

**ACTA DE LA SESIÓN
EXTRAORDINARIA**

55-2011

5 de setiembre del 2011

San José, Costa Rica

SESION EXTRAORDINARIA 55-2011

Acta de la sesión extraordinaria número cincuenta y cinco y dos mil once, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la ciudad de San José, a partir de las catorce horas y once minutos del cinco de setiembre del dos mil once, con la asistencia de sus miembros: Dennis Meléndez Howell, Presidente; Emilio Arias Rodríguez, María Lourdes Echandi Gurdían; Edgar Gutiérrez López y Sylvia Saborío Alvarado, así como con la de los señores: Rodolfo González Blanco, Gerente General, Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, Carol Solano Durán, funcionaria de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1 *Constancia de inasistencia.*

Se deja constancia que el señor Auditor Interno solicitó el permiso del caso, para no estar presente en esta oportunidad.

ARTÍCULO 2. *Recurso de apelación interpuesto por Asociación de Desarrollo Integral de Turrujal de Acosta contra la resolución RRG-9867-2009. Expediente ET-048-2009.*

Don Robert Thomas H. participó en el análisis del presente artículo.

Se conoció el oficio 307-DGJRJ-2011 del 14 de junio del 2011 y el oficio 018-AJD-2010 del 3 de marzo del 2010, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y el señor Robert Thomas H. se refieren al Recurso de apelación interpuesto por Asociación de Desarrollo Integral de Turrujal de Acosta contra la resolución RRG-9867-2009 de las 9:00 horas del 26 de julio del 2009, publicada en el diario oficial La Gaceta 131 del 8 de julio del 2009 y RRG-9912-2009 del 10 de julio del 2009.

El señor **Robert Thomas H.** procedió a dar una explicación del criterio contemplado en el oficio 018-AJD-2010, de 3 de marzo de 2010, básicamente indicando varias omisiones en el procedimiento, las conclusiones y recomendaciones, luego de lo cual respondió una serie de consultas que sobre el particular le formularon los señores y señoras directores.

La Directiva **María Lourdes Echandi Gurdían** hizo ver que le parecía relevante conocer si la resolución impugnada se encuentra vigente al día de hoy.

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

ACUERDO 01-55-2011

1. Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Desarrollo Integral de Turrupal, contra la RRG-9867-2009 de las 9:00 horas del 26 de junio de 2009, publicada en La Gaceta 131 del 8 de julio de 2009 y la RRG-9912-2009 de las 14:40 horas del 10 de julio de 2009.
2. Ordenar al Despacho del Regulador General que se fije plazo para que Transportes de San Gabriel de Aserri, S.A. cumpla la disposición contenida en el subinciso d) del inciso III de la RRG-9867-2009 de las 9:00 horas del 26 de junio de 2009.
3. Ordenar que la RRG-9912-2009 de las 14:40 horas del 10 de julio de 2009, se publique en La Gaceta.
4. Dar por agotada la vía administrativa.
5. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que mediante resolución RRG-9867-2009 de las 9:00 horas del 26 de junio de 2009, el Regulador General, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Fijar para la ruta 157, operada por Transportes San Gabriel de Aserri S.A., las tarifas que se detallan en ese acto. II) Fijar por corredor común para las rutas 110BS, 124 y 124BS las tarifas que se detallan en ese acto. III-IV) Solicitar a Transportes San Gabriel de Aserri S. A., y al señor Roberto Mora Badilla, también operador de la ruta 157, que presenten la información que se detalla en ese acto. V) Solicitar el Consejo de Transporte Público que actualice y normalice el estudio técnico operacional realizado a las rutas 124, 157, 170, 194 y 634 (folios 508 al 524). Fue publicada en La Gaceta 131 del 8 de julio de 2009 (folios 587 al 591). No fue notificada a la Asociación de Desarrollo Integral de Turrupal (ADI de Turrupal).
- II. Que el Regulador General, mediante la resolución RRG-9912-2009 de las 14:40 horas del 10 de julio de 2009, resolvió modificar la resolución RRG-9867-2009 para incorporar en el Considerando II el análisis de la oposición presentada por la ADI de

Turrujal y varios vecinos del cantón de Acosta y de la Asociación de Desarrollo Integral de Tarbaca y varios vecinos del cantón de Aserrí, realizado mediante Oficio 794-DITRA-2009/19025 (folios 604 al 608). Fue notificada a la ADI de Turrujal el 20 de julio de 2009 (folio 608). No fue publicada en La Gaceta.

- III. Que el 22 de julio de 2009, el señor Nelson Umaña Quirós, Presidente de la Junta Directiva de la ADI de Turrujal, según consta en autos, planteó únicamente recurso de apelación, contra la RRG-9867-2009 y la RRG-9912-2009 (folios 613 al 620).
- IV. Que la Dirección de Servicios de Transporte analizó el recurso, produciéndose el oficio 991-DITRA-2009/6194, del 24 de agosto de 2009, en el que se recomienda rechazar lo solicitado por el Presidente de la ADI de Turrujal (folios 707 al 709).
- V. Que el Regulador General por auto de las 15:05 horas del 11 de enero de 2010, emplazó a las partes ante la Junta, para que hicieran valer sus derechos con respecto a la impugnación planteada (folios 955 al 957). Fue notificado a la ADI de Turrujal el 15 de enero de 2010 (folio 958).
- VI. Que no hay constancia en autos de que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera del plazo otorgado.
- VII. Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por oficio 057-DGJR-2010, del 22 de enero de 2010, con fundamento en el artículo 349 de la Ley general, eleva a conocimiento de la Junta la impugnación planteada por la ADI de Turrujal (folios 968 y 969).
- VIII. Que la entonces Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 018-AJD-2010 del 3 de marzo de 2010, en el que se recomienda; a) Rechazar la apelación de la ADI de Turrujal, contra la RRG-9867-2009 y la RRG-9912-2009. b) Ordenar que se fije o, fijar plazo para que San Gabriel, S.A. cumpla lo dispuesto en el subinciso d) del inciso III de la RRG-9867-2009. c) Ordenar que la RRG-9912-2009 se publique en La Gaceta. d) Dar por agotada la vía administrativa.
- IX. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio técnico por tratarse de un asunto de mera legalidad.
- X. Que en sesión extraordinaria 002-2011, celebrada el 17 de enero de 2011 y ratificada el 28 de febrero de 2011, acuerdo 065-002-2011, la Junta Directiva acordó:

☐Trasladar al señor Juan Manuel Quesada Espinoza, Director General de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para que analice la solicitud de los señores miembros de Junta Directiva, en el sentido de actualizar la situación del recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Desarrollo Integral de Turrujal, operadora de la ruta 157 contra la resolución RRG-9867-2009.☐

- XI. Que mediante oficio 307-DGJR-2011, de fecha 14 de junio de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica Regulatoria atendió lo solicitado mediante acuerdo 065-002-2011.
- XII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Del Oficio 018-AJD-2010, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

☐☐) *En cumplimiento de lo ordenado por la Junta mediante artículo único inciso 6) de la sesión 027-2005 del 3 de agosto de 2005, se informa que el análisis de los autos tiene como propósito prevenir que el acto final que llegue a dictarse, contemple vicios que puedan causar nulidad de lo actuado. Una vez efectuado aquél se concluye que ☐ en este caso☐, el procedimiento fue llevado a cabo conforme a la ley; pero presenta defectos, como abajo se verá.*

ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS FORMALES DEL RECURSO DE APELACIÓN

En cuanto a la representación y la legitimación de la Adi de Turrujal, se informa que la impugnación fue presentada por el señor Nelson Umaña Quirós, Presidente de la Junta Directiva de esa asociación, según consta en autos, asociación que se apersonó al procedimiento como opositora a la petición de tarifas tramitada en el ET-48-2009 y, cuyos afiliados, usuarios del servicio de transporte remunerado de personas, resultan destinatarios de los efectos del acto. Consecuentemente, ostentan representación y legitimación, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la Ley general, en relación con lo dispuesto en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593.

Se observan en el expediente varias omisiones en el procedimiento, veamos:

En la RRG-9867-2009 no se analizó ni hay pronunciamiento sobre la oposición planteada por la recurrente, a la que tampoco se le notificó dicha resolución, que fue publicada en La Gaceta 131, del 8 de julio de 2009 (folios 587 al 591).

Para corregir el error de falta de análisis de la oposición de cita, la Aresep dictó la RRG-9912-2009, pero esta resolución no fue publicada en La Gaceta, como corresponde, lo que revela otro error de procedimiento.

*Aun cuando la RRG-9912-2009 le fue notificada a la Adi de Turrujal, el 20 de julio de 2009 (folio 608); llama la atención de esta asesoría, que en la constancia de notificación de aquel acto administrativo, se afirme que no se le notifica a la recurrente porque **no señala un lugar idóneo para recibir notificaciones** ; porque lo cierto es que la recurrente no señaló lugar si no, medio: los correos electrónicos: desarrollodeturrujal@gmail.com y nelson.umana@ucr.ac.cr (ver folios 335 y 479); medio que no sólo es idóneo, también está expresamente autorizado en el inciso 4 del artículo 243 de la Ley general para recibir notificaciones, así:*

Artículo 243

4. Cuando no se trate de la primera notificación del procedimiento ni de otra resolución que deba notificarse personalmente, las resoluciones se podrán notificar por correo electrónico, fax o por cualquier otra forma tecnológica que permita la seguridad del acto de comunicación. Para tal efecto, las partes indicarán, en su primer escrito, el medio escogido para recibir las notificaciones posteriores. Cuando se utilicen estos medios, las copias de los escritos y de los documentos quedarán a disposición de las partes en la administración respectiva.

Además de lo arriba indicado, tenemos que el Oficio 0796-DITRA-2009/4934, del 10 de julio de 2009, de la Dirección de Servicios de Transportes, visible a folios 599 al 602, 9042, fue comunicado al correo desarrollodeturrujal@gmail.com, de la recurrente, según se indica a folio 603.

Así las cosas, debe aplicarse al recurso bajo examen, la regla general del artículo 247, inciso 1 de la Ley general y, tener por notificado el acto en el momento en que la parte gestionó dándose por enterada de su existencia, lo que ocurrió con la presentación de la impugnación, el 22 de julio de 2009 (folios 613 al 665). En consecuencia, la impugnación debe tenerse por interpuesta en tiempo.

Por otra parte, aun cuando se le tuvo como parte del procedimiento, según se observa, por ejemplo, a folios 138, 160 y 199; no consta en el expediente, que la RRG-9867-2009 se le haya notificado al señor Mora Badilla o, a su apoderado, como corresponde, lo que evidencia una omisión en el procedimiento.

Finalmente, dado que con la RRG-9912-2009 se subsanó esa omisión de analizar la oposición de la recurrente al incremento de tarifas solicitado; como consecuencia, se debió fijar en ese acto, un nuevo plazo para cumplir lo dispuesto en el subinciso d) del inciso III de la RRG-9867-2009, pero en autos no consta que se haya procedido de ese modo, lo que revela otra omisión en el procedimiento.

ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS DE FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN

En el escrito recursivo la Adi de Turrupal expone reproches a la RRG-9867-2009 y a la RRG-9912-2009; de ahí que nos referiremos a cada uno de esos actos administrativos por separado.

*Lo alegado en el **argumento (5)** del recurso propiamente, es de carácter técnico, por lo que no emitiremos criterio al respecto.*

Sobre la RRG-9867-2009

Manifiesta la recurrente que la Junta Directiva de la asociación se siente dolida por el actuar de la Aresep, porque, tanto en el documento presentado el 17 de junio de 2009, como en la nota que presentó el 6 de julio de 2009; señaló como medio para recibir notificaciones, el correo electrónico de la asociación y el de su presidente. Al respecto, remitimos a lo arriba indicado, donde nos referimos a los aspectos formales de la impugnación.

*En los **argumentos (1)** y **(2)** del recurso propiamente, la recurrente alega que a Transportes San Gabriel de Aserri, S.A. (en adelante, San Gabriel, S.A.) y, a Roberto Mora Badilla, no se les debió haber aprobado el aumento tarifario, porque no hay claridad sobre cuál de ellos opera la ruta 110BS y, porque el acto recurrido estableció disposiciones específicas de cumplimiento para esa empresa y para el señor Mora Badilla, que fueron respondidas por el señor Javier Masís Corrales, de San Gabriel, S.A.; por lo que la Junta Directiva de la Adi de Turrupal solicita que se elimine el aumento otorgado a la ruta 110, hasta que la Aresep investigue quién es el verdadero operador de esa ruta. Al respecto cabe señalar lo siguiente:*

1. En autos hay evidencia documental de que la ruta 110BS es operada por el Roberto Mora Badilla, quien tiene un permiso otorgado para ello, mediante acuerdo 2 de la sesión 3017-90 del 3 de enero de 1990, adoptado por la entonces Comisión Técnica de Transportes; permiso que mantiene su vigencia hasta que se cumpla el proceso licitatorio correspondiente.

2.A folios 166 y 167 consta declaración jurada del señor Javier Masís Corrales, en la que se afirma que él es apoderado generalísimo limitado de la ruta 110BS, de la que es permisionario el señor Mora Badilla y, que ese permiso está vigente a la fecha. Esa declaración está escriturada a las 10:40 horas del 2 de junio de 2009.

3.A folio 169 consta certificación de la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Transporte Público, expedida el 17 de diciembre de 2007, en relación con el citado acuerdo 2 tomado en la sesión 3017-90, relativa al permiso en cuestión, que, como se dijo, está vigente, según acuerdo 29 de la sesión 3347 de la referida Comisión Técnica.

4.Consta a folio 208, copia fotostática de la escritura 28 de la Notaria Pública Carrie Tung Young, en la que el señor Mora Badilla, confiere poder generalísimo limitado sobre la ruta 110BS, al señor Masís Corrales. Ese poder, que está inscrito en el Registro de Personas Jurídicas del Registro Nacional al tomo 2009, asiento 87043, folios 3 y 4; conlleva las facultades que determina el artículo 1254 del Código Civil, así: **Artículo 1254 || Si el poder generalísimo fuere sólo para alguno o algunos negocios, el mandatario tendrá respecto del negocio o negocios a que su poder se refiere y de los bienes que ellos comprendan, las mismas facultades que según el artículo anterior, tiene el apoderado generalísimo para todos los negocios de una persona**□

Es claro entonces, que el señor Mora Badilla es el operador de la ruta 110BS y que las actuaciones del señor Masís Corrales a nombre del señor Mora Badilla, en lo que concierne a dicha ruta, están ajustadas al Derecho, así como las realizadas respecto de San Gabriel, S.A., de la que es presidente, con facultades de apoderado generalísimo, sin límite de suma, según consta a folio 8.

En vista de lo anterior, no lleva razón la recuente, en lo que alega.

En su **argumento (3)**, pide la recurrente que la Aresep constate que lo dispuesto en los subincisos b) y g) (relativos a información del expediente RA); c) y h) (concernientes a las encuestas de carácter operativo), de los incisos III y IV de la RRG-9867-2009; haya sido cumplido por San Gabriel, S.A. y por Roberto Mora Badilla; de lo contrario, dice, que se apliquen las medidas pertinentes.

A respecto, no obstante que no se trata de un reproche al acto recurrido, si no a peticiones respecto de lo ordenado en él, debemos indicar lo siguiente:

1. *En lo atinente a los subincisos b), c), g) y h) de los incisos III y IV de la parte dispositiva de la resolución recurrida, esas disposiciones han de cumplirlas por los obligados, cuando se presenten futuras solicitudes tarifarias para las rutas que operan, como manda el artículo 33 de la Ley 7593 y los incisos IV y VI de la RRG-8148-2008.*
2. *Mediante nota del 2 de julio de 2009 (folios 675 al 678), el apoderado de San Gabriel, S.A., manifiesta que se ha cumplido lo dispuesto en los subincisos del inciso III de la resolución recurrida, a saber: a) relativo al informe de quejas y denuncias; b) relativo a la información del expediente RA; c) relativo a encuestas de carácter operativo y; que oportunamente cumplirá lo indicado en el subinciso e) relativo al plan de actualización de la flora vehicular.*
3. *No obstante que al señor Mora Badilla ni a su apoderado, les fue notificada la resolución recurrida, como correspondía; mediante nota del 2 de julio de 2009 (folios 672), el apoderado del señor Mora Badilla, manifiesta que se ha cumplido lo dispuesto en los subincisos del inciso IV de la resolución recurrida, a saber: f) concerniente al informe de quejas y denuncias; g) relativo a la información del expediente RA y; que oportunamente cumplirá lo indicado en el subinciso h) referente a las encuestas de carácter operativo.*

Así las cosas, debemos entender que las disposiciones contenidos en los subincisos a), b), c), e), f), g) y h), de los incisos III y IV de la RRG-9867-2009; han de cumplirse por los obligados: San Gabriel, S.A. y, Roberto Mora Badilla; cuando se presenten futuras solicitudes tarifarias para las rutas que operan, como manda el artículo 33 de la Ley 7593 y disponen los incisos IV y VI de la RRG-8148-2008.

*En su **argumento (4)**, manifiesta la recurrente, que en la RRG-9867-2009, se le solicita a San Gabriel, S.A., que en el plazo de 10 días hábiles después de notificada esa resolución, brinde explicaciones, con copia al ET-48-2009, sobre las oposiciones presentadas en ese expediente durante la fase de la audiencia pública. Agrega que el 2 de julio de 2009, el señor Masís Corrales, presentó nota a la Aresep, en la que da una explicación sobre dichas oposiciones, pero en esa nota no se hizo referencia a las oposiciones de la Adi de Turrujal, con lo que se incumplió lo solicitado y por ello no debió otorgársele el aumento de tarifas. Al respecto, debe indicarse lo siguiente:*

1. *Para el presente caso, San Gabriel, S.A., cumplió lo que debía. Esto lo decimos, en vista de lo consignado en el Oficio 0636-DITRA-2009/3695, del 28 de mayo de 2009 (folios 128 al 130), en el sentido de que dicha empresa cumplió los requisitos de admisibilidad.*

2. Cabe señalar, además, que no obstante en el resultando IV de la RRG-9867-2009, se dice: **IV. Que mediante oficio 0473-DITRA-2009/12148 del 6 de mayo de 2009, la Dirección de Servicios de Transportes, otorgó la admisibilidad a la solicitud tarifaria (folio 98)** Como el Oficio 0636-DITRA-2009/3695 de cita, es anterior a la resolución recurrida en la que nada se dice de la corrección o incorrección de lo indicado en ese oficio sobre la admisibilidad; debemos concluir que lo expresado en dicha resolución no es lo exacto; por ello debe prevalecer lo indicado en el oficio.

3. Como arriba se indicó donde analizamos los aspectos formales del recurso; en la RRG-9867-2009 no se analizó ni hay pronunciamiento sobre la oposición planteada por la Adide Turrupal. Por consiguiente, San Gabriel, S.A. no podía haber tomado en cuenta lo alegado en esa oposición; ello explicaría por qué en su nota del 2 de julio de 2009 (folios 675 al 678), la empresa no se haya referido a la oposición de marras.

Congruente con lo expuesto, no hay fundamento para sostener que San Gabriel, S.A., no ha cumplido con lo dispuesto en la resolución recurrida, en lo que concierne a las explicaciones sobre la oposición presentada por la Adi de Turrupal en la fase de audiencia pública, del caso que nos ocupa.

Sobre la RRG-9912-2009

En su **argumento (6)**, la recurrente solicita que se le explique por qué razón, en la RRG-9912-2009 se indica que se notifique ese acto, pero no se menciona que debe publicarse; como se hizo con la RRG-9544-2009, que modifica la RRG-9369-2008. Agrega que lo aplicado a la RRG-9544-2009, también debe ser aplicado a la RRG-9912-2009; por ello esa resolución debe publicarse en La Gaceta, para que sea de conocimiento público.

Salvo por el indicado reproche; en su escrito recursivo la recurrente no dice cuáles son los motivos de su inconformidad con la RRG-9912-2009. Sin embargo, es oportuno que manifestemos lo siguiente:

1. Dijimos arriba, donde analizamos los aspectos formales del recurso, que con la RRG-9912-2009, se subsanó la omisión de la RRG-9867-2009, en cuando al análisis y el pronunciamiento sobre la oposición presentada por la recurrente, durante la fase de audiencia pública.

2. No le falta razón a la recurrente, cuando dice que la RRG-9912-2009 no fue publicada, como corresponde. Ese acto es de **Modificación a la resolución RRG-9867-2009, de las nueve horas del veintiséis de junio de 2009**, por lo que requiere de publicación en La Gaceta, para surtir efectos jurídicos.

3. *Debemos agregar, que como consecuencia de la subsanación aludida, en la RRG-9912-2009 se debió fijar un nuevo plazo para que San Gabriel, S.A. cumpla lo dispuesto en el subinciso d) del inciso III, de la RRG-9867-2009, relativo al informe sobre las citadas oposiciones, pero no se procedió de ese modo.*

En vista de lo anterior, debemos concluir que se impone, ordenar que se publique la RRG-9912-2009 y se fije nuevo plazo para que dicha empresa cumpla lo dispuesto en el subinciso d) del inciso III, de la RRG-9867-2009.

ANÁLISIS DEL ESCRITO DEL MINISTRO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES

En el Oficio 057-DGJR-2010, del 22 de enero de 2010 (folios 968 y 969), de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se afirma que en los folios 947 al 949, se encuentra la respuesta al emplazamiento presentada por la recurrente.

Sin embargo, el documento que ocupa los folios 947 al 949, es una nota del Ministro de Obras Públicas y Transportes, por medio de la cual le solicita a la Aresep que, en adelante, en los asuntos tarifarios se sirva emplazar únicamente al Consejo de Transporte Público, órgano al que por ley le compete esa materia. En criterio de esta asesoría es razonable y ajustado a Derecho, lo pedido por el señor Ministro.

Analizada la actuación de la Aresep que dio origen al emplazamiento a que alude el señor Ministro, se observa que la RRG-9867-2009 le fue notificada al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (Mopt) y al Consejo de Transporte Público (C.T.P), como si fueran partes del procedimiento. Lo que sería erróneo, porque ninguno de ellos se constituyó en parte en el procedimiento, ni son parte por disposición alguna del ordenamiento jurídico; por ello no hay razón para notificarles los actos dictados en el ET-48-2009.

Cabe mencionar empero, que ha sido costumbre de la Aresep, comunicarle al Mopt y al C.T.P., las decisiones tarifarias que toma la Aresep, para lo que correspondiera. No obstante, dada la solicitud del señor Ministro, lo procedente es que en el futuro, sólo se le comunique dichas decisiones al C.T.P. □ con indicación expresa de que no se trata de una notificación, si no, de una simple comunicación□ , para que esté informado.

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

CONCLUSIONES

Sobre la base de lo expuesto, podemos llegar a estas conclusiones:

1. *El señor Nelson Umaña Quirós, Presidente de la Junta Directiva de la Adi de Turrujal, según consta en autos, ostenta la representación de esa asociación, que está legitimada para actuar en el ET-48-2009, porque es opositora a la petición de tarifas tramitada en ese expediente.*
2. *La impugnación debe tenerse por presentada en tiempo, en aplicación del artículo 247, inciso 1) de la Ley general de la administración pública.*
3. *Hubo varias omisiones en el procedimiento seguido en el ET-48-2009, a saber: RRG-9867-2009: (a) no se analizó ni hay pronunciamiento sobre la oposición planteada por la recurrente; (b) esa resolución no se le notificó a la recurrente; (c) aun cuando se le tuvo como parte del procedimiento (ver folios 138, 160 y 199); esa resolución no se le notificó a Roberto Mora Badilla o a su apoderado. RRG-9912-2009: (a) no fue publicada en La Gaceta, como corresponde; (b) en la constancia de notificación de ese acto, se afirma que no se le notifica a la recurrente (aunque se le notificó, ver folio 608), por no haber señalado lugar idóneo para ello, pero la recurrente señaló su correo electrónico y el de su presidente (folios 335 y 479); medio idóneo y expresamente autorizado en el inciso 4 del artículo 243 de la Ley general, para recibir notificaciones y, el Oficio 0796-DITRA-2009/4934, del 10 de julio de 2009 (folio 603) fue notificada por ese medio y; (c) no se le fijó a Transportes San Gabriel de Aserri, S.A., nuevo plazo, como correspondía, para cumplir lo dispuesto en el subinciso d) del inciso III de la RRG-9867-2009.*
4. *Las indicadas omisiones de procedimiento no dan base para revocar las resoluciones recurridas, sin embargo, es necesario que sean subsanadas las que tienen que ver con la fijación de nuevo plazo a San Gabriel, S.A. para que cumpla lo dispuesto en el subinciso d) del inciso III de la RRG-9867-2009 y la publicación en La Gaceta, de la RRG-9912-2009.*
5. *Obra en autos evidencia documental de que la ruta 110BS es operada por el Roberto Mora Badilla, quien tiene un permiso otorgado para ello, también hay evidencia de que el señor Javier Masís Corrales, además de presidente de San Gabriel, S.A., es apoderado de Roberto Mora Badilla, limitado a la ruta 110BS (ver folios 8, 166, 167, 169 y, 208 del ET-48-2009).*

6. *No hay fundamento para sostener que San Gabriel, S.A., no ha cumplido con lo dispuesto en la RRG-9867-2009, en lo que concierne a las explicaciones sobre la oposición presentada por la Adi de Turrupal en la fase de audiencia pública, del caso que nos ocupa.*

7. *La RRG-9912-2009 no fue publicada, como corresponde, dado de que ese acto es de Modificación a la resolución RRG-9867-2009, de las nueve horas del veintiséis de junio de 2009 por lo que requiere de publicación para surtir efectos jurídicos.*

8. *Las disposiciones contenidos en los subincisos a), b), c), e), f), g) y, h), de los incisos III y IV de la RRG-9867-2009; han de cumplirse por los obligados: San Gabriel, S.A. y Roberto Mora Badilla; cuando se presenten futuras solicitudes tarifarias para las rutas que operan, como manda el artículo 33 de la Ley 7593 y los incisos IV y VI de la RRG-8148-2008.*

9. *El Ministro de Obras Públicas y Transportes ha solicitado que en el futuro no se emplace al ese ministerio respecto de asuntos tarifarios, si no, únicamente al Consejo de Transporte Público.*

10. *Ha sido costumbre de la Aresep, comunicarle al Ministerio de Obras Públicas y Transportes y al Consejo de Transporte Público, las decisiones tarifarias que toma la Aresep, para lo que correspondiera. No obstante, dada la solicitud del Ministro, lo procedente es que en el futuro, sólo se le comuniquen dichas decisiones al Consejo con indicación expresa de que no se trata de una notificación, si no, de una simple comunicación , para que esté informado. ()*

- II. En sesión 055-2011, del 05 de setiembre de 2011, cuya acta fue ratificada el 14 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 018-AJD-2010, de cita, acordó por unanimidad: (1) Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Desarrollo Integral de Turrupal, contra la RRG-9867-2009 de las 9:00 horas del 26 de junio de 2009, publicada en La Gaceta 131 del 8 de julio de 2009 y la RRG-9912-2009 de las 14:40 horas del 10 de julio de 2009. (2) Ordenar al Despacho del Regulador General fijar plazo para que Transportes de San Gabriel de Aserri, S.A. cumpla la disposición contenida en el subinciso d) del inciso III de la RRG-9867-2009 de las 9:00 horas del 26 de junio de 2009. (3) Ordenar que la RRG-9912-2009 de las 14:40 horas del 10 de julio de 2009, se publique en La Gaceta. (4) Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es (1) Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Desarrollo Integral de Turrupal, contra la RRG-9867-

2009 de las 9:00 horas del 26 de junio de 2009, publicada en La Gaceta 131 del 8 de julio de 2009 y la RRG-9912-2009 de las 14:40 horas del 10 de julio de 2009. (2) Ordenar al Despacho del Regulador General que se fije plazo para que Transportes de San Gabriel de Aserrí, S.A. cumpla la disposición contenida en el subinciso d) del inciso III de la RRG-9867-2009 de las 9:00 horas del 26 de junio de 2009. (3) Ordenar que la RRG-9912-2009 de las 14:40 horas del 10 de julio de 2009, se publique en La Gaceta. (4) Dar por agotada la vía administrativa, tal y como se dispone.

POR TANTO:

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

- I. Rechazar por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Desarrollo Integral de Turrujal, contra la RRG-9867-2009 de las 9:00 horas del 26 de junio de 2009, publicada en La Gaceta 131 del 8 de julio de 2009 y la RRG-9912-2009 de las 14:40 horas del 10 de julio de 2009.
- II. Ordenar al Despacho del Regulador General que se fije plazo para que Transportes de San Gabriel de Aserrí, S.A. cumpla la disposición contenida en el subinciso d) del inciso III de la RRG-9867-2009 de las 9:00 horas del 26 de junio de 2009.
- III. Ordenar que la RRG-9912-2009 de las 14:40 horas del 10 de julio de 2009, se publique en La Gaceta.
- IV. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 3 *Recurso de revisión interpuesto por Carlos Ramírez contra la resolución RRG- 6530-2007 del 15 de mayo de 2007. Expediente OT-85-2007.*

Don Cristian Rodríguez participa en el presente tema.

Se conocen oficios 367-DGJR-2011 y 368-DGJR-2011 de 13 del 2011, mediante los cuales la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refiere al Recurso de revisión y nulidad interpuesto por el señor Carlos Ramírez Sánchez contra la RRG-6530-2007 de 15 de mayo de 2007.

El Directivo *Arias Rodríguez*, indica que en el expediente no consta a cargo de quien estuvo la asesoría hacia el Regulador General sobre la resolución RRG-9525-009. Además consulta las razones del por qué si este caso está desde el 2007, hasta ahora está llegando a conocimiento de la Junta Directiva.

El *Director General de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria*, procede a brindar una explicación sobre el proceso de tramitación de estos expedientes, ya que en algún momento la Junta Directiva anterior también se cuestionó esta situación y a raíz de eso se emitió un informe que contenía diversas razones que motivaron ese atraso.

Estos procedimientos eran instruidos por la Dirección de Participación del Usuario, en el 2007 se toma la decisión de trasladar estos asuntos a la Dirección Jurídica y precisamente con el volumen de trabajo, el personal que se tenía en ese momento, se le hizo frente. En aquel momento se asumió una tarea nueva, sin recursos adicionales, se definieron prioridades, fue un trabajo muy laborioso y además de eso, la decisión de cuántos expedientes se abrían o no, pues casi que estaba en manos del MOPT y de la Dirección de Tránsito. De pronto entraban una gran cantidad de expedientes, otros meses unos cuantos, eso incrementó las cargas de trabajo.

Todo eso se fue de una u otra forma acumulando cuando se toma la decisión de trasladarnos a estas instalaciones, hacemos como una revisión de todo lo que está ahí para ver el estado en que se encontraba y poder darles el trámite que hacía falta.

La Directora *María Lourdes Echandi* señala que no está de acuerdo con que uno de los motivos para rechazar el recurso de revisión sea que la resolución impugnada no se encontraba firme, pues dicha resolución sí se encontraba firme en sede administrativa, dado que el plazo para impugnarla había transcurrido sobradamente cuando se presentó la revocatoria. Se observa que la resolución 6530-2007, fue notificada personalmente a Carlos Ramírez Sánchez el 4 de mayo de 2007 y éste estableció recurso de inconformidad, extemporáneamente, el 22 de agosto de 2007. Si bien, este último recurso se resolvió el 24 de febrero del 2009, lo cierto es que la resolución impugnada estaba firme al momento de plantear el recurso de revisión por haber transcurrido sobradamente el plazo para establecer el recurso de revocatoria. De este modo, al momento de plantear el recurso de revisión, el 30 de agosto del 2007, indistintamente de que no se hubiese resuelto su recurso de revocatoria, por ser extemporáneo, la resolución 6530-2007 ya estaba firme en vía administrativa. Por lo demás coincide con el criterio jurídico en los demás extremos y en que el recurso de revisión planteado no se encuentra en los supuestos del artículo 353 de la Ley General de la Administración Pública.

Los directores *Dennis Meléndez*, *Sylvia Saborío* y *Edgar Gutiérrez* estuvieron a favor del criterio jurídico sometido en esta oportunidad, mientras que los directores *Echandi Gurdían* y *Arias Rodríguez* estuvieron a favor de acoger parcialmente el criterio jurídico dado que la resolución impugnada sí se encontraba firme.*

Luego de una serie de comentarios sobre el particular, la Junta Directiva dispuso, por unanimidad:

ACUERDO 02-55-2011

1. Rechazar de plano por improcedente el recurso de revisión presentado por el señor Carlos Ramírez Sánchez contra la resolución RRG-6530-2007.
2. Declarar con lugar la nulidad solicitada contra la resolución RRG-6530-2007.
3. Anular por conexidad la resolución RRG-9525-2009 del 24 de febrero de 2009.
4. Retrotraer el procedimiento hasta la etapa previa al dictado de la resolución de inicio
5. Remitir el expediente a la Dirección de Servicios de Transporte para lo que corresponda.
6. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 20 de abril de 2007 se recibió en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos oficio UTCE-2007-064 de misma fecha de la Dirección General de Tránsito del MOPT, por medio del cual se remite: (1) la boleta de citación número 2006-334615, confeccionada al señor Carlos Ramírez Sánchez por presunta prestación de servicio no autorizado; (2) el acta de información sumaria en la que se describen los hechos que dieron base a la citada boleta; y (3) constancia del Departamento de administración de concesiones y permisos del Consejo de Transporte Público del MOPT, donde se señala que el vehículo placa 183784 no se encuentra autorizado a circular con ninguna placa de servicio público, modalidad taxi. (Folios 01 al 05)
- II. Que el 24 de abril de 2007, el señor Carlos Ramírez Sánchez, conductor del vehículo placas 183784, por medio de escrito dirigido a la Dirección de Protección al Usuario, solicitó la aplicación de un procedimiento abreviado y

*Véase fe de erratas al folio 23486.

