

SESIÓN ORDINARIA

N.º 42-2017

8 de agosto de 2017

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA N.º 42-2017

Acta de la sesión ordinaria número cuarenta y dos, dos mil diecisiete, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el martes ocho de agosto de dos mil diecisiete, a partir de las nueve horas y treinta minutos. 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): Xinia Herrera Durán, Reguladora General Adjunta; Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna; Robert Thomas Harvey, Asesor Legal de la Junta Directiva; Herley Sánchez Víquez, Asesora del Despacho del Regulador General, y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Aprobación del Orden del Día

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura al Orden del Día de esta sesión. La señora **Sonia Muñoz Tuk** solicita trasladar el apartado de "Asuntos de miembros de Junta Directiva" como punto 3 de la agenda.

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

ACUERDO 01-42-2017

Aprobar el Orden del Día de esta sesión, con el siguiente cambio: Trasladar el apartado de "Asuntos de miembros de la Junta Directiva", como punto 3 de la agenda. El Orden del Día ajustado, a la letra dice:

1. *Aprobación del Orden del Día*
2. *Aprobación del acta de la sesión 40-2017*
3. *Asuntos de los miembros de la Junta Directiva*
4. *Asuntos resolutivos*
 - 4.1 *Oficio DFOE-EC-0491/08729 del 31 de julio de 2017 de la Contraloría General de la República sobre la inclusión del monto de estimación por concepto de indemnizaciones en los cánones 2018.*
 - 4.2 *Recurso de apelación interpuesto por Cable Visión de Occidente S.A., Anymo TV S.A.; Cable Caribe S.A.; Súper Cable Grupo T en T S.A.; Cable Centro S.A.; Cable Plus S.A.; Cable TV Doble R S.A.; Inversiones Brus Malis Limitada; Cable Sur S.A.; y Cable Brus S.A.; contra la resolución RCS-040-2015. Expediente Sutel 10053-STT-INT-OT-00186-2011. Oficio 537-DGAJR-2017 del 7 de junio de 2017.*
 - 4.3 *Recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transportes de Sabanilla y San Isidro de Alajuela R.L. (Coopetransasi, R.L.) contra la resolución RIT-023-2017 de la Intendencia de Transporte. Oficio 700-DGAJR-2017 del 4 de agosto de 2017.*

- 4.4 *Recurso de apelación interpuesto por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (Japdeva), contra la resolución RRG-341-2016. Expediente AU-294-2012. Oficio 449-DGAJR-2017 del 12 de mayo de 2017.*
 - 4.5 *Recurso de apelación y gestión de aclaración y adición interpuestos por la Corporación Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016. Expediente AU-294-2012. Oficio 467-DGAJR-2017 del 12 de mayo de 2017.*
 - 4.6 *Recurso de apelación y desistimiento interpuestos por el señor Rodolfo González Blanco contra la resolución RRG-673-2016. Expediente OT-23-2016. Oficio 604-DGAJR-2017 del 29 de junio de 2017.*
 - 4.7 *Recurso de revisión interpuesto por el señor Jurgen Schlager Pacheco, contra la Resolución RRG-080-2016. Expediente SAU-107659-2015. Oficio 504-DGAJR-2017 del 30 de mayo de 2017*
 - 4.8 *Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Río Frio S.A., contra la resolución RRG-732-2016. Expediente OT-236-2014. Oficio 551-DGAJR-2017 del 9 de junio de 2017.*
 - 4.9 *Recurso de revisión y gestión de nulidad, interpuestos por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2016. Expediente OT-080-2014. Oficio 606-DGAJR-2017 del 29 de junio de 2017.*
 - 4.10 *Recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Autopintura S.A., contra la resolución RRG-013-2017. Expediente SAU-135071-2016. Oficio 505-DGAJR-2017 del 30 de mayo de 2017.*
 - 4.11 *Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Estación de Servicio Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (Coopetaxi R.L.) contra la resolución RRG-780-2016. Expediente OT-53-2014. Oficio 619-DGAJR-2017 del 4 de julio de 2017.*
 - 4.12 *Recurso de apelación interpuesto por Lemaysa S.A., contra la resolución RRG-093-2016. Expediente OT-085-2014. Oficio 614-DGAJR-2017 del 4 de julio de 2017.*
- 5 **Correspondencia.**
- 5.1 *Solicitud presentada por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., en torno al recurso de apelación e incidente de nulidad absoluta contra el oficio 601-IE-2017. Expediente OT-080-2017. Trámite: se remitió para su análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 576-SJD-2017 del 27 de julio de 2017.*
 - 5.2 *Solicitud de medida cautelar de suspensión presentada por Transporte La Pampa Limitada, contra la resolución RIT-034-2017. Expediente ET-014-2017. Trámite: se remitió para su análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 567-SJD-2017 del 24 de julio de 2017.*
 - 5.3 *Denuncia presentada por el señor Daniel Caamaño Polini por irregularidades en la Asada Estero Grande, Puerto Viejo de Sarapiquí. Carta de fecha 20 de julio de 2017. SAU-21244. Lo tramitó Contraloría de Servicios mediante oficio 201-CS-2017 del 3 de agosto de 2017.*

- 5.4 *Informe del mes de julio de 2017 sobre procesos judiciales en ejecución de sentencia. Oficio 680-DGAJR-2017 del 31 de julio de 2017.*
- 5.5 *Aprobación del proyecto del canon de regulación de la Superintendencia de Telecomunicaciones para el 2018. Oficio DFOE-IFR-0308/08368 del 28 de julio de 2017.*
- 5.6 *Aprobación del proyecto de los cánones de regulación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para el 2018. Oficio DFOE-EC-0485/08492 del 24 de julio de 2017.*

6 *Asuntos informativos*

- 6.1 *Solicitud al Consejo de Transporte Público, para que remita las tarifas vigentes para la realización de los estudios de calidad del servicio de autobús. Oficio 891-IT-2017 del 1º de junio de 2017.*
- 6.2 *Respuesta al Diputado Rolando González Ulloa en relación con el oficio DRGU-211-2017 del 17 de julio de 2017. Oficio 602-RG-2017 del 26 de julio de 2017.*

ARTÍCULO 2. Aprobación del acta 40-2017

Los miembros de la Junta Directiva conocen la propuesta de acta de la sesión ordinaria 40-2017, celebrada el 1 de agosto de 2017.

La señora **Adriana Garrido Quesada** señala que el acta no le llegó en el plazo establecido según el Reglamento de Sesiones y no contó con el tiempo suficiente para revisarla. De tal manera, plantea posponer su aprobación para la próxima sesión.

Seguidamente, el señor **Roberto Jiménez Gómez** somete a votación el acta y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 02-42-2017

Posponer, para próxima sesión, la aprobación del acta de la sesión ordinaria 40-2017, celebrada el 1 de agosto de 2017, toda vez que la propuesta del acta no se envió a los señores directores en el plazo establecido según el Reglamento de Sesiones.

ARTÍCULO 3. Asuntos de los miembros de la Junta Directiva

No presentan en esta oportunidad.

ARTÍCULO 4. Oficio de la Contraloría General de la República sobre la inclusión del monto de estimación por concepto de indemnizaciones en los cánones 2018.

La Junta Directiva conoce el oficio DFOE-EC-0491/08729 del 31 de julio de 2017 de la Contraloría General de la República el cual se refiere a la inclusión del monto de estimación por concepto de indemnizaciones en los cánones 2018.

Luego de suscitarse un intercambio de impresiones sobre el particular, los miembros de la Junta Directiva proponen trasladar a la Administración el asunto, para que informe sobre los juicios perdidos y con sentencia firme, en el que se incluya las causas de cómo se generó tal situación.

Analizado el asunto, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

ACUERDO 03-42-2017

1. Instruir a la Administración para que, en un plazo máximo de 10 días, presente a esta Junta Directiva una propuesta de consulta que cabría realizar a la Contraloría General de la República, respecto al tema de procesos judiciales, ello a la luz del oficio DFOE-EC-0491/08729 del 31 de julio de 2017, mediante el cual esa Contraloría se refiere a la inclusión del monto de estimación por concepto de indemnizaciones en los cánones 2018.
2. Solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria que eleve a conocimiento de esta Junta Directiva, una valoración preliminar sobre los casos en que ha sido demandada la Aresep, así como de los juicios perdidos con sentencia firme, en el entendido de que se incluya las causas de cómo se generó y llegó a tal situación de casos.

