

**SESIÓN ORDINARIA**

**N.º 27-2016**

**12 de mayo de 2016**

***San José, Costa Rica***

**SESIÓN ORDINARIA N.º 27-2016**

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

**ARTÍCULO 1. Aprobación del Orden del Día.**

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura al Orden del Día de esta sesión. Lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

**ACUERDO 01-27-2016**

Aprobar el Orden del Día de esta sesión, el cual a la letra dice:

1. Aprobación del Orden del Día.
2. Aprobación del acta de la sesión 26-2016.
3. Asuntos de los Miembros de Junta Directiva.
4. Asuntos resolutivos.
  - 4.1 Cronograma para el proceso de reclutamiento y selección del miembro del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones. Oficio 341-DRH-2016 del 5 de mayo de 2016.
  - 4.2 Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por El Embalse S.A., contra la resolución RJD-017-2016 del 8 de febrero de 2016. Expediente OT-082-2015. Oficio 388-DGAJR-2016 del 3 de mayo de 2016.
  - 4.3 Recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-017-2016 del 8 de febrero de 2016. Expediente OT-082-2015. Oficio 393-DGAJR-2016 del 4 de mayo de 2016.
  - 4.4 Recurso de reposición, gestión de nulidad absoluta y solicitud de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transportes Cubero Bonilla de Cirrí Ltda., contra la resolución RJD-035-2016. Expediente OT-230-2015. Oficio 390-DGAJR-2016 del 3 de mayo de 2016.
  - 4.5 Recurso de apelación y extraordinario de revisión interpuestos por el señor Guillermo Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016. Expediente AU-233-2013. Oficio 387-DGAJR-2006 del 3 de mayo de 2016.

- 4.6 Recurso de apelación y gestión de nulidad concomitante, interpuestos por “Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A.”, contra la resolución RRG-610-2015. Expediente OT-108-2014. Oficio 391-DGAJR-2016 del 3 de mayo de 2016.
- 5. Asuntos informativos.
  - 5.1 Correcciones al Informe 02-ISR-2016 de la Auditoría Interna. Oficio 162-AI-2016 del 3 de mayo de 2016.
  - 5.2 Informe sobre los riesgos de incendio y seguridad humana en las estaciones de servicio, realizado durante el año 2015. Oficio 0564-IE-2016 del 28 de abril de 2016.
  - 5.3 Solicitud de información en relación con las medidas adoptadas para el cumplimiento de la disposición 4.3, sobre definición de plazos de cumplimiento de recomendaciones de la Auditoría Interna. Oficios DFOE-SD-0655 del 22 de abril de 2016 y 281-RG-2016 del 29 de abril de 2016.

#### **ARTÍCULO 2. Aprobación del acta de la sesión 26-2016.**

El señor **Roberto Jiménez Gómez** somete a conocimiento de la Junta Directiva el borrador del acta de la sesión 26-2016, celebrada el 05 de mayo de 2016.

De conformidad con lo establecido en los artículos 55 de la Ley General de la Administración Pública y 10 del Reglamento de Sesiones de Junta Directiva, la señora **Adriana Garrido Quesada** interpone recurso de revisión contra el acuerdo 05-26-2016, del acta de la sesión 26-2016, celebrada el 5 de mayo de 2016, oportunidad en la que se dispuso: *“Someter al proceso de audiencia pública la propuesta de “Modelo tarifario de los servicios de acueductos, alcantarillados e hidrantes y del programa de protección de recursos hídricos”, remitido por la Comisión ad hoc mediante oficio 16-CMTA-2016 del 4 de mayo de 2016, ello por cuanto considera que, de la revisión posterior que se había anticipado y que se realizó con el CDR, se concluye que existen varios problemas de inconsistencia en el texto y en algunas las fórmulas, por lo que, sería importante depurar la propuesta antes de someterla al proceso de audiencia pública.*

Seguidamente el señor **Roberto Jiménez Gómez** somete a votación el recurso de revisión planteado por la directora Garrido Quesada y la Junta Directiva resuelve por unanimidad:

#### **ACUERDO 02-27-2016**

Conocer, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley General de la Administración Pública, el recurso de revisión planteado por la señora Adriana Garrido Quesada, contra lo resuelto en el acuerdo 05-26-2016, del acta de la sesión 26-2016, celebrada el 5 de mayo de 2016, oportunidad en la que se dispuso: *“Someter al proceso de audiencia pública la propuesta de “Modelo tarifario de los servicios de acueductos, alcantarillados e hidrantes y del programa de protección de recursos hídricos”, remitido por la Comisión ad hoc mediante oficio 16-CMTA-2016 del 4 de mayo de 2016.*

**ARTÍCULO 3. Recurso de revisión interpuesto por la señora Adriana Garrido Quesada.**

La señora **Adriana Garrido Quesada** manifiesta que plantea el recurso de revisión contra el acuerdo 05-26-2016, por cuanto al realizar una revisión adicional del documento de la propuesta de metodológica, remitida por la Comisión ad hoc en el oficio 16-CMTA-2016, se detectaron algunos problemas sustanciales, por lo que propone modificar el citado acuerdo 05-26-2016, en el sentido de postergar la remisión a audiencia pública, hasta que se complete una revisión total de los ajustes por realizar y su respectiva incorporación al documento.

Agrega que tuvo la oportunidad de reunirse con los técnicos del Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR) y el director Pablo Sauma Fiatt para revisar sus dudas y observaciones en aspectos puntuales del documento y se concluyó que, al día de hoy, existen problemas de omisiones y de inconsistencia en el texto y en algunas fórmulas de la propuesta en cuestión (por ejemplo: la variable  $t$ , “período en que regirá la nueva fijación tarifaria”, a veces representa un quinquenio y a veces un período de doce meses), no se pudo aclarar cómo se aplica la fórmula 3 en el tiempo, hay error sustancial en ella y se plantearon serias dudas sobre la especificación del factor de eficiencia – fórmulas 3 y 14), por lo que sería importante afinarla con detalle, con el fin de evitar incurrir en confusiones y gastos improductivos que se pronostican si se envía a audiencia pública en el estado presente.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que, en el tema de las metodologías se debe tomar el tiempo prudencial para revisar, analizar y discutir, y no presentar una propuesta hasta tanto se cuente con un criterio. En tal sentido, llama la atención en que se tomen los tiempos necesarios para su análisis. Considera que la posición más sana y transparente, es que se realice la revisión integral y lo que se someta a audiencia pública, sea lo mejor que la Institución pueda presentarle a la ciudadanía y no crear riesgos o problemas con diferentes sectores.

Analizado el recurso, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

**ACUERDO 03-27-2016**

Acoger el recurso de revisión interpuesto por la señora Adriana Garrido Quesada y en consecuencia, modificar lo resuelto en el acuerdo 05-26-2016, del acta de la sesión 26-2016, celebrada el 5 de mayo de 2016, para que se lea de la siguiente manera: *“Continuar con el análisis de la propuesta del “Modelo tarifario de los servicios de acueductos, alcantarillados e hidrantes y del programa de protección de recursos hídricos”, hasta tanto el Centro de Desarrollo de la Regulación lleve a cabo una revisión integral de la propuesta, en el entendido de que se verifique la incorporación de las observaciones planteadas por la directora Adriana Garrido Quesada, y se someta a esta Junta Directiva la versión ajustada, en una próxima oportunidad”*.

**En cuanto a la aprobación del acta de la sesión 26-2016**

La señora **Grettel López Castro** manifiesta que la Secretaría de la Junta, según acuerdo de la sesión anterior, no le hizo llegar el Anexo 1 sobre los estados financieros detallados del Fideicomiso de FONATEL, a lo cual el señor Secretario le indica que los hará llegar a brevedad. Los señores Directores indican que ellos sí lo recibieron.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, con los votos de los señores (as): Grettel López Castro, quien presidió dicha sesión, Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt, Adriana Garrido Quesada y Sonia Muñoz Tuk:

**ACUERDO 04-27-2016**

Aprobar el acta de la sesión 26-2016, celebrada el 5 de mayo de 2016, cuyo borrador se distribuyó con anterioridad, entre los señores miembros de la Junta Directiva para su revisión.

**ARTÍCULO 4. Asuntos de los Miembros de Junta Directiva.**

El señor **Roberto Jiménez Gómez** agradece la atención de los señores miembros de Junta Directiva e indica que aspira a crear espacios de diálogo, una discusión sincera y técnica de los aspectos que atañen día a día a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, para lograr tomar las mejores decisiones. Ofrece la posibilidad para discutir cualquier inquietud, si se requiere analizar un asunto específico a profundidad, una política o decisión, para lo cual cuenta con la mayor disposición para lograr los mejores resultados para Costa Rica y los servicios regulados.

Agrega que su gestión como Regulador General será de total transparencia, buscando el bien común, fortaleciendo los criterios en el ámbito técnico, de manera que lo que analice esta Junta Directiva contenga todos los elementos de juicio técnicos-legales para la toma de decisiones.

Señala que en algunos temas ha visto con preocupación cómo se forman comisiones ad hoc y los informes los firman analistas y no los Intendentes o directores respectivos. Desde el punto de vista de la Administración Pública, el tema es delicado, ya que se necesita salvaguardar las decisiones que se toman con base en un criterio técnico, que tiene que brindar el responsable de cada área. En este sentido, cada quien tiene que asumir el papel que le corresponde y la Junta Directiva, sustentada en esos informes técnicos, tomar las decisiones que correspondan. Las comisiones ad hoc pueden seguir existiendo, pero eso no le quita la responsabilidad a cada intendente, director o jefatura, aspecto que considera de mucha importancia.

Asimismo, señala que aspira a una visión estratégica de mediano y largo plazo. Espera realizar sesiones de acuerdo a la normativa existente, en las cuales se traten temas sustantivos para la toma de decisiones. Es importante hacer una investigación aplicada para alimentar, tanto a lo interno como externo, no solo ver el tema de tarifas, sino que se puedan analizar otros elementos de política pública, de cara al usuario, en el desarrollo de tecnologías, para poder posicionar muy bien a la Aresep.

A nivel interno ordenará los temas que conocerá la Junta Directiva y el Despacho del Regulador General; es decir, que primeramente sean analizados por el área correspondiente, ya sea las Intendencias o áreas técnicas, antes de que sean presentados ante estas instancias. Debe existir una labor de trabajo con otros grupos, se está analizando este aspecto y ha percibido muy buena voluntad del personal, mucho espíritu de trabajo y motivación.

Lo que pretende es hacer cambios con carácter técnico, sin afectar a ninguna persona; buscar un alineamiento estratégico; que las tareas se lleven a cabo de la mejor forma. Añade que su filosofía de vida es servir, ayudar sin afectar, ni dañar a las personas, con gran respeto al funcionario de todos los niveles.

En cuanto a la autonomía que la ley le otorga a las Intendencias, propiamente en cuanto al tema de las tarifas; indica que en el ámbito social y político existe una preocupación sobre la separación que hay y la falta de poder del Regulador General. Existe dispersión de las Intendencias, razón por la cual tiene la tarea de poder, en forma general, dar ese alineamiento estratégico, tratar de vincular el gran objetivo de una estrategia, los planes de las Intendencias, presupuestos, responsables, resultados e indicadores de desempeño. Lo importante es el impacto que se debe tener hacia la población, no son indicadores de desempeño interno, son hacia la sociedad; para lo cual se va a trabajar con las Direcciones y las Intendencias.

Por otra parte, se refiere a la celebración de las sesiones y señala que se va a aplicar el reglamento existente, participarán los señores directores de la Junta e invitados. Espera aprovechar bien el tiempo, por lo que se aspira que los casos sean estudiados previamente, filtrados y analizados por todos, es decir, toda la cadena de valor de la organización tiene que asegurar que lo que se presente ante la Junta Directiva, sea de la mejor manera, sin errores de fondo.

La señora **Adriana Garrido Quedada** aprovecha para dar la bienvenida al señor Regulador General y manifiesta que su llegada se da en un momento muy oportuno para la planificación estratégica, pues se está en proceso de revisión integral del plan correspondiente. Le ilusiona el enfoque que está presentando. Expresa que existen debilidades y fortalezas en la Institución, pero se construye sobre las fortalezas, que considera son muchas, para lo cual espera que se aprovechen los espacios de diálogo y de análisis.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** de igual forma da la bienvenida al señor Regulador y además, indica que desea ponerlo en autos sobre una audiencia que esta Junta Directiva sostuvo con una delegación del Foro Nacional de Transporte Público para tratar el tema específico de UBER. Así como la posibilidad de dar seguimiento al asunto, dado que ya se tiene el criterio. Considera que el tema de transporte informal modalidad taxi en este caso, así como otras formas de este tipo de servicio atentan contra la prestación de los servicios que regula la Aresep.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** manifiesta que, siempre ha sido de la posición que la Junta Directiva debe ser muy selectiva al recibir los diferentes grupos. Considera que en momentos de conflicto no es lo más recomendable, sobre todo cuando vienen a imponer, en ese sentido es que ha evitado este tipo de audiencias.

El señor **Edgar Gutiérrez López** solicita al Regulador General estudiar todo lo relativo al tema de política salarial. Por otra parte, consulta sobre una información que está circulando en los medios de comunicación respecto de las concesiones a los autobuses. Indica que este tipo de temas normalmente se conocían a través del Intendente de cada sector.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** señala que, lo que se puede hacer es que, de previo, los miembros de la Junta Directiva remitan la información o consultas que requieren, o bien, si fuese necesario, una presentación puntual del Intendente que corresponda.

#### **ARTÍCULO 5. Cronograma para el proceso de reclutamiento y selección del miembro del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.**

*A las quince horas con quince minutos ingresa al salón de sesiones, el señor Rodolfo González Blanco, Director General de Operaciones, a participar en la presentación del tema objeto de este artículo.*

La Junta Directiva conoce el oficio 341-DRH-2016 del 5 de mayo de 2016 mediante el cual, la Dirección de Recursos Humanos, en cumplimiento del acuerdo 05-21-2016, remite para su aprobación, el cronograma para llevar a cabo el proceso de Reclutamiento y Selección para ocupar el puesto de Miembro Propietario del Consejo de la Sutel, que actualmente ocupa la señora Maryleana Méndez Jiménez.

El **Rodolfo González Blanco** se refiere a la normativa que se debe contemplar en este proceso e informa que el nombramiento de la señora Méndez Jiménez vence el 26 de enero de 2017. Agrega que, es importante tomar en consideración el fallo de la Sala Constitucional en torno a la paridad de género; ya que, para esta oportunidad el nombramiento del Miembro Propietario del Consejo de la Sutel, debe recaer en una mujer.

