

SESIÓN EXTRAORDINARIA

N.º 83-2012

8 de octubre de 2012

San José, Costa Rica

SESIÓN EXTRAORDINARIA N.º 83-2012

Acta de la sesión extraordinaria número ochenta y tres, dos mil doce, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el lunes ocho de octubre del dos mil doce, a partir de las catorce horas. Asisten los siguientes miembros: Dennis Meléndez Howell, quien preside; Sylvia Saborío Alvarado, Edgar Gutiérrez López, Grettel López Castro y Pablo Sauma Fiatt, así como los señores: Rodolfo González Blanco, gerente general; Juan Manuel Quesada Espinoza, director de la Dirección General Asesoría Jurídica y Regulatoria y Alfredo Cordero Chinchilla, secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Constancia de inasistencia.

Se deja constancia que el señor Luis Fernando Sequeira Solís, auditor interno, no participa en esta sesión, por cuanto debe atender una serie de asuntos relacionados con su cargo.

ARTÍCULO 2. Lectura del orden del día.

El señor **Dennis Meléndez Howell** da lectura a los temas incluidos en el orden del día, que a la letra dice:

- 1-. *Propuesta de Modificación Interna 06-2012, al presupuesto de la Institución.*
- 2-. *Autorización al señor Regulador General, para que participe en la XII Asamblea Anual de la Asociación de Entes Reguladores de Agua Potable y Saneamiento de las Américas (ADERASA), cuya actividad se llevará a cabo del 15 al 17 de octubre de 2012, en la ciudad de Quito, Ecuador. Oficio 720-RG-2012 del 20 de setiembre de 2012.*
- 3-. *Proceso de casación a raíz de la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo.*
- 4-. *Análisis del oficio DE-2012-2220, presentado por el Consejo de Transporte Público del MOPT, en razón de lo dispuesto en el punto V, de la resolución RJD-069-2012, del 28 de junio de 2012, dictada por la Junta Directiva de Aresep, relacionada con la publicación de la metodología para el servicio de revisión técnica vehicular. Oficio 596-DGJR-2012 del 23 de agosto de 2012.*
- 5-. *Criterio en cuanto a solicitud presentada por la Corporación Nacional de Transportes S.A., Autobuses Unidos de Coronado S.A. y Buses San Miguel Higuito S.A., para que se actualice el valor de la unidad de autobús. Oficio 605-DGJR-2012 del 28 de agosto de 2012. Sin expediente.*
- 6-. *Recursos:*
 - 6.1- *Recursos ordinarios de reposición. Oficios 629-DGJR-2012 y 627-DGJR-2012, del 5 de setiembre de 2012, 394-GG-2012, del 20 de julio de 2012 y 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012.*
 - a) *Cecilia María Rojas Campbell, de la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente, contra resolución RJD-137-2011. OT-118-2011.*
 - b) *Daniel Echeverría Lutz, de la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente, contra resolución RJD-135-2011. OT-114-2011.*

- 6.2- *Recurso de apelación interpuesto por Estación de Servicio San Juan S.A., en contra de la resolución 628-RCR-2011, del 2 de setiembre de 2011. Oficio 625-DGJR-2012, del 4 de setiembre de 2012. ET-092-2011.*
- 6.3- *Recursos de apelación y revisión, interpuestos por la empresa Servicentro Cóbano, contra la resolución 566-RCR-2011. Oficio 631-DGJR-2012, del 6 de setiembre de 2012. AU-200-2009.*
- 6.4- *Recurso de apelación, interpuesto por el señor Emilio Gerardo Guillén Ulloa, contra la resolución final RRG-312-2010, del 20 de abril de 2010. Oficio 673-DGJR-2012 del 19 de setiembre de 2012. OT-096-2007.*
- 6.5- *Recurso de apelación en subsidio, interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RRG-122-2011, del 5 de setiembre de 2011. OT-090-2011. Oficio 692-DGJR-2012, del 27 de setiembre de 2012.*
- 6.6- *Recurso de apelación en subsidio, interpuesto por la empresa Ruta Ochenta y Tres A B S.A. contra la resolución 101-RCR-2012, del 28 de julio de 2010. OT-49-2010. Oficio 693-DGJR-2012, del 28 de setiembre del 2012.*
- 6.7- *Recurso de apelación e incidente de nulidad, interpuesto por Aeris Holding Costa Rica S.A., en contra de la resolución 615-RCR-2011, del 25 de agosto de 2011. ET-039-2011. Oficio 700-DGJR-2012, del 2 de octubre de 2012.*

ARTÍCULO 3. Propuesta de Modificación Interna 06-2012, al presupuesto de la Institución.

Se deja constancia que en este artículo y el siguiente, el señor Regulador General no participa. En el presente se abstiene debido a que la Institución actualmente no cuenta con el director de la Dirección General de Estrategia y Evaluación, por lo que le corresponde firmar la aprobación de la citada modificación presupuestaria. En el siguiente artículo, por el tema a conocer. Consecuentemente, la señora Sylvia Saborío Alvarado, lo conoce en calidad de presidenta ad hoc, de acuerdo a lo establecido en el artículo 01-09-2012, del acta de la sesión 9-2012, celebrada el 14 de febrero de 2012.

La Junta Directiva conoce el oficio 550-GG-2012, del 8 de octubre de 2012, por cuyo medio la Gerencia General, adjunta el oficio 1536-DAF-2012, del 8 de octubre de 2012, el cual contiene la Modificación Interna 06-2012, al presupuesto de la Institución.

El señor **Rodolfo González Blanco** brinda una explicación puntual relacionada con los principales extremos de la propuesta de modificación Interna 6-2012, por un monto neto de ₡6,960.323,00. Destaca básicamente el refuerzo de las siguientes sub partidas presupuestarias: i) Transporte en el exterior (viáticos al exterior, transporte en el exterior), mediante una rebaja en la previsión que tenía la Gerencia, ii) Equipo y programas de cómputo, en la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, iii) Equipo y mobiliario de oficina, para la Dirección General de Estrategia y Evaluación, iv) Servicios de telecomunicaciones, v) Transporte en el exterior (viáticos y transporte dentro del país) para la Dirección General de Participación del Usuario y vi) productos farmacéuticos, equipo sanitario de laboratorio de investigación y maquinaria y equipo diverso.

La señora **Gretel López Castro** manifiesta su preocupación por el hecho de que la documentación que respalda esta modificación, se entregue el mismo día en que se tiene que aprobar, considera que este tipo de temas debe presentarse con suficiente antelación.

Analizado el tema, la señora **Sylvia Saborío Alvarado** somete a votación la aprobación de la Modificación Interna 06-2012 y la Junta Directiva resuelve por unanimidad de los cuatro votos y en firme:

ACUERDO 01-83-2012

Aprobar a nivel de sub partida, partida y programa, la Modificación Interna N° 6-2012 al presupuesto de la Institución, por un monto neto de \$6.960.323,00 (seis millones novecientos sesenta mil trescientos veintitrés con 00/100), como se muestra en el Anexo N°. 4 del oficio de la Dirección Administrativa Financiera, 1536-DAF-2012 del 8 de octubre de 2012.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 4. Autorización al señor Regulador General, para que participe en la XII Asamblea Anual de la Asociación de Entes Reguladores de Agua Potable y Saneamiento de las Américas (ADERASA), en la ciudad de Guayaquil, Ecuador.

La Junta Directiva conoce el oficio 720-RG-2012, del 20 de setiembre de 2012, mediante el cual el señor Dennis Meléndez Howell, regulador general, solicita autorización para participar en la XII Asamblea Anual de ADERASA (Asociación de Entes Reguladores de Agua Potable y Saneamiento de las Américas), que se llevará a cabo los días 15,16 y 17 de octubre de 2012, en la ciudad de Guayaquil, Ecuador. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, deberá cubrir los gastos que consisten en el pago de viáticos, gastos de hotel y transporte.

Analizada dicha solicitud, la señora **Sylvia Saborío Alvarado** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve por unanimidad de los cuatro votos presentes y en firme:

ACUERDO 02-83-2012

1. Autorizar al señor Dennis Meléndez Howell, regulador general, a participar en la “XII Asamblea Anual de la Asociación de Entes Reguladores de Agua Potable y Saneamiento de las Américas” (ADERASA), la cual se llevará a cabo los días 15, 16 y 17 de octubre de 2012, en la ciudad de Guayaquil, Ecuador.
2. Autorizar a la Dirección Administrativa Financiera a girar la suma que resulte necesaria para cubrir los gastos que le demanden al Regulador General su participación en dicha actividad en la ciudad de Guayaquil, Ecuador (tiquetes aéreos, viáticos, gastos de hotel y transporte).
3. Autorizar el pago de gastos conexos, como la adquisición o reproducción de material bibliográfico, llamadas telefónicas, envío de facsímiles oficiales, así como el uso de servicios de Internet. Lo anterior sujeto a la presentación de las respectivas facturas al momento de hacer la liquidación; esto conforme a lo dispuesto en los artículos 31 y 52 del Reglamento de Viajes y Transporte para Funcionarios Públicos.
4. Los gastos de transporte interno que se requiera para la participación en dicha actividad, el servicio de taxi (casa-aeropuerto-hotel y viceversa), impuestos de salida de los aeropuertos, correrán por cuenta de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. El monto de los viáticos se fijará con base en lo establecido en el Reglamento de Gastos de Viaje y Transporte para Funcionarios Públicos, incluyendo la proporción del viático que corresponda al día de salida y regreso, los

gastos conexos, en cumplimiento de los objetivos institucionales y que no excedan el monto presupuestario aprobado para este fin.

5. El objetivo de dicho evento es la participación de la ARESEP luego de tres años de ausencia, aunado a que ADERASA está ejecutando el proyecto denominado Aquarating, con el patrocinio del BID, y del cual la Dirección de Agua y Ambiente ha estado sirviendo de contraparte para suministrar información nacional.

ACUERDO FIRME

ARTÍCULO 5. Proceso de casación a raíz de la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo.

La Junta Directiva conoce documento de fecha 3 de setiembre de 2012, presentando por el Dr. Edgar Alfaro Muñoz, Consultor Legal Externo, mediante el cual expone los motivos fundamentales por los cuales no es conveniente, ni necesario, establecer un recurso de casación, contra la sentencia N° 138-2012, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección V, del 6 de julio de 2012, en el juicio que se tramita bajo el expediente N°1-001055-1027-CA, presentado por los funcionarios de esta Institución.

Los directores Sylvia Saborío Alvarado, Edgar Gutiérrez López y Dennis Meléndez Howell, consideran atendibles los criterios externados por el Dr. Alfaro Muñoz, asesor legal externo, encargado del proceso administrativo, que se tramita bajo el expediente citado y para evitar el pago de costas que ello causaría, manifiestan su decisión de no proceder con la interposición del Recurso de Casación correspondiente.

Los directores Pablo Sauma Fiatt y Grettel López Castro, manifiestan su consideración favorable para que se proceda con la interposición del recurso citado.

Analizado el tema, con base en el criterio del Dr. Alfaro Muñoz, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por mayoría de tres votos afirmativos, de los directivos Saborío Alvarado, Gutiérrez López y Meléndez Howell:

ACUERDO 03-83-2012

No proceder con la interposición del Recurso de Casación, en relación con la sentencia 138-2012, del 6 de julio de 2012, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo, Expediente N°1-001055-1027-CA.

ARTÍCULO 6. Análisis del oficio DE-2012-2220 presentado por el CTP del MOPT en razón de lo dispuesto en el punto V de la resolución RJD-069-2012, del 28 de junio de 2012 relacionada con la publicación de la metodología para el servicio de revisión técnica vehicular. Expediente ET-187-2009.

Se entra a conocer el oficio 596-DGJR-2012, del 23 de agosto de 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al oficio DE-2012-2220, presentado por el Consejo de Transporte Público del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, en razón de lo dispuesto en el punto V, de la Resolución RJD-069-2012, del 28 de junio de 2012, dictada por la Junta Directiva de ARESEP, relacionada con la publicación de la Metodología para el servicio de revisión técnica vehicular.

El señor **Juan Manuel Quesada Espinoza** explica que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, analizó el oficio DE-2012-2220, presentado por la Dirección Ejecutiva del Consejo de Transporte Público del MOPT, en el cual se consigna, entre otras cosas, lo siguiente: “(...) *En atención al punto V de la Resolución[sic] RJD-069-2012 (...), mediante la cual se solicita se proceda a publicar la metodología vigente para cálculo del servicio de la revisión técnica vehicular, me permito informarle que en virtud de la reforma operada a la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestre[sic], la supervisión del contrato celebrado con la empresa Riteve SyC S.A. fue trasladado en lo pertinente al Consejo de Seguridad Vial y a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, razón por la cual este Consejo carece de competencia para conocer y analizar gestiones que involucren a dicha empresa. //* (...) *En virtud de lo expuesto, deberá consultarse del estado actual de dicho modelo ante el Consejo de Seguridad Vial, esto debido a que como ya lo señalé el Consejo de Transporte Público perdió la competencia en materia de revisión técnica vehicular en virtud de la reforma a la ley[sic] de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, que atribuyó dicha competencia al COSEVI...(...)*”

Analizado el tema, con base en la recomendación emitida por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, contenida en el oficio 596-DGJR-2012, del 23 de agosto de 2012, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve por unanimidad:

ACUERDO 04-83-2012

1. Solicitar al Consejo de Seguridad Vial (COSEVI), 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.
2. Comuníquese al Consejo de Transporte Público y a la empresa RITEVE SyC, S.A.

ARTÍCULO 7. Criterio en cuanto a solicitud presentada por la Corporación Nacional de Transportes S.A., Autobuses Unidos de Coronado S.A. y Buses San Miguel Higuito S.A. para que se actualice el valor de la unidad de autobús.

A partir de este momento ingresa al salón de sesiones, la señora Karla Montero Víquez, funcionaria de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a participar en el análisis de este artículo.

Se conoce el oficio 605-DGJR-2012, del 28 de agosto de 2012, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, remite un análisis de la solicitud presentada por la Corporación Nacional de Transportes S.A., Autobuses Unidos de Coronado S.A. y Buses San Miguel Higuito S.A., para que se actualice el valor de la unidad de autobús.

La señora **Karla Montero Víquez** se refiere al análisis realizado y explica que el modelo en sí, que fue el adoptado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, no indica las formas en que se realizan las actualizaciones de ninguna de las variables incluidas en el modelo, ni de los coeficientes de consumo, ni de los insumos, ni los valores de las unidades de los autobuses.

Indica que existe una alta discrecionalidad para realizar estas actualizaciones, por lo que es criterio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, que para bajar esa discrecionalidad y evitar cualquier tipo de arbitrariedad, lo más conveniente es realizar un procedimiento.

La señora **Grettel López Castro** señala que la fijación del precio de las unidades, debe hacerse sobre una referencia oficial, que a su vez tenga una determinada periodicidad para su actualización, con el propósito de no caer en discrecionalidad, que es precisamente lo que se quiere evitar. Considera que entre más transparente y oficial sea la información, es mejor, a efecto de tener la misma base de comparación.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** indica que, le parece que en ese sentido es correcto que se le esté trasladando el asunto a la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación, ya que anteriormente quien ejercía la discrecionalidad era la Dirección de Servicios de Transportes.

Le parece que tiene sentido determinar valores reales de los autobuses, de la mejor manera. Por otra parte, le parece que es incumbencia de la ARESEP, asegurarse de que esas unidades, cuyo valor se les está reconociendo tarifariamente, sean los que efectivamente se están utilizando para brindar el servicio.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** ha insistido en que tiene que existir una inspección que garantice que las unidades a las que se les determine el valor real, efectivamente brinden el servicio. Consulta si el valor para el modelo, no es un promedio ponderado de todos los valores de los autobuses.

La señora **Karla Montero Víquez** señala que se considera un promedio dependiendo de la composición de la flota con que cuenta cada una de las empresas que solicitan la tarifa.

El señor **Dennis Meléndez Howell** manifiesta que en este sentido se está avanzando hacia una fijación por un modelo de industria y no de forma individual. Hasta el momento, lo que se ha tenido para las fijaciones nacionales y extraordinarias, es un promedio del valor de un autobús.

En la última variación que se realizó en el 2009, después de varias discusiones, se llegó a la conclusión que se le permitiría a los autobuseros, que presentaran facturas timbradas, en donde se reflejara el costo del valor pagado. Con base en esto, se hizo esa actualización, en este momento se está solicitando que se realice de la misma forma.

El señor **Juan Manuel Quesada Espinoza** plantea que, si el interés de la Junta Directiva es tratar de reducir al máximo los niveles de discrecionalidad del operador tarifario, es pertinente que se definan las reglas antes de actualizar ese valor. Sin embargo, si el objetivo que se persigue es actualizar el valor de las unidades en este momento, le parece que existe la posibilidad de hacerlo sin que estén definidas previamente esas reglas.

Partiendo de que la ARESEP adoptó el modelo que utilizaba el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), para calcular las tarifas de este servicio, que dicho modelo no establece la forma en que se actualizan las variables contempladas en él, siendo este un ejemplo de metodologías con cierto margen de discrecionalidad, y que por ello la actualización de insumos y del valor del bus, se ha realizado por el órgano competente de fijar las tarifas, le parece que en este momento podría actualizarse el valor del autobús. Claro está, que ha de entenderse que el ejercicio de esa función (actualizar esos valores) tiene sus límites.

Es decir, no puede ser arbitrario, ni resultado de la ocurrencia de alguien o la improvisación. El acto administrativo por medio del cual se haga, deberá estar sujeto a los límites que establece el ordenamiento jurídico. Como tal, debe estar sujeto al principio de legalidad. La actualización de los insumos, así como el valor del bus, debe ser unívoco con el principio de servicio al costo, a las reglas

unívocas de la ciencia y la técnica, así como a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia que exige la Ley General de la Administración Pública y la Ley 7593 (ARESEP).

Analizado el tema en discusión, con base en los comentarios y sugerencias formulados en esta ocasión, así como lo expresado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, según oficio 605-DGJR-2012, del 28 de agosto de 2012, el señor **Dennis Meléndez Howell** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve por unanimidad:

ACUERDO 05-83-2012

1. Instruir a la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación, realice los estudios necesarios para incorporar en la nueva metodología de fijación ordinaria de tarifas de transporte, modalidad autobús, el procedimiento que se utilizará para actualizar el precio de la unidad de autobús y del resto de los insumos que se consideran en el modelo estructura general de costos para el servicio de transporte público remunerado de personas, modalidad autobús.
2. Instruir al Comité de Regulación a que proceda a realizar la actualización del valor del autobús siguiendo los principios servicio al costo, a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, así como a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia que exige la Ley General de la Administración Pública y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.
3. Comuníquese a la Corporación Nacional de Transportes S.A., Autobuses Unidos de Coronado S.A. y Buses San Miguel Higuito S.A.

A partir de este momento se retira del salón de sesiones la señora Karla Montero Viquez.

ARTÍCULO 8. Recursos ordinarios de reposición interpuestos por Cecilia María Rojas Campbell y Daniel Echeverría Lutz.

Ingresa al salón de sesiones, la señora Norma Cruz Ruiz, jefa a. i. del Departamento de Recursos Humanos, a participar en el análisis de este artículo.

Se conocen los oficios 394-GG-2012, del 20 de julio de 2012, 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012 y 629-DGJR-2012, 627-DGJR-2012, del 5 de setiembre de 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno a los recursos ordinarios de reposición, interpuestos por la señora Cecilia María Rojas Campbell, de la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente, contra resolución RJD-137-2011 y el señor Daniel Echeverría Lutz, de la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente, contra resolución RJD-135-2011. Expediente OT-118-2011 y OT-114-2011.

La señora **Norma Cruz Ruiz** explica los pormenores de los recursos planteados por los citados funcionarios, al tiempo que responde algunas consultas sobre el particular y señala las recomendaciones del caso.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por el Departamento de Recursos Humanos y conforme a los oficios 394-GG-2012, del 20 de julio de 2012 y 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012, el señor **Dennis Meléndez Howell** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve por unanimidad:

ACUERDO 06-83-2012***a) En cuanto al caso de la funcionaria Cecilia Rojas Campbell***

1. Rechazar por el fondo el recurso de reposición presentado por la señora Cecilia Rojas Campbell, contra la resolución RJD-137-2011, del 20 de julio de 2011.
2. Rechazar por el fondo el incidente de nulidad interpuesto por la señora Cecilia Rojas Campbell, contra la resolución RJD-137-2011, del 20 de julio de 2011.
3. Rechazar de plano por improcedente, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la funcionaria Cecilia Rojas Campbell, en contra de la resolución RJD-137-2011, del 20 de julio de 2011.
4. Dar por agotada la vía administrativa.
5. Devolver el expediente al Departamento de Recursos Humanos para lo que corresponda.
6. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que mediante resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011, artículo 6 de la sesión ordinaria 43-2011, celebrada el 6 de julio de 2011, ratificada el 20 de julio de 2011, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos mantuvo el puesto ocupado por la funcionaria Cecilia Rojas Campbell, funcionaria de la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente, como profesional 3. Dicha resolución fue notificada a la funcionaria Rojas Campbell, el 11 de agosto de 2011 (folios 35-38).
- II. Que el 17 de agosto de 2011, la señora Rojas Campbell, interpuso recurso de reposición y extraordinario de revisión e incidente de nulidad en contra de la resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011. (folios 40-42).
- III. Que mediante memorando 276-SJD-2011, del 23 de agosto de 2011, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación los recursos dichos para el análisis respectivo (folio 39).
- IV. Que mediante memorando N° 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012, la Jefa a. i. del Departamento de Recursos Humanos, remitió a la Gerencia General, el criterio correspondiente al recurso de reposición en contra de la resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011, interpuesto por la señora Rojas Campbell.
- V. Que mediante oficio 394-GG-2012 del 20 de julio de 2012, la Gerencia General remitió a la Secretaría de Junta Directiva, el memorando N° 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012, emitido por la Jefa del Departamento de Recursos Humanos. (folios 50-75)
- VI. Que mediante oficio N° 440-SJD-2012, del 28 de agosto de 2012 la Secretaria de Junta Directiva remitió los recursos presentados por la funcionaria Rojas Campbell, contra la resolución que improbió la reasignación de su puesto, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para emitir el criterio jurídico respectivo.