ACUERDO FIRME.

A las once horas con veinticinco minutos se retira del salón de sesiones el señor Roberto Jiménez Gómez y, en consecuencia, la señora Xinia Herrera Durán, en su calidad de Reguladora General Adjunta, preside la sesión en adelante. Asimismo, ingresan la señora Carol Solano Durán, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; Eric Chaves Gómez, funcionario de esa Dirección General; así como la señora Marta Monge Marín, Directora General de Atención al Usuario; y el señor José Andrés Meza Villalobos, funcionario de esa Dirección General, a participar en los siguientes recursos.

ARTÍCULO 5. Recurso de apelación interpuesto por Cable Visión de Occidente S.A., Anymo TV S.A.; Cable Caribe S.A.; Súper Cable Grupo T en T S.A.; Cable Centro S.A.; Cable Plus S.A.; Cable TV Doble R S.A.; Inversiones Brus Malis Limitada; Cable Sur S.A.; y Cable Brus S.A.; contra la resolución RCS-040-2015. Expediente Sutel 10053-STT-INT-OT-00186-2011.

La Junta Directiva conoce el oficio 537-DGAJR-2017 del 7 de junio de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por Cable Visión de Occidente S.A., Anymo TV S.A.; Cable Caribe S.A.; Súper Cable Grupo T en T S.A.; Cable Centro S.A.; Cable Plus S.A.; Cable TV Doble R S.A.; Inversiones Brus Malis

Limitada; Cable Sur S.A.; y Cable Brus S.A.; contra la resolución RCS-040-2015. Expediente Sutel 10053-STT-INT-OT-00186-2011.

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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 537-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que mediante escritos sin fecha, Cablevisión de Occidente S.A., Anymo TV S.A., Cable Caribe S.A., Super Cable T en T S.A., Cable Centro S.A., Cable Plus S.A., Cable Televisión Doble R S.A., Inversiones Brus Malis Limitada, Cable Sur S.A. y Cable Brus S.A. (las recurrentes), solicitaron la intervención de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), para que determine la forma, términos y condiciones para el acceso de sus empresas a la infraestructura del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). Además, solicitaron el dictado de una medida cautelar (folios 2 al 138, 172 al 204, 232 al 238, 243 al 322, 349 al 358, 413 al 424, 626 al 635, 639 al 707, 710 al 722, 797 al 806, 810 al 862, 887 al 894, 898 al 977, 996 al 1005, 1009 al 1042 y 1067 al 1070).
- II. Que el 30 de setiembre de 2011, Cablevisión de Occidente S.A., Cable Centro S.A., Cable Sur S.A., Cable Brus S.A., Cable Plus S.R.L, Cable Caribe S.A., Anymo TV S.A., Cable Televisión Doble R S.A., Súper Cable Grupo T en T S.A. e Inversiones Brus Malis Limitada solicitaron a la Sutel, la apertura de un procedimiento administrativo sumario, con el fin de obtener acceso a la infraestructura de telecomunicaciones por parte del ICE (folios 205 al 207, 239 al 243, 359 al 361, 425 al 427, 636 al 638, 807 al 809, 895 al 897 y 1006 al 1008).
- III. Que el 10 de mayo de 2012, se realizó la audiencia previa convocada por la Sutel, a efecto de escuchar las posiciones de las partes involucradas y establecer el curso dado a las negociaciones. Las partes manifestaron que estaban de acuerdo en su mayor parte con el *"Contrato para Alquiler de Espacio en Postes de Distribución para Instalación de Línea de Televisión por Cable"*, salvo en el precio y en dos cláusulas del contrato tituladas: *"Anexo C: Procedimiento para acceso y Uso Compartido de Espacio en Postes"* y *"Anexo F: Condiciones Económico - Comerciales: Punto Compartición de Costos e inversiones en Postes"* (folios 149, 218, 333, 399, 612, 783, 988 y 1053).
- IV. Que el 24 de mayo de 2012, las recurrentes, presentaron una propuesta de *"Revisión de Metodología de Precios para el acceso a Postes del ICE"* (folios 150 al 157, 219 al 226, 334 al 341, 400 al 407, 613 al 620, 784 al 791, 874 al 881 y 1054 al 1061).
- V. Que el 20 de setiembre de 2012, las recurrentes, presentaron el contrato de servicios uso compartido de espacio en postes entre el ICE y otros (folios 1179 al 1230).
- VI. Que el 20 de setiembre de 2012, el ICE, remitió la versión de contrato final y solicitó resolver la diferencia puntual existente sobre precios que permita la firma del contrato e instruir el pago pendiente por el diferencial de precios correspondiente al 2011 y el I Semestre de 2012 (folios 1231 al 1372).

- VII.** Que el 21 de setiembre de 2012, las recurrentes remitieron el contrato de servicios de uso compartido de espacio en postes entre el ICE y otros (folios 1076 al 1128).
- VIII.** Que el 13 de enero de 2014, mediante el oficio 0198-SUTEL-DGM-2014, la Dirección General de Mercados (DGM) de la Sutel, solicitó al ICE que aportara la información de costos de postería, para fijar la tarifa para los años 2011-2013 (folios 1151 al 1154).
- IX.** Que el 28 de enero de 2014, el ICE, remitió la información solicitada por la DGM de la Sutel (folios 1155 al 1156).
- X.** Que el 1 de abril de 2014, mediante el oficio N° 01944-SUTEL-DGM-2014, la DGM de la Sutel, solicitó a las recurrentes, la información sobre la cantidad de postes propiedad del ICE que utiliza cada una de ellas y el monto mensual cancelado por poste, desde el año 2011 (folios 1392 al 1394).
- XI.** Que el 1 de agosto de 2014, las recurrentes, remitieron un análisis respecto del estudio 01388-SUTEL-DGM-2014 e hicieron una propuesta metodológica para el cálculo del precio (folios 1418 al 1501).
- XII.** Que el 30 de enero de 2015, mediante el oficio N° 00722-SUTEL-DGM-2015, la DGM de la Sutel, rectificó unos errores materiales contenidos en el oficio 01388-SUTEL-DGM-2014 (folios 1502 al 1504).
- XIII.** Que el 11 de marzo de 2015, mediante la resolución RCS-040-2015, el Consejo de la Sutel, dictó la orden de acceso para el uso compartido de la postería propiedad del ICE y fijó su precio de uso (folios 1530 al 1553).
- XIV.** Que el 26 de marzo de 2015, Cablevisión de Occidente S.A., Anymo TV S.A., Cable Caribe S.A., Super Cable T en T S.A., Cable Centro S.A., Cable Plus S.A., Cable Televisión Doble R S.A., Inversiones Brus Malis Limitada, Cable Sur S.A. y Cable Brus S.A., interpusieron recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra la resolución RCS-040-2015 (folios 1554 al 1560).
- XV.** Que el 28 de mayo de 2015, Cablevisión de Occidente S.A., Anymo TV S.A., Cable Caribe S.A., Super Cable T en T S.A., Cable Centro S.A., Cable Plus S.A., Cable Televisión Doble R S.A., Inversiones Brus Malis Limitada, Cable Sur S.A. y Cable Brus S.A., presentaron solicitud de medida cautelar para que se suspendiera la orden girada al ICE y a ellas, de suscribir el respectivo contrato para formalizar la relación preexistente sobre el arrendamiento de espacios en los postes del ICE (folios 1561 al 1568).
- XVI.** Que el 29 de junio de 2016, mediante la resolución RCS-120-2016, el Consejo de la Sutel, rechazó la solicitud de medida cautelar, interpuesta por las recurrentes, contra la resolución RCS-040-2015 (folios 1581 al 1591).
- XVII.** Que el 19 de abril de 2017, mediante la resolución RCS-113-2017, el Consejo de la Sutel, resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

“(...)

2. Declarar parcialmente con lugar, el recurso de reposición interpuesto por **Cable Visión de Occidente S.A., Anymo TV S.A., Cable Caribe S.A., Super Cable Grupo T en T S.A., Cable Centro S.A., Cable Plus S.A., Cable TV Doble R S.A., Inversiones Brus Malis Ltda., Cable Sur S.A., y Cable Brus S.A.**, contra la resolución número RCS-040-2015 (...)