- III. aceptó expresamente que efectivamente el 16 de abril del 2007 prestó un servicio público no autorizado. (Folios 06 al 07)
- IV. Que el 15 de mayo de 2007 se emite la resolución RRG-6530-2007 en la que se resolvió declarar que el señor Carlos Ramírez Sánchez el 16 de abril de 2007 se hallaba en el vehículo placas 183784, prestando el servicio público de transporte remunerado de personas, sin la autorización del Estado, se le impone la multa de ¢1.273.000.00 (un millón doscientos setenta y tres mil colones exactos) que deberá de depositar a favor de la Tesorería Nacional. Se ordenó a la Dirección General de Tránsito del Ministerio de Obras Públicas y Transportes devolver el vehículo involucrado e intimó por primera vez al señor Carlos Ramírez Sanchez. Esta fue notificada de forma personal al señor Carlos Ramírez Sánchez el 24 de mayo de 2007. (Folios 16 al 23)
- V. Que el 22 de agosto de 2007 el señor Carlos Ramírez Sánchez presentó ante la Autoridad Reguladora inconformidad con lo resuelto en la resolución RRG-6530-2007. (Folio 25)
- VI. Que el 30 de agosto de 2007 el señor Carlos Ramírez Sánchez, presentó recurso de revisión y nulidad absoluta contra la resolución RRG-6530-2007 por presunta indefensión en su perjuicio. (Folios 27 al 28)
- VII. Que por medio de la resolución RRG-9525-2009 del 24 de febrero de 2009 se declaró inadmisibile la inconformidad interpuesta por el señor Carlos Ramírez Sánchez contra la resolución RRG-6530-2007 y se corrige de oficio la fijación de la multa impuesta. Esta última fue notificada el 5 de marzo de 2009. (Folios 32 al 36)
- VIII. Que por medio del oficio 368-DGJR-2011 del 13 de julio de 2011 se eleva a Junta directiva el recurso de revisión y nulidad presentado por el señor Carlos Ramírez Sánchez conforme el artículo 355 de la Ley 6227.
- IX. Que mediante el informe con número de oficio 367-DGJR-2011 del 13 de julio de 2011 se rindió criterio jurídico no vinculante sobre el recurso interpuesto, mismo que corre agregado a los autos.

CONSIDERANDO:

- I. Que el recurso fue analizado por la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el oficio 367-DGJR-2011 que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

□(□)

I. ANÁLISIS DEL RECURSO POR LA FORMA:

1. **Naturaleza del recurso:** El recurso interpuesto es el extraordinario de revisión al que es aplicable lo establecido en el artículo 353, 354 y 355 de la Ley General de la Administración Pública Ley 6227.

Véase -de la norma 353 de la Ley 6227, que los presupuestos jurídicos para que proceda el recurso extraordinario de revisión contra resoluciones firmes 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.

2. **Temporalidad del recurso:** El acto administrativo RRG-6530-2007 fue notificado el 24 de mayo de 2007; el 22 de agosto de 2007 se interpone escrito sin firma por el sancionado mismo que es valorado por la administración como un recurso de revocatoria conforme el artículo 348 de la Ley 6227, el cual se resolvió por medio de la resolución RRG-9525-2009 de 24 de febrero de 2009 y el recurso de revisión que nos ocupa fue presentado el 30 de agosto de 2007.

Del análisis comparativo que precede se puede determinar que el recurso de revisión en estudio fue interpuesto previo a que se resolviera el recurso de revocatoria citado. Así entonces, según lo establecido en el artículo 353 de la Ley 6227, el recurso de revisión fue presentado de forma prematura, ello por cuanto la resolución recurrida no se encontraba en firme.

3. **Legitimación:** Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que el señor Carlos Ramírez Sanchez está legitimado para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275, 276 y 282 de la Ley

6227, pues es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida. (Folios 16 al 23)

Una vez revisadas las actuaciones que constan en el expediente que nos ocupa podemos extraer lo siguiente, primero que el recurso de revisión presentado por el sancionado, por haberse presentado previo a la resolución del recurso de revocatoria (resolución RRG-9525-2009) el acto administrativo RRG-6530-2007, no se encontraba firme y segundo el recurso en cuestión no se sustenta en ninguno de los supuestos que establece el artículo 353 de la Ley 6227 así entonces el mismo deviene en improcedente.

II. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE:

Pese a que se ha determinado supra la improcedencia de este recurso por la forma, se analizarán los aspectos de fondo del mismo.

Se resumen de seguido los argumentos de la recurrente:

- 1) Que no se le dio la posibilidad de hacerse representar y asesorar por un abogado, que no tiene medios para pagar un profesional en derecho, no se le asignó un defensor público, por lo que se solicita la nulidad absoluta de la resolución impugnada, por indefensión.
- 2) Alega actividad procesal defectuosa porque no se llevó a cabo el debido proceso en perjuicio grave del administrado.

III. SOBRE LA GESTIÓN DE NULIDAD:

Por su lado si bien es cierto que desde un punto de vista formal no es procedente el recurso de revisión, lo cierto es que en el expediente se notan algunas inconsistencias graves en cuanto a la tramitación del mismo para llegar al dictado de la resolución final sea, la resolución RRG-6530-2007. Siendo que se solicitó la nulidad de la resolución citada por indefensión, se entra a conocer la misma.

En primer término consta en autos que a folio 6 el señor Carlos Ramírez Sánchez, presenta escrito de fecha 24 de abril de 2007, donde acepta los cargos y solicita un procedimiento abreviado.

Una vez que el recurrente presenta el citado escrito de aceptación de los hechos que eran objeto de investigación la Licenciada Karolina Mena Soto, se identifica como órgano director y emite el oficio 1453-DPU-2007 visible a folios 10 al 15, mismo que se denomina como informe final del procedimiento administrativo, y recomienda declarar que el señor Carlos Ramírez Sánchez el 16 de abril de 2007 prestaba el

servicio de transporte público no autorizado y recomienda imponerle la sanción respectiva.

Del oficio citado se desprenden dos hechos importantes: la Licenciada Karolina Mena Soto se identifica como órgano director del procedimiento, sin embargo en el expediente se echa de menos resolución o auto alguno emitido por órgano competente de la Autoridad Reguladora en que se nombre a la Licenciada Mena Soto, como órgano director del procedimiento.

Además como segundo hecho no se resolvió sobre la procedencia o no de acoger un procedimiento abreviado tal y como lo planteó el investigado según escrito que consta a folios 06 al 07.

Por su parte consta en autos la ausencia del procedimiento administrativo que establece el artículo 214 de la Ley 6227.

Sobre este tema la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos por medio de la resolución RJD-140-2009 del 1 de junio de 2009, consideró que la renuncia del derecho de defensa del administrado no exime a la administración de realizar ese rito procedimental, por lo que en este punto lleva la razón el recurrente en cuanto a la nulidad solicitada de la resolución RRG-6530-2007.

En ese sentido se tiene lo establecido en el artículo 214 de la Ley 6227.

1. *□El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración. Con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.*
2. *Su objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al caso final.*

Además sobre el procedimiento como elemento formal del acto administrativo, podemos citar la doctrina nacional en la que se indica lo siguiente:

□El acto administrativo final o definitivo, no surge espontáneamente por el puro capricho de la administración pública sino después de haberse observado un iter procedimental (iniciado de oficio o a instancia de parte interesada) tendiente a garantizar el debido proceso y la

defensa del administrado y el carácter acertado de la decisión adoptada.

(□)

El procedimiento administrativo, como un mecanismo objetivo de autocontrol (autotutela administrativa en cuanto la ejerce la propia administración pública), está establecido en beneficio tanto del administrado como de la propia administración respectiva. □ Tratado de Derecho Administrativo Tomo I. Parte General. Ernesto Jinesta Lobo, página 537.

Que la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-219-2005 del 14 de junio de 2005 indicó:

□Según lo expuesto, es evidente que nuestro ordenamiento jurídico establece una amplia gama de garantías y principios procesales de carácter fundamental, de aplicación plena e indefectible no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también en todo procedimiento administrativo; de forma tal que su inobservancia ocasiona nulidad absoluta de todo lo actuado, especialmente cuando aquellas omisiones o transgresiones coloquen al administrado en una posición de completa indefensión. Recuérdese que la Ley General de la Administración Pública establece que el procedimiento administrativo tiene como objeto asegurar el mejor cumplimiento de los fines de la Administración con total respeto a los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado (art. 214.1). Por consiguiente, el procedimiento administrativo busca garantizar, de manera efectiva, el derecho de defensa del administrado, del cual derivan una serie de garantías formales (□) □

De la norma citada, la doctrina y la jurisprudencia administrativa se puede extraer, que el procedimiento administrativo es un instrumento jurídico que tiene una doble finalidad. La primera es ser la herramienta jurídica de la administración, para llegar a la verdad real de los hechos, mismos que servirán para fundar el contenido del acto administrativo final y segundo es el escenario que servirá al administrado para ejercer de forma amplia y expedita su derecho a ser oído, y a defenderse ante la administración conforme lo establecido en los artículo 39 y 41 de nuestra Constitución Política.

En ese sentido el artículo 166 de la Ley 6227 establece: Habr  nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente La Procuradur  General de la República en su Dictamen C-146-2008 del 5 de mayo de 2008 indicó:

Constituye vicio del acto administrativo la falta o defecto de un requisito exigido por el ordenamiento jurídico. Cualquier disconformidad o infracción sustanciales con éste es causa de invalidez (Ley General de la Administración Pública, art. 158). Hay nulidad absoluta cuando falte uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente, (competencia, voluntad, motivo, contenido o fin, procedimiento, etc.), o cuando contengan defectos o imperfecciones que impidan la consecución del fin. (Arts 166 y 167 y refiriendo al voto de la Sala Primera N  91 de 1995. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, N  62-2005)

Se puede concluir que tal y como se indicó líneas atrás que para el caso que nos ocupa, la omisión por parte de la Dirección de Protección al Usuario de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos de no establecer un procedimiento administrativo formal, conforme al artículo 214 de la Ley 6227 contra el investigado, y así poder a llegar a la verdad real de los hechos que sirvieran de sustento al dictado del acto final y concomitantemente otorgar al señor Carlos Ramírez Sánchez su derecho de defensa y debido proceso, acarrea la nulidad absoluta de la resolución RRG-6530-2007 del 15 de mayo de 2007, por la ausencia total del elemento formal del acto administrativo (procedimiento), conforme lo establecido en el artículo 166 de la Ley 6227.

En tal sentido la solicitud de nulidad planteada por el señor Ramírez Sanchez contra la resolución RRG-6530-2007 por indefensión, ésta desde una óptica del debido proceso, debe a acogerse por las circunstancias indicadas supra.

En el caso que nos ocupa, siendo que la resolución RRG-6530-2007 contiene un vicio de forma sea la ausencia total del procedimiento, que acarrea la nulidad de la misma, por conexidad debe anularse la resolución RRG-9525-2009, que corrige de forma oficiosa el monto de la multa impuesta en la resolución RRG-6530-2007 y resuelve un recurso de revocatoria contra la citada resolución.

- II. Que esta Junta Directiva acoge parcialmente el criterio jurídico externado en el oficio 367-DGJR-2011, considerando que aún y cuando el recurso de revisión interpuesto por el señor Ramírez Sánchez fue presentado contra un acto administrativo firme (RRG-6530-2007), no se configura ninguno de los

presupuestos establecidos en el artículo 353 de la Ley General de la Administración Pública para su admisión, por lo que el mismo debe ser rechazado de plano. En virtud de lo anterior, esta Junta Directiva se aparta de lo dispuesto en el referido criterio 367-DGJR-2011, en el apartado del "Análisis del recurso por la forma" punto 2, "Temporalidad del recurso" último párrafo y en el último párrafo del análisis del punto 3, de la "Legitimación" en los que se indica que el recurso de revisión presentado por el señor Ramírez Sánchez, resultaba prematuro por haberse presentado previo a la resolución del recurso de revocatoria (resolución RRG-9525-2009), por lo que el acto administrativo RRG-6530-2007, no se encontraba en firme al momento de presentar el recurso de revisión. Considera este órgano colegiado, que la resolución recurrida (RRG-6530-2007) sí se encontraba en firme a la fecha de presentación del recurso de revisión, puesto que aun y cuando el señor Ramírez Sánchez presentó con posterioridad una inconformidad entendida como recurso de revocatoria contra dicho acto, la misma resultaba extemporánea, pues se presentó fuera del plazo establecido en el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública, para tal efecto.

III. Que de conformidad con el resultando y los considerandos que preceden y de acuerdo al mérito de los autos lo procedente será rechazar de plano el recurso de revisión presentado por el recurrente y acoger la solicitud de nulidad planteada tal y como se dispone:

POR TANTO:

Con fundamento en las facultades conferidas en el Ley 6227 y en aplicación de los principios del debido proceso y los artículos 39 y 41 de la Constitución Política,

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

RESUELVE:

- I. Rechazar de plano por improcedente el recurso de revisión presentado por el señor Carlos Ramírez Sánchez contra la resolución RRG-6530-2007.
- II. Declarar con lugar la nulidad solicitada contra la resolución RRG-6530-2007.
- III. Anular por conexidad la resolución RRG-9525-2009 del 24 de febrero de 2009.
- IV. Retrotraer el procedimiento hasta la etapa previa al dictado de la resolución de inicio

- V. Remitir el expediente a la Dirección de Servicios de Transporte para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 4. *Recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante interpuesto por Luis Armando Morales Morales contra resolución RRG-7379-2007. Expediente OT-409-2007.*

Ingresa la señora Selene Camacho, quien expondra este caso y el siguiente.

Se conocieron los oficios 431-DGJR-2011 y 432-DGJR-2011, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refiere al Recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante interpuesto por Luis Armando Morales Morales contra resolución RRG-7379-2007. Expediente OT-409-2007.

La señora **Selene Camacho Quesada** se refiere al recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante interpuesto por el señor Luis Armando Morales Morales contra la RRG-7379-2007.

El Directivo **Arias Rodríguez** indicó que en el expediente no consta a cargo de quién estuvo la asesoría hacia el Regulador General sobre la resolución RRG-7379-2007. Además, consulta las razones del porque si este caso está desde el 2007, hasta ahora está llegando a conocimiento de la Junta Directiva.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza**, procede a brindar una explicación sobre el proceso que han sufrido estos expedientes, ya que en algún momento la Junta Directiva anterior también se cuestionó esta situación y a raíz de eso se emitió un informe que contenía diversas razones que motivaron ese atraso. Estos procedimientos eran incluidos por la Dirección de Participación del Usuario, en el 2007 se toma la decisión de trasladar estos asuntos a la Dirección Jurídica y precisamente con el volumen de trabajo, el personal que se tenía en ese momento, se le hizo frente.

En aquel momento asumimos una tarea nueva, sin recursos, se definieron prioridades, fue un trabajo muy laborioso y además de eso, la decisión de cuántos expedientes se abrían o no, pues casi que estaba en manos del MOPT y de la Dirección de Tránsito.

De pronto entraban una gran cantidad de expedientes, otros meses unos cuantos, eso incrementó las cargas de trabajo. Todo eso se fue de una u otra forma acumulando cuando se toma la decisión de trasladarnos a estas instalaciones, hacemos como

una revisión de todo lo que está ahí para ver el estado en que se encontraba y poder darles el trámite que hacía falta.

La Directiva **María Lourdes Echandi Gurdíán** señaló que quisiera estudiar el tema del mes para iniciar el procedimiento administrativo luego de tomada la medida cautelar. Pregunta si existe otra resolución de la Sala Constitucional en el mismo sentido que la que cita el criterio jurídico No. 2008-10930, la cual admite como constitucional que el mes para iniciar el procedimiento administrativo ordinario sea para adoptar el inicio del procedimiento y no para efectuar la notificación de dicha resolución. Ante lo cual, el **Director General de Asesoría Jurídica y Regulatoria** contesta que lo desconoce.

La Directiva **Echandi Gurdíán** indica que este es un caso que tiene años de estar pendiente de resolver, sin embargo es un tema académico y que puede aplicarse hacia futuro. Considera que notificar la resolución de inicio del procedimiento administrativo al investigado con posterioridad al mes de haberse adoptado la medida cautelar, le parece que es lesiva en el tanto ese acto administrativo produce efecto al administrado desde su adopción y no después de comunicado. Todo ello quebranta el artículo 140 de la Ley General de la Administración Pública y el artículo 41 de la Constitución Política.

Nótese que el 10 de agosto de 2007 se confeccionó la boleta de citación al recurrente con lo cual, como medida cautelar, se detuvo el vehículo en cuestión. Si bien se adoptó la resolución que inicia el procedimiento el 5 de setiembre del 2007, lo cierto es que fue notificada por medio del fax señalado al recurrente hasta el 25 de setiembre del 2007, es decir 20 días después de adoptada.

Ello evidencia que el plazo de un mes previsto por el artículo 243 del Código Procesal Civil que la Sala Constitucional estima aplicable de modo analógico en estos casos, así interpretado, bien puede generar un quebranto a las citadas normas y garantías fundamentales, dado que la notificación podría extenderse indefinidamente, aunque la resolución se haya dictado dentro del mes a que refiere la norma, acto que es el que desencadena los efectos jurídicos.

Luego de discutir el tema, la Junta Directiva resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 03-55-2011

- 1) Rechazar por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Armando Morales Morales contra la resolución RRG-7379-2007.
- 2) Rechazar por el fondo el incidente de nulidad concomitante interpuesto por el señor Luis Armando Morales Morales contra la resolución RRG-7379-2007.

- 3) Dar por agotada la vía administrativa.
- 4) Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que mediante acto administrativo RRG-7379-2007 de las 13:25 horas del 22 de octubre de 2007, se dio inicio al procedimiento administrativo contra el señor Luis Armando Morales Morales como conductor y propietario registral del vehículo involucrado, nombrando al efecto órgano director (folios 29 al 30).
- II. Que dicho acto fue notificado al señor Luis Armando Morales Morales el 1 de noviembre de 2007, por medio de uno de los fax señalados al efecto (folios 31 y 36).
- III. Que el 6 de noviembre de 2007 se recibe en la Autoridad Reguladora un recurso de apelación y nulidad concomitante suscrito por el señor Morales Morales contra la RRG-7379-2007 (folios 21 al 28).
- IV. Que por resolución RRG-7628-2007 de las 11:00 horas del 30 de noviembre de 2007 se resolvió levantar la medida cautelar decretada contra el vehículo placa 637463, resolución que le fue notificada al señor Morales Morales el 6 de diciembre de 2007 por el medio señalado (folios 41 al 45).
- V. Que mediante informe 431-DGJR-2011 del 4 de agosto de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio jurídico sobre el recurso interpuesto, mismo que corre agregado a los autos.

CONSIDERANDO:

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

□(□)

II. FUNDAMENTO JURÍDICO:

Que el presente recurso y su resolución se sustentan en los artículos 126, 158 al 179, 223, 342, 343, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 356 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227).

III. ANÁLISIS JURÍDICO POR LA FORMA DEL RECURSO DE APELACIÓN:

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 6227 y sus reformas (folios 21 al 28).*
2. **Temporalidad del recurso:** *La resolución que se impugna, por su naturaleza, cuenta con un plazo para la interposición de recursos de 24 horas de conformidad con el artículo 346 de la Ley 6227, plazo que rige a partir de la última comunicación del acto. Para el caso concreto, la notificación se efectuó al investigado vía fax, por ser el medio señalado. Siendo que la Ley 6227 no establece normativa específica para la notificación vía fax, este procedimiento por interpretación e integración normativa (artículos 9, 10 y 229 de Ley 6227), se llevaba a cabo al amparo de la Ley de notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales (Ley 7637), Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 8) y el Reglamento para el uso de fax como medio de Notificación en los Despachos Judiciales (Reglamento 27 Corte Suprema de Justicia), vigentes a la fecha de la notificación efectuada. Así, las resoluciones se tenían por notificadas el día hábil siguiente a aquél en que se hizo la transmisión (artículo 3 Reglamento 27).*

En el caso en análisis, la notificación se efectuó el jueves 1 de noviembre de 2007, teniéndose por notificada el viernes 2 de noviembre de 2007, con un plazo de 24 horas para interponer el recurso, sea el lunes 5 de noviembre del año indicado.

El martes 6 de noviembre de 2007 el investigado interpuso el recurso de apelación y nulidad concomitante.

Del análisis comparativo de interposición del recurso de apelación con respecto a la fecha de notificación de la resolución impugnada, se tiene que el mismo fue presentado en forma extemporánea (folios 21 al 31 y 36 al 37).

3. **Legitimación:** *Respecto a la legitimación activa cabe indicar que el investigado, señor Luis Armando Morales Morales, está legitimado 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.*

IV. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN Y NULIDAD CONCOMITANTE DEL ACTO ADMINISTRATIVO RRG-7379-2007-2007:

Se desglosan de seguido y en lo conducente, los argumentos expuestos por el señor Luis Armando Morales Morales: 1) Que el 27 de septiembre de 2007 se le confiscó su

vehículo por supuesta prestación de servicio público sin la debida autorización, aplicándosele una medida cautelar, razón por la cual la administración contaba con un mes (10 de setiembre de 2007) para iniciar el procedimiento en razón del artículo 243 del Código Procesal Civil. 2) Que al no recibir notificación de inicio en el plazo de ley, solicitó la devolución del vehículo. 3) Que al no recibir respuesta a sus solicitudes se contacta con el órgano director y se le informa que no está incorporado al expediente ningún escrito. 4) Que el 31 de octubre de 2007 se comunica que el escrito señalando fax para atender notificaciones fue presentado en tiempo y que no se le puede imputar que no haya sido incorporado al expediente. 5) Que no es sino hasta el 1 de noviembre de 2007, 5 días después de vencido el plazo de medida cautelar que se le notifica el inicio del procedimiento, lo que convierte tal acto administrativo y su notificación en un acto completamente nulo y contrario a derecho. 6) Que el acto de negar la devolución del vehículo es completamente ilegítimo y falto de derecho. 7) Que la notificación posterior al vencimiento de la medida cautelar es un acto administrativo absolutamente nulo e ineficaz. Fundamenta sus alegatos en los artículos 4, 11.1, 16.1, 128, 140, 158.1.2, 162, 169 y 239 de la Ley 6227; artículo 243 del Código Procesal Civil y 11, 27 y 41 de la Constitución Política. Solicita que se proceda a la devolución del vehículo decomisado, se anule el acto administrativo de inicio del procedimiento y se archive el expediente (folios 21 al 28).

V. ANÁLISIS JURÍDICO POR EL FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN E INCIDENTE DE NULIDAD:

No obstante que procede rechazar el recurso por extemporáneo, se debe indicar al recurrente que el inicio del procedimiento versus la medida cautelar ha sido un tema ampliamente impugnado y resuelto a nivel judicial por la Sala Constitucional.

Por lo indicado, se procede a exponer un extracto de algunas resoluciones dictadas en estrados judiciales constitucionales:

() **III.- Sobre el fondo.** *De conformidad con el artículo 5 inciso f) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, número 7593, ese ente tiene potestades para velar por la prestación óptima de, entre otros, los servicios públicos relacionados con cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo. El numeral 38 inciso d) de la misma Ley le confiere la potestad de imponer la sanción de multa, cumpliendo el procedimiento administrativo previsto en la Ley General de la Administración Pública, a quien suministre un servicio público sin estar autorizado a ello. Y el artículo 44 ibídem confiere competencia a la Autoridad Reguladora para decretar las medidas cautelares de cierre inmediato de las empresas que utilicen sin autorización los servicios públicos o que sean proveedoras de un servicio público sin contar con la respectiva concesión o permiso; así como de remover cualquier equipo o instrumento que permita el uso*

abusivo e ilegal de los servicios regulados, para lo cual podrá contar con la ayuda de la fuerza pública. (□) □ Voto 2004-08621 de las 16:13 horas del 10 de agosto de 2004, expediente 04-006245-0007-CO.

□(□) IV.- De lo expuesto anteriormente, el recurrente no lleva razón en sus alegatos por cuanto las autoridades recurridas se encuentran facultadas por el ordenamiento jurídico a realizar el decomiso del vehículo que realiza un transporte público no autorizado y a dictar el acto administrativo mediante la resolución correspondiente, dando inicio de esta forma al procedimiento administrativo, en el cual el recurrente va a tener la oportunidad de presentar sus alegatos y ejercer así su derecho de defensa. El decomiso consiste en una medida cautelar que no tiene una naturaleza sancionadora siempre que se respeten los límites de razonabilidad y de instrumentalidad que las define. Es decir, la Administración Pública al iniciar un procedimiento que tiene como fin investigar la verdad real de los hechos que se denuncian, puede de oficio imponer una serie de medidas de carácter temporal y precautorio, para que durante la tramitación del proceso no se sigan vulnerando las disposiciones legales que eventualmente podrían estar siendo quebrantadas. La naturaleza de este tipo de medidas obedece a una razón de carácter práctico, la cual es el aseguramiento y garantía de cumplimiento de la decisión final que se adopte. De allí su carácter temporal, ya que se impone mientras se desarrolla un procedimiento ordinario, es decir, sólo sobrevive hasta que se tome una decisión definitiva; y por otro lado, su naturaleza instrumental, porque pretenden garantizar provisionalmente la eficacia del acto final que se dicte.

En consecuencia la orden provisional del decomiso efectuada consiste en una medida cautelar, y la resolución de las catorce horas y cuarenta minutos del diecisiete de mayo del año en curso es el acto inicial del procedimiento administrativo, motivo por el cual no se puede considerar que exista o existiera en aquel momento, violación alguna al derecho que le asiste al amparado de ocurrir en defensa de sus intereses en vía administrativa, toda vez que es a partir de este momento en que se inicia el procedimiento administrativo y el administrado va a tener la posibilidad, a partir de la notificación de ésta a ejercer los recursos de ley, a fin de que se discuta lo dispuesto en esa orden. (□) □ Voto 2007-9448 de las 17:23 horas del 28 de junio de 2007, expediente 07-006682-0007-CO.

□(□) IV.- Sobre el fondo. (□) Ahora bien, como se desprende del expediente, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos es la competente para iniciar el correspondiente procedimiento administrativo a fin de verificar la veracidad o no de los hechos denunciados y por los cuales se decomisó el vehículo. En ese orden de ideas, se tiene que mediante resolución RRG-8022-2008 de las diez horas del cinco de marzo del dos mil ocho, la Autoridad recurrida dio inicio al procedimiento administrativo ordinario en contra de Juan de los Ángeles Barquero Gracia en calidad de conductor y de Robert Centeno Soto como dueño registral del vehículo involucrado para averiguar

la verdad real de los hechos denunciados según la boleta de citación antes mencionada, resolución que fue notificada al amparado el trece de marzo del dos mil ocho y al dueño registral del vehículo por medio de publicación tres veces en La Gaceta.

*V.- (□) Debe tomarse en consideración que de la relación de los artículos 229, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública, 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 243 del Código Procesal Civil, el plazo que tiene la Administración Pública para incoar el procedimiento administrativo, a partir de ser decretada la medida cautelar ante causam, es de un mes. En el caso concreto, es evidente que si el decomiso del vehículo se dio el ocho de febrero del dos mil ocho y el auto de inicio del procedimiento se dictó el cinco de marzo de este año, la Administración ha actuado dentro de ese plazo de un mes, por lo que se estima que no se han vulnerado los derechos fundamentales del tutelado, por cuanto a partir de esa fecha se inició el procedimiento administrativo de conformidad con lo establecido por el ordenamiento jurídico, dentro del cual el recurrente podrá ejercer el debido proceso y su derecho de defensa (□) □ **Voto 2008-10930 de las 10:19 horas del 4 de julio de 2008, expediente 08-005715-0007-CO.***

Una vez expuesta la posición de la Sala Constitucional en cuanto a la normativa que regula la materia en análisis, en relación al caso concreto, se determina que la boleta de citación que dio origen a la imposición de la medida cautelar data del 29 de setiembre de 2007. En comparación con la resolución que dictó el inicio del procedimiento, del 22 de octubre de 2007 se concluye que la misma se dictó dentro del plazo del mes, por lo que no existe incumplimiento de la norma ni del criterio de la Sala Constitucional. La notificación de esta resolución a las partes se efectúa vía fax al señor Morales Morales en un primer intento por publicación en La Gaceta los días 2, 5 y 6 de noviembre de 2007, por no contar con el señalamiento de un número de fax al cual hacer efectivamente la notificación. Sin embargo, se observa que por auto de incorporación de escrito OD-083-2007 de las 11:30 horas del 31 de octubre de 2007, el órgano director tiene por incorporado al expediente el escrito interpuesto por el señor Morales Morales el 28 de setiembre de 2007, subsanando la omisión de haberse incorporado en su oportunidad el escrito al expediente. Por lo expuesto, se concluye que no existió inercia de la administración, en el inicio del procedimiento, el cual se dictó dentro del plazo de ley. En cuanto al retraso en la notificación de la resolución, no se debe considerar que la misma conlleve la ineficacia del acto administrativo.

El alegato planteado no es de recibo, en virtud de que el plazo establecido en los artículos 261, 262 y 263 de la Ley 6227, resultan ser de carácter ordenatorio y no perentorio, tal y como ha sido dicho por la Procuraduría General de la República en su pronunciamiento C-340-2006, al señalar:

□ Por otro lado, interesa indicar que indudablemente los plazos obligan a los agentes administrativos y a los interesados en el procedimiento. Esa

obligatoriedad significa el deber de cumplir los plazos del procedimiento e implica la consiguiente facultad para exigir su cumplimiento en sede administrativa o judicial. Sin embargo, no debe confundirse con la "perentoriedad", la que supone la caducidad o decaimiento del derecho que ha dejado de ejercerse ni tampoco con la llamada improrrogabilidad, que se refiere a la posibilidad de extender o ampliar los plazos fijados.

Si examinamos los supuestos en que cabe reconocer virtud invalidante a algún vicio por la forma, podremos concluir que la actuación administrativa fuera de tiempo en un procedimiento administrativo, carece de trascendencia anulatoria, salvo en el supuesto de que el término o plazo sea además de esencial, perentorio (□). □

Por lo expuesto, se concluye que no existió inercia de la administración, en el inicio del procedimiento, el cual se dictó dentro del plazo de ley. Por su parte, en cuanto a la contabilización de plazos, los mismos corren a partir de la notificación, es decir, el 1 de noviembre de 2007.

Se debe apreciar que la urgencia en iniciar el procedimiento es única y exclusivamente en cuanto a la existencia de una medida cautelar ante causam, plazo que pretende resguardar los derechos del administrado ante una eventual inercia de la administración. Sin que esto afecte el derecho de fondo para conocer y resolver sobre los hechos investigados, por cuanto se está ante la presunción de una violación a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593) y la prestación de servicios públicos, materia que goza de especial regulación por el interés colectivo que existe de por medio.

En el caso concreto, no se observa inercia de la administración, sino la falta de incorporar el escrito presentado por el investigado en forma oportuna, error que se subsanó de forma tal que cumplió su cometido al poner en conocimiento del investigado de la iniciación del procedimiento administrativo. Motivo por el cual, no se puede inferir, como lo expone el recurrente en su recurso, que dicha actuación conlleve la ineficacia del acto administrativo, concluyéndose que no lleva razón el investigado en sus argumentos.

Finalmente, se debe indicar que por resolución RRG-7628-2007 de las 11:00 horas del 30 de noviembre de 2007 se resolvió levantar la medida cautelar decretada contra el vehículo placa 637463 detenido por boleta de citación 2007-087597. Dicha resolución fue notificada al recurrente el 6 de diciembre de 2007 por el medio señalado. Por lo expuesto, carece de interés actual pronunciarse en cuanto a este extremo de la pretensión.

Sobre el incidente de nulidad: *El recurrente presenta escrito en el cual interpone recurso de apelación y nulidad concomitante, no obstante, expone una serie de argumentos en general, sin deslindar si corresponden a la apelación o a la nulidad propiamente dicha.*

Los argumentos en cuanto al recurso de apelación fueron debidamente analizados, procediéndose a valorar de seguido y en lo que corresponde una eventual nulidad de la resolución RRG-7379-2007.

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

El artículo 223 de la Ley 6227 establece:

□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 este sentido, es necesario determinar si el acto recurrido cumple con los elementos de validez del acto administrativo fijados en la Ley 6227, la cual establece la necesidad de que todo acto administrativo cuente con una serie de elementos indispensables que le den plena validez al mismo, en este sentido, se tiene que el motivo legítimo, el contenido y el fin son elementos de validez.

Analizada la RRG-7379-2007 sobre la base de lo que disponen los artículos 128 y siguientes de la Ley 6227 se puede afirmar que a esa resolución no le falta ninguno de los elementos que debe tener, previstos en dicha ley; ni es disconforme con el ordenamiento jurídico, por lo siguiente:

a) Fue dictada por el órgano competente, es decir, por el Regulador General (artículo 129 de la Ley 6227),

b) Fue emitida por escrito, como corresponde (artículos 134 y 136. Forma),

c) De previo a dictarla, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley (artículo 129. Procedimiento),

d) Contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133. Motivo) y

e) Estableció en su parte considerativa, las razones que sustentan la decisión del órgano competente (artículos 131 y 132. Fin y Contenido).

Así las cosas, no deviene en nula la resolución recurrida RRG-7379-2007, pues los elementos constitutivos del acto están presentes y en consecuencia, no se encuentran motivos fundamentados ni de peso que permitan concluir la existencia de una nulidad del procedimiento que conlleve a la necesidad de revocar lo resuelto, por lo que se recomienda rechazar la nulidad concomitante planteada.

De conformidad con lo anterior, la Autoridad Reguladora actuó dentro del marco de sus competencias y facultades, por lo que en virtud de lo antes expuesto, el recurrente no lleva razón en lo que argumenta.

Así, lo procedente es declarar sin lugar por la forma el recurso de apelación y la nulidad concomitante interpuestas.

