondió a la consulta del señor Sauma, indicando que fue en el 2005 que se decretó.

Grettel López Castro:
Indicó que en el artículo 4, inciso c) de la Ley 7593, se establece que ARESEP es competente para conocer de este procedimiento, velando para que se cumplan los requisitos de calidad y confiabilidad. Por otro lado, esta Ley faculta a la ARESEP, para hacer cumplir a cabalidad los servicios prestados, realizando pruebas de exactitud y confiabilidad.

Sylvia Saborío Alvarado:
Somete a votación la propuesta recomendada, la cual los miembros de la Junta Directiva estuvieron de acuerdo en acoger, según proyecto de resolución remitida por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, además según lo expresado por el señor Quesada Espinoza, se debe incluir en el "Por tanto" de la resolución, el dar por agotada la vía administrativa.

Analizado el citado recurso, la Junta Directiva con base en lo recomendado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en su oficio 031-DGJR-2012, del 24 de enero del 2012, resolvió por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 05-47-2012

1) Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-188-2011 y tener los argumentos de fondo establecidos en el mismo como descargo, a fin de que sean analizados en el momento oportuno.

2) Dar por agotada la vía administrativa.

3) Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que el 18 de octubre de 2011, por medio de la resolución RRG-188-2011, el Regulador General resolvió: *1. Dar inicio al procedimiento administrativo contra la Estación de Servicio Moravia Veinte Dieciséis, cédula jurídica 3-102-036883, en su condición de autorizada para el servicio de almacenamiento y venta de combustible en la estación de servicio denominada: "Estación de Servicio Moravia", código de RECOPE 2016 (...)* con el fin de averiguar la verdad real de los hechos sobre si la investigada incumplió con las normas y el principio de calidad en la prestación del servicio público, en cuanto a que la muestra de gasolina superior tomada a la fecha de los hechos, incumplió los niveles de octanaje y de ser así la aplicación de la sanción si corresponde. (Folios 92 al 96).

II. Que el 20 de octubre de 2011, la Estación de Servicio Moravia 2016 Limitada, interpuso por escrito separado recurso de revocatoria, contra la resolución RRG-188-2011. (Folios 72 al 81).

III. Que el 20 de octubre de 2011, la citada investigada, interpuso por escrito separado recurso de apelación ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, contra la resolución RRG-188-2011. (Folios 82 al 91).

IV. Que el 25 de noviembre de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 689-DGJR-2011 rindió criterio jurídico sobre el recurso de revocatoria interpuesto. (Folios 128 al 131).

V. Que el 25 de noviembre de 2011, por medio de la resolución RRG-251-2011, el Regulador General resolvió: *1- Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto contra la resolución RRG-188-2011 y tener los argumento de fondo establecidos en el mismo como descargo a fin de que sean analizados en el momento oportuno (…)".*(Folios 132 al 137).

VI. Que el 12 de diciembre de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por medio del oficio 718-DGJR-2011, rindió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley General de Administración Pública. (Folios 149 al 150).

VII. Que el 24 de enero de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 031-DGJR-2012, emitió el criterio jurídico del recurso de apelación interpuesto por la empresa Transportes Unidos Alajuelenses S.A.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 031-DGJR-2012 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

"(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. ***Naturaleza del recurso:*** *El recurso interpuesto es el ordinario de apelación al cual se le aplica las disposiciones de los artículos del 342 al 352 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas.*

2. ***Temporalidad del recurso****: La resolución citada fue notificada al recurrente, en fecha 19 de octubre de 2011 (folios 95 y 96) y la impugnación fue planteada el 20 de octubre de 2011 (folios 82 al 91). Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la interposición del recurso, con respecto al plazo de 24 horas, que vencía el 20 de octubre de 2011, otorgado en el artículo 346 de la Ley General de Administración Pública, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.*

3. ***Legitimación:*** *Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que la empresa Estación de Servicio Moravia Veinte Dieciséis Limitada, misma que figura en autos como la investigada, está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 de la Ley 6227, pues es parte en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.*

4. ***Representación:*** *Que el señor José Ángel Solano Quirós, cédula de identidad No. 1-0526-0109, es el apoderado judicial y extrajudicial de la empresa Estación de Servicio Moravia Veinte Dieciséis Limitada, -según consta en la certificación de personería jurídica visible a folio 89 del expediente- por lo tanto está facultado para actuar en nombre de ese operador de servicio.*

(...)"

IV. ANALISIS DEL RECURSO:

Sobre los argumentos: 1- De que no ha incurrido en los supuestos del artículo 38 de la Ley 7593, 2- Que el proceso administrativo, no se puede fundamentar en normas no aplicables para el caso en particular, 4- Que no se detalló el método ASTM aplicado y 5- Que el laboratorio de RECOPE no es un laboratorio autorizado. Se debe indicar al recurrente que los mismos son alegatos sobre el fondo del asunto que se está investigando, por lo tanto en este momento resulta prematuro pronunciarse sobre los mismos, ya que precisamente el procedimiento tiene como fin el recibir estas defensas, recibir la prueba y es en la resolución final donde, con todos esos elementos de juicio podría resolverse el fondo del asunto. Aunado a lo anterior de pronunciarse el órgano decisor sobre el fondo del asunto podría incurrirse en un adelanto de criterio. Es por ello que los argumentos supra indicados, deberán ser conocidos en el acto final de este procedimiento.

En cuanto al argumento tercero, en el que expresa el recurrente que la ARESEP es incompetente para dictar las normas relativas a la calidad del servicio público, ya que estas deben ser promulgadas por el Poder Ejecutivo, según la Opinión Jurídica OJ-051-2002. Al respecto cabe indicar que la excepción de incompetencia alegada en este punto, debe ser resuelta de previo al dictado del acto final del procedimiento, lo anterior de conformidad con los artículos 229 inciso 2 de la Ley 6227 y 66 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

Debe tener en cuenta el recurrente que la ARESEP en el caso concreto, dicta la apertura del procedimiento administrativo fundamentándose en los requerimientos establecidos en el Reglamento Técnico Centroamericano 75.01.20.04, publicado en la Gaceta Nº 245 del 20 de diciembre del 2005, aprobado mediante el decreto 32812-COMEX-MINAE-MEIC.

Con fundamento en lo expuesto y sin perjuicio de la valoración que hace el recurrente sobre la lesión el principio de legalidad, dicho argumento debe ser analizado en la resolución final, sin embargo, se considera que de un análisis preliminar del asunto debe concluirse que sí se tiene competencia para conocer de éste procedimiento.

En cuanto al sexto argumento, en el que se indica que de conformidad con el numeral 261 de la Ley General de Administración Pública la ARESEP tenía un plazo de dos meses para dictar el acto final del procedimiento. Primeramente cabe indicarle al recurrente que el acto de apertura dictado mediante resolución RRG-301-2010 el 19 de abril de 2010, fue anulado mediante resolución RRG-187-2011 del 18 de octubre de 2010. Posteriormente se dictó el acto

de apertura del procedimiento, a través de la resolución RRG-188-2011 el 18 de octubre de 2011.

Sobre el plazo que expresa el artículo 261 de la Ley 6727 la Procuraduría se ha pronunciado mediante el dictamen C-340-2002 del 16 de diciembre del 2002 así:

> *(...) "Si examinamos los supuestos en que cabe reconocer virtud invalidante a algún vicio por la forma, podremos concluir que la actuación administrativa fuera de tiempo en un procedimiento administrativo, carece de trascendencia anulatoria, salvo en el supuesto de que el término o plazo sea además de esencial, perentorio; lo cual no ocurre en el caso concreto del plazo previsto en el numeral 261.1 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual el procedimiento administrativo deberá concluirse, por acto final, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación; pues este es un plazo meramente ordenatorio y no perentorio; máxime si se considera que el mismo puede ser prorrogado (numeral 258 Ibídem) o incluso reducido o anticipado por razones de oportunidad y conveniencia, en virtud de resolución adoptada por el órgano director (artículo 265 Ibídem). La naturaleza ordenatoria del plazo previsto en la Ley General para el dictado del acto final, tiene su razón de ser en la imposibilidad material que se presenta en algunos casos, de tramitar un asunto complejo o voluminoso, por más diligencia que el órgano director ponga en sus actuaciones, dentro del término fijado al respecto, o bien la conducta misma de las partes en el proceso, que a veces abusan, ya sea del ofrecimiento o interposición masiva e indiscriminada de pruebas y recursos, con el afán de retardar la resolución final del procedimiento (...)".*

En ese mismo orden de ideas se encuentra el dictamen C-068-2011 del 15 de marzo de 2011, en el cual se hace referencia a un pronunciamiento del Tribunal Contenciosos Administrativo y al dictamen indicado en el párrafo anterior:

> *"(...) Como bien lo han señalado los Tribunales Contencioso-Administrativos:*
>
> *"Los plazos administrativos, limitan la posibilidad de efectuar actos procesales dentro de un cierto período de tiempo futuro, indicando cuándo deben de ser realizados. Es decir, el plazo procesal es el periodo de tiempo durante o después del cual puede o debe realizarse un determinado acto. Estos plazos pueden ser, de tipo perentorio u ordenatorio. Con respecto a los primeros, puede decirse que son aquéllos que con su vencimiento, impiden la ejecución del acto procesal al que están referidos, agotando la facultad no ejercida en el procedimiento sin requerirse apremio, petición de parte ni resolución declarativa adicional (ejemplo, plazos para impugnación de resoluciones o de subsanación de una solicitud o de declaración de nulidad de oficio). Mientras que los ordenatorios, es posible definirlos como aquellos plazos que aún vencidos, permiten la realización de la actuación procesal a que estaban referidos, pero su incumplimiento acarrea para el ejecutor tardío la responsabilidad consiguiente (ejemplo, plazo para la emisión de una decisión constitutiva de la Administración)". (Resolución Nº 13-2008. S. VIII, de las 11:30 horas del 22 de setiembre de 2008, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Octava, SCJSJ).*
>
> *Ciertamente los plazos administrativos obligan a los agentes públicos y a los interesados en el procedimiento por igual (art. 255 LGAP).*

Sin embargo, debe considerarse que aquella obligatoriedad significa el deber de cumplir los plazos del procedimiento e implica la consiguiente facultad para exigir su cumplimiento en sede administrativa. Pero no debe confundirse con la "perentoriedad"; la que supone la caducidad o decaimiento del derecho que ha dejado de utilizarse oportunamente (plazos fatales o perentorios); ni tampoco debe confundirse con la llamada "improrrogabilidad", referida a la imposibilidad de extender o ampliar los plazos fijados (dictamen C-340-2002 de 16 de diciembre de 2002); pues salvo en los casos en que el legislador haya dispuesto expresamente la perentoriedad –como es el caso de los plazos para interponer el recursos administrativos en el ad-litem, los que una vez vencidos hacen perder el derecho a interponerlos-, tratándose de plazos "ordenatorios", su incumplimiento no tiene virtud invalidante, y por ende, carece de trascendencia anulatoria (Véase al respecto la resolución Nº 94-2009-SVII de las 14:30 horas del 30 de setiembre de 2009, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sétima, SCJSJ). (...)"

De los dictámenes supra indicados, este órgano asesor extrae que el numeral 261 de la Ley 6727 establece un plazo ordenatorio, el cual puede ser anticipado, reducido o prorrogado por razones de oportunidad, además aún estando vencido permite la actuación procesal. Por lo tanto dicho argumento debe ser rechazado.

Con fundamento en los motivos expuestos y los artículos citados, la solicitud de archivo del expediente debe ser rechazada.

V. CONCLUSIONES

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

1. *El recurso de apelación es admisible por la forma.*

2. *Que por ser los argumentos uno, dos, cuatro y cinco, alegatos sobre el fondo del asunto que se está investigando, se considera prematuro pronunciarse sobre los mismos, ya que podría incurrirse en un adelanto de criterio. Es por ello que los argumentos supra indicados, deberán ser conocidos en el acto final de este procedimiento.*

3. *Que la ARESEP dictó la apertura del procedimiento administrativo fundamentándose en los requerimientos establecidos en el Reglamento Técnico Centroamericano 75.01.20.04, publicado en la Gaceta Nº 245 del 20 de diciembre del 2005, aprobado mediante el decreto 32812-COMEX-MINAE-MEIC.*

4. *Que de un análisis preliminar del asunto, se considera que la ARESEP es competente para conocer de éste procedimiento.*

5. *Que el plazo que establece el artículo 261 de la Ley 6227 es ordenatorio y no perentorio, por lo tanto este puede ser anticipado, reducido o prorrogado por razones de oportunidad, además aún estando vencido permite la actuación procesal.*

II. Que en sesión extraordinaria 47-2012, del 18 de junio de 2012, cuya acta fue ratificada el 28 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 031-DGJR-2012, de cita, entre otras cosas acordó dictar la presente resolución.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-188-2011 y tener los argumentos de fondo establecidos en el mismo como descargo a fin de que sean analizados en el momento oportuno.

POR TANTO:

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

I. Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-188-2011 y tener los argumentos de fondo establecidos en el mismo como descargo a fin de que sean analizados en el momento oportuno.

II. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

ARTÍCULO 6. *Recurso de apelación en subsidio presentado por Autotransportes Barrio San José, contra la resolución RRG-142-2010 del 23 de febrero del 2010. OT-018-2010.*

Se conoció el oficio 352-DGJR-2012, del 10 de mayo del 2012, adjunto al cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, remite el criterio en torno al recurso de apelación en subsidio, presentado por Autotransportes Barrio San José, contra la resolución RRG-142-2010 del 23 de febrero del 2010, expediente OT-018-2010.

Juan Manuel Quesada Espinoza:
Se refirió a los distintos argumentos contenidos en el criterio, así como a las recomendaciones del caso.

Sylvia Saborío Alvarado:
Somete a votación la propuesta recomendada, la cual los miembros de la Junta Directiva estuvieron de acuerdo en acoger.

Analizado el citado recurso, con base en lo recomendado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 352-DGJR-2012, del 10 de mayo del 2012, la Junta Directiva dispuso por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 06-47-2012

1. Informar a la investigada que el expediente OT-018-2010 no ha sido acumulado.

2. Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-142-2010, reservando los argumentos de fondo para ser conocidos y resueltos en resolución final.

3. Dar por agotada la vía administrativa.

4. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que el 23 de febrero de 2010, por resolución RRG-142-2010, se inició procedimiento administrativo contra Autotransportes Barrio San José Limitada (Ltda.) en su condición de concesionaria del servicio público de transporte remunerado de personas en la modalidad autobús y se nombró órgano director a fin de averiguar la verdad real sobre el presunto incumplimiento o morosidad en el pago de las obligaciones patronales con la Caja Costarricense del Seguro Social. Dicha resolución fue comunicada a la investigada por correo certificado en el domicilio social, sin que conste certificación de su entrega. (Folios 02 al 13)

II. Que el 12 de marzo de 2010 el señor Nelson Villalobos Badilla interpuso, a nombre de la investigada, recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RRG-142-2010. (Folios 28 al 30)

III. Que el 20 de abril de 2010, mediante resolución RRG-307-2010, se resolvió rechazar por el fondo el recurso de revocatoria y elevar el recurso de apelación a conocimiento de Junta Directiva, emplazando a la recurrente ante ésta instancia. Dicha resolución se notificó a la investigada el 27 de abril de 2010 por el medio señalado. (Folios 50 al 55)

IV. Que el 20 de abril de 2012, mediante oficio 288-DGJR-2012, se elevó el recurso de apelación a conocimiento de la Junta Directiva. (Folios 64 al 65)

V. Que el 23 de abril de 2012, por memorando 173-SJD-2012, se remitió recurso de apelación a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria para su análisis. (Folio 66)

VI. Que el 10 de mayo de 2012, mediante informe 352-DGJR-2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió criterio jurídico sobre el recurso de apelación interpuesto, el cual corre agregado a los autos.

CONSIDERANDO:

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

" (...)

II.ANÁLISIS DEL RECURSO POR LA FORMA:

*1. **Naturaleza del recurso:** El recurso presentado fue el ordinario de apelación, al cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas (Ley 6227). (Folios 28 al 30)*

*2. **Temporalidad del recurso:** La resolución que se impugna cuenta con un plazo para la interposición de recursos de 24 horas (artículo 346 de la Ley 6227), plazo que rige a partir de la última comunicación del acto.*

Para el caso concreto, la resolución se remitió por correo certificado el 1 de marzo de 2010 sin que se cuente en el expediente con certificación de que la misma fue entregada a la investigada. Al respecto, la Ley 6227 en su artículo 247 inciso 1 refiere que la comunicación realizada por un medio inadecuado se tendrá por hecha en el momento en que gestione la parte o el interesado dándose por enterado ante el órgano competente.

En el caso en análisis, el recurso se interpuso el 12 de marzo de 2010, fecha a partir de la cual se le tiene por notificada, por lo que se tiene que el mismo fue presentado en tiempo. (Folios 02 al 11 y 28 al 30)

*3. **Legitimación:** Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que Autotransportes Barrio San José Ltda. está legitimada para actuar de acuerdo con lo establecido en los artículos 275, 282 y 342 de la Ley 6227, pues es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.*

*4. **Representación:** El señor Nelson Villalobos Badilla, cédula de identidad 2-0163-0680 es representante judicial y extrajudicial de la investigada, con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, según consta en la certificación visible a folios 12 y 13, por lo cual está facultado para actuar en nombre de esa empresa.*

Analizados los elementos formales, se concluye que el recurso cumple con los requerimientos para ser admitido y proceder a su análisis de fondo.