- VII. Que el 5 de setiembre de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 629-DGJR-2012, rindió el criterio jurídico sobre el recurso de reposición y extraordinario de revisión e incidente de nulidad en contra de la resolución RJD-137-2011, del 20 de julio de 2011.
- VIII. Que en la sesión extraordinaria 83-2012, celebrada el 8 de octubre de 2012 y ratificada el 25 de octubre de 2012, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, conoció el recurso de reposición y extraordinario de revisión e incidente de nulidad planteados por la funcionaria Cecilia Rojas Campbell, en contra de la resolución RJD-137-2011, del 20 de julio de 2011.
- IX. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 629-DGJR-2012, de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y del oficio remitido por el Departamento de Recursos Humanos, mediante memorando N° 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012, arriba citados, que sirven de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 629-DGJR-2012 remitido por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria:

“(...) II. ANÁLISIS DEL RECURSO POR LA FORMA.

a) Legitimación.

Respecto de la legitimación activa, se tiene que la señora Cecilia Rojas Campbell es parte interesada y destinataria de los efectos de la resolución impugnada, razón por la cual está legitimada para gestionar en la forma en que lo ha hecho (artículos 275 y 342 de la L.G.A.P.).

b) Naturaleza del recurso.

Los recursos presentados por la señora Rojas Campbell, contra la resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011, son el ordinario de reposición y el extraordinario de revisión e incidente de nulidad.

El acto impugnado es la resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011, por medio del cual se improbo la reclasificación del puesto de la señora Rojas Campbell, manteniéndosele como Profesional 3. Esa resolución fue emitida por Junta Directiva, a la luz de lo dispuesto en el artículo 52 del RAS (modificado en La Gaceta N° 98 del viernes 21 de mayo de 2010). En dicha resolución se estableció que contra la misma, cabía el recurso ordinario de reposición, el cuál debería interponerse dentro del plazo de tres días contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución, ello en razón de que es una resolución emanada de la Junta Directiva en su condición de órgano competente en la materia que nos ocupa (artículo 344 L.G.A.P.).

*Por otro lado, la gestionante interpuso el recurso extraordinario de revisión al cual se le aplican, las disposiciones contenidas en los artículos 353 al 355 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas, razón por la cual debe acudir a dicha normativa para encontrar el enunciado de las circunstancias por las cuales puede plantearse este recurso. En este sentido, véase -de la norma 353 de la L.G.A.P.- que los presupuestos jurídicos para que proceda el recurso extraordinario de revisión son: **a)** manifiesto error de hecho, **b)** cuando aparezcan documentos de valor esencial para resolver el asunto que hayan sido ignorados al dictarse el acto o que hubiere sido imposible aportarlos al expediente, **c)** cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme y **d)** cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta declarada en sentencia judicial.*

En el caso en estudio, no se deduce del escrito de interposición de la impugnación, cuál es el presupuesto del artículo 353 de la L.G.A.P., que se alega ni se desprende de sus argumentos que se cumpla alguno de dichos supuestos, razón por la cual lo procedente es rechazar de plano por improcedente el recurso extraordinario de revisión planteado.

Finalmente se deduce del escrito presentado por la funcionaria Rojas Campbell, que interpone también incidente de nulidad concomitante, el cual se rige por lo dispuesto en los artículos 158 al 179 de la Ley General de la Administración Pública.

c) Temporalidad del recurso.

La resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011, fue notificada al recurrente el 11 de agosto de 2011. El recurso de reposición fue presentado el 17 de agosto de 2011. Para recurrir la resolución impugnada se contaba con el plazo de tres días hábiles, plazo que venció el 17 de agosto de 2011, según lo señalado en el artículo 346 de la Ley General de Administración Pública. En ese sentido, el recurso de reposición fue presentado dentro del plazo conferido.

Respecto al recurso extraordinario de revisión, tal y como se indicó supra, no se deduce del escrito de interposición de la impugnación, cuál es el presupuesto del artículo 353 de la L.G.A.P., que se alega. Por tanto, para determinar el plazo aplicable a este asunto, debe acudir al principio de admisión, establecido en el artículo 224 de la L.G.A.P. En razón de lo anterior, considera esta Dirección General que corresponde aplicar el plazo más extenso permitido por la ley, es decir, el del inciso a) del artículo 354 de la L.G.A.P., que es dentro del año siguiente a la notificación del acto impugnado, por lo que se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

Finalmente, en cuanto al incidente de nulidad absoluta interpuesto contra la resolución RJD-137-2011, se tiene que la resolución recurrida fue notificada a la recurrente el día 11 de agosto de 2011 y el incidente fue planteado junto con los demás recursos el día 17 de agosto del 2011. Del análisis comparativo entre la fecha de la notificación de la resolución RJD-137-2011 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 11 de agosto de 2012, se concluye que la gestión se presentó dentro del plazo legal.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO POR EL FONDO.

Siendo que los argumentos del recurso de reposición interpuesto son de naturaleza técnica, no podríamos pronunciarnos al respecto, por lo que se sugiere que sean analizados por un experto en Recursos Humanos.

Sobre la nulidad alegada.

Concerniente a la nulidad absoluta de la resolución impugnada que invoca la 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 mencionada Ley General de la Administración Pública, a saber: 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 indicar 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, la recurrente no lleva razón en lo que argumenta, ya que la resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 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 (artículo 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.

IV. CONCLUSIONES.

- 1. El recurso de reposición interpuesto por la señora Cecilia Rojas Campbell, contra la resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011, fue presentado en tiempo y forma por lo que resulta admisible.*
- 2. Los argumentos del recurso de reposición son de carácter técnico, sobre los cuales no puede pronunciarse esta asesoría.*
- 3. No se deduce del escrito de interposición de la impugnación, cuál es el presupuesto del artículo 353 de la L.G.A.P., que se alega la recurrente, ni se desprende de sus argumentos que se cumpla alguno de dichos supuestos, por lo que se constituye en improcedente el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la funcionaria Rojas Campbell en contra de la resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011.*
- 4. El acto administrativo impugnado tiene todos los elementos de validez, formales y materiales, por lo que no se ha configurado nulidad alguna. (...)”*

Oficio 362-2012, remitido por el Departamento de Recursos Humanos:

“(…) IV. ANÁLISIS DEL RECURSO POR EL FONDO.

De conformidad con el Manual Descriptivo de Clases vigente al momento de realizar el estudio de reasignación de puesto, se determinó que el puesto No. 43201, ocupado por la funcionaria Cecilia Rojas Campbell, no tiene coordinación permanente de equipos de trabajo.

Lo anterior, consta en el “Addendum al Cuestionario de Clasificación y Valoración de Puestos”, completado y firmado por el que en su momento era el Director de Servicios de Agua y Ambiente, el señor Mario Freer Valle. En el citado documento, se indica que en el mencionado puesto se dan los dos tipos de coordinación; a saber: vertical y transversal; sin embargo se indica que la coordinación no es permanente, sino periódica.

A continuación se presenta cada uno de los argumentos del reclamante y las observaciones hechas por el Departamento de Recursos Humanos:

Argumentos del reclamante el titular del puesto N° 43201	Argumentos técnicos del DERH
1. No comparto la conclusión del estudio efectuado, en que la coordinación no es permanente, dado que mi trabajo usual en la Dirección de Aguas y Ambiente es la coordinación de diferentes proyectos, tales como: estudios tarifarios, seguimiento regulatorio, trabajos especiales; en donde me corresponde coordinar y participar en el proceso de investigación tarifario, que corresponde el control de cada uno de los aspectos que considera el estudio (mediante la coordinación), y la parte específica que me corresponde en el análisis económico financiero. La coordinación es de equipos interdisciplinarios de funcionarios, con toda la labor de organización que esto conlleva: reuniones de grupo de trabajo para distribuir labores, efectuar oficios de solicitud de información, realizar cronogramas de trabajo y preparar los informes respectivos.	La característica esencial de la coordinación de equipos es que sea de manera permanente; no obstante, tal como lo hace constar la misma jefatura en el Addendum del Cuestionario de Análisis del Puesto, la función de coordinación no es permanente sino periódica, y no hay evidencia suficiente que demuestre que el 70% de la jornada laboral lo dedique a la citada función.
2. Tampoco estoy de acuerdo con que no han variado las funciones del puesto, dado que en los últimos seis meses se ha intensificado el trabajo de coordinación de la elaboración de estudios de oficio, estudios tarifarios y seguimiento regulatorio; así como el análisis de normas y procedimientos de trabajo; además con la contratación de nuevo personal, se ha incrementado la asesoría y transmisión de conocimientos a compañeros de trabajo sobre metodologías y métodos utilizados, para contribuir con la capacitación de la Dirección.	De acuerdo con lo expuesto en el formulario de análisis de puesto y avalado por la jefatura inmediata del momento, los cambios apuntados son los siguientes: <u>"Coordinación y análisis de estudios tarifarios. Coordinación y análisis de seguimiento regulatorio.</u> Mayor producción de estudios de oficio. Mayor necesidad de suministro de información a consultas y solicitud de información de compañeros". Según se puede observar, el único cambio en funciones es lo subrayado en el párrafo anterior registrado en el formulario de análisis de puesto, lo señalado posteriormente, no son cambios, es un aumento en la producción y demandas de información. El aumento en cargas de trabajo no constituye un cambio sustancial

Argumentos del reclamante el titular del puesto N° 43201	Argumentos técnicos del DERH
	<i>y permanente en las funciones, que es lo que amerita la reasignación de un puesto.</i>
3. Mi trabajo también consiste en la coordinación y análisis de las metodologías regulatorias o procedimientos para proponer los cambios que se requieran, de acuerdo con las necesidades de la Dirección.	Si bien es cierto coordina algunas actividades de estudios tarifarios, la evidencia señala que esta tarea es periódica, que le dedica entre un 20% y un 25% de la jornada laboral, lo anterior significa que no es permanente ni lo sustantivo del puesto, lo cual debe ser el requisito indispensable para reasignarla de Profesional 3 a Profesional 4.
4. Con respecto al grado de dificultad, la descripción del Profesional 3 y la del Profesional 4 es la misma, por lo que no hay elementos de juicio para determinar diferencias entre un puesto y otro, por lo que no existe un sustento de que no se reconozca como Profesional 4. Además en el estudio efectuado se menciona en la página 8 (Oficio 271-DERH-2011), como dificultad en el puesto 43201 funciones que no corresponden dado que indica: “El trabajo requiere análisis que corresponde al área de ingeniería eléctrica, que requieren la aplicación de principios teóricos y prácticos adquiridos. Para la ejecución de actividades se emplean herramientas propias de la (sic) profesión software y conocimientos especializados, así como...Participo en grupos interdisciplinarios de profesionales de la Dirección, para la ejecución de estudios tarifarios, como analista de inversiones, así como la fiscalización de la calidad del servicio. Esto...” Se debe indicar que los términos que se indican no corresponde a la disciplina y al trabajo que realizo, dado que mi labor específica es el análisis económico financiero de las empresas reguladas, como parte del análisis regulatorio que efectúo, aparte de la labor de coordinación que ya ha sido descrita.	La dificultad descrita en el Manual de Puestos para las Clases de Profesional 3, 4 y 5 es idéntica. Sin embargo debe estar asociada a un factor adicional que es la coordinación permanente de equipos de trabajo, por cuanto esto demanda una dificultad superior, porque no solo debe hacer su trabajo sino también orientar y revisar el de otros. Por eso se indica en el informe, que la dificultad del puesto se corresponde en mayor medida con lo típico de la clase Profesional 3, y no con la de Profesional 4.

Argumentos del reclamante el titular del puesto N° 43201	Argumentos técnicos del DERH
5. Con respecto a la descripción “Por tanto de labor” página 9 del oficio 271-DERH-2011, se indica lo siguiente: “Resuelve las situaciones <u>que se le presentan con base en análisis de inversiones para fijar tarifas y fiscalización de la calidad de regulados</u>, a fin de emitir criterios técnicos que soporten la toma de decisiones permanentes” Se repite el error en establecer funciones que no me corresponden, por lo que denota que el análisis efectuado no se centró en las verdaderas características del puesto en cuestión, dado que no está dentro de mis labores específicas el analizar inversiones o fiscalizar la calidad, de lo cual se concluye que este análisis se centró sobre una base equivocada.	De acuerdo con lo indicado en el formulario de análisis de puestos presentado por la titular del puesto, la esencia de las funciones es la ejecución de <u>estudios tarifarios de oficio</u> así como presentados por las empresas que administran agua, alcantarillado y riego para recomendar al Regulador General o al Comité de Regulación la propuesta de la tarifa y las disposiciones que deben solicitarse; otra función relevante es el seguimiento regulatorio de las tarifas otorgadas en los servicios regulados y análisis financiero, para establecer el cumplimiento de las disposiciones y resultados, en la parte financiera del último estudio tarifario y análisis del comportamiento financiero de dichos servicios. Se agrega que coordina estudios tarifarios, que implica coordinar un equipo de trabajo, elaborar el cronograma, verificar el cumplimiento de actividades y plazos, establecer lineamientos del estudio, presentación de análisis preliminar en la audiencia pública; analizar resultados con el grupo y el director, elaborar el informe considerando las partes suministradas por el grupo de trabajo; preparar y presentar el análisis y resultados ante el Regulador o Comité de Regulación; elaborar borrador de resolución. <u>Además de efectuar la parte financiera del estudio.</u> Como se observa coordina el equipo y hace una función clave que consiste en el análisis financiero, pero la labor representa un 20% del tiempo de la jornada laboral, lo cual significa que no es la razón de ser de su puesto de trabajo. El departamento fue restringido al describir que la esencia es el análisis de inversiones, es más que eso, porque el estudio tarifario implica lo siguiente: "Evaluación y estimación de gastos, revaluación de activos, determinación de base tarifaria, servicio de la deuda, costo de capital, elaboración de estados

Argumentos del reclamante el titular del puesto N° 43201	Argumentos técnicos del DERH
	financieros reales y proyectados y determinación del nivel tarifario necesario. Para estimar cada uno de los rubros se considera el comportamiento histórico, datos del INEC, Banco Central y otros índices internacionales". Con respecto a la calidad de los regulados se indicó para referirse a lo siguiente: ..."cumplimiento de las disposiciones y resultados" identificada como una función del puesto. Para precisar mejor es que realiza una función de fiscalización para asegurarse que se apliquen las tarifas fijadas. Lo anterior no fue descrito de la mejor manera, pero la descripción esencial del puesto no cambia en forma sustancial, la razón de ser del puesto para ubicarlo en una clase superior a la clase Profesional 3.
6. De acuerdo al Manual de Clases, las funciones que realizo se ubican dentro del puesto Profesional 4, sin embargo se me asigna un puesto de Profesional 3. En ese sentido se violenta el principio de igualdad y no discriminación, se me otorga un trato discriminatorio en virtud de que existen compañeros que realizan las funciones de análisis de estudios tarifarios, incluso sin ser en muchos casos coordinadores, fueron ubicados en puestos de Profesional 4, mientras que la suscrita pese a realizar labores con más responsabilidad, se me asignó un nivel profesional menor. La resolución que impugno, resulta contraria a derecho porque recoge un trato discriminatorio en mi contra que representa un perjuicio a mi carrera profesional y al estatus socioeconómico de mi puesto. No existe ningún criterio objetivo ni razonable que justifique la diferencia de trato que se me ha dado en relación con otros compañeros. El artículo 33 de nuestra Constitución Política establece que: "Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana". De igual forma, el artículo 57 de la Constitución señala que "todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia" (el subrayado es	Cuando a un puesto le corresponde coordinar a otros profesionales y es responsable de los resultados del equipo, la responsabilidad se incrementa. En este caso, se ha verificado por medio de las evidencias y la información que suministrara la jefatura inmediata en ese momento, y lo descrito en el punto anterior, que para ubicar un puesto en la clase Profesional 4, se requiere que además de las funciones se debe dar una característica que implica ser el responsable del trabajo de otros de manera permanente, lo cual no se logra evidenciar en el puesto analizado, máxime cuando la jefatura inmediata en ese momento señala que la periodicidad con la que se realiza la función de coordinación es temporal. La recomendación emitida se hace con fundamento en lo establecido en un criterio técnico que se sustenta en lo estipulado en el Manual Descriptivo de Clases vigente a la fecha de realizar el estudio No existen fundamentos para indicar que hay discriminación. Este argumento no logra demostrar que el puesto presente todas las características requeridas para asignarle una clasificación superior a la que tiene al

Argumentos del reclamante el titular del puesto N° 43201	Argumentos técnicos del DERH
mío). <i>El principio de igualdad que establecen estas normas constitucionales, prohíbe que se haga diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas; como es el caso que me ocupa.</i> <i>¿Cuáles son los criterios objetivos y técnicos que fundamentan tal diferencia de trato que se me ha dado?</i> <i>Si se revisa el análisis de puesto realizado en la institución, es fácil constatar que el trato diferenciado en mi perjuicio carece de fundamento alguno, y por tal razón resulta arbitrario y contrario a derecho.</i> <i>La Sala Constitucional ha señalado que el principio de igualdad, exige que no se haga diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas. Por ejemplo, la resolución número 196-91 de las catorce horas con cuatro minutos del 30 de enero de 1991, se dispuso:</i> <i>“El presupuesto esencial de este principio, es el hecho de que debe existir igualdad de situaciones entre las personas que se consideran víctimas de la violación y otras u otras que se señalen como término de comparación, es decir la determinación del quebranto constitucional, se hace mediante un cotejo de supuestos en que la desigualdad aparezca de una forma notoria”.</i> <i>Esta situación, acarrea la nulidad de la resolución que impugno, por cuanto el motivo de la misma es ilícito y contrario al principio de legalidad que obliga a la Administración a actuar sometida al ordenamiento jurídico.</i>	<i>momento de realizar el estudio.</i>

Si bien es cierto, en este puesto se realizan funciones de coordinación vertical y horizontal de manera periódica, no permanente y no implica que es responsable del resultado de los demás profesionales con los que labora, a lo cual le dedica el 25% de la jornada laboral, según lo hizo constar la jefatura en el addendum al cuestionario de análisis el puesto y que no ha sido modificado a la fecha.

Como se ha reiterado a lo largo del análisis, la característica que diferencia en esencia a la clase de puesto de Profesional 3 de la clase Profesional 4, según el Manual Descriptivo de Clases vigente en esa fecha, es que en la última la coordinación es permanente, lo cual implicaría que es la razón de ser del puesto de trabajo.

De la citada característica se derivan todos los demás factores mencionados en el estudio, los cuales son similares en las dos clases, pero con la condición que deben estar ligados a una coordinación permanente, cuando se trata de la clase Profesional 4. No se han encontrado evidencias significativas que demuestren que la titular del puesto tiene un equipo de profesionales a cargo, a quienes de manera permanente, asigna, revisa, da el visto bueno a los trabajos que realicen y es responsable de éstos, frente a la jefatura. (...)”

- II. Que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en la sesión extraordinaria 83-2012, celebrada el 8 de octubre de 2012 y ratificada el 25 de octubre de 2012, acordó acoger las recomendaciones contenidas en los oficios 629-DGJR-2012, del 5 de setiembre de 2012 y del oficio sin número remitido por el Departamento de Recursos Humanos, mediante memorando N° 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012, y resolvió entre otras cosas dictar la presente resolución.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos que preceden y, de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1) Rechazar por el fondo el recurso de reposición presentado por la señora Cecilia Rojas Campbell, contra la resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011, 2) Rechazar por el fondo el incidente de nulidad interpuesto por la señora Cecilia Rojas Campbell, contra la resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011, 3) Rechazar de plano por improcedente, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la funcionaria Cecilia Rojas Campbell, en contra de la resolución RJD-137-2011, del 20 de julio de 2011 y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

- I. Rechazar por el fondo el recurso de reposición presentado por la señora Cecilia Rojas Campbell, contra la resolución RJD-137-2011, del 20 de julio de 2011.
- II. Rechazar por el fondo el incidente de nulidad interpuesto por la señora Cecilia Rojas Campbell, contra la resolución RJD-137-2011, del 20 de julio de 2011.
- III. Rechazar de plano por improcedente, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la funcionaria Cecilia Rojas Campbell, en contra de la resolución RJD-137-2011, del 20 de julio de 2011.
- IV. Dar por agotada la vía administrativa.
- V. Devolver el expediente al Departamento de Recursos Humanos para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

b) En cuanto al caso del funcionario Daniel Echeverría Lutz.

1. Rechazar por el fondo el recurso de reposición presentado por el señor Daniel Echeverría Lutz, contra la resolución RJD-135-2011, del 20 de julio de 2011.
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Devolver el expediente al Departamento de Recursos Humanos para lo que corresponda.
4. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que mediante resolución RJD-135-2011 del 20 de julio de 2011, artículo 6 de la sesión ordinaria 43-2011, celebrada el 6 de julio de 2011, ratificada el 20 de julio de 2011, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos mantuvo el puesto ocupado por el funcionario Daniel Echeverría Lutz, funcionario de la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente, como profesional 3. Dicha resolución fue notificada al funcionario Echeverría Lutz, el 11 de agosto de 2011 (folios 35-38).
- II. Que el 17 de agosto de 2011, el señor Echeverría Lutz, interpuso recurso de reposición en contra de la resolución RJD-135-2011 del 20 de julio de 2011. (folios 40-48).
- III. Que mediante memorando 277-SJD-2011, del 23 de agosto de 2011, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación el recurso dicho para el análisis respectivo (folio 39).
- IV. Que mediante memorando N° 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012, la Jefa a. i. del Departamento de Recursos Humanos, remitió a la Gerencia General, el criterio correspondiente al recurso de reposición en contra de la resolución RJD-137-2011 del 20 de julio de 2011, interpuesto por el señor Echeverría Lutz.
- V. Que mediante oficio 394-GG-2012 del 20 de julio de 2012, la Gerencia General remitió a la Secretaría de Junta Directiva, el memorando N° 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012, emitido por la Jefa del Departamento de Recursos Humanos. (folios 53-78)
- VI. Que mediante oficio N° 440-SJD-2012, del 28 de agosto de 2012 la Secretaria de Junta Directiva remitió el recurso presentado por el funcionario Echeverría Lutz, contra la resolución que improbo la reasignación de su puesto, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para emitir el criterio jurídico respectivo.
- VII. Que el 5 de setiembre de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 627-DGJR-2012, rindió el criterio jurídico sobre el recurso de reposición en contra de la resolución RJD-135-2011, del 20 de julio de 2011.
- VIII. Que en la sesión extraordinaria 83-2012, celebrada el 8 de octubre de 2012 y ratificada el 25 de octubre de 2012, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, conoció el recurso de reposición planteado por el funcionario Daniel Echeverría Lutz, en contra de la resolución RJD-135-2011, del 20 de julio de 2011.