VI. CONCLUSIONES:

- 1. El recurso fue presentado fuera del plazo legal por lo que resulta extemporáneo.*
- 2. El 29 de setiembre de 2007 se confeccionó boleta de citación al señor Luis Armando Morales Morales, con la cual, como medida cautelar, se detuvo el vehículo placa 637463, debiéndose iniciar el correspondientes procedimiento administrativo dentro del mes siguiente, lo cual se realizó el 22 de octubre de 2007, dentro del plazo establecido, mediante RRG-7379-2007, la cual fue notificada al investigado el 1 de noviembre de 2007.*
- 3. El efectuar la notificación de la resolución de inicio al investigado posterior al mes de haberse efectuado la medida cautelar, no causa nulidad del acto administrativo, según lo establecido en la jurisprudencia constitucional referida y en la Ley 6227 en cuanto al carácter ordenatorio y no perentorio de los plazos.*
- 4. Por resolución RRG-7628-2007 del 30 de noviembre de 2007 se ordenó levantar la medida cautelar y la devolución del vehículo al recurrente.*

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

(□) □

- II. Que de conformidad con el resultando y el considerando que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, se acoge el criterio jurídico citado, siendo lo procedente rechazar por extemporáneo el recurso de apelación y rechazar por el fondo el incidente de la nulidad concomitante, tal y como se dispone:

POR TANTO:

Con fundamento en la Ley 6227 y las facultades conferidas en el artículo 349 y en aplicación de los principios del debido proceso y los artículos 39 y 41 de la Constitución Política,

LA JUNTA DIRECTIVA

RESUELVE:

- I. Rechazar por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Armando Morales Morales contra la resolución RRG-7379-2007.
- II. Rechazar por el fondo el incidente de nulidad concomitante interpuesto por el señor Luis Armando Morales Morales contra la resolución RRG-7379-2007.
- III. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTA SEPARADA: de los Directivos María Lourdes Echandi Gurdían y Emilio Arias Rodríguez

Concurrimos con el voto de mayoría, sin embargo nos separamos en la parte considerativa en cuanto estimamos improcedente que se notifique la resolución que decide el inicio de procedimiento declarativo, con posterioridad al plazo de un mes previsto en el artículo 243 del Código Procesal Civil, aplicado analógicamente por la Sala Constitucional en supuestos como el presente (Resolución No. 2008-10930). Dado que conforme al artículo 140 de la Ley General de la Administración Pública, la eficacia de los actos de gravamen corre a partir de su notificación y no de su adopción, estimamos que en adelante en casos como éste, se debe notificar la resolución de inicio del procedimiento administrativo al investigado a más tardar un mes contado a partir de la adopción de la medida cautelar.

María Lourdes Echandi Gurdián

Emilio Arias Rodríguez

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 5. *Recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante interpuesto por Olger Ramírez Bonilla contra RRG-7152-2007. Expediente OT-294-2007.*

Se conocieron los oficios 433-DGJR-2011 / 434-DGJR-2011, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refiere al Recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante interpuesto por el señor Olger Ramírez Bonilla contra resolución RRG-7152-2007. Expediente OT-294-2007.

La señora **Selene Camacho Quesada** explicó en detalle los pormenores del citado recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante interpuesto por el señor Olger Ramírez Bonilla contra resolución RRG-7152-2007.

El Directivo **Arias Rodríguez** indicó que igual situación que el caso anterior, en el expediente no consta a cargo de quien estuvo la asesoría hacia el Regulador General sobre la resolución RRG-7152-2007. Además, con relación a la consulta las razones del porque si este caso está desde el 2007, hasta ahora está llegando a conocimiento de la Junta Directiva, solicitaría que se incluya la misma respuesta brindada por el Director General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en el caso anterior.

Dicha respuesta se indica a continuación:

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza**, procede a brindar una explicación sobre el proceso que han sufrido estos expedientes, ya que en algún momento la Junta Directiva anterior también se cuestionó esta situación y a raíz de eso se emitió un informe que contenía diversas razones que motivaron ese atraso. Estos procedimientos eran incluidos por la Dirección de Participación del Usuario, en el 2007 se toma la decisión de trasladar estos asuntos a la Dirección Jurídica y precisamente con el volumen de trabajo, el personal que se tenía en ese momento, se le hizo frente.

En aquel momento asumimos una tarea nueva, sin recursos, se definieron prioridades, fue un trabajo muy laborioso y además de eso, la decisión de cuántos expedientes se abrían o no, pues casi que estaba en manos del MOPT y de la Dirección de Tránsito.

De pronto entraban una gran cantidad de expedientes, otros meses unos cuantos, eso incrementó las cargas de trabajo. Todo eso se fue de una u otra forma acumulando cuando se toma la decisión de trasladarnos a estas instalaciones, hacemos como una revisión de todo lo que está ahí para ver el estado en que se encontraba y poder darles el trámite que hacía falta.

La Directiva *María Lourdes Echandi Gurdíán* señaló que quisiera estudiar el tema del mes para iniciar el procedimiento administrativo luego de tomada la medida cautelar. Pregunta si existe otra resolución de la Sala Constitucional en el mismo sentido que la que cita el criterio jurídico No. 2008-10930, la cual admite como constitucional que el mes para iniciar el procedimiento administrativo ordinario sea para adoptar el inicio del procedimiento y no para efectuar la notificación de dicha resolución. Ante lo cual, el *Director General de Asesoría Jurídica y Regulatoria* contesta que lo desconoce.

La Directiva *Echandi Gurdíán* indica que este es un caso que tiene años de estar pendiente de resolver, sin embargo es un tema académico y que puede aplicarse hacia futuro. Considera que notificar la resolución de inicio del procedimiento administrativo al investigado con posterioridad al mes de haberse adoptado la medida cautelar, le parece que es lesiva en el tanto ese acto administrativo produce efecto al administrado desde su adopción y no después de comunicado. Todo ello quebranta el artículo 140 de la Ley General de la Administración Pública y el artículo 41 de la Constitución Política.

Nótese que el 29 de setiembre de 2007 se confeccionó la boleta de citación al recurrente con lo cual, como medida cautelar, se detuvo el vehículo en cuestión. Si bien se adoptó la resolución que inicia el procedimiento el 22 de octubre del 2007, lo cierto es que fue notificada por medio del fax señalado al recurrente hasta el 1 de noviembre del 2007, es decir 10 días después de adoptada.

Ello evidencia que el plazo de un mes previsto por el artículo 243 del Código Procesal Civil que la Sala Constitucional estima aplicable de modo analógico en estos casos, así interpretado, bien puede generar un quebranto a las citadas normas y garantías fundamentales, dado que la notificación podría extenderse indefinidamente, aunque la resolución se haya dictado dentro del mes a que refiere la norma, acto que es el que desencadena los efectos jurídicos.

La Junta Directiva, luego de una serie de consideraciones, resolvió por unanimidad:

ACUERDO 04-055-2011

- 1) Rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto por el señor Olger Ramírez Bonilla contra la resolución RRG-7152-2007.

- 2) Rechazar por el fondo el incidente de nulidad concomitante interpuesto por el señor Olger Ramírez Bonilla contra la resolución RRG-7152-2007.
- 3) Dar por agotada la vía administrativa.
- 4) Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que mediante acto administrativo RRG-7152-2007 de las 09:50 horas del 5 de setiembre de 2007, se dio inicio al procedimiento administrativo contra el señor Olger Ramírez Bonilla y contra quien se apersona como dueño registral, nombrando al efecto órgano director (folios 21 al 22).
- II. Que dicho acto fue notificado al señor Olger Ramírez Bonilla el 25 de setiembre de 2007, por medio de uno de los fax señalados al efecto, y al propietario registral por medio de publicación en el diario oficial La Gaceta, los días 21, 24 y 25 de setiembre de 2007 (folios 22, 29, 31 al 32 y 33 al 35).
- III. Que el 27 de setiembre de 2007 se recibió en la Autoridad Reguladora un recurso de apelación y nulidad concomitante suscrito por el señor Ramírez Bonilla contra la RRG-7152-2007 (folios 17 al 20).
- IV. Que por resolución RRG-7470-2007 de las 12:10 horas del 6 de noviembre de 2007 se resolvió levantar la medida cautelar decretada contra el vehículo placa T07-07-077515, resolución que le fue notificada al señor Ramírez Bonilla el 9 de noviembre de 2007 por el medio señalado (folios 36 al 40).
- V. Que mediante informe 433-DGJR-2011 del 4 de agosto de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio jurídico no vinculante sobre el recurso interpuesto, mismo que corre agregado a los autos.

CONSIDERANDO:

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

□(□)

II. FUNDAMENTO JURÍDICO:

Que el presente recurso y su resolución se sustentan en los artículos 126, 158 al 179, 223, 342, 343, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 356 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227).

III. ANÁLISIS JURÍDICO POR LA FORMA DEL RECURSO DE APELACIÓN:

4. 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 6227 y sus reformas (folios 17 al 20).*

5. Temporalidad del recurso: *La resolución que se impugna, por su naturaleza, cuenta con un plazo para la interposición de recursos de 24 horas de conformidad con el artículo 346 de la Ley 6227, plazo que rige a partir de la última comunicación del acto. Para el caso concreto, la notificación se efectuó al investigado vía fax, por ser el medio señalado. Siendo que la Ley 6227 no establece normativa específica para la notificación vía fax, este procedimiento por interpretación e integración normativa (artículos 9, 10 y 229 de Ley 6227), se llevaba a cabo al amparo de la Ley de notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales (Ley 7637), Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 8) y el Reglamento para el uso de fax como medio de Notificación en los Despachos Judiciales (Reglamento 27 Corte Suprema de Justicia), vigentes a la fecha de la notificación efectuada. Así, las resoluciones se tenían por notificadas el día hábil siguiente a aquél en que se hizo la transmisión (artículo 3 Reglamento 27).*

En el caso en análisis, la notificación se efectuó el martes 25 de setiembre de 2007, teniéndose por notificada el miércoles 26 de setiembre de 2007, con un plazo de 24 horas para interponer el recurso, sea el jueves 27 de setiembre del año indicado.

El jueves 27 de setiembre de 2007 el investigado interpuso el recurso de apelación y nulidad concomitante.

Del análisis comparativo de interposición del recurso de apelación con respecto a la fecha de notificación de la resolución impugnada, se tiene que el mismo fue presentado en tiempo (folios 17 al 27 y 31 al 32).

6. Legitimación: *Respecto a la legitimación activa cabe indicar que el investigado, Olger Ramírez Bonilla está legitimado 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.*

IV. ARGUMENTOS Y PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN Y NULIDAD CONCOMITANTE DEL ACTO ADMINISTRATIVO RRG-7152-2007:

Se desglosan de seguido y en lo conducente, los argumentos expuestos por el señor Olger Ramírez Bonilla: 1) Que el 10 de agosto de 2007 se le confeccionó la boleta de citación 2007-020544, aplicándosele una medida cautelar, razón por la cual la administración contaba con un mes (10 de setiembre de 2007) para iniciar el procedimiento en razón del artículo 243 del Código Procesal Civil. 2) Que al no recibir notificación de inicio en el plazo de ley, solicitó la devolución del vehículo. 3) Que no es sino hasta el 25 de setiembre siguiente que se le notifica el inicio del procedimiento administrativo. 4) Que por el vencimiento del plazo de un mes, la resolución recurrida carece de eficacia jurídica, violenta el ordenamiento y el principio de legalidad, no se presume legítimo, no se puede convalidar ni arreglar a derecho por saneamiento. 5) Que el administrado no tiene por qué pagar las deficiencias de la función pública por el incumplimiento de los plazos de ley. 6) Que el acto de negar la devolución del vehículo es completamente ilegítimo y falta de derecho. 6) Que la notificación posterior al vencimiento de la medida cautelar es un acto administrativo absolutamente nulo e ineficaz. Fundamenta sus alegatos en los artículos 140, 158.2, 169 y 172 de la Ley 6227 y en el artículo 243 del Código Procesal Civil. Solicita que se proceda a la devolución del vehículo decomisado, se anule el acto administrativo de inicio del procedimiento y se archive el expediente (folios 17 al 20).

V. ANÁLISIS JURÍDICO POR EL FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN E INCIDENTE DE NULIDAD:

A efecto de analizar los argumentos planteados por el recurrente, en cuanto a una eventual ineficacia de la resolución recurrida por su notificación posterior al plazo de un mes calendario del dictado de la medida cautelar, se debe indicar que el inicio del procedimiento versus la medida cautelar ha sido un tema ampliamente impugnado y resuelto a nivel judicial por la Sala Constitucional.

Por lo indicado, se procede a exponer un extracto de algunas resoluciones dictadas en estrados judiciales constitucionales:

() **III.- Sobre el fondo.** *De conformidad con el artículo 5 inciso f) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, número 7593, ese ente tiene potestades para velar por la prestación óptima de, entre otros, los servicios públicos relacionados con cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo. El numeral 38 inciso d) de la misma Ley le confiere la potestad de imponer la sanción de multa, cumpliendo el procedimiento administrativo previsto en la Ley General de la Administración Pública, a quien suministre un servicio*

*público sin estar autorizado a ello. Y el artículo 44 ibídem confiere competencia a la Autoridad Reguladora para decretar las medidas cautelares de cierre inmediato de las empresas que utilicen sin autorización los servicios públicos o que sean proveedoras de un servicio público sin contar con la respectiva concesión o permiso; así como de remover cualquier equipo o instrumento que permita el uso abusivo e ilegal de los servicios regulados, para lo cual podrá contar con la ayuda de la fuerza pública. (□) □ **Voto 2004-08621 de las 16:13 horas del 10 de agosto de 2004, expediente 04-006245-0007-CO.***

*□(□) **IV.-** De lo expuesto anteriormente, el recurrente no lleva razón en sus alegatos por cuanto las autoridades recurridas se encuentran facultadas por el ordenamiento jurídico a realizar el decomiso del vehículo que realiza un transporte público no autorizado y a dictar el acto administrativo mediante la resolución correspondiente, dando inicio de esta forma al procedimiento administrativo, en el cual el recurrente va a tener la oportunidad de presentar sus alegatos y ejercer así su derecho de defensa. El decomiso consiste en una medida cautelar que no tiene una naturaleza sancionadora siempre que se respeten los límites de razonabilidad y de instrumentalidad que las define. Es decir, la Administración Pública al iniciar un procedimiento que tiene como fin investigar la verdad real de los hechos que se denuncian, puede de oficio imponer una serie de medidas de carácter temporal y precautorio, para que durante la tramitación del proceso no se sigan vulnerando las disposiciones legales que eventualmente podrían estar siendo quebrantadas. La naturaleza de este tipo de medidas obedece a una razón de carácter práctico, la cual es el aseguramiento y garantía de cumplimiento de la decisión final que se adopte. De allí su carácter temporal, ya que se impone mientras se desarrolla un procedimiento ordinario, es decir, sólo sobrevive hasta que se tome una decisión definitiva; y por otro lado, su naturaleza instrumental, porque pretenden garantizar provisionalmente la eficacia del acto final que se dicte.*

*En consecuencia la orden provisional del decomiso efectuada consiste en una medida cautelar, y la resolución de las catorce horas y cuarenta minutos del diecisiete de mayo del año en curso es el acto inicial del procedimiento administrativo, motivo por el cual no se puede considerar que exista o existiera en aquel momento, violación alguna al derecho que le asiste al amparado de ocurrir en defensa de sus intereses en vía administrativa, toda vez que es a partir de este momento en que se inicia el procedimiento administrativo y el administrado va a tener la posibilidad, a partir de la notificación de ésta a ejercer los recursos de ley, a fin de que se discuta lo dispuesto en esa orden. (□) □ **Voto 2007-9448 de las 17:23 horas del 28 de junio de 2007, expediente 07-006682-0007-CO.***

*□(□) **IV.- Sobre el fondo.** (□) Ahora bien, como se desprende del expediente, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos es la competente para iniciar el*

correspondiente procedimiento administrativo a fin de verificar la veracidad o no de los hechos denunciados y por los cuales se decomisó el vehículo. En ese orden de ideas, se tiene que mediante resolución RRG-8022-2008 de las diez horas del cinco de marzo del dos mil ocho, la Autoridad recurrida dio inicio al procedimiento administrativo ordinario en contra de Juan de los Ángeles Barquero Gracia en calidad de conductor y de Robert Centeno Soto como dueño registral del vehículo involucrado para averiguar la verdad real de los hechos denunciados según la boleta de citación antes mencionada, resolución que fue notificada al amparado el trece de marzo del dos mil ocho y al dueño registral del vehículo por medio de publicación tres veces en La Gaceta.

*V.- (□) Debe tomarse en consideración que de la relación de los artículos 229, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública, 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 243 del Código Procesal Civil, el plazo que tiene la Administración Pública para incoar el procedimiento administrativo, a partir de ser decretada la medida cautelar ante causam, es de un mes. En el caso concreto, es evidente que si el decomiso del vehículo se dio el ocho de febrero del dos mil ocho y el auto de inicio del procedimiento se dictó el cinco de marzo de este año, la Administración ha actuado dentro de ese plazo de un mes, por lo que se estima que no se han vulnerado los derechos fundamentales del tutelado, por cuanto a partir de esa fecha se inició el procedimiento administrativo de conformidad con lo establecido por el ordenamiento jurídico, dentro del cual el recurrente podrá ejercer el debido proceso y su derecho de defensa (□) □ **Voto 2008-10930 de las 10:19 horas del 4 de julio de 2008, expediente 08-005715-0007-CO.***

Una vez expuesta la posición de la Sala Constitucional en cuanto a la normativa que regula la materia en análisis, en relación al caso concreto, se determina que la boleta de citación que dio origen a la imposición de la medida cautelar data del 10 de agosto de 2007. En comparación con la resolución que dictó el inicio del procedimiento, del 5 de setiembre de 2007 se concluye que la misma se dictó dentro del plazo del mes, por lo que no existe incumplimiento de la norma ni del criterio de la Sala Constitucional. La notificación de esta resolución a la parte se efectúa vía fax al señor Ramírez Bonilla en un primer intento el 7 de setiembre, siendo que en dicha oportunidad se tuvo por no efectuada la notificación, al realizarse los intentos de ley a un número diferente al señalado. Esta situación se subsana por medio de nuevo envío de la resolución al investigado, esta vez en número señalado, gestión que se tiene por practicada el 25 de setiembre de 2007. Por su parte, se observa que la resolución también fue enviada a publicar en el diario oficial La Gaceta, publicación efectuada los días 21, 24 y 25 de setiembre de 2007.

El alegato planteado no es de recibo, en virtud de que el plazo establecido en los artículos 261, 262 y 263 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227), resultan ser de carácter ordenatorio y no perentorio, tal y como ha sido dicho por la Procuraduría General de la República en su pronunciamiento C-340-2006, al señalar:

□ Por otro lado, interesa indicar que indudablemente los plazos obligan a los agentes administrativos y a los interesados en el procedimiento. Esa obligatoriedad significa el deber de cumplir los plazos del procedimiento e implica la consiguiente facultad para exigir su cumplimiento en sede administrativa o judicial. Sin embargo, no debe confundirse con la "perentoriedad", la que supone la caducidad o decaimiento del derecho que ha dejado de ejercerse ni tampoco con la llamada improrrogabilidad, que se refiere a la posibilidad de extender o ampliar los plazos fijados.

Si examinamos los supuestos en que cabe reconocer virtud invalidante a algún vicio por la forma, podremos concluir que la actuación administrativa fuera de tiempo en un procedimiento administrativo, carece de trascendencia anulatoria, salvo en el supuesto de que el término o plazo sea además de esencial, perentorio (□). □

Por lo expuesto, se concluye que no existió inercia de la administración, en el inicio del procedimiento, el cual se dictó dentro del plazo de ley. Por su parte, en cuanto a la contabilización de plazos, los mismos no corren sino a partir de la notificación.

Se debe apreciar que la urgencia en iniciar el procedimiento es única y exclusivamente en cuanto a la existencia de una medida cautelar ante causam, plazo que pretende resguardar los derechos del administrado ante una eventual inercia de la administración. Sin que esto afecte el derecho de fondo para conocer y resolver sobre los hechos investigados, por cuanto se está ante la presunción de una violación a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593) y la prestación de servicios públicos, materia que goza de especial regulación por el interés colectivo que existe de por medio.

En el caso concreto, no se observa inercia de la administración, sino la existencia de un error material al momento de realizar la notificación, error que se subsanó de forma tal que cumplió su cometido al poner en conocimiento del investigado de la iniciación del procedimiento administrativo. Motivo por el cual, no se puede inferir, como lo expone el recurrente en su recurso, que dicha actuación conlleve la ineficacia del acto administrativo.

Finalmente, se debe indicar que por resolución RRG-7470-2007 de las 12:10 horas del 6 de noviembre de 2007 se resolvió levantar la medida cautelar decretada contra el vehículo placa T07-07-077515 detenido por boleta de citación 2007-020544. Dicha

resolución fue notificada al recurrente el 9 de noviembre de 2007 por el medio señalado. Por lo expuesto, carece de interés actual pronunciarse en cuanto a este extremo de la pretensión.

Sobre el incidente de nulidad: El recurrente presenta escrito en el cual interpone recurso de apelación y nulidad concomitante, no obstante, expone una serie de argumentos en general, sin deslindar si corresponden a la apelación o a la nulidad propiamente dicha.

Los argumentos en cuanto al recurso de apelación fueron debidamente analizados, procediéndose a valorar de seguido y en lo que corresponde una eventual nulidad de la resolución RRG-7152-2007.

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

El artículo 223 de la Ley 6227 establece:

□ 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 este sentido, es necesario determinar si el acto recurrido cumple con los elementos de validez del acto administrativo fijados en la Ley 6227, la cual establece la necesidad de que todo acto administrativo cuente con una serie de elementos indispensables que le den plena validez al mismo, en este sentido, se tiene que el motivo legítimo, el contenido y el fin son elementos de validez.

Analizada la RRG-7152-2007 sobre la base de lo que disponen los artículos 128 y siguientes de la Ley 6227 se puede afirmar que a esa resolución no le falta ninguno de los elementos que debe tener, previstos en dicha ley; ni es disconforme con el ordenamiento jurídico, por lo siguiente:

a) Fue dictada por el órgano competente, es decir, por el Regulador General (artículo 129 de la Ley 6227),

- b) Fue emitida por escrito, como corresponde (artículos 134 y 136. Forma),*
- c) De previo a dictarla, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley (artículo 129. Procedimiento),*
- d) Contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133. Motivo) y*
- e) Estableció en su parte considerativa, las razones que sustentan la decisión del órgano competente (artículos 131 y 132. Fin y Contenido).*

Así las cosas, no deviene en nula la resolución recurrida RRG-7152-2007, pues los elementos constitutivos del acto están presentes y en consecuencia, no se encuentran motivos fundamentados ni de peso que permitan concluir la existencia de una nulidad del procedimiento que conlleve a la necesidad de revocar lo resuelto, por lo que se recomienda rechazar la nulidad concomitante planteada.

Por lo expuesto, al no existir violación alguna a los derechos constitucionales y legales de los investigados, no se configura el supuesto de nulidad absoluta sobre el acto de apertura aquí recurrido.

De conformidad con lo anterior, la Autoridad Reguladora actuó dentro del marco de sus competencias y facultades, por lo que en virtud de lo antes expuesto, el recurrente no lleva razón en lo que argumenta.

Así, lo procedente es declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación y la nulidad concomitante interpuestos.

VI. CONCLUSIONES:

- 1- El recurso fue presentado en tiempo por lo cual resulta admisible.*
- 2- El 10 de agosto de 2007 se confeccionó boleta de citación al señor Olger Ramírez Bonilla, con la cual, como medida cautelar, se detuvo el vehículo placa T07-07-077515, debiéndose iniciar el correspondientes procedimiento administrativo dentro del mes siguiente, lo cual se realizó el 5 de setiembre de 2007, dentro del plazo establecido, mediante RRG-7152-2007, la cual fue notificada al investigado el 25 de setiembre de 2007.*
- 3-El efectuar la notificación de la resolución de inicio al investigado posterior al mes de haberse efectuado la medida cautelar, no causa nulidad del acto administrativo, según lo establecido en la jurisprudencia constitucional referida y en la Ley 6227 en cuanto al carácter ordenatorio y no perentorio de los plazos.*

4-Por resolución RRG-7470-2007 del 6 de noviembre de 2007 se ordenó levantar la medida cautelar y la devolución del vehículo al recurrente.

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

(□) □

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

POR TANTO:

Con fundamento en la Ley 6227 y las facultades conferidas en el artículo 349 y en aplicación de los principios del debido proceso y los artículos 39 y 41 de la Constitución Política,

**LA JUNTA DIRECTIVA
RESUELVE:**

- I.** Rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto por el señor Olger Ramírez Bonilla contra la resolución RRG-7152-2007.
- II.** Rechazar por el fondo el incidente de nulidad concomitante interpuesto por el señor Olger Ramírez Bonilla contra la resolución RRG-7152-2007.
- III.** Dar por agotada la vía administrativa.

NOTA SEPARADA: de los Directivos *María Lourdes Echandi Gurdíán y Emilio Arias Rodríguez*

Concurrimos con el voto de mayoría, sin embargo nos separamos en la parte considerativa en cuanto estimamos improcedente que se notifique la resolución que decide el inicio de procedimiento declarativo, con posterioridad al plazo de un mes previsto en el artículo 243 del Código Procesal Civil, aplicado analógicamente por la Sala Constitucional en supuestos como el presente (Resolución No. 2008-10930). Dado que conforme al artículo 140 de la Ley General de la Administración Pública, la eficacia de los actos de gravamen corre a partir de su notificación y no de su adopción, estimamos que en adelante en casos como éste, se debe

notificar la resolución de inicio del procedimiento administrativo al investigado a más tardar un mes contado a partir de la adopción de la medida cautelar.

María Lourdes Echandi Gurdían

Emilio Arias Rodríguez

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 6. *Recurso de apelación interpuesto por Mynor Solano Valerín contra del auto de inicio del procedimiento de la DPU.*

Don Cristian Rodríguez León participa en la discusión del presente artículo.

Se conocieron los oficios 424-DGJR-2011 / 425-DGJR-2011, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refiere recurso de apelación interpuesto por el señor Mynor Solano Valerín contra del auto de inicio del procedimiento de la DPU Expediente OT-57-2007.

El señor ***Cristian Rodríguez León*** expone el caso del recurso de apelación interpuesto por el señor Mynor Solano Valerín contra del auto de inicio del procedimiento de la Dirección de Participación al Usuario.

La Directora ***María Lourdes Echandi Gurdían*** manifestó:

□En el tanto se decida conocer y resolver, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por Minor Solano Valerín, en contra de auto de inicio del Procedimiento de la Dirección de Protección al Usuario de 3 de mayo del 2007, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 424-DGJR-2011 de 29 de julio del 2011, se deja de lado, mediante esa decisión, que esa misma Dirección □unidad u órgano administrativo interno de naturaleza consultiva- emitió también el criterio jurídico considerado al resolverse el recurso de revocatoria planteado por la misma empresa en contra del acto final que impugna, tal y como consta en el oficio 389-DGJR-2010 de 7 de mayo del 2010, lo cual veda la posibilidad de que esta Junta Directiva cuente con un criterio jurídico y técnico ajeno a las conductas que se revisan en esta superior jerarquía.

Consideramos que conforme a las reglas de control interno, debe evitarse la concentración del ejercicio de funciones incompatibles, de modo tal que una persona o unidad no tenga el control por la totalidad de determinadas labores.

Además, estimamos que la aludida concentración de funciones de Asesoría Jurídica y Regulatoria en las dos instancias, quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad que impera en todo procedimiento administrativo, así como el deber que tiene la Administración de actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado (GONZÁLEZ PÉREZ Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO Francisco, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), toda vez que involucra al mismo órgano consultivo en la fase de resolución del recurso de revocatoria, así como el de apelación.

De esta forma, a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria como unidad u órgano- le alcanza la causal de inhibitoria establecida por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica.

Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias el Director General y sus subordinados-, lo cierto es que es la misma Dirección la que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables a la Dirección como órgano dada la naturaleza y fin de la causal bajo examen, así como también y en específico a su Director General, pues por su posición de jerarquía avala, ya sea expresa o implícitamente, los criterios de sus subordinados.

Como lo hemos señalado de modo reiterado, toda esta problemática obedece a la errónea decisión, incorporada en los artículos 46 y 47 del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP), de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía.

Precisamente por esa situación, en cuatro oportunidades he mocionado, junto con el Directivo Arias, aún sin éxito, para reponer a esta Junta Directiva la Asesoría Jurídica y Regulatoria independiente que tuvo por muchos años. En efecto, así sucedió en la sesión 38-2010 del 29 de setiembre del 2010, la segunda en la sesión 49-2010 del 10 de noviembre del 2010, la tercera en la sesión 39-2011 del 15 de junio del 2011 y la cuarta en las sesiones 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

Cabe destacar, a mayor abundamiento, que la tesis que hemos reiterado en diversas ocasiones, el Directivo Arias y yo, fue recientemente confirmada por el Dr. Rubén Hernández Valle en un dictamen jurídico rendido a esta institución, el cual indicó:

A.- El contenido del deber de imparcialidad de los funcionarios públicos

1.- Tanto la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, la cual tiene rango de ley de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGAP, como la jurisprudencia constitucional han desarrollado con algún detalle el

principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, así como el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración, que deriva directamente de la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Entre otros, Votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional).

2.- Este derecho a la imparcialidad se configura como el deber de los funcionarios públicos de participar en la resolución de un asunto, directa o indirectamente, cuando previamente ha emitido criterio sobre el asunto (Dictamen número C-302-2009 PGR).

3.- En un dictamen posterior, la PGR estableció claramente que □Ciertamente, en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que dimana del artículo 11 de la Constitución Política y complementado por los numerales 230 y siguientes de la LGAP□ (Dictamen número C-106-2010).

4.- Por ello, la imparcialidad del funcionario público se ve afectada cuando el interesado interpone recursos administrativos con el objeto de que otra instancia conozca del asunto y el funcionario ha emitido previamente criterio sobre el punto objeto de discusión. Lógicamente este principio no se aplica en los casos de recursos de reposición en cuya esencia va el ser conocido por el jerarca que emitió el acto impugnado.

B.- el artículo 46 del RIOF de la ARESEP

1.- La norma en examen le otorga la competencia a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de asesorar, emitir opiniones y criterios para la Junta Directiva, el Regulador General y el Gerente General.

2.- Esta norma viola el principio de imparcialidad, dado que permite que abogados de esa Dirección emitan criterios jurídicos en dos instancias diferentes.

En efecto, la Dirección está obligada a verter criterios primero en asuntos que conozca en primera instancia el Gerente General o el Regulador General y luego, a emitirlos de nuevo, cuando se conozcan en alzada en Junta Directiva. Esta participación de la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria en dos instancias diferentes viola el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, el cual es aplicable, como ha indicado la jurisprudencia administrativa de la PGR, a los asesores legales.

3.- La solución consistiría en crear una asesoría legal independiente para la Junta Directiva. □

En ese sentido, se debe indicar que frente a vicios de nulidad absoluta, como es una inconstitucionalidad, es deber de la Administración proceder a su anulación, aún así sea de oficio □art. 174 LGAP-. De lo contrario, se incurre en responsabilidad por la ejecución de actos absolutamente nulos, así como, de modo personal, los funcionarios

que participen en su ejecución - arts.169 y 170 LGAP-.

En virtud de todo lo expuesto, consideramos que lo procedente es:

a) anular por inconstitucional:

La mención que se hace de la Junta Directiva en el artículo 46 y en los incisos 1.a), 1.c), 1d) y 3.a) del artículo 47 del RIOF como uno de los órganos a los cuales presta asesoría la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, lo cual quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.

Los incisos 1.b) y 1.e) incluidos en el artículo 47 del RIOF en tanto resultan violatorios del Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.

b) en su lugar reformar el artículo 12 del RIOF, para que en adelante indique:

□Artículo 12. □ Apoyo de Junta Directiva.

1.- La Junta Directiva tendrá como área de apoyo a su gestión la Secretaría de Junta Directiva.

2.- Además de los asesores que considere necesarios para su desempeño, contará con una Asesoría Jurídica y una Asesoría Regulatoria permanente e independiente del resto de órganos de la administración cuyas funciones serán:

a.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de primera instancia que deba conocer la Junta Directiva.

b.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de segunda instancia que deba conocer la Junta Directiva.

c.- Atender las consultas jurídicas o técnicas regulatorias que le formulen la Junta Directiva o cualquiera de sus miembros.

d.- Apoyar en la atención de las consultas jurídicas y regulatorias planteadas por terceros a la Junta Directiva.

e.- Asesorar en materia jurídica y regulatoria a la Junta Directiva sobre los aspectos formales de los proyectos de resolución que esta deba emitir.

f.- En general, prestar apoyo técnico a la Junta Directiva y sus integrantes, para el mejor desempeño de sus funciones.□

c) Ordenar enderezar los procedimientos y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure a esta Junta Directiva, mediante asesores permanentes e independientes del resto de la Administración, la recomendación respectiva para la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad.

Los directores *Dennis Meléndez, Sylvia Saborío y Edgar Gutiérrez* estuvieron a favor del criterio jurídico sometido en esta oportunidad, mientras que los directores *Echandi Gurdían y Arias Rodríguez* indicaron que salvaban su voto, de conformidad con lo expuesto en la parte expositiva de este artículo, el cual desean se comunique con el voto de mayoría. La Junta Directiva resolvió, por mayoría,

ACUERDO 05-55-2011

- 1) Rechazar por el fondo el recurso de apelación contra la resolución del 3 de mayo de 2007 de la Dirección de Protección al Usuario presentado por Mynor Solano Valerín.
- 2) Remitir el expediente a la instancia correspondiente para que se continúe con el procedimiento.
- 3) Dar por agotada la vía administrativa en cuanto al recurso de apelación en estudio.
- 4) Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 17 de abril de 2007 se recibe en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos oficio UTCE-2007-056 de misma fecha de la Dirección General de Tránsito del MOPT, por medio del cual se remite: (1) la boleta de citación número 2006-292574, confeccionada al señor Mynor Solano Valerín por presunta prestación de servicio no autorizado; (2) el acta de información sumaria en donde constan los hechos denunciados y (3) constancia del Departamento de administración de concesiones y permisos del Consejo de Transporte Público del MOPT, donde se señala que el vehículo placa 390832 no se encuentra autorizado a circular con ninguna placa de servicio público, modalidad taxi. (Folios 01 al 05)
- II. Que el 3 de mayo de 2007, la Dirección de Protección al Usuario emitió auto de inicio del procedimiento, contra el señor Mynor Solano Valerín, por la presunta prestación de servicio público de transporte no autorizado por el Estado, se nombró órgano director y se señaló comparecencia oral y privada, misma que fue notificada el 7 de mayo de 2007. (Folios 100 al 107)
- III. Que el 9 de mayo de 2007, por escrito separado, el señor Mynor Solano Valerín presenta recurso de apelación contra la resolución del 3 de mayo de 2007. (Folios 36 al 37)

- IV. Que el 9 de mayo de 2007 el señor Mynor Solano Valerín presentó recurso de revocatoria contra la resolución del 3 de mayo de 2007. (Folios 68 y 69)
- V. Que por medio de la resolución RRG-383-2010 del 7 de mayo de 2010 se rechazó por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto. (Folios 137 al 140)
- VI. Que mediante el informe 424-DGJR-2011 del 29 de julio de 2011 se rindió criterio jurídico no vinculante sobre el recurso interpuesto, mismo que corre agregado a los autos.
- VII. Que por medio del oficio 425-DGJR-2011 del 29 de julio de 2011 se eleva el recurso de apelación presentado por el señor Mynor Solano Valerín contra la resolución del 3 de mayo de 2007 de la Dirección de Protección al Usuario

CONSIDERANDO:

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

□(□)

I. ANÁLISIS DEL RECURSO POR LA FORMA:

- 1. **Naturaleza del recurso:** El recurso presentado es el ordinario de apelación, al que se aplican los artículos 342 a 352 Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) y sus reformas.
- 2. **Temporalidad del recurso:** El acto administrativo del 3 de mayo de 2007 de la Dirección de Protección al Usuario (auto de inicio) fue notificado el 7 de mayo de 2007 (folio 105) y el 9 de mayo del mismo año el señor Mynor Solano Valerín interpone el recurso de apelación que nos ocupa (folio 36). El artículo 346 de la Ley 6227 establece que los recursos ordinarios deben de interponerse en el término de 24 horas, cuando no se tratase del acto final. Dicho plazo corre a partir de la comunicación del acto según lo establecido en la Ley 6227.