III.ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN:

En la impugnación se expresan los alegatos de la recurrente, los cuales han sido estudiados en su totalidad y se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1) Se opone a la acumulación de expedientes por estar al día con la CCSS. 2) Alega la falta de interés actual por estar al día con la CCSS por lo que considera que se debe desestimar la causa. 3) Respecto a la mora con la CCSS aclara que la misma fue resuelta. 4) Justifica que la empresa no estaba al día con los pagos a la CCSS por una difícil situación económica de finales de 2009 e inicios de 2010. 5) Que no tiene sentido la prosecución del proceso por estar la empresa al día, por economía procesal, procede el archivo del expediente. Solicita no se acumulen los expedientes de las empresas referidas en el informe SCAP-0100-01-2010 del Área de Gestión de Cobros de la CCSS y se desestime la causa por falta de interés actual, archivándose definitivamente el expediente. (Folios 28 al 30)

La recurrente no se refirió en el emplazamiento conferido.

IV.ANÁLISIS JURÍDICO POR EL FONDO:

Sobre la oposición a la acumulación de expedientes:

1. Que la resolución RRG-142-2010 consideró en su oportunidad la posibilidad de acumular procedimientos seguidos a varias empresas concesionarias del servicios públicos de transporte remunerado de personas en la modalidad autobús, por existir identidad de objeto y causa, sea

la presunta comisión de los hechos sancionables de conformidad con el artículo 38 inciso f) de la Ley 7593. (Folios 02 al 11)

2. Que previo a resolver sobre la acumulación de procedimientos, se dio audiencia, en los términos del artículo 47 inciso 1) del Código Procesal Contencioso Administrativo, a la investigada por 3 días.

3. Que la investigada se opuso a la acumulación en el mismo escrito de interposición de recurso de revocatoria y apelación, como un argumento más de su recurso, alegando básicamente no encontrarse dentro de los supuestos del artículo 38 inciso f), por estar al día en las cuotas obrero patronales de la CCSS y por tanto no existir mérito para la investigación.

4. Que la Junta Directiva se encuentra conociendo el expediente en razón del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de apertura, siendo improcedente por tanto, pronunciarse sobre la acumulación toda vez que el Regulador General, como órgano decisor, no se ha pronunciado expresamente sobre ésta.

5. Que no obstante lo indicado, se observa que en la práctica la acumulación no operó. Se formularon cargos y se realizó la comparecencia de ley, ambas actuaciones en forma individual, razón por la cual la instrucción del procedimiento, en principio, finalizó. Así, lo que restaría es informarle a la investigada que su caso no ha sido acumulado.

Sobre la falta de interés actual por estar al día con la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) por haberse resuelto tal condición, así como la desestimación de la causa y el archivo del expediente *(argumentos 2 al 5):*

6. Siendo que los argumentos 2 al 5 expuestos tienen un mismo fundamento, se procede a su análisis en forma conjunta. Se determina que los mismos plantean aspectos de fondo, referentes a si la empresa investigada se encontraba morosa o no con la CCSS en un momento o fecha específica, así como una breve justificación y la manifestación contundente que al momento de interposición del recurso se encontraba al día con las obligaciones con la CCSS. (Folios 28 al 30)

7. Según se desprende de la información que consta en el expediente, se determina que al momento de la apertura del procedimiento administrativo, se contaban en el expediente con elementos de mérito para su apertura al amparo del artículo 38 inciso f) de la Ley 7593.

8. Al ser los argumentos de la recurrente de fondo, lo procedente es reservarlos para que sean conocidos y resueltos en resolución final.

V.CONCLUSIONES:

1. *El recurso fue presentado en tiempo y forma por lo cual es admisible.*

2. *El procedimiento ya fue instruido de forma individual, es decir no se acumuló a ningún otro.*

3. *Los argumentos del recurso referidos a la situación de la investigada con la CCSS son argumentos de fondo, prematuros para esta etapa del procedimiento, que deben ser reservados para ser conocidos por el órgano decisor en la resolución final.*

(...)".

II. Que en la sesión extraordinaria 47-2012, del 18 de junio de 2012, cuya acta fue ratificada el 28 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 352-DGJR-2012, de cita, entre otras cosas acordó dictar la presente resolución.

III. Que de conformidad con los resultandos y el considerando que precede y de acuerdo al mérito de los autos, lo procedente es informar a la investigada que el expediente no fue acumulado y declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto, reservando los argumentos de fondo para ser conocidos y resueltos en resolución final, tal y como se dispone:

POR TANTO:

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

LA JUNTA DIRECTIVA
RESUELVE:

I. Informar a la investigada que el expediente OT-018-2010 no fue acumulado.

II. Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-142-2010, reservando los argumentos de fondo para ser conocidos y resueltos en resolución final.

III. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 7. *Recurso de apelación en subsidio e incidente de nulidad presentado por Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A. contra la resolución 216-RCR-2010 del 19 de octubre del 2010. OT-193-2009.*

Se conoció el oficio 276-DGJR-2012, del 18 de abril del 2012, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en relación con el recurso de apelación en subsidio e incidente de nulidad, presentado por Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A. contra la resolución 216-RCR-2010 del 19 de octubre de 2010, expediente OT-193-2009.

Juan Manuel Quesada Espinoza:
Se refirió al criterio y recomendaciones del caso, al tiempo que respondió las consultas sobre el particular. Entre otras cosas, comentó que una recomendación adicional, es valorar el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio (308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública), en contra de la empresa Petrogás, S.A., al tenor de lo dispuesto en el inciso c) del artículo 41 de la Ley 7593, con el fin de determinar la verdad real de los hechos, respecto a la supuesta práctica de llenado de cilindros de la competencia, lo que podría significar un incumplimiento de las condiciones generales del título habilitante de dicha empresa, con base en la prueba que consta a folios 490 al 502 del expediente administrativo.

Edgar Gutiérrez López:
Comentó, le parece oportuna la recomendación; sin embargo, no se cuenta con un borrador de acuerdo sobre el particular.

Juan Manuel Quesada Espinoza:
Entendía que se había enviado a la Secretaría, pero en vista de que no se cuenta con la propuesta para iniciar el procedimiento, si así y la Junta Directiva lo considera, se estaría presentando en una próxima sesión para los fines pertinentes.

Sylvia Saborío Alvarado:
Somete a votación la propuesta recomendada, excepto el inciso 3), la cual requiere un borrador de acuerdo, que será presentado en una próxima sesión. Los miembros de la Junta Directiva acogieron las recomendaciones del caso.

Analizado el citado recurso, con base en lo recomendado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 276-DGJR-2012, del 18 de abril del 2012, excepto el inciso 3), la Junta Directiva dispuso por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 07-47-2012

1-. Rechazar, por el fondo, el recurso de apelación en subsidio presentado por Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A. contra la resolución 216-RCR-2010.

2-. Rechazar, por el fondo, el incidente de nulidad absoluta interpuesto por las empresas Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica, S.A., contra la resolución 216-RCR-2010.

3-. Dar por agotada la vía administrativa

4-. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que el 1 de setiembre de 2009, las empresas Gas Nacional Zeta S.A., y Tropigás de Costa Rica S.A., presentaron denuncia contra la empresa Petrogás S.A., por la presunta comisión de las siguientes faltas: 1) incumplimiento por las razones injustificadas de las condiciones generales de la concesión o permiso de Petrogás S.A. que prohíbe la retención y el llenado de cilindros de otras envasadoras; 2) causales de revocatoria establecida en la concesión o permiso. (Folios 05 a 260).

II. Que el 11 de marzo del 2010, mediante resolución RRG-202-2010, el Regulador General dictó el acto de inicio del procedimiento y nombró al órgano director del procedimiento con el fin de investigar si entre el 11 de junio del 2009 y el 30 de julio del 2009, la empresa Petrogás S.A., realizó la retención, llenado y uso indebido de cilindros pertenecientes a las empresas Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A., y de ser así la aplicación de la sanción si corresponde. (Folios 262 al 266).

III. Que el 29 de abril del 2010, mediante resolución RRG-360-2010, el Regulador General, amplió la apertura del procedimiento administrativo, en la cual se incluyó el hecho denunciado por la señora Viviana Mata Peñaranda, ocurrido el 18 de setiembre del 2009. (Folios 293 al 303 y 306 al 316).

IV. Que el 6 de julio del 2010, se llevó a cabo la comparecencia oral y privada de ley, la cual se suspendió para ser continuada el 20 de julio del 2010 (Folios 369).

V. Que el 20 de julio del 2010, se continuó la comparecencia oral y privada de ley, la cual se suspendió para se continuada el 30 de julio del 2010 (Folios 641).

VI. Que el 30 de julio del 2010, se continuó y concluyó la comparecencia oral y privada de ley. (Folios 731).

VII. Que el 4 de octubre de 2010, el órgano director del procedimiento, mediante oficio 288-ROD-2010, rindió el informe final correspondiente. (Folios 736 a 748).

VIII. Que el 19 de octubre de 2010, el Comité de Regulación, mediante resolución 216-RCR-2010, dictó acto final y resolvió entre otras cosas, absolver por duda razonable a la empresa Petrogás S.A. por la retención, llenado y uso indebido de cilindros pertenecientes a las empresas Gas Nacional Zeta y Tropigás de Costa Rica S.A., entre el 11 de junio del 2009 y el 31 de julio del 2009; y entre el 18 y 19 de setiembre del 2009. (Folios 767 a 784).

IX. Que el 16 de noviembre de 2010, las empresas Gas Nacional Zeta y Tropigás de Costa Rica S.A, inconformes con lo resuelto interpusieron recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad absoluta, contra la resolución 216-RCR-2010. (Folios 762 a 766).

X. Que el 28 de enero de 2011, el Comité de Regulación, mediante la resolución 297-RCR-2011, rechazó por el fondo el recurso de revocatoria planteado por las empresas Gas Nacional Zeta y Tropigás de Costa Rica S.A. contra la resolución 216-RCR-2010. (Folios 804 a 811).

XI. Que el 18 de febrero del 2011, la Dirección de Servicios de Energía, mediante el oficio 129-DEN-2011, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública respecto al recurso de apelación en subsidio interpuesto por la Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica, contra la resolución 216-RCR-2010. (Folio 814).

XII. Que el 28 de febrero de 2011, la Secretaría de Junta Directiva, remitió a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante el memorando 67-SJD-2011 el recurso de apelación en subsidio e incidente de nulidad absoluta, planteado por Gas Nacional Zeta y Tropigás de Costa Rica S.A., contra la resolución 216-RCR-2010.

XIII. Que el 18 de abril del 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 276-DGJR-2012, rindió el criterio jurídico sobre el recurso de apelación en subsidio e incidente de nulidad presentado por Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A. contra la resolución 216-RCR-2010.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 276-DGJR-2012 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

"(...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

A) NATURALEZA DEL RECURSO

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

Asimismo, las empresas recurrentes interpusieron incidente de nulidad, que se rige por los artículos 158 al 179 de la Ley General de la Administración Pública.

B) TEMPORALIDAD DEL RECURSO

La resolución que se impugna fue notificada al recurrente en fecha 12 de noviembre de 2010 (folio 785). En ella, se indicó que el plazo para la interposición del recurso de revocatoria con apelación en subsidio es de tres días contados a partir del siguiente a la notificación, que vencía el 17 de noviembre de 2010.

Al respecto, se tiene que el día 16 de noviembre de 2010, las empresas Gas Nacional Zeta y Tropigás de Costa Rica S.A, interpusieron el referido recurso (folios 762 al 766), por lo cual, su gestión recursiva se encuentra presentada dentro del plazo legal establecido para ello.

En cuanto al incidente de nulidad absoluta interpuesto contra la resolución 216-RCR-2010, la resolución recurrida se tiene por notificada al recurrente el día 12 de noviembre de 2010 (folio 785); y el incidente fue planteado el día 16 de noviembre de 2010, (folios 762 al 766). Del análisis comparativo entre la fecha de la notificación de la resolución 216-RCR-2010 y la de interposición de la gestión, con respecto al plazo de un año para impugnarlos, otorgado en el artículo 175 de la Ley General de la Administración Pública, y que venciera el día 12 de noviembre del 2011, se concluye que la gestión se presentó dentro del plazo legal.

C) LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que las empresas recurrentes están legitimadas para actuar -en la forma en que lo han hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275, 276 y 282 de la LGAP, en relación con los artículo 27 de la Ley 7593, pues son partes en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

D) REPRESENTACIÓN

El señor Alejandro Bettoni Traube, portador de la cédula de identidad número 1-0912-0423, actúa en su condición de apoderado especial, -según consta en las certificaciones notariales visibles a folios 336 a 337 y 339 a 340, por lo cual está facultado para actuar en nombre y representación de las empresas recurrentes.

(...)"

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

En cuanto a los argumentos de inconformidad de las recurrentes, nos referiremos a ellos de la siguiente manera:

Que el 1 de setiembre del 2009, las empresas Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A., solicitaron la apertura de un procedimiento administrativo en contra de la empresa Petrogás, por el presunto llenado, retención y uso indebido de cilindros, propiedad de las empresas recurrentes, con infracción a las obligaciones contenidas en las resoluciones R-483-2004-MINAE, R-248-2009-MINAET y R-295-2009-MINAET, del Ministerio del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones.

El 11 de marzo del 2010, mediante resolución RRG-202-2010, se dictó auto de inicio del procedimiento y se nombró al órgano director (folio 262 al 266).

Mediante el acto administrativo ROD-169-2010, de fecha 21 de abril del 2010 (folios 273 al 292), el órgano director, formuló cargos e hizo los apercibimientos de ley. Expresamente se indicó lo siguiente:

> *"I. Intimar a la investigada Petrogás S.A. (...) a quien se le atribuyen los siguientes hechos:*
>
> *(...)Siendo que entre el 11 de junio al 30 de julio de 2009, ha distribuido (empresa Petrogás), este producto (GLP) a distintos locales comerciales, entre ellos 23 establecimientos comerciales (...) Dichos locales comerciales venden el gas envasado al público en general, a través de la entrega de un cilindro vacío por parte del usuario y el retiro de uno lleno pagando por el precio de la carga (...) Dichas envases presentan todas las características de los cilindros que pertenecen a las empresas Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás, (...) con la excepción de que la válvula (...) tenía un sello de la empresa Petrogás." (Lo consignado entre paréntesis es nuestro). (Folios 275 y 276).*

Mediante resolución RRG-360-2010 del 29 de abril del 2010, se amplió la apertura del procedimiento administrativo contra la empresa Petrogás, en razón de la denuncia interpuesta por la señora Vivian Mata Peñaranda. Al respecto se señaló:

> *"Ampliar la resolución RRG-202-2010 (...) en forma tal que se incluya en la misma el hecho denunciado por la señora Viviana Mata Peñaranda, ocurrido el 18 de setiembre del 2009." (Folios 294 y 295)*

En virtud de lo anterior, y luego de haberse otorgado el debido proceso, el Comité de Regulación, mediante la resolución 216-RCR-2010, absolvió por duda razonable a la empresa Petrogás S.A. por la retención, llenado y uso indebido de cilindros pertenecientes a las empresas recurrentes, entre el 11 de junio del 2009 y el 31 de julio del 2009 y entre el 18 y 19 de setiembre del 2009, con base en lo siguiente:

> *"(...) no se logra demostrar que dichos cilindros hayan sido envasados en las instalaciones de la empresa Petrogás o distribuidos por ella. Esta afirmación se fundamenta, en virtud de que los testigos aportados por Gas Zeta y Tropigás, tienen en común la manifestación de que no les consta que los cilindros adquiridos por ellos en los establecimientos comerciales mencionados en los hechos demostrados, hayan sido efectivamente envasados en las instalaciones de la empresa Petrogás" (folio 771)*
>
> *"(...) no se logró demostrar los hechos denunciados por la señora Vivian Mata Peñaranda, ocurridos el 18 y 19 de setiembre de 2009, toda vez que de la prueba aportada al expediente, no se concluye que los cuatro cilindros le hayan sido vendidos por la empresa Petrogás, aun cuando los mismo tienen en su válvula un sello trasparente con letras verdes que dice Petrogás. Nótese que la señora Mata Peñaranda indica en su denuncia, que fue una persona física quien le vendió los cilindros de gas y aporta la factura (...) la cual ni siquiera indica quien fue su emisor" (folio 772)*
>
> *"(...) no se logra demostrar el cumplimiento de los elementos de tipicidad indispensables, que en este caso concreto sería que la investigada hubiera realizado la retención, llenado y uso indebido de los cilindros pertenecientes a las empresas denunciantes y que fueron encontrados en los establecimientos comerciales mencionados"*

Consecuencia de lo anterior, las empresas recurrentes, impugnaron la resolución anterior, alegando lo siguiente: 1) que el órgano director, sólo permitió que declararan aquellas personas que tuvieron relación con los hechos investigados entre junio y julio ambos del 2009, rechazando cualquier otra prueba que no estuviera comprendida entre esas fechas, y 2) se omitió valorar prueba testimonial y documental trascendental.