Seguidamente explica en detalle el contenido del cronograma, específicamente los aspectos de la elaboración de bases de selección por parte de la Dirección de Recursos Humanos. Asimismo, se refiere a la publicación del concurso en periódicos y otros medios; así como a la recepción de ofertas de servicio en línea.

La señora **Adriana Garrido Quesada** manifiesta que la publicación es un aspecto esencial para los concursos; por lo que, considera se debería ampliar el plazo de los 10 días hábiles, para que los oferentes cuenten con suficiente tiempo para preparar la documentación requerida.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** considera que sí es necesario más de los 10 días hábiles para la divulgación del concurso y sugiere que sean 15 días hábiles.

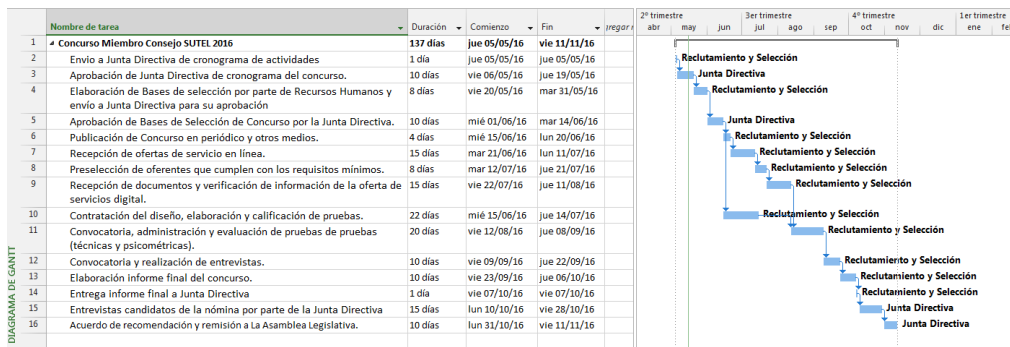
El señor **Rodolfo González Blanco** indica que procederá con el ajuste del citado cronograma con las observaciones externadas en esta oportunidad.

Ante una consulta del director Gutiérrez López, el señor **Robert Thomas Harvey** indica que, en lo concerniente al tema de género, se debe advertir en el concurso que el puesto está vacante para ser ocupado por una mujer.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Operaciones, de conformidad con el oficio 341-DRH-2016, así como en las sugerencias presentadas en esta oportunidad por los miembros de la Junta Directiva, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

#### **ACUERDO 05-27-2016**

Aprobar el cronograma remitido por la Dirección de Recursos Humanos, mediante el oficio 341-DRH-2016 del 5 de mayo de 2016, para el proceso de reclutamiento y selección para ocupar el puesto de Miembro del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, desempeñado actualmente por la señora Maryleana Méndez Jiménez, cuyo nombramiento vence en enero de 2017, según texto que se copia a continuación:



A las quince horas con treinta y cinco minutos se retira del salón de sesiones, el señor Rodolfo González Blanco.

**ARTÍCULO 6. Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por El Embalse S.A. y recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), ambos contra la resolución RJD-17-2016. Expediente OT-082-2015.**

A partir de este momento, ingresa al salón de sesiones el señor Daniel Fernández Sánchez, funcionario de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a exponer el tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce el oficio 388-DGAJR-2016 del 3 de mayo de 2016 mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por El Embalse S.A., contra la resolución RJD-017-2016 del 8 de febrero de 2016.

El señor **Daniel Fernández Sánchez** se refiere a los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

La señora **Adriana Garrido Quesada** se refiere al argumento 3 del recurrente, en el cual alega que no hay información en el expediente sobre la antigüedad de las plantas hidroeléctricas. Asimismo, consulta sobre lo indicado en el argumento 2, respecto del factor Xu, para lo cual el señor **Daniel Fernández Sánchez** explica que en el factor Xu, los costos de explotación son los necesarios para mantener y operar una planta en condiciones normales para el país. De acuerdo con la metodología vigente, el cálculo de esta variable se obtiene de la base de datos de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, correspondiente a las plantas con capacidad instalada, semejantes a las plantas que se pretenden tarifar.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** agrega que la información con que se cuenta, es de las plantas del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), no de los generadores privados, por lo que, considera existe un problema en el sentido de que la ARESEP no ha sido suficientemente diligente para tener la base de datos con la antigüedad; debería existir un historial muy claro al respecto; es decir, la estructura de costos y los estados financieros para sustentar y hacer un análisis de sensibilidad del impacto que tendría un cambio tarifario de esta naturaleza; aspecto que es una de las preocupaciones más importantes que tiene al respecto.



El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que este tema se ha discutido en varias ocasiones, de hecho, ya los generadores privados presentaron una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo. Considera que la ARESEP ha sido muy diligente, el problema es que las empresas no suministran la información; los Estados Financieros auditados no los presentan; por lo tanto, parte de la discusión ha sido qué hacer ante esta situación, porque se ha venido utilizando la información disponible.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** comenta que en febrero de 2016, se aprobó la modificación de la metodología de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables, mediante la resolución RJD-017-2016. En este caso, uno de los argumentos del recurrente es que no hay información de las plantas, razón por la cual se utiliza la información de las plantas del ICE y que, obviamente, no tienen relación unas con otras.

Agrega que en el expediente administrativo, existe un oficio suscrito por el Director de la Intendencia de Energía (IE), donde se indica que las plantas son nuevas, que dicho sea de paso, son 21 y no 300, por lo tanto, uno de los argumentos en los que se basan para aprobar la modificación de la metodología, no se cumple.

Señala que hubo una discusión en esta Junta Directiva, en la cual estuvo presente el Intendente de Energía, en torno a que es una obligación de la IE solicitar a las empresas los Estados Financieros y obligarlas a que se los suministren a la ARESEP; además, prevenir cuando hayan inconsistencias en la información que presentan. Señala que, como miembro de esta Junta Directiva es responsable y requiere información para determinar si este argumento que se tomó como base está correcto.

Por otra parte, está el aspecto de que la tarifa sube. En una oportunidad el funcionario Álvaro Barrantes Chaves, manifestó que era necesario modificar la metodología, porque las tarifas suben en un 24%, lo cual consta en actas; por lo que, ante esta afirmación, procedió a consultarle al señor Dennis Meléndez Howell, quien le aclaró que, si ese caso hipotético se presentara, lo que se haría es una fijación tarifaria de oficio. Así las cosas, esto fue lo que sucedió y es la razón de su inconformidad con la metodología; ya que, no es un aspecto menudo; los generadores privados judicializaron la resolución dictada por la Junta Directiva; presentando una demanda contra el Regulador General en su carácter personal, por lo que solicitó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria una copia del expediente judicial actualizado, por cuyo medio se enteró que están ampliando la demanda al resto de los miembros de esta Junta Directiva.

En este caso, llama la atención por dónde podría estar la debilidad de esta situación, porque no se trata de “morir” defendiendo la tesis de la Institución; por el contrario, se trata de determinar qué es lo más prudente y beneficioso para la ARESEP, de cara a un juicio contencioso administrativo, sin perjuicio de que dicha demanda se ha ampliado a los miembros de la Junta Directiva. Se debe llamar a la prudencia, ya que, si se está frente a un listado de aspectos de legalidad y existe posibilidad para la administración de corregirlas, por remotas que sean, se debe verificar para tener certeza en la situación y defender la tesis de la Institución. Se tiene que ver de forma objetiva, tanto la parte técnica como la legal; ya que, le preocupa lo que establece el artículo 31 de la Ley 7593, que se debe respetar el equilibrio financiero de las empresas. El oficio del CDR consigna explícitamente que es real el desequilibrio financiero que se causa a las empresas, por lo que, si ya se conocía esa situación de previo, se estaría conduciendo a la ARESEP al riesgo de una condena.

La señora **Adriana Garrido Quesada** indica que la diferencia con los generadores privados se centra en la supresión del factor Xu; como el argumento fundamental para dicha supresión es que los costos de

explotación con los que se calcula el Ca, es sobre plantas del ICE, las cuales son de mayor edad que las de los generadores privados, resulta que esta relación de edades es un dato que se debe tener muy claro y documentado, ya que fue éste el que fundamentó el quitar ese factor. El argumento es el siguiente: al ser plantas del ICE de mayor edad que las de los generadores privados, tienen costos unitarios de explotación superiores a los de estas y entonces, si se hiciera el cálculo de costos de explotación con los datos efectivos de las plantas privadas en cuestión, los costos unitarios por reconocer serían todavía inferiores a los que se estarían reconociendo con la metodología actual. El factor Xu dividiendo al Ca solo ampliaba una sobreestimación efectiva de los costos unitarios de explotación.

La señora **Adriana Garrido Quesada** considera que, efectivamente, la ARESEP debe trabajar dentro de un proceso continuo de mejoramiento del tema regulatorio, se deben hacer las investigaciones y mejoras, pero las tarifas deben fijarse y se fijan con la mejor información y normativa que se tenga en el momento. Además, hay que tomar en cuenta que el proceso regulatorio debe ser dinámico, en el cual, si por una fijación tarifaria, un prestatario de servicio llegare a tener perspectivas o realidades de no alcanzar el rendimiento preestablecido en la metodología, puede presentar sus cálculos prospectivos justificados o sus estados financieros auditados, para la debida consideración por parte de la ARESEP.

El señor **Roberto Gómez Jiménez** indica que no participó en el proceso, pero se debe buscar una forma más apropiada de tomar la decisión. Se debe revisar toda la base de datos, la información y a partir de ese análisis de sensibilidad y de comparación, llegar a esas conclusiones, pero con información de buena calidad; si se hace una formalización sin saber qué es lo que va a suceder en la vida real, es un riesgo importante; aclara, desconoce si los costos de la planta que tomaron, son más bajos o más altos; lo que sí es cierto y se está usando como argumento, es que los datos no existen, no son los apropiados, por lo que ahí se presenta un riesgo.

En su opinión para poder hacer una metodología de este tipo, previamente se tenía que realizar un análisis financiero, de sensibilidad, entre otras cosas, para poder determinar los efectos que podría tener, en los dos ámbitos; es decir, en el regulado y en las empresas que prestan el servicio. Cuando no se tiene la información, porque entiende que solo había de una empresa y ésta tenía una rentabilidad de un 22%; o sea, esa fue la rentabilidad promedio, es la más o menos eficiente, porque con un valor de un 22%, le llama a tener la necesidad de contar con la información suficiente, correcta, auditada, etc., para poder tomar esas decisiones.

El señor **Robert Thomas Harvey** indica que la Institución no puede escudarse jurídicamente en el hecho de que las empresas no suministran la información. La ARESEP tiene cierto músculo, más con la empresa privada que con las públicas, para exigir que le suministren la información requerida y si no lo hacen, se debe de aplicar la ley y no tramitar las gestiones futuras, inclusive, se podría llevar ante el Ministerio Público al representante legal si no cumple con lo que se le ordene.

Otra forma sería construir una base de datos sólida, con información del mercado internacional, tal y como lo indica la ley; si no es posible hacerlo con datos de Costa Rica, y de esta manera construir una empresa modelo con las mejores prácticas del país.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** manifiesta que en su momento la discusión que se dio con la Intendencia de Energía y con el Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR) fue muy amplia y todos estos argumentos fueron aclarados, razón por la cual, cuando la Junta Directiva aprobó la metodología se indicó y se le aclararon todos estos aspectos a la señora Sonia Muñoz Tuk; sin embargo, ella tenía redactado su voto

negativo. Le parece que lo correcto en este caso, es retomar la discusión con la IE y con el CDR para analizar la justificación de cada uno de los argumentos. Le queda claro que ninguno de los recurrentes han demostrado que van a tener pérdidas; sin embargo, si las tuvieran, inmediatamente pueden presentarse ante la ARESEP con la aplicación del modelo y demostrarlas, y si fuera así, se tendría que proteger a la empresa, pero hasta el momento lo que está, es lo que implica este factor, la reducción de ingresos, por lo que la obligación de la ARESEP es velar porque el servicio se dé al costo y las empresas demostrar que están teniendo pérdidas.

La señora **Adriana Garrido Quesada** hace observar que, finalmente, la supresión del Xu debajo del Ca no debería ser motivo de discusión - pues nadie está pidiendo que se calculen costos de explotación a partir de plantas nuevas, ni la ARESEP planea calcularlos a partir de plantas de menor edad que las del sector privado interesado. La discusión se debe centrar sobre cómo calcular un Ca que sea la mejor referencia posible para las respectivas plantas privadas en Costa Rica. Así, considera que no es la modificación aprobada del modelo lo que debería estar en debate, sino cuál es, concretamente, la información que se tomará para su aplicación.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** indica que cuando se incorporó a esta Junta Directiva, en julio de 2015, se encontró con este tema y desde entonces ha venido analizándolo. Siempre tuvo la preocupación en el aspecto de la información que había, y así quedó plasmado desde el principio, hasta que se aprobó la metodología, en el sentido legal, no si la ecuación está bien o no, porque sea lo recomendable, pero se hace necesario blindar los procesos, se puede tener la razón, pero si no era la forma legal, al final se presentarán consecuencias.

Reitera que ante esta situación, ha insistido con la transparencia en torno a la información que se le suministre a la Junta Directiva; de ahí que el Director de Energía remitió la información en donde señaló que las plantas son nuevas. Ante esta circunstancia, le solicitó a este cuerpo colegiado un tiempo más para analizar la información y asegurarse de lo que, en lo personal, estaba determinando legalmente, no técnicamente. Fueron momentos incómodos para trabajar, con una información bastante densa, pero necesitaba estar clara para tomar una decisión apegada a derecho. En su oportunidad y como consecuencia de la revisión exhaustiva que hizo ese fin de semana de la información que le remitió la Intendencia de Energía, a la una de la tarde del día anterior a la sesión de la Junta Directiva, la hizo encontrar una serie de inconsistencias, mismas que la Intendencia de Energía debió aclarar, y que si no las hubiera revisado, nunca hubieran constado en actas dichas aclaraciones.

La señora **Adriana Garrido Quesada** señala que se eliminó el factor Xu, porque el Ca (que es un costo unitario) que calcularía la ARESEP – no sería sobre plantas nuevas, sino sobre plantas más viejas que las que tienen los generadores; por lo que esa afirmación, es decir, que las plantas con que se calcularía el Ca, tiene una edad promedio mayor a la de los generadores privados, es clave en la argumentación y su justificación se tiene que documentar, y siempre hacer referencia precisa a dicha documentación cuando se evoque la afirmación – esta referencia considero que hace falta en el oficio 388-DGAJR-2016 hoy presentado.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** agrega que todo este problema se hubiera solucionado si la ARESEP tuviera la edad real y los costos unitarios de las plantas privadas, se aplica y entonces el factor Xu se puede eliminar y define que la referencia es el costo de las plantas privadas y puede seguir utilizando ese factor, porque es el referente apropiado para cada caso. El problema que se está presentando, es que se utiliza una referencia de plantas del ICE para definir una tarifa de generadores privados.