Del análisis comparativo que precede se puede determinar que el recurso de apelación en estudio fue presentado dentro del tiempo por cuanto el mismo vencía el 9 de mayo de 2007.

3. **Legitimación:** Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que el señor Mynor Solano Valerín está legitimado para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 de la Ley 6227, pues es el investigado en condición de conductor del vehículo involucrado, por lo que está legitimado para actuar en el presente asunto.

II. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE:

Se resumen de seguido los argumentos de la recurrente:

- 1) Que ha demostrado fehacientemente que tienen contratos vigentes suscritos con la compañía bananera Cobal a la que le presta una serie de servicios, entre ellos transportar a personas ligadas con dicha empresa.
- 2) Que no es cierto que el día de los hechos prestaba un servicio público no autorizado de personas, porque ese día la empresa le ordenó trasladar a un funcionario de dicha empresa de Panamá a San José y que ya aportó prueba, que no estaba prestando un servicio de taxi informal ya que ese día cumplía con el contrato con Cobal.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO:

Sobre los argumentos uno y dos del recurrente son referidos a aspectos de fondo de la causa en cuestión, los cuales se deben dejar para el conocimiento y valoración en el dictado del acto administrativo final.

En este sentido se puede indicar que el objeto básico del inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, es la búsqueda de la verdad real de los hechos, objetivo que se consigue con la valoración de los antecedentes fácticos y jurídicos recabados en las diversas fases del procedimiento. Además se desprende que del acto administrativo recurrido se le comunican al investigado los hechos que se investigan al administrado de forma completa y clara a folios 100 al 106.

Por lo expuesto, se puede indicar que hasta tanto no se desarrolle el debido proceso resulta prematuro emitir pronunciamiento alguno sobre dichas manifestaciones de fondo, pues se podría caer en el supuesto de adelanto de criterio, en este sentido la Sala Constitucional en el Voto 2003-13140 de las 14:37 horas del 12 de noviembre de 2003 expresó:

□Así, aún cuando el acto de apertura del procedimiento debe contener la intimación e imputación que se hace al administrado, y se debe acompañar de todos los documentos que lo sustenten, caso de que se sustente en una investigación preliminar, o en estudios técnicos, no resulta adecuado en ese momento procesal la discusión de fondo del asunto planteado, debiéndose limitarse la discusión, en ese momento, a generalidades de la imputación, o a las omisiones de la respectiva resolución, únicamente. □

De conformidad con lo anterior no lleva la razón el recurrente, por cuanto sus argumentos no podrían ser valorados en el momento procesal que se encuentra la causa en estudio.

- II. Que de conformidad con el resultando y el considerando que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto tal y como se dispone:

POR TANTO:

Con fundamento en las facultades conferidas en el Ley 6227 y en aplicación de los principios del debido proceso y los artículos 39 y 41 de la Constitución Política,

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

RESUELVE:

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación contra la resolución del 3 de mayo de 2007 de la Dirección de Protección al Usuario presentado por Mynor Solano Valerín.
- II. Remitir el expediente a la instancia correspondiente para que se continúe con el procedimiento.
- III. Dar por agotada la vía administrativa en cuanto al recurso de apelación en estudio.

**VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y
MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

Salvamos el voto en el tanto la resolución de mayoría de la Junta Directiva decidió conocer y resolver, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por Minor Solano Valerín, en contra del auto de inicio del procedimiento de la Dirección de Protección al Usuario de 3 de mayo del 2007, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 424-DGJR-2011 de 29 de julio del 2011.

Estimamos que se deja de lado, mediante esa decisión, que esa misma Dirección □ unidad u órgano administrativo interno de naturaleza consultiva- emitió también el criterio jurídico considerado al resolverse el recurso de revocatoria planteado por la misma empresa en contra del acto final que impugna, tal y como consta en el oficio 389-DGJR-2010 de 7 de mayo del 2010, lo cual veda la posibilidad de que esta Junta Directiva cuente con un criterio jurídico y técnico ajeno a las conductas que se revisan en esta superior jerarquía.

Consideramos que conforme a las reglas de control interno, debe evitarse la concentración del ejercicio de funciones incompatibles, de modo tal que una persona o unidad no tenga el control por la totalidad de determinadas labores.

Además, estimamos que la aludida concentración de funciones de asesoría jurídica y regulatoria en las dos instancias, quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad que impera en todo procedimiento administrativo, así como el deber que tiene la Administración de □□ actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado □ (GONZÁLEZ PÉREZ Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO Francisco, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), toda vez que involucra al mismo órgano consultivo en la fase de resolución del recurso de revocatoria, así como el de apelación.

De esta forma, a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria □ como unidad u órgano- le alcanza la causal de inhibitoria establecida por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica.

Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias □el Director General y sus subordinados-, lo cierto es que es la misma Dirección la que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables a la Dirección como órgano dada la naturaleza y fin de la causal bajo examen, así como también y en específico a su Director General, pues por su posición de jerarquía avala, ya sea expresa o implícitamente, los criterios de sus subordinados.

Como lo hemos señalado de modo reiterado, toda esta problemática obedece a la errónea decisión, incorporada en los artículos 46 y 47 del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP), de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía.

Precisamente por esa situación, en cuatro oportunidades he mocionado, junto con el Directivo Arias, aún sin éxito, para reponer a esta Junta Directiva la asesoría jurídica y regulatoria independiente que tuvo por muchos años. En efecto, así sucedió en la sesión 38-2010 del 29 de setiembre del 2010, la segunda en la sesión 49-2010 del 10 de noviembre del 2010, la tercera en la sesión 39-2011 del 15 de junio del 2011 y la cuarta en las sesiones 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

Cabe destacar, a mayor abundamiento, que la tesis que hemos reiterado en diversas ocasiones, el Directivo Arias y yo, fue recientemente confirmada por el Dr. Rubén Hernández Valle en un dictamen jurídico rendido a esta institución, el cual indicó:

□A.- *El contenido del deber de imparcialidad de los funcionarios públicos*

1.- Tanto la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, la cual tiene rango de ley de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGAP, como la jurisprudencia constitucional han desarrollado con algún detalle el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, así como el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración, que deriva directamente de la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Entre otros, Votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional).

2.- *Este derecho a la imparcialidad se configura como el deber de los funcionarios públicos de participar en la resolución de un asunto, directa o indirectamente, cuando previamente ha emitido criterio sobre el asunto (Dictamen número C-302-2009 PGR).*

3.- *En un dictamen posterior, la PGR estableció claramente que Ciertamente, en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que dimana del artículo 11 de la Constitución Política y complementado por los numerales 230 y siguientes de la LGAP (Dictamen número C-106-2010).*

4.- *Por ello, la imparcialidad del funcionario público se ve afectada cuando el interesado interpone recursos administrativos con el objeto de que otra instancia conozca del asunto y el funcionario ha emitido previamente criterio sobre el punto objeto de discusión. Lógicamente este principio no se aplica en los casos de recursos de reposición en cuya esencia va el ser conocido por el jerarca que emitió el acto impugnado.*

B.- el artículo 46 del RIOF de la ARESEP

1.- *La norma en examen le otorga la competencia a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de asesorar, emitir opiniones y criterios para la Junta Directiva, el Regulador General y el Gerente General.*

2.- *Esta norma viola el principio de imparcialidad, dado que permite que abogados de esa Dirección emitan criterios jurídicos en dos instancias diferentes.*

En efecto, la Dirección está obligada a verter criterios primero en asuntos que conozca en primera instancia el Gerente General o el Regulador General y luego, a emitirlos de nuevo, cuando se conozcan en alzada en Junta Directiva. Esta participación de la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria en dos instancias diferentes viola el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, el cual es aplicable, como ha indicado la jurisprudencia administrativa de la PGR, a los asesores legales.

3.- *La solución consistiría en crear una asesoría legal independiente para la Junta Directiva.*

En ese sentido, se debe indicar que frente a vicios de nulidad absoluta, como es una inconstitucionalidad, es deber de la Administración proceder a su anulación, aún así sea de oficio □art. 174 LGAP-. De lo contrario, se incurre en responsabilidad por la ejecución de actos absolutamente nulos, así como, de modo personal, los funcionarios que participen en su ejecución - arts.169 y 170 LGAP-.

En virtud de todo lo expuesto, consideramos que lo procedente es:

a) anular por inconstitucional: La mención que se hace de la Junta Directiva en el artículo 46 y en los incisos 1.a), 1.c), 1d) y 3.a) del artículo 47 del RIOF como uno de los órganos a los cuales presta asesoría la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, lo cual quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.

Los incisos 1.b) y 1.e) incluidos en el artículo 47 del RIOF en tanto resultan violatorios del Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.

b) en su lugar reformar el artículo 12 del RIOF, para que en adelante indique:

□Artículo 12. □Apoyo de Junta Directiva.

1.- La Junta Directiva tendrá como área de apoyo a su gestión la Secretaría de Junta Directiva.

2.- Además de los asesores que considere necesarios para su desempeño, contará con una Asesoría Jurídica y una Asesoría Regulatoria permanente e independiente del resto de órganos de la administración cuyas funciones serán:

a.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de primera instancia que deba conocer la Junta Directiva.

b.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de segunda instancia que deba conocer la Junta Directiva.

c.- Atender las consultas jurídicas o técnicas regulatorias que le formulen la Junta Directiva o cualquiera de sus miembros.

d.- Apoyar en la atención de las consultas jurídicas y regulatorias planteadas por terceros a la Junta Directiva.

e.- Asesorar en materia jurídica y regulatoria a la Junta Directiva sobre los aspectos formales de los proyectos de resolución que esta deba emitir.

f.- En general, prestar apoyo técnico a la Junta Directiva y sus integrantes, para el mejor desempeño de sus funciones. □

c) ordenar enderezar los procedimientos y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure a esta Junta Directiva, mediante asesores permanentes e independientes del resto de la Administración, la recomendación respectiva para la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad.

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 7. *Recurso de apelación interpuesto por Héctor Camacho Ramírez contra resolución RRG-6363-2007 del 22 de febrero de 2007. Expediente OT-121-2006.*

Se conocieron los oficios 421-DGJR-2011 / 422-DGJR-2011, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refiere recurso de apelación interpuesto por el señor Héctor Camacho Ramírez contra resolución RRG-6363-2007 del 22 de febrero de 2007. Expediente OT-121-2006.

El señor ***Cristian Rodríguez León*** se refirió a los principales extremos del criterio del citado recurso de apelación interpuesto por el señor Héctor Camacho Ramírez contra resolución RRG-6363-2007 del 22 de febrero de 2007.

La Directora ***María Lourdes Echandi Gurdian*** manifestó:

□En el tanto se decida conocer y resolver, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por Héctor Camacho Ramírez representante de la empresa Coopetraca R.L. en contra de la resolución RRG-6363-2007 de 22 de febrero del 2007, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 421-DGJR-2011 de 29 de julio del 2011, se deja de lado, mediante esa decisión, que esa misma Dirección □unidad u órgano administrativo interno de naturaleza consultiva- emitió también el criterio jurídico considerado al resolverse el recurso de revocatoria planteado por la misma empresa en contra del acto final que impugna, tal y como consta en el oficio 390-DGJR-2010 de 7 de mayo del 2010, lo cual veda la posibilidad de que esta Junta Directiva cuente con un criterio jurídico y técnico ajeno a las conductas que se revisan en esta superior jerarquía.

Consideramos que conforme a las reglas de control interno, debe evitarse la concentración del ejercicio de funciones incompatibles, de modo tal que una persona o unidad no tenga el control por la totalidad de determinadas labores.

Además, estimamos que la aludida concentración de funciones de asesoría jurídica y regulatoria en las dos instancias, quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad que impera en todo procedimiento administrativo, así como el deber que tiene la Administración de □ actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado □(GONZÁLEZ PÉREZ Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO Francisco, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), toda vez que involucra al mismo órgano consultivo en la fase de resolución del recurso de revocatoria, así como el de apelación.

De esta forma, a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria □como unidad u órgano- le alcanza la causal de inhibitoria establecida por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica.

Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias □el Director General y sus subordinados-, lo cierto es que es la misma Dirección la que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables a la Dirección como órgano dada la naturaleza y fin de la causal bajo examen, así como también y en específico a su Director General, pues por su posición de jerarquía avala, ya sea expresa o implícitamente, los criterios de sus subordinados.

Como lo hemos señalado de modo reiterado, toda esta problemática obedece a la errónea decisión, incorporada en los artículos 46 y 47 del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP), de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía.

Precisamente por esa situación, en cuatro oportunidades he mocionado, junto con el Directivo Arias, aún sin éxito, para reponer a esta Junta Directiva la asesoría jurídica y regulatoria independiente que tuvo por muchos años. En efecto, así sucedió en la sesión 38-2010 del 29 de setiembre del 2010, la segunda en la sesión 49-2010 del 10 de noviembre del 2010, la tercera en la sesión 39-2011 del 15 de junio del 2011 y la cuarta en las sesiones 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

Cabe destacar, a mayor abundamiento, que la tesis que hemos reiterado en diversas ocasiones, el Directivo Arias y yo, fue recientemente confirmada por el Dr. Rubén Hernández Valle en un dictamen jurídico rendido a esta institución, el cual indicó:

□A.- El contenido del deber de imparcialidad de los funcionarios públicos

1.- Tanto la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, la cual tiene rango de ley de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGAP, como la jurisprudencia constitucional han desarrollado con algún detalle el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, así como el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración, que deriva directamente de la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Entre otros, Votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional).

2.- Este derecho a la imparcialidad se configura como el deber de los funcionarios públicos de participar en la resolución de un asunto, directa o indirectamente, cuando previamente ha emitido criterio sobre el asunto (Dictamen número C-302-2009 PGR).

3.- En un dictamen posterior, la PGR estableció claramente que □Ciertamente, en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que dimana del artículo 11 de la Constitución Política y complementado por los numerales 230 y siguientes de la LGAP□(Dictamen número C-106-2010).

4.- Por ello, la imparcialidad del funcionario público se ve afectada cuando el interesado interpone recursos administrativos con el objeto de que otra instancia conozca del asunto y el funcionario ha emitido previamente criterio sobre el punto objeto de discusión. Lógicamente este principio no se aplica en los casos de recursos de reposición en cuya esencia va el ser conocido por el jerarca que emitió el acto impugnado.

B.- el artículo 46 del RIOF de la ARESEP

1.- La norma en examen le otorga la competencia a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de asesorar, emitir opiniones y criterios para la Junta Directiva, el Regulador General y el Gerente General.

2.- Esta norma viola el principio de imparcialidad, dado que permite que abogados de esa Dirección emitan criterios jurídicos en dos instancias diferentes.

En efecto, la Dirección está obligada a verter criterios primero en asuntos que conozca en primera instancia el Gerente General o el Regulador General y luego, a emitirlos de nuevo, cuando se conozcan en alzada en Junta Directiva. Esta participación de la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria en dos instancias diferentes viola el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, el cual es aplicable, como ha indicado la jurisprudencia administrativa de la PGR, a los asesores legales.

3.- La solución consistiría en crear una asesoría legal independiente para la Junta Directiva.

En ese sentido, se debe indicar que frente a vicios de nulidad absoluta, como es una inconstitucionalidad, es deber de la Administración proceder a su anulación, aún así sea de oficio [art. 174 LGAP-]. De lo contrario, se incurre en responsabilidad por la ejecución de actos absolutamente nulos, así como, de modo personal, los funcionarios que participen en su ejecución - arts.169 y 170 LGAP-.

En virtud de todo lo expuesto, consideramos que lo procedente es:

a) anular por inconstitucional:

La mención que se hace de la Junta Directiva en el artículo 46 y en los incisos 1.a), 1.c), 1d) y 3.a) del artículo 47 del RIOF como uno de los órganos a los cuales presta asesoría la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, lo cual quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.

Los incisos 1.b) y 1.e) incluidos en el artículo 47 del RIOF en tanto resultan violatorios del Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.

b) en su lugar reformar el artículo 12 del RIOF, para que en adelante indique:

□Artículo 12. □ Apoyo de Junta Directiva.

1.- La Junta Directiva tendrá como área de apoyo a su gestión la Secretaría de Junta Directiva.

2.- Además de los asesores que considere necesarios para su desempeño, contará con una Asesoría Jurídica y una Asesoría Regulatoria permanente e independiente del resto de órganos de la administración cuyas funciones serán:

a.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de primera instancia que deba conocer la Junta Directiva.

b.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de segunda instancia que deba conocer la Junta Directiva.

- c.- Atender las consultas jurídicas o técnicas regulatorias que le formulen la Junta Directiva o cualquiera de sus miembros.
- d.- Apoyar en la atención de las consultas jurídicas y regulatorias planteadas por terceros a la Junta Directiva.
- e.- Asesorar en materia jurídica y regulatoria a la Junta Directiva sobre los aspectos formales de los proyectos de resolución que esta deba emitir.
- f.- En general, prestar apoyo técnico a la Junta Directiva y sus integrantes, para el mejor desempeño de sus funciones. □

c) ordenar enderezar los procedimientos y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure a esta Junta Directiva, mediante asesores permanentes e independientes del resto de la Administración, la recomendación respectiva para la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad. □

Los directores **Dennis Meléndez**, **Sylvia Saborío** y **Edgar Gutiérrez** estuvieron a favor del criterio jurídico sometido en esta oportunidad, mientras que los directores **Echandi Gurdián** y **Arias Rodríguez** indicaron que salvaban su voto, de conformidad con lo expuesto en la parte expositiva de este artículo, el cual desean se comunique con el voto de mayoría. La Junta Directiva resolvió, por mayoría,

ACUERDO 06-55-2011

1. Rechazar por el fondo el recurso de apelación presentado la empresa Coopetraca R. L. contra la resolución RRG-6363-2007.
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

1. Que el 10 de octubre de 2006 la Dirección de Fiscalización y Defensa del Usuario da inicio al procedimiento administrativo, formula cargos, señala comparecencia oral y privada contra la empresa Coopetraca R.L. permisionaria de la ruta 731, por el supuesto cobro de tarifas distintas a las autorizadas por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. (Folios 36 al 40)

- II. Que por medio de la resolución RRG-6363-2007 del 22 de febrero de 2007 se emite resolución final por parte del Regulador General, en donde se establece que la investigada cobró tarifas distintas a las autorizadas por la Autoridad Reguladora y se le impuso la multa respectiva. Dicha resolución fue notificada el 27 de febrero de 2007. (Folios 112 al 122)
- III. Que el 2 de marzo de 2007 el señor Héctor Camacho Ramírez quién se identifica como representante de la Empresa Coopetraca R.L. interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la citada resolución final. (Folios 123 al 126)
- IV. Que por medio de la resolución RRG-366-2010 del 7 de mayo de 2010, el señor Regulador General, rechaza por la forma el recurso de revocatoria interpuesto por la Empresa Coopetraca R.L. contra la resolución RRG-6363-2007 y eleva a Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio y previene a la parte que cuenta con 3 días hábiles para hacer valer sus derechos ante esta instancia. (Folios 133 al 138)
- V. Que mediante el informe 421-DGJR-2011 del 29 de julio de 2011 se rindió criterio jurídico no vinculante sobre el recurso interpuesto, mismo que corre agregado a los autos.
- VI. Que por medio del oficio 422-DGJR-2011 de 29 de julio de 2011 se eleva a la Junta Directiva el recurso de apelación presentado por el señor Héctor Camacho Ramírez contra la resolución RRG-6363-2007.

CONSIDERANDO:

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

□(□)

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO POR LA FORMA:

- 1. **Naturaleza del recurso:** El recurso interpuesto por el señor Héctor Camacho Ramírez son es el ordinario de apelación al que le es aplicable lo establecido en los artículos 342, 343, y 345.1 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP).

2. **Temporalidad del recurso:** El acto administrativo contenido en la resolución RRG-6363-2007, fue notificado a la empresa Coopetraca R.L. el 27 de febrero de 2007 (folio 121). El escrito de interposición del recurso fue presentado el 2 de marzo de 2007. De conformidad con el artículo 346 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública el plazo para interponer dicho recurso es de 3 días a partir de la notificación del mismo y vencía el 3 de marzo de 2007, por lo que el citado recurso fue presentado en tiempo.
3. **Legitimación:** Que el recurso se interpone a favor de la empresa investigada, la cual está legitimada para actuar en este procedimiento, por ser parte en el mismo conforme al artículo 275 de la Ley 6227.
4. **Representación:** Que debido a que no existía en autos documento que acreditara la representación del impugnante, se ha incorporado oficiosamente certificación a folio 139 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en donde consta la condición del señor Héctor Camacho Ramírez, en relación con la Empresa Coopetraca R.L., aunado a esto consta en el expediente administrativo que la administración ha tenido como representante de la empresa sancionada al señor Camacho Ramírez, desde la investigación preliminar sin que constara antes del estudio de este recurso certificación alguna de tal condición. Además consta en autos que tanto en la investigación preliminar como dentro del procedimiento administrativo se tuvo como representante de la investigada al señor Héctor Camacho Ramírez, así consta en la acta de la misma comparecencia a folio 91, en donde el órgano director del procedimiento indica: *□Vamos a dar inicio al ser las 9:10 am a la comparecencia oral y privada de este procedimiento (□) contra la empresa COOPETRACA R.L (□) representada por el señor don Héctor Camacho Ramírez Cédula 2-353-714□ □ Por lo anterior el señor Camacho Ramírez está legitimado para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 282 de la Ley 6227, pues es el representante de la parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida. (Folio 139)*

V. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE:

Se resumen de seguido los argumentos de la recurrente:

- 1) Que se debe de valorar la fuerza de la costumbre como derecho consuetudinario, el cual incluso deroga leyes, por lo que aplicar la ley sin realizar una valoración de lo que rodea sería aplicar el derecho en letra muerta.
- 2) Que se le causa daño a la colectividad por no prestar un servicio en forma continua.
- 3) Que como representante de la empresa nunca ha establecido una tarifa y mucho menos modificar una tarifa ya establecida por el ente regulador.
- 4) Que la comunidad al

verse con la necesidad de tener un servicio de autobús optó por obtener una solución pronta porque el Estado no se lo podría brindar. 5) Que con las tarifas que tiene autorizadas, su empresa ningún otro empresario continuaría brindando el servicio. 6) Que se han efectuado los trámites para optar por una nueva tarifa de alza nacional pero no se las dio la Autoridad Reguladora. 7) Que no varió la tarifa de ¢345 a ¢600, porque quisiera variarla si no para poder prestar el servicio se coordinó con las asociaciones de desarrollo de la comunidad beneficiada. 8) Que todo obedece a que la Autoridad Reguladora, les rechazó una tarifa nacional, que no se les resolvió el recurso que presentaron en el expediente ET-88-2005, por lo que las asociaciones de desarrollo coordinaron con nosotros una tarifa mientras la Autoridad Reguladora la legalizaba para que el servicio no se dejara de prestar.

VI. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO:

Sobre el primer argumento en donde el recurrente indica que se debe valorar la costumbre como derecho consuetudinario y que el no hacerlo sería aplicar la ley como letra muerta; para el caso en particular, no lleva la razón el recurrente y el mismo se debe de rechazar, por cuanto el artículo 5 de la Ley 7593, establece:

□Funciones: En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas □ □

Por su parte el párrafo 5 del artículo 129 de nuestra Constitución Política establece:

□La Ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario □

En este sentido se tiene que el artículo 9 de la Ley 6227 establece *□que el ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios □*

De la normativa citada se puede inferir que el legislador le dio una potestad intrínseca e indelegable a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, para fijar precios y tarifas a los servicios públicos regulados por ella.

Por su lado la Ley 6227, es clara en su articulado al indicar que los principios generales del derecho común serán aplicables al derecho administrativo en el tanto no exista norma administrativa aplicable para cada caso en particular, por lo que al estar en vigencia la ley 7593 en el espacio como en el tiempo, la aplicación de la costumbre para la fijación de una tarifa en algún servicio público de transporte público en cualquiera de sus modalidades es improcedente desde todo punto de vista jurídico.

En cuanto al segundo argumento del recurrente en el que se indica que se le causa daño a la colectividad por no prestar un servicio de forma continua, el mismo no es de recibo por cuanto no consta en autos que la Autoridad Reguladora le hubiese revocado la concesión o permiso a la empresa recurrente.

Sobre el tercer argumento en donde indica el recurrente que nunca ha fijado o modificado una tarifa, dicho argumento no es atendible por cuanto el mismo recurrente, indicó en su informe del 3 de noviembre de 2006 a folio 45 al 47, que su representada en coordinación con miembros de las Asociaciones de Desarrollo y Usuarios de Pavona y Palacios llegó al acuerdo de cobrar una tarifa que permitiera la prestación del servicio en condiciones mínimas, así como también consta en autos lo indicado por el recurrente en la comparecencia a folio 94. *□Es un convenio que tenemos nosotros con los vecinos de allá dentro y en reuniones que hemos tenido con ellos y todo nosotros así antojadizamente no hemos puesto esas tarifas, sino ha sido en reuniones con la gente de Palacios□ □*

En cuanto a los argumentos cuarto, sétimo y octavo del recurrente en donde indica que la comunidad buscó una opción para satisfacer su necesidad que el Estado no le pudo dar, que no se varió la tarifa porque quisiera sino que fue en coordinación con las asociaciones de desarrollo de las comunidades beneficiadas y que todo fue con motivo que se les rechazó una fijación tarifaria nacional, los mismos deben ser rechazados por cuanto conforme el artículo 5 de la Ley 7593, la Autoridad Reguladora es la única entidad con competencia para fijar una tarifa de un servicio público de transporte colectivo remunerado de personas y se debe realizar conforme el procedimiento establecido en el artículo 30 del cuerpo legal citado.

Sobre el procedimiento para una fijación o modificación de tarifas a prestadores de un servicio público se puede referir a lo indicado en el Dictamen C-053-2010 del 25 de marzo de 2010 de la Procuraduría General de la República en el cual se indicó:

(□)

□Es por ello que en el caso de las tarifas de los servicios públicos aún cuando existan peticiones tarifarias que solicitan la aprobación de una tarifa, la Autoridad Reguladora no se limita a determinar si es correcta o no. Por el contrario, tiene que hacer estudios desde diversas perspectivas y luego fija la tarifa que de esos estudios considere procedente. En ese sentido, la Autoridad hace estudios, analiza la petición, considera los factores que indica el artículo 31 y habiendo otorgado las audiencias de ley, luego fija la tarifa. Y debe hacer estudios porque está obligada a motivar y razonar sus decisiones, por una parte y porque debe dar acceso a los consumidores, a la Defensoría de los

Habitantes y a los ministros rectores de los servicios respecto de los estudios técnicos en que fundamentó la fijación realizada, de otra parte□

(□)

De la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República es conveniente extraer que las fijaciones tarifarias, conllevan todo un procedimiento establecido en la Ley 7593, en aras de realizar estudios técnicos previos y serios, además cumplir con un iter procedimental establecido, en donde se tiene que dar participación a los usuarios del servicio público regulado para que éstos interpongan sus posiciones a la solicitud del prestador, todo lo anterior en aras de procurar el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestadores de los servicios públicos conforme lo establecido en el artículo 4 inciso b) de la Ley 7593.

Así pues lo indicado por el recurrente que se varió la tarifa de la ruta 731 de ¢345 a la ¢600 en acuerdo y reuniones realizadas con las Asociaciones de Desarrollo de las comunidades beneficiadas es jurídicamente improcedente.

En cuanto al quinto argumento en donde el recurrente indica que con las tarifas que tienen autorizadas su empresa, ningún operador daría el servicio, el mismo no es atendible en tanto el objeto del procedimiento en cuestión no es determinar la rentabilidad o no de la ruta en que opera la empresa recurrente.

Por otra parte, en cuanto al sexto argumento de la recurrente, en la que refiere que todo obedeció a que se les rechazaron gestiones para optar por la tarifa nacional en el año 2005 y que no se las otorgaron, además que impugnaron tal decisión, lo anterior bajo el expediente ET-88-2005 y éste no ha sido resuelto, este argumento no es de recibo por cuanto tal circunstancia no es una causa de justificación ni mucho menos un exculpante válido, para que la recurrente actuara tal y como lo hizo, por cuanto para la fijación de tarifas a los prestadores de servicios públicos se tiene lo establecido en el artículo 30 de la Ley 7593.

Además a la fecha del conocimiento del recurso que nos ocupa, y una vez revisado el expediente ET-88-2005, consta a folios 8700 al 8704 la resolución RRG-8120-2008 del 27 de marzo de 2008, mismo en que se resuelven los alegatos de la impugnación.

Así las cosas conforme lo expuesto en los párrafos que preceden los argumentos de la recurrente deben de rechazar y confirmar la resolución RRG-6363-2007 por cuanto tal y como se indicó la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos es la única entidad competente para fijar precios o tarifas de los servicios público, al igual el hecho que a la recurrente no se le hubiese aprobado una tarifa nacional bajo el expediente OT-88-2005, éste no es un exculparte, ni justificación válido para que el

recurrente actuara de tal forma, por cuanto hasta en el momento en que se publica una fijación tarifaria, nace a la vida jurídica su aplicación.

- II. Que de conformidad con el resultando y el considerando que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, se acoge el criterio jurídico citado, siendo lo procedente rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto, tal y como se dispone:

POR TANTO:

Con fundamento en las facultades conferidas en el Ley 6227 y artículos 53 inciso b) de la Ley 7593.

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

RESUELVE:

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación presentado la empresa Coopetraca R.L. contra la resolución RRG-6363-2007.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.

**VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS
RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

Salvamos el voto en el tanto la resolución de mayoría decidió conocer y resolver, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por Héctor Camacho Ramírez representante de la empresa Coopetraca R.L., en contra de la resolución RRG-6363-2007 de 22 de febrero del 2007, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 421-DGJR-2011 de 29 de julio del 2011.

Estimamos que se deja de lado, mediante esa decisión, que esa misma Dirección Unidad u órgano administrativo interno de naturaleza consultiva- emitió también el criterio jurídico considerado al resolverse el recurso de revocatoria planteado por la misma empresa en contra del acto final que impugna, tal y como consta en el oficio 390-DGJR-2010 de 7 de mayo del 2010, lo cual veda la posibilidad de que esta Junta Directiva cuente con un criterio jurídico y técnico ajeno a las conductas que se revisan en esta superior jerarquía.

Consideramos que conforme a las reglas de control interno, debe evitarse la concentración del ejercicio de funciones incompatibles, de modo tal que una persona o unidad no tenga el control por la totalidad de determinadas labores.

Además, estimamos que la aludida concentración de funciones de asesoría jurídica y regulatoria en las dos instancias, quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad que impera en todo procedimiento administrativo, así como el deber que tiene la Administración de □ actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado □ (GONZÁLEZ PÉREZ Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO Francisco, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), toda vez que involucra al mismo órgano consultivo en la fase de resolución del recurso de revocatoria, así como el de apelación.

De esta forma, a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria □ como unidad u órgano- le alcanza la causal de inhibitoria establecida por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica.

Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias □ el Director General y sus subordinados-, lo cierto es que es la misma Dirección la que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables a la Dirección como órgano dada la naturaleza y fin de la causal bajo examen, así como también y en específico a su Director General, pues por su posición de jerarquía avala, ya sea expresa o implícitamente, los criterios de sus subordinados.

Como lo hemos señalado de modo reiterado, toda esta problemática obedece a la errónea decisión, incorporada en los artículos 46 y 47 del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP), de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía.