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

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 627-DGJR-2012, de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y del oficio remitido por el Departamento de Recursos Humanos, mediante memorando N° 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012, arriba citados, que sirven de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 627-DGJR-2012, remitido por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria:

“(…) II. ANÁLISIS DEL RECURSO POR LA FORMA.

a) Legitimación.

Respecto de la legitimación activa, se tiene que el señor Daniel Echeverría Lutz es parte interesada y destinataria de los efectos de la resolución impugnada, razón por la cual está legitimado para gestionar en la forma en que lo ha hecho (artículos 275 y 342 de la L.G.A.P.).

b) Naturaleza del recurso.

El recurso presentado por el señor Echeverría Lutz, contra la resolución RJD-135-2011 del 20 de julio de 2011, es el ordinario de reposición.

El acto impugnado es la resolución RJD-135-2011 del 20 de julio de 2011, por medio del cual se improbo la reclasificación del puesto del señor Echeverría Lutz, manteniéndosele como Profesional 3. Esa resolución fue emitida por Junta Directiva, a la luz de lo dispuesto en el artículo 52 del RAS (modificado en La Gaceta N° 98 del viernes 21 de mayo de 2010). En dicha resolución se estableció que contra la misma, cabía el recurso ordinario de reposición, el cuál debería interponerse dentro del plazo de tres días contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución, ello en razón de que es una resolución emanada de la Junta Directiva en su condición de órgano competente en la materia que nos ocupa (artículo 344 L.G.A.P.).

c) Temporalidad del recurso.

La resolución RJD-135-2011 del 20 de julio de 2011, fue notificada al recurrente el 11 de agosto de 2011. El recurso de reposición fue presentado el 17 de agosto de 2011. Para recurrir la resolución impugnada se contaba con el plazo de tres días hábiles, plazo que venció el 17 de agosto de 2011, según lo señalado en el artículo 346 de la Ley General de Administración Pública. En ese sentido, el recurso fue presentado dentro del plazo conferido.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO POR EL FONDO.

Siendo que los argumentos del recurso de reposición interpuesto son de naturaleza técnica, no podríamos pronunciarnos al respecto, por lo que se sugiere que sean analizados por un experto en Recursos Humanos.

IV. CONCLUSIONES.

1. El recurso de reposición interpuesto por el señor Daniel Echeverría Lutz, contra la resolución RJD-135-2011 del 20 de julio de 2011, fue presentado en tiempo y forma por lo que resulta admisible.

2. Los argumentos del recurso de reposición son de carácter técnico, sobre los cuales no puede pronunciarse esta asesoría. (...)"

Oficio 362-2012, remitido por el Departamento de Recursos Humanos:

"(...) IV. ANÁLISIS DEL RECURSO POR EL FONDO.

De conformidad con el Manual Descriptivo de Clases vigente al momento de realizar el estudio de reasignación de puesto, se determinó que el puesto No. 43202, ocupado por el funcionario Daniel Echeverría Lutz, no tiene coordinación permanente de equipos de trabajo.

Lo anterior, consta en el "Addendum al Cuestionario de Clasificación y Valoración de Puestos", completado y firmado por el que en su momento era el Director de Servicios de Agua y Ambiente, el señor Mario Freer Valle. En el citado documento, se indica que en el mencionado puesto se dan los dos tipos de coordinación; la vertical y transversal; sin embargo se indica que la coordinación no es permanente, sino periódica. Se expresa que el porcentaje de la jornada laboral que le dedica a la citada coordinación es de un 25%.

A continuación se presenta cada uno de los argumentos del reclamante y las observaciones hechas por el Departamento de Recursos Humanos:

Observaciones planteadas por reclamante, el titular del puesto N° 43202	Criterios del Departamento de Recursos Humanos
2. Que: "mi labor de coordinación es amplia y equiparable a la de los profesionales 4 o 5 de la ARESEP. Esto quedó explícito en el cuestionario de análisis de puestos que aporté para efectos de este estudio de puestos. En el Anexo 1 que se ubica junto al cuestionario, resumo mis labores desde el 30 de marzo de 2009 hasta el 17 de marzo de 2011, es decir información que recabé durante 2 años. Con esta información completé el cuadro 2 Caracterización de las tareas relacionadas con su cargo".	Si bien es cierto el funcionario ha realizado labores de coordinación según lo indica la jefatura en el cuestionarios, la misma no es de carácter permanente, lo cual determina la diferencia entre el Profesional 3 y el Profesional 4.
3. "Al menos en el 70% del tiempo de las tareas que se me asignaron tuve funciones de coordinación... llevé a cabo funciones de asesoramiento y en definición de metodología regulatoria e implementación de normativa propias de profesionales 4 y 5."	No hay evidencias que demuestren que la coordinación implique: asignar, revisar, supervisar y ser responsable por el trabajo de otros, ni tampoco se realiza de manera permanente. Tampoco se ha logrado identificar evidencia suficiente que demuestre que el 70% de la jornada laboral es dedicado a las tareas propias del puesto, de coordinación, todo lo contrario la

Observaciones planteadas por reclamante, el titular del puesto N° 43202	Criterios del Departamento de Recursos Humanos
	jefatura indica que le dedica el 25% de la jornada laboral.
4. “Las funciones de mi puesto (no. 43202) se ajustan perfectamente a la descripción de la clase profesional 4. De igual manera podría hacer la comparación del puesto con la clase profesional 5: El diseño del Manual de Clases permite este tipo de subjetividades. Ante esta peculiaridad (o falencia) del Manual de Clases y para obtener una clasificación del puesto válida, es imprescindible identificar al juez ideal para que dé su dictamen. Este juez debería cumplir con al menos dos características: objetividad y amplio conocimiento de la experiencia, responsabilidad, complejidad y dificultad características de las funciones del puesto No. 43202”.	En las descripciones de puestos vigentes a la fecha de realizar el estudio, se presentan muchas similitudes; sin embargo la esencial, que es coordinar el trabajo de otros de manera permanente, no se presenta según lo hace constar la misma jefatura.
5. “Por ser un interesado en el resultado, podría dudar de mi objetividad. No dudo de la objetividad de la analista del Departamento de Recursos Humanos, pero su conocimiento de puesto No. 43202 es limitado. El juez ideal para decidir es el Director de DIAA, con todo el conocimiento necesario sobre el puesto, y calificado para ser objetivo.”	El analista de Recursos Humanos realiza un proceso de investigación para conocer el puesto, para lo cual participa en el estudio la jefatura y al titular del puesto y analiza documentación relevante como la estructura y funciones de la dependencia donde se ubica el puesto y productos que se generan en el mismo, esto permite conocer la complejidad y responsabilidad del puesto. Para realizar el estudio se aplica adicionalmente el análisis del cuestionario, la entrevista semiestructurada al interesado y a la jefatura. Posteriormente, se hace el análisis a la luz de lo descrito en el Manual Descriptivo de Clases de Puesto. El proceso de análisis implica conocer el puesto por medio de los instrumentos citados. Con base en el estudio realizado se emite el criterio sobre la clasificación que le corresponde al puesto de trabajo. Por otra parte, la jefatura, de acuerdo con la normativa vigente, desempeña el rol de suministrar información, pero no tiene la facultad de ser el "juez" que toma la decisión sobre si un puesto presenta todos los factores para reasignarlo de una clase a otra de mayor nivel.

Observaciones planteadas por reclamante, el titular del puesto N° 43202	Criterios del Departamento de Recursos Humanos
6. “En el análisis sobre dificultad que hace la representante del Departamento de Recursos Humanos (inciso 5.3 de su informe) se cometieron algunos errores. Se equivoca la analista al decir que mi especialidad es la de ingeniería eléctrica. Soy licenciado en ingeniería civil. La diferencia se hace grande cuando estamos hablando de las funciones de DIAA: el tema es eminentemente relacionado con la ingeniería civil, no cabe la ingeniería eléctrica. Además omite la analista mencionar las funciones de coordinación y funciones de alta complejidad particulares del puestos 43202”.	El error consiste en indicar la especialidad formativa del titular del puesto, quien efectivamente es Ingeniero Civil; no obstante esto no implica un nivel de dificultad superior al propio de la clase Profesional 3.
7. La analista compara la dificultad del puesto 43202 con la dificultad de la clase profesional 3 descrita en el Manual de Clases y concluye que la “dificultad que demanda el puesto es típica de lo demandado por la clase Profesional 3”. Se hace la comparación con la dificultad atribuida al Profesional 4 (se conserva la columna FUNCIONES PUESTO 43402 original del nombre del análisis).	La dificultad del puesto es de un nivel casi idéntico en ambas clases; sin embargo no se presenta un factor adicional que hace la diferencia, y es, la coordinación permanente de equipos de trabajo que hace que el citado puesto se corresponda con la clase Profesional 3, más que con la de Profesional 4.
8. En el análisis sobre responsabilidades que hace la representante del Departamento de Recursos Humanos (inciso 5.3 de su informe) concluye que “en lo que respecta al factor responsabilidad, el puesto No. 43202 se corresponde con lo establecido para la clase Profesional 3”. Resalta la analista que: “la diferencia esencial con el profesional 4 es que la coordinación de equipos multidisciplinarios es en forma permanente y en este caso, es periódica según el Addendum al cuestionario de análisis y puestos emitido por su jefatura inmediata señor Mario Freer”. La conclusión a la que llega la analista es errónea. Además de la coordinación de estudios tarifarios que es periódica, me correspondió la coordinación del seguimiento de la matriz de información del A y A desde el año 2009 y otros seguimientos regulatorios. Ver apartado 2.1 de los motivos de este recurso, donde contabilizo un 70% de mi tiempo ocupado en tareas con funciones de coordinación. Esta ocupación de mi tiempo, más mi desempeño en otras funciones propias de profesionales 4 y 5, son suficiente justificación para calificar las responsabilidades de mi puesto a nivel de profesional 4 o 5. (Ver el apartado 2.1 de los motivos de este recurso).	Cuando al titular de un puesto le corresponde coordinar a otros profesionales y es responsable de los resultados del equipo, la responsabilidad y complejidad se incrementa. En este caso, se ha verificado por medio de la información suministrada por el titular del puesto y la jefatura inmediata en ese momento, que la coordinación a la que se refiere el funcionario, no es la típica de la clase Profesional 4, por cuanto como se ha reiterado, no es responsable del trabajo de otros ni es de carácter permanente. No existen elementos que evidencien que el titular le dedica a la coordinación de equipos un 70% de su jornada laboral.

Observaciones planteadas por reclamante, el titular del puesto N° 43202	Criterios del Departamento de Recursos Humanos
9. En la parte de Supervisión: “las funciones de mi puesto (no. 43202) se ajustan perfectamente a la descripción de la supervisión atribuida al profesional 4. Asimismo el argumento de la analista para clasificar mi puesto como profesional 3 es recurrente al aludir a la temporalidad de las labores de coordinación. Como ya se analizó en el apartado 2.1 de los motivos de este recurso, el nivel de coordinación en mi puesto está a nivel de lo requerido por el Manual de Clases para un profesional 4 o 5.	La coordinación realizada a nivel de Profesional 4 implica supervisión técnica. En este caso al no ser responsable del trabajo de otros y, además, al ser de carácter temporal, el factor de supervisión no se corresponde con lo propio de la clase Profesional 4, por lo apuntado en los puntos anteriores.
10. Relación de trabajo: La analista compara la relación de trabajo del puesto 43202 con la relación de trabajo de la clase profesional 3 descrita en el Manual de Clases y concluye que “existe una correspondencia en las relaciones de trabajo que se originan en el desempeño del puesto analizado y lo estipulado para la clase Profesional 3”.	La relación de trabajo en ambas clases se diferencia, porque en la clase de Profesional 4 la misma es más intensa, al ser responsable del trabajo de otros miembros del equipo y por ende con los superiores y otros profesionales de la institución y fuera de ella. En este caso, la relación es de carácter normal, por lo tanto, al estar ligada a una coordinación periódica, el peso de este factor es menor que el que se presenta en la clase Profesional 4.
11. Consecuencia del error: Las consecuencias del error atribuidas por el Manual de Clases a la clase profesional 3 son exactamente iguales a las consecuencias del error atribuidas a la clase profesional 4. De manera que al concluir la analista que “la consecuencia del error originada por problemas en el desempeño de las funciones en el puesto analizado, se corresponde con lo establecido para la clase Profesional 3”, implica necesariamente que la consecuencia del error originada por problemas en el desempeño de las funciones en el puesto analizado, se corresponde con lo establecido para la clase Profesional 4.	La consecuencia del error se corresponde más con la clase Profesional 3 que con la de Profesional 4, por cuanto solo es responsable de su propio trabajo y no de todo un equipo.

Observaciones planteadas por reclamante, el titular del puesto N° 43202	Criterios del Departamento de Recursos Humanos
12. Sobre los cambios en el puesto No. 43202 se indica que la analista del Departamento de Recursos humanos dice: “No existen evidencias significativas que muestren que haya habido una variación en las funciones y demás factores que componen la clase de puestos. Sus funciones son esencialmente el análisis de inversiones para estudios tarifarios de acueducto y alcantarillado, así como en ocasiones, estudios especiales mediante la aplicación de la técnica de benchmarking para mejorar metodologías y contraparte en consultorías contratadas; sin embargo se siguen manteniendo dentro de lo característico de la clase Profesional 3”. Debe hacerse notar incongruencias en la anterior aseveración: El análisis de inversiones ocupa apenas un 3% de mi tiempo. Omite mencionar el tiempo ocupado en labores de coordinación que suma al menos un 70% de mi tiempo. Omite considerar otras labores de asesoramiento y en definición de metodología regulatoria e implementación de normativa propias de profesionales 4 y 5.	Efectivamente, como se ha descrito en los puntos anteriores no se identifican evidencias que demuestren que se da de manera permanente la característica de coordinar el trabajo de otros, ni la dedicación de un 70% de la jornada laboral en dicha actividad, dado que la misma jefatura lo confirma en el Addendum al Cuestionario de Análisis de Puestos. La demás funciones apuntadas de asesoramiento y definición de metodología regulatoria e implementación de normativa no establecen una diferencia sustancial para clasificar el puesto en el nivel de profesional 4.
13. Las tareas del puesto No. 43202 cambiaron sustancialmente desde la última reasignación, en términos de coordinación, responsabilidades, supervisión, relación de trabajo y consecuencia del error a tal punto que se justifica plenamente una reasignación a un cargo de profesional 4 o 5. El respaldo está en la exposición de los motivos del recurso.	Como se ha indicado en puntos anteriores, no hay evidencia que demuestre la coordinación de otros, de manera permanente. En razón de lo anterior, no se puede determinar que se haya dado un cambio sustancial que amerite una modificación en la clasificación del puesto objeto de análisis.
14. Otros aspectos que cambiaron y que no se han discutido, son el nivel de dificultad de las tareas asignadas y la experiencia adquirida en la labor de regulación. Cabe mencionar tareas llevadas a cabo y otras actividades que respaldan esta afirmación.	No se lograron encontrar evidencias que demuestren un cambio significativo en la dificultad del puesto, desde la perspectiva de lo descrito en la característica esencial de la clase Profesional 4, que es coordinación de equipos de trabajo de manera permanente.
15. Mi labor incluye actividades propias de mi profesión (ingeniería), tal como análisis de calidad del servicio y proyectos de inversión. Pero gracias a la experiencia en la actividad tarifaria, mi labor se ha extendido a este campo.	Estas actividades que son de gran valor en el puesto de trabajo; no obstante, no demandan una coordinación permanente de equipos de trabajo, por lo que no se corresponden con lo descrito en las características de la clase Profesional 4.
16. Mi labor se ha caracterizado por trabajos de alta complejidad y en ocasiones innovadores. Las siguientes son algunas labores realizadas, que considero del más alto nivel de importancia para la dirección, por su aporte y su nivel de complejidad.	Efectivamente los trabajos realizados son de alta complejidad pero no se tipifican por sus características en la clase de Profesional 4 del Manual vigente a esa fecha, con base en el cual se realizó el estudio.

De lo anterior se desprende que, la característica que diferencia en esencia a la clase de puesto de Profesional 3 de la clase Profesional 4, según el Manual Descriptivo de Clases vigente en esa fecha, es que en la última la coordinación es permanente y no periódica. De la citada característica se derivan todos los demás factores mencionados en el estudio, los cuales son similares en las dos clases, pero con la diferencia que en la clase Profesional 4 deben estar ligados a una coordinación permanente. No se han encontrado evidencias significativas que demuestren que el titular del puesto tiene un equipo de profesionales a cargo, a quienes de manera permanente, asigna, revisa, da el visto bueno a los trabajos que realicen y es responsable de éstos, frente a la jefatura, que ameriten un cambio en la clasificación actual de su puesto de trabajo a la luz del Manual Descriptivo de Clases de Puestos vigente a la fecha del estudio que realizara el Departamento de Recursos Humanos. (...)”

- II. Que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en la sesión extraordinaria 83-2012, celebrada el 8 de octubre de 2012 y ratificada el 25 de octubre de 2012, acordó acoger las recomendaciones contenidas en los oficios 627-DGJR-2012, del 5 de setiembre de 2012 y del oficio sin número remitido por el Departamento de Recursos Humanos, mediante memorando N° 362-DERH-2012, del 12 de julio de 2012, y resolvió entre otras cosas dictar la presente resolución.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos que preceden y, de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1) Rechazar por el fondo el recurso de reposición presentado por el señor Daniel Echeverría Lutz, contra la resolución RJD-135-2011, del 20 de julio de 2011 y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

- I. Rechazar por el fondo el recurso de reposición presentado por el señor Daniel Echeverría Lutz, contra la resolución RJD-135-2011, del 20 de julio de 2011.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Devolver el expediente al Departamento de Recursos Humanos para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

A partir de este momento se retira del salón de sesiones, la señora Norma Cruz Ruiz, jefa a. i. del Departamento de Recursos Humanos.

ARTÍCULO 9. Recurso de apelación interpuesto por Estación de Servicio San Juan S.A., en contra de la resolución 628-RCR-2011, del 2 de setiembre de 2011. Expediente ET-092-2011.

A partir de este momento ingresan al salón de sesiones, los funcionarios de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, Karla Montero Víquez, Edwin Canessa Aguilar e Ingrid Araya Badilla, a participar en el análisis del presente y siguientes artículos.

Se entra a conocer el oficio 625-DGJR-2012, del 4 de setiembre de 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por la Estación de Servicio San Juan S.A, en contra de la resolución 628-RCR-2011, del 2 de setiembre de 2011. Expediente ET-092-2011.

La señora **Karla Montero Víquez** explica los principales extremos del citado criterio, los argumentos del recurrente y las recomendaciones del caso, así como otras recomendaciones adicionales expuestas en el criterio.

El señor **Dennis Meléndez Howell** señala la importancia de recordar que, la nueva metodología de estaciones de servicio fue enviada a audiencia pública y los mismos gasolineros presentaron un recurso de amparo y lograron detenerlo por un tiempo. Ante esta situación, la Sala Constitucional le dio la razón a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en el sentido de que no existían motivos para detenerla y, consecuentemente, se determinó que era posible seguir adelante.

Sin embargo, acota que existen muchas dudas en relación con la metodología respecto de que, a corto plazo, no se solucionan los problemas que se están dando desde el punto de vista de las estaciones de servicio, en el entendido de que la mayor parte de los asuntos se dejan para encuestas y estudios que se tienen que hacer posteriormente. Se está analizando la posibilidad de reactivar un estudio que se iba a contratar con el Colegio de Ingenieros y Arquitectos para que realicen el diseño de la estación modelo.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** consulta acerca de las dimensiones que deben tener las estaciones de servicio; y respecto a ese nuevo modelo, ya está establecido y es cosa de valorar ¿cuánto cuesta esa gasolinera? o están en disputa esas medidas?

La señora **Karla Montero Víquez** señala que el modelo se sacó con base en el decreto del MINAET vigente, porque actualmente lo están modificando. La estación de servicio incluida en ese decreto, es de 1080 m², y se especificó el diseño y los planos con base en el decreto.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** manifiesta su inquietud, en el sentido que considera que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, realiza un excelente trabajo a nivel técnico, pero le preocupa cuando tienen diferencias de criterio con las Direcciones responsables de los temas. ¿Hasta qué punto las diferencias se dan en lo meramente legal y hasta qué punto en la parte técnica?, que es responsabilidad de las Direcciones específicas.

Analizado el tema, con base en las recomendaciones expuestas por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 625-DGJR-2012, del 4 de setiembre de 2012, así como en los comentarios y sugerencias formuladas en esta oportunidad, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación la propuesta y la Junta Directiva resuelve por unanimidad:

a) En cuanto al recurso interpuesto por Estación de Servicios San Juan S.A.

ACUERDO 07-83-2012

1. Declarar parcialmente con lugar, el recurso de apelación interpuesto por Estación de Servicios San Juan S.A., en contra de la resolución 628-RCR-2011, en cuanto a los argumentos 1; 2.2; 2.3 del recurso. En los demás argumentos rechazar el recurso por el fondo.