3. Revocar parcialmente la resolución número **RCS-040-2015** (...) específicamente el Cuadro N° 7 RESUMEN DE LA ESTRUCTURA DE LOS ELEMENTOS DE COSTOS DEL POSTE DE CEMENTO SEGÚN AÑO PARA EL ICE, el Cuadro N° 10 RESUMEN DE LA ESTRUCTURA DE LOS ELEMENTOS DE COSTOS DEL POSTE DE CEMENTO SEGÚN AÑO, el Cuadro N° 11 ICE: Tarifas de Acceso a infraestructura de postes, años 2011-2013 y el Cuadro sin número titulado ICE: Tarifas de Acceso a Infraestructura de postes, años 2011 y 2015, visible a folio 1547, y en su lugar se indique: (...).

4. Revocar el **Resuelve 1.c** de la resolución número **RCS-040-2015** (...) y en su lugar se indique: (...).

5. Mantener incólumes los demás extremos de la resolución RCS-040-2015 (...)

(...)” (folios 1625 al 1650)

- XVIII.** Que el 8 de mayo de 2017, mediante el oficio 03707-SUTEL-CS-2017, el Consejo de la Sutel, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP (no consta en autos, pero fue remitido a esta Dirección General, por la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 381-SJD-2017).
- XIX.** Que el 9 de mayo de 2017, mediante el memorando 381-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de apelación, interpuesto por las recurrentes, contra la resolución RCS-040-2015 (folio 1651).
- XX.** Que el 7 de junio de 2017, mediante el oficio 537-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación, interpuesto por las recurrentes, contra la resolución RCS-040-2015 (correrá agregado a los autos).
- XXI.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 537-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]

II. SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA PARA CONOCER EL RECURSO DE APELACIÓN.

El artículo 50 de la Ley 8642, dispone que las tarifas de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público deben ser establecidas por la SUTEL, dichos servicios según el artículo 6 inciso 24) ibídem, son entendidos como los que se ofrecen al público en general, a cambio de una contraprestación económica, es decir, aquellos que se destinan a un usuario final. Dispone dicho artículo, lo siguiente:

“Artículo 50.- Precios y tarifas

Las tarifas de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público serán establecidas inicialmente por la Sutel, conforme a la metodología de topes de precio o cualquier otra que incentive la competencia y la eficiencia en el uso de los recursos, de acuerdo con las bases, los procedimientos y la periodicidad que se defina reglamentariamente.

Cuando la Sutel determine, mediante resolución motivada, que existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, los precios serán determinados por los proveedores de los servicios de telecomunicaciones.

*En caso de que la Sutel determine, mediante resolución motivada, que las condiciones de competencia efectiva en el mercado dejan de darse, **deberá intervenir procediendo a fijar la tarifa**, de acuerdo con lo estipulado en el primer párrafo de este artículo.” (El resaltado no está en el original)*

Para el caso concreto, las condiciones y los cargos por el acceso de interconexión deben ser fijados por los operadores de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad y aplicando la metodología fijada por la SUTEL, mediante las resoluciones RCS-059-2014 del 28 de marzo de 2014 (publicada en La Gaceta N° 69 del 8 de abril de 2014) y RCS-110-2014 del 23 de mayo de 2014, ambas vigentes al momento del dictado de la resolución recurrida RCS-040-2015, por lo que este servicio tiene por objetivo lograr la interoperabilidad de las redes entre los operadores y no constituye un servicio de telecomunicaciones disponible al público como tal. Es por ello que sólo cuando los operadores no logran llegar a un acuerdo sobre dichas condiciones, es que interviene la SUTEL para fijar los cargos por interconexión, lo anterior de conformidad con los artículos 59, 60 y 61 de la Ley 8642, que establecen lo siguiente:

“Artículo 59.- Acceso e interconexión

El objetivo de este capítulo es garantizar el acceso y la interconexión de redes públicas de telecomunicaciones, a fin de procurar la eficiencia, la competencia efectiva, la optimización del uso de los recursos escasos y un mayor beneficio para los usuarios. La Sutel deberá asegurar que el acceso e interconexión sean provistos en forma oportuna y en términos y condiciones no discriminatorias, razonables, transparentes, proporcionadas al uso pretendido y no implicarán más que lo necesario para la buena operación del servicio previsto.

Las obligaciones de acceso e interconexión y las demás condiciones que la Sutel imponga serán razonables, transparentes, no discriminatorias, proporcionadas

al uso pretendido y no implicarán más que lo necesario para la buena operación del servicio previsto.

Artículo 60.- Acuerdos de acceso e interconexión

Los operadores de redes públicas de telecomunicaciones convendrán entre sí las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso y la interconexión, de conformidad con esta Ley, los reglamentos y los planes técnicos correspondientes y las demás disposiciones que se emitan al efecto.

Los operadores deberán notificar a la Sutel cuando inicien negociaciones para el acceso e interconexión. De igual manera, deberán notificarle los acuerdos que alcancen entre sí y someterlos a su conocimiento. En este último caso, la Sutel tendrá la facultad para adicionar, eliminar o modificar las cláusulas que resulten necesarias para ajustar el acuerdo a lo previsto en esta Ley, de conformidad con el plazo y las demás condiciones que se definan reglamentariamente.

En caso de que exista negativa de un operador de la red pública de telecomunicaciones para llevar a cabo negociaciones de interconexión o acceso, o el acuerdo no se concrete dentro de los tres meses siguientes a la notificación, la Sutel, de oficio o a petición de parte, intervendrá con el fin de determinar la forma, los términos y las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso o la interconexión, lo anterior sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley. La Sutel hará dicha determinación en un plazo máximo de dos meses, contado a partir de que acuerde la intervención.

La Sutel podrá definir, provisionalmente, las condiciones de acceso e interconexión hasta que emita su resolución definitiva, en la cual deberá valorar si existen alternativas técnicas y económicas más factibles y eficientes a la interconexión o acceso que se solicita.

A la Sutel le corresponde interpretar y velar por el cumplimiento de los acuerdos de acceso e interconexión.

Artículo 61.- Precios de interconexión

Los precios de interconexión deberán estar orientados a costos, conforme al inciso 13) del artículo 6 de esta Ley y serán negociados libremente por los operadores entre sí, con base en la metodología que establezca la Sutel. Esta metodología deberá garantizar transparencia, objetividad, no discriminación, factibilidad financiera y desagregación de costos.

La negociación de los precios de interconexión estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 60 de esta Ley.”

En este sentido, la Procuraduría General de la República, en la opinión jurídica OJ-016-2010 del 13 de abril de 2010, dispuso que:

“(…)

D. EN CUANTO A LOS CARGOS DE ACCESO E INTERCONEXION

(...)

El principio en materia de precios de interconexión es la libertad de negociación. De ese hecho y conforme con el artículo 61 de la Ley General de Telecomunicaciones, los cargos correspondientes son determinados por las partes en el contrato de interconexión. Ergo, los precios no son producto, en principio, de una fijación administrativa ni están sometidos a aprobación. De acuerdo con la Ley, las partes deben llegar a un acuerdo en sus negociaciones, de manera tal que no es necesario que una autoridad reguladora fije los precios. Esa afirmación debe ser matizada.

En primer término, el principio de libre negociación no significa que las partes determinan “libremente” cómo se fijarán los precios. Por el contrario, conforme el citado numeral, deben tomar en cuenta una metodología cuya elaboración corresponde a SUTEL. La Superintendencia deviene, así, obligada por norma legal a establecer una metodología que garantice transparencia, objetividad, no discriminación, factibilidad financiera y desagregación de costos.

Los principios de transparencia, objetividad y no discriminación permiten asegurar que la metodología sea general y que responda a parámetros objetivos. Consecuentemente, no se establece una metodología para un contrato determinado sino para todos y cada uno de los contratos que puedan ser realizados.