*A las dieciséis horas con diez minutos se retira del salón de sesiones, el señor Daniel Fernández Sánchez.*

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que del análisis realizado en este recurso y consecuentemente, con el recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-017-2016, indicado en esta agenda como punto 4.3; la Junta Directiva concluye que se requiere llevar a cabo una revisión integral de esa metodología para tener mayor robustez y proceder con la resolución de estos recursos.

El señor **Edgar Gutiérrez López** señala que, el tema no es solo por los recursos en discusión, ya que, lo que procede es que, como son defectos de la metodología, se debería suspender la aplicación de ésta y realizar un estudio integral.

El señor **Robert Thomas Harvey** recomienda acumular ambos recursos que versan sobre la resolución RJD-017-2016 y dictar un solo acuerdo.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 388-DGAJR-2016, así como las observaciones realizadas por los miembros de la Junta Directiva, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

#### **ACUERDO 06-27-2016**

1. Suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, aprobada mediante el acuerdo 01-07-2016, del acta de la sesión 7-2016, celebrada el 8 de febrero de 2016, publicada en el alcance 17 de La Gaceta 31 del 15 de febrero de 2016, hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología.
2. Notificar a las partes.

#### **ACUERDO 07-27-2016**

Solicitar a la Comisión ad hoc que, conforme al acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, lleve a cabo un estudio integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, aprobada mediante el acuerdo 01-07-2016, del acta de la sesión 7-2016, celebrada el 8 de febrero de 2016, considerando las observaciones y sugerencias planteadas en este tema por los miembros de la Junta Directiva y se eleve a conocimiento la versión ajustada del caso, para los fines pertinentes.

#### **ACUERDO 08-27-2016**

1. Posponer el conocimiento del recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por El Embalse S.A. y el recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), ambos contra la resolución RJD-17-2016 del 8 de febrero de 2016, Expediente OT-082-2015, de conformidad con lo resuelto por esta Junta Directiva en el acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, de suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para

generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología.

2. Comunicar este acuerdo a la empresa El Embalse S.A., y a la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE).

**ARTÍCULO 7. Recurso de reposición, gestión de nulidad absoluta y solicitud de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú Ltda., contra la resolución RJD-035-2016. Expediente OT-230-2015.**

*A las dieciséis horas con cuarenta minutos ingresa al salón de sesiones, la señora Carol Solano Durán, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a exponer el tema objeto de este y siguientes dos recursos.*

La Junta Directiva conoce el oficio 390-DGAJR-2016 del 3 de mayo de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de reposición, gestión de nulidad absoluta y solicitud de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú Ltda., contra la resolución RJD-035-2016.

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

Analizado el tema, con base lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con en el oficio 390-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

**ACUERDO 09-27-2016**

1. Rechazar por inadmisibles, el recurso de reposición interpuesto por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda., contra la resolución RJD-035-2016, por extemporáneo.
2. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad absoluta interpuesta por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda., contra la resolución RJD-035-2016.
3. Rechazar por inadmisibles, la solicitud de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda.
4. Agotar la vía administrativa.
5. Notificar a las partes, la presente resolución.
6. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.
7. Díctese la presente resolución:

**RESULTANDO:**

- I. Que el 25 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-035-2016, la Junta Directiva, luego de seguir el procedimiento previsto en la Ley 7593, aprobó la “*Metodología para Fijación Ordinaria de Tarifas*”

*para el Servicio Remunerado de Personas, Modalidad Autobús*”, publicada en el Alcance Digital N° 35, a La Gaceta N° 46 del 7 de marzo de 2016. (Folios 370 a 500).

- II. Que el 10 de marzo de 2016, Transportes Cubero Bonilla de Cirr, Ltda., interpuso recurso de reposición, gestión de nulidad absoluta y solicitud de suspensión del acto, contra la resolución RJD-035-2016. (Folios 581 a 586, y del 595 a 606).
- III. Que el 14 de marzo de 2016, mediante el memorando 205-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de reposición la gestión de nulidad absoluta y la solicitud de suspensión del acto interpuestos por Transportes Cubero Bonilla de Cirr, Ltda., contra la resolución RJD-035-2016. (Folio 693).
- IV. Que el 3 de mayo de 2016, mediante el oficio 390-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió criterio sobre el recurso de reposición, gestión de nulidad absoluta y solicitud de suspensión del acto, contra la resolución RJD-035-2016. (Correrá agregado a los autos).
- V. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

**CONSIDERANDO:**

- I. Que del oficio 390-DGAJR-2016 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“(…)

**II. ANÁLISIS POR LA FORMA**

**a) Naturaleza**

***Del recurso:***

*El recurso interpuesto contra la resolución RJD-035-2016, es el ordinario de reposición, en los términos que señala el artículo 345 inciso 2 de la LGAP.*

***De la gestión de nulidad:***

*Por su parte, la gestión de nulidad se encuentra regulada en los artículos 158 al 176 de la LGAP.*

***De la gestión de suspensión de los efectos del acto:***

*Transportes Cubero Bonilla de Cirr, Ltda, S.A. también interpuso una solicitud de suspensión de los efectos del acto de la resolución RJD-035-2016, a la cual le resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 136 inciso 1) subinciso d), 146 a 148 de la LGAP y en forma supletoria, los artículos 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA).*

*Ahora bien, tenemos que en sede judicial, el propósito de una medida cautelar, es garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En otras palabras, procura que el transcurso del tiempo no haga inútil la demanda, tomándose las medidas necesarias para que la petitoria de la acción que se est presentando, pueda en el futuro, ser ejecutada en el eventual caso de que la*

*demanda se declare con lugar. La cuestión aquí entonces es, que se pueda garantizar el posible resultado del proceso pero sin perjudicar con ello el interés público.*

*Aún en esa sede, el interesado debe cumplir con requisitos esenciales para acceder a la implementación de la medida cautelar. En ese sentido, tenemos que la condición esencial para que proceda tal solicitud, es la demostración del “daño”, para lo que es necesario establecer la existencia de una situación de perjuicio que se pueda considerar “grave”. Ahora bien, si tenemos que este calificativo es un concepto jurídico indeterminado, nos da una idea clara de que para que proceda tal solicitud cautelar, se tiene que establecer por parte del interesado, que su esfera jurídica puede sufrir un deterioro serio y verdadero que no sería fácilmente reparable. (Véase en ese sentido el artículo 21 del CPCA).*

*Inclusive, véase que la procedencia e implementación de una medida cautelar no es ilimitada y que la misma también puede ser rechazada, aunque cumpla con los requisitos señalados, si le impone una “carga indebida” al interés público o a terceras personas, es decir, si por ejemplo, representara un peligro para otras personas, para la solicitud sustantiva de una entidad pública determinada, la paralización de la actividad fundamental de la Administración Pública, o bien, la interrupción o suspensión de un servicio público de primera necesidad para la colectividad en general. Entonces, una medida cautelar, estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del CPCA y deberá entonces, ponderarse la relación entre el posible daño que pueda provocar la actuación de la Administración con relación al posible daño que pueda producirse al administrado en caso de no acogerse la medida cautelar que solicita.*

#### **b) Temporalidad**

*La resolución RJD-035-2016, que impugnó la recurrente, fue publicada en el Alcance Digital N° 35 a La Gaceta N° 46 del 7 de marzo de 2016 (folio 656). Conforme los artículos 346 inciso 1) de la LGAP, el citado recurso se debía de interponer dentro del plazo de 3 días hábiles contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 10 de marzo de 2016. Por su parte, la recurrente interpuso el recurso indicado, vía fax en tres oportunidades, sea a las 16:49 horas, 16:54 horas y 17:19 horas, del 10 de marzo de 2016.*

*La hora de presentación (16:49 horas, 16:54 horas y 17:19 horas) obliga a analizar si el recurso fue interpuesto dentro del plazo de ley, por cuanto dichos gestiones ingresaron a la Autoridad Reguladora, cuando ésta se encontraba fuera de la jornada ordinaria. Ello de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del “Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, su Órgano Desconcentrado y sus Funcionarios” (RAS), el cual estipula en su artículo 19:*

*[...] “La jornada inicia a las 8:00 horas y concluye a las 16:00 horas (...).” [...]*

*El análisis sobre la hora de ingreso del recurso, no es un mero formalismo, que pueda ser pasado por alto por la Administración, por cuanto en el artículo 224 de la LGAP señala:*

*[...] “Las normas de este libro deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados, pero el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que son absolutas.” [...]*

*La Administración, está obligada a realizar el procedimiento administrativo conforme al principio de legalidad y al principio de preclusión, según se desprende de los ordinales 11 y 292.3 de la normativa citada.*

*Por ello, la informalidad no implica que la Administración deba aceptar cualquier petición o gestión por parte de los administrados que se presente de forma extemporánea, por lo que siempre debe actuar apegada a lo estipulado en el ordenamiento jurídico vigente.*

*Así las cosas, el artículo 346.1 de la LGAP establece que los recursos ordinarios contra un acto administrativo, como lo es la resolución RJD-035-2016, deberán interponerse dentro del término de 3 días, contados a partir del día siguiente hábil a la comunicación.*

*Cabe recordar, que de conformidad con el artículo 256.2 de la LGAP, el plazo para los administrados es siempre de días hábiles, no obstante en dicha normativa no se encuentra una conceptualización del término “hábil”, lo que remite a la aplicación supletoria de alguna otra norma, de conformidad con el artículo 229.2 de la citada ley, el cual indica:*

*[...] “En ausencia de disposición expresa de su texto, se aplicarán supletoriamente, en lo que fueren compatibles, los demás Libros de esta ley, el Código Procesal Contencioso-Administrativo, las demás normas, escritas y no escritas, con rango legal o reglamentario, del ordenamiento administrativo y, en último término, el Código de Procedimiento Civiles, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el resto del Derecho común.” [...]*

*Analizadas las normas indicadas por el artículo transcrito, se tiene que es el Código Procesal Civil, específicamente en su artículo 146, el que define implícitamente el término “hábil”, a saber:*

*[...] “Cuando este Código fije un plazo de veinticuatro horas, se entiende reducido a las que fueren de despacho el día en que comienza a correr.” [...]*

*En consecuencia, de la interpretación armónica de los ordinales 346.1 y 256.2 de la LGAP, y del artículo 146 del Código Procesal Civil, se desprende que el plazo de 3 días hábiles otorgado a Transportes Cubero Bonilla de Cirrí, Ltda., se encontraba limitado a la hora de cierre de las oficinas de la Autoridad Reguladora para el tercer día del plazo conferido, sea las 16:00 horas del 10 de marzo de 2016, y el recurso ingresó vía fax en dicho día, pero a las 16:46 horas, 16:52 horas y 17:16 horas.*

*El anterior criterio, encuentra respaldo en el Dictamen 016-1998 del 22 de enero de 1998 de la Procuraduría General de la República, en el que señaló:*

*[...] “A su vez, de conformidad con el artículo 146 y 147 ibídem, el plazo de veinticuatro horas se reduce a las que debe estar abierto el Despacho Administrativo el día en que comienza a correr. Por lo que, el plazo realmente se convierte en un día hábil, el siguiente al de la*



*comunicación del acto y no en varios días hábiles, como resulta de computar las veinticuatro horas como horas hábiles hasta completar el número de veinticuatro.” [...]*

*Pese a que el Dictamen C-16-1998 citado, se emitió previo a la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo y la Ley de Notificaciones Judiciales, revisados ambos, no se encuentra razones para determinar que la interpretación deba ser cambiada.*

*Por otra parte, cabe destacar, la sentencia 0122-2011 del 9 de febrero de 2011 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual si bien, en el fondo versa sobre materia laboral, en lo que interesa, analiza el tema de los recursos recibidos vía fax, tema que es de naturaleza procesal y del cual se indica:*

*“En efecto, son la hora y la fecha que indica el reporte generado por el despacho, al final de la transmisión del facsímile, y no la hora en la que se inició la transmisión del documento los que se toman en cuenta para establecer el recibido en el despacho. (...). Además, dadas las visicitudes (sic) que se pueden presentar a la hora de transmitir un documento por los medios tecnológicos permitidos (fax ocupado, interrupción del fluido eléctrico, caídas del sistema informático, etc.), las partes deben prever esos contratiempos para que dichos documentos lleguen a su destinatario en tiempo y forma y tengan los efectos procesales requeridos por la ley.” (Lo destacado no pertenece al original).*

*Por ende, del análisis que precede, se puede concluir que el recurso de reposición fue interpuesto, fuera del plazo legalmente establecido, ergo resulta extemporáneo.*

*En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta contra la resolución RJD-035-2016, según el artículo 175 de la LGAP, el plazo para interponerla es de un año a partir del día siguiente a su comunicación, que vencería el 8 de marzo de 2017. Dicha resolución, fue publicada el 7 de marzo de 2016 (folio 656), y la gestión indicada, fue interpuesta el 10 de marzo de 2016 (folios 581 a 586). Por ello, se concluye que fue interpuesta en tiempo.*

*Con respecto a la medida cautelar debe indicarse que si bien es cierto, no se encuentra expresamente regulada en la LGAP, también tenemos que por identidad de causa, participa de las mismas características de su homóloga en sede judicial. De ahí, que no existe un plazo específico que contemple el espacio temporal para que un destinatario de un acto administrativo, expresado mediante una resolución, esté supeditado a un plazo determinado para solicitar la suspensión de los efectos de aquella, pudiendo inclusive interponerla en cualquier otro momento durante el proceso.*

*Entonces, lo más común, es que la medida cautelar (suspensión de los efectos del acto) se solicite con la presentación de la demanda (en sede judicial), con la interposición del recurso administrativo que corresponda contra el acto que se pretende impugnar, o bien, de manera independiente. En consecuencia, se concluye que la misma es admisible desde el punto de vista de la temporalidad.*

### **c) Legitimación:**

*Respecto de la legitimación se tiene que Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda., es destinataria de la resolución recurrida, es por ello que está legitimada para recurrir -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la Ley 6227.*

**d) Representación:**

Se aprecia que el señor José David Cubero Bonilla, es apoderado generalísimo sin límite de suma de Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda. Ello conforme a la certificación de personería jurídica visible a folio 586, 600 y 606. Así las cosas, las gestiones planteadas, fueron interpuestas por el representante legal debidamente acreditado.