Precisamente por esa situación, en cuatro oportunidades he mocionado, junto con el Directivo Arias, aún sin éxito, para reponer a esta Junta Directiva la asesoría jurídica y regulatoria independiente que tuvo por muchos años. En efecto, así sucedió en la sesión 38-2010 del 29 de setiembre del 2010, la segunda en la sesión 49-2010 del 10 de noviembre del 2010, la tercera en la sesión 39-2011 del 15 de junio del 2011 y la cuarta en las sesiones 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

Cabe destacar, a mayor abundamiento, que la tesis que hemos reiterado en diversas ocasiones, el Directivo Arias y yo, fue recientemente confirmada por el Dr. Rubén Hernández Valle en un dictamen jurídico rendido a esta institución, el cual indicó:

□A.- *El contenido del deber de imparcialidad de los funcionarios públicos*

1.- *Tanto la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, la cual tiene rango de ley de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGAP, como la jurisprudencia constitucional han desarrollado con algún detalle el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, así como el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración, que deriva directamente de la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Entre otros, Votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional).*

2.- *Este derecho a la imparcialidad se configura como el deber de los funcionarios públicos de participar en la resolución de un asunto, directa o indirectamente, cuando previamente ha emitido criterio sobre el asunto (Dictamen número C-302-2009 PGR).*

3.- *En un dictamen posterior, la PGR estableció claramente que □Ciertamente, en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que dimana del artículo 11 de la Constitución Política y complementado por los numerales 230 y siguientes de la LGAP□ (Dictamen número C-106-2010).*

4.- *Por ello, la imparcialidad del funcionario público se ve afectada cuando el interesado interpone recursos administrativos con el objeto de que otra instancia conozca del asunto y el funcionario ha emitido previamente criterio sobre el punto objeto de discusión. Lógicamente este principio no se aplica en los casos de recursos de reposición en cuya esencia va el ser conocido por el jerarca que emitió el acto impugnado.*

B.- *el artículo 46 del RIOF de la ARESEP*

1.- *La norma en examen le otorga la competencia a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de asesorar, emitir opiniones y criterios para la Junta Directiva, el Regulador General y el Gerente General.*

2.- *Esta norma viola el principio de imparcialidad, dado que permite que abogados de esa Dirección emitan criterios jurídicos en dos instancias diferentes.*

En efecto, la Dirección está obligada a verter criterios primero en asuntos que conozca en primera instancia el Gerente General o el Regulador General y luego, a emitirlos de nuevo, cuando se conozcan en alzada en Junta Directiva. Esta participación de la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria en dos instancias diferentes viola el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, el cual es aplicable, como ha indicado la jurisprudencia administrativa de la PGR, a los asesores legales.

3.- *La solución consistiría en crear una asesoría legal independiente para la Junta Directiva. □*

En ese sentido, se debe indicar que frente a vicios de nulidad absoluta, como es una inconstitucionalidad, es deber de la Administración proceder a su anulación, aún así sea de oficio □art. 174 LGAP-. De lo contrario, se incurre en responsabilidad por la ejecución de actos absolutamente nulos, así como, de modo personal, los funcionarios que participen en su ejecución - arts.169 y 170 LGAP-.

En virtud de todo lo expuesto, consideramos que lo procedente es:

a) anular por inconstitucional:

la mención que se hace de la Junta Directiva en el artículo 46 y en los incisos 1.a), 1.c), 1.d) y 3.a) del artículo 47 del RIOF como uno de los órganos a los cuales presta asesoría la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, lo cual quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.

los incisos 1.b) y 1.e) incluidos en el artículo 47 del RIOF en tanto resultan violatorios del Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.

b) en su lugar reformar el artículo 12 del RIOF, para que en adelante indique:

Artículo 12. Apoyo de Junta Directiva.

1.- La Junta Directiva tendrá como área de apoyo a su gestión la Secretaría de Junta Directiva.

2.- Además de los asesores que considere necesarios para su desempeño, contará con una Asesoría Jurídica y una Asesoría Regulatoria permanente e independiente del resto de órganos de la administración cuyas funciones serán:

a.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de primera instancia que deba conocer la Junta Directiva.

b.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de segunda instancia que deba conocer la Junta Directiva.

c.- Atender las consultas jurídicas o técnicas regulatorias que le formulen la Junta Directiva o cualquiera de sus miembros.

d.- Apoyar en la atención de las consultas jurídicas y regulatorias planteadas por terceros a la Junta Directiva.

e.- Asesorar en materia jurídica y regulatoria a la Junta Directiva sobre los aspectos formales de los proyectos de resolución que esta deba emitir.

f.- En general, prestar apoyo técnico a la Junta Directiva y sus integrantes, para el mejor desempeño de sus funciones.

c) ordenar enderezar los procedimientos y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure a esta Junta Directiva, mediante asesores permanentes e independientes del resto de la Administración, la recomendación respectiva para la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad.

MARIA LOURDES ECHANDI GURDIÁN
NOTIFIQUESE.

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ

ARTÍCULO 8. *Recurso de apelación interpuesto por José Ángel Solano Quirós contra resolución RRG-301-2010 de 19 de abril de 2010. Expediente OT-24-2009.*

Se conocieron los oficios 438-DGJR-2011 / 439-DGJR-2011, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refiere al Recurso de apelación interpuesto por José Ángel Solano Quirós contra resolución RRG-301-2010 de 19 de abril de 2010. Expediente OT-57-2007.

El señor **Juan Manuel Quesada Espinoza**, Director General de la Dirección de Asesoría Jurídica Regulatoria, solicitó retirar el recurso de apelación interpuesto por José Ángel Solano Quirós contra resolución RRG-301-2010 de 19 de abril de 2010, con el fin de realizar una ampliación de criterio jurídico.

A raíz de un planteamiento del Director General de la Dirección de Asesoría Jurídica Regulatoria, la Junta Directiva resolvió:

ACUERDO 07-55-2011

Retirar, a raíz del planteamiento de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación interpuesto por el señor José Angel Solano Quirós contra la resolución RRG-301-2010 de 19 de abril de 2010, expediente OT-24-2009, con el propósito de llevar a cabo un ampliación del criterio jurídico del caso.

ARTÍCULO 9. *Recurso único de apelación interpuesto por Adrián Barrantes Mora contra la resolución 218-RCR-2010 del 19 de octubre de 2010. Expediente AU-132-2010.*

Se conoció el oficio 349-DGJR-2011 del 1 de julio de 2011, mediante el cual la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria remite criterio jurídico en torno Recurso único de apelación interpuesto por Adrián Barrantes Mora contra la resolución 218-RCR-2010 del 19 de octubre de 2010. Expediente AU-132-2010.

La señora **Carol Solano Durán** se refirió a los principales extremos del recurso único de apelación interpuesto por Adrián Barrantes Mora contra la resolución 218-RCR-2010 del 19 de octubre del 2010.

La Directora **María Lourdes Ehandi Gurdíán** manifestó:

□Dado que esta Junta Directiva no cuenta con una asesoría jurídica y regulatoria imparcial, objetiva e independiente del resto de los órganos de la administración y ante las dudas fundadas de constitucionalidad y legalidad que teníamos sobre el Comité de Regulación y las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte, así como para evitar ver comprometida nuestra responsabilidad, nos vimos obligados a realizar un estudio jurídico que comprendiera la constitucionalidad y la legalidad de dichos órganos. Dicho estudio jurídico fue expuesto en las sesiones de Junta Directiva 18 del 16 de marzo del 2011 y 21 del 30 de marzo del 2011 y sus conclusiones fueron posteriormente ratificadas por el asesor externo contratado por la ARESEP, al efecto, el Dr. Rubén Hernández Valle. Asimismo el auditor interno de la ARESEP mediante oficio 012-PAD-2011 (218-AI-2011 de 18 de julio de 2011) manifestó sus preocupaciones sobre las potestades atribuidas al Comité de Regulación y a las Superintendencias citadas.

Se advierte que no entraremos a resolver el fondo que motiva la gestión recursiva del expediente AU-132-2011 y en su lugar decidimos declarar de oficio la nulidad de las conductas y normas que se dirán por la incompetencia del sujeto.

En el tanto se decida conocer y resolver el □Reclamo de apelación□ interpuesto por Adrián Barrantes Mora contra la resolución del Comité de Regulación 218-RCR-2010 del 19 de octubre del 2010, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 349-DGJR-2011 del 1 de julio del 2011, se deja de lado la infracción sustancial relativa al sujeto (existencia y competencia del órgano que adopta el acto) que adopta la resolución No.218-RCR-2010 del 19 de octubre del 2010 que rechaza ad portas la queja planteada, así como los acuerdos de la Junta Directiva 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010; acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010; acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010; acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010; artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011 que crearon temporalmente el Comité de Regulación, las normas del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP (RIOF) que crearon las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes y los acuerdos conexos en tanto se encuentran viciados de legalidad y constitucionalidad.

Por ello con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, y conforme a lo dispuesto por los artículos 67.1; 102.d), 174.1 y 180 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), estimamos que debemos declarar de oficio la nulidad del acuerdo del Comité de Regulación de la sesión 122 del 23 de junio del 2011 -resolución que ordena la apertura del expediente tarifario ET-

100-2011- y los actos sucesivos incluida la audiencia pública y los actos sucesivos incluida la audiencia pública, así como los acuerdos indicados de la Junta Directiva que crearon temporalmente el Comité de Regulación las normas del RIOF que crearon las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes y los acuerdos conexos.

El fundamento para resolver en el indicado sentido, lo hemos expuesto en las sesiones de Junta Directiva 18-2011 del 16 de marzo del 2011, 21-2011 del 30 de marzo del 2011, 38-2011 de 13 de junio de 2011, 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

De seguido será expuesto el detalle del fundamento de nuestra posición.

I.- SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL COMITÉ DE REGULACIÓN

1.- Sobre el Comité de Regulación

El Comité de Regulación es un órgano interno que no ha sido creado mediante ley, es decir, no es un órgano externo que pueda ejercer potestades de imperio, como sí es el caso del Regulador General.

En vista de esa naturaleza jurídica del aludido Comité, estimamos que no puede asignársele atribuciones cuyo ejercicio repercuta de forma directa en la esfera de los ciudadanos (potestades de imperio). Así se deriva del Principio General de Libertad y por ende de la exclusiva competencia de la Asamblea Legislativa para regular la vida externa de la Administración frente a los derechos del particular, según el contenido de los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Constitución Política.

La Doctrina ha señalado de modo claro y pacífico al respecto que □la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley -artículo 121, inciso 20) de la Constitución Política-. □ JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo. En el mismo sentido véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo.

De este modo, estimamos que conforme a los límites constitucionales antes referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización tal y como ha sucedido en la especie. En efecto, si se le asigna a un órgano interno potestades de imperio vía reglamento autónomo de organización o mediante un simple acto administrativo adoptado por esta Junta Directiva, en realidad se crea un órgano externo obviando la reserva legal que establece la Constitución Política en la aludida norma y se legisla ex novo.

Como resulta obvio, estas consideraciones en nada se relacionan con la idoneidad de los funcionarios que integran o han integrado dicho Comité de Regulación.

No obstante, no debe dejarse de lado que, precisamente por el impacto que tienen las decisiones de los órganos externos de la ARESEP sobre la esfera de los particulares, los nombramientos de los funcionarios con competencias externas y que asumen la jerarquía de la institución, han de ser ratificados por la Asamblea Legislativa con el propósito de brindarle a sus decisiones legitimidad democrática, todo lo cual, como es claro, no sucede en el caso de los funcionarios que integran el Comité de regulación en tanto son designados por el Regulador General a su entera discreción.

Esta problemática, hay que decirlo, se produce también en el caso de las pretendidas superintendencias de agua, energía y transportes [denominación por demás inadecuada y que conduce a la confusión en torno a su verdadera naturaleza jurídica-, las cuales son órganos internos creados por un reglamento autónomo de organización, como es el RIOF, por la anterior Junta Directiva en la sesión 21-2009 del 19 de marzo del 2009, a los cuales les fueron asignadas, por esa vía, potestades de imperio como las de definir tarifas en los servicios públicos de su respectivo ramo, sin el soporte legal exigido por el bloque de constitucionalidad.

2.- Sobre el examen parcial de la Procuraduría y del Tribunal Contencioso Administrativo

A.- Sobre la opinión jurídica OJ-094-2009 de 9 de octubre del 2009 de la PGR

La Procuraduría General de la República emitió una opinión jurídica con relación al tema que se viene de exponer [con referencia a las superintendencias-, en donde desarrolla una tesis contraria a la de los suscritos directores. Se trata, con todo, de una mera opinión jurídica, no así un dictamen, por lo cual no tiene efectos vinculantes conforme lo aclara, en su apartado I, la misma opinión jurídica OJ-94-2009.

Aún no siendo vinculante tal criterio, es preciso examinar las razones por las cuales no se comparte la conclusión de dicho órgano consultivo.

En la referida opinión, la Procuraduría admite que según el artículo 45 de la Ley de la ARESEP, la entidad está conformada, únicamente, por cuatro órganos externos, a saber:

- a) Junta Directiva.
- b) Un regulador general y un regulador general adjunto.
- c) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel).
- d) La Auditoría Interna.

De este modo, se indica que cualquier otro órgano que no esté comprendido en el citado artículo 45, debe ser considerado como un órgano interno.

Se señala además que el inciso 1) del artículo 53 de la Ley de la ARESEP reconoce la potestad de autoorganización de la entidad, la cual debe ser ejercida por la Junta Directiva en ejercicio de la cual, no hay posibilidad de crear órganos externos por ser esa facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa.

Textualmente, se indica:

□La competencia de la Junta Directiva está referida a la creación de órganos internos, sin que le haya sido atribuida una competencia para crear órganos externos. Por consiguiente, la Junta Directiva debe limitarse a asignar las funciones a los distintos órganos internos que cree, sin crear ni transferir potestades de imperio. □

Además, al referirse a las funciones de las superintendencias creadas por el RIOF, se reconoce que algunas de ellas □□ implican poderes de imperio. Potestades, entonces, que sólo pueden ser atribuidas por ley. □

Sin embargo, la Procuraduría concluye que dado que las superintendencias no son órganos de desconcentración máxima, se les ha asignado, no transferido, competencias a las superintendencias, por lo que estima jurídicamente correcto tal proceder.

Como se puede observar, el razonamiento seguido por la Procuraduría para calificar como regular la creación de las superintendencias y la atribución de funciones que se dispone en el RIOF en su favor, se centra en el hecho de que no se trata de órganos desconcentrados, caso en el cual reconoce la exigencia de una disposición legal que los conforme. Se deja de lado, sin embargo, el hecho de que indistintamente de que se trate de órganos desconcentrados o no, lo cierto es que el ejercicio de potestades de imperio, como se reconoce que lo son algunas de las atribuidas a las superintendencias, sólo cabe que lo hagan órganos externos creados por el legislador, no así por parte de meros órganos internos creados por la propia administración mediante un reglamento interno de organización como es el RIOF, todo lo cual disponen los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Constitución Política. Como se ha visto, en su opinión, la Procuraduría admite que los únicos órganos externos son los antes referidos, no así las superintendencias.

Así las cosas, en tanto evade o ignora en su razonamiento jurídico la restricción constitucional antes referida, no podemos compartir el criterio referido, el cual, en todo caso, no posee carácter vinculante como se ha visto.

B.- Sobre la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial aludida

Una vez examinada la sentencia No. 3929-2010 de las 16:00 horas del 20 de octubre de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial, es posible concluir que en dicho fallo se sigue el mismo razonamiento que la Procuraduría General de la República expuso en la referida opinión jurídica.

Como se puede comprobar, este fallo, tal y como se hizo ver en las sesiones de esta Junta Directiva No. 18-2011 de 16 de marzo del 2011, 21-2011 del 30 de marzo del 2011 y 38 del 13 de junio del 2011, tampoco analiza los límites constitucionales antes evaluados, a saber, la imposibilidad de atribuir potestades externas a entes internos, aspecto que queda reservado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 10 de la Carta Política.

En suma, en efecto, al igual que en el caso de la Procuraduría General de la República, no se consideran en el fallo en comentario, los límites constitucionales de los Reglamentos autónomos de organización, menos aún la posibilidad de que mediante acuerdo de Junta Directiva, se optara por la creación del Comité de Regulación, lo cual no fue objeto del proceso en comentario.

Debe reiterarse que conforme a los límites constitucionales referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización y menos aún mediante simples acuerdos de Junta Directiva, en tanto ello quebranta la reserva legal que establece la Constitución Política en la materia.

De este modo, en tanto los efectos de este fallo se reducen al debate de mera legalidad □ artículo 49 constitucional-, no encontramos en este pronunciamiento límite alguno para resolver en los términos en que lo hacemos.

Por otra parte, como se expondrá de seguido, en el fallo no se examina el quebranto que estimamos se causa con el Transitorio II del RIOF y con los anteriores acuerdos de Junta Directiva al artículo 37 de la Ley de la ARESEP, como tampoco la posibilidad jurídica de que mediante un simple acuerdo de Junta Directiva, se atribuya a un órgano como el Comité de Regulación, potestades de imperio.

II.-SOBRE LA ILEGALIDAD: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE LA ARESEP, REFORMADO MEDIANTE LA LEY NO. 8660 POR FALTA DE APLICACIÓN

A mayor abundamiento, debemos señalar, como se ha hecho ya en deliberaciones anteriores de esta Junta Directiva, que en el citado proceso contencioso administrativo no se examinó un aspecto de medular importancia para verificar la ilegalidad de la creación del referido Comité.

Efectivamente, a nuestro juicio, los acuerdos de la Junta Directiva y, posteriormente, la disposición reglamentaria Transitorio II del RIOF- que crean el Comité de Regulación son ilegales en tanto violan el artículo 37 de la Ley de la ARESEP por falta de aplicación, tal y como lo vamos a exponer de seguido.

Estimamos que aún considerando la reforma del artículo 37 de la ley de la ARESEP operada mediante el artículo 41 aparte g) de la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008, no es posible calificar como legítima la creación de ese Comité.

En efecto, dicha norma dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

Artículo 37.-Plazo para fijar precios y tarifas

La Autoridad Reguladora resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, en un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días naturales posteriores a la fecha de la celebración de la audiencia. Si, pasado ese término, quien, de conformidad con esta Ley, deba resolver, no ha tomado la decisión correspondiente, será sancionado por el regulador general de la Autoridad Reguladora, con suspensión del cargo hasta por treinta (30) días. La suspensión dos veces o más en un mismo año calendario, se considerará falta grave y constituirá causal de despido sin responsabilidad patronal.

Como se puede comprobar, sin duda, el propio legislador dejó en claro que según su entendimiento, es la Ley a quien corresponde atribuir la potestad de resolver en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, no así a un mero acuerdo de la Junta Directiva o aún, un reglamento interno de organización como el RIOF.

Ciertamente, si bien el legislador con la reforma al artículo 37 de la No. 7593 de 9 de agosto de 1996, mediante la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008 da por supuesto que estableció el órgano externo competente que resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas lo cierto es que no lo hizo. Es decir, existe una laguna normativa en la asignación del órgano externo que debe asumir esa tarea.

Ante tal vacío, lejos de optarse, como se ha hecho de modo ilegítimo, a integrar el Ordenamiento mediante un acuerdo de Junta Directiva y luego mediante una disposición reglamentaria de corte orgánico, lo pertinente es acudir a las reglas establecidas en el artículo 62 de la LGAP, el cual dispone:

□Artículo 62.-

Cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente u órgano compuesto por varias oficinas, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar, y, si no la hay, la de grado superior, o la que ésta disponga. □

De este modo, para definir el órgano que debe asumir la función de fijar o cambiar tarifas e imponer sanciones rescisorias y económicas a los sujetos regulados, deberá examinarse cuál de los órganos externos de la ARESEP, es decir los establecidos en el artículo 45 de su ley, tienen una función más similar, quedando excluidos en la elección los órganos internos por las razones ya aludidas.

Es claro, a nuestro juicio, que el órgano externo de la ARESEP con funciones más similares al ilegítimo Comité de Regulación y a las ilegítimas superintendencias de agua, energía y transportes, es el regulador general, por lo que corresponde a éste, como históricamente ha sucedido, ejercer tales facultades hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

III.- DEL DEBER DE ANULAR LOS ACUERDOS DE ESTA JUNTA DIRECTIVA Y DE LAS NORMAS DEL RIOF QUE CREAN LAS SUPERINTENDENCIAS □sic- Y DEFINEN LA EXISTENCIA TEMPORAL DEL COMITÉ DE REGULACIÓN, ASI COMO ACUERDOS CONEXOS

No cabe duda de que toda conducta inconstitucional es absolutamente nula y por ende, no es posible arreglarla a derecho, ni por saneamiento ni por convalidación □art. 172 de la LGAP-.

Por otra parte, no cabe duda, tampoco, de que al encontrarse viciados por razones de constitucionalidad y legalidad, conforme al artículo 174 de la LGAP, recae sobre esta Junta Directiva el deber de anular los acuerdos mediante los cuales se puso a regir el Comité de Regulación y se crearon las superintendencias □sic- de agua, energía y transporte, así como de los acuerdos conexos a la implementación de estas últimas.

1.- Anulación de los acuerdos relativos al Comité de Regulación

Así las cosas, siendo esta misma Junta Directiva el órgano que los adoptó y además, el superior jerarca de esta Autoridad □art.180 LGAP-, visto el vicio de inconstitucionalidad e ilegalidad antes apuntados, lo procedente es declarar de oficio la nulidad de los siguientes acuerdos de esta Junta Directiva:

- acuerdo 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010;
- acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010;
- acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010;
- acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010;
- artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011.

2.- Anulación de los acuerdos relativos a las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte

Por otra parte, han de anularse también, por las mismas razones, las siguientes disposiciones del RIOF:

Sobre la Superintendencia de Agua y Saneamiento

- artículo 33;
- artículo 34.1.d), 1.e), 1.f), 1.h), 1.n), 2.d);

Sobre la Superintendencia de Energía

- artículo 35;
- artículo 36. 1.f), 1.g), 1.h), 1.j), 1.o), 2.d);

Sobre la Superintendencia de Transporte Público

- artículo 37;
- artículo 38. 1.c), 1.e), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.n) 1.o), 1.u), 2.d);

3.- Anulación de los acuerdos conexos a la implementación de las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte

Finalmente, deben anularse, por las mismas razones los siguientes acuerdos de Junta Directiva conexos a la implementación de las superintendencias:

- acuerdo 004-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 que decidió Aprobar (.) la descripción de clase y cargo de los puestos de superintendentes de aguas, energía y transporte

- acuerdo 005-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 que resolvió:

1. Ordenar el inicio de un nuevo proceso para reclutar y seleccionar los candidatos a los puestos de Superintendentes de Aguas, Energía y Transportes de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. 2. Solicitar a la Administración que a la mayor brevedad inicie el trámite de contratación del consultor o la empresa consultora que apoyará al Departamento de Recursos Humanos en el reclutamiento, la evaluación y la preselección de los (las) candidatos (as) a ocupar dichos puestos de Superintendentes, debiendo definirse como primer paso, sus perfiles, los cuales deberán someterse a aprobación de esta Junta Directiva. 3. El proceso para reclutar y seleccionar a los Superintendentes de Aguas, Energía y Transporte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, deberá estar concluido a más tardar, el 15 de marzo de 2011.

IV.- DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

De conformidad con el artículo 37 de la Ley de la ARESEP reformado mediante ley No. 8660, corresponde al Regulador General sancionar la dilación en la resolución de toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas de parte del órgano que, de conformidad con esta Ley, deba resolver Sin embargo, la ley no definió en ninguna norma el órgano a quien correspondería fijar tarifas.

Ante esta laguna, como se ha venido señalado por parte de los suscritos Directores, lo procedente es aplicar la regla establecida por el artículo 62 de la LGAP, de modo que lo pertinente es que sea el Regulador General quien asuma esa función de tanta importancia en la vida social y económica, tal y como lo ha venido haciendo históricamente.

Siendo así, es claro que la potestad de sancionar la dilación en el ejercicio de la potestad de fijar o cambiar tarifas no podrá ser ejercida por el mismo Regulador General.

Ante esa problemática, de nuevo, lo pertinente es recurrir a la LGAP, cuyo artículo 102 dispone las potestades de todo superior jerárquico, en este caso, la Junta Directiva de la ARESEP.

Dentro de tales potestades, se encuentra la de vigilar la acción del inferior, la potestad disciplinaria, el ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, así como avocar las funciones del inmediato inferior.

De este modo, ante la incompatibilidad entre el ejercicio de una potestad [fijar tarifas- y la de sancionar la dilación en su ejercicio, lo procedente es que en adelante sea esta Junta Directiva el órgano que se avoque la potestad disciplinaria prevista en el artículo 37 de la Ley de ARESEP, de modo que en caso de que el Regulador General no se pronuncie a futuro dentro del plazo de ley señalado por el citado artículo, corresponderá a este cuerpo colegiado sancionar tal conducta omisiva.

V.- DEL DIMENSIONAMIENTO EN EL TIEMPO, EL ESPACIO Y LA MATERIA DE LA ANULACIÓN

Existen al menos tres reglas jurídicas que obligan a dimensionar en tiempo, espacio y materia una decisión que traiga consigo la anulación de una norma o conducta administrativa con efecto retroactivo, todo lo cual reside en el Principio de Seguridad Jurídica de claro origen constitucional. Se trata del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en adelante LJC, el artículo 171 de la LGAP y el artículo 131 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en adelante CPCA.

De este modo, por exigencias propias del Principio de Seguridad Jurídica, la anulación de conductas administrativas por ser absolutamente nulas, además de ser un deber jurídico, implica la necesidad de dimensionar en el tiempo, el espacio y la materia el efecto retroactivo de tal decisión, a efecto de evitar dislocaciones que atenten en contra de la estabilidad social y demás valores superiores del ordenamiento jurídico (arts. 91 de la LJC, 171 LGAP y 131 del CPCA).

Así las cosas, en tanto se ha decidido anular una importante diversidad de conductas administrativas, en específico, las relativas a la creación temporal del Comité de Regulación, se dimensiona los efectos de tal decisión en estos términos:

a.- en el caso de aquellos actos de gravamen adoptados por el Comité de Regulación, en tanto se encuentran afectados por el vicio de incompetencia absoluta al haber sido dictados por un órgano inconstitucional, lo que impide su saneamiento o convalidación (art. 172 LGAP), corresponde al Regulador General, de oficio, decretar su anulación y retrotraer los

procedimientos conservando aquellos actos o trámites cuyo contenido hubiera permanecido de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad (art.186 LGAP);

b.- en el caso de los actos del citado Comité de los cuales terceros han derivado derechos subjetivos, se estima que quedan a salvo del efecto retroactivo de la nulidad decretada, en tanto se entienden adquiridos de buena fe (art. 171 LGAP);

c.- para el caso de aquellos procedimientos iniciados pero no terminados al momento de la anulación aquí decidida, se dispone que lo deberá continuar el Regulador General, manteniendo todo lo actuado, salvo aquello que no sea jurídicamente posible (art. 67.2 LGAP).

POR TANTO:

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República y conforme a lo dispuesto por los artículos 11, 28 y 121. 20) de la Constitución Política; 62, 67, 102, 171, 172, 174.1, 180 y 186 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad, por vicio de nulidad absoluta, de las siguientes conductas y normas:

- resolución del Comité de Regulación No.218-RCR-2010 del 19 de octubre del 2010 que rechaza ad portas la queja planteada;
- acuerdo de Junta Directiva 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010;
- acuerdo de Junta Directiva 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010;
- acuerdo de Junta Directiva 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010;
- acuerdo de Junta Directiva 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010;
- artículo 3 de la sesión de Junta Directiva 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011;
- artículo 33 del RIOF;
- artículo 34. 1.d), 1.e), 1.f), 1.h), 1.n), 2.d) del RIOF;

- artículo 35 del RIOF;
- artículo 36. 1.f), 1.g), 1.h), 1.j), 1.o), 2.d) del RIOF;
- artículo 37 del RIOF;
- artículo 38. 1.c), 1.e), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.n), 1.o), 1.u), 2.d) del RIOF;

Por conexidad, deben anularse, los siguientes acuerdos de Junta Directiva:

- acuerdo 004-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 y el
- acuerdo 005-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010.

La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de adopción de los respectivos acuerdos y de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe, entendiéndose incluidos dentro de éstos, los derivados de actos administrativos firmes del Comité de Regulación que reconozcan, declaren o amplíen situaciones jurídicas administrativas hasta antes de esta declaratoria.

En vista de la anulación de los acuerdos de Junta Directiva y del Transitorio II del RIOF que crearon y prorrogaron el Comité de Regulación y según lo dispuesto en el artículo 62 de la LGAP, al ser el Regulador General el órgano externo con funciones más similares a las asignadas al Comité de Regulación e incluso por haberlas asumido históricamente hasta el 7 de mayo del 2010, se le instruye para que asuma las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación y que se pretendía que ejercieran las Superintendencias [sic- de Agua, Energía y Transportes, hasta tanto el legislador no disponga lo contrario. En vista de ello, deberá continuar los procedimientos pendientes manteniendo todo lo actuado, salvo lo que no sea jurídicamente posible.

Además, se le instruye para que proceda a anular las actuaciones del aludido Comité en aquellos procedimientos en que se hayan adoptado actos de gravamen, dejando a salvo aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad aquí declarada y proceder a adoptar el acto final que corresponda según el mérito de los autos.

En adelante, corresponderá a esta Junta Directiva en su carácter de órgano superior supremo, avocarse la potestad disciplinaria del Regulador General definida por el artículo 37 de la Ley de la ARESEP, en tanto sobre este último, de modo sobreviniente, ha recaído una causal de incompatibilidad para su ejercicio en vista de los alcances de lo aquí resuelto. □

Los directores *Dennis Meléndez*, *Sylvia Saborío* y *Edgar Gutiérrez* estuvieron a favor del criterio jurídico sometido en esta oportunidad, mientras que los directores *Echandi Gurdían* y *Arias Rodríguez* indicaron que salvaban su voto, de conformidad con lo expuesto en la parte expositiva de este artículo, el cual desean se comunique con el voto de mayoría. La Junta Directiva resolvió, por mayoría,

ACUERDO 08-55-2011

- I. Acoger por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Adrián Barrantes Mora contra la resolución 218-RCR-2010 de 19 de octubre de 2010.
- II. Anular la resolución 218-RCR-2010 de 19 de octubre de 2010 dictada por el Comité de Regulación.
- III. Retrotraer el procedimiento tarifario hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento en que debió conocerse de la admisibilidad de la queja.
- IV. Notificar a las partes la resolución que ha de dictarse, en el lugar o medio que han señalado en el expediente administrativo, o bien, en el que conozca la Autoridad Reguladora.
- V. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 3 de setiembre del 2010, el señor Adrián Barrantes Mora, planteó queja contra el ICE por los daños causados a su motor eléctrico de la compuerta del garaje y un horno de microondas. (Folios 1 a 8).
- II. Que el 8 de setiembre de 2010, la Dirección General de Participación del Usuario mediante auto notificado el 16 de setiembre del 2010; le previno al señor Adrián Barrantes Mora para que en un plazo de 10 días hábiles, aportara los documentos faltantes. (Folios 9 a 11).
- III. Que el 27 de enero del 2010, el señor Adrián Barrantes Mora, presentó a esta Autoridad Reguladora, la documentación solicitada, haciendo falta la presentación de la queja en documento original. (Folios 12 a 21).

- IV.** Que el 7 de octubre de 2010, la Dirección General de Participación del Usuario mediante oficio 2485-DGPU-2010, emitió el informe técnico del caso, incorporando todas las pruebas al expediente. (Folios 22 a 25).
- V.** Que el 19 de octubre de 2010, el Comité de Regulación, emitió la resolución 218-RCR-2010 rechazando ad portas la queja planteada por el señor Adrián Barrantes Mora. (Folios 28 a 32).
- VI.** Que el 17 de noviembre de 2010, el señor Adrián Barrantes Mora, inconforme con lo resuelto, interpuso el recurso de apelación contra la resolución 218-RCR-2010 de 19 de octubre de 2010. (Folio 34).
- VII.** Que el 22 de noviembre de 2010, el señor Adrián Barrantes Mora, presentó la queja en documento original. (Folios 35 y 36).
- VIII.** Que el 1 de diciembre del 2010, el Regulador General emplazó al señor Adrián Barrantes Mora, con el fin de que se apersonara a hacer valer sus derechos ante la Junta Directiva. (Folio 39).
- IX.** Que el 15 de diciembre de 2010, la Dirección General de Participación al Usuario, mediante el oficio 2990-DGPU-2010 rindió el informe del artículo 349 de la Ley General de Administración Pública. (Folios 42 a 45).
- X.** Que el 21 de diciembre de 2010, la Secretaría de Junta Directiva mediante el memorando 523-SJD-2010 remitió el recurso de apelación interpuesto por el señor Adrián Barrantes Mora a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. (Folio 46).
- XI.** Que el 1 de julio de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 349-DGJR-2011, rindió el criterio jurídico sobre el recurso de apelación presentado por Adrián Barrantes Mora contra la resolución 218-RCR - 2010 del 19 de octubre de 2010.
- XII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 349-DGJR-2011 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

□(□)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

A) NATURALEZA DE LOS RECURSOS

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

B) TEMPORALIDAD DEL RECURSO

La resolución que se impugna fue notificada al recurrente en fecha 12 de noviembre de 2010 (folio 32). En ella, se indica que el plazo para la interposición del recurso de apelación es de tres días contados a partir del siguiente a la notificación; es decir, hasta el 17 de noviembre de 2010.

Al respecto, se tiene que el día 17 de noviembre de 2010, el señor Adrián Barrantes Mora, interpuso el referido recurso (folio 34), por lo cual, su gestión se encuentra presentada dentro del plazo legal establecido para ello en el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública.

C) LEGITIMACIÓN

El recurrente está legitimado para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275, 276 y 282 de la Ley General de la Administración Pública, en relación con el artículo 27 de la Ley 7593, pues es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.

(□)□

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

En cuanto a los argumentos de inconformidad del recurrente, esta Dirección General procede a realizar las siguientes valoraciones y consideraciones:

- EN CUANTO A LA PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO ORIGINAL

El artículo 285 en relación con el artículo 288 de la Ley General de Administración Pública enumeran los requisitos que debe contener la petición del administrado, y de los mismos se puede extraer, que existe una laguna respecto a la presentación del documento original como requisito de admisibilidad para iniciar el procedimiento.

Por otra parte la Ley 7593, en su artículo 27 en relación con el 28 de la misma ley, establecen entre otras cosas, que a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos le corresponde investigar y resolver las quejas relativas a la prestación de los servicios públicos, así como tramitar los procesos administrativos hasta concluirlos.

En este mismo orden de ideas es importante indicar, que el Manual de Procedimientos para el Trámite de Quejas adoptado por la Junta Directiva de ARESEP en la sesión 256-2001 del 11 de julio de 2001 establece una guía y los requisitos generales para la presentación de quejas ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sin hacer mención sobre la presentación del documento original, sin embargo, en La Gaceta No. 45, del 3 de marzo de 2006, se publicó la resolución RRG-5418-2006 la cual, amplió los requisitos solicitados en cuanto a la presentación de las quejas e indicó expresamente como requisito - Presentarse por escrito original y debidamente firmada De lo anterior se extrae que el recurrente debió remitir el documento original, ya que si ello no ocurría, la consecuencia jurídica normal sería que no se tuviera por bien presentada la queja.