2. En razón de lo anterior, revocar parcialmente la resolución 628-RCR-2011, del 2 de setiembre de 2011 y por su conexidad la resolución 698-RCR-2011, del 2 de diciembre del 2011, que resolvió el recurso de revocatoria, y devolver el expediente administrativo al Comité de Regulación para que se proceda a fijar una tarifa, tomando en consideración los criterios establecidos en el presente dictamen, debiéndose incorporar dentro del análisis, las diferencias originadas entre el margen inicialmente determinado y el resultado de la corrección aquí indicada -en caso de que existan-, esto para el período en que estuvo vigente la resolución 698-RCR-2011.
3. Dar por agotada la vía administrativa.
4. Notificar a las partes, la resolución que ha de dictarse, en el medio o lugar señalado para ello.
5. Trasladar el expediente al Comité de Regulación para lo que corresponda.
6. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. El 13 de junio del 2011, la Estación de Servicio San Juan S.A. (en lo sucesivo empresa San Juan), solicitó un incremento en el margen de comercialización para las estaciones de servicio expendedoras de combustible, (Folios 01 a 1005).
- II. El 2 de setiembre de 2011, mediante la resolución 628-RCR-2011, el Comité de Regulación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, resolvió entre otras cosas, con base en el criterio técnico 583-DEN-2011, del 01 de agosto de 2011, fijar el margen de comercialización de las Estaciones de Servicio terrestres y marinas que expenden combustible con punto fijo de venta, en ¢37,0715 por litro vendido, (Folios 1429 a 1457 y 1522 a 1528).
- III. El 14 de setiembre de 2011, la empresa San Juan, inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, en contra de la resolución 628-RCR-2011, (Folios 1458 a 1521).
- IV. El 2 de diciembre de 2011, mediante la resolución 698-RCR-2011, el Comité de Regulación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, declaró parcialmente con lugar el recurso de revocatoria interpuesto por la empresa San Juan, en contra de la resolución 628-RCR-2011. Asimismo, emplazó a las partes para hacer valer sus derechos, (Folios 1556 a 1578).
- V. El 23 de diciembre de 2011, la empresa San Juan respondió al emplazamiento conferido. (Folios 1580 a 1588).
- VI. El 3 de febrero de 2012, la Dirección de Servicios de Energía (DEN), mediante el memorando 087-DEN-2012, de conformidad con lo que establece el artículo 349 de la Ley General de Administración Pública, remitió para el conocimiento de la Junta Directiva, el recurso de apelación interpuesto por la empresa San Juan, en contra de la resolución 628-RCR-2011, (Folio 1595).

- VII.** El 9 de febrero de 2012, la Secretaría de Junta Directiva de ARESEP, mediante el memorando 053-SJD-2012, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación interpuesto por la empresa San Juan, en contra de la resolución 628-RCR-2011, (Folio 1596).
- VIII.** El 4 de setiembre del 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 625-DGJR-2012, rindió el criterio sobre el recurso de apelación presentado por Estación de Servicio San Juan S.A., en contra de la resolución 628-RCR-2011.
- IX.** Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 625-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 que le es aplicable lo establecido en los artículos 343, 345 y 346 de la Ley 6227.

2) TEMPORALIDAD DEL RECURSO

No consta en autos que se haya notificado a la Estación de Servicio San Juan S.A. No obstante lo anterior, por haber sido omiso el acto de notificación en este sentido, conforme lo indica el artículo 245 de la LGAP, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 247 ibídem; la notificación se tendrá por hecha en el momento en que gestionó la parte, por lo que el recurso se encuentra presentado en tiempo.

3) LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que la empresa San Juan, 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 LGAP; ya que es parte en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

4) REPRESENTACIÓN

El señor Alberto Mesén Madrigal, actúa en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa San Juan, -según consta en la certificación visible a folio 03- por lo cual está facultado para actuar en nombre de la citada compañía.

“(…)”

IV) ANÁLISIS POR EL FONDO.

De previo a entrar a analizar los argumentos de inconformidad del recurrente, es conveniente indicar que el modelo para el cálculo de tarifas para estaciones de servicio, fue aprobado por el Servicio Nacional de Electricidad mediante el acta N° 2652-91, artículo 4 del 6 de agosto de 1991, el cual se encontraba vigente al momento de resolver el estudio tarifario aquí recurrido. Este modelo, no indica detalladamente, la manera en que se llevan a cabo los cálculos y la forma de actualizar toda la información que lo comprende, es decir, no contempla el conjunto de métodos para calcular el margen de comercialización de las estaciones de servicio.

1. Sobre la variación del modelo al modificar el procedimiento de valoración de la inversión.

Alega el recurrente, que a diferencia de la resolución recurrida, en las 4 fijaciones anteriores, la depreciación acumulada no era utilizada para determinar el valor de las inversiones.

De los informes 805-DEN-2007 y 741-DEN-2008, que dieron el fundamento técnico para dictar las resoluciones RRG-7175-2007 y RRG-8985-2008 (ET-096-2007 y ET-149-2008 respectivamente), y que corresponde a las fijaciones tarifarias previas del margen de comercialización de las estaciones de servicio, se desprende que en ambas se tomó como base para el cálculo del monto de la inversión a retribuir por edificaciones, el “Manual de valores base unitarios por tipología constructiva”, aprobado por el Ministerio de Hacienda y vigente a la fecha de cada estudio tarifario.

En el referido manual, se incluyen los valores por metro cuadrado de cada uno de los elementos que componen una estación de servicio (edificaciones), su vida útil y las fórmulas necesarias para determinar el valor de ésta, mismo que considera un método de depreciación a partir de la edad de la construcción, que permite considerar su estado de conservación.

En el informe técnico 583-DEN-2011, base de la resolución 628-RCR-2011, se utilizó lo indicado en el manual del Ministerio de Hacienda (aprobado en enero de 2011 y publicado en La Gaceta N°30 del 11 de febrero de 2011), correspondiente al valor de reposición de esos activos menos la depreciación acumulada o factor de bueno según su estado, utilizando 20 años como edad de las edificaciones (resultado del análisis de la muestra de estaciones de servicio escogida por DEN y utilizada por el recurrente en su solicitud tarifaria). Para los demás activos, “maquinaria” y “mobiliario y otros”, en forma contraria, se actualizaron sus valores tomando otras fuentes de información y sin considerar la depreciación correspondiente a su antigüedad (según hoja de cálculo incluida en cd, folio 1428).

De la revisión de los cálculos realizados e incluidos en el expediente, se desprende que el monto de depreciación acumulada visible a folio 1345, “Cuadro N° 23 Base tarifaria, rentabilidad y margen de distribución” del informe técnico 583-DEN-2011, corresponde únicamente al gasto por depreciación para un periodo de 12 meses. Este órgano asesor no encuentra motivo o razón para restar o considerar ese gasto por depreciación en la determinación de la suma de inversión a retribuir, ya que el valor calculado del activo “edificio” consideraba la depreciación correspondiente, por lo que recomienda acoger este argumento. Adicionalmente, al no incluirse la depreciación acumulada en los valores de “maquinaria” y “mobiliario y otros”, considera este órgano asesor que el monto de inversión a retribuir debió incluir la misma de acuerdo con su antigüedad y vida útil, de lo contrario se estarían reconociendo esos activos como nuevos.

Ahora bien, este órgano asesor considera necesario referirse a lo resuelto por el Comité de Regulación en la resolución 698-RCR-2011, mediante la que acoge parcialmente el recurso de revocatoria, en cuanto a la valoración de la inversión, entre otros puntos. En ese acto, el Comité, apartándose del criterio técnico de DEN (oficio 684-DEN-2011) sobre el primer argumento del recurso, modificó el monto de la inversión a retribuir, tanto del terreno como de las edificaciones. En el caso de estas últimas, de los cálculos realizados, cuyos archivos electrónicos fueron procurados por esta Dirección para efectos de análisis de este recurso, se desprende que se reconoció esa inversión como si las edificaciones de las estaciones de servicio fueran totalmente nuevas, ignorando el ajuste por antigüedad que corresponde realizar cuando las mismas no cumplen esa condición, tal y como se desprende de la muestra de estaciones elegida. En la resolución 698-RCR-2011, se indicó que lo anterior se realizó porque en la determinación del valor de la estación de servicio en el informe 583-DEN-2011 (base de la resolución 628-RCR-2011) no se aplicaron ajustes por factores de calidad o antigüedad, pero sin mayor explicación.

Considera este órgano asesor que lo correcto era considerar un factor de antigüedad para determinar el valor de las edificaciones, lo que se hizo en la resolución 628-RCR-2011, pero excluyendo la línea de depreciación acumulada y actualizando los valores por medio de un índice de precios, dado que los valores utilizados en esa resolución correspondían al año 2009. Asimismo, para determinar los valores de los activos “maquinaria” y “mobiliario y otros” debió incluirse la depreciación acumulada de acuerdo con su antigüedad y vida útil.

2. Incorrecta valoración de rubros

2.1 Valoración subjetiva, discrecional de las edificaciones.

Considerando que: a) las áreas y montos utilizados en la valoración realizada corresponden al “Reglamento para la Regulación del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos” N° 30131-MINAE-S y al “Manual de Valores Base Unitarios por Tipología Constructiva” del Ministerio de Hacienda respectivamente, b) la tarifa está definida para toda la industria y c) la empresa recurrente en su solicitud, folio 51 del expediente, utilizó una muestra para determinar el valor del terreno de la estación reconocida, conjunto de datos que por definición, representan las características de la población; es criterio de este órgano asesor que los ajustes realizados a las áreas para valorar las edificaciones responden a la utilización de los datos y características de las estaciones de servicio (esquineras-medianeras) de la muestra, lo que es consistente con el cálculo del valor de los terrenos.

Así las cosas, no lleva razón el recurrente en este argumento.

2.2 Aplicación del índice de mano de obra y de la construcción para las edificaciones.

De la revisión del “Documento Metodológico Índices de la Construcción” y “Metodología del Índice de Precios al Consumidor”, del sitio web del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), este órgano asesor concluye que para actualizar los valores de las edificaciones en el estudio tarifario en cuestión, debió utilizarse el “índice de precios de insumos para la construcción de edificios”, en razón del conjunto de elementos que conformaban la canasta incluida en este índice y no el índice de precios al consumidor, ya que los grupos de bienes y servicios incluidos en éste no se relacionan con la construcción de obras civiles.

Por otra parte, se debe aclarar a la empresa recurrente, que el índice de precios de insumos para la construcción de edificios incorporaba la variación de precios de la de mano de obra, por lo que para actualizar el valor de las edificaciones es técnicamente incorrecto sumarle al cambio porcentual de este índice, la variación relativa del índice de precios de mano de obra para la construcción de edificios y vivienda.

Siendo así las cosas, lleva parcialmente razón el recurrente, únicamente en cuanto a la utilización del índice de precios de insumos para la construcción de edificios para actualizar el valor de las edificaciones, no así en lo referente al índice de mano de obra.

2.3 Error de cálculo en la depreciación de edificios.

El gasto por depreciación de edificio se determinó utilizando una vida útil de 50 años, cuando los elementos incluidos en el valor de éste tienen diferentes periodos de vida útil, tal como fuera determinado por el Ministerio de Hacienda en el “Manual de Valores Base Unitarios por Tipología Constructiva”. Por consiguiente, es criterio de este órgano asesor que se debe aplicar el monto de gasto por depreciación a cada elemento según su vida útil.

Por lo tanto se concluye que lleva razón el recurrente en su argumento.

2.4 Valoración de los tanques.

Tal como se indicó, el valor de las edificaciones, mismo que incluye los tanques, se obtuvo del “Manual de Valores Base Unitarios por Tipología Constructiva”, aprobado en enero de 2011 y publicado en La Gaceta N° 30 del 11 de febrero de 2011, por lo que las características constructivas de la estación de servicio presentes en éste, son aceptadas por esta Autoridad Reguladora para fines tarifarios. No debe perder de vista el recurrente, que la inclusión del valor de los tanques dentro del rubro de edificaciones en lugar de incluirlo como maquinaria no representa diferencia alguna en la determinación de la inversión a retribuir, ya que ambos forman parte de la base tarifaria. Asimismo, y manteniendo la consistencia en el uso de la información de las estaciones de servicio de la muestra, se indica que del oficio 583-DEN-2011, que sirve de base a la resolución 628-RCR-2011, se desprende que la capacidad promedio de los tanques de éstas es de 6500 galones y que por ese motivo se incluyó un tanque de 7000 galones para la determinación del valor de la estación.

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

2.5 Aplicación del criterio de la cotización del precio más bajo.

El recurrente solicita aplicar el promedio simple para determinar el valor de los servicios de vigilancia, dispensadores de combustible, compresor, cajas fuertes equipo de cómputo y tanques de combustible y no el del criterio del precio más bajo utilizado por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Si bien es cierto, el modelo no establece la forma de realizar dicho estudio, considera este órgano asesor, que lo correspondiente, era la realización de una encuesta, a fin de determinar el valor de la maquinaria y servicios de vigilancia.

Ahora bien, siendo que en la elaboración de la presente fijación tarifaria, se utilizó el precio más bajo de las cotizaciones presentadas por la empresa San Juan, no se considera que se le haya ocasionado un perjuicio al recurrente, al ser un precio disponible en el mercado.

Asimismo, no consta en autos que el recurrente justificara la razón por la cual debía prevalecer su posición frente a lo resuelto.

Por lo anterior se concluye que no lleva razón el recurrente en su argumento.

V) CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso interpuesto por la Estación de Servicio San Juan S.A. contra la resolución 628-RCR-2011, resulta admisible, puesto que fue presentado en tiempo y forma.*
- 2. El modelo para el cálculo de tarifas para las estaciones de servicio vigente al momento de resolver el estudio tarifario aquí recurrido, fue aprobado en el Acta N° 2652-91, artículo 4 del 6 de agosto de 1991, del Servicio Nacional de Electricidad. Este modelo, no indica detalladamente, la manera en que se llevan a cabo los cálculos y la forma de actualizar toda la información que lo comprende, es decir, no contempla el conjunto de métodos para calcular el margen de comercialización de las estaciones de servicio.*
- 3. El monto de depreciación acumulada visible a folio 1345, “Cuadro N° 23 Base tarifaria, rentabilidad y margen de distribución” del informe técnico 583-DEN-2011, corresponde únicamente al gasto por depreciación para un periodo de 12 meses. No se encuentra motivo o razón para considerar el gasto por depreciación en la determinación de inversión a retribuir, ya que el valor calculado del activo “edificio” consideraba la depreciación correspondiente.*
- 4. El monto de inversión a retribuir debió ajustarse para incluir la depreciación acumulada correspondiente a “maquinaria” y “mobiliario y otros” de acuerdo con su antigüedad y vida útil.*
- 5. Lo correspondiente, en cuanto a la valoración de las edificaciones de las estaciones de servicio, era considerar un factor de antigüedad, y actualizar los valores por medio de un índice de precios.*
- 6. Los ajustes realizados a las áreas para valorar las edificaciones responden a la utilización de los datos y características de las estaciones de servicio (esquinas-medianeras) de la muestra, lo que es consistente con el cálculo del valor de los terrenos.*
- 7. Para actualizar los valores de las edificaciones en el estudio tarifario en cuestión, debió utilizarse el índice de precios de insumos para la construcción de edificios, en razón del conjunto de elementos que conformaban la canasta incluida en este índice.*
- 8. Se debe aplicar el monto de gasto por depreciación a cada elemento de la edificación según su vida útil.*

9. *La inclusión del valor de los tanques dentro del rubro de edificaciones en lugar de incluirlo como maquinaria no representa diferencia alguna en la determinación de la inversión a retribuir, ya que ambos forman parte de la base tarifaria.*
10. *El criterio de tomar el valor más bajo de las cotizaciones presentadas en la solicitud tarifaria para determinar el costo de la maquinaria y de los servicios de vigilancia, no se considera que le haya ocasionado un perjuicio al recurrente, al ser un precio disponible en el mercado.*

(...)”

- II. Que en sesión extraordinaria 83-2012, celebrada el 8 de octubre de 2012, cuya acta fue ratificada el 25 de octubre de 2012; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 625-DGJR-2012, de cita, acordó entre otras cosas, 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 parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por Estación de Servicios San Juan S.A., en contra de la resolución 628-RCR-2011, en cuanto a los argumentos 1; 2.2; 2.3 del recurso. En los demás argumentos rechazar el recurso por el fondo; 2- En razón de lo anterior, revocar parcialmente la resolución 628-RCR-2011 del 2 de setiembre de 2011 y por su conexidad, la resolución 698-RCR-2011, del 2 de diciembre de 2011, que resolvió el recurso de revocatoria, y devolver el expediente administrativo al Comité de Regulación para que se proceda a fijar una tarifa, tomando en consideración los criterios establecidos en el presente dictamen, debiéndose incorporar dentro del análisis, las diferencias originadas entre el margen inicialmente determinado y el resultado de la corrección aquí indicada -en caso de que existan-, esto para el período en que estuvo vigente la resolución 698-RCR-2011; 3- Dar por agotada la vía administrativa; 4- Notificar a las partes, la resolución que ha de dictarse, en el medio o lugar señalado para ello; 5- Trasladar el expediente al Comité de Regulación para lo que corresponda.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

- I. Declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por Estación de Servicios San Juan S.A., en contra de la resolución 628-RCR-2011, en cuanto a los argumentos 1; 2.2; 2.3 del recurso. En los demás argumentos rechazar el recurso por el fondo.
- II. En razón de lo anterior, revocar parcialmente la resolución 628-RCR-2011 del 2 de setiembre del 2011 y por su conexidad la resolución 698-RCR-2011, del 2 de diciembre de 2011, que resolvió el recurso de revocatoria, y devolver el expediente administrativo al Comité de Regulación para que se proceda a fijar una tarifa, tomando en consideración los criterios establecidos en el Considerando I de la presente resolución, debiéndose incorporar dentro del análisis, las diferencias originadas entre el margen inicialmente determinado y el resultado de la corrección aquí indicada -en caso de que existan-, esto para el período en que estuvo vigente la resolución 698-RCR-2011.

- III. Dar por agotada la vía administrativa.
- IV. Notificar a las partes, la resolución que ha de dictarse, en el medio o lugar señalado para ello.
- V. Trasladar el expediente al Comité de Regulación para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

b) En cuanto a la recomendación adicional contenida en el oficio 625-DGJR-2012, del 4 de setiembre de 2012.

El señor **Dennis Meléndez Howell** explica que el criterio 625-DGJR-2012, del 04 de setiembre de 2012, contiene recomendaciones adicionales, dentro de las cuales los miembros de la Junta Directiva mostraron su anuencia en el entendido de modificar la recomendación 1 de la siguiente manera: *“Hacer un llamado de atención a la Dirección de Servicios de Transporte, Dirección de Servicios de Energía y Dirección de Servicios de Agua y Ambiente, así como al Comité de Regulación, por el incumplimiento con lo establecido en el acuerdo 001-0007-2011 de la sesión extraordinaria 007-2011 del 31 de enero de 2011, para que incorporen a los respectivos estudios tarifarios, las hojas de cálculo correspondientes, documentos y datos en que se basan los cálculos, tanto de forma impresa como digital”. Asimismo, modificar la recomendación 3 de manera que se lea: “Instruir a la Dirección General de Participación del Usuario, para que a la brevedad posible continúe con el procedimiento de audiencia pública de la “Metodología tarifaria ordinaria para fijar el margen de las estaciones de servicio que expenden combustibles derivados de los hidrocarburos, excluidas las estaciones de servicios para aeronaves”.*

Analizado el planteamiento, con base en las recomendaciones adicionales de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, contenidas en el oficio 625-DGJR-2012, del 04 de setiembre de 2012, así como en las observaciones respecto a la recomendación 1 y 3, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve por unanimidad y en firme:

ACUERDO 08-83-2012

1. Hacer un llamado de atención a la Dirección de Servicios de Transportes, Dirección de Servicios de Energía y Dirección de Servicios de Agua y Ambiente, así como al Comité de Regulación, por el incumplimiento con lo establecido en el acuerdo 001-0007-2011 de la sesión extraordinaria 007-2011 del 31 de enero de 2011, para que incorporen a los respectivos estudios tarifarios, las hojas de cálculo correspondientes, documentos y datos en que se basan los cálculos, tanto de forma impresa como digital.
2. Instruir a las direcciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Dirección de Servicios de Transportes, Dirección de Servicios de Energía y Dirección de Servicios de Agua y Ambiente) así como al Comité de Regulación, para que todas las valoraciones y determinaciones de costos que realicen en las fijaciones tarifarias sean debidamente documentadas en el expediente administrativo y fundamentadas en la resolución correspondiente.
3. Instruir a la Dirección General de Participación del Usuario, para que a la brevedad posible continúe con el procedimiento de audiencia pública de la “Metodología tarifaria ordinaria para fijar el margen de las estaciones de servicio que expenden combustibles derivados de los hidrocarburos, excluidas las estaciones de servicios para aeronaves”.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 10. Recurso de apelación e incidente de nulidad interpuesto por Aeris Holding Costa Rica S.A., en contra de la resolución 615-RCR-2011, del 25 de agosto de 2011. Expediente ET-039-2011.

Se entra a conocer el oficio 700-DGJR-2012, del 2 de octubre de 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación e incidente de nulidad, interpuesto por Aeris Holding Costa Rica S.A., en contra de la resolución 615-RCR-2011, del 25 de agosto de 2011. Expediente ET-039-2011.

La señora **Ingrid Araya Badilla** explica los principales extremos del citado criterio, los argumentos del recurrente y las recomendaciones del caso.

Analizado el criterio, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación la propuesta de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 700-DGJR-2012, del 2 de octubre de 2012, la Junta Directiva resuelve por unanimidad:

ACUERDO 09-83-2012

1. Rechazar por el fondo, el incidente de nulidad absoluta interpuesto por la empresa Aeris Holding Costa Rica S.A., contra la resolución 615-RCR-2011.
2. Declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por Aeris Holding Costa Rica S.A., en contra de la resolución 615-RCR-2011, únicamente en cuanto a que no procede utilizar un 0% como factor X.
3. En virtud de lo anterior, revocar parcialmente la resolución 615-RCR-2011, del 25 de agosto del 2011 y por conexidad la resolución 808-RCR-2012, del 30 de marzo 2012, que resolvió el recurso de revocatoria y devolver el expediente administrativo al Comité de Regulación, para que proceda, si corresponde a fijar una tarifa, tomando en consideración los puntos del a) al g) de la sección 2 del apartado IV, de este informe.
4. Instruir a la Dirección de Servicios de Transportes (DITRA) para que realice, en un plazo no mayor a tres meses, un estudio en el cual se determine si producto del reconocimiento de la carga financiera de los préstamos durante el período de gracia y considerando el plazo de amortización de las inversiones, el Cetac obtuvo ingresos adicionales que deban ser devueltos a los usuarios y de ser así, indique el mecanismo a utilizar para tal fin.
5. Adicionar al “Por Tanto” de la resolución 615-RCR-2011, lo siguiente

“VI. Instruir a la Dirección de Servicios de Transportes, para que en un plazo no mayor a seis meses a partir de la notificación de esta resolución, proceda a realizar un estudio técnico de oficio para determinar el factor de eficiencia (factor X), que correspondería aplicar en la definición de las tarifas del AUJS, por los próximos tres años bajo los términos establecidos en los artículos 27 y 28 del RSA.”
6. Dar por agotada la vía administrativa.