Puesto que es la Ley General de Telecomunicaciones la que ordena a SUTEL establecer una metodología, se sigue que el Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones no innova el ordenamiento al disponer que SUTEL deberá elaborar una metodología de determinación de cargos. Sin embargo, el Reglamento deja de ser una norma eco de la Ley, innovando el ordenamiento, cuando dispone que la metodología debe ser establecida “en el plazo de un mes a partir de la integración del Consejo de la Sutel”. En igual forma, al disponer que los precios de acceso e interconexión deben ser sometidos a SUTEL para su aprobación. Por demás, resulta evidente que ese plazo ha transcurrido sobradamente, por lo que los operadores y proveedores deberían poder remitirse a esa metodología para negociar y suscribir los acuerdos.

En segundo término, es posible una fijación administrativa de los precios. Lo que responde a la consulta sobre qué ocurre si las partes no se ponen de acuerdo sobre los cargos por el acceso e interconexión. Como se indicó, el principio es la negociación libre de los cargos. A partir de lo cual cabría pensar que si las partes no se ponen de acuerdo sobre el cargo y dado que existe libre negociación, el contrato no llegaría a perfeccionarse, falto precisamente de acuerdo sobre ese elemento “precio”. La falta de ese acuerdo impediría la concreción del contrato y, por ende, la posibilidad de una interconexión que, en

términos de la Ley, es un mecanismo para lograr la eficiencia en el mercado de telecomunicaciones y el buen funcionamiento de los servicios. Sin embargo, a nivel reglamentario se ha establecido que en caso de desacuerdo entre las partes, el precio será fijado por SUTEL. Para lo cual cada operador o proveedor deberá remitirle su propuesta de fijación de cargos de acceso e interconexión debidamente sustentada técnica y económicamente. (...)

(...)

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es criterio no vinculante de la Procuraduría General de la República, que:

1. El acceso e interconexión en redes públicas de telecomunicaciones están sujetos a la libertad de negociación de las partes. La imposición administrativa del acceso y de la interconexión supone que las negociaciones no han podido concretarse o que una de las partes se opone u obstaculiza la interconexión. Por consiguiente, la intervención administrativa es subsidiaria.

2. El establecimiento de un plazo perentorio para que las partes realicen las negociaciones no favorece la libertad de negociación y no es conforme con la subsidiaridad de la intervención administrativa. Por lo cual debe entenderse que el plazo dado a las partes para negociar es ordenatorio y no perentorio.

3. La notificación a SUTEL del inicio de las negociaciones a SUTEL le permite darles seguimiento para en su momento ejercer la facultad de control que le es propia. Es decir, la adición, eliminación o modificación de cláusulas para que el acuerdo sea conforme con la Ley General de Telecomunicaciones. Subsidiariamente, para que imponga las condiciones de interconexión.

4. El artículo 60 establece un deber legal para SUTEL, del cual no se exime porque el plazo sea ordenatorio. En la medida en que la interconexión sea necesaria, SUTEL está obligada a determinar sus condiciones aunque haya transcurrido el plazo de dos meses previsto en la Ley. La omisión de ese deber legal podría generar la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que genere.

5. Los precios de interconexión son fijados, en principio, por las partes. Dicha fijación debe corresponder a una metodología elaborada por la SUTEL.

6. Puesto que el artículo 61 de la Ley General de Telecomunicaciones se remite al numeral 60 de la misma Ley, se sigue que de fracasar las negociaciones en cuanto al precio de la interconexión, los precios serán fijados administrativamente por la Superintendencia. Esa fijación administrativa requiere, sin embargo, el establecimiento de la metodología prevista en el artículo 60 de cita.

7. Consecuentemente, SUTEL no está autorizada por el legislador para resolver casuísticamente los precios que rigen en materia de acceso e interconexión. Debe racionalizar su actuación estableciendo la metodología general prevista por el legislador.

(...)

Aunado a lo anterior, sobre la competencia de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-021-2013 del 20 de febrero de 2013, indicó:

“(...)

El legislador ha creado la Superintendencia de Telecomunicaciones como un órgano desconcentrado en grado máximo de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP). La Superintendencia de Telecomunicaciones, tal y como se encuentra concebida actualmente en los artículos 59 de la Ley N° 7593 del 9 de agosto de 1996 y 6 inciso 27 de la ley N°8642 del 4 de junio del 2008, es el órgano de desconcentración máxima de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. Disponen ambos numerales:

“Artículo 59.-

Superintendencia de Telecomunicaciones

Corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones; para ello, se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

La Sutel es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; tendrá personalidad jurídica instrumental propia, para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones.

La Sutel será independiente de todo operador de redes y proveedor de servicios de telecomunicaciones y estará sujeta al Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y a las políticas sectoriales correspondientes”.

“ARTÍCULO 6.-

Definiciones. Para los efectos de esta Ley se define lo siguiente:

(...)

27) *Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel): órgano de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.*”

Dada esa desconcentración máxima, resulta aplicable el principio de que la desconcentración debe ser interpretada en forma extensiva en su favor, según lo dispone el artículo 83.5 de la Ley General de la Administración Pública:

“Las normas que crean la desconcentración mínima serán de aplicación restrictiva en contra de la competencia del órgano desconcentrado y las que crean la desconcentración máxima serán de aplicación extendida en su favor”.

Por consiguiente, en el ámbito de la regulación de las telecomunicaciones, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos solo interviene cuando expresamente la Ley lo establece: su competencia es de excepción como se señaló en el dictamen C-126-2010 del 17 de junio del 2010:

“Es claro que el ámbito de la desconcentración que disfruta la SUTEL cubre sus competencias en materia de telecomunicaciones. En ese ámbito, la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos tiene una competencia de excepción, de modo que solo participa en la regulación de las telecomunicaciones en los casos que excepcionalmente su Ley Orgánica y la Ley General de Telecomunicaciones señala. Están comprendidos dentro de estos supuestos lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley General de Telecomunicaciones en materia reglamentaria, norma a la cual nos referimos en el dictamen N° C-015-2010 de 19 de enero de 2010. Cabe agregar como competencia de la Junta Directiva, la resolución de los recursos contra la fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones realizada por la SUTEL, artículo 53, inciso o de la Ley 7593, la emisión de criterio respecto de la propuesta de normas técnicas que hace SUTEL al Poder Ejecutivo, artículo 73, inciso r de la citada Ley 7593.

Más allá de las competencias específicas reconocidas por la Ley a la Autoridad Reguladora, los órganos de este ente distintos de la SUTEL se ven imposibilitados de tomar decisiones respecto de la regulación de las telecomunicaciones. Por lo que fuera de esas excepciones, es la Superintendencia el órgano de la ARESEP competente en materia de regulación de las telecomunicaciones, competencia que comprende la aplicación del ordenamiento correspondiente y el ejercicio de la supervisión y vigilancia en el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas que lo integran y en su caso, la potestad sancionatoria sobre los agentes del mercado de telecomunicaciones, así como la imposición de obligaciones a los operadores de redes y proveedores de servicios y la protección de los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones. Competencias que SUTEL debe ejercer dentro del marco jurídico y de los planes y políticas que regulan y orientan el sector.”

(...)

Se argumenta la competencia de la ARESEP para conocer de los recursos que esos interesados puedan interponer contra la propuesta de la SUTEL. Competencia que se hace derivar del artículo 53 de la Ley 7593.

Dicho numeral reconoce un poder de revisión jerárquica a la ARESEP en determinadas decisiones de la SUTEL, decisiones que tienen una incidencia económica fuerte, como es el caso de las tarifas, de los cánones que le corresponde aprobar. Dispone en lo que interesa el citado numeral:

“Artículo 53.-

Deberes y atribuciones

Son deberes y atribuciones de la Junta Directiva:

(...)

o) Resolver los recursos que se presenten contra las resoluciones que dicte la Sutel en materia de fijación de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones”.

La competencia de la Junta Directiva tiene como objeto que la Autoridad Reguladora pueda conocer, a solicitud de los interesados, de lo resuelto por la SUTEL, de manera tal que exista un contralor sobre la resolución que la Superintendencia emita. Ergo, el recurso jerárquico permite a los interesados cuestionar lo resuelto, de manera que este eventualmente no cobre eficacia y por el contrario, pueda ser modificado o anulado. Nótese que el artículo se refiere a “resoluciones” de la SUTEL, lo que implica que no todo acto de este órgano puede ser recurrido ante el Ente Regulador. El término resolución hace referencia a un acto que expresa una decisión de la Administración, es una declaración de voluntad que decide una cuestión de fondo, resuelve sobre la admisibilidad de una petición o en su caso, pone fin a un procedimiento administrativo (lo resaltado es nuestro).