Del anterior análisis, se logra determinar que el recurso de reposición interpuesto contra la resolución RJD-035-2016, resulta inadmisibles, desde el punto de vista formal, por haber sido interpuesto de forma extemporánea. En tanto la gestión de nulidad y la solicitud de suspensión (medida cautelar), ambas resultan admisibles.

**III. SOBRE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL ACTO**

La recurrente solicita se suspendan los alcances y efectos de la resolución impugnada.

Al respecto, se le indica a la recurrente que dicha solicitud debe tomarse como una solicitud de medida cautelar. Ahora bien, la interposición de la medida cautelar no se encuentra expresamente regulada en la LGAP, también tenemos que por identidad de causa, participa de las mismas características de su homóloga en sede judicial, por lo que le resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 136 inciso 1) subinciso d), 146 a 148 de la LGAP y en forma supletoria, los artículos 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA).

Lo anterior, al tenor de lo que señala el artículo 148 de la LGAP, que establece: “Los recursos administrativos no tendrán efecto suspensivo de la ejecución, pero el servidor que dictó el acto, su superior jerárquico o la autoridad que decide el recurso, podrán suspender la ejecución cuando la misma pueda causar perjuicios graves o de imposible o difícil reparación”.

En ese sentido, se debe indicar, que la ejecutividad del acto administrativo constituye un privilegio otorgado a la Administración Pública, para que pueda cumplir con las funciones que le han sido asignadas. En el caso que nos ocupa, el procedimiento seguido en el expediente OT-230-2015 es una metodología para la fijación ordinaria de tarifas para el servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús; dicho procedimiento, es necesario para el cumplimiento de las funciones que le han sido asignadas a este Ente Regulador.

Al respecto, la Procuraduría General de la República (en adelante PGR), en el Dictamen C-41-2009, desarrolló en cuanto al tema de la ejecutividad de los actos administrativos, lo siguiente:

*“(…) La ejecutividad de los actos administrativos constituye un privilegio otorgado a la Administración Pública para que pueda cumplir con las funciones que se le han asignado.*

Sobre el tema, éste Órgano Asesor ha indicado que:

*“A diferencia del sujeto privado, a la Administración Pública se le reconoce normalmente privilegios en la ejecución de los actos administrativos. Entre esos privilegios se encuentra el de ejecutar sus actos y de ejecutarlos de oficio. Lo propio de la Administración es el adoptar decisiones ejecutorias conforme la ley.*

*Pero, además, la Administración que actúa tiene la potestad de ejecutar de oficio la decisión que ha adoptado.*

*De la circunstancia misma de que exista una presunción de validez del acto administrativo para la realización del interés público, puede desprenderse el principio de ejecutividad. El acto se presume válido y eficaz, por ende puede ser aplicado en aras de la satisfacción del interés público. La ejecutividad del acto hace referencia a su capacidad de producir efectos jurídicos y a la fuerza ejecutiva de estos; ergo, a su obligatoriedad y exigibilidad y por ende, al deber de cumplirlo.” (Dictamen C-108-2005 del 11 de marzo del 2005).*

Por su parte, señala el tratadista Eduardo Ortiz Ortiz que:

*“En general, el privilegio de la ejecutoriedad se estudia a la par de otro, que la doctrina francesa distingue al respecto denomina (sic) del acto previo. La doctrina francesa distingue al respecto dos grandes instituciones... el privilegio del “préalable” y el privilegio de la acción de oficio (que es el que conocemos como de ejecutoriedad del acto)... “en virtud del primero (“Préalable” significa previo), la Administración puede decidir unilateralmente las cuestiones con los particulares, decisiones que son ejecutivas; el particular está obligado ineludiblemente a cumplirlas. En virtud del segundo, la Administración puede, a través de sus órganos, emplear un mecanismo de la ejecución forzosa para vencer la resistencia de los particulares a sus mandatos, es decir –empleando terminología procesal- si el primer privilegio dispensa a la Administración de acudir a un proceso declarativo o de cognición para obtener una sentencia en que se reconozcan sus pretensiones, el segundo dispensa a la Administración de acudir a un proceso de ejecución para poder realizar, contra la voluntad del obligado, lo mandado en un acto administrativo.” (Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Editorial Stradtman, Tomo II, pág. 375).*

*La ejecutividad de los actos administrativos se encuentra regulada, en lo que a nuestro estudio interesa, en los artículos 146 y 148 de la Ley General de la Administración Pública, (...).*

*En el mismo sentido, la PGR, se ha pronunciado en los Dictámenes C-108-2005, C-244-98, y C-089-96, así como en la opinión jurídica OJ-148-2005, entre muchos otros.*

*De conformidad con lo anterior, en tesis de principio, 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 administrativo pueden ser suspendidos en vía administrativa o judicial, con el fin de evitar perjuicios graves o de imposible reparación al administrado (tesis del artículo 148 de la LGAP).*

*Al respecto, conviene extraer de la Sentencia No. 378-2009, emitida por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, del 12 de febrero de 2009:*

*“El Tribunal de Casación, en su sentencia 5F-TC-2008 de las diez horas y cuarenta y cinco minutos del seis de febrero del presente año, definió algunas líneas de criterio, a considerar al momento de radicar y otorgar las medidas cautelares; en ese sentido se dijo que las medidas del 21 del Código Procesal Contencioso Administrativo, tiene como único fin garantizar el objeto del proceso, garantizar los efectos de una sentencia y más aún evitar los daños y perjuicios, sin embargo, enfatizó que para que tales presupuestos de protección se efectivicen, debe existir al menos un principio de demostración de los daños y perjuicios ocasionados, y que no basta con la sola indicación de que se desea la protección cautelar, sino que debe demostrarse apriorísticamente la potencialidad de la necesidad de la misma, cuando alguno de los tres presupuestos materiales enunciados, tengan peligro de no existir, si no se toma la medida solicitada. (...) Sobre la suspensión de los efectos de un acto administrativo: La suspensión de un acto administrativo como el que se sugiere, se da como una medida de carácter excepcional dentro del ordenamiento sustancial administrativo, esto, en razón de su característica contradictoria al curso normal de la ejecutividad y ejecutoriedad del acto mismo cuestionado. De tal manera, que los daños y perjuicios derivados por la no suspensión, deban resultar de grado intenso, grosero y graves, que por su propia naturaleza, no sean directa o mediatamente reparables en el patrimonio del administrado y además, deben derivar necesariamente de la situación aludida. (...)”*

*Por lo anterior, cabe indicar que la jurisprudencia del Tribunal de Casación citada, ha sido muy clara respecto a los presupuestos indispensables para el otorgamiento de una medida cautelar en sede judicial, a luz del CPCA, mismos que resultan también aplicables a la suspensión del acto administrativo en sede administrativa, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 13 de la LGAP.*

*En este caso particular, debe indicarse que la solicitante no fundamentó, ni mucho menos demostró el nexo causal entre la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora, y la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación que se le ocasionarían, en caso de no suspenderse los efectos de la resolución RJD-035-2016.*

*Del análisis de los autos, no se desprende que la recurrente aportara prueba para demostrar la confluencia de los presupuestos legales para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos en que se solicita, y que son: (1) apariencia de buen derecho, (2) el peligro en la demora, y (3) la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación, que se le ocasionarían a la recurrente con la ejecución del acto en cuestión.*

*En consecuencia, considera este órgano asesor que la solicitud de suspensión de la resolución RJD-035-2016 dictada dentro del expediente OT-230-2015, debe ser rechazada, por las razones aquí expuestas.*

*(...)*

## **V. ANÁLISIS DE FONDO**

**1. La recurrente alega que la Autoridad Reguladora no es competente para dictar la metodología tarifaria.**

Como argumentos para solicitar la nulidad indica la recurrente que la Autoridad Reguladora no es competente para dictar la metodología Tarifaria, por cuanto “existe una competencia creacionista y participativa en la formulación de la Metodología Tarifaria por parte del Ministerio de Transportes, la cual ha sido desconocida y burlada por parte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos” (folios 583, 597 y 603).

Sobre la competencia de la Aresep, se aclara es una institución con autonomía plena en materia de fijación tarifaria, tal y como lo dispone su ley de creación, Ley 7593, específicamente en su numeral 1º, en el tanto define su naturaleza jurídica, así como, el numeral 5º en cuanto a sus funciones. En ese sentido, el Dictamen C-416-2014 del 24 de noviembre de 2014, de la Procuraduría General de la República, indicó:

**“IV.- LA COMPETENCIA DE LA ARESEP PARA FIJAR TARIFAS DEL SERVICIO DE TRANSPORTE REMUNERADO DE PERSONAS COMPRENDE LA DEFINICIÓN DE MODELOS TARIFARIOS.**

Tal y como hemos apuntando en los apartados anteriores, no existe duda alguna respecto de la competencia exclusiva de la ARESEP para fijar tarifas en tratándose del servicio de transporte remunerado de personas, en sus diversas modalidades, salvo el aéreo.

(...)

Sobre el particular, es criterio de la Procuraduría General de la República que lleva razón la ARESEP en cuanto afirma que la potestad tarifaria conferida en materia de transporte público es exclusiva y excluyente y que la definición y establecimiento de metodologías o modelos tarifarios forma parte de esa competencia exclusiva. En cuanto a la exclusividad de la potestad tarifaria conferida a la ARESEP, la Procuraduría ha indicado:

“La regulación confiada a la Autoridad Reguladora (artículo 5 de la Ley N. 7593) comprende el control de precios o tarifas de los servicios, que deben ser la remuneración razonable del servicio, que cubra los costos de éste y permita la inversión y una utilidad razonable.

La función de la ARESEP es exclusiva y excluyente de cualquier intervención respecto de los servicios que enumera el artículo 5 antes citado. Lo cual significa que ningún otro organismo, público o privado, puede intervenir en la fijación de las citadas tarifas. La tarifa es el precio, definido unilateralmente por el Ente regulador, que remunera la prestación del servicio público por parte de los usuarios. Una remuneración que debe responder a la financiación del servicio, por ende, al principio de equilibrio financiero. (...).” Dictamen C-003-2002, del 7 de enero del 2002. Lo subrayado no es del original. Y en el mismo sentido puede verse el dictamen C-114-2000, del 18 de mayo del 2000.

No obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley 3503 y 57 de la Ley 7969 y como se indicó en el Dictamen C-114-2000 –anteriormente transcrito-, es factible que el CTP realice los estudios que estime convenientes para determinar el costo

*del servicio de transporte, a partir de los cuales puede proponer las tarifas correspondientes a la ARESEP. Sin embargo, insistimos, ello no significa que la fijación de tarifas constituya una labor conjunta entre el CTP y la ARESEP." (El subrayado no es del original).*

*De conformidad con lo indicado líneas arriba, considera este órgano asesor que no existe un vicio en el sujeto que emitió la resolución RJD-035-2016, por cuanto, la Aresep resulta competente para el establecimiento de modelos tarifarios, ergo, no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.*

**2. Las argumentaciones y alegaciones interpuestas en la audiencia pública por parte de la Cámara Nacional de Autobuseros no fueron contestadas satisfactoriamente, lo cual corresponde a un vicio de infra petita.**

*Así mismo, alega que las argumentaciones y alegaciones interpuestas en la audiencia pública por parte de la Cámara Nacional de Autobuseros (Canabus) no fueron contestadas satisfactoriamente, ni atendidas conforme a derecho lo cual corresponde a un vicio de infra petita.*

*Sobre este punto, debe indicarse que no acredita la recurrente en su escrito recursivo, ostentar la representación necesaria para actuar a nombre de la Cámara Nacional de Autobuseros (Canabus). Aunado a lo anterior, de un análisis del expediente no se desprende que la recurrente cuente con la representación de Canabus.*

*En todo caso, se remite a la recurrente al folio 340, en el que consta el análisis de la oposición planteada por Canabus en la audiencia pública.*

*Por lo que, considera este órgano asesor que dicho argumento resulta inadmisibile.*

*Aunado a lo anterior, en cuanto a la nulidad alegada, conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la LGAP, y que son: la falta o imperfección (vicio) de algún elemento del acto o que el acto impugnado sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendida como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final adoptada en aspectos importantes, o bien, cuya omisión causare indefensión al administrado, lo cual no se considera que haya ocurrido en la especie fáctica del caso sub exámine.*

*En cuanto a la validez de la resolución impugnada, se le debe comunicar a la recurrente, que de conformidad con el artículo 158 de la LGAP, la resolución contiene todos los elementos para su validez. Lo anterior se verifica con el cumplimiento y presencia íntegra, de todos los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales.*

*Estos elementos a los que hacemos referencia, tanto la doctrina nacional como la misma LGAP, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales, se encuentran el sujeto, el procedimiento y la forma; y entre los sustanciales o materiales resaltan el motivo, contenido y el fin.*

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

*Por su parte, el motivo como elemento sustancial del acto administrativo, es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo.*

*Así las cosas, con fundamento en lo analizado en este criterio, al no presentarse vicio alguno en los elementos del acto administrativo, que implique su nulidad y en lo que se refiere a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan omisiones o defectos que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso, de conformidad con el artículo 223 de la LGAP.*

*En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda., no lleva razón la recurrente en su argumento, ya que la resolución que impugna, no es un acto nulo, porque contiene todos los elementos del acto (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP, ya que:*

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

*Así las cosas, no deviene en nula la resolución impugnada, pues contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), y en lo referente a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que la misma sea nula.*

## **VI. CONCLUSIONES**

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición planteado contra la resolución RJD-035-2016, resulta inadmisibles por haber sido interpuesto extemporáneamente.*
- 2. Desde el punto de vista formal, la gestión de nulidad planteada contra la resolución RJD-035-2016, resulta admisible por haber sido planteada en tiempo y forma.*
- 3. Del escrito presentado no se desprende que la recurrente aportara prueba para demostrar la confluencia de los presupuestos legales para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos en que se solicita, y que son: (1) apariencia de buen derecho, (2) el peligro en la demora, y (3) la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación, que se le ocasionarían a la recurrente con la ejecución del acto en cuestión, por lo que la solicitud de suspensión de los efectos de la resolución recurrida debe ser rechazada.*

4. *La Autoridad Reguladora resulta competente para establecer modelos tarifarios, de conformidad con las competencias exclusivas y excluyentes que le otorga la Ley 7593, así como lo señalado por la PGR en el Dictamen C-416-2014.*
5. *La recurrente no acredita en su escrito recursivo, ostentar la representación necesaria para actuar a nombre de la Cámara Nacional de Autobuseros, sin embargo se remite al folio 340, en el cual consta el análisis de la oposición planteada por dicha Cámara.*
6. *La resolución impugnada contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), y referente a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que la misma sea nula.*

(...)"