Ahora bien, la Ley de Notificaciones Judiciales (Ley 8687), vigente desde el 1 de marzo de 2009, y aplicable al caso, estableció en el artículo 62 inciso b):

Artículo 62.- Derogaciones

Se derogan las siguientes disposiciones:

b) El inciso 5) del artículo 126 de la Ley orgánica del Poder Judicial y, en el artículo 6 bis de esa Ley, el párrafo que dice: "siempre que remitan el documento original dentro de los tres días siguientes, en cuyo caso la presentación de la petición o recurso se tendrá como realizada en el momento de recibida la primera comunicación." □

En cuanto a la presentación del documento original, la posición de la anterior Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, -y que esta Dirección General comparte- ha sido clara en señalar, que a partir de la entrada en vigencia de la citada Ley 8687 no es necesario aportar el documento original dentro del tercer día, en virtud de la derogatoria del párrafo del artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial que disponía ese requisito. (Ver en este sentido acuerdos Nos. 018-061-2009, 009-079-2009 y 013-041-2010).

Adicionalmente resulta de suma relevancia para la resolución del presente caso, referimos al tema de la supremacía de las normas jurídicas (artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública. Al ser la Ley 8687 (Ley de Notificaciones Judiciales) una norma especial en materia de notificaciones de rango legal, de aplicación supletoria a la Ley General de la Administración Pública y superior tanto de la resolución RRG-5418-2006 así como del Manual de Procedimientos para el Trámite de Quejas, se desprende claramente que no resultaba aplicable en este caso, la presentación de la queja en documento original dentro del tercer día.

SOBRE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

La Ley General de la Administración Pública, establece una serie de elementos que debe tener todo acto administrativo para considerarse válido. Dichos elementos son: 1) Sujeto (artículo 129), 2) Forma (artículo 134), 3) Procedimiento (artículo 308 y siguientes), 4) Motivo (artículo 133), 5) Contenido (artículo 132); y, 6) Fin (artículo 131).

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 deben contar con un motivo legítimo y razonable.

El artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública, dispone lo siguiente:

□. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:

- a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;
- b) Los que resuelvan recursos; (el original no está subrayado)
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos;
- d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso;
- e) Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y
- f) Los que deban serlo en virtud de ley.

2. La motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia □

Del análisis de los autos se desprende que existe un vicio en el motivo y en el contenido de la resolución 218-RCR-2010 al haberse rechazado ad portas la queja del señor Barrantes Mora por no haberse presentado el documento original de la queja dentro del tercer día.

Siendo entonces, que el motivo y el contenido del acto administrativo constituyen elementos esenciales, al tenor de lo indicado en los artículos 128 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, acarrea la nulidad absoluta del acto administrativo que tiene el vicio, en este caso, la resolución 218-RCR-2010 dictada por el Comité de Regulación que aquí se impugna.

Por lo anteriormente expuesto, se debe revocar todo lo actuado y resuelto en el presente caso, y retrotraer el procedimiento hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento en que debió conocerse de la admisibilidad de dicha queja.

V. CONCLUSIONES

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

1. Que desde el punto de vista formal, el recurso de apelación presentado por el recurrente, resulta admisible, puesto que fue presentado en tiempo y forma.
 2. Que en cuanto a la presentación del documento original, la posición de la anterior Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, -y que esta Dirección General comparte- ha sido clara en señalar, que no es necesario aportar el documento original de la gestión dentro del tercer día.
 3. Que al ser la Ley 8687 una norma especial en materia de notificaciones de rango legal, de aplicación supletoria a la Ley General de la Administración Pública y superior tanto de la resolución RRG-5418-2006 así como del Manual de Procedimientos para el Trámite de Quejas, no era aplicable entonces la presentación de la queja en documento original dentro del tercer día.
 4. Que no resultó legítimo ni razonable, que el único supuesto jurídico para haber rechazado la queja fuera precisamente la aplicación de lo dispuesto por la resolución RRG-5418-2006, en cuanto a la presentación de la queja en documento original dentro del tercer día de la presentación por fax.
 5. Siendo entonces, que el motivo y el contenido del acto administrativo constituyen elementos esenciales, al tenor de lo indicado en los artículos 128 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, acarrea la nulidad absoluta del acto administrativo que tiene el vicio, en este caso, la resolución 218-RCR-2010 dictada por el Comité de Regulación que aquí se impugna.
- ii. Que en sesión 055-2011, del 05 de setiembre de 2011, cuya acta fue ratificada el 14 de del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 349-DGJR-2011, de cita, acordó por unanimidad: 1.- Acoger por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Adrián Barrantes Mora contra la resolución 218-RCR-2010 de 19 de octubre de 2010, 2.- Anular la resolución 218-RCR-2010 de 19 de octubre de 2010 dictada por el Comité de Regulación, 3.-Retrotraer el procedimiento tarifario hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento en que debió conocerse de la admisibilidad de la queja, 4.- Notificar a las partes la resolución que ha de dictarse, en el lugar o medio que han señalado en el expediente administrativo o bien, en el que conozca la Autoridad Reguladora.
- iii. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1.- Acoger por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Adrián Barrantes Mora contra la resolución 218-RCR-2010 de 19 de octubre de 2010, 2.- Anular la resolución 218-RCR-2010 de

19 de octubre de 2010 dictada por el Comité de Regulación, 3.-Retrotraer el procedimiento tarifario hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento en que debió conocerse de la admisibilidad de la queja, 4.- Notificar a las partes la resolución que ha de dictarse, en el lugar o medio que han señalado en el expediente administrativo o bien, en el que conozca la Autoridad Reguladora.

POR TANTO:

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

- I.** Acoger por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por el señor Adrián Barrantes Mora contra la resolución 218-RCR-2010 de 19 de octubre de 2010.
- II.** Anular la resolución 218-RCR-2010 de 19 de octubre de 2010 dictada por el Comité de Regulación.
- III.** Retrotraer el procedimiento tarifario hasta el momento procesal oportuno, es decir, al momento en que debió conocerse de la admisibilidad de la queja.
- IV.** Notificar a las partes la resolución que ha de dictarse, en el lugar o medio que han señalado en el expediente administrativo, o bien, en el que conozca la Autoridad Reguladora.

**VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ
Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

Dado que esta Junta Directiva no cuenta con una asesoría jurídica y regulatoria imparcial, objetiva e independiente del resto de los órganos de la administración y ante las dudas fundadas de constitucionalidad y legalidad que teníamos sobre el Comité de Regulación y las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte, así como para evitar ver comprometida nuestra responsabilidad, nos vimos obligados a realizar un estudio jurídico que comprendiera la constitucionalidad y la legalidad de dichos órganos. Dicho estudio jurídico fue expuesto en las sesiones de Junta Directiva 18 del 16 de marzo del 2011 y 21 del 30 de marzo del 2011 y sus conclusiones fueron posteriormente ratificadas por el asesor externo contratado por la ARESEP, al efecto, el Dr. Rubén Hernández Valle. Asimismo el auditor interno de la ARESEP mediante oficio 012-PAD-2011 (218-AI-2011 de 18 de julio de 2011) manifestó sus preocupaciones sobre las potestades atribuidas al Comité de Regulación y a las Superintendencias citadas.

Se advierte que no entraremos a resolver el fondo que motiva la gestión recursiva del expediente AU-132-2011 y en su lugar decidimos declarar de oficio la nulidad de las conductas y normas que se dirán por la incompetencia del sujeto.

Salvamos el voto en el tanto la resolución de mayoría decidió conocer y resolver el Reclamo de apelación interpuesto por Adrián Barrantes Mora contra la resolución del Comité de Regulación 218-RCR-2010 del 19 de octubre del 2010, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 349-DGJR-2011 del 1 de julio del 2011.

Estimamos que se deja de lado, mediante esa decisión, la infracción sustancial relativa al sujeto (existencia y competencia del órgano que adopta el acto) que adopta la resolución No.218-RCR-2010 del 19 de octubre del 2010 que rechaza ad portas la queja planteada, así como los acuerdos de la Junta Directiva 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010; acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010; acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010; acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010; artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011 que crearon temporalmente el Comité de Regulación, las normas del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP (RIOF) que crearon las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes y los acuerdos conexos en tanto se encuentran viciados de legalidad y constitucionalidad.

Por ello con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, y conforme a lo dispuesto por los artículos 67.1; 102.d), 174.1 y 180 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), estimamos que debemos declarar de oficio la nulidad del acuerdo del Comité de Regulación de la sesión 122 del 23 de junio del 2011 -resolución que ordena la apertura del expediente tarifario ET-100-2011- y los actos sucesivos incluida la audiencia pública y los actos sucesivos incluida la audiencia pública, así como los acuerdos indicados de la Junta Directiva que crearon temporalmente el Comité de Regulación las normas del RIOF que crearon las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes y los acuerdos conexos.

El fundamento para resolver en el indicado sentido, lo hemos expuesto en las sesiones de Junta Directiva 18-2011 del 16 de marzo del 2011, 21-2011 del 30 de marzo del 2011, 38-2011 de 13 de junio de 2011, 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

De seguido será expuesto el detalle del fundamento de nuestra posición.

I.- SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL COMITÉ DE REGULACIÓN

1.- Sobre el Comité de Regulación

El Comité de Regulación es un órgano interno que no ha sido creado mediante ley, es decir, no es un órgano externo que pueda ejercer potestades de imperio, como sí es el caso del Regulador General.

En vista de esa naturaleza jurídica del aludido Comité, estimamos que no puede asignársele atribuciones cuyo ejercicio repercuta de forma directa en la esfera de los ciudadanos (potestades de imperio). Así se deriva del Principio General de Libertad y por ende de la exclusiva competencia de la Asamblea Legislativa para regular la vida externa de la Administración frente a los derechos del particular, según el contenido de los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Constitución Política.

La Doctrina ha señalado de modo claro y pacífico al respecto que □la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley -artículo 121, inciso 20) de la Constitución Política-. □ JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo. En el mismo sentido véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo.

De este modo, estimamos que conforme a los límites constitucionales antes referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización tal y como ha sucedido en la especie. En efecto, si se le asigna a un órgano interno potestades de imperio vía reglamento autónomo de organización o mediante un simple acto administrativo adoptado por esta Junta Directiva, en realidad se crea un órgano externo obviando la reserva legal que establece la Constitución Política en la aludida norma y se legisla ex novo.

Como resulta obvio, estas consideraciones en nada se relacionan con la idoneidad de los funcionarios que integran o han integrado dicho Comité de Regulación.

No obstante, no debe dejarse de lado que, precisamente por el impacto que tienen las decisiones de los órganos externos de la ARESEP sobre la esfera de los particulares, los nombramientos de los funcionarios con competencias externas y que asumen la jerarquía de la institución, han de ser ratificados por la Asamblea Legislativa con el propósito de brindarle a sus decisiones legitimidad democrática, todo lo cual, como es claro, no sucede en el caso de los funcionarios que integran el Comité de regulación en tanto son designados por el Regulador General a su entera discreción.

Esta problemática, hay que decirlo, se produce también en el caso de las pretendidas superintendencias de agua, energía y transportes □ denominación por demás inadecuada y que conduce a la confusión en torno a su verdadera naturaleza jurídica-, las cuales son órganos internos creados por un reglamento autónomo de organización, como es el RIOF, por la anterior Junta Directiva en la sesión 21-2009 del 19 de marzo del 2009, a los cuales les fueron asignadas, por esa vía, potestades de imperio como las de definir tarifas en los servicios públicos de su respectivo ramo, sin el soporte legal exigido por el bloque de constitucionalidad.

2.- Sobre el examen parcial de la Procuraduría y del Tribunal Contencioso Administrativo

A.- Sobre la opinión jurídica OJ-094-2009 de 9 de octubre del 2009 de la PGR

La Procuraduría General de la República emitió una opinión jurídica con relación al tema que se viene de exponer □ con referencia a las superintendencias-, en donde desarrolla una tesis contraria a la de los suscritos directores. Se trata, con todo, de una mera opinión jurídica, no así un dictamen, por lo cual no tiene efectos vinculantes conforme lo aclara, en su apartado I, la misma opinión jurídica OJ-94-2009.

Aún no siendo vinculante tal criterio, es preciso examinar las razones por las cuales no se comparte la conclusión de dicho órgano consultivo.

En la referida opinión, la Procuraduría admite que según el artículo 45 de la Ley de la ARESEP, la entidad está conformada, únicamente, por cuatro órganos externos, a saber:

- a) Junta Directiva.*
- b) Un regulador general y un regulador general adjunto.*
- c) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel).*
- d) La Auditoría Interna.*

De este modo, se indica que cualquier otro órgano que no esté comprendido en el citado artículo 45, debe ser considerado como un órgano interno.

Se señala además que el inciso l) del artículo 53 de la Ley de la ARESEP reconoce la potestad de autoorganización de la entidad, la cual debe ser ejercida por la Junta Directiva en ejercicio de la cual, no hay posibilidad de crear órganos externos por ser esa facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa.

Textualmente, se indica:

□*La competencia de la Junta Directiva está referida a la creación de órganos internos, sin que le haya sido atribuida una competencia para crear órganos externos. Por consiguiente, la Junta Directiva debe limitarse a asignar las funciones a los distintos órganos internos que cree, sin crear ni transferir potestades de imperio.*□

Además, al referirse a las funciones de las superintendencias creadas por el RIOF, se reconoce que algunas de ellas □□ implican poderes de imperio. Potestades, entonces, que sólo pueden ser atribuidas por ley.□

Sin embargo, la Procuraduría concluye que dado que las superintendencias no son órganos de desconcentración máxima, se les ha asignado, no transferido, competencias a las superintendencias, por lo que estima jurídicamente correcto tal proceder.

Como se puede observar, el razonamiento seguido por la Procuraduría para calificar como regular la creación de las superintendencias y la atribución de funciones que se dispone en el RIOF en su favor, se centra en el hecho de que no se trata de órganos desconcentrados, caso en el cual reconoce la exigencia de una disposición legal que los conforme. Se deja de lado, sin embargo, el hecho de que indistintamente de que se trate de órganos desconcentrados o no, lo cierto es que el ejercicio de potestades de imperio, como se reconoce que lo son algunas de las atribuidas a las superintendencias, sólo cabe que lo hagan órganos externos creados por el legislador, no así por parte de meros órganos internos creados por la propia administración mediante un reglamento interno de organización como es el RIOF, todo lo cual disponen los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Constitución Política. Como se ha visto, en su opinión, la Procuraduría admite que los únicos órganos externos son los antes referidos, no así las superintendencias.

Así las cosas, en tanto evade o ignora en su razonamiento jurídico la restricción constitucional antes referida, no podemos compartir el criterio referido, el cual, en todo caso, no posee carácter vinculante como se ha visto.

B.- Sobre la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial aludida

Una vez examinada la sentencia No. 3929-2010 de las 16:00 horas del 20 de octubre de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial, es posible concluir que en dicho fallo se sigue el mismo razonamiento que la Procuraduría General de la República expuso en la referida opinión jurídica.

Como se puede comprobar, este fallo, tal y como se hizo ver en las sesiones de esta Junta Directiva No. 18-2011 de 16 de marzo del 2011, 21-2011 del 30 de marzo del 2011 y 38 del 13 de junio del 2011, tampoco analiza los límites constitucionales antes evaluados, a saber, la imposibilidad de atribuir potestades externas a entes internos, aspecto que queda

reservado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 10 de la Carta Política.

En suma, en efecto, al igual que en el caso de la Procuraduría General de la República, no se consideran en el fallo en comentario, los límites constitucionales de los Reglamentos autónomos de organización, menos aún la posibilidad de que mediante acuerdo de Junta Directiva, se optara por la creación del Comité de Regulación, lo cual no fue objeto del proceso en comentario.

Debe reiterarse que conforme a los límites constitucionales referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización y menos aún mediante simples acuerdos de Junta Directiva, en tanto ello quebranta la reserva legal que establece la Constitución Política en la materia.

De este modo, en tanto los efectos de este fallo se reducen al debate de mera legalidad □ artículo 49 constitucional-, no encontramos en este pronunciamiento límite alguno para resolver en los términos en que lo hacemos.

Por otra parte, como se expondrá de seguido, en el fallo no se examina el quebranto que estimamos se causa con el Transitorio II del RIOF y con los anteriores acuerdos de Junta Directiva al artículo 37 de la Ley de la ARESEP, como tampoco la posibilidad jurídica de que mediante un simple acuerdo de Junta Directiva, se atribuya a un órgano como el Comité de Regulación, potestades de imperio.

II.-SOBRE LA ILEGALIDAD: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE LA ARESEP, REFORMADO MEDIANTE LA LEY NO. 8660 POR FALTA DE APLICACIÓN

A mayor abundamiento, debemos señalar, como se ha hecho ya en deliberaciones anteriores de esta Junta Directiva, que en el citado proceso contencioso administrativo no se examinó un aspecto de medular importancia para verificar la ilegalidad de la creación del referido Comité.

Efectivamente, a nuestro juicio, los acuerdos de la Junta Directiva y, posteriormente, la disposición reglamentaria □Transitorio II del RIOF- que crean el Comité de Regulación son ilegales en tanto violan el artículo 37 de la Ley de la ARESEP por falta de aplicación, tal y como lo vamos a exponer de seguido.

Estimamos que aún considerando la reforma del artículo 37 de la ley de la ARESEP operada mediante el artículo 41 aparte g) de la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008, no es posible calificar como legítima la creación de ese Comité.

En efecto, dicha norma dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

□ *Artículo 37.-Plazo para fijar precios y tarifas*

La Autoridad Reguladora resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, en un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días naturales posteriores a la fecha de la celebración de la audiencia. Si, pasado ese término, quien, de conformidad con esta Ley, deba resolver, no ha tomado la decisión correspondiente, será sancionado por el regulador general de la Autoridad Reguladora, con suspensión del cargo hasta por treinta (30) días. La suspensión dos veces o más en un mismo año calendario, se considerará falta grave y constituirá causal de despido sin responsabilidad patronal. □

Como se puede comprobar, sin duda, el propio legislador dejó en claro que según su entendimiento, es la Ley a quien corresponde atribuir la potestad de resolver en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, no así a un mero acuerdo de la Junta Directiva o aún, un reglamento interno de organización como el RIOF.

Ciertamente, si bien el legislador con la reforma al artículo 37 de la No. 7593 de 9 de agosto de 1996, mediante la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008 da por supuesto que estableció el órgano externo competente que □resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas□, lo cierto es que no lo hizo. Es decir, existe una laguna normativa en la asignación del órgano externo que debe asumir esa tarea.

Ante tal vacío, lejos de optarse, como se ha hecho de modo ilegítimo, a integrar el Ordenamiento mediante un acuerdo de Junta Directiva y luego mediante una disposición reglamentaria de corte orgánico, lo pertinente es acudir a las reglas establecidas en el artículo 62 de la LGAP, el cual dispone:

□ *Artículo 62.-*

Cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente u órgano compuesto por varias oficinas, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar, y, si no la hay, la de grado superior, o la que ésta disponga. □

De este modo, para definir el órgano que debe asumir la función de fijar o cambiar tarifas e imponer sanciones rescisorias y económicas a los sujetos regulados, deberá examinarse cuál de los órganos externos de la ARESEP, es decir los establecidos en el artículo 45 de su ley, tienen una función más similar, quedando excluidos en la elección los órganos internos por las razones ya aludidas.

Es claro, a nuestro juicio, que el órgano externo de la ARESEP con funciones más similares al ilegítimo Comité de Regulación y a las ilegítimas superintendencias de agua, energía y transportes, es el regulador general, por lo que corresponde a éste, como históricamente ha sucedido, ejercer tales facultades hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

III.- DEL DEBER DE ANULAR LOS ACUERDOS DE ESTA JUNTA DIRECTIVA Y DE LAS NORMAS DEL RIOF QUE CREAN LAS SUPERINTENDENCIAS □sic- Y DEFINEN LA EXISTENCIA TEMPORAL DEL COMITÉ DE REGULACIÓN, ASI COMO ACUERDOS CONEXOS

No cabe duda de que toda conducta inconstitucional es absolutamente nula y por ende, no es posible arreglarla a derecho, ni por saneamiento ni por convalidación □art. 172 de la LGAP-

Por otra parte, no cabe duda, tampoco, de que al encontrarse viciados por razones de constitucionalidad y legalidad, conforme al artículo 174 de la LGAP, recae sobre esta Junta Directiva el deber de anular los acuerdos mediante los cuales se puso a regir el Comité de Regulación y se crearon las superintendencias □sic- de agua, energía y transporte, así como de los acuerdos conexos a la implementación de estas últimas.

1.- Anulación de los acuerdos relativos al Comité de Regulación

Así las cosas, siendo esta misma Junta Directiva el órgano que los adoptó y además, el superior jerarca de esta Autoridad □art.180 LGAP-, visto el vicio de inconstitucionalidad e ilegalidad antes apuntados, lo procedente es declarar de oficio la nulidad de los siguientes acuerdos de esta Junta Directiva:

acuerdo 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010;

acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010;

acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010;

acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010;

artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011.

2.- Anulación de los acuerdos relativos a las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte.

Por otra parte, han de anularse también, por las mismas razones, las siguientes disposiciones del RIOF:

Sobre la Superintendencia de Agua y Saneamiento

artículo 33;

artículo 34.1.d), 1.e), 1.f), 1.h), 1.n), 2.d);

Sobre la Superintendencia de Energía

artículo 35;

artículo 36. 1.f), 1.g), 1.h), 1.j), 1.o), 2.d);

Sobre la Superintendencia de Transporte Público

artículo 37;

artículo 38. 1.c), 1.e), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.n) 1.o), 1.u), 2.d);

3.- Anulación de los acuerdos conexos a la implementación de las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte

Finalmente, deben anularse, por las mismas razones los siguientes acuerdos de Junta Directiva conexos a la implementación de las superintendencias:

acuerdo 004-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 que decidió Aprobar () la descripción de clase y cargo de los puestos de superintendentes de aguas, energía y transporte

acuerdo 005-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 que resolvió: 1.Ordenar el inicio de un nuevo proceso para reclutar y seleccionar los candidatos a los puestos de Superintendentes de Aguas, Energía y Transportes de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. 2.Solicitar a la Administración que a la mayor brevedad inicie el trámite de contratación del consultor o la empresa consultora que apoyará al Departamento de Recursos Humanos en el reclutamiento, la evaluación y la preselección de los (las) candidatos (as) a ocupar dichos puestos de Superintendentes, debiendo definirse como primer paso, sus perfiles, los cuales deberán someterse a aprobación de esta Junta Directiva. 3. El proceso para reclutar y seleccionar a los Superintendentes de Aguas, Energía y Transporte

de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, deberá estar concluido a más tardar, el 15 de marzo de 2011. □

IV.- DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

De conformidad con el artículo 37 de la Ley de la ARESEP reformado mediante ley No. 8660, corresponde al Regulador General sancionar la dilación en la resolución de toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas de parte del órgano que, □de conformidad con esta Ley, deba resolver□ Sin embargo, la ley no definió en ninguna norma el órgano a quien correspondería fijar tarifas.

Ante esta laguna, como se ha venido señalado por parte de los suscritos Directores, lo procedente es aplicar la regla establecida por el artículo 62 de la LGAP, de modo que lo pertinente es que sea el Regulador General quien asuma esa función de tanta importancia en la vida social y económica, tal y como lo ha venido haciendo históricamente.

Siendo así, es claro que la potestad de sancionar la dilación en el ejercicio de la potestad de fijar o cambiar tarifas no podrá ser ejercida por el mismo Regulador General.

Ante esa problemática, de nuevo, lo pertinente es recurrir a la LGAP, cuyo artículo 102 dispone las potestades de todo superior jerárquico, en este caso, la Junta Directiva de la ARESEP.

Dentro de tales potestades, se encuentra la de vigilar la acción del inferior, la potestad disciplinaria, el ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, así como avocar las funciones del inmediato inferior.

De este modo, ante la incompatibilidad entre el ejercicio de una potestad □fijar tarifas- y la de sancionar la dilación en su ejercicio, lo procedente es que en adelante sea esta Junta Directiva el órgano que se avoque la potestad disciplinaria prevista en el artículo 37 de la Ley de ARESEP, de modo que en caso de que el Regulador General no se pronuncie a futuro dentro del plazo de ley señalado por el citado artículo, corresponderá a este cuerpo colegiado sancionar tal conducta omisiva.

V.- DEL DIMENSIONAMIENTO EN EL TIEMPO, EL ESPACIO Y LA MATERIA DE LA ANULACIÓN

Existen al menos tres reglas jurídicas que obligan a dimensionar en tiempo, espacio y materia una decisión que traiga consigo la anulación de una norma o conducta administrativa con efecto retroactivo, todo lo cual reside en el Principio de Seguridad Jurídica de claro origen constitucional. Se trata del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción

Constitucional, en adelante LJC, el artículo 171 de la LGAP y el artículo 131 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en adelante CPCA.

De este modo, por exigencias propias del Principio de Seguridad Jurídica, la anulación de conductas administrativas por ser absolutamente nulas, además de ser un deber jurídico, implica la necesidad de dimensionar en el tiempo, el espacio y la materia el efecto retroactivo de tal decisión, a efecto de evitar dislocaciones que atenten en contra de la estabilidad social y demás valores superiores del ordenamiento jurídico (arts. 91 de la LJC, 171 LGAP y 131 del CPCA).

Así las cosas, en tanto se ha decidido anular una importante diversidad de conductas administrativas, en específico, las relativas a la creación temporal del Comité de Regulación, se dimensiona los efectos de tal decisión en estos términos:

a.- en el caso de aquellos actos de gravamen adoptados por el Comité de Regulación, en tanto se encuentran afectados por el vicio de incompetencia absoluta al haber sido dictados por un órgano inconstitucional, lo que impide su saneamiento o convalidación (art. 172 LGAP), corresponde al Regulador General, de oficio, decretar su anulación y retrotraer los procedimientos conservando aquellos actos o trámites cuyo contenido hubiera permanecido de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad (art.186 LGAP);

b.- en el caso de los actos del citado Comité de los cuales terceros han derivado derechos subjetivos, se estima que quedan a salvo del efecto retroactivo de la nulidad decretada, en tanto se entienden adquiridos de buena fe (art. 171 LGAP);

c.- para el caso de aquellos procedimientos iniciados pero no terminados al momento de la anulación aquí decidida, se dispone que lo deberá continuar el Regulador General, manteniendo todo lo actuado, salvo aquello que no sea jurídicamente posible (art. 67.2 LGAP).

POR TANTO:

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República y conforme a lo dispuesto por los artículos 11, 28 y 121. 20) de la Constitución Política; 62, 67, 102, 171, 172, 174.1, 180 y 186 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad, por vicio de nulidad absoluta, de las siguientes conductas y normas:

resolución del Comité de Regulación No.218-RCR-2010 del 19 de octubre del 2010 que rechaza ad portas la queja planteada;

acuerdo de Junta Directiva 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010;

acuerdo de Junta Directiva 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010;

acuerdo de Junta Directiva 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010;

acuerdo de Junta Directiva 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010;

artículo 3 de la sesión de Junta Directiva 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011;

artículo 33 del RIOF;

artículo 34. 1.d), 1.e), 1.f), 1.h), 1.n), 2.d) del RIOF;

artículo 35 del RIOF;

artículo 36. 1.f), 1.g), 1.h), 1.j), 1.o), 2.d) del RIOF;

artículo 37 del RIOF;

artículo 38. 1.c), 1.e), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.n), 1.o), 1.u), 2.d) del RIOF;

Por conexidad, deben anularse, los siguientes acuerdos de Junta Directiva:

acuerdo 004-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 y el

acuerdo 005-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010.

La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de adopción de los respectivos acuerdos y de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe, entendiéndose incluidos dentro de éstos, los derivados de actos administrativos firmes del Comité de Regulación que reconozcan, declaren o amplíen situaciones jurídico administrativas hasta antes de esta declaratoria.

En vista de la anulación de los acuerdos de Junta Directiva y del Transitorio II del RIOF que crearon y prorrogaron el Comité de Regulación y según lo dispuesto en el artículo 62 de la LGAP, al ser el Regulador General el órgano externo con funciones más similares a las asignadas al Comité de Regulación e incluso por haberlas asumido históricamente hasta el 7 de mayo del 2010, se le instruye para que asuma las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación y que se pretendía que ejercieran las Superintendencias sic- de Agua, Energía y Transportes, hasta tanto el legislador no disponga lo contrario. En vista de ello, deberá continuar los procedimientos pendientes manteniendo todo lo actuado, salvo lo que no sea jurídicamente posible.

Además, se le instruye para que proceda a anular las actuaciones del aludido Comité en aquellos procedimientos en que se hayan adoptado actos de gravamen, dejando a salvo aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad aquí declarada y proceder a adoptar el acto final que corresponda según el mérito de los autos.

En adelante, corresponderá a esta Junta Directiva en su carácter de órgano superior supremo, avocarse la potestad disciplinaria del Regulador General definida por el artículo 37 de la Ley de la ARESEP, en tanto sobre este último, de modo sobreviniente, ha recaído una causal de incompatibilidad para su ejercicio en vista de los alcances de lo aquí resuelto.

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 10. Refinadora Costarricense de Petróleo, S. A., Recurso administrativo, nulidad concomitante y suspensión del dictado del acto final del Expediente ET-100-2011.

Se conoció el oficio 498-DGJR-2011 del 2 de setiembre del 2011, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remite criterio jurídico en torno al recurso administrativo, nulidad concomitante y suspensión del dictado del acto final del expediente ET-100-2011, interpuesto por la Refinadora Costarricense de Petróleo, S. A.

La señora **Carol Solano Durán** procedió a explicar los principales extremos del citado recurso administrativo, nulidad concomitante y suspensión del dictado del acto final del expediente ET-100-2011, interpuesto por la Refinadora Costarricense de Petróleo, S. A., a saber:

□El Regulador General mediante oficio 286-RG-2011, del 7 de junio de 2011, solicitó a la Dirección de Servicios de Energía hacer las investigaciones que correspondan sobre declaraciones realizadas por el Ex Regulador General, señor Leonel Fonseca.

Que mediante oficio 423-DEN-2011, del 22 de junio del 2011, la Dirección de Servicios de Energía, dio respuesta al oficio 286-RG-2011 en el que recomendó: 1-Someter la propuesta de devolverle al usuario un monto de ¢62 007,1 millones, por considerarse que son sobrantes de recursos, al proceso de audiencia pública según lo establecido en la Ley 7593, advirtiéndole que los ajustes que en definitiva se aprueben, lo serán con respecto a los precios vigentes al momento de la respectiva aprobación y los ajustes que se tengan que realizar después de la audiencia pública. 2-Si RECOPE no demuestra ser capaz de realizar el monto de inversiones de ¢51 093,5 millones previsto el monto de la rebaja podría incrementarse. 3-Indicarle a RECOPE que debe proceder a hacer las gestiones para recuperar los recursos trasladados al Ministerio de Hacienda. 4-Proceder a someter a Junta Directiva la propuesta de modificación a la metodología vigente de fijación de precio del combustible.

Que mediante oficio 095-COR-2011, del 24 de junio de 2011, el presidente del Comité de Regulación comunicó que mediante acuerdo de la Sesión Extraordinaria No. 122 de las 14:00 horas del 23 de junio 2011, en el que se conoció el informe 423-DEN-2011 se dispuso la apertura del expediente y el respectivo trámite para proceder de oficio y de manera ordinaria con la rebaja de los combustibles en plantel de distribución y consumidor final.

Mediante oficio GAF-728-2011, del 1 de agosto de 2011, RECOPE S.A., presentó incidente de nulidad de las actuaciones en contra del oficio 095-COR-2011, que ordenó la apertura del expediente y la convocatoria a participación ciudadana para proceder de oficio y de manera ordinaria con la rebaja del precio de los combustibles en los planteles de distribución de RECOPE S.A y contra la convocatoria a audiencia pública hecha por la Autoridad Reguladora para conocer dicha rebaja de precios.

Que el 25 de agosto de 2011, mediante oficio P-429-2011, del 25 de agosto 2011, RECOPE, S.A. interpuso ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, reclamo administrativo, nulidad concomitante y suspensión del dictado del acto final en el expediente ET-100-2011.

Que mediante resolución 623-RCR-2010, de las 14:45 horas del 1 de setiembre de 2011, el Comité de Regulación resolvió: □Rechazar por el fondo, el incidente interpuesto por la Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A.□

Analizado el reclamo administrativo, incidente de nulidad concomitante y suspensión del dictado del acto final, se concluye:

[1]. La propuesta sometida a audiencia pública por parte del Comité de Regulación, es un acto preparatorio que no tiene efectos propios, y que como tal, debe seguir el procedimiento especial establecido en el artículo 36 de la Ley 7593. Será hasta en el acto final de dicho procedimiento donde el órgano competente analice la propuesta y las posiciones de las partes participantes en la audiencia pública para tomar una decisión que incluya el análisis de los argumentos de fondo planteados, en el incidente de nulidad de actuaciones.

[2]. Siendo la Junta Directiva el jerarca superior administrativo en materia tarifaria, los argumentos de fondo planteados en el incidente de nulidad, deberán conocerse en el acto final del procedimiento y de ser analizados en este momento procesal, la Junta Directiva, podría incurrir en adelanto de criterio como causal de abstención y recusación, al tenor de lo dispuesto en los artículos 230 a 238 de la Ley General de la Administración Pública.

[3]. Revisada la página web del Poder Judicial (www.pjenlinea.poder-judicial.go.cr) al día de hoy, el expediente 11-10189-007-CO, mediante el cual se tramita una acción de inconstitucionalidad interpuesta por CONCORI, contra los acuerdos de Junta Directiva que crean y prorrogan la vigencia del Comité de Regulación, se determinó que dicho expediente se encuentra en trámite y en el presente caso, no se configuran los supuestos de los artículos 81 y 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para suspender el dictado del acto final de procedimiento tarifario.

[4]. De conformidad con lo establecido en los artículos 146 y 148 de la Ley General de la Administración Pública, existe una presunción de validez del acto administrativo para la realización del interés público, en virtud del principio de ejecutividad. El acto se presume válido y eficaz, por ende puede ser aplicado en aras de la satisfacción del interés público.