(...)

CONCLUSIÓN

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

(...)

13. El recurso jerárquico dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Público en contra de las resoluciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones permite a los interesados cuestionar las resoluciones que haya emitido SUTEL, a efecto de que no cobren eficacia y por el contrario, puedan ser modificadas o anuladas. (sic). El término resolución hace referencia a un acto que expresa una decisión, sea porque decide sobre

*una cuestión de fondo, de admisibilidad o ponga fin al procedimiento administrativo.
(...).”*

De los dictámenes de la PGR citados, se logra extraer que las competencias de la Junta Directiva de ARESEP, relacionadas con los servicios de telecomunicaciones, tienen carácter excepcional y aplican sólo para resolver los recursos de apelación presentados contra las resoluciones que dicta la SUTEL en materia de fijación de tarifas de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, tasas, cánones y contribuciones, al tenor de lo dispuesto por los artículos 50 de la Ley 8642, en relación con el artículo 53 inciso o) de la Ley 7593.

En este caso en particular, la SUTEL intervino también de manera excepcional ante la imposibilidad de los operadores (las recurrentes y el ICE) de llegar a un acuerdo en cuanto al precio de interconexión por uso compartido de infraestructura de postera, siguiendo para ello la metodología establecida por la SUTEL para esos efectos –resoluciones RCS-059-2014 del 28 de marzo de 2014 (publicada en La Gaceta N° 69 del 8 de abril de 2014) y RCS-110-2014 del 23 de mayo de 2014, ambas vigentes al momento del dictado de la resolución recurrida RCS-040-2015, al tenor de lo dispuesto en los artículos 59 al 61 de la Ley 8642-. Lo que no se configura en la fijación de una tarifa de un servicio de telecomunicaciones disponible al público, en los términos del artículo 50 de la misma Ley, siendo este el supuesto en el cual se le otorga a la Junta Directiva de la Aresep, la competencia para entrar a revisar el acto de la SUTEL, en materia tarifaria, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 inciso o) de la Ley 7593.

Así las cosas, se concluye que la Junta Directiva de la ARESEP, no es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por las recurrentes, contra la resolución RCS-040-2015 del Consejo de la Sutel.

III. CONCLUSIONES

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, se concluye que:

- 1. Las condiciones y los cargos por el acceso de interconexión deben ser fijados por los operadores, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad y aplicando la metodología fijada por la SUTEL, mediante las resoluciones RCS-059-2014 del 28 de marzo de 2014 (publicada en La Gaceta N° 69 del 8 de abril de 2014) y RCS-110-2014 del 23 de mayo de 2014, ambas vigentes al momento del dictado de la resolución recurrida RCS-040-2015), según el artículo 61 de la Ley 8642.*
- 2. En el caso concreto, la SUTEL intervino de manera excepcional, determinando un precio de interconexión por uso compartido de infraestructura de postera, ante la ausencia de un acuerdo entre los operadores (el ICE y las recurrentes), por lo que no se configura en la fijación de una tarifa de un servicio de telecomunicaciones disponible al público, en los términos del artículo 50 de la Ley 8642.*

3. *La competencia de la Junta Directiva de Aresep, se limita a la resolución de los recursos de apelación que se presenten contra las resoluciones que dicta la SUTEL únicamente en materia de fijación de tarifas de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, tasas, cánones y contribuciones, al tenor de lo dispuesto en los artículos 50 de la Ley 8642, en relación con el 53 inciso o) de la Ley 7593.*
4. *La Junta Directiva de Aresep, no es competente para conocer el recurso de apelación presentado por las recurrentes, contra la resolución RCS-040-2015, dado que dicha resolución versa entre otras cosas, sobre la fijación de un precio o cargo por el acceso al recurso de postería.*

[...]"

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar por inadmisibile el recurso de apelación, interpuesto por Cable Visión de Occidente S.A.; Anymo TV S.A.; Cable Caribe S.A.; Súper Cable Grupo T en T S.A.; Cable Centro S.A.; Cable Plus S.A.; Cable TV Doble R S.A.; Inversiones Brus Malis Limitada; Cable Sur S.A.; y Cable Brus S.A., contra la resolución RCS-040-2015 dictada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, por falta de competencia de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. **2.-** Agotar la vía administrativa. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Superintendencia de Telecomunicaciones, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria 42-2017, del 8 de agosto de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 537-DGAJR-2017, de cita, resolvió con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 04-42-2017

- I. Rechazar por inadmisibile el recurso de apelación, interpuesto por Cable Visión de Occidente S.A.; Anymo TV S.A.; Cable Caribe S.A.; Súper Cable Grupo T en T S.A.; Cable Centro S.A.; Cable Plus S.A.; Cable TV Doble R S.A.; Inversiones Brus Malis Limitada; Cable Sur S.A.; y Cable Brus S.A., contra la resolución RCS-040-2015 dictada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, por falta de competencia de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Superintendencia de Telecomunicaciones, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 6. Recurso de apelación interpuesto por Coopetransasi, R.L., contra la resolución RIT-023-2017 de la Intendencia de Transporte.

La Junta Directiva conoce el oficio 700-DGAJR-2017 del 4 de agosto de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transportes de Sabanilla y San Isidro de Alajuela R.L. (Coopetransasi, R.L.) contra la resolución RIT-023-2017 de la Intendencia de Transporte.

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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 700-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 5 de noviembre de 2012, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), mediante la resolución RJD-120-2012, publicada en el Alcance Digital N° 174, a La Gaceta N° 214, del 6 de noviembre de 2012, aprobó el "*Modelo de Ajuste Extraordinario para el Servicio de Transporte Público Remunerado de Personas Modalidad Autobús*" (folios 488 al 557, del expediente OT-109-2012).
- II. Que el 14 de noviembre de 2012, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-141-2012, publicada en La Gaceta N° 227 del 23 de noviembre de 2012, corrigió varios errores materiales contenidos en la resolución RJD-120-2012 (folios 771 al 783, expediente OT-109-2012).
- III. Que el 3 de enero de 2017, el Intendente de Transporte, mediante el memorando 2103-IT-2017/0046, ordenó el inicio del procedimiento para la aplicación del modelo de fijación extraordinario de tarifas de autobús, correspondiente al primer semestre de 2017 (folio 5).
- IV. Que el 9 de febrero de 2017, en La Gaceta N° 29, se publicó la convocatoria a audiencia pública sobre la propuesta de ajuste extraordinario de oficio en las tarifas del servicio de Transporte Remunerado de Personas, modalidad Autobús, a nivel nacional, correspondiente al primer semestre de 2017 (folios 926 al 927).
- V. Que el 13 de febrero de 2017, se publicó la convocatoria a audiencia pública, sobre la propuesta de ajuste extraordinario de oficio en las tarifas del servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús, a nivel nacional, correspondiente al primer semestre de 2017, en los diarios de circulación nacional, La Teja y Diario Extra (folios 941 y 942).