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar por inadmisibles, el recurso de reposición interpuesto por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda., contra la resolución RJD-035-2016, por extemporáneo, **2.-** Declarar sin lugar, la gestión de nulidad absoluta interpuesta por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda., contra la resolución RJD-035-2016, **3.-** Rechazar por inadmisibles, la solicitud de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda., **4.-** Agotar la vía administrativa, **5.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **6.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria 27-2016, del 12 de mayo de 2016, cuya acta fue ratificada el 19 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 390-DGAJR-2016 de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

**POR TANTO:**

**LA JUNTA DIRECTIVA**

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

**RESUELVE:**

- I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de reposición interpuesto por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda., contra la resolución RJD-035-2016, por extemporáneo.
- II. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad absoluta interpuesta por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda., contra la resolución RJD-035-2016.
- III. Rechazar por inadmisibles, la solicitud de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por Transportes Cubero Bonilla de Cirrú, Ltda.
- IV. Agotar la vía administrativa.
- V. Notificar a las partes, la presente resolución.



- VI. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

**NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.**

**ARTÍCULO 8. Recurso de apelación y extraordinario de revisión interpuestos por el señor Guillermo Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016. Expediente AU-233-2013.**

La Junta Directiva conoce el oficio 387-DGAJR-2006 del 3 de mayo de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación y extraordinario de revisión interpuestos por el señor Guillermo Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016.

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

La señora **Grettel López Castro** comenta que estos casos son precisamente los que llegan al Despacho del Regulador General, con la valoración de la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU), por lo que ese primer filtro resulta especialmente importante para determinar la apertura de una investigación preliminar que lleve a definir si el caso debe ser archivado o no.

Indica que éste es uno de los casos que debe llamar la atención institucional, en el sentido de requerir del ente prestador del servicio, la información necesaria para analizarla cuidadosamente y deducir claramente la ausencia o presencia de indicios de anomalías por parte del prestador, de manera que el usuario no quede en estado de indefensión.

Asimismo, señala que el señor Robert Thomas Harvey formó parte de la Comisión de Procedimientos Administrativos, conformada para descongestionar casos de queja como éste, con más de tres años sin resolución, y conoce, de primera mano, las intenciones de la Administración para resolverlos.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** manifiesta que lo importante de estos casos, es lo que mencionó anteriormente, y es ver a la ARESEP de cara al usuario, por lo que es importante analizar los procesos, los puntos en dónde se reciben las gestiones de los administrados.

Analizado el tema, con base lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con en el oficio 387-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

**ACUERDO 10-27-2016**

1. Rechazar el recurso de revisión, interpuesto por el señor Guillermo Alfonso Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016, por ser inadmisibles.
2. Declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por el señor Guillermo Alfonso Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016 y en consecuencia anular dicha resolución.
3. Retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno.

4. Trasladar el expediente, a la Dirección General de Atención al Usuario.
5. Dictar la siguiente resolución:

**RESULTANDO:**

- I. Que el 17 de junio de 2013, el señor Guillermo Alfonso Hernández Quirós, portador de la cédula de identidad número 3-0151-0111, abonado del servicio de acueducto con número de NIS 337-8078, presentó queja contra el AyA. En ella indicó que su pago histórico oscila entre ¢30 000,00 y ¢40 000,00 mensuales, no obstante, le llegaron dos facturaciones por los meses de febrero y marzo de 2013, por la suma de ¢180 000,00 y ¢329 000,00. En esa oportunidad, solicitó que se le ajustaran las facturas y que se cambie el medidor. (Folios 1 al 4)
- II. Que el 14 de enero de 2016, la Dirección General de Atención al Usuario, mediante el oficio 0144-DGAU-2016, realizó la valoración inicial de la queja interpuesta. En ella, se concluyó que no hay mérito para la tramitación de la queja interpuesta por el señor Hernández Quirós. (Folios 57 al 64)
- III. Que el 22 de febrero de 2016, el Regulador General, mediante la resolución RRG-171-2016, en lo que interesa se dispuso: *"I. Archivar la queja planteada por Guillermo Alfonso Hernández Quirós contra el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, porque no hay mérito suficiente para iniciar un procedimiento administrativo. II. Ordenar el archivo del expediente AU-233-2013 en el momento procesal oportuno."* (Folios 76 al 87)
- IV. Que el 2 de marzo de 2016, el señor Hernández Quirós, interpuso lo que denominó *"recurso de revisión y apelación"* contra lo dispuesto en la resolución RRG-171-2016. (Folios 65 y 66)
- V. Que el 16 de marzo de 2016, mediante el oficio 245-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, remitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227, sobre las gestiones interpuestas por el señor Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016. (Folios 88 al 89)
- VI. Que el 17 de marzo de 2016, mediante el memorando 231-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, las gestiones interpuestas por el señor Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016, para su análisis. (Folio 90)
- VII. Que el 3 de mayo de 2016, mediante el oficio 387-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió el criterio jurídico sobre el recurso de apelación y recurso extraordinario de revisión, interpuesto por el señor Guillermo Alfonso Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016. (Correrá agregado a los autos)
- VIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

**CONSIDERANDO:**

- I. Que del oficio 387-DGAJR-2016, arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“ (...)”

## **II. ANÁLISIS POR LA FORMA DE LAS GESTIONES INTERPUESTAS:**

### **Sobre el recurso de apelación**

#### **a) Naturaleza:**

*El recurso interpuesto contra la resolución RRG-171-2016, es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 al 352 de la Ley 6227.*

#### **b) Temporalidad:**

*El acto administrativo RRG-171-2016, que impugnó el recurrente, le fue notificado mediante correo certificado. Sin embargo, no consta en el expediente, la fecha en la cual la recurrente recibió la notificación, únicamente consta su envío (folio 86).*

*Al respecto, se debe analizar lo que dispone la Ley 6227 en torno al momento en que se tienen por realizadas las notificaciones por correo certificado, específicamente en el artículo 243 inciso 3), el cual establece:*

*[...] “Cuando se trate de telegrama o carta certificada, la notificación se tendrá por hecha con la boleta de retiro o el acta de recibo firmada por quien hace la entrega.” [...]*

*Ante la ausencia en el expediente de la boleta de retiro o acta de recibo firmada por quien realizó la entrega, hay que remitirse al artículo 247 inciso 1) de la Ley 6227, el cual dispone:*

*[...] “La comunicación hecha por un medio inadecuado, o fuera del lugar debido, u omisa en cuanto a una parte cualquiera de la disposición del acto, será absolutamente nula y se tendrá por hecha en el momento en que gestione la parte o el interesado, dándose por enterado, expresa o implícitamente, ante el órgano director competente.” [...]*

*La norma citada, ha sido analizada por la Sala Constitucional de la Corte de Suprema de Justicia en diversos votos, entre los que destaca el 11123-2005 del 23 de agosto de 2005, el cual indicó:*

*[...] “(...) también es cierto que el vicio se subsana y se tiene por hecha la notificación en el momento en que gestione la parte o el interesado, dándose por enterado expresa o implícitamente ante la Administración competente de su contenido, a tenor de lo que dispone el artículo 247 de la Ley General de la Administración Pública.” [...]* (Lo destacado no pertenece al original).

*Así las cosas, de conformidad con las normas y jurisprudencia citadas, y en aras de no causar indefensión a la recurrente, se debe tener por presentando en tiempo el recurso de apelación.*

**c) Legitimación:**

*Respecto de la legitimación se tiene que el señor Hernández Quirós, fue la persona que promovió la queja, que a través de la resolución recurrida se archiva, por ello está legitimado para actuar –en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la Ley 6227 y los artículos 27 y 28 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593).*

*En atención de lo indicado el recurso de apelación es admisible, por haber sido interpuesto en tiempo y en forma.*

**Sobre el recurso extraordinario de revisión**

*En cuanto a su naturaleza, se tiene que el recurso presentado es el extraordinario de revisión, al cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 353 al 355 de la LGAP; normativa que es clara en establecer, entre otras cosas, las circunstancias bajo las cuales procede la interposición de dicho recurso.*

*En ese sentido señala, que se plantea contra aquellos actos finales firmes y cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias: 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.*

*Del análisis efectuado es preciso establecer, que si bien es cierto el recurso de revisión presentado impugna el acto final del procedimiento, el mismo no se encontraba firme, al existir en vía administrativa el recurso ordinario de apelación interpuesto el mismo día y de forma conjunta por el recurrente- contra la resolución aquí recurrida (folios 65 y 66). En virtud de lo anterior y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 292 inciso 3) de la Ley 6227, en concordancia con el numeral 353 inciso 1) de la misma ley, el recurso de revisión objeto de análisis, resulta inadmisibile.*

*Una vez leído el argumento del recurrente (que se encuentra en el acápite siguiente), y analizado el mismo, se tiene que no se ajusta a los presupuestos que establece el artículo 353 incisos a) al d) de la Ley 6227. En atención de lo indicado, el recurso extraordinario de revisión es inadmisibile por la naturaleza.*

**III. SOBRE LOS ALEGATOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

*Los argumentos expresados, dentro del recurso de apelación, se pueden sintetizar de la siguiente forma: Se “resolvió archivar por no haber mérito suficiente para iniciar un procedimiento administrativo, de lo cual no estamos de acuerdo ya que no nos resolvieron el problema inicial, y nos parece injusto tener que cancelar montos tan elevados por servicios no consumidos”.*

**IV. SOBRE EL FONDO**

El recurrente muestra su inconformidad con el archivo del expediente, sustentado en falta de mérito. Al respecto, debe indicarse que la resolución recurrida, fue sustentada en el informe técnico, 144-DGAU-2016 (folios 57 al 64). Dicho informe, contiene el resultado del análisis de la queja presentada por el señor Hernández Quirós, contra el AyA. Es decir, se trata del resultado de la investigación preliminar realizada en el presente caso. También debe indicarse que el consumo objeto de esta investigación es el acontecido entre el 23 de enero y el 21 de marzo de 2013 (folio 59), con una facturación, según el denunciante (folio 1), de \$509 000,00 en total.

Se llama investigación preliminar al conjunto de actuaciones que se producen con anterioridad a la apertura de un procedimiento administrativo, consistentes en la realización de una serie de indagaciones que tiene por objetivo lo siguiente:

- ✓ recopilar elementos de convicción que permitan verificar y/o fijar la verosimilitud de los hechos –esclareciendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar así como los motivos determinantes– recopilar las pruebas que los respaldan,
- ✓ examinar si la conducta es o no constitutiva de una anomalía en la prestación del servicio e
- ✓ identificar posibles infracciones cometidas así como presuntos responsables debidamente, individualizados.

De este estudio se determina la necesidad o no, de continuar con un procedimiento formal si se encuentra mérito para ello, recomendando la naturaleza y finalidad(es) del mismo.

Esa “indagación previa es correcta y pertinente, en tanto es necesaria para reunir los elementos de juicio apropiados para descartar o confirmar la necesidad del procedimiento formal, o bien para permitir su correcta sustanciación, por ejemplo, cuando se deba identificar a quienes figurarán como accionados en el proceso, o recabar la prueba pertinente para la formulación de cargos que posteriormente se deberán intimar”. (Voto 8841-2001 de la Sala Constitucional, del 31 de agosto de 2001)

De ello, se tiene que el objetivo fundamental de una investigación preliminar, es dotar a la Administración de los elementos necesarios para tomar -de manera fundamentada- la decisión de iniciar o no un procedimiento administrativo y de ser así, su correcta sustanciación.

Por otra parte, se tiene que los artículos 27 y 28 de la Ley 7593 establecen lo siguiente:

**“Artículo 27.- Tramitación de quejas**

La Autoridad Reguladora tramitará, investigará y resolverá, de acuerdo con los procedimientos administrativos establecidos en la Ley General de la Administración Pública, cualquier queja relativa a la prestación de los servicios públicos regulados por esta ley. Los prestadores de los servicios públicos y las instituciones públicas están obligados a brindarle, a la Autoridad Reguladora, la colaboración necesaria para que cumpla con esta función.

**Artículo 28.- Corrección de anomalías**

Si la denuncia resulta fundada, la Autoridad Reguladora dictará las disposiciones pertinentes para que se corrijan las anomalías, y cuando en derecho corresponda, ordenará resarcir los daños en sede administrativa. Las resoluciones que se dicten serán vinculantes para las partes involucradas, sin perjuicio de los recursos ordenados en la ley.” (Énfasis propios)

*Es decir, el objetivo de una investigación preliminar en este tipo de asuntos determinar, si existe indicios suficientes para el inicio de un procedimiento administrativo que tenga por objetivo el determinar si hubo anomalías en la prestación del servicio público.*

*Al respecto, llama la atención en el presente caso, que el informe final de la investigación preliminar señala:*

*“Para esta situación específica, no queda claro el registro que se realizó sobre la fuga en el medidor de fecha 14 de marzo de 2013. Ni el abonado, ni el AyA, aportaron más información o pruebas al respecto sobre el tipo de fuga o la ubicación exacta de esta.”*

*- Revisión domiciliar:*

*En la revisión domiciliar realizada el 14 de marzo de 2013 se registró que había “flujo de agua”, lo cual indica que el medidor estaba registrando y por ende había una fuga”.*

*Como puede observarse, el informe señala que para las fechas objeto de reclamo existió una fuga, la cual quedó registrada en una visita realizada el 14 de marzo del 2013 y sobre la cual el informe omite mayor pronunciamiento o análisis y se limita a reconocer que falta más información al respecto, concretamente, el tipo de fuga y la ubicación exacta de ésta.*

*Ello resulta trascendente para este caso, por cuanto, conforme el mismo oficio, en su página 6 (folio 62), el AyA debe rectificar los montos facturados cuando: “Se repare una fuga en el hidrómetro y los consumos obtenidos después de reparado el daño sean similares a su promedio normal de consumo.”*

*Finalmente, en la conclusión 3 dicho informe afirma que: “... en el presente caso no es posible realizar ajustes o refacturaciones con base en la normativa, por lo que no se encuentra mérito para proceder a abrir un procedimiento en este sentido.”*

*Sobre el particular, se observa que la investigación preliminar fue incompleta, por cuanto no determinó el tipo de fuga y su ubicación exacta. Dicha información, era relevante para valorar si procedía o no la aplicación del artículo 86 del Reglamento de prestación de Servicios a los Clientes de A y A, vigente al momento de los hechos, referido a refacturaciones. Por ello, la conclusión tercera antes citada, podría ser incorrecta, en el tanto que si la fuga se encuentra en el hidrómetro sí habría mérito para iniciar el presente procedimiento.*

*En este sentido, conforme el artículo 27 de la Ley 7593, antes citado, los prestadores de los servicios públicos y las instituciones públicas están obligados a brindarle, a la Autoridad Reguladora la colaboración necesaria para que cumpla con la función de resolver las quejas planteadas por los usuarios, entre ellas la información que se necesite para esclarecer si hay mérito o no, para iniciar un procedimiento en atención a una queja interpuesta.*

*Por ello, no basta con indicar que “ni el abonado, ni el AyA, aportaron más información o pruebas al respecto sobre el tipo de fuga o al ubicación exacta de esta”, era necesario requerir al ente prestador que presentase la información, analizar la misma, y si de la misma no se deduce claramente la ausencia de indicios sobre una anomalía por parte del prestador, debe recomendarse el inicio del procedimiento administrativo, precisamente porque éste tiene como principal objetivo el armonizar los*

intereses de los usuarios y los prestadores y la búsqueda de la verdad real de los hechos (artículos 4 de la Ley 7593 y 214 de la Ley 6227).