7. Notificar a las partes, en el medio o lugar señalado para ello.
8. Trasladar el expediente al Comité de Regulación para lo que corresponda.
9. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. El 22 de marzo del 2011, el Consejo Técnico de Aviación Civil, (Cetac), presentó ante esta Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, solicitud de modificación tarifaria de los servicios aeronáuticos en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, para el periodo 2011-2012, (Folios 01 a 784).
- II. El 29 de marzo del 2011, mediante la resolución 387-RCR-2011, el Comité de Regulación, resolvió rechazar ad portas la solicitud de fijación de tarifas para los servicios aeronáuticos que se brindan en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría (AIJS), (Folios 819 a 821).
- III. El 5 de abril de 2011, Cetac inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad en contra de la resolución 387-RCR-2011, (Folios 785 a 818).
- IV. El 6 de abril de 2011, Aeris Holding Costa Rica, S.A. (Aeris) inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad contra la resolución 387-RCR-2011, (Folios 822 a 833).
- V. El 17 de mayo de 2011, mediante la resolución 465-RCR-2011, el Comité de Regulación, resolvió acoger por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por el Cetac y en consecuencia retrotrajo el procedimiento hasta el momento procesal oportuno, (Folios 849 a 855).
- VI. No consta en autos que se hayan resuelto los recursos ni el incidente de nulidad presentados por Aeris en contra de la resolución 387-RCR-2011.
- VII. El 25 de agosto de 2011, mediante la resolución 615-RCR-2011, publicada en el diario oficial La Gaceta N° 178, el 16 de setiembre de 2011, el Comité de Regulación, resolvió fijar tarifas para los servicios aeronáuticos que se brindan en el AIJS, (Folios 1356 a 1396).
- VIII. El 21 de setiembre de 2011, Cetac y Aeris, inconformes con lo resuelto, interpusieron recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad contra la resolución 615-RCR-2011, (Folios 1397 a 1433 y 1434 a 1451 respectivamente).
- IX. El 30 de marzo de 2012, mediante la resolución 808-RCR-2012, el Comité de Regulación, resolvió rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por Aeris contra la resolución 615-RCR-2011. Asimismo se emplazó al recurrente y se elevó el asunto a conocimiento de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Dicha resolución fue notificada al recurrente el 4 de mayo de 2012, (Folios 1533 a 1557).

- X. El 30 de marzo del 2012, mediante la resolución 809-RCR-2012, el Comité de Regulación, resolvió rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por Cetac, contra la resolución 615-RCR-2011. Asimismo se emplazó al recurrente y se elevó el asunto a conocimiento de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Dicha resolución fue notificada al recurrente el 3 de mayo de 2012, (Folios 1498 a 1526).
- XI. El 8 de mayo de 2012, Cetac respondió al emplazamiento conferido. Si bien es cierto el escrito presentado se tituló “Recurso de Apelación en Subsidio contra la Resolución 809-RCR-2012”, se desprende de la lectura del documento, que la intención del recurrente fue responder al emplazamiento conferido y para efectos de mejor resolver, amplió y aclaró ante la Junta Directiva, los puntos 2 y 3 del recurso planteado contra la resolución 615-RCR-2011, (Folios 1527 a 1532).
- XII. El 9 de mayo de 2012, Aeris respondió al emplazamiento conferido, (Folios 1558 a 1563).
- XIII. El 5 de junio de 2012, la Dirección de Servicios de Transporte (DITRA), mediante oficio 493-DITRA-2012/95026, de conformidad con lo que establece el artículo 349 de la Ley General de Administración Pública, remitió para el conocimiento de la Junta Directiva de la ARESEP, el recurso de apelación e incidente de nulidad interpuestos por Aeris, contra la resolución 615-RCR-2011, (Folio 1571 a 1572).
- XIV. El 7 de junio de 2012, la Secretaría de Junta Directiva de ARESEP, mediante el memorando 244-SJD-2012, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación e incidente de nulidad interpuesto por Aeris, contra la resolución 615-RCR-2011, (Folio 1570).
- XV. No consta en autos que haya sido elevado al superior, el recurso de apelación interpuesto por el Cetac, cuya revocatoria fue analizada mediante resolución 809-RCR-2012, por el Comité de Regulación.
- XVI. El 2 de octubre de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 700-DGJR-2012, rindió el criterio sobre el recurso de apelación e incidente de nulidad interpuesto por Aeris Holding Costa Rica S.A., en contra de la resolución 615-RCR-2011.
- XVII. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 700-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 E INCIDENTE DE NULIDAD

El recurso interpuesto es el ordinario de apelación, al que es aplicable lo establecido en los artículos 343, 345 y 346 de la Ley General de Administración Pública.

Al incidente de nulidad presentado contra la resolución 615-RCR-2011, le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 169 a 175 de la LGAP.

b) TEMPORALIDAD DEL RECURSO E INCIDENTE DE NULIDAD

La resolución 615-RCR-2011 fue notificada a la empresa recurrente el día 31 de agosto del 2011 (folios 1382 y 1384) y la impugnación fue planteada el día 21 de setiembre del 2011. (Folios 1434 a 1451).

De conformidad con lo establecido en los artículos 346 de la LGAP, el plazo para impugnar la resolución 615-RCR-2011, era de tres días hábiles, contados a partir de la notificación del acto. Siendo así, el plazo para presentar los recursos ordinarios vencía el 5 de setiembre del 2011.

No obstante lo anterior, en la resolución recurrida se indicó expresamente que los recursos ordinarios deberían “(...) interponerse en el plazo de tres días hábiles contado (sic) a partir del día hábil siguiente al de la publicación en el Diario Oficial (...)”. Siendo que la resolución 615-RCR-2011 fue publicada en La Gaceta 178 del 16 de setiembre de 2011, el plazo conferido en dicho acto para impugnar vencía el 21 de setiembre de 2011.

De lo anterior se desprende, que lo indicado en el acto impugnado contradice lo dispuesto en los artículos 140, 141, 240.2, 241.1, 256.3, 343, 345 y 346.1 todos de la LGAP, debiéndose entender que el plazo para impugnar actos administrativos como la resolución 615-RCR-2011, corre a partir del día siguiente al momento en que se realizó la notificación a la parte, es decir, no a partir de la publicación de la resolución, como pareciera que por error se consignó en aquella.

No obstante lo anterior, considera esta asesoría que tomar como punto de partida, para efectos de determinar la admisibilidad temporal del recurso, la notificación efectuada a la parte y no la publicación de la resolución en La Gaceta, sería una grosería procesal, que conllevaría a rechazar la gestión por extemporánea y eventualmente imposibilitar el conocimiento de las inconformidades planteadas por la recurrente. En ese sentido, con el fin de salvaguardar los derechos de defensa y el principio del debido proceso del recurrente, se concluye que la impugnación resulta admisible desde el punto de vista temporal, dado que se presentó dentro de los tres siguientes a la publicación de la resolución 615-RCR-2011 en La Gaceta. (Al respecto, pueden verse las resoluciones de la Sala Constitucional, N° 4125-94 del 12/8/1994 y N° 2007-016597 del 16/11/2007)

En cuanto al incidente de nulidad absoluta planteado el día 21 de setiembre del 2011, tomando en consideración lo expuesto supra, respecto a la fecha de publicación de la resolución recurrida (16 de setiembre de 2011), y siendo que el artículo 175 de la LGAP otorga un plazo de un año para impugnarlos, se concluye que el mismo se presentó dentro del plazo legal.

c) LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que Aeris, 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 Administración Pública; ya que es parte en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

d) REPRESENTACIÓN

Los señores Rafael Mencía Ochoa y Eduardo Chamberlain Gallegos, actúan conjuntamente en su condición de apoderados de Aeris, con facultades de apoderados generalísimos limitados a la suma de cien mil dólares -según consta en la certificación visible a folio 1451 a 1452- por lo cual están facultados para actuar en nombre de la citada empresa.

(...)”

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

De previo a analizar los argumentos de inconformidad del recurrente, es conveniente aclarar que el RSA, fue reformado parcialmente mediante Decreto Ejecutivo N° 36747 del 24 de agosto del 2011, publicado en La Gaceta N° 177 del 14 de setiembre del 2011. Así las cosas siendo que el acto administrativo impugnado fue anterior a la fecha de publicación de la reforma citada, el mismo deberá analizarse a la luz de lo establecido en el RSA vigente al momento en que se dictó el acto administrativo.

1. Nulidad de la resolución recurrida por vicios en el procedimiento.

Concerniente a la nulidad absoluta de la resolución impugnada 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 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 Administración Pública, la misma cumple con todos los elementos para su validez. Lo anterior se verifica con la presencia en forma perfecta de los elementos que la constituyen, tanto formales como sustanciales. Estos elementos a que hacemos referencia, tanto la doctrina nacional como la misma Ley General de Administración Pública, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los 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 procedimiento es la secuencia o concatenación de actos, actuaciones, formalidades y operaciones de trámite, necesarias para la formación, exteriorización y eventual impugnación del acto administrativo o definitivo.

En virtud de lo anterior, se le indica al recurrente, que en la resolución 615-RCR-2011, las tarifas aeronáuticas fueron fijadas de conformidad con lo establecido en el RSA, asimismo la propuesta fue llevada a audiencia pública, para tal efecto se publicó en La Nación y La República el día 27 de junio del 2011 y en La Gaceta N° 127 el 1º de julio del 2011 (folios del 1217 al 1219), dicha audiencia fue realizada el 27 de julio del 2011, según acta N° 68-2011 (folios del 1277 al 1288), cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 7593.

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 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 que impugna, no es un acto administrativo absolutamente nulo, porque tiene todos los elementos (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP, 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).*

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.

2. Solicitud para aplicar un factor de eficiencia igual al 2% (factor X) y cálculo de la deuda virtual.

Se desprende del planteamiento hecho por el recurrente, que el tercer argumento formulado incide directamente en el segundo, por cuanto indica que el hecho de que la Autoridad Regulada haya reconocido en las tarifas la carga financiera durante los tres años de período de gracia de los préstamos, ha tenido como consecuencia que el Cetac establezca el factor X en un 2% por lo que resta del contrato, motivo por el cual ambos argumentos van a ser analizados en conjunto.

De la lectura del artículo 8 del RSA, se extrae que la regulación del sector aeroportuario persigue fomentar la eficiencia en la gestión de estos servicios y que para ello, se incorpora en el Capítulo V “Procedimiento ordinario por ajuste de fórmula de precios tope” del citado reglamento, un mecanismo llamado factor de eficiencia o factor X (específicamente en los artículos del 25 al 28 del RSA), que pretende trasladar esa eficiencia y calidad de los servicios a sus tarifas (artículo 24 del RSA).

El artículo 28 indicado, desarrolla las variables básicas que debe tomar en cuenta la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para ajustar dicho factor: incrementos en el tráfico, mejoras en la eficiencia, niveles de calidad del servicio, inversiones y tasa de retorno proyectadas. De los cuales, los indicadores financieros van a ser la fuente para determinar el factor X y los indicadores técnicos de calidad serán la fuente para ajustar dicho factor en concordancia con lo establecido en sus artículos 25 y 26 del RSA.

Este órgano asesor se dio a la tarea de identificar la forma en la que se ha venido tratando contractualmente este factor y su efecto en las tarifas. Encontrándose que en el apéndice H del CGI (originalmente en su apartado 2.4.2.), se indicó que la finalidad del factor X debería ser “maximizar los beneficios a los usuarios y lograr niveles de tarifas más competitivos”, y estableció los siguientes porcentajes como factor de eficiencia, los cuales han sido utilizados por la Autoridad Reguladora en las diferentes fijaciones tarifarias:

Año	1	2	3	4	5
Factor X	30%	10%	10%	25%	10%
Año Calendario	2002	2003	2004	2005	2006

Siguiendo esa línea, mediante resolución RRG-5554-2006 del 30 de marzo del 2006, se resolvió:

“(…)”

III. Indicar al CETAC que para efectos del trámite de ulteriores fijaciones tarifarias debe proceder a determinar los respectivos factores de eficiencia X, que deberán ser aplicados a partir del año 2007. (…)”

Así las cosas, en el expediente tarifario ET-127-2008, el Cetac incorporó, en los folios 168 a 235, el informe final de la firma Russel Bedford ABBQ Consultores, S.A. llamado “Determinación del Factor X”, mediante el cual se determinó que éste tendría un valor del 15,80% para el quinquenio 2007-2011, ajustable de conformidad con el resultado de la evaluación de calidad. Sobre este informe la resolución RRG-8969-2008 del 20 de octubre del 2008, señaló que “Los razonamientos y valoraciones del informe técnico presentado por el CETAC como respaldo del Factor X se consideraron razonables y pertinentes, por lo que fueron acogidos por la Autoridad Reguladora”. No obstante para el cálculo de la tarifa se utilizó un valor del 10%, que fue ajustado por el resultado de la encuesta de calidad.

El CGI fue modificado posteriormente por medio de dos adendas:

La adenda N°1, en su artículo IV, entre otras cosas señaló: “(...) 4.2.- A partir de la vigencia del presente Addendum se aplicará un Factor X fijo y anual del 2% (dos por ciento) sobre las tarifas por servicios aeronáuticos, hasta la completa amortización de una suma de US\$4.000.000 (cuatro millones de Dólares) para el reintegro de tarifas aeronáuticas cobradas en el pasado. Una vez amortizada la suma dicha, las tarifas por servicios aeronáuticos serán afectadas por un Factor X anual fijo del 0%.(...)” (Suscrita por las partes el 23 de abril del 2009)

La adenda N°2, en su modificación del apéndice H, en el punto 2.4.2. indicó: “(...) a partir de la vigencia del Addendum N1 y para todos los efectos del Contrato de Gestión Interesada, se establece que el Factor de Eficiencia fijo y anual será del 2% en el caso de las Tarifas Aeronáuticas ... (...)” (Suscrita por las partes el 10 de febrero del 2011)

Al respecto de esta variable, en la resolución 233-RCR-2010 del 10 de noviembre del 2010, se rechazó la solicitud del Cetac de aplicar un factor X del 2% por lo que resta del CGI y se utilizó en el cálculo de la tarifa un 0%.

En la resolución recurrida 615-RCR-2011, se indicó lo siguiente:

“(...) 5. El CETAC en la presente solicitud tarifaria, mantiene su posición de aplicar a las tarifas un factor de eficiencia igual a un 2%, aplicable por un período consecutivo de diez años, a partir del año 2010 hasta el año 2020.

Como se señaló en la resolución 233-RCR-2010 del 10 de noviembre de 2010, mediante la cual se fijaron las tarifas aeronáuticas vigentes para el AIJS, la propuesta del CETAC no es aceptable para la Autoridad Reguladora por las razones señaladas en la citada resolución (...)

7. Se debe agregar a lo señalado en el punto anterior, que el CETAC desvirtuó los criterios que deben utilizarse para definir el Factor de Eficiencia y que están contenidos en el Reglamento de Servicios Aeroportuarios (RSA), específicamente en el artículo N° 28. En este sentido mediante la resolución 267-RCR-2010 se le solicitó al CETAC, calcular dicho factor apegándose a las variables que señala el artículo 28 del RSA.

8. (...) se decide nuevamente aplicar en la determinación de las tarifas del AIJS un Factor de Eficiencia igual cero y proceder a realizar un estudio de oficio para calcular el factor X que correspondería aplicar en la definición de las tarifas del AIJS, para las próximas fijaciones tarifarias, bajo los términos establecidos en el RSA. (...)”

Del análisis del RSA, del CGI, de lo resuelto por esta Autoridad Reguladora y de lo que consta en autos se concluye que:

- a) De la lectura del artículo 27 del RSA, se desprende que la excepción a la disposición de los casos en que mediante concurso público debidamente adjudicado se haya definido un valor específico para el factor X, está referido únicamente al procedimiento anual ordinario por costos establecido en el Capítulo IV del mismo reglamento, procedimiento que no fue el aplicado en la resolución recurrida.*

- b) *Si bien es cierto que esta Autoridad ha solicitado al Cetac, la determinación del factor X en períodos quinquenales, plazo que fue definido en el cartel de licitación 01-98 y en el apéndice H del CGI, y que en el artículo 27 del RSA, dicho período se establece cada tres años, esta decisión no se considera que haya ocasionado perjuicios al interesado, así como tampoco que haya imposibilitado la ejecución del contrato, ni desnaturalizado el fin del factor X. Sin embargo dicha conducta deberá ajustarse en adelante, de conformidad con lo establecido en dicho reglamento.*
- c) *La solicitud de Cetac de pretender que se fije un factor X del 2% por lo que resta del período del contrato, resulta ser improcedente, por cuanto como se indicó el fin último de este factor es, como reza el apéndice H del CGI, “maximizar los beneficios a los usuarios y lograr niveles de tarifas más competitivos”. y esto se entiende por todo el plazo del contrato. Como se puede observar, si dicho factor se perpetúa en el tiempo en cualquier porcentaje, el mismo no lograría satisfacer su función, desnaturalizando así el fin perseguido por el ordenamiento jurídico.*
- d) *No consta en el contrato ni en la solicitud tarifaria, el estudio técnico que muestre el análisis de las variables indicadas en el artículo 28 del RSA que permita a esta Autoridad Reguladora verificar que el valor solicitado para el factor X (2%), cumple con la función señalada en el punto anterior.*
- e) *No se logra acreditar que el monto de \$4.000.000,00, que sirve de sustento para fijar ese 2%, incluya todas las eficiencias que podrían generarse en el plazo restante del CGI.*
- f) *Fijar el factor X, en un 2% fijo por diez años (del 2010 al 2020) se contrapone al período establecido en el artículo 27 del RSA que es de tres años, así como también al objetivo de compartir con el usuario las eficiencias futuras generadas por el mecanismo de precios tope.*
- g) *Es importante aclarar que el artículo 25 del RSA, establece que el objetivo y uso de las evaluaciones de calidad, es realizar el ajuste del factor X, por lo que debe ser utilizado con estos fines y no constituye un mero cumplimiento de requisitos ni su fin es sancionar al gestor, tal y como se indicó en la petición tarifaria.*

Por lo tanto, considera este órgano asesor que no lleva razón el recurrente al pretender que se establezca el factor X en un 2% fijo por lo que resta del CGI.

No obstante lo anterior, considera este órgano asesor que tampoco lleva razón el Comité de Regulación al utilizar un factor X del 0% en el cálculo de las tarifas, según se indicó en la resolución 615-RCR-2011, por las mismas razones esbozadas líneas arriba.

Así las cosas, teniéndose que mediante resolución RRG-8969-2008 del 20 de octubre del 2008 se consideró como “razonable y pertinente” el informe de la firma Russel Bedford ABBQ Consultores, S.A. llamado “Determinación del Factor X” y no constando en autos otro estudio que lo sustituya, se desprende que los resultados del mismo pudieron considerarse para emitir el acto recurrido, ya que en él se calculó el factor X para los años del 2007 al 2011.

Con respecto a los presuntos ingresos generados producto del reconocimiento de la carga financiera de los préstamos durante el período de gracia, considera este órgano asesor que se debe instruir a DITRA para que realice, en un plazo no mayor a tres meses, un estudio en el cual se determine si por el concepto antes citado y considerando el plazo de amortización de las inversiones, el Cetac obtuvo ingresos adicionales que deban ser devueltos a los usuarios y de ser así, recomiende el mecanismo a utilizar para tal fin.

En conclusión, lleva razón el recurrente al indicar que no procede utilizar un 0% como factor X, sin embargo tampoco resulta correcto utilizar el 2%, tal y como el mismo lo solicita.

3. Reservas para mantenimiento y desarrollo del AIJS y desarrollo de nuevos aeropuertos a las tarifas.

Sobre el argumento de incluir en las tarifas las reservas para mantenimiento y desarrollo del AIJS y desarrollo de nuevos aeropuertos, considera este órgano asesor que lo actuado es correcto, toda vez que el apéndice H del CGI, circunscribe el reconocimiento en tarifas aeronáuticas a las reservas contenidas en la cláusula 17.9 del contrato.

De tal forma que las reservas incluidas en el cálculo cuestionado por el recurrente fueron: el fondo de reserva de operación y mantenimiento (correspondiente a 1,5 meses de estos gastos) y el fondo de reserva de capital de trabajo (correspondiente a 2 meses de los gastos de operación y mantenimiento).

Siendo que las reservas acá analizadas no forman parte de la cláusula 17.9 del CGI, no deberían ser las tarifas su fuente de financiamiento.

Asimismo como se indicó en la resolución recurrida, es claro el “Contrato de Fideicomiso de Administración Aeropuerto Internacional Juan Santamaría”, suscrito entre el Cetac en calidad de fideicomitente y el Banco de Costa Rica como fiduciario, al citar que dichos fondos deben reservarse del total de ingresos que recibe el mismo. Igualmente en el análisis, se incluye un cuadro que muestra los excedentes obtenidos por el Cetac del 2006 hasta el 2010, demostrándose que puede dársele contenido económico a estas reservas sin incluirlas en las tarifas aeronáuticas. Además el recurrente no logra acreditar un desequilibrio económico para el Cetac, por lo que no se considera que exista violación alguna al artículo 31 de la Ley 7593. Adicionalmente, cabe indicar que los costos de mantenimiento del AIJS deberían estar incorporados en la reserva denominada “Fondo de Reserva de Operación y Mantenimiento”, los asociados al desarrollo del AIJS que tengan relación directa con las tarifas aeronáuticas deberían ser considerados dentro de la fórmula de cálculo en la variable $P(\text{capex})$ –costos de inversión en el desarrollo de infraestructura el campo aéreo asignado a cada tarifa –, por lo que no debería reservarse dineros para otro plan de inversión adicional. Además el reconocimiento en las tarifas de la reserva para el desarrollo de otros aeropuertos, debería estar sujeto a una evaluación integral de los servicios que presta el Cetac, que justifique su incorporación; mientras esto no suceda, considera este órgano asesor que la misma no debe ser cargada a las tarifas de los usuarios del AIJS.