Sobre el primer argumento, conviene indicarle a los recurrentes, que sobre la intimación de cargos, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la resolución de las 9:50 horas del 12 de agosto del 2010, señaló en lo que nos interesa:

> *"Cuando la Administración inicia un procedimiento a alguna persona -física o jurídica- debe señalarle de manera expresa, precisa y particularizada los hechos o conductas que se le atribuyen, así como las posibles consecuencias jurídicas que le causaría de resultar ciertos; lo anterior es lo que se entiende por el principio de intimación. Nótese que es una exigencia para la Administración detallar claramente los hechos y conductas que se le reputan a un sujeto. Lo anterior con el fin de que éste prepare adecuadamente su defensa y no llegue desprovisto de las pruebas y argumentos necesarios para refutar lo que se le atribuye, o bien para garantizar que son únicamente esos hechos o conductas los que se entrarán a conocer dentro del procedimiento y no otros nuevos para los cuales no estaba preparado a debatir."*

Se desprende de lo anterior, que una vez establecido claramente el objeto del proceso o las conductas que se le atribuyen a la empresa denunciada (intimación de cargos), en el cause normal del procedimiento, si no se llegase a comprobar más allá de toda duda razonable, que las circunstancias se dieron de la forma como las recurrentes las habían denunciado –como en efecto sucedió-, no sería jurídicamente posible, condenar a Petrogás S.A. por los motivos que le achacan las empresas recurrentes. Por tal motivo lo procedente es rechazar este argumento.

En cuanto al segundo argumento referente a que la resolución recurrida omitió valorar prueba confesional, testimonial y documental trascendental, cabe indicar lo siguiente:

Considera éste órgano Asesor que en cuanto a este aspecto, lleva razón el recurrente en su reclamo, pues no consta en autos que el Comité de Regulación, haya valorado la prueba testimonial y documental señalada al momento de emitir la resolución impugnada.

Ahora bien, al no existir determinación expresa en la ley de las consecuencias del vicio que presenta el acto administrativo que se impugna, y con el fin de determinar si ese vicio, produce la nulidad absoluta o relativa del acto, es necesario definir, ***a)*** *la consecución del fin público que se persigue con el acto,* ***b)*** *la gravedad de la falta que presenta.*

El fundamento de lo expuesto, lo encontramos en los artículos 165 y 167 de la Ley General de la Administración Pública. El primero de ellos hace referencia a la gravedad de la falta en los siguientes términos:

> *"La invalidez podrá manifestarse como nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida."*

El segundo, contempla la realización o no del fin público como elemento determinante:

> *"Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta."*

Una disposición similar a las anteriores, pero referida al Libro Segundo de la Ley General de Administración Pública (procedimiento administrativo), la encontramos en el artículo 223 de esa Ley. Ahí se establece:

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

Esta norma, aparte de reiterar la importancia del grado de la infracción, menciona razones específicas en las cuales se produciría nulidad de lo actuado. Debe entenderse que en esos supuestos el procedimiento administrativo no cumpliría con el fin público a que va destinado.

Como complemento de lo anterior, se encuentra el Principio de Conservación del Acto Administrativo, el cual establece que en caso de duda sobre la existencia, calificación o importancia del vicio, deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto. Este criterio se encuentra positivamente recogido en el artículo 168 de la Ley General de la Administración Pública.

En la situación concreta que nos ocupa, tomando como punto de partida lo anteriormente expuesto, este órgano Asesor procede a realizar las siguientes valoraciones y consideraciones:

En lo referente a los testimonios rendidos por la señora Sandra Aguilar Delgado y el señor Rodolfo Eduardo Torres Chaves, ambos empleados de Petrogás, alegan las empresas recurrentes lo siguiente:

> *"Sus testigos reconocieron (confesaron) que este llenado (de cilindros de las marcas denunciantes) tuvo lugar durante el tiempo en que han trabajado en Petrogás, lo que incluye el año 2009.*
>
> *(...) No hay motivos para dudar de que Petrogás llenó cilindros de otras envasadoras entre junio y julio del 2009, ella misma lo confesó y lo que procede es sancionarla acorde a ello." (Folio 794) (Lo consignado entre paréntesis no es del original).*

Si bien es cierto, la resolución recurrida fue omisa en cuanto al análisis probatorio de los testimonios de los testigos Aguilar Delgado y Torres Chaves, se desprende del audio de la comparecencia del 20 de julio del 2012 que consta a folio 641 del expediente, lo siguiente:

En cuanto al testimonio de la testigo Aguilar Delgado, ante la pregunta realizada por el órgano director, de que si tiene conocimiento si la empresa Petrogás hace llenado de cilindros que no pertenecen a ellos, su respuesta fue:

> *"Nosotros no hacemos llenado de los cilindros que son de las empresas competencia" (minuto 11:20 del audio que consta en el CD a folio 641)*

Ante la pregunta si a la señora Aguilar Delgado le consta cuantos cilindros al día se venden en Petrogás que tengan marca Zeta o Tropigás, manifestó en lo conducente:

> *"En realidad la empresa Petrogás no reparte lo que son cilindros de Tropigás ni de Zeta (...)" (minuto 31 del audio que consta en el CD a folio 641)*

En lo referente al testimonio del señor Torres Chaves, ante la pregunta de que si los marchamos que los recurrentes aportan como prueba a folio 152 es el que utilizaba Petrogás, a la fecha de los hechos, en su declaración indicó:

> *"No, no es el que se utilizaba por la empresa Petrogás al momento de los hechos" (minuto 40 del audio que consta en el CD a folio 641)*

Al respecto artículo 340 del Código Procesal Civil señala:

> *"Artículo 340 - La confesión judicial es indivisible, pero el que la hiciere valer podrá combatir, por medio de toda clase de pruebas, con las limitaciones que la ley establece, las declaraciones que hacen parte de la confesión."*

Sobre este punto, la jurisprudencia se ha manifestado, indicando lo siguiente:

> *"...el principio de la indivisibilidad de la confesión rige cuando la manifestación de la parte es el único elemento de juicio que se tiene en cuenta para sustentar el hecho. Supuesta esa singularidad, desde luego que* ***no podría el juzgador tomar un fragmento de lo declarado o afirmado y despreciando el resto de la deposición o de la manifestación apoyar en ese fragmento la prueba de un suceso que en ese resto hubiere sido negado o contradicho****". (El resaltado es nuestro). (Ver Sentencia de la Sala Primera de la Corte Nº 1000 del 21 de diciembre del 2005).*

Asimismo, en adición a lo anterior, tampoco sería posible asumir la prueba confesa a petición de las recurrentes, por cuanto no corrió la advertencia a los confesantes sobre los alcances y valor contenidos en el numeral 345 del Código Procesal Civil, en cuanto a tener por cierto los hechos sobre los cuales versa la declaración, por la negación a declarar o por respuestas evasivas.

No obstante lo anterior, a pesar de que las recurrentes se refirieron en su recurso a prueba confesional, lo cierto es que los empleados Aguilar Delgado y Torres Chaves, no eran representantes de la demandada, por lo que la prueba se evacuó como testimonial, en la comparecencia oral y privada. Así las cosas, del análisis de las preguntas realizadas en la comparecencia oral y privada, (audio que consta en el CD a folio 641), los testigos aportados por la empresa investigada, no confirmaron la existencia de las prácticas denunciadas el día de los hechos. Examinados los testimonios de los señores Aguilar Delgado y Torres Chaves, aún y si estos hubiesen sido analizados por el Comité de Regulación en la resolución recurrida -aunque si en la resolución de la revocatoria-, considera este órgano Asesor que su declaración no hubiera modificado el resultado de la resolución recurrida, pues se aprecia del análisis de la misma prueba, que de las repreguntas formuladas, ninguna apoya los argumentos de las recurrentes, que son base de los hechos denunciados.

En cuanto a la prueba aportada por la empresa denunciada, referente a las boletas de autorización para el llenado de cilindros de uso doméstico de Gas Licuado de Petróleo, que rola a folios 491 al 502, la cual fue admitida por el órgano director del procedimiento (folio 371), considera este órgano Asesor que de conformidad con el principio de imputación, que aplica en esta materia, la investigada tiene derecho a una acusación formal, descriptiva, precisa y detallada del hecho, incluyendo además, una clara calificación legal, señalando los fundamentos de derecho de la acusación y hacer una clara calificación legal del mismo, señalando los fundamentos de derecho de la acusación.

Bajo este supuesto no puede haber procedimiento ordinario sancionatorio sin imputación de cargos, o sea, sin advertir cuales son las supuestas faltas sobre las que versará el procedimiento administrativo.

Como ya se indicó en este criterio, mediante los actos administrativos ROD-169-2010 y RRG-360-2010 citados, el órgano director formuló cargos e hizo los apercibimientos de ley a la empresa investigada, detallando expresamente cuales fueron las causas que motivaron la apertura de este procedimiento. La tesis de las empresas recurrentes sobre la propiedad de los cilindros, no fue lo que se discutió en la investigación, sino que se trató de hechos muy concretos en cuanto a los lugares y fechas en donde se ubicaban los cilindros en disputa, por lo anterior, la prueba documental de marras, resulta irrelevante, y aún y cuando hubo una omisión por parte del Comité de Regulación en la resolución recurrida, en cuanto al análisis de esta prueba, ese análisis no hubiere cambiado la decisión final.

Así pues, la Administración solo podría sancionar a una persona –física o jurídica-, cuando a través del debido proceso, se demuestre fehacientemente que los hechos fueron cometidos por la persona investigada.

Lo anterior, ya que en caso de duda al respecto, no procederá la imposición de sanción alguna, en observancia de los principios de presunción de inocencia y de in dubio pro reo, recogidos en los artículos 9 del Código Procesal Penal y 39 de la Constitución Política, los cuales son de aplicación a los procedimientos sancionatorios administrativos, según la reiterada

jurisprudencia de la Sala Constitucional. (Voto N° 6599-94 de noviembre de 1994 y Voto N° 7077-94 de 2 de diciembre de 1994).

Lo rescatable para nuestros efectos, es que ninguno de los vicios presentes en el acto administrativo, generan la nulidad absoluta de la resolución impugnada, por cuanto la imperfección no impidió la realización del fin y su valoración no hubiera cambiado significativamente la decisión final. En virtud de lo anterior se considera que no llevan razón las empresas recurrentes en cuanto a este argumento.

No obstante lo anterior, siendo que la supuesta práctica de llenado de cilindros de la competencia, a que hace referencia el recurrente, con base en la prueba documental aportada por la empresa Petrogás S.A., que consta a folios 490 al 502 del expediente administrativo, no ha sido objeto de este procedimiento administrativo; de acreditarse la misma podría significar un incumplimiento de las condiciones generales del título habilitante de dicha empresa, que establece en cuanto a sus obligaciones: "(...) no podrá llenar o retener de forma indebida cilindros de otras plantas envasadoras (...)" (R-D-657-2009, del 15 de diciembre del 2009, "Resolución de autorización de autorización de prestación del servicio público de almacenamiento y venta de combustibles derivados de hidrocarburos a consumidores finales", otorgada por el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones.)

En razón de lo anterior, considera esta asesoría que debería valorarse el inicio de un nuevo procedimiento administrativo sancionatorio, en contra de la empresa Petrogás S.A., con el fin de determinar la verdad real de los hechos (artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública) respecto a la supuesta práctica de llenado de cilindros de la competencia.

***En cuanto a la nulidad alegada por las empresas recurrentes**:*

Concerniente al vicio de nulidad en los motivos del hecho del acto impugnado que invocan las recurrentes, debemos de indicarles que ésta no se ha producido, por cuanto para que así acontezca —según el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública —, y según lo ha manifestado esta Dirección General en otras oportunidades, deben faltarle totalmente al acto administrativo de que se trate, uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, se hallan en los artículos 158 a 179 y 223 de la Ley de Rito, y que son: la falta o defecto de algún requisito o, que el acto recurrido sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendiendo como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o, bien cuya omisión causare indefensión y no es el caso bajo examen.

En cuanto a la validez de la resolución recurrida, se le debe comunicar al recurrente, que de conformidad con el artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública, la resolución 216-RCR-2010, cumple con todos los elementos para su validez. Lo anterior se verifica con el cumplimiento y presencia en forma perfecta de los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales. Estos elementos a que hacemos referencia, tanto la doctrina nacional como la Ley General de la Administración Pública, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales, se encuentran el sujeto, el procedimiento y la forma; y entre los sustanciales o materiales resaltan el motivo, contenido y fin.

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

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

Por lo cual, al no presentarse vicio alguno en los elementos del acto administrativo, que implique su nulidad y en lo que se refiere a los aspectos meramente procedimentales, no se observan vicios o defectos que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto, de conformidad con el artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual:

> *"Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento.*
>
> *Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión".*

En virtud de lo antes expuesto, las recurrentes no llevan razón en lo que argumentan, ya que la resolución 216-RCR-2010 que impugnan, no es un acto administrativo absolutamente nulo, porque tiene todos los elementos (sujeto, forma, procedimiento, motivo, fin y, contenido), exigidos por la Ley General de la Administración Pública, ya que:

> *1) Fue dictado por el órgano competente, es decir, por el Comité de Regulación (artículos 129 y 180, sujeto).*
>
> *2) Fue emitido por escrito como corresponde (artículos 134 y 136, forma).*
> *3) De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley (artículo 129, procedimiento).*
>
> *4) Contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133, motivo).*
>
> *5) Estableció en su parte considerativa las razones que sustentaron la decisión del órgano competente (artículos 131, fin y 132, contenido).*

V. CONCLUSIONES

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

1. Que desde el punto de vista formal, el recurso presentado por las recurrentes, resulta admisible pues fue presentado en tiempo y forma.

2. Que una vez establecido claramente el objeto del proceso o las conductas que se le atribuyen a la empresa denunciada (intimación de cargos), en el cause normal del procedimiento, si no se llegase a comprobar más allá de toda duda razonable, que las circunstancias se dieron de la forma como las recurrentes las habían contemplado –como en efecto sucedió-, no sería jurídicamente posible, condenar a Petrogás S.A. por los motivos que le achacan las empresas recurrentes.

3. Que lleva razón el recurrente en su reclamo, pues no consta en autos que el Comité de Regulación, haya valorado la prueba testimonial de los señores Aguilar Delgado y Torres

Chaves y documental referida a las boletas de autorización para el llenado de cilindros de uso domestico de Gas licuado de Petróleo, al momento de emitir la resolución impugnada.

4. Que si bien, la resolución recurrida fue omisa en cuanto al análisis probatorio, examinados los testimonios de los testigos Aguilar Delgado y Torres Chaves, y la prueba aportada por la empresa denunciada, referente a las boletas de autorización para el llenado de cilindros de uso doméstico de Gas Licuado de Petróleo, aún y si estos hubiesen sido analizados por el Comité de Regulación, considera este órgano Asesor que el análisis de esta prueba no hubiera modificado el resultado de la resolución recurrida ni se ocasionó indefensión al tenor de lo establecido en el artículo 223 Ley General de Administración Pública (LGAP).

5. Que en observancia de los principios de presunción de inocencia y de in dubio pro reo, recogidos en los artículos 9 del Código Procesal Penal y 39 de la Constitución Política, los cuales son de aplicación a los procedimientos sancionatorios administrativos, al no haber certeza de la comisión de las conductas que se le imputaron a la empresa Petrogás S.A., se considera que no existen elementos de juicio suficientes dentro del expediente para modificar lo resuelto por el Comité de Regulación.

6. Que la resolución 216-RCR-2010 que impugnan, no es un acto administrativo absolutamente nulo, porque tiene todos los elementos (sujeto, forma, procedimiento, motivo, fin y, contenido), exigidos por la Ley General de la Administración Pública.

(...)"

II. Que en sesión extraordinaria 47-2012, del 18 de junio de 2012, cuya acta fue ratificada el 28 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 276-DGJR-2012, de cita, entre otras cosas, acordó dictar la presente resolución.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1.- Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por las empresas Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A. contra la resolución 216-RCR-2010; 2.- Rechazar por el fondo, el incidente de nulidad absoluta interpuesto por las empresas Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A., contra la resolución 216-RCR-2010; 3.-Dar por agotada la vía administrativa, tal y 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 las empresas Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A. contra la resolución 216-RCR-2010.

II. Rechazar por el fondo, el incidente de nulidad absoluta interpuesto por las empresas Gas Nacional Zeta S.A. y Tropigás de Costa Rica S.A., contra la resolución 216-RCR-2010.

III. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 8. *Recurso de apelación en subsidio interpuesto por Hernán Castillo Llanos contra la resolución 430-RCR-2011 del 28 de abril del 2011. AU-196-2010.*

Se conoció el oficio 063-DGJR-2012, del 6 de febrero del 2012, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio respecto al recurso de apelación en subsidio interpuesto por Hernán Castillo Llanos, contra la resolución 430-RCR-2011, del 28 de abril del 2011, expediente AU-196-2010.

Henry Payne Castro:
Se refirió al criterio externado en el oficio 063-DGJR-2012, así como a las recomendaciones del caso, al tiempo que respondió consultas sobre el particular.

Sylvia Saborío Alvarado:
Manifestó que se podría derivar de este asunto, que los esfuerzos de ARESEP no pueden quedar truncos en el primer momento; o sea, se hizo la gestión y después se olvidan del tema. Sabe que eso no tiene que ver solo con este caso y que esta consideración no debe quedar incluida en esta resolución, pero considera que como Junta Directiva, hay que tomar nota de que esos temas deben ser llevados por los caminos apropiados.

Hay que resolver también, desde el punto de vista de procedimientos, cómo actuar de forma proactiva para tratar de resolver las cosas con economía procesal.
Seguidamente, sometió a votación la propuesta recomendada, con la cual los miembros de la Junta Directiva estuvieron de acuerdo.