En atención ello, se observa que la resolución recurrida (RRG-171-2016), en el considerando II, "hizo suyo el análisis realizado por la Dirección General de Atención al Usuario" (folio 73). Por ello, el vicio apuntado en el informe técnico, también está contenido en la resolución impugnada.

Al respecto, señala el artículo 223 de la Ley 6227, lo siguiente:

*"Artículo 223.-*

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

*En este sentido se tiene, que la investigación preliminar, fue incompleta y por ello, la recomendación de "archivar sin más trámite" podría no estar ajustada a derecho. Evidentemente, el usuario quedó en una indefensión, consistente en que existiendo en autos, evidencias sobre una fuga para las fechas que se realizó la alta facturación, se ordenó el archivo del expediente, sin que le quedase claro, a la Autoridad Reguladora, el tipo de fuga y su ubicación exacta. Dicha información, era relevante para la valorar si procedía o no la aplicación del artículo 86 del Reglamento de Prestación de Servicios a los Clientes del AyA, vigente a la fecha de los hechos, referido a refacturaciones. Ello, podría cambiar sustancialmente el resultado final que tuvo la gestión del administrado.*

*Es decir, la resolución RRG-171-2016, no consideró "todas las cuestiones de hecho y de derecho", y por ello, está viciada, según lo dispuesto los artículos 132 párrafo 1) y 133 de la Ley 6227. Dicho vicio impide la realización del fin (artículo 167 de la Ley 6227), que en este caso, sería determinar, si existía mérito para el inicio de un procedimiento administrativo. Tanto así que se ordena el archivo del expediente pese a que, de los autos, se desprende que no se indagó lo suficiente para determinar si, en realidad, conforme a los indicios existentes, correspondía el inicio de un procedimiento administrativo contra el prestador, conforme los artículos 27 y 28 de la Ley 7593.*

*En consecuencia, lleva razón el recurrente en su argumento, por lo que de conformidad con el artículo 162 de la Ley 6227, lo procedente es declarar la nulidad de la resolución RRG-171-2016, y retrotraer el procedimiento a la etapa procesal oportuna.*

## **V. CONCLUSIONES**

Conforme lo expuesto, este órgano asesor arriba a las siguientes conclusiones:

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de revisión planteado por el señor Guillermo Alfonso Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016, resulta inadmisibles por no cumplirse en este caso, con los supuestos del artículo 353 de la Ley 6227.*

2. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación, interpuesto por el señor Guillermo Alfonso Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016, resulta admisible por haberse interpuesto en tiempo y forma.
3. La resolución RRG-171-2016 contiene un vicio consistente en que no está debidamente motivada, ante la omisión de investigar si el tipo de fuga y su ubicación, obligaba al prestador a realizar la refacturación del cobro realizado al usuario, de conformidad con el artículo 86 del Reglamento de Prestación de Servicios a los Clientes de AyA, vigente a la fecha de los hechos. En consecuencia, el archivo por falta de mérito podría no estar ajustado a lo dispuesto en los artículos 132.1, 133, 167 y 223 de la Ley 6227 y los artículos 27 y 28 de la Ley 7593.

(...)

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y acuerdo al mérito de los autos, lo procedente, es rechazar el recurso de revisión, interpuesto por el señor Guillermo Alfonso Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016, por ser inadmisibles, declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por el señor Guillermo Alfonso Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016 y en consecuencia anular dicha resolución, retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, y trasladar el expediente a la Dirección General de Atención al Usuario para lo que corresponda, tal y como se dispone:
- III. Que en la sesión ordinaria 27-2016, del 12 de mayo de 2016, cuya acta fue ratificada el 19 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 387-DGAJR-2016, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

**POR TANTO:**

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

**LA JUNTA DIRECTIVA  
RESUELVE:**

- I. Rechazar el recurso de revisión, interpuesto por el señor Guillermo Alfonso Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016, por ser inadmisibles.
- II. Declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por el señor Guillermo Alfonso Hernández Quirós, contra la resolución RRG-171-2016 y en consecuencia anular dicha resolución.
- III. Retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno.
- IV. Trasladar el expediente, a la Dirección General de Atención al Usuario.

**NOTIFÍQUESE.**



**ARTÍCULO 9. Recurso de apelación y gestión de nulidad concomitante, interpuestos por “Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A.”, contra la resolución RRG-610-2015. Expediente OT-108-2014.**

La Junta Directiva conoce el oficio 391-DGAJR-2016 del 3 de mayo de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación y gestión de nulidad concomitante, interpuestos por “Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A.”, contra la resolución RRG-610-2015.

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

Analizado el tema, con base lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con en el oficio 391-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

**ACUERDO 11-27-2016**

1. Rechazar por extemporáneo, el recurso de apelación interpuesto por Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A, contra la resolución RRG-610-2015.
2. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad, interpuesta por Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., contra la resolución RRG-610-2015.
3. Dar por agotada la vía administrativa.
4. Notificar a las partes, la presente resolución.
5. Trasladar el expediente a la Dirección de Finanzas, para lo que corresponda.
6. Díctese la siguiente resolución:

**RESULTANDO:**

- I. Que el 6 de febrero de 2014, el Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica (CELEQ), en visita efectuada a la estación de servicio Mi Servicentro Naranjo, propiedad de Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., levantó el acta CELEQ-ARESEP-C-0075-14, en la que se señala la presencia de sedimentos en la muestra de combustible gasolina superior. (Folio 5)
- II. Que el 14 de febrero de 2014, se procedió a la apertura de la muestra testigo de gasolina superior, custodiada en el CELEQ, mediante la que se determinó un supuesto incumplimiento, por haber reportado la presencia de sedimentos en el combustible, mediante el método de verificación visual. (Folios 20 al 23)

- III. Que el 4 de abril de 2015, mediante la resolución RRG-190-2015, el Regulador General, ordenó dar inicio al procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A. (Mi Servicentro Naranjo), por incumplimiento de normas de calidad. (Folios 77 al 81)
- IV. Que el 16 de abril de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-13-2015, el Órgano Director inició el procedimiento y citó a la comparecencia oral y privada. (Folios 85 al 89 y 93)
- V. Que el 27 de mayo de 2015, el representante de Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., presentó su descargo. (Folios 94 al 104)
- VI. Que el 9 de junio de 2015, se llevó a cabo la comparecencia oral y privada, a la cual asistió la investigada. (Folios 122 al 133 y 183 al 195)
- VII. Que el 11 de noviembre de 2015, mediante el oficio 3790-DGAU-2015, el Órgano Director emitió informe final para el Regulador General. (Folios 134 al 138)
- VIII. Que el 19 de noviembre de 2015, mediante la resolución RRG-610-2015, el Regulador General, resolvió, entre otras cosas:
- [...] “(...) II. Rechazar la excepción de prescripción interpuesta por la representación de Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A. III. Rechazar la excepción de caducidad interpuesta por la representación de Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A. IV. Declarar que Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., incurrió en el incumplimiento de normas y principios de calidad en la prestación del servicio, y en el incumplimiento de condiciones vinculantes impuestas en la resolución 628-RCR-2011, por encontrarse dispensando gasolina superior con presencia de sedimentos en la estación de servicio Mi Servicentro Naranjo el día 06 de febrero de 2014. V. Imponer a Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., una multa de cinco salarios base, según el mínimo fijado en el presupuesto ordinario de la República, de acuerdo con la Ley 7337 del 5 de mayo de 1993, lo cual corresponde a la suma de ₡1.997.000,00 (un millón novecientos noventa y siete mil colones exactos). VI. Intimar por primera vez a Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., para que dentro del plazo de diez días hábiles, contado a partir de la notificación de este acto, cancele la suma de ₡1.997.000,00 (un millón novecientos noventa y siete mil colones exactos), correspondiente a la multa impuesta en el inciso anterior, a favor de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, de conformidad con lo que establecen los artículo 38 incisos g) y h) de la Ley 7593 y sus reformas y 150 y 264-1) de la Ley General de la Administración Pública. (...)” [...]. (Folios 139 al 182)*
- IX. Que el 25 de noviembre de 2015, Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., interpuso recurso de apelación y gestión de nulidad concomitante, contra la resolución RRG-610-2015. (Folios 208 al 222)
- X. Que el 9 de diciembre de 2015, mediante la resolución DF-1660-2015, la Dirección de Finanzas, intimó por segunda vez a Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., para que en el plazo de diez días hábiles a partir de su notificación, proceda a cancelar la suma de ₡1.997.000,00 (un millón novecientos noventa y siete mil colones exactos), a favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. (Folios 203 al 207)

- XI.** Que el 10 de marzo de 2016, mediante el oficio 1055-DGAU-2016, el Órgano Director, remitió al Regulador General, el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227, sobre el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por Mi Servicentro Naranja del Norte CL S.A., contra la resolución RRG-610-2015. A pesar de que el informe es dirigido al señor Meléndez Howell en su condición de Regulador General, debe entenderse que se hace en su condición de presidente de la Junta Directiva. Lo anterior, de conformidad con el artículo citado y el numeral 53 inciso j) de la Ley 7593. (Folios 224 al 229)
- XII.** Que el 10 de marzo de 2016, mediante el oficio 191-RG-2016, el Regulador General, remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos. (Folio 230)
- XIII.** Que el 3 de mayo de 2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, brindó el criterio solicitado sobre las gestiones interpuestas. (Correrá agregados a los autos)
- XIV.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

#### **CONSIDERANDO:**

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

“ (...)

#### **II. ANÁLISIS POR LA FORMA:**

##### **a) Naturaleza:**

*El recurso interpuesto contra la resolución RRG-610-2015, es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 al 352 de la Ley 6227.*

*En otro orden de ideas, con respecto a la gestión de nulidad contra la resolución RRG-610-2015, le resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 158 al 179 de la Ley 6227.*

##### **b) Temporalidad:**

*El acto administrativo RRG-610-2015, que impugnó el recurrente, le fue notificado el 19 de noviembre de 2015 (folios 176 al 182). El 25 de noviembre de 2015, se interpuso el recurso de apelación contra dicha resolución (folios 208 al 222). Conforme a los artículos 343 y 346 de la Ley 6227, el citado recurso se debía interponer dentro del plazo de 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente de su notificación, plazo que vencía el 24 de noviembre de 2015.*

*Del análisis comparativo que precede, se tiene que el recurso de apelación resulta inadmisibles puesto que fue presentado en forma extemporánea.*

*En cuanto a la gestión de nulidad contra la resolución RRG-610-2015, según el artículo 175 de la Ley 6227, el plazo para interponerla es de un año, que vencería el 20 de noviembre de 2016. Dicha resolución, fue notificada el 19 de noviembre de 2015 (folios 176 al 182), y la gestión indicada, fue interpuesta el 25 de noviembre de 2015 (folios 208 al 222). Por ello, se concluye que fue interpuesta en tiempo.*

**c) Legitimación:**

*Respecto de la legitimación se tiene que, Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., es la parte investigada en este procedimiento, es por ello que está legitimado para actuar –en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la Ley 6227.*

**d) Representación:**

*Se aprecia que el señor Carlos Luis Pérez Molina, es apoderado generalísimo sin límite de suma de Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., ello conforme certificación registral visible a folio 24. Respecto del poder especial administrativo (folios 91 y 92), otorgado al señor Luis Montes Solano, se tiene que ostenta la representación suficiente para actuar, en este procedimiento, en nombre de la investigada.*

*De lo anterior se concluye, que el recurso de apelación interpuesto por Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., contra la resolución RRG-610-2015, resulta inadmisibles por haber sido interpuesto en forma extemporánea.*

*En cuanto a la gestión de nulidad, interpuesta por Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., contra la resolución RRG-610-2015, es admisible por haber sido interpuesta en tiempo y en forma.*

**III. SOBRE LOS ALEGATOS DE LA NULIDAD INTERPUESTA**

*Los argumentos expresados, dentro de la gestión de nulidad, se pueden sintetizar de la siguiente forma:*

- 1. El método, con el que se llevó a cabo la prueba, está contenido en una resolución administrativa, con jerarquía normativa inferior a la ley, lo que violenta el principio de reserva de ley. Además de que la resolución 628-RCR-2011, se sustenta en un método que no se encuentra aprobado.*
- 2. El fundamento utilizado para rechazar la excepción de prescripción, se encuentra descontextualizado y ha sido insertado en un cuadro fáctico diferente.*
- 3. Existe una confusión entre la prescripción del derecho sancionatorio y la caducidad del procedimiento.*

**VI. SOBRE EL FONDO**

- 1. El método, con el que se llevó a cabo la prueba, está contenido en una resolución administrativa con jerarquía normativa inferior a la ley, lo que violenta el principio de reserva*

**de ley. Además de que la resolución 628-RCR-2011 se sustenta en un método que no se encuentra aprobado.**

*Indica la recurrente, que la resolución 628-RCR-2011 del 2 de setiembre de 2011, violenta diversos principios constitucionales (legalidad, certeza, regulación mínima y previa ley) aplicables a los procedimientos administrativos, por cuanto es de rango inferior a la ley, y es la que estableció el método para determinar la presencia de sedimentos en la gasolina.*

*Ahora bien, la recurrente no puede desconocer que su incumplimiento, encuentra asidero jurídico en la Ley 7593, específicamente en el artículo 38 inciso h), el cual señala:*