En consecuencia, no lleva razón el recurrente.

4. Equiparación de la tarifa de puentes con la de autobuses de abordaje.

Sobre este punto se indica que el apéndice H del CGI vigente, en el apartado 2.4.4. “Centros de costos”, citó:

“(…) f) Base de Costos para fijar los derechos de Puentes de Abordaje:

El P(capex) comprenderá todos los costos imputables a las inversiones y reservas correspondientes a las instalaciones y equipamiento de los puentes de abordaje.

g) Base de Costos para fijar los derechos de buses del Campo Aéreo:

El P(capex) comprenderá todos los costos imputables a las inversiones y reservas correspondientes a los buses e instalaciones asociadas. (…)”

De lo anterior se desprende que cada servicio debe contener los costos asociados a su prestación, por lo que tarifariamente no procede unificar dichas tarifas; pero al fijarse para estos servicios tarifas tope, operativamente el gestor puede establecer las estrategias comerciales que considere convenientes para prestar el servicio en el marco de sus competencias. En consecuencia, no lleva razón el recurrente.

V. SOBRE LA ADICIÓN A LA RESOLUCIÓN 615-RCR-2011

El informe de la firma Russel Bedford ABBQ Consultores, S.A. llamado “Determinación del Factor X”, estableció los valores del factor X para el quinquenio 2007-2011 y como consecuencia en la actualidad no se cuenta con un estudio que determine este valor para futuras fijaciones tarifarias.

En virtud de lo anterior, la resolución 615-RCR-2011, en el punto 8 del “Considerando I”, indicó que la Autoridad Reguladora, realizaría un estudio de oficio para determinar el factor X, no obstante dicha disposición se omitió en su parte dispositiva, por lo que considera este órgano asesor que debe adicionarse el “Por Tanto” de la resolución recurrida en los siguientes términos:

“Instruir a la Dirección de Servicios de Transportes, para que en un plazo no mayor a seis meses a partir de la notificación de esta resolución, proceda a realizar un estudio técnico de oficio para determinar el factor de eficiencia (factor X), que correspondería aplicar en la definición de las tarifas del AIJS, por los próximos tres años bajo los términos establecidos en los artículos 27 y 28 del RSA.”

VI. CONCLUSIONES

Se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso resulta admisible, puesto que fue presentado en tiempo y forma.*
- 2. La resolución 615-RCR-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.*
- 3. Dado que mediante resolución RRG-8969-2008 del 20 de octubre del 2008 se consideró como “razonable y pertinente” el informe de la firma Russel Bedford ABBQ Consultores, S.A. llamado “Determinación del Factor X” y no constando en autos otro estudio que lo sustituya, se desprende que los resultados del mismo pudieron considerarse para emitir el acto recurrido, ya que en él se calculó el factor X para los años del 2007 al 2011.*

4. *En cuanto a los presuntos ingresos generados producto del reconocimiento de la carga financiera de los préstamos durante el período de gracia, se debe instruir a DITRA para que realice, un estudio en el cual se determine si por el concepto antes citado y considerando el plazo de amortización de las inversiones, el Cetac obtuvo ingresos adicionales que deban ser devueltos a los usuarios y de ser así, recomiende el mecanismo a utilizar para tal fin.*
 5. *Los costos de mantenimiento del AIJS deberían estar incorporados en la reserva denominada “Fondo de Reserva de Operación y Mantenimiento”, los asociados al desarrollo del AIJS que tengan relación directa con las tarifas aeronáuticas deberían estar considerados dentro de la fórmula de cálculo en la variable P(capex), por lo que no debería reservarse dineros para otro plan de inversión adicional.*
 6. *El reconocimiento en las tarifas de la reserva para el desarrollo de otros aeropuertos, debería estar sujeto a una evaluación integral de los servicios que presta el Cetac, que justifique su incorporación; mientras esto no suceda, no debe ser cargada a las tarifas de los usuarios del AIJS.*
 7. *Cada servicio debe contener los costos asociados a su prestación, por lo que tarifariamente no procede unificar las tarifas de puentes de abordaje con las de buses.*
 8. *Corresponde adicionar la resolución recurrida, respecto a la ejecución del estudio técnico para determinar el factor X.*
- (...)”

III. Que en sesión extraordinaria 83-2012, celebrada el 8 de octubre de 2012, cuya acta fue ratificada el 25 de octubre de 2012; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 700-DGJR-2012, de cita, acordó entre otras cosas, 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 incidente de nulidad absoluta interpuesto por la empresa Aeris Holding Costa Rica S.A., contra la resolución 615-RCR-2011; **2-** Declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por Aeris Holding Costa Rica S.A., en contra de la resolución 615-RCR-2011, únicamente en cuanto a que no procede utilizar un 0% como factor X; **3-** En virtud de lo anterior, revocar parcialmente la resolución 615-RCR-2011, del 25 de agosto de 2011 y por conexidad la resolución 808-RCR-2012, del 30 de marzo 2012, que resolvió el recurso de revocatoria y devolver el expediente administrativo al Comité de Regulación, para que proceda, si corresponde a fijar una tarifa, tomando en consideración los puntos del a) al g) de la sección 2 del apartado IV, de este informe; **4-** Instruir a DITRA para que realice, en un plazo no mayor a tres meses, un estudio en el cual se determine si producto del reconocimiento de la carga financiera de los préstamos durante el período de gracia y considerando el plazo de amortización de las inversiones, el Cetac obtuvo ingresos adicionales que deban ser devueltos a los usuarios y de ser así, indique el mecanismo a utilizar para tal fin; **5-** Adicionar al “Por Tanto” de la resolución 615-RCR-2011, lo siguiente: “VI. Instruir a la Dirección de Servicios de Transportes, para que en un plazo no mayor a seis meses a partir de la notificación de esta resolución, proceda a realizar un estudio técnico de oficio para determinar el factor de eficiencia (factor X), que correspondería aplicar en la definición de las tarifas del AIJS, por los próximos tres años bajo los términos establecidos en los artículos 27 y 28 del RSA.”; **6-** Dar por agotada la

vía administrativa; 7- Notificar a las partes, la resolución que ha de dictarse, en el medio o lugar señalado para ello; 8- Trasladar el expediente al Comité de Regulación para lo que corresponda, 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 incidente de nulidad absoluta interpuesto por la empresa Aeris Holding Costa Rica S.A., contra la resolución 615-RCR-2011.
- II. Declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por Aeris Holding Costa Rica S.A., en contra de la resolución 615-RCR-2011, únicamente en cuanto a que no procede utilizar un 0% como factor X.
- III. En virtud de lo anterior, revocar parcialmente la resolución 615-RCR-2011, del 25 de agosto de 2011 y por conexidad la resolución 808-RCR-2012, del 30 de marzo 2012, que resolvió el recurso de revocatoria y devolver el expediente administrativo al Comité de Regulación, para que proceda, si corresponde a fijar una tarifa, tomando en consideración los puntos del a) al g) de la sección 2 del apartado IV, de este informe.
- IV. Instruir a la Dirección de Servicios de Transportes para que realice, en un plazo no mayor a tres meses, un estudio en el cual se determine si producto del reconocimiento de la carga financiera de los préstamos durante el período de gracia y considerando el plazo de amortización de las inversiones, el Cetac obtuvo ingresos adicionales que deban ser devueltos a los usuarios y de ser así, indique el mecanismo a utilizar para tal fin.
- V. Adicionar al “Por Tanto” de la resolución 615-RCR-2011, lo siguiente:

“VI. Instruir a la Dirección de Servicios de Transportes, para que en un plazo no mayor a seis meses a partir de la notificación de esta resolución, proceda a realizar un estudio técnico de oficio para determinar el factor de eficiencia (factor X), que correspondería aplicar en la definición de las tarifas del AIJS, por los próximos tres años bajo los términos establecidos en los artículos 27 y 28 del RSA.”
- VI. Dar por agotada la vía administrativa.
- VII. Notificar a las partes, en el medio o lugar señalado para ello.
- VIII. Trasladar el expediente al Comité de Regulación para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE

A partir de este momento se retira del salón de sesiones, el señor Dennis Meléndez Howell, ya que se abstiene de conocer los siguientes recursos. Consecuentemente y de conformidad a lo establecido en el artículo 01-09-2012, del acta de la sesión 9-2012, celebrada el 14 de febrero del 2012, la señora Sylvia Saborío preside la sesión.

Asimismo, se retiran las funcionarias de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, Karla Montero Víquez e Ingrid Araya Badilla.

ARTÍCULO 11. Recursos de apelación y revisión, interpuestos por la empresa Servicentro Cóbano, contra la resolución 566-RCR-2011. Expediente AU-200-2009.

A partir de este momento ingresan al salón de sesiones, el señor Erick Chaves Gómez y la señora Selene Camacho Quesada, funcionarios de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria a participar en el análisis de los siguientes recursos.

Se entra a conocer el oficio 631-DGJR-2012, del 6 de setiembre de 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno a los recursos de apelación y revisión, interpuestos por la empresa Servicentro Cóbano, contra la resolución 566-RCR-2011. Expediente AU-200-2009.

El señor **Edwin Canessa Aguilar** explica los principales extremos del citado criterio, los argumentos del recurrente y las recomendaciones del caso.

Una vez analizado el tema, la señora **Sylvia Saborío Alvarado** somete a votación la propuesta de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 631-DGJR-2012, del 6 de setiembre de 2012, la Junta Directiva resuelve por unanimidad:

ACUERDO 10-83-2012

1. Rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto por la empresa Servicentro Cóbano S.A., contra la resolución 566-RCR-2011.
2. Rechazar de plano por improcedente, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la empresa Servicentro Cóbano S.A., contra la resolución 566-RCR-2011.
3. Anular parcialmente de oficio, la resolución 566-RCR-2011 del 22 de julio del 2011, únicamente en cuanto al reconocimiento del pago de costas, por improcedente, para que en su lugar se lea en el “Por Tanto II”, lo siguiente:

“II. Ordenar a la estación de servicio “Servicentro Cóbano, S.A.” la indemnización a Pipe Dream S.A. por la suma de \$44.500,00 dólares, al tipo de cambio de ₡589,76, vigente para el 25/7/2009, más los ₡95.000,00 por la reposición del combustible.”

En todos los demás extremos, la resolución se mantiene incólume.

4. Dar por agotada la vía administrativa.
5. Notificar a las partes, en el medio señalado para ello.
6. Devolver el expediente a la Dirección de Servicios de Energía (DEN) para lo que corresponda.
7. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. El 20 de agosto de 2009, la empresa Pipe Dream S.A., interpuso queja contra la empresa Servicentro Cóbano S.A., por vender diesel contaminado con gasolina el cual fue vertido al tanque de combustible de un buque de su propiedad, según indica, esto le causó daños irreparables al motor, (Folios 1 al 40).
- II. El 11 de febrero de 2010, se dictó el auto de apertura del procedimiento administrativo, convocando a las partes a la audiencia oral y privada, para el día 18 de marzo del 2010, (Folios 41 a 47).
- III. El 18 de marzo de 2010, se llevó a cabo la comparecencia oral y privada correspondiente al procedimiento administrativo del expediente AU-200-2009, (Folios 184 a 234).
- IV. El 22 de julio de 2011, mediante la resolución 566-RCR-2011, el Comité de Regulación, acordó por unanimidad y por acuerdo firme, entre otras cosas: 1) Declarar parcialmente con lugar la queja presentada por la empresa Pipe Dream S.A., contra la empresa Estación de Servicentro Cóbano S.A. y 2) Ordenar a la recurrente la indemnización a Pipe Dream S.A., por la suma de \$45.350,00, más ₡95.000,00 por la reposición del combustible, (Folios 285 a 300).
- V. El 3 de agosto de 2011, la empresa Servicentro Cóbano S.A., inconforme con lo resuelto, interpuso los recursos de revocatoria con apelación en subsidio y recurso de revisión en contra de la resolución 566-RCR-2011, del 22 de julio del 2011. (Folios 260 a 264 y 265 a 269 respectivamente).
- VI. El 12 de agosto de 2011, la Asociación de Consumidores de Costa Rica, interpuso acción de inconstitucionalidad 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.
- VII. El 30 de noviembre de 2011, la Sala Constitucional, mediante el voto N° 016591-2011 declaró parcialmente con lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Consumidores de Costa Rica, y resolvió entre otras cosas: "...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" (...). El artículo 40 del Decreto 29732-MP -Reglamento a la Ley 7593- señala que corresponde al Regulador General de la Autoridad Reguladora, emitir la resolución que se adopte en la tramitación de las quejas y de sus posibles recursos.
- VIII. El 18 de mayo del 2012, mediante la resolución RRG-147-2012, el Regulador General, resolvió rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto contra la resolución 566-RCR-2011, por la empresa Servicentro Cóbano S.A y emplazó a las partes ante el superior jerárquico. (Folios 302 a 309).

- IX. No consta en autos, que las partes respondieran al emplazamiento conferido.
- X. El 17 de julio de 2012, la Dirección de Servicios de Energía de la Autoridad Reguladora, mediante el oficio 807-DEN-2012, de conformidad con lo que establece el artículo 349 de la Ley General de Administración Pública, remitió para el conocimiento de la Junta Directiva, los recursos interpuestos por la empresa Servicentro Cóbano S.A., (Folio 316).
- XI. El 19 de julio de 2012, la Secretaría de Junta Directiva de ARESEP, mediante el memorando 331-SJD-2012, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación y recurso de revisión, interpuesto por la empresa Servicentro Cóbano S.A., (Folio 317).
- XII. El 6 de setiembre de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 631-DGJR-2012, rindió el criterio sobre los recursos de apelación y revisión, interpuestos por la empresa Servicentro Cóbano S.A., contra la resolución 566-RCR-2011.
- XIII. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 631-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

Los recursos presentados son:

- a) *Recurso de apelación interpuesto contra la resolución 566-RCR-2011, al cual se le aplican, las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de Ley General de Administración Pública.*
- b) *Recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la resolución 566-RCR-2011, al cual se le aplican, las disposiciones contenidas en los artículos 353 y 354 Ley General de Administración Pública. Dispone el artículo 353 de dicho cuerpo normativo, las únicas circunstancias por las cuales puede interponerse dicho recurso, contra actos finales firmes.*

De la impugnación planteada por el recurrente, no se desprende su fundamento ni que se haya configurado alguna de las causales establecidas en el artículo 353 de la Ley General de Administración Pública. En virtud de lo anterior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 292 inciso 2) de la Ley General de Administración Pública, el recurso de revisión interpuesto por Servicentro Cóbano, S.A., contra la resolución 566-RCR-2011, debe ser rechazado de plano por improcedente.

2. TEMPORALIDAD DEL RECURSO

En este apartado, se analizará la temporalidad los recursos interpuestos por Servicentro Cóbano, S.A.:

- a) En cuanto al recurso de apelación interpuesto contra la resolución 566-RCR-2011, la resolución recurrida fue notificada al recurrente el día 28 de julio de 2011, (Folios 298 y 299) y el recurso fue planteado el día 3 de agosto de 2011, (Folio 260 al 269). Del análisis realizado y de conformidad con el artículo 346 de la Ley General de Administración Pública, se deberá interponer dentro del término de tres días tratándose del acto final, contados a partir de la última comunicación del acto, en este caso el 3 de agosto de 2011, por lo cual, el recurso se presentó dentro del plazo legal establecido para ello.*
- b) En cuanto al recurso extraordinario de revisión, debe acudir al artículo 353 de la Ley General de Administración Pública, para encontrar el enunciado de las circunstancias por las cuales puede plantearse dicho recurso y, al artículo 354 de esa ley, para establecer cuál de los dos distintos plazos es el aplicable, ya que éstos operan según sea la circunstancia bajo la cual se realice el planteamiento de los recursos.*

Véase -de la norma 353 de la Ley General de Administración Pública, que los presupuestos jurídicos para que proceda el recurso extraordinario de revisión son: a) manifiesto error de hecho, b) cuando aparezcan documentos de valor esencial para resolver el asunto que hayan sido ignorados al dictarse el acto o que hubiere sido imposible aportarlos al expediente, c) cuando en el acto hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme y d) cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta declarada en sentencia judicial.

En el caso en estudio, no se deduce del escrito de interposición de la impugnación, cuál es el presupuesto del artículo 353 de la Ley General de Administración Pública, que se alega. Por tanto, para determinar el plazo aplicable a este asunto, debe acudir al principio de admisión, establecido en el artículo 224 de la Ley General de Administración Pública. En razón de lo anterior, considera esta Dirección General que corresponde aplicar el plazo más extenso permitido por la ley, es decir, el del inciso a) del artículo 354 de la Ley General de Administración Pública, que es dentro del año siguiente a la notificación del acto impugnado.

Como se indicó supra, la resolución recurrida se tiene por notificada al recurrente el día 3 de agosto del 2011- mismo día en que presentó la impugnación-; por tal motivo debe concluirse que el recurso extraordinario de revisión fue presentado dentro del plazo del inciso a) del artículo 354 de la Ley General de Administración Pública.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que la empresa Servicentro Cóbano S.A. 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 en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

4. REPRESENTACIÓN

La señora María Amelia Sánchez Pérez, actúa en su condición de apoderada generalísima sin límite de suma, -según consta en la certificación registral visible a folio 52- por lo cual está facultado para actuar en nombre y representación de la empresa recurrente.

(...)”

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

En cuanto a los argumentos de inconformidad del recurrente, este órgano asesor, procede a realizar las siguientes valoraciones y consideraciones:

1. En cuanto a las posibles inconstitucionalidades alegadas, en resumen indica el recurrente, que la declaratoria de responsabilidad civil es una función jurisdiccional reservada al Poder Judicial, por lo que solicita se envíe a la reclamante a esa vía, si es que quiere lograr un fallo declarativo de los aspectos discutidos en este recurso.

En lo relativo al señalamiento realizado por la empresa recurrente, se advierte que tal y como se indicó en la resolución recurrida, la Autoridad Reguladora en el ejercicio de la competencia conferida por el artículo 28 de la Ley 7593, está facultada para dictar disposiciones pertinentes para la corrección de anomalías y cuando corresponda, podrá ordenar resarcir los daños en sede administrativa y sus resoluciones serán vinculantes para las partes. Esta norma en la actualidad se encuentra vigente.

En cuanto a los perjuicios alegados por el recurrente, no se desprende de la resolución recurrida, que se le haya reconocido el pago por este rubro a la empresa Pipe Dream S.A.

De acuerdo con lo que se ha venido expresando, se siguió el procedimiento ordinario bajo las condiciones indicadas en la Ley General de Administración Pública, mediante el cual, la empresa recurrente, ejerció su defensa material –con patrocinio letrado- por lo que no se observan lesiones al derecho defensa como garantía integrante del debido proceso.

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

2. En resumen, alega el recurrente que la resolución recurrida carece de fundamento jurídico, la prueba ofrecida en audiencia no refleja el mérito probatorio, y no se analizó la relación de causalidad entre los hechos y la responsabilidad de la empresa recurrente.

Al respecto, conviene indicarle al recurrente, que en el procedimiento administrativo, se tuvo por acreditado lo siguiente:

I. El 25 de julio del 2009, en las instalaciones de la empresa Servicentro Cóbano S.A., mientras se realizaba la descarga del combustible, por un error humano, se cruzaron las mangueras y se produjo una contaminación de gasolina súper en los tanques de almacenamiento de diesel. La empresa recurrente en ningún momento negó que en su establecimiento ocurrió el hecho y más bien lo aceptó. (Folio 88).

- II.** *No consta en el expediente prueba idónea que demuestre la hora en que se produjo la contaminación del combustible.*
- III.** *Ese mismo día, el señor Marcos Alexander Castro Matamoros efectuó una compra equivalente a 3 pichingas de 17 galones cada una, que se traduce a un total de 193 litros de combustible diesel, en la estación de servicio denominada Servicentro Cóbano S.A. - La empresa recurrente, en ningún momento negó que en su establecimiento ocurrió el hecho y más bien lo aceptó-, a solicitud de la señora Neisy Hurtado Gorgona, apoderada de la empresa Pipe Dream S.A. Para respaldar lo acontecido se aportó una factura de Servicentro Cóbano S.A. a nombre de Tango Tours, S.A. (ver folios 01, 10, 186, 123 y 124, 193, 198, 204).*
- IV.** *El 1 de octubre del 2009, mediante declaración jurada visible a folio 26, la señora Neisy Hurtado Gorgora justificó la razón por la cual la factura estaba a nombre de Tango Tours S.A, y no a nombre de la empresa afectada. Dicha versión fue posteriormente respaldada con el testimonio del señor Castro Matamoros. (ver folio 123)*
- V.** *Si bien mediante el testimonio del señor José María Loría Rojas, representante de la empresa Tango Tour S.A. -nombre del cliente en la factura visible a folio 10-, la recurrente trató de demostrar que el combustible fue comprado y utilizado por éste, y no por el señor Castro Matamoros ni por la empresa Pipe Dream S.A., su declaración resulta ambigua y contradictoria, y no es congruente con el resto de la prueba que consta en autos, que si respalda la versión de la empresa dueña del buque –entre otras cosas, el señor Loría Rojas, no pudo explicar porque la Empresa Dream Pipe S.A., tenía en su poder la factura, ni aportó prueba documental ni testimonial que respaldara la versión de que fue su representada quien realizó la compra-. (Ver folios 01, 10, 123 y 124, 186,193, 198, 204).*
- VI.** *El 27 de julio del 2009, el diesel comprado por el señor Castro Matamoros se utilizó en el buque matrícula GPC 8467, propiedad de Pipe Dream S.A. Estando el buque en altamar el motor del barco explotó. (ver folios 204 y 221)*
- VII.** *Mediante informe realizado por Marina Medina S.A., empresa dedicada a prestar servicios mecánicos pesqueros, se determinó que los daños sufridos en el motor utilizado en el buque matrícula GPC 8467, fueron producto de haber ingresado combustible contaminado a la cámara de compresión del pistón, lo que paralizó en forma inmediata su funcionamiento, originando una “contraexplosión” que ocasionó el rompimiento del “block” y “biela”. Se concluyó que el motor no es reparable. (Folios 11 a 18 y 28 al 33)*
- VIII.** *No consta en autos, que la empresa recurrente haya cuestionado el informe realizado por la empresa Marina Medina S.A., sobre los daños ocasionados al motor del buque matrícula GPC 8467 (folios 28 al 33), ni las proformas de los costos de reparación estimados, presentados por la empresa Pipe Dream S.A. (Folios 34 a 38)*

Por lo expuesto, este órgano asesor no estima que el recurrente lleve razón en su argumento, al indicar que la resolución recurrida carece de fundamento jurídico para demostrar su responsabilidad; se pudo constatar, que el error cometido por la empresa recurrente en sus instalaciones, al haberle vendido el combustible contaminado al señor Castro Matamoros, que posteriormente fue vertido en el tanque de combustible del buque propiedad de la empresa Pipe Dream S.A., y como consecuencia de lo anterior, el motor de la nave sufrió daños irreparables. Para dictar la resolución recurrida, el órgano decisor valoró la prueba que consta en autos, demostrándose el nexo causal entre los hechos denunciados y la responsabilidad de la empresa recurrente, como en efecto se resolvió.