- VI.** Que el 13 de marzo de 2017, se llevó a cabo la audiencia pública, según consta en el Acta N° 16-2017, según los oficios 0849-DGAU-2017 del 15 de marzo de 2017 y 0907-DGAU-2017 del 20 de mayo de 2017 (folios 1567 y 1572 al 1578).
- VII.** Que el 20 de marzo de 2017, la Dirección General de Atención al Usuario, mediante el oficio 0910-DGAU-2017, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias (folios 2028 al 2031).
- VIII.** Que el 10 de abril de 2017, la IT, mediante la resolución RIT-023-2017, realizó el ajuste extraordinario de oficio y fijó las tarifas para las rutas de transporte público del servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús a nivel nacional, para el primer semestre de 2017. Esta resolución fue publicada en el Alcance Digital N° 84, a La Gaceta N° 74 del 20 de abril de 2017 (folios 2910 al 3030 y 3227 al 3332).
- IX.** Que el 26 de abril de 2017, la Cooperativa de Transportes de Sabanilla y San Isidro de Alajuela R.L. (Coopetransasi R.L.) inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RIT-023-2017 (folios 4152 al 4205).
- X.** Que el 5 de mayo de 2017, la IT, mediante la resolución RIT-028-2017, adicionó la resolución RIT-023-2017 referida al ajuste extraordinario de oficio para las rutas de transporte público del servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús a nivel nacional, para el primer semestre de 2017. Su publicación se realizó en el Alcance Digital N° 100, a La Gaceta N° 87, del 10 de mayo de 2017 (folios 5328 al 5411).
- XI.** Que el 30 de junio de 2017, la IT, mediante la resolución RIT-042-2017, adicionó por segunda vez, la resolución RIT-023-2017, referida al ajuste extraordinario de oficio para las rutas de transporte público del servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús a nivel nacional, para el primer semestre de 2017. Su publicación se realizó en el Alcance Digital N° 164, a La Gaceta N° 127, del 5 de julio de 2017 (folios 5874 al 5972).
- XII.** Que el 17 de julio de 2017, el Tribunal Contencioso Administrativo, notificó a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el auto de las 11:09 horas del 3 de julio de 2017, referido al proceso de Amparo de Legalidad interpuesto por Coopetransasi R.L., tramitado en el expediente judicial N° 17-006348-1027-CA.
- XIII.** Que el 27 de julio de 2017, la IT, mediante la resolución RIT-045-2017, entre otras cosas, resolvió rechazar por la forma, el recurso de revocatoria interpuesto por Coopetransasi, R.L. contra la resolución RIT-023-2017 (folios 6017 al 6036).
- XIV.** Que el 27 de julio de 2017, la IT, mediante el oficio 1190-IT-2017, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP (folios 6013 al 6016).
- XV.** Que el 28 de julio de 2017, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 580-SJD-2017, remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación interpuesto por Coopetransasi, R.L. contra la resolución RIT-023-2017 (folio 6037).
- XVI.** Que el 4 de agosto de 2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 700-DGAJR-2017, emitió el criterio jurídico sobre el recurso de apelación, interpuesto por Coopetransasi, R.L. contra la resolución RIT-023-2017. (Correrá agregado a los autos).

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

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 700-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución RIT-023-2017, es el ordinario de apelación, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

2. Temporalidad

Conforme a los artículos 140, 141, 240 inciso 1), 255, 256.4 y 346 inciso 1) de la LGAP, la parte recurrente debe interponer los recursos ordinarios dentro del término de tres días hábiles, contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión.

La resolución recurrida – RIT-023-2017-, fue publicada en el Alcance Digital N° 84, a La Gaceta N° 74 del 20 de abril de 2017, (folio 3227), y por su parte, la recurrente interpuso el recurso de revocatoria con apelación en subsidio, el 26 de abril de 2017 (folio 4152). A partir de lo anterior, el plazo de 3 días hábiles para interponer los recursos ordinarios, finalizó el 25 de abril de 2017.

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

3. Legitimación

Respecto de la legitimación, cabe indicar que Coopetransasi, R.L., está legitimada para impugnar -en la forma en la que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 de la Ley 7593 y 275 de la LGAP.

4. Representación

De conformidad con los artículos 282 incisos 1 y 2, 283, y 229 de la LGAP y como complemento de lo establecido en los artículos 102 y 103 del Código Procesal Civil en aplicación supletoria, no consta dentro del expediente administrativo ET-005-2017 ni en el propio escrito recursivo sub exámine, documento autenticado, certificación notarial o registral alguna, en donde se infiera, que el señor Luis Domingo Aguilar Chacón, sea el gerente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de Coopetransasi R.L., y que su nombramiento se encuentre vigente, por lo que, a falta de la presentación de prueba idónea

de la cual se pueda verificar o inferir dicha condición, resulta abiertamente improcedente que pueda actuar en representación de dicha Cooperativa.

Dicho esto, se concluye que el recurso de apelación resulta inadmisibles por haberse interpuesto de forma extemporánea y por falta de representación.

Como consecuencia de ello, se omite pronunciamiento en cuanto al fondo del asunto.

III. CONCLUSIONES

Conforme el análisis realizado, se concluye que desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transportes de Sabanilla y San Isidro de Alajuela R.L. contra la resolución RIT-023-2017, resulta inadmisibles, por extemporáneo y por falta de representación.

[...]"

- 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 apelación interpuesto por la Cooperativa de Transportes de Sabanilla y San Isidro de Alajuela R.L. contra la resolución RIT-023-2017. **2.-** Agotar la vía administrativa. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria N°42-2017, del 8 de agosto de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 700-DGAJR-2017, de cita, resolvió con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

ACUERDO 05-42-2017

- I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transportes de Sabanilla y San Isidro de Alajuela R.L. contra la resolución RIT-023-2017.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ACUERDO FIRME.**ARTÍCULO 7. Recurso de apelación interpuesto por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (Japdeva), contra la resolución RRG-341-2016. Expediente AU-294-2012.**

La Junta Directiva conoce el oficio 449-DGAJR-2017 del 12 de mayo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (Japdeva), contra la resolución RRG-341-2016. Expediente AU-294-2012

El señor **Eric Chaves Gómez** 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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 449-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 6 de marzo de 2012, mediante la resolución 780-RCR-2012, el entonces Comité de Regulación, entre otras cosas resolvió: *"1. Fijar las tarifas de los servicios marítimos y portuarios que brinda la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), en los Puertos de Limón y Moín, como precios tope, según el siguiente detalle..."* (ET-195-2011).
- II. Que el 21 de setiembre de 2012, la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S. A. (en adelante Del Monte S.A.), planteó queja contra la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (en adelante Japdeva) por el cobro de la tarifa de carga y descarga de contenedores y furgones aplicada a las unidades de transporte que ingresan a muelle a descargar fruta paletizada, para cargar en las bodegas del barco. (Folios 1 al 105).
- III. Que el 22 de octubre de 2012, mediante auto de prevención de requisitos, la entonces Dirección General de Participación al Usuario (DGPU), previno a Del Monte S.A., que debía señalar claramente su pretensión, con indicación clara de la queja que se planteaba, sus fundamentos de hecho y prueba correspondiente; así como aportar fotocopias de las facturaciones que reclama, con el detalle del monto total. (Folios 106 al 109).
- IV. Que el 6 de noviembre de 2012, Del Monte S.A., aclaró su pretensión, por lo que solicitó que se le ordenara a Japdeva, lo siguiente:

"1. Que proceda de inmediato a suspender el cobro de la Tarifa de Carga y Descarga de Contenedores y Furgones a las unidades de transporte que ingresan a muelle (sic) a descargar fruta paletizada para carga en las bodegas del barco. 2. Que proceda a reintegrarle a mi representada la suma total de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTICUATRO COLONES CON SESENTA CÉNTIMOS (¢184.397.924,60)

correspondiente a los dineros cancelados por mi representada a JAPDEVA desde el 29 de marzo de 2012 al 16 de octubre de 2012, así como los montos que a futuro sean cancelados, correspondiente a la tarifa de Carga y Descarga de Contenedores y Furgones aplicada a las unidades de transporte que ingresaron a muelle (sic) a descargar fruta paletizada y que fue cargada en las bodegas de los barcos, lo anterior según facturas adjuntas (...).” (Folios 110 al 803).