*[...] “La Autoridad Reguladora sancionará, cumpliendo con el procedimiento administrativo previsto en la Ley General de la Administración Pública, con multa de cinco a diez veces el valor del daño causado que ella determine, a quien suministre un servicio público que incurra en cualquiera de las circunstancias siguientes: (...)*

*h) El incumplimiento de las normas y los principios de calidad en la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando dicho incumplimiento no sea atribuible a caso fortuito o de fuerza mayor. (...). [...]*

*Resulta evidente, que la diversidad de condiciones o características que implican el concepto “calidad”, imposibilitan definir en la misma ley, cada uno de los métodos que requiere la Aresep para ejercer la función regulatoria que le compete respecto de los servicios públicos.*

*Es por lo anterior, que la Aresep emitió la resolución 628-RCR-2011, en la que, entre otras cosas dispuso, que no se admite la presencia de sedimentos en el combustible expendido por las estaciones de servicio, según lo establece el artículo 8 inciso r, el cual señala:*

*[...] “Para efectos del cumplimiento del Programa de Evaluación de Calidad, se aprueban los lineamientos para cumplir con el Programa de Evaluación de Calidad de las Estaciones de Servicio, los cuales son de acatamiento obligatorio y son los siguientes: (...)*

*r. Se establece que no se permitirá la presencia visual de agua y sedimentos en los combustibles, y si se detectan se establece como contaminación del producto. De comprobarse la existencia de agua y/o sedimentos en la muestra testigo, será considerado como incumplimiento de las normas y principios de calidad en la prestación de los servicios públicos establecidos en la ley 7593 y sus reformas. Por este incumplimiento se abrirá un procedimiento sancionatorio y se aplicará la sanción que corresponda. (...). [...] (Lo subrayado no pertenece al original)*

*El hecho de que el método para determinar la presencia de sedimentos en el combustible no se encuentre expresamente en una ley, no violenta el principio de reserva de ley, por cuanto en el derecho administrativo sancionador, el principio de tipicidad tiene una serie de matices que lo diferencian del derecho penal.*

*Sobre el particular, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia 6015-2011 del 11 de mayo de 2011, dispuso:*

[...]“(…) esta Sala en reiteradas ocasiones, ha considerado que el principio de tipicidad en materia disciplinaria, no se aplica de la misma forma que en el Derecho Penal, por cuanto las condiciones para ambos son diferentes. En primer término, las conductas a sancionar en materia disciplinaria, no son reserva de ley, por lo que pueden ser establecidas vía reglamento, en virtud de la potestad reglamentaria de algunos órganos. Además, en esta materia surge la necesidad de utilizar conceptos jurídicos indeterminados (...) no resulta inconstitucional la utilización de normas abiertas para sancionar conductas en el régimen de disciplinario, siempre que estos conceptos permitan ser concretados (...)” [...] (Lo subrayado no pertenece al original)

Pese a que la anterior cita hace referencia expresa al régimen disciplinario, lo cierto es que fue tomada de una resolución donde la Sala Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad promovida contra el inciso m) del artículo 41 de la Ley 7593, “Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”. Es decir, que se consideró aplicable, lo indicado a todo el derecho administrativo sancionatorio y no únicamente al régimen disciplinario. Razón por la cual es aplicable al presente asunto.

Así las cosas, el inciso h) del artículo 38 de la Ley 7593 es una norma abierta o una norma que contiene conceptos jurídicos indeterminados, los cuales, de conformidad con lo dispuesto por la sentencia citada, son propios del derecho administrativo sancionador, y no resultan inconstitucionales.

Respecto a las normas abiertas o conceptos jurídicos indeterminados, continúa analizando la Sala, en el voto mencionado anteriormente:

[...]“(…) la utilización de una norma abierta o la remisión a otra ley en materia administrativa disciplinaria, no resulta inconstitucional, dada la dificultad material que existe para definir con exactitud todas y cada una de las conductas que pueden ser consideradas como causales para la revocatoria de un permiso o concesión de transporte público. (...) en materia administrativa existe una amplia gama de normas y principios que conforma el Derecho Administrativo, las cuales deben ser aplicadas e interpretadas (...) en forma integral y no aisladamente.” [...] (Lo subrayado no pertenece al original)

De lo transcrito se desprende, que en una Ley como la 7593 (cuyo objeto es la regulación de más de 35 servicios públicos distintos -artículo 5- ) es imposible que puedan establecerse cada uno de los métodos requeridos para velar por la calidad, en el sentido de que un sólo servicio público de los regulados puede involucrar numerosos parámetros, y por ende, la aplicación de diferentes métodos.

A pesar de la atenuación de los principios de tipicidad y reserva de ley en el derecho administrativo sancionador, la Sala Constitucional, ha dispuesto que la sanción o falta debe comprobarse mediante el procedimiento administrativo correspondiente, según se desprende de la sentencia 14281-2009 del 9 de setiembre de 2009, la cual señaló:

[...]“Motivado en la variedad de causas que pueden generar su aplicación, en la imprecisión frecuente de sus preceptos y en la esfera de aplicación, no siempre es orgánico ni claro en la expresión literal, razón por la cual puede sancionarse discrecionalmente las faltas no previstas concretamente, pero que se entienden incluidas”

en el texto, siempre y cuando resulten de la comprobación de la falta disciplinaria, mediante un procedimiento creado al efecto. [...] (Lo subrayado no pertenece al original)

En el caso de marras, el procedimiento administrativo en contra de la recurrente, ha sido el ordinario establecido en la Ley 6227, según lo dispone el primer párrafo del artículo 38 de la ley 7593, el cual se ha seguido en estricto apego a los principios del debido proceso y de defensa.

Cabe destacar además, que la resolución 628-RCR-2011, como acto administrativo de alcance general, al determinar los lineamientos para cumplir con el Programa de Evaluación de Calidad de las Estaciones de Servicio, fue publicada en el diario oficial La Gaceta N° 181 del 21 de setiembre de 2011. Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, por medio de la sentencia 61 del 9 de marzo de 2011, señaló:

[...] “Todo acto administrativo de alcance general requerirá necesariamente ser publicado en el diario oficial La Gaceta para ser eficaz (...)”. [...]

En consecuencia, y de conformidad con el análisis realizado, la resolución citada se encuentra a derecho, toda vez que no violenta ninguna disposición del ordenamiento jurídico vigente.

Por otra parte, en lo que respecta a la acreditación del método que determinó la presencia de sedimentos en el combustible, si bien éste no se encontraba acreditado para la fecha de la visita a las instalaciones de la recurrente, sea el 6 de febrero de 2014 (folio 5), ni para el análisis de la muestra testigo, 14 de febrero de 2014 (folios 18 al 23), lo cierto es que no era un requisito necesario para implementarlo.

Al respecto, el artículo 8 inciso b) de la resolución 628-RCR-2011, señala:

[...] “Las pruebas se podrán realizar en el laboratorio fijo o mediante un laboratorio móvil, en ambos casos el Laboratorio contará con equipos e instrumentos para la medición de parámetros de calidad en la estación de servicio, los métodos a utilizar deberán estar acreditados por el ECA, o en su defecto en proceso de acreditación.” [...] (Lo subrayado no pertenece al original)

Nótese, como la norma es expresa en cuanto a que no es necesaria la acreditación del método, por ende, el incumplimiento detectado en torno a la calidad del servicio (presencia de sedimentos en la gasolina superior), fue de conformidad con lo dispuesto por la normativa vigente.

En cuanto al requerimiento de la acreditación de los métodos, la Procuraduría General de la República, mediante el dictamen C-242-2008 del 14 de julio de 2008, concluyó:

[...] “g. El efecto principal de la acreditación que realiza el ECA es el reconocimiento de que los procesos que realizan los organismos de control cumplen con los requisitos y criterios internacionalmente aceptados para evaluar la conformidad. Esto les otorga la condición de organismos confiables.” [...]

Del criterio citado, se desprende que la acreditación del laboratorio acarrea implícitamente la conformidad con los procesos o métodos que realiza aquél, en otras palabras, el sólo hecho de que

*el laboratorio se encuentre acreditado ante el Ente Costarricense de Acreditación (ECA), lo legitima para implementar sus métodos.*

*Finalmente, la recurrente debe tomar en cuenta, que si bien el método no estaba acreditado al momento de los análisis de las muestras, es ineludible que se ha constatado, a simple vista, la presencia de sedimentos en la gasolina superior, lo que constituye una lesión a los principios de calidad establecidos por el ente regulador.*

*Por todo lo anterior, no lleva razón el recurrente en cuanto al argumento analizado.*

**2. El fundamento utilizado para rechazar la excepción de prescripción se encuentra descontextualizado y ha sido insertado en un cuadro fáctico diferente.**

*En primer lugar, menciona la recurrente que la interpretación de la Procuraduría General de la República (plazo de prescripción de 4 años -artículo 198 de la Ley 6227- para un procedimiento administrativo sancionatorio) utilizada por el Órgano Decisor como fundamento en la resolución recurrida, es ilegal, ilógica y antijurídica. Además, de que la excepción de prescripción interpuesta, no responde a la potestad sancionatoria, sino al inicio del procedimiento.*

*Sobre el particular, indica la recurrente, que habían transcurrido más de dos meses para dar inicio al procedimiento administrativo, por lo que la prescripción ya había operado, ya que el órgano tomó conocimiento de la supuesta infracción cometida, el 6 de abril de 2015 con el informe 552-DGAU-2015 (folios 73 al 76), y es hasta el mes de abril de 2015, que se ordena la apertura del procedimiento.*

*Ahora bien, analizada la Ley 6227, el plazo de los dos meses que señaló la recurrente se encuentra contenido en el artículo 261 inciso 1) de dicha ley, el cual señala:*

*[...] “El procedimiento administrativo deberá concluirse, por acto final, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación o, en su caso, posteriores a la presentación de la demanda o petición del administrado, salvo disposición en contrario de esta Ley.” [...]*

*Pese, a ello, el artículo 329 del mismo cuerpo normativo, establece que todo acto final recaído fuera de plazo será válido para todo efecto legal, pues este es un plazo ordenatorio y no perentorio. En ese sentido la Procuraduría General de la República, en el Manual del Procedimiento Administrativo sobre este tema establece, en la página 219:*

*[...] “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 transcendencia anulatoria, salvo en el supuesto de que el término o plazo sea además de esencial, perentorio; lo cual no ocurre en el caso concreto del plazo previsto en el numeral 261.1 de la LGAP, según el cual el procedimiento administrativo deberá concluirse, por acto final, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación pues este es un plazo meramente ordenatorio y no perentorio.” [...]*



*Así las cosas, aun cuando el procedimiento administrativo hubiese concluido, con posterioridad a los dos meses de su inicio, tal circunstancia por sí misma, no puede ser valorada para tener por prescrito, el procedimiento, ni la sanción impuesta.*

*De lo transcrito se desprende, que la aseveración de la recurrente es errónea, ya que los 2 meses hacen referencia al plazo para concluir el procedimiento luego de su iniciación. No se indica, como parece entenderlo la recurrente, que se trate de un plazo de prescripción.*

*En cuanto a la prescripción en los procedimientos administrativos, el Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, mediante la sentencia 122-2013 del 9 de octubre de 2013, dispuso:*

*[...] “(...) ese plazo bimensual que allí se dispone consiste en un plazo de naturaleza ordenatoria, no perentoria (...) En la especie, como se ha dicho, no todo procedimiento que tarde más de dos meses implica la nulidad de lo actuado, sino solo en la medida que el plazo sea irrazonable, lo que ha de ser ponderado en cada caso, atendiendo a la tramitación y complejidad de lo actuado.” [...]*

*Obsérvese, que los dos meses hacen referencia a la duración del procedimiento y no al plazo para iniciarlo, sin embargo, el Tribunal indica expresamente que el hecho de que se exceda el plazo mencionado no acarrea automáticamente la nulidad de lo actuado, ya que dependerá de la complejidad del procedimiento.*

*Por su parte, la Procuraduría General de la República, en estricto apego a lo anterior, y por medio del dictamen C-069-2015, señaló:*

*[...] “(...) el plazo establecido en esta norma es un plazo ordenatorio, no un plazo perentorio, tal y como lo ha establecido El Tribunal Procesal Contencioso Administrativo en la sentencia 00018 del 13 de marzo del 2014. Lo que quiere decir que el incumplimiento del plazo, no genera como regla de principio, la nulidad del procedimiento administrativo ni mucho menos inhibe a la administración para ejercer la competencia debida y dictar el acto final del procedimiento (...).” [...]*

*Por ende, no resulta de importancia, cuánto tiempo transcurrió desde que el Órgano Director tomó conocimiento de la infracción cometida, hasta que se dictó la resolución que ordenó la apertura del procedimiento.*

*Cabe destacar, que todo lo actuado antes de la apertura del procedimiento, mediante la resolución ROD-DGAU-13-2015 (folios 85 al 89 y 93), corresponde a una investigación preliminar, en la que la Administración se encuentra facultada para recabar los elementos necesarios, para determinar si existe mérito suficiente para abrir el procedimiento administrativo.*

*La Sala Constitucional ha analizado, en diversas oportunidades, el tema de la investigación preliminar, prueba de ello es el voto 11167-2007 del 3 de agosto de 2007, en el que dispuso:*

*[...] “Por otro lado, ha sido reiterado el criterio de esta Sala, en el sentido de considerar legítimo y razonable que la Administración, en los casos en que considere la posibilidad de abrir un expediente administrativo contra un servidor, inicie de previo una fase preliminar o*

*instructiva, que podría servir como base a un posterior procedimiento administrativo, pero en la cual, se puede tener o no al investigado como parte con el objeto de determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso, tendente a averiguar la verdad real de los hechos objeto de la investigación.” [...]*

*En cuanto a los fines de la investigación preliminar, la Procuraduría General de la República, dictaminó (C-178-2008 del 29 de mes 2008):*

*[...] “(...) la investigación preliminar puede tener diversos fines, y la doctrina y la jurisprudencia administrativa y judicial identifican claramente al menos tres: a) determinar si existe mérito suficiente para abrir el respectivo procedimiento, b) identificar a los presuntos responsables cuando se trata de una falta anónima (...) y c) recabar elementos de juicio para sustanciar y formular correctamente el traslado de cargos o intimación (...). Cabe advertir que estos fines pueden concurrir conjuntamente o existir solo uno, según las circunstancias concretas, para justificar la apertura de una investigación preliminar.” [...]*

*En el caso de marras, se requería conocer con anterioridad al inicio del procedimiento, si existía mérito suficiente para dictar su apertura, ya que dependía de los resultados de los análisis de las muestras, y en especial de la muestra testigo.*

*Además, era indispensable recabar elementos para formular la intimación de los cargos, por ende, se solicitó información (folios 25 al 39; 58 al 72) al Ministerio de Ambiente y Energía para conocer el título habilitante de la recurrente, o simplemente aclarar dudas respecto del análisis de las muestras (folios 45 al 49).*

*En atención a lo indicado, no se encuentra sustento legal que permita considerar, como lo hace el recurrente, que la Administración está en la obligación, bajo pena de prescripción, de iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio en el plazo de dos meses desde que adquiere el conocimiento de los hechos. Así las cosas, no es de recibo el argumento de la recurrente.*

### **3. Existe una confusión entre la prescripción del derecho sancionatorio y la caducidad del procedimiento.**

*Señala la recurrente, que la Aresep toma fecha como inicio de la caducidad el 6 de mayo de 2015 (folio 93), y que para algunos aspectos el Órgano Decisor indica que el procedimiento inicia con la resolución de traslado de cargos y para otras con la investigación preliminar.*

*Es importante mencionar, que el tema de la prescripción ya fue resuelto en el análisis del argumento anterior, por lo que en el presente aportado, se hará referencia únicamente al tema de la caducidad.*

*De conformidad con lo expuesto en el análisis del segundo argumento, en torno a la investigación preliminar, resulta evidente que para todos los efectos, la apertura del procedimiento administrativo se da con el traslado de cargos (Manual de Procedimiento Administrativo de la Procuraduría General de la República, página 150), en el caso de marras, con la resolución ROD-DGAU-13-2015 (folios 85 al 89 y 93) del 16 de abril de 2015, y es desde esa fecha, que se debe contabilizar si operó o no la caducidad. El tiempo transcurrido previo a esa fecha, no puede ser considerado por cuanto la norma,*

que se citará, expresamente se refiere a la caducidad de un procedimiento "iniciado", lo cual excluye el tiempo transcurrido en la etapa de investigación preliminar o valoración inicial.