Analizado el citado recurso, la Junta Directiva con base en lo recomendado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 063-DGJR-2012 del 6 de febrero de 2012, resolvió por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 08-47-2012

1. Acoger, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por Hernán Castillo Llanos contra la resolución 430-RCR-2011.

2. Enderezar los procedimientos, en consecuencia, anular la resolución 430-RCR-2011 del 28 de abril del 2011 y por conexidad, la resolución 478-RCR-2011 del 25 de mayo del 2011, ambas dictadas por el Comité de Regulación.

3. Retrotraer el procedimiento a la etapa procesal oportuna, es decir, al momento en que debió valorarse el inicio del procedimiento administrativo, siendo hoy el Regulador General el competente para hacerlo.

4. Agotar la vía administrativa.

5. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que el 26 de noviembre de 2010, el señor Hernán Castillo Llanos, presentó ante la Autoridad Reguladora queja contra el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (denominado en lo sucesivo ICAA), por considerar que debe realizarse un cambio de tarifa ordinaria a domiciliar en el NIS 3214901, ya que el inmueble, trata de su casa de habitación y no de un negocio como dictó el ICAA. (Folios 1 a 6).

II. Que el 28 de abril de 2011, el Comité de Regulación, mediante resolución 430-RCR-2011, resolvió archivar la queja planteada por el señor Hernán Castillo Llanos. (Folios 55 a 64).

III. Que el 9 de mayo de 2011, el señor Hernán Castillo Llanos, cédula de identidad 8-087-934, inconforme con lo resuelto interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución 430-RCR-2011. (Folios 65 a 82).

IV. Que el 24 de mayo de 2011, la Dirección de Servicios de Aguas y Ambiente, mediante oficio 181-DIAA-2011/11645, rindió criterio sobre el recurso de revocatoria. (Folios 83 a 88).

V. Que el 25 de mayo de 2011, el Comité de Regulación, mediante resolución 478-RCR-2011, rechazó por el fondo el recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por Hernán Castillo Llanos. *(Folios 89 a 94).*

VI. Que no consta en autos que el señor Castillo Llanos respondiera el emplazamiento conferido ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora.

VII. Que el 07 de junio del 2011, la Dirección de Servicios de Aguas y Ambiente, mediante el memorando 196-DIAA-2011, rindió el informe del artículo 349 de la Ley General de Administración Pública. *(Folios 99 y 100).*

VIII. Que el 09 de junio del 2011, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 170-SJD-2011, remitió el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Hernán Castillo Llanos a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. *(Folio 101).*

IX. Que el 8 de setiembre de 2011, la Procuraduría General de la República, mediante el dictamen C-217-2011, indicó que el Regulador General no es el competente para resolver las quejas referentes la prestación de los servicios públicos.

X. Que el 30 de noviembre de 2011, la Sala Constitucional, mediante resolución Nº 016591-2011 de las 15:30 horas, declaró parcialmente con lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Consumidores de Costa Rica contra varios acuerdos de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, así como contra

varios artículos del Reglamento de Organización y Funciones de ARESEP y sus Órganos Desconcentrados, relacionados con la creación, vigencia y competencia del Comité de Regulación, y resolvió en lo conducente: *"(...) e) La función asignada al Comité de Regulación en el punto b del artículo 65 del Reglamento Autónomo de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus Órganos Desconcentrados y Acuerdos Conexos, no resulta inconstitucional en tanto se interprete que el Comité no ejerce funciones de órgano decisor a efectos de emitir resolución final, pues ello es competencia del Regulador General conforme lo dispuesto por el artículo 40 del Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, (...). Esta sentencia tiene efectos a partir de la anulación de la normativa impugnada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. (...)."*

XI. Que el 06 de febrero de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 063-DGJR-2012, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación interpuesto por Hernán Castillo Llanos.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 063-DGJR-2012 arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

"(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1) NATURALEZA DEL RECURSO

El recurso interpuesto es el ordinario de apelación en subsidio al cual se le aplican las disposiciones de los artículos 342 al 352 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas.

2) TEMPORALIDAD DEL RECURSO

La resolución que recurrida fue notificada al recurrente, en fecha 05 de mayo de 2011 (folio 61) y la impugnación fue planteada el 09 de mayo de 2011 (folio 65).

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, que vencía el 10 de mayo de 2011, otorgado en el artículo 346 de la Ley General de Administración Pública, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

3) LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que el señor Hernán Castillo Llanos, está legitimado para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los

artículos 275, 276 y 282 de la LGAP, en relación con el artículo 27 de la Ley 7593, pues es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

(..)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

De previo a analizar el fondo del asunto, este órgano asesor procede a hacer un análisis de las razones por las cuales se archivó la queja interpuesta por el señor Hernán Castillo Llanos en la resolución recurrida.

En la resolución 430-RCR-2011 se archiva la queja fundamentándose en lo siguiente: 1) Se tiene incorporada como prueba documental en el expediente el oficio SUB-G-SGAM-MED-GC-2011-0010 el cual hace referencia a la inspección realizada por el Instituto Costarricense de Acueducto y Alcantarillado (ICAA), por medio de esta se comprobó que se abastece casa de habitación con alquiler de cuartos, 2) Que se encuentra como prueba en el expediente copia de los anuncios publicados en el Diario Extra del 10 y el 11 de diciembre de 2009, 3) Que en la comparecencia oral y privada el ICAA manifestó que el señor Castillo Llanos no aportó prueba de que no alquile cuartos, 4) Que en la inspección realizada por los funcionarios de la ARESEP el día 5 de abril de 2011, no se logró entrar al inmueble y el señor Castillo Llanos no se ha presentado a señalar fecha y hora en que podría encontrarse disponible para realizar la inspección.
Resulta necesario señalar que el trámite de las quejas en la ARESEP se realiza según lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la Ley 7593, por medio de la tramitación de un procedimiento administrativo ordinario en los términos de la Ley General de Administración Pública.

Siguiendo ese orden de ideas, resulta válido indicar cuales son en términos generales los actos procesales que conforman el procedimiento administrativo para la presentación de quejas: el usuario del servicio presenta la queja; se revisa que la queja cumpla con los requisitos de admisibilidad, si los cumple se convoca a la audiencia de conciliación, si la misma no prospera como ocurrió en este caso, se desarrolla la etapa de valoración inicial, si el órgano competente, considera que existe mérito suficiente dicta el acto de apertura del procedimiento administrativo y nombra al órgano director encargado de instruir el procedimiento, que procede a formular los cargos y cita a la comparecencia oral y privada, en la cual se recibe y evacúa la prueba ofrecida por las partes, de conformidad con los numerales 317, 318 y 319 de la Ley General de Administración Pública. Posteriormente se dicta la resolución final que es el momento procesal en donde se debe valorar la prueba aportada al procedimiento y por último se encuentra la etapa recursiva, en caso de que proceda.

De las consideraciones por las cuales se archivó la queja en la resolución recurrida, se desprende que dicho archivo se fundamentó en una valoración de la prueba que consta en autos. Situación que resulta improcedente, por la etapa procesal en la que se encuentra el procedimiento, ya que lo correcto es que en la etapa de la comparecencia oral y privada se ofrezca y evacue la prueba, misma que sería valorada en la etapa de resolución final del procedimiento. Es por ello, que a criterio de este órgano asesor en la resolución 430-RCR-2011 de las 14:40 del 28 de abril de 2011, se incurrió en vicios en cuanto al motivo y contenido del acto administrativo.

Siendo el motivo y el contenido del acto administrativo elementos esenciales del acto administrativo, según lo dispuesto en los artículos 132 y 133 de la LGAP, en este caso concreto lo procedente es enderezar los procedimientos y anular lo actuado en autos.

Con fundamento en los párrafos anteriores, se concluye que lleva razón el recurrente y el recurso debe ser acogido.

V. CONCLUSIONES

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

1. *Que desde el punto de vista formal, el recurso presentado por el señor Hernán Castillo Llanos, resulta admisible, puesto que fue presentado en tiempo y forma.*

2. *Que en la resolución 430-RCR-2011 se archiva la queja fundamentándose en la prueba que consta en autos.*

3. *Que el trámite de las quejas en la ARESEP se realiza según lo dispuesto mediante los artículos 27 y 28 de la Ley 7593, por medio de la tramitación de un procedimiento administrativo ordinario a los términos de la Ley General de Administración Pública.*

4. *Que en términos generales los actos procesales que conforman el procedimiento administrativo para la presentación de quejas son: el usuario presenta la queja; se revisa que la queja cumpla con los requisitos de admisibilidad, si los cumple se convoca a la audiencia de conciliación, se efectúa la valoración inicial, si el órgano competente, considera que existe mérito suficiente dicta el acto de apertura del procedimiento administrativo y nombra al órgano director encargado de instruir el procedimiento, que procede a formular los cargos y cita a la comparecencia oral y privada, en la cual se recibe y evacúa la prueba ofrecida por las partes. Posteriormente se dicta la resolución final que es el momento procesal en donde se debe valorar la prueba aportada al procedimiento y por último se encuentra la etapa recursiva, en caso de que proceda.*

5. *Que lo correcto es que la prueba sea valorada al momento de dictarse la resolución final del procedimiento y no en la etapa de valoración inicial como ocurrió en este caso. Es por ello que en la resolución 430-RCR-2011 de las 14:40 del 28 de abril de 2011 se incurre en vicios en cuanto al motivo y contenido del acto administrativo, por lo tanto lo procedente es enderezar los procedimientos y anular lo actuado en autos.*

(...)"

II. Que en sesión extraordinaria 47-2012, del 18 de junio de 2012, cuya acta fue ratificada el 28 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 063-DGJR-2012 de cita, entre otras cosas acordó dictar la presente resolución.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1- Acoger por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Hernán Castillo Llanos. 2- Enderezar los procedimientos, en consecuencia anular la resolución 430-RCR-2011, del 28 de abril de 2011 y por conexidad la resolución 478-RCR-2011, del 25 de mayo de 2011, ambas dictadas por el Comité de Regulación. 3- Retrotraer el procedimiento a la etapa procesal oportuna, es decir, al

momento en que debió valorarse el inicio del procedimiento administrativo, siendo hoy el Regulador General el competente para hacerlo. 4- Agotar la vía administrativa.

POR TANTO:

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

I. Acoger por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Hernán Castillo Llanos, contra la resolución 430-RCR-2011.

II. Enderezar los procedimientos, en consecuencia anular la resolución 430-RCR-2011, del 28 de abril de 2011 y por conexidad la resolución 478-RCR-2011, del 25 de mayo de 2011, ambas dictadas por el Comité de Regulación.

III. Retrotraer el procedimiento a la etapa procesal oportuna, es decir, al momento en que debió valorarse el inicio del procedimiento administrativo, siendo hoy el Regulador General el competente para hacerlo.

IV. Agotar la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 9. *Recurso de apelación presentado por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución 439-RCR-2011 del 5 de mayo del 2011. AU-145-2009.*

Se conoció el oficio 182-DGJR-2012, del 12 de marzo del 2012, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio respecto al recurso de apelación presentado por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución 439-RCR-2011 del 5 de mayo del 2011, expediente AU-145-2009.

Edwin Canessa Aguilar:
Explicó los principales argumentos del criterio externado, al tiempo que respondió consultas sobre el particular.

Sylvia Saborío Alvarado:
Somete a votación la propuesta recomendada, con la cual los miembros de la Junta Directiva estuvieron de acuerdo.

Analizado el citado recurso, la Junta Directiva con base en lo recomendado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su 182-DGJR-2012 del 12 de marzo del 2012, resolvió por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 09-47-2012

1. Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación presentado por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución 439-RCR-2011.

2. Adicionar el "Por Tanto II" de la resolución 439-RCR-2011, de la siguiente manera: "(…) para lo cual, deberá la CNFL resolver con la quejosa, y en caso de no llegarse a un acuerdo satisfactorio, podría acudir la afectada a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, con el fin de determinar los montos a indemnizar mediante la interposición de un procedimiento administrativo sumario".

3. Dar por agotada la vía administrativa.

4. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que el 24 de marzo del 2008, la señora Meei Tasy Yu Chen, presentó el reclamo ante la CNFL, por los daños sufridos en el techo de su casa, artefactos eléctricos y telefónicos, debido a que el 1 de marzo del 2008, se produjo una fuerte explosión de dos transformadores que incendiaron los cables de alta tensión. El reclamo fue rechazado por la CNFL, mediante oficio de fecha 07 de abril del 2008, alegando que no existen causas que sean de su responsabilidad, por tratarse de un daño causado por un agente externo (zorro). (Folio 14).

II. Que el 4 de julio de 2009, mediante escrito presentado ante esta Autoridad Reguladora, y completado el 22 de setiembre del 2009, la señora Meei Tasy Yu Chen, interpuso la queja ante esta Autoridad Reguladora contra la CNFL. (Folios 1 a 60).

III. Que el 25 de abril del 2011, mediante oficio 259-DEN-2011/8904-2011, la Dirección de Servicios de Energía, realizó el informe técnico sobre el reclamo tramitado bajo el expediente AU-145-2009. (Folio 375 a 377).

IV. Que el 5 de mayo del 2011, mediante resolución 439-RCR-2011, el Comité de Regulación, resolvió declarar con lugar la queja presentada por la señora Meei Tasy Yu Chen en contra de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz. (Folios 351 a 359).

V. Que el 16 de mayo del 2011, la CNFL, inconforme con lo resuelto, planteó recurso de revocatoria y apelación en subsidio contra la resolución 439-RCR-2011 del 5 de mayo del 2011. (Folios 367 a 373).

VI. Que el 25 de mayo del 2011, mediante resolución 480-RCR-2011, el Comité de Regulación, resolvió rechazar de plano, por extemporáneo, el recurso de revocatoria interpuesto por la CNFL, en contra la resolución 439-RCR-2011. (Folio 378 a 381).

VII. Que el 6 de junio del 2011, la CNFL respondió al emplazamiento conferido. (Folios 382 al 390).

VIII. Que el 6 de junio del 2011, la señora Meei Tasy Yu Chen, respondió al emplazamiento conferido. (Folios 391).

IX. Que el 9 de junio del 2011, mediante el memorando 172-SJD-2011/13277, la Secretaría de Junta Directiva, remite para el respectivo análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de apelación en subsidio contra la resolución 439-RCR-2011 de las 10:10 horas del 5 de mayo del 2011. (Folio 393).

X. Que el 12 de marzo del 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 182-DGJR-2012, rindió el criterio jurídico sobre el recurso de apelación presentado por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL) contra la resolución 439-RCR-2011.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 182-DGJR-2012 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

"(...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

A) NATURALEZA DEL RECURSO

El recurso interpuesto es el ordinario de apelación en subsidio, al que se le aplican los artículos 342 a 352 de la L.G.A.P. y sus reformas.

B) TEMPORALIDAD DEL RECURSO

La resolución que se impugna fue notificada al recurrente en fecha 11 de mayo de 2011 (folio 359). En ella se indica que el plazo para la interposición del recurso de revocatoria con apelación en subsidio es de tres días contados a partir del siguiente a la notificación; es decir hasta el 16 de mayo de 2011.

Al respecto, se tiene que el día 16 de mayo de 2011, el apoderado extrajudicial y general de la CNFL interpuso el referido recurso vía fax, (folios 344 al 350), por lo tanto, el acto recurrido se encuentra dentro del plazo legal establecido para ello.

C) LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que el recurrente está legitimado para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275, 276 y 282 de la L.G.A.P., pues es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

D) REPRESENTACIÓN

El señor Guillermo Sánchez Williams, es apoderado extrajudicial y general de la CNFL, personería que consta ante esta instancia (folio 108), por lo cual está facultado para actuar a su nombre.

(...)"

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

1.- Sobre la falta de fundamentación de la resolución recurrida.

En cuanto al argumento de la CNFL que la resolución recurrida adolece de fundamento técnico y legal y falta de razonamiento, en virtud de que no se tiene por demostrado que por la falta de mantenimiento, se reventara el cable y que las protecciones no funcionaran de acuerdo a lo que esperaban según su criterio, cabe indicar lo siguiente:

En el caso concreto, se tiene por acreditado en autos que, el 1º de marzo del 2008, en el sector de Bello Horizonte de San Rafael de Escazú, al ser aproximadamente la 8:00 a.m. dos transformadores explotaron y se incendiaron los conductores de alta tensión que conectaban a ambos transformadores; conductores que cayeron sobre el techo de la casa de la señora Yu Chen, provocando daños en la estructura de la vivienda, artefactos eléctricos y telefónicos.

En la resolución recurrida, el Comité de Regulación, indicó a folio 355 del expediente administrativo que: "... lo cierto es que independientemente del origen de la perturbación, las protecciones de la empresa eléctrica no operaron oportunamente (...), en vista de lo anterior, queda demostrado que el origen de la perturbación, es decir, el evento, se presentó en la red eléctrica de la CNFL, por eso que es responsabilidad (SIC) de la empresa eléctrica. (...) Consecuentemente al establecerse el nexo causal entre los daños provocados y el actuar de la CNFL, procede declara la responsabilidad del operador".