- V. Que el 21 de enero de 2013, se realizó la audiencia de conciliación, con la presencia de ambas partes, sin alcanzar ningún acuerdo. (Folios 823 al 832).
- VI. Que el 23 de mayo de 2013, Del Monte S.A., solicitó realizar una inspección de campo para verificar los servicios de carga y descarga de contenedores. (Folio 833).
- VII. Que el 20 de febrero de 2014, Del Monte S.A., amplió su pretensión, y solicitó el pago de las sumas canceladas a Japdeva, en el período del 24 de octubre de 2012 al 21 de noviembre de 2013, por un monto de trescientos noventa y seis millones seiscientos ochenta y siete mil quinientos setenta y seis colones con treinta y cinco céntimos (¢396.687.576,35), correspondiente al rubro de “Carga y Descarga de Contenedores y Furgones”, aplicada a las unidades de transporte que ingresaron al muelle a descargar fruta paletizada. Dicho monto, además de los ciento ochenta y cuatro millones trescientos noventa y siete mil novecientos veinticuatro colones con sesenta céntimos (¢184.397.924,60), reclamados inicialmente, lo cual suma un total de quinientos ochenta y un millones ochenta y cinco mil quinientos colones con noventa y cinco céntimos (¢581.085.500,95). (Folios 835 al 2428).
- VIII. Que el 10 de marzo de 2014, mediante el oficio 101-CPAT-2014, la entonces Comisión de Procedimientos Administrativos en Trámite (CPAT) emitió la valoración inicial de la queja. (Folios 2442 al 2446).
- IX. Que el 12 de marzo de 2014, mediante la resolución RRG-097-2014, el entonces Regulador General, ordenó el inicio del procedimiento administrativo, contra Japdeva, por el supuesto cobro de tarifas distintas a las autorizadas a Del Monte S.A., en relación con la aplicación de la circular JDOP-0001-12 y lo dispuesto en la resolución 780-RCR-2012, en los períodos comprendidos del 29 de marzo al 16 de octubre de 2012 y del 24 de octubre de 2012 al 21 de noviembre de 2013, por la suma de quinientos ochenta y un millones ochenta y cinco mil quinientos colones con noventa y cinco céntimos (¢581.085.500,95). Asimismo, nombró órgano director, realizó la intimación e imputación de cargos y citó a la comparecencia oral y privada. (Folios 2450 al 2461).
- X. Que el 18 de marzo de 2014, Japdeva, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra la resolución RRG-097-2014. (Folios 2430 al 2441).
- XI. Que el 5 de mayo de 2014, se llevó a cabo la comparecencia oral y privada. (Folios 2464 al 2471 y 2493 al 2526).
- XII. Que el 28 de julio de 2014, mediante el oficio 297-CPAT-2014, la entonces CPAT, rindió el informe final del procedimiento. (Folios 2565 al 2585).
- XIII. Que el 29 de julio de 2014, mediante la resolución RRG-290-2014, el entonces Regulador General, resolvió lo siguiente:

“I. Declarar parcialmente con lugar la denuncia planteada por la Corporación Desarrollo Agrícola Del Monte S.A. (sic), contra la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica respecto de las facturaciones por servicios portuarios y marítimos emitidas entre el 29 de marzo de 2012 y el 11 de diciembre de 2012 a la cuenta contable 2241-0249, pues el cobro de un costo fijo por la planificación y uso de los patios de carga y descarga, incorporado en la modificación a la descripción del servicio de carga y descarga de contenedores y furgones surtió efectos jurídicos a partir de su publicación, es decir, a partir del 12 de diciembre de 2012. II. Ordenar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica que de inmediato reformule las facturaciones emitidas desde el 29 de marzo de 2012 al 11 de diciembre de 2012 de la cuenta contable 2241-0249 a nombre de la Corporación Desarrollo Agrícola Del Monte S.A. (sic), en las cuales haya cobrado el servicio de “Cont. y furgón carga bodega”, y reintegre de inmediato las diferencias que pudieran existir. III. Indicar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica y a la Corporación Desarrollo Agrícola Del Monte S.A. (sic), que la reformulación de las facturas emitidas entre el 29 de marzo de 2012 y el 11 de diciembre de 2012 debe contener el detalle exacto de los servicios portuarios y marítimos brindados en ese lapso de tiempo y de las tarifas cobradas por ellos, de acuerdo con las fijadas en la resolución 780-RCR-2012 de las 15:00 horas del 6 de marzo de 2012.” (Folios 2591 al 2616).

XIV. Que el 1 de agosto de 2014, Del Monte S.A, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra la resolución RRG-290-2014. (Folios 2586 al 2589).

XV. Que el 1 de octubre de 2014, mediante la resolución RRG-419-2014, el entonces Regulador General, rechazó por inadmisibles el recurso de revocatoria, interpuesto por Japdeva, contra la resolución RRG-097-2014. (Folios 2631 al 2637).

XVI. Que el 1 de octubre de 2014, mediante la resolución RRG-417-2014, el entonces Regulador General resolvió el recurso de revocatoria, interpuesto por Del Monte S.A., contra la resolución RRG-290-2014, en los siguientes términos:

“1. Anular la resolución RRG-290-2014, y por conexidad el oficio 297-CPAT-2014. 2. Retrotraer el procedimiento al momento previo al dictado de la valoración final. 3. Archivar el recurso de revocatoria y de apelación interpuestos por Corporación de Desarrollo Agrícola del Monte S.A., contra la resolución RRG-290-2014. 4. Dar prioridad a la tramitación del presente procedimiento en el tanto tiene interpuesto un amparo de legalidad.” (Folios 2651 al 2664).

XVII. Que el 8 de octubre de 2014, Japdeva, presentó expresión de agravios ante la Junta Directiva, correspondiente al recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria, contra la resolución RRG-097-2014. (Folios 2638 al 2650).

XVIII. Que el 26 de febrero de 2015, mediante la resolución RJD-020-2015, la Junta Directiva, resolvió rechazar por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto, contra la resolución RRG-097-2014. (Folios 2714 al 2724).

- XIX.** Que el 5 de junio de 2015, mediante la resolución RRG-309-2015, el entonces Regulador General, ordenó la sustitución de uno de los miembros del órgano director. (Folios 2750 al 2755).
- XX.** Que el 16 de junio de 2015, mediante el oficio 524-RG-2015, el Regulador General, autorizó la realización de una segunda comparecencia oral y privada. (Folio 2748).
- XXI.** Que el 16 de junio de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-101-2015, el órgano director, convocó a la segunda comparecencia oral y privada. (Folios 2759 al 2767).
- XXII.** Que el 29 de junio de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-122-2015, el órgano director, rechazó la solicitud de Del Monte S.A., en cuanto a realizar una inspección de campo. (Folios 2870 al 2877).
- XXIII.** Que el 7 de julio de 2015, se realizó la segunda comparecencia oral y privada, contando con la presencia de los representantes de Del Monte S.A. y Japdeva. (Folios 7038 al 7093).
- XXIV.** Que el 7 de julio de 2015, durante la segunda comparecencia oral y privada, Del Monte S.A., amplió su pretensión para solicitar el pago de las sumas canceladas a Japdeva, entre el 29 de marzo de 2012 y el 12 de junio de 2015, por la suma de mil ochenta y cuatro millones seiscientos sesenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y un colones con ochenta y cinco céntimos (¢1.084.669.451.85), por concepto de tarifa de Carga y Descarga de Contenedores y Furgones aplicada a las unidades de transporte que ingresaron a muelle a descargar fruta paletizada y que fue cargada en las bodegas de los barcos. (Folios 2878 al 7021).
- XXV.** Que el 8 de julio de 2015, Del Monte S.A., presentó ampliación de alegatos y conclusiones. (Folios 7023 al 7030).
- XXVI.** Que el 13 de julio de 2015, Japdeva, amplió conclusiones. (Folios 7032 al 7034).
- XXVII.** Que el 21 de julio de 2015, mediante auto de prevención el órgano director, previno a Japdeva, para que ratificara las actuaciones realizadas por el Lic. Valverde Fonseca, durante la celebración de la comparecencia oral y privada. (Folios 7094 al 7096).
- XXVIII.** Que el 22 de julio de 2015, Japdeva, ratificó las actuaciones del Lic. Valverde Fonseca. (Folio 7097).
- XXIX.** Que el 22 de enero de 2016, mediante el oficio 268-DGAU-2016, el órgano director, rindió el informe final. (Folios 7104 al 7199).
- XXX.** Que el 26 de enero de 2016, mediante el oficio 057-RG-2016, el Regulador General, en su condición de Órgano Decisor, solicitó al órgano director, la ampliación del informe final. (Folios 7204 y 7205).
- XXXI.** Que el 1 de marzo de 2016, mediante el oficio 887-DGAU-2016, el órgano director, amplió el informe final. (Folios 7208 al 7320).

XXXII. Que el 29 de marzo de 2016, mediante el oficio 1202-DGAU-2016, el órgano director, emitió segunda ampliación del informe final. (Folios 7321 y 7322).