Nulidad parcial de la resolución recurrida

De conformidad con lo señalado en el artículo 102 inciso d) de la Ley General de Administración Pública, el cual establece que el superior jerárquico tendrá entre otras, la potestad de adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo; en concordancia con lo establecido en el artículo 53 inciso b) de la Ley N° 7593 y lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley General supra citada, y con el fin de evitar que los actos administrativos que se llegaron a dictar adolezcan de vicios, se procede a señalar lo siguiente:

Dicha Ley General, hace referencia a una serie de elementos que debe tener todo acto administrativo para considerarse válido. Estos 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).

El motivo legítimo lo constituye el conjunto de antecedentes fácticos y jurídicos que justifican la decisión tomada por la respectiva Administración y su falta provocaría la nulidad absoluta del acto.

En cuanto al contenido del acto, el cual debe ser lícito, posible, claro, preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, proporcionado al fin, y en caso de afectar derechos subjetivos de los particulares debe contar con un motivo legítimo y razonable.

Por otro lado, el artículo 223 de la misma Ley, dispone:

“(…) 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”.

De los autos se desprende que existen vicios en el motivo y en el contenido de la resolución 566-RCR-2011, por cuanto en la liquidación de daños, lo determinado mediante dicha resolución, debió haber sido únicamente por los daños ocasionados; lo anterior de conformidad a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 7593. Asimismo, el artículo 328 de la Ley 6227, señala expresamente, que en los procedimientos administrativos, no habrá lugar a la imposición de costas a favor o en contra de la Administración ni del interesado.

No obstante lo anterior, la resolución recurrida, resolvió en lo conducente:

“II. Ordenar a la estación de servicio “Servicentro Cóbano, S.A.” la indemnización a Pipe Dream S.A. por la suma de \$45.350,00 dólares, al tipo de cambio de ₡589,76, vigente para el 25/7/2009(...)” (Folio 297).

Con vista al folio 295 del expediente administrativo, se desprende que en el monto de \$45.350,00 correspondiente a los daños, se incluyó el monto de \$850,00 correspondiente al pago de servicios y honorarios profesionales (costas).

En este sentido, condenar al recurrente al pago de dicho rubro –\$850,00-, resulta ser evidentemente improcedente en virtud a lo establecido en los artículos 28 y 328, de las leyes supracitadas. Por lo anterior, lo correspondiente era ordenar a la empresa Servicentro Cóbano, S.A., la indemnización a Pipe Dream S.A., por la suma de \$ 44.500,00 dólares, al tipo de cambio de ₡ 589,76, vigente para el 25 de julio del 2009, más los ₡95.000,00, por la reposición del combustible.

Siendo que el motivo y el contenido del acto administrativo constituyen elementos esenciales del mismo, al tenor de lo indicado en los artículos 128 y siguientes de la LGAP, acarrean la nulidad parcial del acto administrativo que tiene el vicio, únicamente en cuanto al reconocimiento del pago de costas; en todos los demás extremos, la resolución debe mantenerse incólume.

V. CONCLUSIONES

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

1. El recurso de apelación presentado contra la resolución 566-RCR-2011, resulta admisible por la forma.
2. Desde el punto de vista formal, el recurso de revisión presentado, resulta improcedente, al no originarse en los supuestos del artículo 353 de la Ley General de Administración Pública.
3. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en el ejercicio de la competencia conferida por el artículo 28 de la Ley 7593, está facultada para dictar disposiciones pertinentes para la corrección de anomalías y cuando corresponda, ordenar resarcir los daños en sede administrativa y sus resoluciones serán vinculantes para las partes. Esta norma en la actualidad se encuentra vigente.
4. Se pudo constatar en autos, que el error cometido por la empresa recurrente en sus instalaciones, al haberle vendido el combustible contaminado al señor Castro Matamoros, que posteriormente fue vertido en el tanque de combustible del buque propiedad de la empresa Pipe Dream S.A., y como consecuencia de lo anterior, el motor de la nave sufrió daños irreparables. Para dictar la resolución recurrida, el órgano decisor valoró la prueba que consta en autos, demostrándose el nexo causal entre los hechos denunciados y la responsabilidad de la empresa recurrente, como en efecto se resolvió.

5. *Existen vicios en el motivo y contenido de la resolución 566-RCR-2011, por cuanto el reconocimiento del pago de costas resulta ser improcedente.*

(...)”

- II.** Que en sesión extraordinaria 83-2012, del 8 de octubre de 2012, cuya acta fue ratificada el 25 de octubre de 2012; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 631-DGJR-2012, de cita, acordó entre otras cosas, 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 la empresa Servicentro Cóbano S.A., contra la resolución 566-RCR-2011; 2- Rechazar de plano por improcedente, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la empresa Servicentro Cóbano S.A., contra de la resolución 566-RCR-2011; 3- Anular parcialmente de oficio, la resolución 566-RCR-2011 del 22 de julio del 2011, únicamente en cuanto al reconocimiento del pago de costas, por improcedente, para que en su lugar se lea en el “Por Tanto II”, lo siguiente: “II. Ordenar a la estación de servicio “Servicentro Cóbano, S.A.” la indemnización a Pipe Dream S.A. por la suma de \$44.500,00 dólares, al tipo de cambio de ₡589,76, vigente para el 25/7/2009, más los ₡95.000,00 por la reposición del combustible.” En todos los demás extremos, la resolución debe mantenerse incólume; 4- Dar por agotada la vía administrativa; 5- Notificar a las partes la resolución que ha de dictarse, en el medio señalado para ello o en el lugar que conozca la Autoridad Reguladora; 6- Devolver el expediente a la Dirección de Servicios de Energía (DEN) para lo que corresponda.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

- I.** Rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto por la empresa Servicentro Cóbano S.A., contra la resolución 566-RCR-2011.
- II.** Rechazar de plano por improcedente, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la empresa Servicentro Cóbano S.A., contra la resolución 566-RCR-2011.
- III.** Anular parcialmente de oficio, la resolución 566-RCR-2011, del 22 de julio del 2011, únicamente en cuanto al reconocimiento del pago de costas, por improcedente, para que en su lugar se lea en el “Por Tanto II”, lo siguiente:

“II. Ordenar a la estación de servicio “Servicentro Cóbano, S.A.” la indemnización a Pipe Dream S.A. por la suma de \$44.500,00 dólares, al tipo de cambio de ₡589,76, vigente para el 25/7/2009, más los ₡95.000,00 por la reposición del combustible.”

En todos los demás extremos, la resolución se mantiene incólume.

- IV.** Dar por agotada la vía administrativa.

V. Notificar a las partes, en el medio señalado para ello.

VI. Devolver el expediente a la Dirección de Servicios de Energía (DEN) para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE

ARTÍCULO 12. Recurso de apelación interpuesto por el señor Emilio Gerardo Guillén Ulloa, contra la resolución final RRG-312-2010, del 20 de abril de 2010. Expediente OT-096-2007.

Se entra a conocer el oficio 673-DGJR-2012, del 9 de setiembre de 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación, interpuesto por el señor Emilio Gerardo Guillén Ulloa, contra la resolución final RRG-312-2010, del 20 de abril de 2010. Expediente OT-096-2007.

El señor **Erick Chaves Gómez** explica los principales extremos del citado criterio, los argumentos del recurrente y las recomendaciones del caso.

Una vez analizado el tema, la señora **Sylvia Saborío Alvarado** somete a votación la propuesta de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 673-DGJR-2012, del 9 de setiembre de 2012, la Junta Directiva resuelve por unanimidad:

ACUERDO 11-83-2012

1. Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por Emilio Gerardo Guillen Ulloa, contra la resolución RRG-312-2010.
2. Intimar por segunda vez al señor Emilio Gerardo Guillen Ulloa, para que dentro del plazo de 10 días hábiles proceda a cancelar la suma de un millón cincuenta y tres mil colones exactos (¢1.053.000,00), este monto debe ser pagado en favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la oficina de Tesorería de la Autoridad Reguladora o bien por medio de depósito en la cuenta corriente 2169-1 del Banco Nacional de Costa Rica. De igual forma puede hacerse por transferencia interna en el Banco Nacional de Costa Rica a la cuenta 100-01000-002169-1 o bien por transferencia de otras entidades bancarias a la cuenta cliente 15100010010021692 del Banco Nacional de Costa Rica. Dicho plazo se contará a partir del día hábil inmediato siguiente a la comunicación de esta intimación.
3. Dar por agotada la vía administrativa.
4. Notificar a las partes, en el medio señalado para ello.
5. Devolver el expediente a la Dirección Administrativa Financiera para lo que corresponda.
6. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. El 14 de mayo de 2007, se dictó la apertura del procedimiento administrativo contra Emilio Guillén Ulloa. Posteriormente el 3 de abril de 2009 se dictó el acto final del procedimiento. Luego el 8 de julio de 2009 se declaró con lugar el recurso de revocatoria con apelación en

subsidio interpuesto por el señor Guillén Ulloa contra el acto final y se ordenó citar a una nueva comparecencia, (Folios 12 a 16, 37 a 42, 53 a 56).

- II. El 18 de setiembre de 2009, el Regulador General, mediante la resolución RRG-10114-2009, dispuso dar inicio a un procedimiento administrativo por la supuesta prestación no autorizada de servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad taxi, contra Emilio Guillén Ulloa, cédula de identidad 7-072-949, en su condición de conductor y propietario registral del vehículo involucrado, nombrando como órgano director del procedimiento a Dilma Araya Ordoñez, cédula de identidad 0-091-832 y Selene Camacho Quesada, cédula de identidad 4-0160-018. (Folios 58 al 62).
- III. El 18 de setiembre de 2009, el órgano director del procedimiento, mediante la resolución ROD-162-2009, intimó los cargos al investigado y se señaló a comparecencia oral y privada para el 16 de octubre de 2009, (Folios 63 al 71).
- IV. El 16 de octubre de 2009, el órgano director del procedimiento, celebró la comparecencia oral. (Folios 84 al 118).
- V. El 20 de abril de 2010, el Regulador General, mediante la resolución RRG-312-2010 resolvió entre otras cosas: “1. *Declarar al señor Emilio G. Guillén Ulloa, cédula de identidad 7-0072-0949 responsable de la prestación no autorizada de servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad de taxi...* 2. *Imponer al señor Emilio G. Guillén Ulloa, cédula de identidad 7-0072-0949 en su condición de conductor y de propietario registral del vehículo involucrado, una multa de ₡1.053.000.00 (un millón cincuenta y tres mil colones exactos)...*”. (Folios 130 al 142).
- VI. El 28 de abril de 2010, el señor Emilio Gerardo Guillén Ulloa, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RRG-312-2010. (Folios 127 al 129).
- VII. El 19 de abril de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 280-DGJR-2012, recomendó rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por el recurrente contra la resolución RRG-312-2010. (Folios 143 a 148).
- VIII. El 24 de abril de 2012, el Regulador General, mediante la resolución RRG-118-2012, rechazó por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto contra la resolución RRG-312-2010 y se emplazó al señor Emilio Gerardo Guillén Ulloa ante el superior. (Folios 149 a 155).
- IX. No consta en autos, que el recurrente haya respondido el emplazamiento conferido.
- X. El 24 de mayo de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 387-DGJR-2012, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley General de Administración Pública respecto al recurso apelación interpuesto contra la resolución RRG-312-2010, (Folios 157 y 158).
- XI. El 29 de mayo de 2012, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 238-SJD-2012, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación interpuesto por el señor Emilio Gerardo Guillén Ulloa contra la resolución RRG-312-2010, (Folio 159).

- XII.** El 19 de setiembre de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 673-DGJR-2012, rindió criterio sobre el recurso de apelación presentado por el señor Emilio Gerardo Guillén Ulloa, contra la resolución RRG-312-2010 del 20 de abril de 2010.
- XIII.** Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 673-DGJR-2012 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:
“(…)

II. ANÁLISIS DEL RECURSO 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 (L.G.A.P.) y sus reformas.*
- 2. Temporalidad del recurso:** *El acto administrativo impugnado por su naturaleza tiene como plazo para su impugnación 3 días, de conformidad con el artículo 346 de la L.G.A.P. En dicha resolución se indicó que el plazo para interponer la apelación era de 3 días a partir del día hábil inmediato siguiente a su notificación.*

La resolución RRG-312-2010 fue notificada al recurrente el viernes 23 de abril de 2010, conforme el artículo 256 párrafo 3 de la L.G.A.P., el plazo corre a partir del día siguiente de la notificación es decir el lunes 26 de abril de 2010 y el plazo de 3 días vencía el miércoles 28 de abril de 2010. El recurso de revocatoria con apelación en subsidio fue presentado el miércoles 28 de abril de 2010 de ese mismo año. Del análisis comparativo se tiene que el mismo fue presentado dentro del plazo legal.

- 3. Legitimación:** *El señor Emilio Gerardo Guillén Ulloa está legitimado para actuar de conformidad con lo establecido en los artículos 275, 282 y 342 de la L.G.A.P., ya que es parte en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.*

(…) ”

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO POR EL FONDO

En cuanto al primer argumento, en el que se indicó que el oficial Sergio Sandí Araya no firmó el parte, este órgano asesor debe indicar que del acta de la comparecencia (folios 84 a 118), se extrae de la declaración (ver folio 107) del señor Sandí Araya, que él no firmó la boleta, sin embargo, posteriormente le indicó el órgano director Dilma Araya: “OK, Don Sergio una vez que observamos a folio 4 que la firma suya no consta le vamos a solicitar que vea el folio 3 y el folio 4 que hace referencia a la información sumaria que contienen los elementos de la boleta de citación para ver si usted ratifica lo que dice ahí, a pesar de que no conste su firma...”, a lo que el señor Sandí Araya respondió: “Puedo ratificar en cuanto a la manifestación que acabo de emitir en este momento... ”.

En ese mismo sentido, indicó el señor José Eduardo Cubillo a folio 112: “*Sólo falta el compañero Sergio Sandí en la firma, Alejandro, Cipriano y yo firmamos el documento, pero Sergio Sandí, también estaba*”, es decir, los oficiales de tránsito: José Eduardo Cubillo, Alejandro Salas Araya, (folios 93, 94, 98) y Cipriano Víquez Zúñiga (folios 113, 114, 115,) ratificaron que el señor Sandí Araya sí estuvo presente el día que acontecieron los hechos, además dicha participación igualmente se logra extraer de la información sumaria de la delegación de tránsito de Heredia y de la boleta citación N° 2006-335114 (ver folio 02).

Así las cosas, la declaración de Sergio Sandí es congruente con la prueba que consta en autos, tanto documental como testimonial, es por ello que al haberse valorado toda la prueba en conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica y el artículo 298 inciso 2, las mismas merecen credibilidad.

Aunado a lo anterior, indicó el recurrente que no se puede tomar como prueba lo expresado por el señor Sandí Araya en cuanto a que él iba acompañado de dos adultos y varios niños. Al respecto se debe manifestar que tal situación se logra extraer de la boleta de citación N° 2006-335114 (ver folio 02), en la cual en su oportunidad se anotó que él le brindó un servicio de transporte remunerado de personas modalidad taxi sin estar autorizado a los señores Sergio Madrigal López con cédula 4-0197-0140 y a Andrea González Prado con cédula 2-570-665. En ese orden de ideas, de los testimonios de la comparecencia de los oficiales de tránsito son coincidentes en cuanto a este punto ver folios 94, 99, 102, 104, 108, 113, por lo que se tiene como cierto que él brindó dicho servicio a dos adultos y varios niños. Con fundamento en lo anterior, debe ser rechazado este argumento.

Respecto al segundo argumento, sobre la falta de acreditación de la remuneración, resulta válido indicar que tanto de la boleta de citación N° 2006-335114 como de las manifestaciones realizadas en la comparecencia por los señores Alejandro Salas Araya, Sergio Sandy Araya y José Eduardo Cubillo (ver folios 94, 99, 105, 110), se logra extraer que no se especificó un monto exacto pero que hubo un acuerdo en cuanto al precio, el cual era a convenir en el lugar de destino de los pasajeros. Por lo tanto dicho argumento debe ser rechazado.

Sobre el tercer argumento esbozado, relativo a la contradicción de la declaración de los oficiales en cuanto a la hora que sucedieron los hechos, se debe tener claro que de la prueba documental (ver folio 02) se extrae que los hechos sucedieron el día 16 de abril de 2007 a las 10:58 horas, sin embargo, en la declaración de los oficiales de tránsito ellos hacen referencia a diversas horas del acontecimiento de los hechos, pero siempre manejando un rango entre las 10:00 am a 12:00 md (ver folios 100, 107, 115), razón por la cual se tiene como probado que los hechos sucedieron aproximadamente a las 11:00 a.m.

En ese sentido cabe indicarle al recurrente que es irrelevante establecer una hora exacta del acontecimiento de los hechos, ya que resulta esperable que en razón del protocolo a seguir en estos operativos, según el cual: se detiene el vehículo, se solicitan los documentos de identificación del chofer del vehículo, se entrevista al mismo, se entrevista a los pasajeros, se confecciona la boleta, se detiene al chofer y se traslada el vehículo hasta la delegación de tránsito, se requiere de un tiempo para su ejecución y por ello los testigos pueden tener distintas apreciaciones de sobre la hora en que acontecieron los hechos, siempre dentro de un rango razonable como el indicado anteriormente. Así las cosas, el argumento debe ser rechazado.

En cuanto al cuarto argumento, el recurrente manifiesta que se hizo mención a dos adultos que no estuvieron presentes en la investigación. Al respecto cabe indicar que si bien no se logró traer al procedimiento a los señores Emilio Gerardo Madrigal López y Andrea González Prado para que brindaran testimonio sobre los hechos acontecidos, lo cierto es que dentro del expediente consta prueba documental y testimonial que al ser analizada conformidad con la sana crítica, permite establecer que ambos adultos viajaban con el investigado como pasajeros el día de los hechos. Por lo que este argumento debe ser rechazado.

Con fundamento en las circunstancias fácticas descritas en la comparecencia oral y privada y las pruebas documentales mencionadas de supra, se concluye que en el caso concreto concurren los presupuestos que tipifican dicha actuación del recurrente, los cuales son: 1- Prestación no autorizada, 2- de un servicio público de transporte, 3- remunerado, 4- de personas y 5- modalidad taxi.

Sobre el último argumento, en el cual indicó que la multa es excesiva, este órgano debe manifestar que respecto a la multa interpuesta al recurrente la cual se fundamenta en el numeral 38 de la Ley 7593, la Procuraduría mediante el dictamen C-156-2003 indicó: *“Es por lo anterior, que el daño causado a la colectividad es el punto de referencia que debe adoptar la ARESEP para cuantificar la multa que debe pagar el infractor. Ahora bien, en el eventual caso de que no existen elementos de juicio ciertos para su cuantificación, entonces deberá aplicar el último párrafo del numeral 38, debido a que, cuando no es posible estimar el daño, la multa será equivalente al monto de cinco a veinte salarios bases mínimos fijados en el presupuesto ordinario de la República, de acuerdo con la Ley n.º 7337 de 5 de mayo de 1993”...*

Lo anterior significa que como en el caso concreto no ha sido posible estimar el daño ocasionado por el señor Emilio Gerardo Guillén Ulloa, se le debe aplicar como multa el último párrafo del numeral 38 de la Ley 7593.

Por otra parte, la Sala Constitucional, mediante los votos 1485-2002 y 17303-2008, le permite a la ARESEP establecer dentro de una banda dada por ley la multa o sanción aplicable al caso concreto, además de escoger entre diversas sanciones y aplicarlas dependiendo de cada caso concreto, por lo que no se considera que la multa impuesta al recurrente haya sido excesiva, por cuanto se impuso la mínima posible, en consecuencia su argumento debe ser rechazado.

V. CONCLUSIONES:

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

- 1. El recurso de apelación interpuesto por Emilio Gerardo Guillen Ulloa, contra la resolución RRG-312-2010 fue presentado en tiempo y forma.*
- 2. Si bien, el oficial de tránsito Sergio Sandí Araya no firmó la información sumaria de la Delegación de Tránsito de Heredia, estuvo presente en el operativo del día 16 de abril de 2007, en la fecha y hora en que acontecieron los hechos.*

3. *De la boleta de citación N° 2006-335114 y del testimonio de los oficiales de tránsito se extrae que el recurrente brindó el servicio público no autorizado de transporte remunerado de personas, modalidad taxi a dos adultos y varios niños y que hubo acuerdo en cuanto a que por ese servicio se iba a cobrar un precio por parte del investigado.*
4. *Si bien no se logró traer al procedimiento a los señores Emilio Gerardo Madrigal López y Andrea González Prado para que brindaran testimonio sobre los hechos acontecidos, lo cierto es que dentro del expediente consta prueba documental y testimonial que al ser analizada conformidad con la sana crítica, permite establecer que ambos adultos sí viajaban con el investigado como pasajeros el día de los hechos.*
5. *De las circunstancias fácticas descritas en la comparecencia oral y privada y las pruebas documentales presentadas dentro del procedimiento, se concluye que en el caso concreto concurren los presupuestos que tipifican la actuación del recurrente, como prestación no autorizada del servicio público de transporte remunerado de personas modalidad taxi.*
6. *De conformidad con el artículo 38 de la Ley 7593, el dictamen C-156-2003, el voto 1485-2002 y el voto 17303-2008, ambos de la Sala Constitucional, no se considera que la multa impuesta al recurrente haya sido excesiva, por cuanto se impuso la mínima posible.*

(...)”