Asimismo, quedó demostrado en autos, que los artefactos eléctricos se dañaron a consecuencia de perturbaciones en la red, donde literalmente se indicó en la resolución recurrida, visible a folio 355 de expediente citado que: "(...) El daño que presentaron los artefactos eléctricos, telefónicos y la estructura de la casa, se debieron como quedó demostrado, a la caída de los conductores eléctricos energizados, producto de una falla que no fue debidamente despejada en tiempo, por los equipos de protección de la CNFL. Por eso la empresa eléctrica debe de hacerse responsable de los daños causados".

En cuanto a las obligaciones de los prestadores de servicios regulados, de conformidad con el artículo 14 incisos b) y j) de la Ley 7593, se encuentran, entre otras, las siguientes:

> *"Artículo 14 (...)*
> *b) mantener instalaciones y equipos en buen estado, de manera que no constituyan peligro para personas ni propiedades, y no causen interrupciones del servicio.*
> *(...)*
> *j) Brindar el servicio en condiciones adecuadas y con la regularidad y seguridad que su naturaleza, la concesión o el permiso indiquen"*

Por su parte, el artículo 28 de la Ley 7593, establece en lo conducente:

> *"(...)*
>
> *Si la denuncia resulta fundada, la Autoridad Reguladora dictará las disposiciones pertinentes para que se corrijan las anomalías, y cuando en derecho corresponda, ordenará resarcir los daños en sede administrativa."*

Al respecto cabe indicar lo dispuesto en el contrato Eléctrico Ley Nº 2 del 8 de abril de 1941, que regula la materia referente a la responsabilidad de la CNFL, en donde se indica expresamente que ésta responderá por los daños causados en las propiedades, "(...) cuando se compruebe que los daños sufridos por los aparatos se deben a variaciones en el voltaje, mayores que las autorizadas en el presente contrato, (...)." (Artículo 8)

De conformidad con lo anterior, comparte esta Asesoría el criterio de la resolución 439-RCR-2011, por cuanto, independientemente del agente externo que causó la descarga eléctrica, era de esperarse que las protecciones de la red hubieran funcionado adecuadamente, minimizando así, el daño sobre la propiedad de la quejosa.

En virtud de lo anterior, lo procedente sería rechazar este argumento.

2.- En cuanto a las eximentes de responsabilidad alegadas.

Estima la recurrente que no es responsable de los daños causados en el caso de marras, por las siguientes razones: 1) que el daño fue ocasionado por un "hecho de la naturaleza" (zorro), que lo exime de responsabilidad; y 2) que no se aportaron estudios técnicos por parte de la ARESEP, que demuestren que existió falta de mantenimiento en las redes eléctricas.

Sobre el primer argumento, cabe reiterar lo dicho por el Comité de Regulación, en la resolución recurrida, la cual, como se señaló en la sección anterior, manifestó que, independientemente del origen de la perturbación (zorro), las protecciones de la empresa eléctrica no operaron oportunamente, por lo que quedó demostrado que el origen de la perturbación se presentó en la red eléctrica, que brindaba el servicio eléctrico a la propiedad de la recurrente (folio 355).

Así pues, el numeral 190, párrafo 1, de la LGAP, establece las causales de la exclusión de la responsabilidad administrativa, al disponer que la Administración Pública responde por "(...) todos los daños que cause (...) salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

Respecto a este punto, la Sala Primera, ha explicado en qué consiste la causa eximente alegada:

> *"Esta causal en particular debe ser entendida como la actividad de un hecho de la naturaleza imprevisible para la Administración, que interfiere en el normal desarrollo de los servicios públicos. Empero, la sola intervención de un hecho de la naturaleza no es justificante adecuada para eximir al Estado de su responsabilidad y atribuirla a aquel, pues para que ello sea posible, la intervención externa debe ser capaz y eficaz de producir el daño, es decir, debe incumbirle directamente la autoría del daño. (...)". (Voto Nº 308-F-2006).*

Por lo anterior, tome en cuenta el recurrente que, el hecho de que haya existido un agente externo – hecho de la naturaleza- que ocasionó el percance, el mismo no constituye automáticamente una eximente de responsabilidad. En el caso de marras, quedó demostrado, que independientemente del agente externo que causó la descarga, las protecciones de la red no funcionaron apropiadamente, provocando el daño sobre la propiedad y bienes de la señora Yu Chen.

En cuanto al argumento de que no se aportaron estudios técnicos por parte de la ARESEP, que demuestren que existió falta de mantenimiento en las redes eléctricas, en virtud de lo anteriormente expuesto, el mismo resulta innecesario, por cuanto se logró demostrar en autos, el nexo causal entre lo ocurrido y los daños ocasionados.

En virtud de lo anterior, no lleva razón el recurrente en su alegato.

3.- Sobre la liquidación de daños

Alega el recurrente que la resolución recurrida, condenó a la CNFL a pagar daños a la casa de la señora Yu Chen, por lo que se opone al cambio de 17 láminas metálicas para cubrir el arreglo de todo el techo, por cuanto el daño causado por el cable reventado se dio en tan solo unas láminas.

Es criterio de este órgano Asesor que no resulta procedente en esta etapa procesal analizar su argumento, por cuanto lo determinado mediante la resolución 439-RCR-2011, lo es en cuanto a la responsabilidad de la CNFL, por los daños ocasionados. La etapa procesal oportuna para rebatir la prueba que constaba en autos era la comparecencia oral y privada y consta a folios que rolan del 300 al 336, que el recurrente no lo hizo. De conformidad con lo anterior, no lleva razón el recurrente en su argumento.

Ahora bien, el punto II de la parte dispositiva de la resolución recurrida establece, "Ordenar a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, S.A., el pago de daños a la señora Meei Tasy Yu Chen, correspondiente al costo incurrido en las reparaciones del inmueble y de los artefactos dañados" (Folio 358).

No habiéndose determinado en el párrafo anterior, el monto del daño a resarcir, consideramos que la resolución debería adicionarse en los siguientes términos:

> *"(...) para lo cual, deberá la CNFL resolver con la quejosa, y en caso de no llegarse a un acuerdo satisfactorio, podrá acudir la afectada a la Autoridad Regulatoria con el fin de determinar los montos a indemnizar mediante un procedimiento administrativo sumario."*

En consecuencia, se procede a adicionar la resolución recurrida, en los términos antes señalados.

V. CONCLUSIONES

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

1. *Que el recurso resulta admisible, puesto que fue presentado en tiempo y forma.*

2. *Que independientemente del agente externo que causó la descarga eléctrica, era de esperarse que las protecciones de la red hubieran funcionado adecuadamente, minimizando así, el daño sobre la propiedad de la quejosa.*

3. *Que el hecho de que haya existido un agente externo – hecho de la naturaleza- que ocasionó el percance, el mismo no constituye automáticamente una eximente de responsabilidad.*

4. *Que el estudio técnico por parte de la ARESEP, que demuestre que existió falta de mantenimiento en las redes eléctricas, resulta innecesario, por cuanto se logró demostrar en autos, el nexo causal entre lo ocurrido y los daños ocasionados.*

5. *Que corresponde adicionar la resolución recurrida, respecto a la determinación del daño ocasionado a la señora Meei Tasy Yu Chen.*

(...)"

II. Que en sesión extraordinaria 47-2012, del 18 de junio de 2012, cuya acta fue ratificada el 28 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 182-DGJR-2012, de cita, entre otras cosas, acordó dictar la presente resolución.

III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1- Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. en contra de la resolución 439-RCR-2011; 2- Adicionar el "Por Tanto II" de la resolución 439-RCR-2011, de la siguiente manera: "(…) para lo cual, deberá la CNFL resolver con la quejosa, y en caso de no llegarse a un acuerdo satisfactorio, podrá acudir la afectada a la Autoridad Regulatoria de los Servicios Públicos, con el fin de determinar los montos a indemnizar mediante la interposición de un procedimiento administrativo sumario."; 3- Dar por agotada la vía administrativa.

POR TANTO:

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

I. Rechazar por el fondo en todos sus extremos, el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. en contra de la resolución 439-RCR-2011.

II. Adicionar el "Por Tanto II" de la resolución 439-RCR-2011, de la siguiente manera: "(…) para lo cual, deberá la CNFL resolver con la quejosa, y en caso de no llegarse a un acuerdo satisfactorio, podrá acudir la afectada a la Autoridad Regulatoria de los Servicios Públicos, con el fin de determinar los montos a indemnizar mediante la interposición de un procedimiento administrativo sumario."

III. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE

ARTÍCULO 10. ***Recurso de apelación interpuesto por Víctor José Alvarado Gutiérrez, en contra de la resolución RDEN-3-2011 del 19 de mayo del 2011. AU-182-2010.***

Se conoció el oficio 058-DGJR-2012, del 6 de febrero del 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio respecto al recurso de apelación interpuesto por Víctor José Alvarado Gutiérrez, en contra de la resolución RDEN-3-2011 del 19 de mayo de 2011, expediente AU-182-2010.

Juan Manuel Quesada Espinoza:
Brindó una explicación de los principales extremos del citado criterio, al tiempo que se refirió a las recomendaciones para el caso particular.

Sylvia Saborío Alvarado:
Somete a votación la recomendación, la cual los miembros de la Junta Directiva estuvieron de acuerdo en acoger.

Analizado el citado recurso, la Junta Directiva con base en lo recomendado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en su 058-DGJR-2012, del 6 de febrero de 2012, dispuso por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 10-47-2012

1. Declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto por Víctor José Alvarado Gutiérrez, en contra de la resolución RDEN-3-2011.

2. Enderezar el procedimiento y, en consecuencia, anular todo lo actuado y retrotraer el procedimiento hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento en que debió conocerse la queja por el órgano competente.

3. Dar por agotada la vía administrativa.

4. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que el 4 de noviembre del 2010 el señor Víctor José Alvarado Gutiérrez, planteó queja contra el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) por daños en varios artefactos eléctricos. (Folios 1 al 45).

II. Que el 23 de noviembre del 2010, la Dirección General de Participación del Usuario, mediante auto de las 11:40 horas, previno al abonado que cumpliera con los requisitos establecidos en la RRG-5418-2006 para plantear quejas, para lo cual le otorgó un plazo máximo de 10 días hábiles. (Folio 51).

III. Que el 22 de febrero del 2010, la Dirección General de Participación del Usuario, mediante auto de las 15:04 horas, nuevamente previno al abonado que cumpliera con los requisitos

establecidos en la RRG-5418-2006 citado, para lo cual le otorgó un plazo máximo de 5 días hábiles. (Folios 73 y 74).

IV. Que el 28 de marzo, la Dirección General de Participación del Usuario, por auto de las 10:05 horas, citó a las partes a una audiencia de conciliación. (Folios 115 y 116).

V. Que el 19 de mayo del 2011, la Dirección de Servicios de Energía de la Autoridad Reguladora, mediante resolución RDEN-3-2011, resolvió archivar la queja planteada por el recurrente, por cuanto consideró, que lo actuado en la etapa conciliatoria presentaba varios errores procesales, tales como el hecho de haber realizado dos prevenciones para cumplir con los requisitos de admisibilidad, de las cuales, la segunda, era improcedente por haber transcurrido sobradamente el plazo para cumplir con aquellos requisitos, y que lo correcto – desde el punto de vista jurídico – era archivar la queja. (Folios 142 a 144).

VI. Que el 23 de mayo del 2011, el recurrente inconforme con lo resuelto por la Dirección de Servicios de Energía de la ARESEP, interpuso recurso de apelación vía correo electrónico, en contra de la resolución RDEN-3-2011, del 19 de mayo del 2011. (Folios 148 al 150).

VII. Que el 22 de julio del 2011, la Dirección de Servicios de Energía, mediante el memorando 491-DEN-2011/18010-2011, de conformidad con lo estipulado en el artículo 349 de la L.G.A.P., remitió para el análisis de la Secretaría de la Junta Directiva, el recurso de apelación interpuesto por el recurrente.

VIII. Que el 9 de agosto del 2011, la Secretaría de Junta Directiva de ARESEP, mediante el memorando 254-SJD-2011/66162, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación interpuesto por el recurrente. (Folio 155).

IX. Que el 8 de setiembre de 2011, la Procuraduría General de le República, mediante el dictamen C-217-2011, indicó que el Regulador General no es competente para resolver las quejas referentes la prestación de los servicios públicos.

X. Que el 30 de noviembre de 2011, la Sala Constitucional, mediante resolución Nº 016591-2011 de las 15:30 horas, declaró parcialmente con lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Consumidores de Costa Rica contra varios acuerdos de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, así como contra varios artículos del Reglamento de Organización y Funciones de ARESEP y sus Órganos Desconcentrados, relacionados con la creación, vigencia y competencia del Comité de Regulación, y resolvió en lo conducente: "(…) La función asignada al Comité de Regulación en el punto b del artículo 65 del Reglamento Autónomo de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus Órganos Desconcentrados y Acuerdos Conexos, no resulta inconstitucional en tanto se interprete que el Comité no ejerce funciones de órgano decisor a efectos de emitir resolución final, pues ello es competencia del Regulador General conforme lo dispuesto por el artículo 40 del Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; (…) La función asignada al Comité de Regulación en el punto c del artículo 65 del Reglamento Autónomo de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus Órganos Desconcentrados y Acuerdos Conexos, no resulta inconstitucional en tanto se interprete que no puede dictar resolución final en los procedimientos establecidos por los artículos 38 y 41 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por ser ello competencia del Regulador General o la Junta Directiva de la ARESEP, según sea el caso. En lo demás se declara sin lugar la acción.

Esta sentencia tiene efectos a partir de la anulación de la normativa impugnada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. (…)"

XI. Que el 6 de febrero del 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 058-DGJR-2012, rindió el criterio jurídico sobre el recurso de apelación en contra de la resolución RDEN-3-2011, del 19 de mayo del 2011, interpuesto por el señor Víctor José Alvarado Gutiérrez

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 058-DGJR-2012 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

"(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. NATURALEZA DEL RECURSO

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

2. TEMPORALIDAD DEL RECURSO

La resolución recurrida fue notificada al recurrente el día 20 de mayo de 2011 (Folios 145 al 147) y la impugnación fue planteada el día 23 de mayo de 2011. (Folios 148 al 150).

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 Ley General de la Administración Pública, y que vencía el 25 de mayo del 2011, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que el señor Víctor José Alvarado Gutiérrez, está legitimado para actuar -en la forma en lo que ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 276 de la Ley General de la Administración Pública; ya que es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

(…)"

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

Sobre el recurso interpuesto por el recurrente, este órgano asesor, procede a realizar las siguientes valoraciones y consideraciones:

Se desprende en autos, que la pretensión del recurrente al interponer su queja en contra del ICE lo era por la deficiencia en la calidad del servicio público prestado. Que producto del mal servicio brindado por ese ente, se le produjo un daño patrimonial, por lo que solicita se le repare o reponga los artículos dañados, así como una indemnización por daños y perjuicios, y el pago de costas procesales.

Mediante la resolución RDEN-3-2011, la Dirección de Servicios de Energía (DEN), resolvió archivar la queja planteada por el recurrente, al considerar que no había mérito suficiente para iniciar le procedimiento ordinario administrativo, por cuanto lo actuado en la etapa conciliatoria tenía varios errores procesales que pusieron en tela de duda su legalidad, tales como el hecho de haber realizado dos prevenciones para cumplir con los requisitos de admisibilidad.

De conformidad con el transitorio II del Reglamento Interno de Organización y Funciones de ARESEP (RIOF) vigente a la fecha en que se emitió el oficio recurrido, le correspondía de manera transitoria, al Comité de Regulación, entre otras potestades, la de resolver las quejas presentadas ante esta entidad.

En ese momento, la competencia asignada a la Dirección de Servicios de Energía (DEN), consistía en ser un órgano asesor permanente del Comité de Regulación, y no tenía competencia para resolver las quejas y denuncias como la interpuesta en el caso de marras.

En ese mismo sentido, la Procuraduría General de la República, mediante el dictamen C-217-2011 del 8 de setiembre del 2011, y posteriormente la Sala Constitucional mediante resolución Nº 016591-2011 de las 15:30 horas del 30 de noviembre del 2011, se pronunciaron sobre la legalidad y constitucionalidad del Comité de Regulación, respectivamente.

Se dispuso expresamente en el Voto de marras, que el competente para resolver sobre el archivo de las quejas o el inicio del procedimiento, según corresponda, es el Regulador General, sin embargo, se indicó de seguido, que dicha resolución constitucional tiene efectos a partir de la anulación de la normativa impugnada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.

En virtud de lo anterior, se desprende que a partir del 30 de noviembre del 2011, la resolución de quejas, es competencia del Regulador General y no del Comité de Regulación.

Por consiguiente, se concluye, que la Dirección de Servicios de Energía (DEN), en la persona de su director, no tenía competencia legal para resolver la presente queja, por cuanto el órgano competente para resolver las solicitudes como la de examen, lo era el Comité de Regulación, a la fecha de la resolución recurrida.

Siendo que no consta en autos, que ese acto haya sido convalidado o revisado por el Comité de Regulación, dicha situación nos lleva a concluir que la resolución RDEN-3-2011 citada, debe ser revocada.

V. CONCLUSIONES

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

1. *Que de conformidad con el RIOF, en el transitorio II, vigente al momento del dictado de la resolución recurrida, el órgano competente para resolver quejas lo era el Comité de Regulación. A partir del Voto Nº 016591-2011, la Sala Constitucional, dispuso que la competencia para resolver las quejas, recae en la figura del Regulador General.*

2. *Que al momento del dictado de la resolución recurrida, la competencia asignada a la Dirección de Servicios de Energía (DEN), consistía en ser un órgano asesor permanente del Comité de Regulación, y no tenía competencia para resolver la presente queja.*

3. *Que no consta en autos, que ese acto haya sido convalidado o revisado por el Comité de Regulación, por lo que la resolución recurrida, debe ser revocada.*

(...)"