Ahora bien, es conveniente indicar lo que señala el artículo 340 inciso 1) de la Ley 6227, respecto de la caducidad en los procedimientos administrativos, dicho artículo señala:

[...] "Cuando el procedimiento se paralice por más de seis meses en virtud de causa, imputable exclusivamente al interesado que lo haya promovido o a la Administración que lo haya iniciado, de oficio o por denuncia, se producirá la caducidad y se ordenará su archivo, a menos que se trate del caso previsto en el párrafo final del artículo 339 de este Código." [...]

El Tribunal Contencioso Administrativo sección VI, en la sentencia No. 15-2013-VI del 25 de enero de 2013, desarrolló esta figura indicando, en lo que interesa lo siguiente:

[...] "La caducidad deviene en un medio para evitar la prolongación excesiva de los procedimientos, en aras de la seguridad jurídica, así como en la necesidad de garantizar la continuidad y eficiencia de la actividad administrativa, sin embargo, la misma resulta inviable cuando el asunto se encuentre listo para el dictado del acto final. Para que opere, según lo establece la norma aludida, la caducidad requiere de los siguientes presupuestos: primero: que el asunto haya ingresado en un estado de abandono procesal, esto es, una inactividad; segundo, que dicho estancamiento sea producto de causas imputables al administrado, cuando haya iniciado a gestión de parte, o bien de la Administración, si fue instaurado de oficio; y tercero, que ese estado se haya mantenido por un espacio de más de seis meses, plazo que se constituye en límite temporal mínimo de inercia, ergo, debe computarse desde la última acción dentro del expediente y no desde la apertura del procedimiento. Ello supone que en los procedimientos sancionatorios o de posible afectación de derechos instruidos de oficio, la caducidad es factible cuando concurren los indicados elementos. Sobre esta figura, recientemente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo 34-F-S1-2011 señaló en lo medular sobre el instituto de comentario consideró:

"En primer término, se puede observar que la norma recién transcrita se encuentra redactada en forma imperativa, es decir, no regula una facultad; por el contrario, una vez cumplidos los presupuestos de hecho en ella contenidos, la consecuencia deviene en obligatoria para el órgano encargado de la tramitación. Esto implica que sus efectos se producen de pleno derecho, y por ende su reconocimiento tiene efectos meramente declarativos, no constitutivos. Vale aclarar que lo anterior no debe ser interpretado como una pérdida de competencia –la cual es, por definición, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible según el numeral 66 LGAP-, sino, únicamente, como la imposibilidad de continuar con la tramitación del procedimiento específico en el que se produjo la inercia."

Sin embargo, en los efectos procedimentales de la caducidad se requiere que se haya declarado dentro del procedimiento para ponerle fin. Lo anterior presupone que la decisión administrativa dictada luego de una inercia de seis meses atribuible con exclusividad a la Administración, cuando no se haya declarado la caducidad, sea totalmente válida. De la doctrina del canon 59 en relación al 66, ambos de la Ley General de la Administración

*Pública, las competencias públicas se otorgan para ser ejercitadas. Solo en los supuestos en que el legislador de manera expresa disponga un fenecimiento de esa competencia por factores temporales, el órgano público se encuentra imposibilitado de actuar. Por regla general, las competencias no se extinguen por el transcurso del plazo señalado para ejercerlas. La excepción a esta regla la contempla el mismo ordinal cuando indica que habrá una limitación de la competencia por razón del tiempo cuando expresamente el legislador disponga que su existencia o ejercicio esté sujeto a condiciones o términos de extinción. En este sentido, el precepto 329 ibídem señala con toda contundencia que el acto dictado fuera de plazo es válido para todo efecto legal, salvo disposición expresa de ley, lo que aquí no ocurre.” [...]*

*Del artículo 340 de la Ley 6227, se establece que la caducidad es una forma anormal de terminar el procedimiento, por inercia atribuible a la Administración, por un plazo superior a 6 meses, cuyo efecto sería el archivo del procedimiento.*

*Revisados los autos, se tiene que los actos correspondientes a la Administración (merecen análisis por ser la promovente del procedimiento), son los siguientes:*

- ✓ *Se dio inicio al procedimiento, mediante la resolución ROD-DGAU-13-2015 del 16 de abril de 2015. (Folios 85 al 89 y 93)*
- ✓ *La resolución citada fue notificada el 6 de mayo de 2015. (Folio 93)*
- ✓ *La comparecencia oral y privada se realizó el 9 de junio de 2015. (Folios 183 al 195)*
- ✓ *La resolución RRG-610-2015 (acto final) se emitió el 19 de noviembre de 2015. (Folios 139 al 182)*

*De lo transcrito se concluye, que la Administración no paralizó el procedimiento por un plazo igual o superior a los 6 meses.*

*Lo anterior, encuentra asidero jurídico no sólo en la Ley 6227, sino también en la línea jurisprudencial del Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por ejemplo, en su sentencia 61 del 4 de junio de 2015, en la cual dispuso:*

*[...] “En suma, este Tribunal estima, de conformidad con lo dispuesto en el cardinal 340 de cita, para que un procedimiento sea declarado caduco, han de materializarse los siguientes requisitos: 1. Que el procedimiento se paralice. 2. Que sea por un plazo superior a los seis meses. 3. Que no se haya dictado acto final. 4. Que la inercia sea atribuible a quien gestionó el procedimiento (...).” [...]*

*De conformidad con los presupuestos citados en la transcripción, se tiene que ninguno de ellos se ha materializado en el caso concreto, lo que imposibilita decretar la caducidad del procedimiento.*

*Aunado a lo anterior, en el párrafo final del inciso 1) del artículo 340 de la Ley 6227, se establece la excepción a esa regla, que refiere a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 339 de la norma citada, el que indica que si existiere un interés general de por medio, o fuere conveniente sustanciarlo para su definición y esclarecimiento, no operaría la caducidad del procedimiento aunque hubiesen transcurrido los 6 meses de inactividad, contados a partir del inicio del mismo.*

*En términos muy generales, la Aresep, es una institución autónoma creada por la Ley 7593, cuyo objetivo fundamental es regular los servicios públicos indicados en su artículo 5, armonizando los intereses de los prestadores y usuarios de dichos servicios. Una de las formas en que es ejercida esa regulación, es por medio de la potestad sancionadora que le confieren los artículos 38 y 41 de la Ley 7593, cuando un prestador del servicio incurre en determinadas conductas, entre las que se encuentra el incumplimiento de las normas y principios de calidad en la prestación de los servicios públicos.*

*Del análisis de estas circunstancias, se desprende que el bien jurídico tutelado por la Aresep reviste particular importancia, al tratarse de servicios públicos fundamentales como combustible, el agua, la energía, el transporte público, entre otros. Por su lado, se puede extraer con meridiana claridad que el espíritu del legislador en estos numerales fue desincentivar a los prestadores de los servicios públicos regulados, de incurrir en las conductas descritas en esas normas y así resguardar la efectiva y óptima prestación de esos servicios públicos.*

*Es por ello, que tratándose de los procedimientos administrativos sancionadores que tramita la Aresep, en atención a lo dispuesto en los artículos 340 inciso 1) y 339 párrafo final de la Ley 6227, aún en caso de haber transcurrido más de 6 meses de inactividad entre el conocimiento de los hechos por parte del Órgano Decisor (Regulador General) y hasta la resolución final, - situación que no ocurrió en este caso-, no operaría la caducidad del procedimiento, en aplicación de la excepción a la regla de la caducidad, en virtud del interés público que reviste el objeto del procedimiento.*

*Por ende, el argumento esbozado por la recurrente no es de recibo.*

*Por otra parte, en lo que respecta a la nulidad absoluta, debe indicarse que la resolución recurrida, es un acto administrativo válido por cuanto éste contiene todos los elementos, tanto formales (sujeto, forma y procedimiento) como sustanciales (motivo, fin y contenido), exigidos por la Ley 6227.*

*Al respecto se observa que:*

- ✓ *El acto impugnado (resolución RRG-610-2015), fue dictado por el órgano competente, sea el Regulador General (artículos 129 y 180, sujeto).*
- ✓ *Fue emitido en la forma correspondiente, sea por escrito (artículos 134 y 136, forma).*
- ✓ *De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley (artículo 214 y siguientes de la Ley 6227, procedimiento).*
- ✓ *Contiene un motivo legítimo y existente, el cual se sustentó en la toma de muestras realizada por el Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica (CELEQ), en la estación de servicio Mi Servicentro Naranjo, propiedad de la recurrente (artículo 133, motivo).*
- ✓ *El contenido es posible, lícito, claro y acorde a las circunstancias de hecho y de derecho surgidas del motivo (artículos 131, fin y 132, contenido).*
- ✓ *Por ende, se concluye que la resolución recurrida, es un acto administrativo válido, conforme lo que establece el artículo 128 de la Ley 6227*

## **V. CONCLUSIONES**

*Conforme lo expuesto, este Órgano Asesor arriba a las siguientes conclusiones:*

1. *Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación, interpuesto por Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., contra la resolución RRG-610-2015, resulta inadmisibles por haberse interpuesto en forma extemporánea.*
2. *Desde el punto de vista formal, la gestión de nulidad interpuesta por Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., contra la resolución RRG-610-2015, resulta admisible, por haberse interpuesto en tiempo y forma.*
3. *La resolución administrativa 628-RCR-2011, ostenta un rango normativo adecuado, para indicar los métodos que permitan verificar la calidad del combustible expedido por las estaciones de servicio. Ello por cuanto, la misma tiene como propósito el desarrollar el artículo 38 inciso h) de la Ley 7593, en lo atinente a normas y principios de calidad en el servicio público de suministro de derivados de hidrocarburos.*
4. *La aseveración de la recurrente en torno a la prescripción del procedimiento es errónea, ya que los 2 meses que indica la Ley 6227, hacen referencia al plazo para concluir el procedimiento luego de su iniciación, por ende, no se indica, como parece entenderlo la recurrente, que se trate de un plazo de prescripción. Se trata de un plazo ordenatorio y no perentorio.*
5. *La caducidad no ha operado en el procedimiento administrativo analizado, por cuanto la Administración no paralizó el procedimiento por un plazo igual o superior a los 6 meses, y además de que al existir un interés general de por medio (servicio público), no opera dicha figura, aunque hubiesen transcurrido los 6 meses de inactividad, contados a partir del inicio del mismo. El tiempo transcurrido previo al inicio del procedimiento, no puede ser considerado, por cuanto el artículo 340 de la Ley 6227, expresamente se refiere a la caducidad de un procedimiento "iniciado", lo cual excluye el tiempo transcurrido en la etapa de investigación preliminar o valoración inicial.*

(...)"

- II. Que de conformidad con los resultandos y el considerando que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, rechazar por extemporáneo el recurso de apelación y declarar sin lugar la gestión de nulidad, interpuestos por Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., contra la resolución RRG-610-2015, dar por agotada la vía administrativa, notificar a las partes y trasladar el expediente OT-108-2014 a la Dirección de Finanzas, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria 27-2016, del 12 de mayo de 2016, cuya acta fue ratificada el 19 del mismo mes y año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 391-DGAJR-2016, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

**POR TANTO:**

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

**LA JUNTA DIRECTIVA**

**RESUELVE:**

1. Rechazar por extemporáneo, el recurso de apelación interpuesto por Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A, contra la resolución RRG-610-2015.
2. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad, interpuesta por Mi Servicentro Naranjo del Norte CL S.A., contra la resolución RRG-610-2015.
3. Dar por agotada la vía administrativa.
4. Notificar a las partes, la presente resolución.
5. Trasladar el expediente a la Dirección de Finanzas, para lo que corresponda.

**NOTIFÍQUESE.**

*A las dieciséis horas con cincuenta y cinco minutos se retira del salón de sesiones, la señora Carol Solano Durán.*

**ARTÍCULO 10. Asuntos informativos.**

Seguidamente se dan por recibidos los asuntos indicados en la agenda, como temas de carácter informativo:

- Correcciones al Informe 02-ISR-2016 de la Auditoría Interna. Oficio 162-AI-2016 del 3 de mayo de 2016.
- Informe sobre los riesgos de incendio y seguridad humana en las estaciones de servicio, realizado durante el año 2015. Oficio 0564-IE-2016 del 28 de abril de 2016.
- Solicitud de información en relación con las medidas adoptadas para el cumplimiento de la disposición 4.3, sobre definición de plazos de cumplimiento de recomendaciones de la Auditoría Interna. Oficios DFOE-SD-0655 del 22 de abril de 2016 y 281-RG-2016 del 29 de abril de 2016.

**A las diecisiete horas finaliza la sesión.**

**ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ**  
Presidente de la Junta Directiva

**ALFREDO CORDERO CHINCHILLA**  
Secretario de la Junta Directiva