- II- Que en sesión extraordinaria 83-2012, del 8 de octubre de 2012, cuya acta fue ratificada el 25 de octubre de 2012; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 673-DGJR-2012, de cita, acordó entre otras cosas, 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 Emilio Gerardo Guillen Ulloa contra la resolución RRG-312-2010. **2.-** Intimar por segunda vez al señor Emilio Gerardo Guillen Ulloa, para que dentro del plazo de 10 días hábiles proceda a cancelar la suma la suma de un millón cincuenta y tres mil colones exactos (¢1.053.000,00), este monto debe ser pagado en favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la oficina de Tesorería de la Autoridad Reguladora o bien por medio de depósito en la cuenta corriente 2169-1 del Banco Nacional de Costa Rica. De igual forma puede hacerse por transferencia interna en el Banco Nacional de Costa Rica a la cuenta 100-01000-002169-1 o bien por transferencia de otras entidades bancarias a la cuenta cliente 15100010010021692 del Banco Nacional de Costa Rica. Dicho plazo se contará a partir del día hábil inmediato siguiente a la comunicación de esta intimación. **3.-** Agotar la vía administrativa. **4.-** Devolver el expediente a la Dirección Administrativa Financiera para lo que corresponda.

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

RESUELVE:

- I.** Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por Emilio Gerardo Guillen Ulloa contra la resolución RRG-312-2010.
- II.** Intimar por segunda vez al señor Emilio Gerardo Guillen Ulloa, para que dentro del plazo de 10 días hábiles proceda a cancelar la suma de un millón cincuenta y tres mil colones exactos (¢1.053.000,00), este monto debe ser pagado en favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la oficina de Tesorería de la Autoridad Reguladora o bien por medio de depósito en la cuenta corriente 2169-1 del Banco Nacional de Costa Rica. De igual forma puede hacerse por transferencia interna en el Banco Nacional de Costa Rica a la cuenta 100-01000-002169-1 o bien por transferencia de otras entidades bancarias a la cuenta cliente 15100010010021692 del Banco Nacional de Costa Rica. Dicho plazo se contará a partir del día hábil inmediato siguiente a la comunicación de esta intimación.
- III.** Dar por agotada la vía administrativa.
- IV.** Trasladar el expediente a la Dirección Administrativa Financiera, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 13. Recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la resolución RRG-122-2011, del 5 de setiembre de 2011. Expediente OT-090-2011.

Se entra a conocer el oficio 692-DGJR-2012, del 27 de setiembre de 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RRG-122-2011, del 5 de setiembre de 2011. Expediente OT-090-2011.

La señora **Selene Camacho Quesada** explica los principales extremos del citado criterio, los argumentos del recurrente y las recomendaciones del caso.

Analizado el tema, la señora **Sylvia Saborío Alvarado** somete a votación la propuesta de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 692-DGJR-2012, del 27 de setiembre de 2012. La Junta Directiva resuelve por unanimidad:

ACUERDO 12-83-2012

1. Rechazar de plano por improcedente y por falta de representación el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RRG-122-2011.
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Devolver el expediente al órgano director para que continúe el procedimiento.

4. Díctese la siguiente resolución.

RESULTANDO:

- I. Que el 5 de setiembre de 2011, por resolución RRG-122-2011, se inició procedimiento administrativo contra el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), en procura de ejecutar lo dispuesto en el inciso sexto de la parte dispositiva de la resolución RRG-8567-2008 y fijar el monto que debe devolver el ICE a Radio Mensajes S.A., a título de daños producidos entre el 1 de febrero al 30 de setiembre, ambas fechas de 2009, así como de ser procedente, la multa correspondiente a dicha estimación. Al efecto, se nombró órgano director y se previno el señalamiento de medio para atender notificaciones. Dicha resolución fue notificada al investigado el 7 de setiembre de 2011 (Folios 78 al 83).
- II. Que el 12 de setiembre de 2011 la licenciada Mayela Quesada Ramírez interpuso vía fax lo que se podría interpretar como un recurso de revocatoria con apelación en subsidio, incidente de nulidad y excepción de incompetencia, contra la resolución RRG-122-2011, presentando escrito original el día siguiente (Folios 84 al 95).
- III. Que el 25 de abril de 2012, mediante resolución RRG-119-2012, se rechazó por improcedente el recurso de revocatoria interpuesto contra la resolución RRG-122-2011, elevando el recurso de apelación ante la Junta Directiva y emplazando al investigado ante ésta. Dicha resolución se notificó al investigado el 26 de abril de 2012 en el medio señalado (Folios 100 al 107).
- IV. Que el 16 de mayo de 2012, mediante oficio 364-DGJR-2012, se emitió informe a la Junta Directiva de conformidad con el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública (Folios 108 al 109).
- V. Que el 17 de mayo de 2012, mediante oficio 225-SJD-2012, la Secretaría de Junta Directiva solicitó criterio a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria a fin de resolver el recurso interpuesto en apelación contra la resolución RRG-122-2011 (Folio 110).
- VI. Que mediante informe 692-DGJR-2012 del 27 de setiembre 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 del oficio 692-DGJR-2012 que sirve de sustento para la presente resolución 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). Asimismo, la recurrente interpuso incidente de nulidad, que se rige por los artículos 158 al 179 de la ley de cita (folios 84 al 95).

Para el caso concreto, la resolución recurrida dispuso expresamente que el expediente se tramitaría como un procedimiento sumario de conformidad con los artículos 320 al 326 y 344 de la Ley 6227 (folios 78 al 83).

En materia de procedimientos sumarios, el artículo 344 de la Ley 6227 refiere la materia recursiva en su numeral 1 al establecer que no cabrán recursos dentro del procedimiento sumario, excepto cuando se trate del rechazo ad portas de la petición, de la denegación de la audiencia para concluir el procedimiento y del acto final.

A efecto de resolver el recurso interpuesto, se procede a determinar si la naturaleza del acto recurrido corresponde a las excepciones indicadas en el artículo de cita, concluyéndose que la misma en su parte dispositiva se concreta a dar inicio al procedimiento, a nombrar órgano director y a prevenir a la investigada el señalamiento de medio para atender notificaciones.

Así, el acto recurrido no corresponde a ninguna de las excepciones previstas en la ley para la interposición de recursos, lo anterior por ser un acto preparatorio. En razón de lo expuesto, la impugnación debe ser rechazada de plano por improcedente.

2. **Legitimación:** Respecto a la legitimación cabe indicar que el ICE cuenta con legitimación para actuar en el presente proceso 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.
3. **Representación:** La licenciada Mayela Quesada Ramírez, cédula de identidad 4-0131-0150, sustenta su representación en un poder especial administrativo otorgado por la señora Julieta Bejarano Hernández en su condición de apoderada generalísima sin límite de suma del ICE (folio 88).

En respaldo de las facultades que ostenta la señora Bejarano Hernández para otorgar dicho poder, aportó certificación de personería jurídica (folio 89), la cual, lejos de sustentar las facultades referidas, las desvirtúa al indicar que lo que se ostenta es la facultad de apoderada general judicial sin límite de suma (artículo 1289 del Código Civil) y no las facultades indicadas en el poder especial administrativo aportado.

Analizados los elementos formales, se concluye que el recurso interpuesto por la señora Mayela Quesada Ramírez no cumple con los requerimientos para ser admitido por la forma.

A pesar de lo indicado, se procede de oficio y en virtud del principio del debido proceso, a conocer los argumentos interpuestos a fin de determinar la posible existencia de algún vicio que conlleve la nulidad de lo actuado.

III. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN:

En la impugnación se expresaron los alegatos del recurrente, los cuales han sido estudiados en su totalidad y se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1) En virtud de la promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642) y la Ley para el fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector de telecomunicaciones (Ley 8660), la Autoridad Reguladora no cuenta con competencias para regular, vigilar y controlar el ámbito de las telecomunicaciones, por ser competencias trasladadas a la Superintendencia de

Telecomunicaciones (SUTEL); 2) Que el transitorio I de la Ley 8642 aplica para los procedimientos que estuvieran en trámite a la entrada en vigencia de la ley y no para procedimientos nuevos como el presente y 3) Que la resolución RRG-122-2011 se encuentra viciada de nulidad al ser dictada por un sujeto que no se encuentra facultado para ello. Solicitó la nulidad de la resolución RRG-122-2011, la incompetencia de la Autoridad Reguladora y comunicar al órgano director el incidente de nulidad para que se abstenga de instruir el procedimiento. (Folios 84 al 95)

La recurrente no se refirió en el emplazamiento conferido.

IV. ANÁLISIS JURÍDICO POR EL FONDO:

- 1. La Ley 6227 establece específicamente que en el procedimiento sumario no habrá debates ni defensas de las partes, siendo la Administración la encargada de comprobar exhaustivamente de oficio la verdad real de los hechos y elementos de juicio del caso (artículo 321).*
- 2. A efectos de la Autoridad Reguladora, corresponde al Regulador General, como órgano decisor, realizar en resolución final el análisis de fondo de los hechos investigados a la luz del derecho aplicable.*
- 3. En el caso concreto, el procedimiento se encuentra en una etapa inicial, por lo que será en el momento procesal oportuno que el órgano decisor se pronuncie sobre su competencia.*

V. CONCLUSIONES:

1. El procedimiento OT-090-2011 corresponde a un procedimiento sumario (artículos 320 al 326 y 344 de la Ley 6227).
2. El recurso es improcedente dada la naturaleza sumaria del procedimiento.
3. La licenciada Mayela Quesada Ramírez no demostró su representación para actuar en nombre del ICE.
4. El artículo 321 de la Ley 6227 establece que en el procedimiento sumario no habrá debate ni defensas previas, debiendo la Administración comprobar de oficio la verdad real.
5. La competencia de la Autoridad Reguladora corresponde resolverla en resolución final al Regulador General como órgano decisor.

(...)”.

- II.** Que el 8 de octubre de 2012, en la sesión ordinaria 83-2012 cuya acta fue ratificada el 25 de octubre de 2012, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora sobre la base del oficio 692-DGJR-2012, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.
- III.** 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 rechazar de plano por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-122-2011, 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. Rechazar de plano por improcedente y por falta de representación el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RRG-122-2011.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Devolver el expediente al órgano director para que continúe el procedimiento.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 14. Recurso de apelación en subsidio interpuesto por la empresa Ruta Ochenta y Tres A B S.A. contra la resolución 101-RCR-2010 del 28 de julio de 2010. Expediente OT-49-2010.

Se entra a conocer el oficio 693-DGJR-2012, del 28 de setiembre de 2012, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación en subsidio, interpuesto por la empresa Ruta Ochenta y Tres A B S.A. contra la resolución 101-RCR-2010, del 28 de julio de 2010. Expediente OT-49-2010.

La señora **Selene Camacho Quesada** explica los principales extremos del citado criterio, los argumentos del recurrente y las recomendaciones del caso.

Analizado el tema, la señora **Sylvia Saborío Alvarado** somete a votación la propuesta de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 693-DGJR-2012, del 28 de setiembre de 2012, la Junta Directiva resuelve por unanimidad:

ACUERDO 13-83-2012

1. Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto por la empresa Ruta Ochenta y Tres A B S.A., contra la resolución 101-RCR-2010, reservando los argumentos de fondo y la excepción de falta de derecho, para ser conocidos y resueltos en resolución final.
2. Declarar sin lugar por el fondo la nulidad interpuesta por la empresa Ruta Ochenta y Tres A B S.A., contra la resolución 101-RCR-2010.
3. Dar por agotada la vía administrativa.
4. Devolver el expediente al órgano director para que continúe el procedimiento.
5. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 28 de julio de 2010, por resolución 101-RCR-2010, se inició procedimiento administrativo contra la empresa Ruta Ochenta y Tres A.B. S.A. como concesionaria del servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús en la ruta 83 y se nombró órgano director del procedimiento administrativo. Dicha resolución fue comunicada a la investigada el 23 de febrero de 2011, junto con la resolución ROD-21-2011, que resolvió notificarlas simultáneamente, en un medio no señalado en este expediente (Folios 13 al 18 y 44 al 55).
- II. Que el 24 de febrero de 2011 el señor Ronald Alexander Cartagena Arizaga interpuso, a nombre de la investigada, recursos de revocatoria y apelación en subsidio, nulidad y excepción de falta de derecho contra resolución 101-RCR-2010 y recursos de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad contra la resolución ROD-21-2011, (Folios 38 al 43).
- III. Que el 20 de abril de 2012, mediante resolución RRG-115-2012, se rechazaron por la forma el recurso de revocatoria y el incidente de nulidad, se elevó el recurso de apelación ante la Junta Directiva y se dio audiencia al recurrente ante el superior. Dicha resolución se notificó a la investigada el 23 de abril de 2012 en el medio señalado, (Folios 71 al 76).
- IV. Que el 20 de abril de 2012, por resolución RRG-117-2012, se sustituyó y modificó la condición del órgano director. Dicha resolución se notificó a la investigada el 23 de abril de 2012 por el medio señalado, (Folios 77 al 80).
- V. Que el 26 de abril de 2012, el señor Ronald Alexander Cartagena Arizaga se refirió, en nombre de la investigada, al emplazamiento otorgado ante la Junta Directiva en la resolución RRG-115-2012, (Folios 61 al 70).
- VI. Que el 28 de junio de 2012, por resolución ROD-87-2012, se formularon e intimaron cargos a la investigada y se señaló a comparecencia, fecha que fue reprogramada por resolución ROD-96-2012, del 26 de julio de 2012. Dichas resoluciones se notificaron a la investigada el 2 y 26 de julio de 2012 respectivamente, por el medio señalado, (Folios 81 al 89 y 92 al 96).
- VII. Que el 26 de julio de 2012, mediante oficio 529-DGJR-2012, se emitió informe a la Junta Directiva de conformidad con el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública, respecto al recurso de apelación interpuesto contra la resolución 101-RCR-2010, (Folios 90 al 91).
- VIII. Que el 27 de julio de 2012, mediante resolución ROD-097-2012, se rechazó de plano por improcedente el recurso de revocatoria interpuesto contra la resolución ROD-21-2011, resolviendo adicionalmente su inadmisibilidad por falta de representación y elevando el recurso de apelación ante el Regulador General. Dicha resolución se notificó a la investigada el 30 de julio de 2012 por el medio señalado, (Folios 97 al 101).
- IX. Que el 30 de julio de 2012, mediante oficio 344-SJD-2012, la Secretaría de Junta Directiva solicitó criterio a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a efecto de resolver el recurso interpuesto en apelación contra la resolución 101-RCR-2010 (Folio 102).
- X. Que el 3 de agosto de 2012 se celebró comparecencia oral y privada, contando con la presencia de representante de la parte investigada, (Folios 103 al 105).

- XI.** Que el 27 de agosto de 2012, mediante oficio OD-116-2012, se emitió informe al Regulador General de conformidad con el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública, respecto al recurso de apelación interpuesto contra la resolución ROD-21-2011, (Folios 106 al 107).
- XII.** Que mediante informe 693-DGJR-2012 del 28 de setiembre de 2012, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió criterio jurídico sobre el recurso de apelación interpuesto contra la resolución 101-RCR-2010, el cual corre agregado a los autos.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 693-DGJR-2012 que sirve de sustento para la presente resolución 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). Asimismo, la recurrente interpuso gestión de nulidad, que se rige por los artículos 158 al 179 de la ley de cita. (Folios 38 al 43)*
2. **Temporalidad del recurso:** *La resolución que se impugnó cuenta con un plazo para la interposición de recursos de 24 horas (artículo 346 de la Ley 6227), plazo que rige a partir del día siguiente de la última comunicación del acto impugnado (artículo 256 inciso 3 de la Ley 6227).*
 - a. *En razón de lo anterior y de conformidad con lo establecido en el artículo 247 de la Ley 6227, la resolución 101-RCR-2012 se tiene por notificada el 24 de febrero de 2011, momento en el cual se presentó el recurso que se conoce en este momento. Siendo así, el recurso se presentó en tiempo. (Folios 13 al 18, 38 al 55)*
3. **Legitimación:** *Respecto a la legitimación activa cabe indicar que la empresa Ruta Ochenta y Tres A.B. 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.*
4. **Representación:** *El señor Ronald Cartagena Arizaga, cédula de identidad 1-0973-0198, es apoderado generalísimo sin límite de suma de la investigada al tenor del artículo 1253 del Código Civil, lo anterior de conformidad con la certificación de poder generalísimo aportada el 26 de abril de 2012 junto con el escrito que contesta audiencia ante el superior jerárquico (folios 68 al 70), con el cual subsanó su omisión al interponer el recurso (artículo 260.2 de la Ley 6227), por lo cual está facultado para actuar en nombre de esa empresa.*

Analizados los elementos formales, se concluye que el recurso interpuesto por el señor Ronald Cartagena Arizaga 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 del recurrente, los cuales han sido estudiados en su totalidad y se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1) Que la investigada pagó la planilla que motiva el procedimiento antes de que iniciara el procedimiento; 2.) Que es diferente no asegurar a los trabajadores a encontrarse en mora en el pago de las obligaciones obrero patronales ante la CCSS, estando facultada la Autoridad Reguladora a sancionar únicamente el primero de los supuestos; 3.) La Ley prevé una prevención para subsanar; 4.) No hay sanción si se cumple la prevención de pago; 5.) Falta de indicación en la resolución de la planilla sobre la cual se acusa la morosidad. Solicita se anule la resolución 101-RCR-2010. (Folios 38 al 43)

En el emplazamiento otorgado la recurrente reiteró los argumentos iniciales. (Folios 61 al 70)

IV. ANÁLISIS JURÍDICO POR EL FONDO:***Sobre la excepción de falta de derecho.***

- 1. El recurrente alega falta de derecho de la Administración para sancionar una presunta morosidad en el pago de las obligaciones obrero-patronales a la CCSS.*
- 2. 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 el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA).*
- 3. 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).*
- 4. Con respeto a la excepción de falta de derecho, la Sala Primera de la Corte ha indicado que 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).*
- 5. De la normativa referida, se desprende que existen momentos y formas para interponer y resolver las excepciones. En el presente caso, la excepción que se interpone es de fondo, por lo cual, corresponde a uno de los presupuestos materiales que deben ser analizados por el órgano decisor en la resolución final, incluso de oficio. Por lo expuesto, lo procedente en esta instancia es reservar su conocimiento para el dictado de la resolución final.*

Sobre los argumentos del recurso interpuesto.

- 1. El recurrente en sus argumentos 1 al 5 señala entre otras cosas que no hay sanción si se paga dentro del plazo que se prevenga para hacerlo y que al inicio de este procedimiento administrativo ya había pagado lo adeudado a la CCSS.*
- 2. Considera esta Asesoría que los argumentos se refieren al fondo de la investigación y por ello deben ser reservados para su conocimiento en resolución final por parte del órgano decisor. (Folios 36 al 50 y 129 al 138)*

3. *Por su parte, valorado si la resolución recurrida contaba con sustento para su dictado, se concluye que existía, al amparo del artículo 38 inciso f) de la Ley 7593 suficientes elementos de mérito para el inicio al procedimiento administrativo.*

Sobre los argumentos de la nulidad interpuesta.

1. *El recurrente alega su inconformidad con la resolución 101-RCR-2010, argumentando la nulidad absoluta de la misma.*
2. *Analizada la resolución 101-RCR-2010, considera esta Asesoría que no lleva razón el recurrente sobre la nulidad alegada.*
3. *Al respecto, los artículos 158 al 179 y 223 de la Ley 6227 señalan las razones por las que un acto administrativo sería nulo (falta o defecto de algún requisito del acto, o en su defecto, que éste sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico).*
4. *Sobre la base de lo que dispone la Ley 6227 se puede afirmar que la resolución 101-RCR-2010 no le falta ninguno de los elementos del acto administrativo. Fue dictada por el órgano competente al momento de su emisión – Comité de Regulación- (artículo 129); fue emitida por escrito y se encuentra firmada (artículos 134 y 136); de previo a dictarla, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley (artículo 129); contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133) y estableció en su parte considerativa, las razones que sustentan la decisión del órgano competente (artículos 131 y 132).*
5. *En consecuencia, no se observan motivos que permitan concluir la existencia de una nulidad del procedimiento, la indefensión del investigado o afectación al derecho de defensa, que conlleve la necesidad de revocar lo resuelto. Por lo expuesto, se recomienda declarar sin lugar por el fondo la nulidad planteada.*

V. CONCLUSIONES:

- 1) *El recurso fue presentado en tiempo y forma, por cuanto la recurrente subsanó la falta de representación del señor Cartagena Arizaga al aportar certificación registral del poder conferido al mismo, por lo cual el recurso es admisible.*
- 2) *La excepción de falta de derecho es una excepción de fondo que corresponde ser conocida y resuelta por el órgano decisor en resolución final.*
- 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, por lo que deben ser reservados para ser conocidos por el órgano decisor en la resolución final.*
- 4) *Se cuenta en el expediente con elementos de mérito para el dictado de la resolución de apertura.*
- 5) *No se observan motivos que permitan concluir la existencia de una nulidad del procedimiento.*

(...)”.

- II.** Que en sesión extraordinaria 83-2012, del 8 de octubre de 2012, cuya acta fue ratificada el 25 de octubre de 2012; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 693-DGJR-2012, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.
- III.** 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, 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.** Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación interpuesto por la empresa Ruta Ochenta y Tres A B S.A., contra la resolución 101-RCR-2010, reservando los argumentos de fondo y la excepción de falta de derecho, para ser conocidos y resueltos en resolución final.
- II.** Declarar sin lugar por el fondo la nulidad interpuesta por la empresa Ruta Ochenta y Tres A B S.A., contra la resolución 101-RCR-2010.
- III.** Dar por agotada la vía administrativa.
- IV.** Devolver el expediente al órgano director para que continúe el procedimiento.

NOTIFÍQUESE.

A las dieciocho horas y treinta y cinco minutos finaliza la sesión.

DENNIS MELÉNDEZ HOWELL
Presidente de Junta Directiva

SYLVIA SABORÍO ALVARADO
Presidenta ad hoc

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de Junta Directiva