II. Que en sesión extraordinaria 047-2012, del 18 de junio de 2012, cuya acta fue ratificada el 21 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 058-DGJR-2012, de cita, entre otras cosas, acordó dictar la presente resolución.

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, el recurso de apelación interpuesto por el señor Víctor José Alvarado Gutiérrez en contra de la resolución RDEN-3-2011; 2- Enderezar el procedimiento y en consecuencia, anular todo lo actuado y retrotraer el procedimiento hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento en que debió conocerse la queja por el órgano competente; 3- Dar por agotada la vía administrativa.

POR TANTO:

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

I. Declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por el señor Víctor José Alvarado Gutiérrez en contra de la resolución RDEN-3-2011.

II. Enderezar el procedimiento y en consecuencia, anular todo lo actuado y retrotraer el procedimiento hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento en que debió conocerse la queja por el órgano competente.

III. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE

ARTÍCULO 11. ***Recurso de apelación e incidente de nulidad interpuesto por la Empresa Hermanos Méndez Castro S.A. contra de la resolución RRG-389-2010. ET-031-2010.***

Se conoció el oficio 515-DGJR-2011, del 7 de setiembre de 2011, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio respecto al recurso de apelación e incidente de nulidad interpuesto por la Empresa Hermanos Méndez Castro S.A., contra de la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo de 2010, expediente ET-031-2010.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

Se refirió a los principales extremos del citado criterio 515-DGJR-2011; no obstante, explicó que en este caso surgió una situación particular, en el sentido de que la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo del 2010, fue anulada recientemente por acuerdo 11-36-2012, del acta de la sesión extraordinaria 36-2012, celebrada el 14 de mayo del 2012, por tanto, su recomendación es, se archive por carecer de interés actual, el recurso de apelación e incidente de nulidad interpuesto por la Empresa Hermanos Méndez Castro S.A.

Sylvia Saborío Alvarado:

Somete a votación la recomendación expresada por el señor Director General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la cual los miembros de la Junta Directiva estuvieron de acuerdo en acoger.

Analizado el citado recurso, la Junta Directiva con base en lo recomendado por el Director General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en esta oportunidad, resolvió por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 11-47-2012

1. Archivar el recurso presentado por la empresa Empresa Hermanos Méndez Castro S.A., contra la resolución RRG-389-2010, por carecer de interés actual, en razón de que según acuerdo 11-36-2012 de la sesión extraordinaria 36-2012 celebrada el 14 de mayo del 2012, se anuló la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo del 2010.

2. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que el 26 de febrero de 2010, la empresa Empresarios Unidos del Norte S.R.L. presentó ante esta Autoridad Reguladora, solicitud de ajuste en las tarifas de la ruta 234 que opera, más no así para los corredores comunes. (Folios 1 a 103).

II. Que el día 26 de abril del 2010, la empresa Hermanos Méndez Castro S.A. operador de la ruta 501-A remitió a la Autoridad Reguladora -el propio día de la celebración de la audiencia pública-, la solicitud para que se le tomara en cuenta como corredor común de la ruta 234 que opera Empresarios Unidos del Norte S.R.L. (Folios 155 a 214).

III. Que el 7 de mayo de 2010, mediante la resolución RRG-389-2010, el Regulador General, Fernando Herrero Acosta, resolvió entre otras cosas, con base en el criterio técnico 669-DITRA-2010, fijar tarifas para la ruta 234, operada por Empresarios Unidos del Norte, S.R.L. y rechazar los ajustes tarifarios por corredor común para las rutas 286, 1202 y 501-A. (Folios 343 a 357).

IV. Que el 11 de mayo de 2010, la empresa Hermanos Méndez Castro S.A., operador de la ruta 501-A inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra de la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo de 2010. (Folios 327 a 332).

V. Que el 2 de junio de 2010, la Dirección de Servicios de Transportes, mediante el oficio 805-DITRA-2010, emitió el criterio técnico sobre el recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por la empresa Hermanos Méndez Castro S.A. (Folios 379 a 383).

VI. Que el 6 de setiembre de 2010, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 764-DGJR-2010 emitió el criterio jurídico del recurso de revocatoria interpuesto por la empresa Hermanos Méndez Castro S.A. (Folios 414 a 422).

VII. Que el 13 de setiembre de 2010, mediante la resolución RRG-487-2010, el Regulador General, Dennis Meléndez Howell, resolvió rechazar por el fondo el recurso de revocatoria y el incidente de nulidad interpuesto por la empresa Hermanos Méndez Castro S.A. (Folios 430 a 440).

VIII. Que el 5 de octubre de 2010, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 866-DGJR-2010, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública respecto al recurso de apelación interpuesto por la empresa Hermanos Méndez Castro S.A. (Folios 444 a 445).

IX. Que no consta en autos que la empresa recurrente haya respondido el emplazamiento conferido.

X. Que el 21 de octubre de 2010, la Secretaría de Junta Directiva de ARESEP, mediante el memorando 442-SJD-2010, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación interpuesto por la empresa Hermanos Méndez Castro S.A. (Folio 446).

XI. Que el 4 de mayo de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 245-DGJR-2011, emitió el criterio del recurso de apelación interpuesto por Empresarios Unidos del Norte S.R.L., en el cual, se recomendó a la Junta Directiva de ARESEP, entre otras cosas, anular la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo de 2010, publicada en La Gaceta No. 98 del 21 de mayo de 2010. (Folios 449 a 456).

XII. Que el 7 de setiembre del 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió el criterio jurídico 515-DGJR-2011 sobre el recurso de apelación e incidente de nulidad interpuesto por la empresa Hermanos Méndez Castro S.A., en contra de la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo de 2010.

XIII. Que la Junta Directiva en sesión 36-2012, conoció el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Empresarios Unidos del Norte S.R.L. en contra de la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo del 2010, expediente ET-031-2010.

XIV. Que según acuerdo 11-36-2012 de la sesión 36-2012 celebrada el 14 de mayo del 2012, se anuló la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo del 2010.

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

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 515-DGJR-2011 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

"(...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1) NATURALEZA DEL RECURSO

El recurso presentado es el ordinario de apelación al cual se le aplica las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas.

Asimismo, el recurrente interpuso nulidad concomitante, que se rige por los artículos 158 al 179 de la Ley General de la Administración Pública.

2) TEMPORALIDAD DEL RECURSO

La resolución recurrida fue notificada al recurrente el día 10 de mayo de 2010 (folios 356 y 360) y la impugnación fue planteada el día 13 de mayo de 2010. (Folio 327).

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 Ley General de la Administración Pública, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

3) LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que la empresa Hermanos Méndez Castro S.A. está legitimada para actuar -en la forma en lo que ha hecho- como operador de la ruta 501-A, de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 276 de la Ley General de la Administración Pública, en relación con los artículos 31 y 36 de la Ley 7593; ya que es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

4) REPRESENTACIÓN

La señora Erika Valentina Méndez Castro, con cédula de identidad No. 1-916-052, actúa en su condición de vicepresidente con facultades de apoderada generalísima sin límite de suma de la empresa Hermanos Méndez Castro S.A., -según consta en la certificación notarial visible a folio 159 del expediente- por lo cual está facultada para actuar en nombre de ese operador de servicio.

(...)"

IV. *ANÁLISIS POR EL FONDO*

En cuanto a los argumentos de inconformidad del recurrente, procedemos a realizar las siguientes valoraciones y consideraciones:

1.- SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA EL DÍA DE LA AUDIENCIA:

Que la información remitida por la empresa recurrente resultaba inadmisible, a la luz de lo resuelto por la Sala Constitucional en su resolución No. 2010-001920, debido a que se presentó el mismo día de la celebración de la audiencia pública que se efectuaría precisamente con el propósito de conocer el ajuste de las tarifas de la ruta 234 solamente.

En virtud de lo resuelto por la Sala, tenemos entonces el hecho indubitable, que su petición de ajuste del corredor común no podría haberse tomado en cuenta bajo ninguna circunstancia, pues violentaría flagrantemente los derechos de participación y de defensa de los usuarios de los servicios de la ruta 501-A, pues los mismos no fueron debidamente convocados como para que los usuarios del servicio pudieran ejercerse su derecho de defensa oponiéndose a la misma, o bien, asistiendo a la audiencia pública para manifestarse al respecto.

En consecuencia, la resolución aquí impugnada fue clara al dar respuesta al recurrente en cuanto al ajuste por corredor común solicitado (ver folio 350). Entonces no es de recibo este argumento.

Igualmente, resultaría improcedente retrotraer el procedimiento para convocar nuevamente a audiencia pública y es por ello, que debe ser rechazada su solicitud en este sentido.

No obstante lo anterior, cabe hacer la aclaración a la empresa recurrente, que puede acudir, cuando a bien lo tenga, a la Autoridad Reguladora, a solicitar un ajuste en sus tarifas si considera que su equilibrio financiero se pueda ver afectado.

2.- EN CUANTO A LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA:

Concerniente a la nulidad absoluta de la resolución impugnada que invoca el recurrente, debemos de indicarle que ésta no se ha producido, por cuanto para que así acontezca —según el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública—, deben de faltarle totalmente al acto del que se trate, uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente.

Entonces la validez de la resolución impugnada se verifica con el cumplimiento y presencia en forma perfecta de los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales.

En virtud de lo antes expuesto, el recurrente no lleva razón en lo que argumenta, ya que la resolución RRG-389-2010 que impugna, no es un acto administrativo absolutamente nulo, porque tiene todos los elementos (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la Ley General de la Administración Pública, ya que:

1) Fue dictado por el órgano competente, es decir, por el Regulador General (artículos 129 y 180, sujeto).

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

3) De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley (artículo 129, procedimiento).

4) Contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133, motivo).

5) Se estableció en su parte considerativa las razones que sustentaron la decisión del órgano competente (artículos 131, fin y 132, contenido).

En conclusión, al no presentarse vicio alguno en los elementos del acto administrativo, que implique su nulidad y en lo que se refiere a los aspectos meramente procedimentales, no se observan vicios o defectos que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto, de conformidad con el artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, se debe rechazar este argumento del recurrente.

V. CONCLUSIONES

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

1. Que desde el punto de vista formal, el recurso de apelación, resulta admisible, puesto que fue presentado en tiempo y forma.

2. Que la información presentada por la empresa recurrente el día de la audiencia resultaba inadmisible, a la luz de lo resuelto por la Sala Constitucional en su resolución No. 2010-001920.

3. Que la resolución RRG-389-2010 que impugna, no es un acto carente del elemento motivo que pudiese generar nulidad del acto que impugna, porque tiene todos los elementos *(sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin)*, exigidos por la Ley General de la Administración Pública.

II. Que el 7 de setiembre del 2011 la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió el criterio jurídico 515-DGJR-2011 sobre el recurso de apelación e incidente de nulidad interpuesto por la empresa Hermanos Méndez Castro S.A., en contra de la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo de 2010; no obstante, la Junta Directiva mediante acuerdo 11-36-2012 de la sesión 36-2012 celebrada el 14 de mayo del 2012, anuló la resolución RRG-389-2010. En razón de lo anterior, hoy carecería de interés actual resolver el recurso y el incidente de nulidad interpuesto por la empresa Hermanos Méndez Castro S.A.

III. Que en sesión extraordinaria 47-2012, del 18 de junio del 2012, cuya acta fue ratificada el 28 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, con base en lo dispuesto en el acuerdo 11-36-2012, de la sesión 36-2012, celebrada el 14 de mayo del 2012, entre otras cosas, acordó dictar la presente resolución.

IV. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: Archivar por carecer de interés actual el recurso de apelación e incidente de nulidad interpuesto por la Empresa Hermanos Méndez Castro S.A., contra la resolución RRG-389-2010 del 7 de mayo de 2010.

POR TANTO:

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

Archivar el recurso presentado por la empresa Empresa Hermanos Méndez Castro S.A., contra la resolución RRG-389-2010, por carecer de interés actual, en razón de que según acuerdo 11-36-2012 de la sesión extraordinaria 36-2012 celebrada el 14 de mayo del 2012, se anuló la resolución RRG-389-2010 del 11 de mayo del 2010.

NOTIFÍQUESE

ARTÍCULO 12. *Recurso de apelación interpuesto por la empresa Ecoservicios Punta Leona S.A. contra la resolución RRG-6398-2007. OT-130-2006.*

Se conoció el oficio 152-DGJR-2012, del 1 de marzo del 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por la empresa Ecoservicios Punta Leona S.A., contra la RRG-6398-2007, expediente OT-130-2006.

Selene Camacho Quesada:
Explicó los argumentos contenidos en el criterio, al tiempo que se refiere a las consultas formuladas por los miembros de la Junta Directiva sobre el particular.

Sylvia Saborío Alvarado:
Sometió a votación las recomendaciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la cual los miembros de la Junta Directiva estuvieron de acuerdo en acoger.

Analizado el citado recurso, con base en lo recomendado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 152-DGJR-2012, del 1 de marzo del 2012, la Junta Directiva dispuso por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 12-47-2012

1. Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-6398-2007.

2. Dar por agotada la vía administrativa.

3. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que por resolución RRG-6398-2007 del 12 de marzo de 2007 se dictó resolución final, declarando que la empresa Ecoservicios Punta Leona S.A. prestó servicios de suministro de acueducto a los residentes de lotes arrendados, ubicados dentro de la finca 6-79844-000 del partido de Puntarenas, propiedad del Hotel Punta Leona S.A., por medio del sistema de pozo TA-429 ubicado en las coordenadas 189 060 y 466 940 proyección Lambert, e impuso como sanción, el pago de una multa de ¢1.053.000.00 colones a favor de la Tesorería Nacional. Dicha resolución se notificó a la investigada el 16 de mayo de 2007. (Folios 223 al 238 y 257 al 274)

II. Que el 21 de mayo de 2007 la licenciada Elena Rodríguez Cheung interpuso, a nombre de la investigada, recurso de revocatoria y apelación en subsidio contra resolución RRG-6398-2007 y las excepciones de falta de legitimación pasiva y falta de derecho. (Folios 251 al 256)

III. Que mediante resolución RRG-003-2011 del 25 de enero de 2011 se rechazaron las excepciones interpuestas, se declaró sin lugar por el fondo el recurso de revocatoria, se elevó el recurso de apelación ante la Junta Directiva, se dio audiencia al recurrente ante el superior y se intimó por segunda vez el pago de la multa. Dicha resolución se tuvo por notificada a la investigada en forma automática una vez efectuados los 5 intentos previstos por ley al fax señalado al efecto, con resultado negativo. (Folios 282 al 301)

IV. Que mediante oficio 062-DIAA-2011 del 11 de febrero de 2011 se elevó recurso de apelación a conocimiento de la Junta Directiva. (Folios 304 al 305)

V. Que por memorando 068-SJD-2011 del 22 de marzo de 2011 se remitió recurso de apelación a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria para su análisis. (Folio 306)

VI. Que mediante informe 152-DGJR-2012 del 1 de marzo de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió criterio jurídico sobre el recurso de apelación interpuesto, el cual corre agregado a los autos.

CONSIDERANDO:

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

" (...)

VI. ANÁLISIS JURÍDICO POR LA FORMA:

5. ***Naturaleza del recurso:*** *El recurso presentado fue el ordinario de apelación, al cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas (Ley 6227). (Folios 23 al 27)*

6. ***Temporalidad del recurso:*** *En la resolución que se impugna se indicó que el plazo para la interposición del recurso de apelación era de 3 días contados a partir del siguiente día de la notificación y la misma fue notificada a la investigada el miércoles 16 de mayo de 2007. El lunes 21 de mayo del 2007 la investigada interpuso el recurso de revocatoria con apelación en subsidio. Del análisis comparativo de interposición del recurso de apelación con respecto a la fecha de notificación de la resolución impugnada, se tiene que el mismo fue presentado en tiempo, ello por cuanto el plazo vencía el 21 de mayo de 2007. (Folios 223 al 238, 251 al 256 y 257 al 274)*

7. ***Legitimación:*** *Respecto a la legitimación activa cabe indicar que Ecoservicios Punta Leona S.A., está legitimada para actuar de acuerdo con lo establecido en los artículos 275, 282 y 342 de la Ley 6227, pues es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.*

8. ***Representación:*** *Que la representación de la investigada, como persona jurídica, es ejercida de conformidad con los nombramientos y facultades que se otorguen en el acto constitutivo.*

   Para el caso en concreto, consta en el expediente (folios 120 al 122) certificación de personería de la investigada, en que se indica que la representación judicial y extrajudicialmente corresponde en los integrantes de la Junta Directiva como apoderados generalísimos sin límite de suma, recayendo los nombramiento en los señores Eugenio Gordienko Orlich, Guillermo Carranza Castro, Federico Carranza Mora y Boris Gordienko Echeverría. Consta en el expediente (folio 76) poder especial otorgado por los señores Carranza Mora y Gordienko Echeverría, a favor de la licenciada Elena Rodríguez Cheung para representar a la investigada en el procedimiento administrativo.