[5]. La suspensión de los efectos de un acto administrativo, es una medida cautelar de carácter excepcional, temporal, provisional o transitorio, cuyo fin es evitar perjuicios graves o de imposible reparación al administrado. En este caso, RECOPE, S.A. no indica demuestra cuáles son los perjuicios de imposible o difícil reparación que sufriría de manera que ameritarían la suspensión del dictado del acto final del procedimiento tarifario. □

La Directora ***María Lourdes Echandi Gurdían*** manifestó:

□ Dado que esta Junta Directiva no cuenta con una asesoría jurídica y regulatoria imparcial, objetiva e independiente del resto de los órganos de la administración y ante las dudas fundadas de constitucionalidad y legalidad que teníamos sobre el Comité de Regulación y las

Superintendencias de Agua, Energía y Transporte, así como para evitar ver comprometida nuestra responsabilidad, nos vimos obligados a realizar un estudio jurídico que comprendiera la constitucionalidad y la legalidad de dichos órganos. Dicho estudio jurídico fue expuesto en las sesiones de Junta Directiva 18 del 16 de marzo del 2011 y 21 del 30 de marzo del 2011 y sus conclusiones fueron posteriormente ratificadas por el asesor externo contratado por la ARESEP, al efecto, el Dr. Rubén Hernández Valle. Asimismo el auditor interno de la ARESEP mediante oficio 012-PAD-2011 (218-AI-2011 de 18 de julio de 2011) manifestó sus preocupaciones sobre las potestades atribuidas al Comité de Regulación y a las Superintendencias citadas.

Se advierte que no entraremos a resolver el fondo que motiva la gestión recursiva del expediente ET-100-2011 y en su lugar decidimos declarar de oficio la nulidad de las conductas y normas que se dirán por la incompetencia del sujeto.

En el tanto se decida conocer y resolver el □Reclamo administrativo, nulidad concomitante y suspensión del dictado del acto final□interpuesto por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. en el expediente ET-100-2011, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 498-DGJR-2011 del 2 de setiembre del 2011, se deja de lado la infracción sustancial relativa al sujeto (existencia y competencia del órgano que adopta el acto) que ordena la apertura del expediente tarifario acuerdo del Comité de Regulación de la sesión 122 del 23 de junio del 2011 -resolución que ordena la apertura del expediente tarifario ET-100-2011- y los actos sucesivos incluida la audiencia pública y los actos sucesivos incluida la audiencia pública, así como los acuerdos de la Junta Directiva 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010; acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010; acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010; acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010; artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011 que crearon temporalmente el Comité de Regulación, las normas del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP (RIOF) que crearon las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes y los acuerdos conexos en tanto se encuentran viciados de legalidad y constitucionalidad.

Por ello con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, y conforme a lo dispuesto por los artículos 67.1; 102.d), 174.1 y 180 de la Ley General de la Administración Pública, estimamos que debemos declarar de oficio la nulidad del acuerdo del Comité de Regulación de la sesión 122 del 23 de junio del 2011 -resolución que ordena la apertura del expediente tarifario ET-100-2011- y los actos sucesivos incluida la audiencia pública y los actos sucesivos incluida la

audiencia pública, así como los acuerdos indicados de la Junta Directiva que crearon temporalmente el Comité de Regulación las normas del RIOF que crearon las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes y los acuerdos conexos.

El fundamento para resolver en el indicado sentido, lo hemos expuesto en las sesiones de Junta Directiva 18-2011 del 16 de marzo del 2011, 21-2011 del 30 de marzo del 2011, 38-2011 de 13 de junio de 2011, 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

De seguido será expuesto el detalle del fundamento de nuestra posición.

I.- SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL COMITÉ DE REGULACIÓN

1.- Sobre el Comité de Regulación

El Comité de Regulación es un órgano interno que no ha sido creado mediante ley, es decir, no es un órgano externo que pueda ejercer potestades de imperio, como sí es el caso del Regulador General.

En vista de esa naturaleza jurídica del aludido Comité, estimamos que no puede asignársele atribuciones cuyo ejercicio repercuta de forma directa en la esfera de los ciudadanos (potestades de imperio). Así se deriva del Principio General de Libertad y por ende de la exclusiva competencia de la Asamblea Legislativa para regular la vida externa de la Administración frente a los derechos del particular, según el contenido de los artículos 28 y

121 inciso 20) de la Constitución Política.

La Doctrina ha señalado de modo claro y pacífico al respecto que □la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley -artículo 121, inciso 20) de la Constitución Política-. □ JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo. En el mismo sentido véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo.

De este modo, estimamos que conforme a los límites constitucionales antes referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización tal y como ha sucedido en la especie. En efecto, si se le asigna a un órgano interno potestades de imperio vía reglamento autónomo de organización o mediante un simple acto administrativo adoptado por esta Junta Directiva, en realidad se crea un órgano externo obviando la reserva legal que establece la Constitución Política en la aludida norma y se legisla ex novo.

Como resulta obvio, estas consideraciones en nada se relacionan con la idoneidad de los funcionarios que integran o han integrado dicho Comité de Regulación.

No obstante, no debe dejarse de lado que, precisamente por el impacto que tienen las decisiones de los órganos externos de la ARESEP sobre la esfera de los particulares, los nombramientos de los funcionarios con competencias externas y que asumen la jerarquía de la institución, han de ser ratificados por la Asamblea Legislativa con el propósito de brindarle a sus decisiones legitimidad democrática, todo lo cual, como es claro, no sucede en el caso de los funcionarios que integran el Comité de regulación en tanto son designados por el Regulador General a su entera discreción.

Esta problemática, hay que decirlo, se produce también en el caso de las pretendidas superintendencias de agua, energía y transportes [denominación por demás inadecuada y que conduce a la confusión en torno a su verdadera naturaleza jurídica-, las cuales son órganos internos creados por un reglamento autónomo de organización, como es el RIOF, por la anterior Junta Directiva en la sesión 21-2009 del 19 de marzo del 2009, a los cuales les fueron asignadas, por esa vía, potestades de imperio como las de definir tarifas en los servicios públicos de su respectivo ramo, sin el soporte legal exigido por el bloque de constitucionalidad.

2.- Sobre el examen parcial de la Procuraduría y del Tribunal Contencioso Administrativo

A.- Sobre la opinión jurídica OJ-094-2009 de 9 de octubre del 2009 de la PGR

La Procuraduría General de la República emitió una opinión jurídica con relación al tema que se viene de exponer [con referencia a las superintendencias-, en donde desarrolla una tesis contraria a la de los suscritos directores. Se trata, con todo, de una mera opinión jurídica, no así un dictamen, por lo cual no tiene efectos vinculantes conforme lo aclara, en su apartado I, la misma opinión jurídica OJ-94-2009.

Aún no siendo vinculante tal criterio, es preciso examinar las razones por las cuales no se comparte la conclusión de dicho órgano consultivo.

En la referida opinión, la Procuraduría admite que según el artículo 45 de la Ley de la ARESEP, la entidad está conformada, únicamente, por cuatro órganos externos, a saber:

- a) Junta Directiva.
- b) Un regulador general y un regulador general adjunto.
- c) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel).
- d) La Auditoría Interna.

De este modo, se indica que cualquier otro órgano que no esté comprendido en el citado artículo 45, debe ser considerado como un órgano interno.

Se señala además que el inciso 1) del artículo 53 de la Ley de la ARESEP reconoce la potestad de autoorganización de la entidad, la cual debe ser ejercida por la Junta Directiva en ejercicio de la cual, no hay posibilidad de crear órganos externos por ser esa facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa.

Textualmente, se indica:

□ La competencia de la Junta Directiva está referida a la creación de órganos internos, sin que le haya sido atribuida una competencia para crear órganos externos. Por consiguiente, la Junta Directiva debe limitarse a asignar las funciones a los distintos órganos internos que cree, sin crear ni transferir potestades de imperio. □

Además, al referirse a las funciones de las superintendencias creadas por el RIOF, se reconoce que algunas de ellas □□ implican poderes de imperio. Potestades, entonces, que sólo pueden ser atribuidas por ley. □

Sin embargo, la Procuraduría concluye que dado que las superintendencias no son órganos de desconcentración máxima, se les ha asignado, no transferido, competencias a las superintendencias, por lo que estima jurídicamente correcto tal proceder.

Como se puede observar, el razonamiento seguido por la Procuraduría para calificar como regular la creación de las superintendencias y la atribución de funciones que se dispone en el RIOF en su favor, se centra en el hecho de que no se trata de órganos desconcentrados, caso en el cual reconoce la exigencia de una disposición legal que los conforme. Se deja de lado, sin embargo, el hecho de que indistintamente de que se trate de órganos desconcentrados o no, lo cierto es que el ejercicio de potestades de imperio, como se reconoce que lo son algunas de las atribuidas a las superintendencias, sólo cabe que lo hagan órganos externos creados por el legislador, no así por parte de meros órganos internos creados por la propia administración mediante un reglamento interno de organización como es el RIOF, todo lo cual disponen los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Constitución Política. Como se ha visto, en su opinión, la Procuraduría admite que los únicos órganos externos son los antes referidos, no así las superintendencias.

Así las cosas, en tanto evade o ignora en su razonamiento jurídico la restricción constitucional antes referida, no podemos compartir el criterio referido, el cual, en todo caso, no posee carácter vinculante como se ha visto.

B.- Sobre la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial aludida

Una vez examinada la sentencia No. 3929-2010 de las 16:00 horas del 20 de octubre de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial, es posible concluir que en dicho fallo se sigue el mismo razonamiento que la Procuraduría General de la República expuso en la referida opinión jurídica.

Como se puede comprobar, este fallo, tal y como se hizo ver en las sesiones de esta Junta Directiva No. 18-2011 de 16 de marzo del 2011, 21-2011 del 30 de marzo del 2011 y 38 del 13 de junio del 2011, tampoco analiza los límites constitucionales antes evaluados, a saber, la imposibilidad de atribuir potestades externas a entes internos, aspecto que queda reservado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 10 de la Carta Política.

En suma, en efecto, al igual que en el caso de la Procuraduría General de la República, no se consideran en el fallo en comentario, los límites constitucionales de los Reglamentos autónomos de organización, menos aún la posibilidad de que mediante acuerdo de Junta Directiva, se optara por la creación del Comité de Regulación, lo cual no fue objeto del proceso en comentario.

Debe reiterarse que conforme a los límites constitucionales referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización y menos aún mediante simples acuerdos de Junta Directiva, en tanto ello quebranta la reserva legal que establece la Constitución Política en la materia.

De este modo, en tanto los efectos de este fallo se reducen al debate de mera legalidad □ artículo 49 constitucional-, no encontramos en este pronunciamiento límite alguno para resolver en los términos en que lo hacemos.

Por otra parte, como se expondrá de seguido, en el fallo no se examina el quebranto que estimamos se causa con el Transitorio II del RIOF y con los anteriores acuerdos de Junta Directiva al artículo 37 de la Ley de la ARESEP, como tampoco la posibilidad jurídica de que mediante un simple acuerdo de Junta Directiva, se atribuya a un órgano como el Comité de Regulación, potestades de imperio.

II.-SOBRE LA ILEGALIDAD: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE LA ARESEP, REFORMADO MEDIANTE LA LEY NO. 8660 POR FALTA DE APLICACIÓN

A mayor abundamiento, debemos señalar, como se ha hecho ya en deliberaciones anteriores de esta Junta Directiva, que en el citado proceso contencioso administrativo no se examinó un aspecto de medular importancia para verificar la ilegalidad de la creación del referido Comité.

Efectivamente, a nuestro juicio, los acuerdos de la Junta Directiva y, posteriormente, la disposición reglamentaria Transitorio II del RIOF- que crean el Comité de Regulación son ilegales en tanto violan el artículo 37 de la Ley de la ARESEP por falta de aplicación, tal y como lo vamos a exponer de seguido.

Estimamos que aún considerando la reforma del artículo 37 de la ley de la ARESEP operada mediante el artículo 41 aparte g) de la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008, no es posible calificar como legítima la creación de ese Comité.

En efecto, dicha norma dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

Artículo 37.-Plazo para fijar precios y tarifas

La Autoridad Reguladora resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, en un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días naturales posteriores a la fecha de la celebración de la audiencia. Si, pasado ese término, quien, de conformidad con esta Ley, deba resolver, no ha tomado la decisión correspondiente, será sancionado por el regulador general de la Autoridad Reguladora, con suspensión del cargo hasta por treinta (30) días. La suspensión dos veces o más en un mismo año calendario, se considerará falta grave y constituirá causal de despido sin responsabilidad patronal.

Como se puede comprobar, sin duda, el propio legislador dejó en claro que según su entendimiento, es la Ley a quien corresponde atribuir la potestad de resolver en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, no así a un mero acuerdo de la Junta Directiva o aún, un reglamento interno de organización como el RIOF.

Ciertamente, si bien el legislador con la reforma al artículo 37 de la No. 7593 de 9 de agosto de 1996, mediante la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008 da por supuesto que estableció el órgano externo competente que resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas lo cierto es que no lo hizo. Es decir, existe una laguna normativa en la asignación del órgano externo que debe asumir esa tarea.

Ante tal vacío, lejos de optarse, como se ha hecho de modo ilegítimo, a integrar el Ordenamiento mediante un acuerdo de Junta Directiva y luego mediante una disposición reglamentaria de corte orgánico, lo pertinente es acudir a las reglas establecidas en el artículo

62 de la LGAP, el cual dispone:

□Artículo 62.-

Cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente u órgano compuesto por varias oficinas, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar, y, si no la hay, la de grado superior, o la que ésta disponga. □

De este modo, para definir el órgano que debe asumir la función de fijar o cambiar tarifas e imponer sanciones rescisorias y económicas a los sujetos regulados, deberá examinarse cuál de los órganos externos de la ARESEP, es decir los establecidos en el artículo 45 de su ley, tienen una función más similar, quedando excluidos en la elección los órganos internos por las razones ya aludidas.

Es claro, a nuestro juicio, que el órgano externo de la ARESEP con funciones más similares al ilegítimo Comité de Regulación y a las ilegítimas superintendencias de agua, energía y transportes, es el regulador general, por lo que corresponde a éste, como históricamente ha sucedido, ejercer tales facultades hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

III.- DEL DEBER DE ANULAR LOS ACUERDOS DE ESTA JUNTA DIRECTIVA Y DE LAS NORMAS DEL RIOF QUE CREAN LAS SUPERINTENDENCIAS □sic- Y DEFINEN LA EXISTENCIA TEMPORAL DEL COMITÉ DE REGULACIÓN, ASI COMO ACUERDOS CONEXOS

No cabe duda de que toda conducta inconstitucional es absolutamente nula y por ende, no es posible arreglarla a derecho, ni por saneamiento ni por convalidación □art. 172 de la LGAP-.

Por otra parte, no cabe duda, tampoco, de que al encontrarse viciados por razones de constitucionalidad y legalidad, conforme al artículo 174 de la LGAP, recae sobre esta Junta Directiva el deber de anular los acuerdos mediante los cuales se puso a regir el Comité de Regulación y se crearon las superintendencias □sic- de agua, energía y transporte, así como de los acuerdos conexos a la implementación de estas últimas.

1.- Anulación de los acuerdos relativos al Comité de Regulación

Así las cosas, siendo esta misma Junta Directiva el órgano que los adoptó y además, el superior jerarca de esta Autoridad □art.180 LGAP-, visto el vicio de inconstitucionalidad e ilegalidad antes apuntados, lo procedente es declarar de oficio la nulidad de los siguientes acuerdos de esta Junta Directiva:

acuerdo 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010;

acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010;

acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010;

acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010;

artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011.

2.- Anulación de los acuerdos relativos a las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte

Por otra parte, han de anularse también, por las mismas razones, las siguientes disposiciones del RIOF:

Sobre la Superintendencia de Agua y Saneamiento

artículo 33;

artículo 34.1.d), 1.e), 1.f), 1.h), 1.n), 2.d);

Sobre la Superintendencia de Energía

artículo 35;

artículo 36. 1.f), 1.g), 1.h), 1.j), 1.o), 2.d);

Sobre la Superintendencia de Transporte Público

artículo 37;

artículo 38. 1.c), 1.e), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.n) 1.o), 1.u), 2.d);

3.- Anulación de los acuerdos conexos a la implementación de las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte

Finalmente, deben anularse, por las mismas razones los siguientes acuerdos de Junta Directiva conexos a la implementación de las superintendencias:

acuerdo 004-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 que decidió Aprobar (.) la descripción de clase y cargo de los puestos de superintendentes de aguas, energía y transporte

acuerdo 005-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 que resolvió:
 1. Ordenar el inicio de un nuevo proceso para reclutar y seleccionar los candidatos a los puestos de Superintendentes de Aguas, Energía y Transportes de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. 2. Solicitar a la Administración que a la mayor brevedad inicie el trámite de contratación del consultor o la empresa consultora que apoyará al Departamento de Recursos Humanos en el reclutamiento, la evaluación y la preselección de los (las) candidatos (as) a ocupar dichos puestos de Superintendentes, debiendo definirse como primer paso, sus perfiles, los cuales deberán someterse a aprobación de esta Junta Directiva. 3. El proceso para reclutar y seleccionar a los Superintendentes de Aguas, Energía y Transporte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, deberá estar concluido a más tardar, el 15 de marzo de 2011.

IV.- DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

De conformidad con el artículo 37 de la Ley de la ARESEP reformado mediante ley No. 8660, corresponde al Regulador General sancionar la dilación en la resolución de toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas de parte del órgano que, de conformidad con esta Ley, deba resolver Sin embargo, la ley no definió en ninguna norma el órgano a quien correspondería fijar tarifas.

Ante esta laguna, como se ha venido señalado por parte de los suscritos Directores, lo procedente es aplicar la regla establecida por el artículo 62 de la LGAP, de modo que lo pertinente es que sea el Regulador General quien asuma esa función de tanta importancia en la vida social y económica, tal y como lo ha venido haciendo históricamente.

Siendo así, es claro que la potestad de sancionar la dilación en el ejercicio de la potestad de fijar o cambiar tarifas no podrá ser ejercida por el mismo Regulador General.

Ante esa problemática, de nuevo, lo pertinente es recurrir a la LGAP, cuyo artículo 102 dispone las potestades de todo superior jerárquico, en este caso, la Junta Directiva de la ARESEP.

Dentro de tales potestades, se encuentra la de vigilar la acción del inferior, la potestad disciplinaria, el ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, así como avocar las funciones del inmediato inferior.

De este modo, ante la incompatibilidad entre el ejercicio de una potestad [fijar tarifas- y la de sancionar la dilación en su ejercicio, lo procedente es que en adelante sea esta Junta Directiva el órgano que se avoque la potestad disciplinaria prevista en el artículo 37 de la Ley de ARESEP, de modo que en caso de que el Regulador General no se pronuncie a futuro dentro del plazo de ley señalado por el citado artículo, corresponderá a este cuerpo colegiado sancionar tal conducta omisiva.

V.- DEL DIMENSIONAMIENTO EN EL TIEMPO, EL ESPACIO Y LA MATERIA DE LA ANULACIÓN

Existen al menos tres reglas jurídicas que obligan a dimensionar en tiempo, espacio y materia una decisión que traiga consigo la anulación de una norma o conducta administrativa con efecto retroactivo, todo lo cual reside en el Principio de Seguridad Jurídica de claro origen constitucional. Se trata del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en adelante LJC, el artículo 171 de la LGAP y el artículo 131 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en adelante CPCA.

De este modo, por exigencias propias del Principio de Seguridad Jurídica, la anulación de conductas administrativas por ser absolutamente nulas, además de ser un deber jurídico, implica la necesidad de dimensionar en el tiempo, el espacio y la materia el efecto retroactivo de tal decisión, a efecto de evitar dislocaciones que atenten en contra de la estabilidad social y demás valores superiores del ordenamiento jurídico (arts. 91 de la LJC, 171 LGAP y 131 del CPCA).

Así las cosas, en tanto se ha decidido anular una importante diversidad de conductas administrativas, en específico, las relativas a la creación temporal del Comité de Regulación, se dimensiona los efectos de tal decisión en estos términos:

a.- en el caso de aquellos actos de gravamen adoptados por el Comité de Regulación, en tanto se encuentran afectados por el vicio de incompetencia absoluta al haber sido dictados por un órgano inconstitucional, lo que impide su saneamiento o convalidación (art. 172 LGAP), corresponde al Regulador General, de oficio, decretar su anulación y retrotraer los procedimientos conservando aquellos actos o trámites cuyo contenido hubiera permanecido

de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad (art.186 LGAP);

b.- en el caso de los actos del citado Comité de los cuales terceros han derivado derechos subjetivos, se estima que quedan a salvo del efecto retroactivo de la nulidad decretada, en tanto se entienden adquiridos de buena fe (art. 171 LGAP);

c.- para el caso de aquellos procedimientos iniciados pero no terminados al momento de la anulación aquí decidida, se dispone que lo deberá continuar el Regulador General, manteniendo todo lo actuado, salvo aquello que no sea jurídicamente posible (art. 67.2 LGAP).

POR TANTO:

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República y conforme a lo dispuesto por los artículos 11, 28 y 121. 20) de la Constitución Política; 62, 67, 102, 171, 172, 174.1, 180 y 186 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad, por vicio de nulidad absoluta, de las siguientes conductas y normas:

acuerdo del Comité de Regulación de la sesión 122 del 23 de junio del 2011 -resolución que ordena la apertura del expediente tarifario ET-100-2011- y los actos sucesivos incluida la audiencia pública;

acuerdo 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010;

acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010;

acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010;

acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010;

artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011.

artículo 33 del RIOF;

artículo 34.1.d), 1.e), 1.f), 1.h), 1.n), 2.d) del RIOF;

artículo 35 del RIOF;

artículo 36. 1.f), 1.g), 1.h), 1.j), 1.o), 2.d) del RIOF;

artículo 37 del RIOF;

artículo 38. 1.c), 1.e), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.n), 1.o), 1.u), 2.d) del RIOF;

Por conexidad, deben anularse, los siguientes acuerdos de Junta Directiva:

acuerdo 004-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 y el

acuerdo 005-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010.

La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de adopción de los respectivos acuerdos y de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe, entendiéndose incluidos dentro de éstos, los derivados de actos administrativos firmes del Comité de Regulación que reconozcan, declaren o amplíen situaciones jurídico administrativas hasta antes de esta declaratoria.

En vista de la anulación de los acuerdos de Junta Directiva y del Transitorio II del RIOF que crearon y prorrogaron el Comité de Regulación y según lo dispuesto en el artículo 62 de la LGAP, al ser el Regulador General el órgano externo con funciones más similares a las asignadas al Comité de Regulación e incluso por haberlas asumido históricamente hasta el 7 de mayo del 2010, se le instruye para que asuma las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación y que se pretendía que ejercieran las Superintendencias [sic- de Agua, Energía y Transportes, hasta tanto el legislador no disponga lo contrario. En vista de ello, deberá continuar los procedimientos pendientes manteniendo todo lo actuado, salvo lo que no sea jurídicamente posible.

Además, se le instruye para que proceda a anular las actuaciones del aludido Comité en aquellos procedimientos en que se hayan adoptado actos de gravamen, dejando a salvo aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad aquí declarada y proceder a adoptar el acto final que corresponda según el mérito de los autos.

En adelante, corresponderá a esta Junta Directiva en su carácter de órgano superior supremo, avocarse la potestad disciplinaria del Regulador General definida por el artículo 37 de la Ley de la ARESEP, en tanto sobre este último, de modo sobreviniente, ha recaído una causal de incompatibilidad para su ejercicio en vista de los alcances de lo aquí resuelto □

Los directores *Dennis Meléndez*, *Sylvia Saborío* y *Edgar Gutiérrez* estuvieron a favor del criterio jurídico sometido en esta oportunidad, mientras que los directores *Echandi Gurdían* y *Arias Rodríguez* indicaron que salvaban su voto, de conformidad con lo expuesto en la parte expositiva de este artículo, el cual desean se comunique con el voto de mayoría. La Junta Directiva resolvió, por mayoría,

ACUERDO 09-55-2011

- I. Rechazar por improcedente el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por RECOPE, S. A. contra el oficio 095-COR-2011, de 24 de junio de 2011 y la convocatoria audiencia pública hecha por la Autoridad Regulador de los Servicios Públicos para conocer la rebaja de precios de los combustibles, publicada en los periódicos La Nación y La Teja 4 de julio del 2011 y en La Gaceta No. 134 del 12 de julio de 2011.
- II. Rechazar por el fondo el incidente de suspensión del dictado del acto final, dentro del expediente administrativo ET-100-2011.
- III. Dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a esta gestión.
- IV. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General mediante oficio 286-RG-2011, del 7 de junio de 2011, solicitó a la Dirección de Servicios de Energía hacer las investigaciones que correspondan sobre declaraciones realizadas por el Ex Regulador General, señor Leonel Fonseca (folio 16 a 29).
- II. Que mediante oficio 423-DEN-2011, del 22 de junio del 2011, la Dirección de Servicios de Energía, dio respuesta al oficio 286-RG-2011 en el que recomendó (folios 6 al 15):
 - 1- Someter la propuesta de devolverle al usuario un monto de ¢62 007,1 millones, por considerarse que son sobrantes de recursos, al proceso de audiencia pública según lo establecido en la Ley 7593, advirtiéndole que los ajustes que en definitiva se aprueben, lo serán con respecto a los precios vigentes al momento de la respectiva aprobación y los ajustes que se tengan que realizar después de la audiencia pública.

- 2- Si RECOPE no demuestra ser capaz de realizar el monto de inversiones de \$51 093,5 millones previsto el monto de la rebaja podría incrementarse.
 - 3- Indicarle a RECOPE que debe proceder a hacer las gestiones para recuperar los recursos trasladados al Ministerio de Hacienda.
 - 4- Proceder a someter a Junta Directiva la propuesta de modificación a la metodología vigente de fijación de precio del combustible.
- III.** Que mediante oficio 095-COR-2011, del 24 de junio de 2011, el presidente del Comité de Regulación comunicó que mediante acuerdo de la Sesión Extraordinaria No. 122 de las 14:00 horas del 23 de junio 2011, en el que se conoció el informe 423-DEN-2011 se dispuso la apertura del expediente y el respectivo trámite para proceder de oficio y de manera ordinaria con la rebaja de los combustibles en plantel de distribución y consumidor final. (folios 1 al 5).
- IV.** Que la convocatoria a audiencia pública, se publicó en los periódicos La Nación y la Teja 4 de julio del 2011 y en La Gaceta No. 134, del 12 de julio de 2011. (folios 44 a 47).
- V.** Que mediante oficio GAF-728-2011, del 1 de agosto de 2011, RECOPE S.A., presentó incidente de nulidad de las actuaciones en contra del oficio 095-COR-2011, que ordenó la apertura del expediente y la convocatoria a participación ciudadana para proceder de oficio y de manera ordinaria con la rebaja del precio de los combustibles en los planteles de distribución de RECOPE S.A y contra la convocatoria a audiencia pública hecha por la Autoridad Reguladora para conocer dicha rebaja de precios. (folios 60 a 82).
- VI.** Que la audiencia pública fue realizada el 4 de agosto de 2011, por el sistema de videoconferencia, en el auditorio de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y en los Tribunales de Justicia ubicados en los centros de Limón, Heredia, Ciudad Quesada, Liberia, Puntarenas, Pérez Zeledón y Cartago; y en forma presencial en el Salón Parroquial de Bri Brí, Limón, según consta en el acta No. 75-2011. (folios 301 a 324).
- VII.** Que el 25 de agosto de 2011, mediante oficio P-429-2011, del 25 de agosto 2011, RECOPE, S.A. interpuso ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, reclamo administrativo, nulidad concomitante y suspensión del dictado del acto final en el expediente ET-100-2011. (folios 334 a 362).
- VIII.** Que mediante oficio 302-SJE-2011, del 29 de agosto de 2011, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su respectivo análisis, el reclamo administrativo, incidente de nulidad y suspensión del dictado del acto final interpuesto por RECOPE, S.A. (folio 368).

- IX.** Que mediante resolución 623-RCR-2010, de las 14:45 horas del 1 de setiembre de 2011, el Comité de Regulación resolvió: Rechazar por el fondo, el incidente interpuesto por la Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A. (Al día de la emisión de este informe, no consta incorporado al expediente administrativo).
- X.** Que el 2 de setiembre del 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió el criterio técnico-jurídico 498-DGJR-2011 sobre el reclamo administrativo, incidente de nulidad y suspensión del dictado del acto final interpuesto por RECOPE.
- XI.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 498-DGJR-2011 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

()

II. ANALISIS DE LA GESTION POR LA FORMA

A) NATURALEZA DE LA GESTIÓN

La gestionante interpuso incidente de nulidad concomitante, que se rige por lo dispuesto en los artículos 158 al 179 de la Ley General de la Administración Pública.

Igualmente, interpuso incidente de suspensión del dictado del acto administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en los artículos 146 a 148 de la misma Ley.

D) TEMPORALIDAD DE LA GESTIÓN

En este caso, la gestionante interpuso la gestión de nulidad contra el oficio 095-COR-2011, de 24 de junio de 2011 y la convocatoria a audiencia pública hecha por la Autoridad Reguladora para conocer dicha rebaja de precios, publicada en los periódicos La Nación y la Teja 4 de julio del 2011 y en La Gaceta No. 134, del 12 de julio de 2011 y el incidente fue planteado el 25 de agosto de 2011.

Del análisis comparativo entre la fecha de los actos 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 24 de junio de 2012 y 4 de julio de 2012, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

E) LEGITIMACIÓN

Sobre la legitimación, se debe indicar que la gestión fue presentada por RECOPE, quien de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 7593, en consonancia con lo establecido en el artículo 275 de la LGAP, es parte del proceso tarifario.

D) REPRESENTACIÓN

El señor Jorge Enrique Villalobos Clare, es Presidente con facultades de apoderado generalísimo con límite de suma de RECOPE, S.A., -según consta en la certificación notarial visible a folio 362- por lo cual está facultado para actuar en nombre de esa Refinadora.

()

III. ANÁLISIS DEL INCIDENTE DE NULIDAD

Del análisis de la gestión presentada por RECOPE, se desprende que su inconformidad se fundamenta en que no se le había resuelto el incidente de nulidad interpuesto contra la apertura del procedimiento por parte del Comité de Regulación y la convocatoria a audiencia pública para conocer el trámite de rebaja del precio de los combustibles derivados de petróleo.

Conviene indicarle a RECOPE, que el Comité de Regulación, mediante resolución 623-RCR-2010, de las 14:45 horas del 1 de setiembre de 2011, resolvió rechazar por el fondo dicho incidente.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos de fondo en que fundamenta su incidente, conviene indicarle que la propuesta sometida a audiencia pública por parte del Comité de Regulación, es un acto preparatorio que no tiene efectos propios, y que como tal, debe seguir el procedimiento especial establecido en el artículo 36 de la Ley 7593. Será hasta en el acto final de dicho procedimiento donde el órgano competente analice la propuesta y las posiciones de las partes participantes en la audiencia pública para tomar una decisión que incluya el análisis de sus argumentos de fondo.

Nótese también, que esta Junta Directiva, en razón de lo dispuesto en la Ley 7593, es el jerarca superior administrativo en materia tarifaria, por lo que le corresponde conocer en alzada los recursos de apelación que se presenten contra las actuaciones del Comité de Regulación, incluyendo los referidos a este expediente.

Los argumentos de fondo planteados en el incidente de nulidad en análisis, relativos al estado de origen y aplicación de fondos proyectado, a las incongruencias entre lo sometido a audiencia pública y lo autorizado en la metodología aprobada y a la deducción del monto de impuesto sobre la renta que haya trasladado RECOPE, S.A., al Ministerio de Hacienda, deberán conocerse en el acto final del procedimiento, por lo que de ser analizados en este momento procesal, la Junta Directiva, podría incurrir en adelanto de criterio como causal abstención y recusación, al tenor de lo dispuesto en los artículos 230 a 238 de la Ley General de la Administración Pública.

En virtud de lo anterior, el incidente de nulidad de actuaciones debe ser rechazado por improcedente, al tenor de lo establecido en el artículo 292 de la Ley General de la Administración Pública.

IV. ANÁLISIS DEL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN DEL DICTADO DEL ACTO FINAL DEL PROCEDIMIENTO TARIFARIO

En cuanto al incidente de suspensión del dictado del acto final de procedimiento, RECOPE, S.A. fundamenta su pedido en el artículo 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Al respecto, conviene indicar que los artículos 81 y 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establecen los presupuestos

ARTICULO 81. Si el Presidente considerare cumplidos los requisitos de que se ha hecho mérito, conferirá audiencia a la Procuraduría General de la República y a la contraparte que figure en el asunto principal, por un plazo de quince días, a fin de que manifiesten lo que estimen conveniente.

Al mismo tiempo dispondrá enviar nota al tribunal u órgano que conozca del asunto, para que no dicte la resolución final antes de que la Sala se haya pronunciado sobre la acción, y ordenará que se publique un aviso en el Boletín Judicial, por tres veces consecutivas, haciendo saber a los tribunales y a los órganos que agotan la vía administrativa que esa demanda ha sido establecida, a efecto de que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de la ley, decreto, disposición, acuerdo o resolución, tampoco se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso.

Si la acción fuere planteada por el Procurador General de la República, la audiencia se le dará a la persona que figure como parte contraria en el asunto principal.

ARTICULO 82. En los procesos en trámite no se suspenderá ninguna etapa diferente a la de dictar la resolución final, salvo que la acción de inconstitucionalidad se refiera a normas que deban aplicarse durante la tramitación.

Sobre la interpretación de dichos artículos, la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-385-2008, estableció: una acción de inconstitucionalidad y la publicación del edicto respectivo en el Boletín Judicial una vez que se le da curso, no suspende la vigencia general de las normas impugnadas, sino únicamente su aplicación en los supuestos de los artículos 81 y 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Estos supuestos son básicamente dos: la resolución final en los procesos judiciales o los actos que agotan la vía administrativa (que se inicia con el respectivo recurso de alzada o reposición) y también cabría suspender la aplicación de normas que la acción comprenda y que hayan de observarse durante un trámite administrativo o judicial.

Revisada la página web del Poder Judicial (www.pjenlinea.poder-judicial.go.cr) al día de hoy, se determinó que el expediente 11-10189-007-CO se encuentra en trámite y en el presente caso, no se configuran los supuestos de los artículos 81 y 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para suspender el dictado del acto final del procedimiento tarifario.