   El recurso que se analiza fue interpuesto por la licenciada Rodríguez Cheung, con facultades de representación para actuar como lo ha hecho.

Analizados los elementos formales, se concluye que el recurso cumple con los requerimientos para ser admitido y proceder a su análisis de fondo.

VII. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN:

En la impugnación se expresan los alegatos de la recurrente, los cuales han sido estudiados en su totalidad y se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1) No es cierto que no poseen título habilitante extendido por el Estado para prestar servicios de abastecimiento de agua potable, ya que existe contrato privado, legal y legítimo de administración del mantenimiento del servicio y distribución de agua potable entre la investigada y Hotel Punta Leona S.A. quien posee concesión para abastecer agua potable. 2.) La Empresa Punta Leona S.A. no ha lucrado, siendo los cobros únicamente por el mantenimiento de la infraestructura para el suministro del agua potable en las instalaciones del hotel, club y casas que arrienda. 3.) Entre el denunciante y Hotel Punta Leona S.A. existe una relación contractual de arrendamiento, por la cual éste se comprometió a pagar el gasto del suministro de agua, y que si bien los recibos son de Ecoservicios Punta Leona, el suministro es del Hotel Punta Leona S.A. Además hay mala apreciación de la prueba testimonial por cuanto debe entenderse como uso doméstico la concesión otorgada a una misma propiedad para uso de los habitantes de la finca, la cual es propiedad del titular de la concesión, tal es el caso del Hotel Punta Leona S.A. al ser concesionario y propietario, y que el denunciante, señor Camacho, es un arrendatario. 4.) El inciso c) del artículo 5 de la Ley de la ARESEP permite prestatarios privados para el

suministro de agua, sin embargo no hay reglamentación de la forma y requisitos de estas empresas y ante la falta de reglamentación no están claros los deberes y derechos de la empresa privada con el Estado a brindar el servicio público. Interpone excepciones de falta de legitimación pasiva y falta de derecho contra los hechos que se le imputan. Solicita se revoque la resolución RRG-6398-2007, se declare con lugar las excepciones indicadas se le exonere del pago de sanción económica administrativa o multa y se archive el proceso, sin especial condenatoria de la multa. (Folios 251 al 256)

La recurrente no se refirió en el emplazamiento conferido.

VIII. ANÁLISIS JURÍDICO POR EL FONDO:

La investigada interpuso excepciones y argumentos de fondo y que se proceden a analizar:

1. Sobre las excepciones de falta de legitimación pasiva y falta de derecho:

La Ley 6227 no contempla para los procedimientos sancionatorios normativa que sustente la interposición de excepciones, siendo lo procedente recurrir a la integración normativa (artículos 9, 10 y 229 Ley 6227), aplicando en primera instancia la normativa administrativa específica en la materia, sea el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA).

El CPCA es claro al indicar que el momento para interponer las excepciones de fondo y las defensas previas es en la contestación de la demanda o contrademanda (artículo 66), aclarando que las excepciones de cosa juzgada, transacción, prescripción y caducidad podrán oponerse hasta antes de concluido el juicio oral y público (artículo 67). Agrega que excepcionalmente se podrán oponerse excepciones de fondo hasta antes de finalizado el juicio oral y público, cuando los hechos en que se funden hayan ocurrido con posterioridad a la contestación.

De la normativa referida, se desprende que existen momentos y formas para interponer las excepciones. En el presente caso, las excepciones fueron interpuestas posteriormente al dictado de resolución final, específicamente en el recurso de apelación contra ésta, resultando por tanto extemporáneas.

No obstante, al ser la legitimación y el derecho elementos de verificación oficiosa, se procede a su análisis.

Sobre la legitimación: *La Sala Primera de la Corte la ha definido como la aptitud para ser parte en un proceso, como actor (activa) o demandado (pasiva). Al ser un presupuesto sustancial de toda acción, es revisable aún de oficio. (Sentencia 01000 de las 09:35 horas del 26 de agosto de 2010).*

En el caso concreto, la investigada alega una falta de legitimación pasiva argumentando que no está prestando un servicio público. Al respecto, la Autoridad Reguladora en el ejercicio de las competencias otorgadas por la Ley 7593 (artículos 4, 5 y 38), está facultada para investigar aquellos casos en que existan indicios sobre la prestación de servicios públicos que se aparten de lo contemplado en dicha ley. Por la sola presencia de estos indicios, la persona física o jurídica

responsable de los mismos estaría legitimada para ser investigada (legitimación pasiva), tal es el caso de Ecoservicios Punta Leona S.A.

Sobre la excepción falta de derecho: *La Sala Primera de la Corte ha indicado que la falta de derecho es una defensa invocada a fin de desvirtuar el derecho pretendido por la parte contraria. Agregando que es uno de los presupuestos materiales de la relación procesal, que debe revisarse para establecer la procedencia o improcedencia de la pretensión solicitada para ser reconocida en sentencia. (Sentencia 540-F-2003, de las 11:00 horas del 3 de setiembre de 2003).*

El expediente OT-130-2006 se originó en una denuncia por una presunta prestación no autorizada del servicio público regulado en el artículo 5 inciso c) de la Ley 7593, según hechos que se le atribuyen a la empresa Ecoservicios Punta Leona S.A., lo que permite concluir que en este procedimiento se cumplen los presupuestos procesales y sustanciales de legitimación y derecho.

2. Sobre los argumentos de fondo:

Sobre la existencia de un contrato privado de administración entre Hotel Punta Leona S.A. (concesionaria de un aprovechamiento privado de agua potable) y Ecoservicios Punta Leona S.A.*: Constan en el expediente 2 contratos relacionados a los hechos que se investigan, ambos de carácter privado y suscritos entre los representantes de las sociedades Hotel Punta Leona S.A. y Ecoservicios Punta Leona S.A., al amparo del derecho civil. El primero de ellos, fechado 18 de julio de 2005, referente a "Acuerdo de Traslado de Concesión" (folios 45 y 63) y el segundo, del 27 de setiembre de 2005 denominado "Contrato privado de prestación de servicios varios" (folios 35 al 36 y 90 al 91).*

Con respecto al "Acuerdo de Traslado de Concesión", se señala en el mismo: "(...) ACORDAMOS: Que el Hotel Punta Leona S.A. hace traslado de concesiones de agua de los canos(sic) con números: a) cinco, siete, seis, siete, P (...), b) diez, veintiuno, tres, P (...) y c) setenta y siete, treinta y cinco, P (...), a la empresa Ecoservicios Punta Leona S.A. Los cuales se encuentran libre de cualquier gravamen o pago a la fecha (...)".

De conformidad con la información que consta en el expediente, Hotel Punta Leona S.A contaba, a la fecha de los hechos investigados, con las siguientes concesiones de aprovechamiento de agua:

Exp	***Resolución de otorgamiento de concesión***	***Fecha otorgamiento***	***Vigencia***	***Lugar de utilización***	***Uso autorizado***
7735-P	*556 (SNE) (folios 47 al 49)*	*04/06/1996*	*15 años*	***6-79844-00*** *(Tárcoles)*	***turístico***
5767-P	*204 (SNE) (folios 55 al 59)*	*04/03/1996*	*15 años*	*6-25531-000 6-25529-000 (Jacó)*	*turístico*
5767-P 7735-P 10213-P	*R-292-2004-AGUAS-MINAE (modifica concesión 204 SNE: elimina algunos pozos, conserva concesión 556 SNE invariable y ordena resolver exp. 10213-P) (folios 50 al 52 y 60 al 62)*	*17/09/2004*	--	--	--
10213-P	*R-293-2004-AGUAS-MINAE (folios 42 al 44)*	*17/9/2004*	*10 años*	*6-077645-000 6-025529-000 (Tárcoles)*	*doméstico*

El Código de Minería en su artículo 4 y la Ley de Aguas (Ley 276) en el artículo 17, establecen expresamente el requerimiento de autorización por parte del MINAET para el aprovechamiento de las aguas públicas, esto como institución encargada de disponer y resolver sobre el dominio, aprovechamiento, utilización, gobierno o vigilancia de las aguas del dominio público.

Del expediente se desprende que las concesiones de aprovechamiento dadas en los expedientes 5767-P, 7735-P y 10213-P fueron otorgadas a Hotel Punta Leona S.A. sin que se demuestre que dichas concesiones hayan sido modificadas por el MINAET en favor de Ecoservicios Punta Leona S.A., de manera tal que, cualquier traslado de concesión firmado entre las mismas, carecería de sustento legal y legitimidad por tener como objeto un bien no disponible por sujetos privados (R-292-2004-AGUAS-MINAE folios 50 al 52 y 60 al 62 / IMN-DA-2375-05 folios 88 al 89).

Con respecto al "Contrato privado prestación servicios varios", se señala en el mismo: "(...) PRIMERA: La representada del señor Pacheco Carranza contrata a la representada del señor Gordienko Echeverría, para que en las fincas de su propiedad, situadas en el distrito segundo, Tárcoles, cantón onceavo, Garabito, de la Provincia de Puntarenas, que conforman parte del "Complejo Punta Leona", lleve a cabo la administración general del agua para consumo humano, tratamiento de las aguas negras y servidas y la recolección, separación y disposición de la basura". (El subrayado no es del original)

Se desprende de dicho contrato que su objeto es la "administración general de agua para le consumo humano". Este contrato en sí mismo es omiso en cuánto a los alcances, facultades, atribuciones y obligaciones de las partes contratantes, tampoco establece las funciones de administración que se le están otorgando a Ecoservicios Punta Leona S.A.

Por administración se entiende el proceso de planear, organizar, dirigir y controlar el empleo de los recursos organizacionales para alcanzar determinados objetivos de manera eficiente y eficaz (Chiavenato, Idalberto, Administración en los nuevos tiempos, Impreso por Quebecor World Bogotá S.A., traducido de la primera edición en portugués, 2002, p.7). Una de las principales características de la administración consiste en que los administradores no son necesariamente los propietarios, así, administración y propietarios no precisamente son sinónimos. Siendo relevante para la administración que los administradores manejen la empresa a nombre de los propietarios (Terry, George R., Principios de Administración, tercera edición en español de la sexta en inglés, abril de 1980, págs. 29 y 30.).

Se concluye de la definición dada de administración que el administrador debe realizar una serie de actuaciones de planeación, organización y dirección en nombre de la empresa o sus propietarios.

A nivel nacional y en el campo específico de los contratos de administración, la Sección primera del Tribunal Primero Civil señaló:

> *"(...) Los alcances y la naturaleza de convenio no se define por su denominación sino por su contenido global. (...) La premisa fundamental para identificar un contrato de administración es la rendición de cuentas, lo cual se echa de menos. (...)" (Sentencia 017-G-2004 de las 07:50 horas del 14 de enero de 2004).*

Una vez definido el ámbito de acción de la administración, así como premisa fundamental para un contrato de administración, se concluye que el "Contrato privado prestación servicios varios" suscrito entre la investigada y el Hotel Punta Leona S.A., podría sustentar las actuaciones de la investigada a nombre del Hotel Punta Leona S.A., no así, actuaciones en nombre propio por parte de la investigada. Correspondiendo analizar de seguido si lo actuado por Ecoservicios Punta Leona S.A. lo fue en nombre de Hotel Punta Leona S.A. o en nombre propio.

Para el caso concreto, se valora que las actuaciones objeto de investigación no son de administración, por cuanto no fueron realizadas a nombre del Hotel Punta Leona S.A., sino realizadas a nombre de la investigada, tal es el caso de la facturación de servicios de conducción de agua al denunciante y las actividades conexas (distribución, conducción, mantenimiento y cobro entre otras). Con lo anterior se evidencia que se quebrantaron las bases de la "actuación por representación" (gestión) para ser una actuación propia (disposición).

Así, es el criterio de esta asesoría que Ecoservicios Punta Leona S.A. no administró en nombre de Hotel Punta Leona S.A., sino que realizó por su propia cuenta actos de prestación de un servicio de agua potable en beneficio de un tercero y sin estar autorizada por el MINAET para ello, constituyéndose así sus actos en la prestación de un servicio público no autorizado.

Como se indicó, la propiedad en que habita el denunciante y en la que se dio la prestación de servicio hídrico, cuenta únicamente con una concesión de aprovechamiento de agua para uso turístico a nombre de Hotel Punta Leona S.A. Al no contar Ecoservicios Punta Leona S.A. al momento de los hechos investigados con concesión de aprovechamiento de agua, no se encontraba autorizada para utilizar el recurso hídrico y muchos menos para brindar un servicio de distribución de agua potable, o de "Conducción de agua" como se indica en la facturación aportada (folio 06 al 07) a terceros y por tanto, su actuación contraviene la Ley 7593, calificándose la misma, al amparo del artículo 38 inciso d), como una prestación no autorizada de un servicio público, debiéndose rechazar el argumento planteado.

Sobre la inexistencia de lucro en el suministro de agua potable en el hotel, club y casas arrendadas por Hotel Punta Leona S.A, y el facturado por Ecoservicios Punta Leona S.A.: *Este argumento debería ser rechazado. El objeto del procedimiento fue determinar la verdad real sobre los hechos investigados en virtud del artículo 38 inciso d) de la Ley 7593, sea la prestación no autorizada de un servicio público. Así, la existencia o no de lucro en las actuaciones de la investigada resulta irrelevante al objeto del procedimiento administrativo.*

Sobre la existencia de un contrato de arrendamiento entre el señor Jorge Alberto Camacho Araya y el Hotel Punta Leona S.A. que conlleva el pago del servicio de agua potable y la mala apreciación de la prueba en cuanto a los alcances de la concesión de uso doméstico en una propiedad para sus habitantes: *Estos argumentos deberían ser rechazados. La resolución recurrida tuvo por demostrado en el considerando 1.3 (folio 225) que el denunciante mantuvo, al momento de los hechos investigados, una relación arrendataria con Hotel Punta Leona S.A. del lote 20B de la finca 6-79844-000 propiedad de ésta.*

Con motivo de dicha relación arrendataria el denunciante se obligó con la arrendante a asumir los pagos proporcionales a impuestos, tasas nacionales y municipales del lote arrendado, así como con los gastos por el servicio de agua potable.

En lo que respecta al contrato de arrendamiento entre el señor Camacho Araya y Hotel Punta Leona S.A. no se desprenden elementos o sustento legal que faculten a la investigada a llevar a cabo la prestación de un servicio hídrico. Nótese que la investigada no era la propietaria del inmueble arrendado, ni se evidencia relación contractual entre la investigada y el señor Camacho Araya.

En cuanto a la naturaleza de la concesión, Hotel Punta Leona S.A. contaba a la fecha de los hechos investigados con concesión otorgada por resolución 556 –SNE de servicio de aprovechamiento de agua para el inmueble matrícula 6-79844-000. Dicha concesión era de uso turístico (el artículo 2 de Decreto Ejecutivo 32868 lo define como el aprovechamiento del agua por empresas que ofrecen un servicio de hotelería, recreación, restaurante, bar, piscinas) y no domiciliario o doméstico (el artículo 37 de la Ley 276 y el Decreto Ejecutivo 32868 lo definen como el suministro de agua para satisfacer las necesidades de los habitantes, el riego de cultivos de terrenos menores de media hectárea, el lavado de atarjeas y el suministro para surtir bocas contra incendios). De lo anterior se desprende que no se puede alegar un uso doméstico del agua en el inmueble 6-79844-000, por cuanto la naturaleza de la concesión otorgada para su uso en éste era turística.

Finalmente, en la investigación se tuvo por demostrado que los servicios de suministro, conducción de agua potable, facturación y cobro al denunciante, los brindaba la investigada, sin contar con concesión para ello, sin que la naturaleza de concesión otorgada a Hotel Punta Leona S.A. en el inmueble matrícula 6-79844-000, implique una variación en la responsabilidad de los actos por los cuales se sanciona a Ecoservicios Punta Leona S.A.

En cuanto al argumento de la mala apreciación de la prueba, el mismo debería ser rechazado por cuanto se desprende del análisis de la resolución recurrida que se realizó un análisis profundo de la prueba aportada a los autos, tanto de la documental como la testimonial. Se citó parcialmente la prueba testimonial recibida en la comparecencia, (transcripción de comparecencia de folios 136 al 168). Se tomó en cuenta lo dicho por el representante legal de la empresa investigada y se llegó, por parte del órgano decisor, a una valoración de la verdad real, apegándose a las reglas de la sana crítica, de conformidad con lo establecido en el artículo 298 de la Ley 6227.

Sobre la carencia de reglamentos y normativa clara para la prestación del servicio público establecido en el artículo 5 inciso c) de la Ley 7593, en cuanto a los prestadores privados: *Este argumento debe ser rechazado. Alegar la carencia de normativa para que los sujetos privados presten servicios públicos al amparo de la Ley 7593, se aleja de lo realmente investigado en el procedimiento OT-130-2006, sea la prestación no autorizada de un servicio público.*

De conformidad con lo anterior, se considera que el órgano decisor actuó dentro del marco de sus competencias y facultades ante hechos denunciados que podría presumir prestación no autorizada del servicio público, tal y como quedó demostrado y resuelto en la resolución RRG-6398-2007, por lo que, en virtud de lo antes expuesto, el recurrente no lleva razón en lo que argumenta.

IX. CONCLUSIONES:

1. *El recurso fue presentado en tiempo y forma por lo cual es admisible.*

2. *Las excepciones interpuestas se encuentran extemporáneas.*

3. *Corresponde al MINAET disponer y resolver sobre el dominio, aprovechamiento, utilización, gobierno o vigilancia sobre las aguas del dominio público.*

4. *Hotel Punta Leona S.A. contaba a la fecha de los hechos investigados con las concesiones de aprovechamiento de agua: 556 (SNE), 204 (SNE), R-292-2004-AGUAS-MINAE y R-293-2004- AGUAS-MINAE*

5. *Que las concesiones otorgadas a Hotel Punta Leona S.A no son susceptibles de traslado, traspaso o ningún tipo de contrato traslativo de dominio, por tratarse de bienes de dominio público.*

6. *El inmueble en que brindó el servicio de agua potable al investigado en su residencia cuenta únicamente con concesión de aprovechamiento para uso turístico.*

7. *El "Acuerdo de Traslado de Concesión" carece de sustento legal por ser su objeto un bien no disponible por sujetos privados.*

8. *El "Contrato privado de prestación de servicios varios" suscrito por Hotel Punta Leona S.A. y la investigada, cuyo objeto es la administración general del agua para consumo humano, carece de sustento legal para avalar actuaciones y prestación de servicio de agua potable en nombre propio.*

9. *La investigada no contaba a la fecha de los hechos con concesión o autorización legal de aprovechamiento de agua potable.*

10. *La investigada suministró y facturó al denunciante el servicio público de agua potable sin contar con autorización legal para ello.*

11. *La investigada se sirvió del agua proveniente de las concesiones de aprovechamiento otorgadas a Hotel Punta Leona S.A., para suministrar y facturar a título personal, el servicio público de agua potable al denunciante al menos en los meses de mayo y junio de 2006.*

12. *No se observan vicios en la resolución recurrida que pudieran ocasionar la nulidad de la misma.*

X. RECOMENDACIONES:

Conforme lo arriba expuesto, salvo mejor criterio de la Junta Directiva, se recomienda:

1. *Se declare sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-6398-2007.*

2. *Se de por agotada la vía administrativa.*

3. *Se notifique a las partes.*

(...)".

II. Que en sesión extraordinaria 47-2012, del 18 de junio de 2012, cuya acta fue ratificada el 28 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 152-DGJR-2012, de cita, entre otras cosas, acordó dictar la presente resolución.

III. Que de conformidad con el resultando y el considerando que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, lo procedente sería: 1) Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-6398-2007 y 2) Agotar la vía administrativa, tal y como se dispone:

POR TANTO:

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

LA JUNTA DIRECTIVA
RESUELVE:

I. Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-6398-2007.

II. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 13. *Recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante interpuesto por Maikol Vega Matute contra la resolución RRG-241-2010. OT-017-2007.*

Se conoció el oficio 217-DGJR-2012, del 27 de marzo del 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio respecto al recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante interpuesto por Maikol Vega Matute contra la resolución RRG-241-2010, expediente OT-017-2007.

Selene Camacho Quesada:
Explicó el criterio contenido en el citado oficio. Asimismo, respondió distintas consultas sobre el particular.

Sylvia Saborío Alvarado:
Sometió a votación las recomendaciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, las cuales los miembros de la Junta Directiva estuvieron de acuerdo en acoger.

Analizado el citado recurso, la Junta Directiva con base en lo recomendado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 217-DGJR-2012, del 27 de marzo del 2012, resolvió por unanimidad:

ACUERDO 13-47-2012

1. Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-241-2010 en cuanto a la excepción de falta de legitimación, reservando la excepción de prescripción para ser conocida por el órgano decisor en resolución final.

2. Rechazar por el fondo la nulidad interpuesta contra la resolución RRG-241-2010.

3. Dar por agotada la vía administrativa.

4. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

I. Que el 25 de marzo de 2010, por resolución RRG-241-2010, se dictó resolución de apertura e inicio del procedimiento administrativo en el OT-017-2007, contra la empresa Cooperativa de Autogestión de Transporte Colectivo R.L. (COOPATRAC R.L.) como permisionaria de las rutas 285 y 286, por el presunto cobro de tarifas no autorizadas por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Dicha resolución se notificó a la investigada el 8 de abril de 2010 mediante correo certificado. (Folios 39 al 44 y 53)

II. Que el 7 de abril de 2010 el señor Maikol Vega Matute presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante contra resolución RRG-241-2010. Además interpuso las excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción. (Folios 29 al 38)

III. Que el 14 de noviembre de 2011, por resolución ROD-188-2011, convalidada mediante resolución ROD-216-2011 del 13 de diciembre de 2011, se formularon cargos y se citó a comparecencia. Ambas resoluciones fueron notificadas a la investigada al fax señalado. (Folios 55 al 63 y 95 al 100)

IV. Que el 29 de noviembre de 2011, mediante resolución RRG-261-2011, se rechazó por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto contra la RRG-241-2010, se rechazó la gestión de nulidad concomitante, se reservó la excepción de prescripción para el dictado de la resolución final y se elevó el recurso de apelación a conocimiento de Junta Directiva, emplazando a la investigada ante ésta. Dicha resolución se notificó a la investigada el 30 de noviembre de 2011 en el medio señalado. (Folios 78 al 86)

V. Que el 13 de noviembre (sic) de 2011, mediante oficio 719-DGJR-2011, se elevó recurso de apelación a conocimiento de la Junta Directiva. (Folios 93 al 94)

VI. Que el 13 de diciembre de 2011, por memorando 522-SJD-2011, se remitió el recurso de apelación y nulidad concomitante a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria para su análisis. (Folio 101)

VII. Que el 30 de enero de 2011 (sic) se llevó a cabo la audiencia de ley, con la presencia de representación de la parte investigada. (Folios 110 al 117)

VIII. Que el 15 de febrero de 2012, mediante oficio OD-25-2012, el órgano director remitió el informe de instrucción a la Dirección de Servicios de Transporte. (Folios 118 al 120)

IX. Que mediante informe 217-DGJR-2012 del 27 de marzo de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió criterio jurídico sobre el recurso de apelación interpuesto, el cual corre agregado a los autos.

CONSIDERANDO:

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

" (...)

II-. ANÁLISIS JURÍDICO POR LA FORMA:

1. Naturaleza del recurso: *El recurso presentado fue el ordinario de apelación, al cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas (Ley 6227). (Folios 29 al 38)*

2-. Temporalidad del recurso: *La resolución recurrida cuenta con un plazo de 24 horas para la interposición de recursos (artículo 346 de la Ley 6227).*

Para el caso concreto, la resolución se remitió a la investigada por dos vías: - mediante fax el 26 de marzo de 2010 a un número no señalado al efecto en el expediente y - por correo certificado, el cual fue entregado el 8 de abril de 2010. Al respecto, la Ley 6227 en su artículo 247 inciso 1 refiere que la comunicación realizada por un medio inadecuado se tendrá por hecha en el momento en que gestione la parte o el interesado dándose por enterado ante el órgano competente. El recurso se interpuso el 7 de abril de 2010, fecha a partir de la cual se le tiene por notificada.

Del análisis comparativo de interposición del recurso de apelación con respecto a la fecha de notificación de la resolución impugnada se tiene el recurso por presentado en tiempo. (Folios 29 al 44 y 53)

3. ***Legitimación:*** *Respecto a la legitimación activa cabe indicar que Cooperativa de Autogestión de Transporte Colectivo R.L. está legitimada para actuar de acuerdo con lo establecido en los artículos 275, 282 y 342 de la Ley 6227, pues es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.*

4. ***Representación:*** *Que la representación de la investigada, como persona jurídica, es ejercida de conformidad con los nombramientos y facultades que se otorguen en el acto constitutivo.*

   Para el caso en concreto, consta en el expediente (folio 46) certificación de personería de la investigada, en que se indica que la representación judicial y extrajudicialmente corresponde al Gerente General como apoderado generalísimo con límite de suma hasta el equivalente en colones de $22.000.00, recayendo el nombramiento en el señor Maikol Vega Matute.

   El recurso que se analiza fue interpuesto por el señor Maikol Vega Matute, con facultades de representación para actuar como lo ha hecho.

Analizados los elementos formales, se concluye que el recurso cumple con los requerimientos para ser admitido y proceder a su análisis de fondo.

III.- ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN Y NULIDAD CONCOMITANTE:

En la impugnación se expresan los alegatos de la recurrente, los cuales han sido estudiados en su totalidad y se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1) Falta de legitimación pasiva: alega que la denuncia va dirigida a la empresa TRANSPISA S.A.(sic) y no contra COOPATRAC R.L. Agrega que desde el 21 de agosto de 2003 COOPATRAC R.L. solicitó al consejo de Transporte Público la autorización de cesión de derechos de la ruta 286 a favor de Transpisa Ltda, quien ha operado de hecho el servicio en dicha ruta. 2.) Excepción de prescripción y solicita se de una consideración especial pero no exclusiva en el Decreto Ejecutivo 15261-MOPT, artículo 4. Solicita se dirija la apertura del procedimiento a la empresa Transpisa Ltda y no a COOPATRAC R.L. (Folios 29 al 38)

La recurrente no se refirió en el emplazamiento conferido.

IV-. ANÁLISIS JURÍDICO POR EL FONDO:

La investigada interpuso los argumentos del recurso como excepciones, las cuales se proceden a analizar:

Sobre las excepciones:

1-. La Ley 6227 no contempla para los procedimientos sancionatorios normativa que sustente la interposición de excepciones, siendo lo procedente recurrir a la integración normativa (artículos 9, 10 y 229 de la Ley 6227), aplicando en primera instancia la normativa administrativa específica en la materia, sea el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA).

2-. El CPCA es claro al indicar que el momento para interponer las excepciones de fondo y las defensas previas es en la contestación de la demanda o contrademanda (artículo 66), aclarando que las excepciones de cosa juzgada, transacción, prescripción y caducidad podrán oponerse hasta antes de concluido el juicio oral y público (artículo 67). Agrega que excepcionalmente se podrán oponerse excepciones de fondo hasta antes de finalizado el juicio oral y público, cuando los hechos en que se funden hayan ocurrido con posterioridad a la contestación.

3-. De la normativa referida, se desprende que existen momentos y formas para interponer las excepciones. En el presente caso, las excepciones fueron interpuestas contra la resolución de inicio, resultando por tanto interpuestas en tiempo y forma.

Sobre la falta de legitimación pasiva:

4-. La Sala Primera de la Corte ha definido la legitimación como la aptitud para ser parte en un proceso, como actor (activa) o demandado (pasiva). (Sentencia 01000 de las 09:35 horas del 26 de agosto de 2010).

5. *En el caso concreto, la investigada alega una falta de legitimación pasiva argumentando que en cuanto a la ruta 286 la denuncia va dirigida a la empresa TRANSPISA S.A.(sic) y no contra COOPATRAC R.L. Agregando que desde el 21 de agosto de 2003 COOPATRAC R.L. solicitó al Consejo de Transporte Público la autorización de cesión de derechos de la ruta 286 a favor de Transpisa LTDA, quien ha operado de hecho el servicio en dicha ruta. Al respecto, la Autoridad Reguladora en el ejercicio de las competencias otorgadas por la Ley 7593 (artículos 4, 5 y 38), está facultada para investigar aquellos casos en que existan indicios sobre la prestación de servicios públicos que se aparten de lo contemplado en dicha ley. Por la sola presencia de estos indicios, la persona física o jurídica responsable de los mismos estaría legitimada para ser investigada (legitimación pasiva), tal es el caso de Cooperativa de Autogestión de Transporte Colectivo R.L.*

6. *Se observa en la denuncia origen de la investigación (folio 08) la referencia a un cobro indebido en la ruta a Puente Casa el 12 de junio de 2006, agregando la situación particular entre las empresas Transpisa S.A.(sic) y Coopatrac R.L. De las certificaciones emitidas por el Consejo de Transporte Público (CTP), los servicios de transporte modalidad autobús hacia Puente Casa corresponde a la ruta 286 (286, 286-A, 286.1 y 286.4), de la cual era permisionaria la investigada a la fecha de los hechos, por lo que se considera suficiente indicio para tenérsele como investigada y por tanto contar con legitimación pasiva sobre los presuntos hechos a investigar, por lo que la excepción interpuesta debería ser rechazada.*

7. *Con respecto a las actas de inspección a folios 24 y 25 del expediente, se establece que las mismas corresponden a las rutas 285 y 286 se acuerdo a los trayectos indicados, rutas de las cuales era permisionaria la investigada al 18 de enero de 2007 en que se realizaron las inspecciones. La inspección efectuada a las 11:10 horas, refiere específicamente a la unidad AB-2829 agregando que la misma contaba con el logo de la empresa COOPATRAC R.L.. Según consta en el expediente, dicha unidad se encontraba autorizada a la investigada. Por lo anterior, se concluye que hubo mérito suficiente para tenérsele por investigada y por tanto contar con legitimación pasiva sobre los hechos a investigar, por lo que la excepción interpuesta debería ser rechazada.*

Sobre la excepción de prescripción:

8. *Al respecto de la excepción de prescripción de la acción, de conformidad con el dictamen C-281-2008 de la Procuraduría General de la República (PGR), la prescripción es una forma de extinción de las obligaciones que opera por el transcurso del plazo establecido por el ordenamiento, por una parte y la inactividad del titular del derecho, por otra parte. Si uno de dichos elementos falta, no puede operar la prescripción extintiva. La prescripción opera como una excepción, por lo que debe ser opuesta por el interesado, exigencia que se funda en el hecho mismo de que la prescripción es renunciable y ello porque esta excepción opera siempre –a diferencia de la caducidad- respecto de derechos no potestativos.*

9. *La Ley 6227 determina en sus artículos 327 al 341 la forma normal y anormal de terminar los procedimientos administrativos. En el primer caso por acto final y en el segundo caso, las restantes situaciones, tales como desistimiento, renuncia al derecho, caducidad entre otras, que conlleven a cerrar el procedimiento.*

10. *En materia de fondo, la prescripción de la causa que origina el procedimiento administrativo, debe entenderse como una excepción de fondo y no previa, por lo que el pronunciamiento sobre la misma corresponde al órgano decisor en la resolución final.*

11. *En virtud de lo expuesto, la excepción de prescripción interpuesta debe ser reservada para su ulterior valoración y pronunciamiento por parte del órgano decisor en resolución final.*

Sobre la nulidad concomitante:

12. *El recurrente interpone lo que llama recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante, no obstante, en el caso específico de la nulidad, se limita a citarla sin plantear los argumentos o fundamento de la misma.*

13. *Así, los artículos 158 al 179 y 223 de la Ley 6227 señalan las razones por las que un acto administrativo sería nulo, refiriendo la falta o defecto de algún requisito del acto, o en su defecto, que éste sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico. Entiéndase como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o bien, cuya omisión cause indefensión.*

14. *En este sentido, es necesario determinar si el acto recurrido cumple con los elementos de validez del acto administrativo fijados en la Ley 6227. Dichos 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 (artículo 131).*

15.*En el caso concreto la resolución RRG-241-2010 fue dictada por el Regulador General como órgano competente, fue emitida por escrito, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos de ley, cuenta con un motivo legítimo y existente y finalmente estableció en su parte considerativa, las razones que sustentaron su dictado.*

16.*Así las cosas, no deviene en nula la resolución recurrida pues los elementos constitutivos del acto están presentes y en consecuencia, no se encuentran motivos fundamentados ni de peso que permitan concluir la existencia de una nulidad del procedimiento que conlleve a la necesidad de revocar lo resuelto, por lo que se recomienda rechazar la nulidad concomitante planteada.*

IV.*CONCLUSIONES:*

1) *El recurso fue presentado en tiempo y forma por lo cual es admisible.*

2) *Las excepciones interpuestas se encuentran presentadas en tiempo y forma.*

3) *La excepción de falta de legitimación debe ser rechazada por existir sustento en el expediente para atribuir los hechos investigados a la empresa COOPETRAC R.L., en grado de presunción.*

4) *La excepción de prescripción debe ser reservada para ser resulta por el órgano decisor en la resolución final.*

5) *No se observan vicios en la resolución recurrida que pudieran ocasionar la nulidad de la misma.*

V. *RECOMENDACIONES:*

Conforme lo arriba expuesto, salvo mejor criterio de la Junta Directiva, se recomienda:

1. *Se declare sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-241-2010 en cuanto a la excepción de falta de legitimación, reservando la excepción de prescripción para ser conocida por el órgano decisor en resolución final.*

2. *Se rechace por el fondo la nulidad interpuesta contra la resolución RRG-241-2010.*

3. *Se de por agotada la vía administrativa.*

4. *Se notifique a las partes.*

(...)".

II-. Que de conformidad con el resultando y el considerando que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, se acoge el criterio jurídico citado, siendo lo procedente declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-241-2010 y rechazar por el fondo la nulidad interpuesta, tal y como se dispone:

POR TANTO:

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

LA JUNTA DIRECTIVA
RESUELVE:

I. Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-241-2010 en cuanto a la excepción de falta de legitimación, reservando la excepción de prescripción para ser conocida por el órgano decisor en resolución final.

II. Rechazar por el fondo la nulidad interpuesta contra la resolución RRG-241-2010.

III. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

A LAS 18:00 HORAS FINALIZÓ LA SESIÓN.

Dennis Meléndez Howell
Presidente de Junta Directiva

Sylvia Saborío Alvarado
Presidenta Ad-Hoc de Junta Directiva

Alfredo Cordero Chinchilla
Secretario de Junta Directiva