Aunado a lo anterior, la doctrina del artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública establece que todos los actos administrativos son ejecutables y surten efectos luego de comunicados al administrado.

No obstante, como una medida cautelar, de carácter excepcional, temporal, provisional o transitorio, los efectos del acto pueden ser suspendidos en vía administrativa o judicial, con el fin de evitar perjuicios graves o de imposible reparación al administrado.

En el caso que nos ocupa, en el incidente de suspensión del dictado del acto final, RECOPE, S.A. no fundamentó los perjuicios graves o de imposible reparación que le ocasionaría el dictado del acto final del procedimiento tarifario en cuestión.

Únicamente señala en el folio 3 de su incidente, que de llegarse a fijar una tarifa inferior a la que corresponde, la Autoridad Reguladora y sus funcionarios, deberán resarcir a RECOPE, S.A. todos los daños y perjuicios causados.

Al respecto, considera esta asesoría que el recurrente no menciona, ni mucho menos demuestra los posibles perjuicios graves o de difícil reparación que se le ocasionarían en caso de no suspender el dictado del acto final del procedimiento tarifario.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación ha sido muy clara respecto a los presupuestos indispensables para el otorgamiento de una medida cautelar en sede judicial, a luz del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, mismos que resultan también aplicables a la suspensión del acto administrativo en sede administrativa.

Al respecto, conviene extraer de la sentencia No. 378-2009, emitida por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, a las 8:17 horas del 12 de febrero de 2009:

*□El Tribunal de Casación, en su sentencia 5F-TC-2008 de las diez horas y cuarenta y cinco minutos del seis de febrero del presente año, definió algunas líneas de criterio, a considerar al momento de radicar y otorgar las medidas cautelares; en ese sentido se dijo que las medidas del 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo, tiene como único fin garantizar el objeto del proceso, garantizar los efectos de una sentencia y mas aún evitar los daños y perjuicios, sin embargo, enfatizó que para que tales presupuestos de protección se efectivicen, debe existir al menos un principio de demostración de los daños y perjuicios ocasionados, y que no basta con la sola indicación de que se desea la protección cautelar, sino que debe demostrarse apriorísticamente la potencialidad de la necesidad de la misma, cuando alguno de los tres presupuestos materiales enunciados, tengan peligro de no existir, si no se toma la medida solicitada. (□) **Sobre la suspensión de los efectos de un acto administrativo:** La suspensión de un acto administrativo como el que se sugiere, se da como una medida de carácter excepcional dentro del ordenamiento sustancial administrativo, esto, en razón de su característica contradictoria al curso normal de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto mismo cuestionado. De tal manera, que los daños y perjuicios derivados por la no suspensión, deban resultar de grado intenso, grosero y graves, que por su propia naturaleza, no sean directa o mediatamente reparables en el patrimonio del administrado y además, deben derivar necesariamente de la situación aludida. (□)□*

Del análisis de los autos, no se desprende referencia alguna al posible daño o perjuicio de grave o imposible reparación que sufra el recurrente en virtud del dictado del acto final del procedimiento tarifario, por lo que consideramos que no lleva razón el recurrente en su argumento.

V. CONCLUSIONES

De conformidad con lo arriba expuesto, se puede concluir que:

- 1) La propuesta sometida a audiencia pública por parte del Comité de Regulación, es un acto preparatorio que no tiene efectos propios, y que como tal, debe seguir el procedimiento especial establecido en el artículo 36 de la Ley 7593. Será hasta en el acto final de dicho procedimiento donde el órgano competente analice la propuesta y las posiciones de las partes participantes en la audiencia pública para tomar una decisión que incluya el análisis de los argumentos de fondo planteados, en el incidente de nulidad de actuaciones.*
- 2) Siendo la Junta Directiva el jerarca superior administrativo en materia tarifaria, los argumentos de fondo planteados en el incidente de nulidad, deberán conocerse en el acto final del procedimiento y de ser analizados en este momento procesal, la Junta Directiva, podría incurrir en adelanto de criterio como causal de abstención y recusación, al tenor de lo dispuesto en los artículos 230 a 238 de la Ley General de la Administración Pública.*
- 3) Revisada la página web del Poder Judicial (www.pjenlinea.poder-judicial.go.cr) al día de hoy, el expediente 11-10189-007-CO, mediante el cual se tramita una acción de inconstitucionalidad interpuesta por CONCORI, contra los acuerdos de Junta Directiva que crean y prorrogan la vigencia del Comité de Regulación, se determinó que dicho expediente se encuentra en trámite y en el presente caso, no se configuran los supuestos de los artículos 81 y 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para suspender el dictado del acto final de procedimiento tarifario.*
- 4) De conformidad con lo establecido en los artículos 146 y 148 de la Ley General de la Administración Pública, existe una presunción de validez del acto administrativo para la realización del interés público, en virtud del principio de ejecutividad. El acto se presume válido y eficaz, por ende puede ser aplicado en aras de la satisfacción del interés público.*

- 5) *La suspensión de los efectos de un acto administrativo, es una medida cautelar de carácter excepcional, temporal, provisional o transitorio, cuyo fin es evitar perjuicios graves o de imposible reparación al administrado. En este caso, RECOPE, S.A. no indica demuestra cuáles son los perjuicios de imposible o difícil reparación que sufriría de manera que ameritarían la suspensión del dictado del acto final del procedimiento tarifario.*
- II. Que en sesión 055-2011, del 05 de setiembre del 2011, cuya acta fue ratificada el 14 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 498-DGJR-2011, de cita, acordó por unanimidad: 1.-Rechazar por improcedente el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por RECOPE, S.A. contra el oficio 095-COR-2011, de 24 de junio de 2011 y la convocatoria a audiencia pública hecha por la Autoridad Reguladora para conocer la rebaja de precios de los combustibles, publicada en los periódicos La Nación y la Teja 4 de julio del 2011 y en La Gaceta No. 134, del 12 de julio de 2011. 2.-Rechazar por el fondo el incidente de suspensión del dictado del acto final, dentro del expediente administrativo ET-100-2011 y 3. Dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a esta gestión.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1.-Rechazar por improcedente el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por RECOPE, S.A. contra el oficio 095-COR-2011, de 24 de junio de 2011 y la convocatoria a audiencia pública hecha por la Autoridad Reguladora para conocer la rebaja de precios de los combustibles, publicada en los periódicos La Nación y la Teja 4 de julio del 2011 y en La Gaceta No. 134, del 12 de julio de 2011. 2.-Rechazar por el fondo el incidente de suspensión del dictado del acto final, dentro del expediente administrativo ET-100-2011 y 3. Dar por agotada la vía administrativa en cuanto a esta gestión.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

- I. Rechazar por improcedente el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por RECOPE, S.A. contra el oficio 095-COR-2011, de 24 de junio de 2011 y la convocatoria a audiencia pública hecha por la Autoridad Reguladora para conocer la rebaja de precios de los combustibles, publicada en los periódicos La Nación y la Teja 4 de julio del 2011 y en La Gaceta No. 134, del 12 de julio de 2011.

- II. Rechazar por el fondo el incidente de suspensión del dictado del acto final, dentro del expediente administrativo ET-100-2011.
- III. Dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a esta gestión.

**VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS
RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

Dado que esta Junta Directiva no cuenta con una asesoría jurídica y regulatoria imparcial, objetiva e independiente del resto de los órganos de la administración y ante las dudas fundadas de constitucionalidad y legalidad que teníamos sobre el Comité de Regulación y las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte, así como para evitar ver comprometida nuestra responsabilidad, nos vimos obligados a realizar un estudio jurídico que comprendiera la constitucionalidad y la legalidad de dichos órganos. Dicho estudio jurídico fue expuesto en las sesiones de Junta Directiva 18 del 16 de marzo del 2011 y 21 del 30 de marzo del 2011 y sus conclusiones fueron posteriormente ratificadas por el asesor externo contratado por la ARESEP, al efecto, el Dr. Rubén Hernández Valle. Asimismo el auditor interno de la ARESEP mediante oficio 012-PAD-2011 (218-AI-2011 de 18 de julio de 2011) manifestó sus preocupaciones sobre las potestades atribuidas al Comité de Regulación y a las Superintendencias citadas.

Se advierte que no entraremos a resolver el fondo que motiva la gestión recursiva del expediente ET-100-2011 y en su lugar decidimos declarar de oficio la nulidad de las conductas y normas que se dirán por la incompetencia del sujeto.

Salvamos el voto en el tanto la resolución de mayoría decidió conocer y resolver el Reclamo administrativo, nulidad concomitante y suspensión del dictado del acto final interpuesto por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. en el expediente ET-100-2011, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 498-DGJR-2011 del 2 de setiembre del 2011.

Estimamos que se deja de lado, mediante esa decisión, la infracción sustancial relativa al sujeto (existencia y competencia del órgano que adopta el acto) que ordena la apertura del expediente tarifario acuerdo del Comité de Regulación de la sesión 122 del 23 de junio del 2011 -resolución que ordena la apertura del expediente tarifario ET-100-2011- y los actos sucesivos incluida la audiencia pública y los actos sucesivos incluida la audiencia pública, así como los acuerdos de la Junta Directiva 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010; acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010; acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-

2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010; acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010; artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011 que crearon temporalmente el Comité de Regulación, las normas del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP (RIOF) que crearon las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes y los acuerdos conexos en tanto se encuentran viciados de legalidad y constitucionalidad.

Por ello con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, y conforme a lo dispuesto por los artículos 67.1; 102.d), 174.1 y 180 de la Ley General de la Administración Pública, estimamos que debemos declarar de oficio la nulidad del acuerdo del Comité de Regulación de la sesión 122 del 23 de junio del 2011 -resolución que ordena la apertura del expediente tarifario ET-100-2011- y los actos sucesivos incluida la audiencia pública y los actos sucesivos incluida la audiencia pública, así como los acuerdos indicados de la Junta Directiva que crearon temporalmente el Comité de Regulación las normas del RIOF que crearon las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes y los acuerdos conexos.

El fundamento para resolver en el indicado sentido, lo hemos expuesto en las sesiones de Junta Directiva 18-2011 del 16 de marzo del 2011, 21-2011 del 30 de marzo del 2011, 38-2011 de 13 de junio de 2011, 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

De seguido será expuesto el detalle del fundamento de nuestra posición.

I.- SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL COMITÉ DE REGULACIÓN

1.- Sobre el Comité de Regulación

El Comité de Regulación es un órgano interno que no ha sido creado mediante ley, es decir, no es un órgano externo que pueda ejercer potestades de imperio, como sí es el caso del Regulador General.

En vista de esa naturaleza jurídica del aludido Comité, estimamos que no puede asignársele atribuciones cuyo ejercicio repercute de forma directa en la esfera de los ciudadanos (potestades de imperio). Así se deriva del Principio General de Libertad y por ende de la exclusiva competencia de la Asamblea Legislativa para regular la vida externa de la Administración frente a los derechos del particular, según el contenido de los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Constitución Política.

La Doctrina ha señalado de modo claro y pacífico al respecto que □la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley -artículo 121, inciso 20) de la Constitución Política-. □ JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo. En el mismo sentido véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo.

De este modo, estimamos que conforme a los límites constitucionales antes referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización tal y como ha sucedido en la especie. En efecto, si se le asigna a un órgano interno potestades de imperio vía reglamento autónomo de organización o mediante un simple acto administrativo adoptado por esta Junta Directiva, en realidad se crea un órgano externo obviando la reserva legal que establece la Constitución Política en la aludida norma y se legisla ex novo.

Como resulta obvio, estas consideraciones en nada se relacionan con la idoneidad de los funcionarios que integran o han integrado dicho Comité de Regulación.

No obstante, no debe dejarse de lado que, precisamente por el impacto que tienen las decisiones de los órganos externos de la ARESEP sobre la esfera de los particulares, los nombramientos de los funcionarios con competencias externas y que asumen la jerarquía de la institución, han de ser ratificados por la Asamblea Legislativa con el propósito de brindarle a sus decisiones legitimidad democrática, todo lo cual, como es claro, no sucede en el caso de los funcionarios que integran el Comité de regulación en tanto son designados por el Regulador General a su entera discreción.

Esta problemática, hay que decirlo, se produce también en el caso de las pretendidas superintendencias de agua, energía y transportes □denominación por demás inadecuada y que conduce a la confusión en torno a su verdadera naturaleza jurídica-, las cuales son órganos internos creados por un reglamento autónomo de organización, como es el RIOF, por la anterior Junta Directiva en la sesión 21-2009 del 19 de marzo del 2009, a los cuales les fueron asignadas, por esa vía, potestades de imperio como las de definir tarifas en los servicios públicos de su respectivo ramo, sin el soporte legal exigido por el bloque de constitucionalidad.

2.- Sobre el examen parcial de la Procuraduría y del Tribunal Contencioso Administrativo

A.- Sobre la opinión jurídica OJ-094-2009 de 9 de octubre del 2009 de la PGR

La Procuraduría General de la República emitió una opinión jurídica con relación al tema que se viene de exponer □con referencia a las superintendencias-, en donde desarrolla una tesis contraria a la de los suscritos directores. Se trata, con todo, de una mera opinión

jurídica, no así un dictamen, por lo cual no tiene efectos vinculantes conforme lo aclara, en su apartado I, la misma opinión jurídica OJ-94-2009.

Aún no siendo vinculante tal criterio, es preciso examinar las razones por las cuales no se comparte la conclusión de dicho órgano consultivo.

En la referida opinión, la Procuraduría admite que según el artículo 45 de la Ley de la ARESEP, la entidad está conformada, únicamente, por cuatro órganos externos, a saber:

- a) Junta Directiva.*
- b) Un regulador general y un regulador general adjunto.*
- c) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel).*
- d) La Auditoría Interna.*

De este modo, se indica que cualquier otro órgano que no esté comprendido en el citado artículo 45, debe ser considerado como un órgano interno.

Se señala además que el inciso l) del artículo 53 de la Ley de la ARESEP reconoce la potestad de autoorganización de la entidad, la cual debe ser ejercida por la Junta Directiva en ejercicio de la cual, no hay posibilidad de crear órganos externos por ser esa facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa.

Textualmente, se indica:

□La competencia de la Junta Directiva está referida a la creación de órganos internos, sin que le haya sido atribuida una competencia para crear órganos externos. Por consiguiente, la Junta Directiva debe limitarse a asignar las funciones a los distintos órganos internos que cree, sin crear ni transferir potestades de imperio. □

Además, al referirse a las funciones de las superintendencias creadas por el RIOF, se reconoce que algunas de ellas □□ implican poderes de imperio. Potestades, entonces, que sólo pueden ser atribuidas por ley. □

Sin embargo, la Procuraduría concluye que dado que las superintendencias no son órganos de desconcentración máxima, se les ha asignado, no transferido, competencias a las superintendencias, por lo que estima jurídicamente correcto tal proceder.

Como se puede observar, el razonamiento seguido por la Procuraduría para calificar como regular la creación de las superintendencias y la atribución de funciones que se dispone en el RIOF en su favor, se centra en el hecho de que no se trata de órganos desconcentrados, caso en el cual reconoce la exigencia de una disposición legal que los conforme. Se deja de lado, sin embargo, el hecho de que indistintamente de que se trate de órganos

desconcentrados o no, lo cierto es que el ejercicio de potestades de imperio, como se reconoce que lo son algunas de las atribuidas a las superintendencias, sólo cabe que lo hagan órganos externos creados por el legislador, no así por parte de meros órganos internos creados por la propia administración mediante un reglamento interno de organización como es el RIOF, todo lo cual disponen los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Constitución Política. Como se ha visto, en su opinión, la Procuraduría admite que los únicos órganos externos son los antes referidos, no así las superintendencias.

Así las cosas, en tanto evade o ignora en su razonamiento jurídico la restricción constitucional antes referida, no podemos compartir el criterio referido, el cual, en todo caso, no posee carácter vinculante como se ha visto.

B.- Sobre la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial aludida

Una vez examinada la sentencia No. 3929-2010 de las 16:00 horas del 20 de octubre de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial, es posible concluir que en dicho fallo se sigue el mismo razonamiento que la Procuraduría General de la República expuso en la referida opinión jurídica.

Como se puede comprobar, este fallo, tal y como se hizo ver en las sesiones de esta Junta Directiva No. 18-2011 de 16 de marzo del 2011, 21-2011 del 30 de marzo del 2011 y 38 del 13 de junio del 2011, tampoco analiza los límites constitucionales antes evaluados, a saber, la imposibilidad de atribuir potestades externas a entes internos, aspecto que queda reservado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 10 de la Carta Política.

En suma, en efecto, al igual que en el caso de la Procuraduría General de la República, no se consideran en el fallo en comentario, los límites constitucionales de los Reglamentos autónomos de organización, menos aún la posibilidad de que mediante acuerdo de Junta Directiva, se optara por la creación del Comité de Regulación, lo cual no fue objeto del proceso en comentario.

Debe reiterarse que conforme a los límites constitucionales referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización y menos aún mediante simples acuerdos de Junta Directiva, en tanto ello quebranta la reserva legal que establece la Constitución Política en la materia.

De este modo, en tanto los efectos de este fallo se reducen al debate de mera legalidad □ artículo 49 constitucional-, no encontramos en este pronunciamiento límite alguno para resolver en los términos en que lo hacemos.

Por otra parte, como se expondrá de seguido, en el fallo no se examina el quebranto que estimamos se causa con el Transitorio II del RIOF y con los anteriores acuerdos de Junta Directiva al artículo 37 de la Ley de la ARESEP, como tampoco la posibilidad jurídica de que mediante un simple acuerdo de Junta Directiva, se atribuya a un órgano como el Comité de Regulación, potestades de imperio.

II.-SOBRE LA ILEGALIDAD: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE LA ARESEP, REFORMADO MEDIANTE LA LEY NO. 8660 POR FALTA DE APLICACIÓN

A mayor abundamiento, debemos señalar, como se ha hecho ya en deliberaciones anteriores de esta Junta Directiva, que en el citado proceso contencioso administrativo no se examinó un aspecto de medular importancia para verificar la ilegalidad de la creación del referido Comité.

Efectivamente, a nuestro juicio, los acuerdos de la Junta Directiva y, posteriormente, la disposición reglamentaria Transitorio II del RIOF- que crean el Comité de Regulación son ilegales en tanto violan el artículo 37 de la Ley de la ARESEP por falta de aplicación, tal y como lo vamos a exponer de seguido.

Estimamos que aún considerando la reforma del artículo 37 de la ley de la ARESEP operada mediante el artículo 41 aparte g) de la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008, no es posible calificar como legítima la creación de ese Comité.

En efecto, dicha norma dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

Artículo 37.-Plazo para fijar precios y tarifas

La Autoridad Reguladora resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, en un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días naturales posteriores a la fecha de la celebración de la audiencia. Si, pasado ese término, quien, de conformidad con esta Ley, deba resolver, no ha tomado la decisión correspondiente, será sancionado por el regulador general de la Autoridad Reguladora, con suspensión del cargo hasta por treinta (30) días. La suspensión dos veces o más en un mismo año calendario, se considerará falta grave y constituirá causal de despido sin responsabilidad patronal.

Como se puede comprobar, sin duda, el propio legislador dejó en claro que según su entendimiento, es la Ley a quien corresponde atribuir la potestad de resolver en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, no así a un mero acuerdo de la Junta Directiva o aún, un reglamento interno de organización como el RIOF.

Ciertamente, si bien el legislador con la reforma al artículo 37 de la No. 7593 de 9 de agosto de 1996, mediante la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008 da por supuesto que estableció el órgano externo competente que resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio

ordinario de tarifas □, lo cierto es que no lo hizo. Es decir, existe una laguna normativa en la asignación del órgano externo que debe asumir esa tarea.

Ante tal vacío, lejos de optarse, como se ha hecho de modo ilegítimo, a integrar el Ordenamiento mediante un acuerdo de Junta Directiva y luego mediante una disposición reglamentaria de corte orgánico, lo pertinente es acudir a las reglas establecidas en el artículo 62 de la LGAP, el cual dispone:

□Artículo 62.-

Cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente u órgano compuesto por varias oficinas, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar, y, si no la hay, la de grado superior, o la que ésta disponga. □

De este modo, para definir el órgano que debe asumir la función de fijar o cambiar tarifas e imponer sanciones rescisorias y económicas a los sujetos regulados, deberá examinarse cuál de los órganos externos de la ARESEP, es decir los establecidos en el artículo 45 de su ley, tienen una función más similar, quedando excluidos en la elección los órganos internos por las razones ya aludidas.

Es claro, a nuestro juicio, que el órgano externo de la ARESEP con funciones más similares al ilegítimo Comité de Regulación y a las ilegítimas superintendencias de agua, energía y transportes, es el regulador general, por lo que corresponde a éste, como históricamente ha sucedido, ejercer tales facultades hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

III.- DEL DEBER DE ANULAR LOS ACUERDOS DE ESTA JUNTA DIRECTIVA Y DE LAS NORMAS DEL RIOF QUE CREAN LAS SUPERINTENDENCIAS □sic- Y DEFINEN LA EXISTENCIA TEMPORAL DEL COMITÉ DE REGULACIÓN, ASI COMO ACUERDOS CONEXOS

No cabe duda de que toda conducta inconstitucional es absolutamente nula y por ende, no es posible arreglarla a derecho, ni por saneamiento ni por convalidación □art. 172 de la LGAP-

Por otra parte, no cabe duda, tampoco, de que al encontrarse viciados por razones de constitucionalidad y legalidad, conforme al artículo 174 de la LGAP, recae sobre esta Junta Directiva el deber de anular los acuerdos mediante los cuales se puso a regir el Comité de Regulación y se crearon las superintendencias □sic- de agua, energía y transporte, así como de los acuerdos conexos a la implementación de estas últimas.

1.- Anulación de los acuerdos relativos al Comité de Regulación

Así las cosas, siendo esta misma Junta Directiva el órgano que los adoptó y además, el superior jerarca de esta Autoridad [art.180 LGAP-, visto el vicio de inconstitucionalidad e ilegalidad antes apuntados, lo procedente es declarar de oficio la nulidad de los siguientes acuerdos de esta Junta Directiva:

acuerdo 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010;

acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010;

acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010;

acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010;

artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011.

2.- Anulación de los acuerdos relativos a las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte

Por otra parte, han de anularse también, por las mismas razones, las siguientes disposiciones del RIOF:

Sobre la Superintendencia de Agua y Saneamiento

artículo 33;

artículo 34.1.d), 1.e), 1.f), 1.h), 1.n), 2.d);

Sobre la Superintendencia de Energía

artículo 35;

artículo 36. 1.f), 1.g), 1.h), 1.j), 1.o), 2.d);

Sobre la Superintendencia de Transporte Público

artículo 37;

artículo 38. 1.c), 1.e), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.n) 1.o), 1.u), 2.d);

3.- Anulación de los acuerdos conexos a la implementación de las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte

Finalmente, deben anularse, por las mismas razones los siguientes acuerdos de Junta Directiva conexos a la implementación de las superintendencias:

acuerdo 004-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 que decidió Aprobar () la descripción de clase y cargo de los puestos de superintendentes de aguas, energía y transporte

acuerdo 005-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 que resolvió: 1. Ordenar el inicio de un nuevo proceso para reclutar y seleccionar los candidatos a los puestos de Superintendentes de Aguas, Energía y Transportes de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. 2. Solicitar a la Administración que a la mayor brevedad inicie el trámite de contratación del consultor o la empresa consultora que apoyará al Departamento de Recursos Humanos en el reclutamiento, la evaluación y la preselección de los (las) candidatos (as) a ocupar dichos puestos de Superintendentes, debiendo definirse como primer paso, sus perfiles, los cuales deberán someterse a aprobación de esta Junta Directiva. 3. El proceso para reclutar y seleccionar a los Superintendentes de Aguas, Energía y Transporte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, deberá estar concluido a más tardar, el 15 de marzo de 2011.

IV.- DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

De conformidad con el artículo 37 de la Ley de la ARESEP reformado mediante ley No. 8660, corresponde al Regulador General sancionar la dilación en la resolución de toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas de parte del órgano que, de conformidad con esta Ley, deba resolver Sin embargo, la ley no definió en ninguna norma el órgano a quien correspondería fijar tarifas.

Ante esta laguna, como se ha venido señalado por parte de los suscritos Directores, lo procedente es aplicar la regla establecida por el artículo 62 de la LGAP, de modo que lo pertinente es que sea el Regulador General quien asuma esa función de tanta importancia en la vida social y económica, tal y como lo ha venido haciendo históricamente.

Siendo así, es claro que la potestad de sancionar la dilación en el ejercicio de la potestad de fijar o cambiar tarifas no podrá ser ejercida por el mismo Regulador General.

Ante esa problemática, de nuevo, lo pertinente es recurrir a la LGAP, cuyo artículo 102 dispone las potestades de todo superior jerárquico, en este caso, la Junta Directiva de la ARESEP.

Dentro de tales potestades, se encuentra la de vigilar la acción del inferior, la potestad disciplinaria, el ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, así como avocar las funciones del inmediato inferior.

De este modo, ante la incompatibilidad entre el ejercicio de una potestad [fijar tarifas- y la de sancionar la dilación en su ejercicio, lo procedente es que en adelante sea esta Junta Directiva el órgano que se avoque la potestad disciplinaria prevista en el artículo 37 de la Ley de ARESEP, de modo que en caso de que el Regulador General no se pronuncie a futuro dentro del plazo de ley señalado por el citado artículo, corresponderá a este cuerpo colegiado sancionar tal conducta omisiva.

V.- DEL DIMENSIONAMIENTO EN EL TIEMPO, EL ESPACIO Y LA MATERIA DE LA ANULACIÓN

Existen al menos tres reglas jurídicas que obligan a dimensionar en tiempo, espacio y materia una decisión que traiga consigo la anulación de una norma o conducta administrativa con efecto retroactivo, todo lo cual reside en el Principio de Seguridad Jurídica de claro origen constitucional. Se trata del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en adelante LJC, el artículo 171 de la LGAP y el artículo 131 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en adelante CPCA.

De este modo, por exigencias propias del Principio de Seguridad Jurídica, la anulación de conductas administrativas por ser absolutamente nulas, además de ser un deber jurídico, implica la necesidad de dimensionar en el tiempo, el espacio y la materia el efecto retroactivo de tal decisión, a efecto de evitar dislocaciones que atenten en contra de la estabilidad social y demás valores superiores del ordenamiento jurídico (arts. 91 de la LJC, 171 LGAP y 131 del CPCA).

Así las cosas, en tanto se ha decidido anular una importante diversidad de conductas administrativas, en específico, las relativas a la creación temporal del Comité de Regulación, se dimensiona los efectos de tal decisión en estos términos:

a.- en el caso de aquellos actos de gravamen adoptados por el Comité de Regulación, en tanto se encuentran afectados por el vicio de incompetencia absoluta al haber sido dictados por un órgano inconstitucional, lo que impide su saneamiento o convalidación (art. 172 LGAP), corresponde al Regulador General, de oficio, decretar su anulación y retrotraer los procedimientos conservando aquellos actos o trámites cuyo contenido hubiera permanecido de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad (art.186 LGAP);

b.- en el caso de los actos del citado Comité de los cuales terceros han derivado derechos subjetivos, se estima que quedan a salvo del efecto retroactivo de la nulidad decretada, en tanto se entienden adquiridos de buena fe (art. 171 LGAP);

c.- para el caso de aquellos procedimientos iniciados pero no terminados al momento de la anulación aquí decidida, se dispone que lo deberá continuar el Regulador General, manteniendo todo lo actuado, salvo aquello que no sea jurídicamente posible (art. 67.2 LGAP).

POR TANTO:

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República y conforme a lo dispuesto por los artículos 11, 28 y 121. 20) de la Constitución Política; 62, 67, 102, 171, 172, 174.1, 180 y 186 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad, por vicio de nulidad absoluta, de las siguientes conductas y normas:

acuerdo del Comité de Regulación de la sesión 122 del 23 de junio del 2011 -resolución que ordena la apertura del expediente tarifario ET-100-2011- y los actos sucesivos incluida la audiencia pública;

acuerdo 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010;

acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010;

acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010;

acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010;

artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011.

artículo 33 del RIOF;

artículo 34.1.d), 1.e), 1.f), 1.h), 1.n), 2.d) del RIOF;

artículo 35 del RIOF;

artículo 36. 1.f), 1.g), 1.h), 1.j), 1.o), 2.d) del RIOF;

artículo 37 del RIOF;

artículo 38. 1.c), 1.e), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.n), 1.o), 1.u), 2.d) del RIOF;

Por conexidad, deben anularse, los siguientes acuerdos de Junta Directiva:

acuerdo 004-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 y el

acuerdo 005-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010.

La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de adopción de los respectivos acuerdos y de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe, entendiéndose incluidos dentro de éstos, los derivados de actos administrativos firmes del Comité de Regulación que reconozcan, declaren o amplíen situaciones jurídico administrativas hasta antes de esta declaratoria.

En vista de la anulación de los acuerdos de Junta Directiva y del Transitorio II del RIOF que crearon y prorrogaron el Comité de Regulación y según lo dispuesto en el artículo 62 de la LGAP, al ser el Regulador General el órgano externo con funciones más similares a las asignadas al Comité de Regulación e incluso por haberlas asumido históricamente hasta el 7 de mayo del 2010, se le instruye para que asuma las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación y que se pretendía que ejercieran las Superintendencias sic- de Agua, Energía y Transportes, hasta tanto el legislador no disponga lo contrario. En vista de ello, deberá continuar los procedimientos pendientes manteniendo todo lo actuado, salvo lo que no sea jurídicamente posible.

Además, se le instruye para que proceda a anular las actuaciones del aludido Comité en aquellos procedimientos en que se hayan adoptado actos de gravamen, dejando a salvo aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad aquí declarada y proceder a adoptar el acto final que corresponda según el mérito de los autos.

En adelante, corresponderá a esta Junta Directiva en su carácter de órgano superior supremo, avocarse la potestad disciplinaria del Regulador General definida por el artículo 37 de la Ley de la ARESEP, en tanto sobre este último, de modo sobreviniente, ha recaído una causal de incompatibilidad para su ejercicio en vista de los alcances de lo aquí resuelto.

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 11. *Asuntos pospuestos.*

A raíz de un planteamiento que sobre el particular hizo el señor Regulador General, la Junta Directiva resolvió:

ACUERDO 10-55-2011

Posponer, para una próxima oportunidad, el análisis y resolución de los recursos indicados en la agenda del punto 10 al 25, los cuales en ese mismo orden se detallan a continuación:

- a) Empresarios Unidos del Norte S.R.L. Recurso de apelación contra la RRG-389-2010 del 7-5-2010. Expediente ET-031-2010.
- b) Maderas y Materiales del Sur S.A. Recurso de apelación contra resolución RRG 294-2010 del 16 de abril del 2010 dictada por el Regulador General. Expediente ET-036-2010.
- c) Transportes Unidos Poaseños S.A. Recurso de apelación contra RRG-71-2010 del 3-2-2010. Expediente ET-183-2009.
- d) Transportes Unidos Alajuelense S.A. (TUASA). Recurso de apelación y extraordinario de revisión interpuesto contra la RRG-173-2010 de 4-3-2010. Expediente ET-180-2009.
- e) Incidente de Nulidad de Actuación del señor Regulador General por tomarse atribuciones que no le corresponden y que podría vincular la Ley de Corrupción por Actuación, interpuesto por el señor José Antonio Rojas Hernández en su calidad personal y como presidente de la Federación Nacional de Protección al Usuario de Servicios Públicos. Oficio 324-DGJR-2011. ET-57-2011.

- f) Corporación Transportes El Alto Limitada. Recurso de apelación en subsidio e incidente de nulidad absoluta contra la resolución RRG-093-2010 del 4 de febrero de 2010. Expediente ET-216-2009.
- g) Transbosque Pacífica S.A. Recurso de apelación en subsidio contra la resolución RRG-112-2010 del 10 de febrero de 2010. Expediente ET-204-2009.
- h) Compañía Carbachez e Hijos E.I.R.L. Recurso de apelación en subsidio interpuesto por en contra de la resolución RRG-180-2010 del 5 de marzo de 2010. Expediente ET-015-2010.
- i) Transmocha S.A. Recurso de apelación. Expediente ET-208-2009. Oficio 388-DGJR-2011 del 19 de julio de 2011.
- j) Transportes La Fortaleza LTDA. Recurso de apelación. Expediente ET-013-2010. Oficio 389-DGJR-2011 del 19 de julio de 2011.
- k) Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico. Recurso de revocatoria, reconsideración o reposición contra la resolución RJD-020-2010 del 22 de setiembre de 2010. Oficio 390-DGJR-2011. Expediente ET-184-2008.
- l) Empresa Transportes Cubero Bonilla de Cirrú Ltda. Recurso de apelación en subsidio interpuesto contra la resolución RRG-388-2010 de 7 de mayo de 2010. Expediente ET-037-2010.
- m) Empresa Autotransportes Los Guido S.A. Recurso de apelación en subsidio e incidente de nulidad concomitante contra la resolución 044-RCR-2010 del 17 de junio de 2010. Expediente ET-064-2010.
- n) Empresa Autotransportes Tilarán S.A. Recurso de apelación en subsidio interpuesto contra de la resolución 051-RCR-2010 del 24 de junio de 2010. Expediente ET-079-2009.
- o) Transaro de Turrialba S.A. Recurso de apelación en subsidio interpuesto contra la resolución 0025-RCR-2010. Expediente ET-040-2010. Oficio 402-DGJR-2011 del 26 de julio de 2011.
- p) Maderas y Materiales del Sur S.A. Recurso de apelación en subsidio contra resolución 049-RCR-2010. Expediente 66-2010. Oficio 399-DGJR-2011 del 22 de julio de 2011.

A LAS 17:35 HORAS FINALIZÓ LA SESIÓN.

DENNIS MELÉNDEZ HOWELL
Presidente de la Junta

SYLVIA SABORÍO ALVARADO
Miembro Junta Directiva

EDGAR GUTIÉRREZ LÓPEZ
Miembro Junta Directiva

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN
Miembro Junta Directiva

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ
Miembro Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario Junta Directiva