XXXIII. Que el 6 de abril de 2016, mediante la resolución RRG-341-2016, el Órgano Decisor, resolvió lo siguiente:

“I. Declarar parcialmente con lugar, la queja interpuesta por la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., en contra de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), únicamente en cuanto al reintegro de los dineros que se logró comprobar mediante las fotocopias de facturas certificadas que fueron cancelados por concepto de “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA”, de conformidad con los artículos 27 y 28 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios públicos (Ley 7593). II. Ordenar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica JAPDEVA que cese el cobro que se le ha venido ejecutando a la Corporación De Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., bajo el concepto denominado “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores y/o furgones a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada). III. Ordenar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) reintegrar a la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., las sumas pagadas bajo el concepto denominado en las facturas “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada), la suma de MIL DIECISÉIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUARENTA Y UN COLONES CON OCHENTA Y SEIS CÉNTIMOS (≠1.016.364.041,86), según el siguiente detalle: (...). IV. Rechazar la solicitud de pago de perjuicios, en ocasión del cobro de sumas por concepto del ingreso de contenedores para descargar, en bodegas de los barcos, la fruta paletizada. Esta en razón de que la ARESEP no está autorizada a realizar dicho reconocimiento. V. Rechazar el cobro de las facturas N° 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819, 293825, 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480, 337483, por no encontrarse dentro de las facturas que fueron certificadas. VI. Rechazar la solicitud de sancionar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) en este procedimiento de conformidad con el artículo 38 de la Ley 7593 por cuanto, no fue definido así el objeto de este procedimiento. VII. Instruir a la Dirección General de Atención al Usuario, para que se realice la investigación inicial de los hechos aquí acreditados a la luz del artículo 38 de la Ley 7593 y recomiende lo legalmente procedente al órgano decisor.” (Folios 7326 al 7454).

XXXIV. Que el 18 de abril de 2016, Japdeva, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio. (Folios 7461 al 7480, 7481 al 7500 y 7501 al 7520).

XXXV. Que el 19 de julio de 2016, mediante la resolución RRG-457-2016, el Regulador General, resolvió lo siguiente:

“I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de revocatoria, interpuesto por Japdeva, contra la resolución RRG-341-2016. II. Elevar a la Junta Directiva el recurso de apelación

presentado en subsidio y prevenirle a la parte que cuenta con tres días hábiles, contados a partir de la notificación de ésta resolución, para hacer valer sus derechos ante dicho órgano de alzada. III. Notificar a las partes.” (Folios 7554 al 7568).

- XXXVI.** Que el 1 de agosto de 2016, Japdeva, ratificó el poder especial que consta en el expediente, y otorgó nuevamente poder especial. (Folios 7536 al 7539).
- XXXVII.** Que el 1 de agosto de 2016, Japdeva, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RRG-457-2016 (dichos recursos están pendientes de ser analizados por parte de esta Dirección General). (Folios 7540 a 7546).
- XXXVIII.** Que el 1 de agosto de 2016, Japdeva, presentó su expresión de agravios ante el superior y adjuntó certificación de su personería jurídica. (Folios 7547 al 7553).
- XXXIX.** Que el 5 de agosto de 2016, mediante el oficio 666-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (en adelante DGAJR), rindió criterio sobre el recurso de revocatoria y solicitud de adición y aclaración, interpuestos por Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016. (Folios 7569 a 7600).
- XL.** Que el 29 de agosto de 2016, mediante el oficio 765-DGAJR-2016, la DGAJR, remitió a la Secretaría de Junta Directiva, el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227, sobre el recurso de apelación interpuesto por Japdeva, contra la resolución RRG-341-2016. (Folios 7602 al 7605).
- XLI.** Que el 30 de agosto de 2016, mediante el oficio 622-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227 recurso de apelación interpuesto. (Folio 7601).
- XLII.** Que el 7 de setiembre de 2016, mediante el oficio 816-DGAJR-2016, la DGAJR, rindió criterio sobre el recurso de apelación interpuesto por Japdeva, contra la resolución RRG-341-2016, mediante el cual se recomendó rechazar por inadmisibles, por falta de representación, por cuanto no consta el acuerdo previo del Consejo de Administración de Japdeva, en el que autorizaba a la señora Kinley Meza, a otorgar poder especial al señor Valverde Fonseca. (Folios 7606 al 7624). (Al momento de dictar el presente criterio, la Junta Directiva no ha conocido el oficio 816-DGAJR-2016.)
- XLIII.** Que el 26 de setiembre de 2016, la señora Ann Mc Kinley Meza Presidenta Ejecutiva de Japdeva, y apoderada generalísima sin límite de suma de dicha Junta, aportó el poder especial otorgado al señor José Alonso Valverde Fonseca, para que dirija a dicha Junta en todas las instancias e incidencias del procedimiento administrativo. Además, presentó el acuerdo del Consejo de Administración de Japdeva, N° 380-2016 de la sesión ordinaria N°034-2016 del 22 de setiembre de 2016, mediante el cual ratificó lo actuado por la Presidenta Ejecutiva al designar al señor Valverde Fonseca como apoderado especial administrativo de dicha Junta. (Folios 7655 al 7658).
- XLIV.** Que el 26 de setiembre de 2016, mediante el criterio 885-DGAJR-2016, la DGAJR, amplió el oficio 666-DGAJR-2016, que analizó el recurso de revocatoria y solicitud de adición y aclaración,

interpuestos por la Corporación De Desarrollo Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016. (Folios 7660 a 7666).

- XLV.** Que el 28 de setiembre de 2016, mediante el oficio 695-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, solicitó a la Dirección General de Asesoría Jurídica, criterio sobre el recurso de apelación interpuesto por Japdeva. (Folio 7659)
- XLVI.** Que el 30 de setiembre de 2016, mediante la resolución RRG-659-2016, el Regulador General, -entre otras cosas- resolvió: "(...) II. Declarar parcialmente con lugar, el recurso de revocatoria, interpuesto por la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016, únicamente en cuanto al reconocimiento de las facturas (...). III. Declarar la nulidad parcial, de la resolución RRG-341-2016, únicamente en cuanto al rechazo de las facturas 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819 y 293825. En lo demás, se mantiene incólume la resolución recurrida." (Folios 7680 a 7712).
- XLVII.** Que el 6 de octubre de 2016, mediante el memorando 700-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, en adición al oficio 695-SJD-2016, trasladó para el análisis de la DGAJR el escrito presentado por Japdeva el 3 de octubre de 2016. (Folio 7670).
- XLVIII.** Que el 7 de octubre de 2016, mediante el memorando 705-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, en adición al oficio 695-SJD-2016, trasladó para el análisis de la DGAJR el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP, respecto al recurso de apelación interpuesto por Japdeva contra la resolución RRG-457-2016. (Folio 7674).
- XLIX.** Que el 12 de octubre de 2016, mediante el memorando 716-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió a la DGAJR la respuesta al emplazamiento presentada por Japdeva en relación del recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-457-2016. (Folio 7713).
- L.** Que el 14 de noviembre de 2016, mediante el oficio 1060-DGAJR-2016, la DGAJR, le previno a la recurrente que aportara las especies fiscales de Ley al poder especial otorgado al señor José Alonso Valverde Fonseca, debiendo aportar dicho timbre fiscal por ¢125 colones y su respectiva multa, equivalente a 10 veces el impuesto no cancelado oportunamente. Ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 272 inciso 3), 285 y 286 del Código Fiscal, así como el numeral 7 de la Ley 7088, Ley de Reajuste Tributario y Resolución 18a del Consejo Arancelario y Aduanero (que modificó el Código Fiscal). (Folio 7716).
- LI.** Que el 16 de noviembre de 2016, Japdeva cumplió con lo prevenido mediante el oficio 1060-DGAJR-2016. (Folios 7714 y 7715).
- LII.** Que el 3 de marzo de 2017, mediante oficio 232-DGAJR-2017 la DGAJR consultó a la IT sobre el recurso de apelación, interpuesto por Japdeva contra la resolución RRG-341-2016. (Adjunto a este criterio).
- LIII.** Que el 9 de marzo de 2017, la IT mediante oficio 372-IT-2017 respondió a la consulta de la DGAJR sobre el recurso de apelación, interpuesto por Japdeva contra la resolución RRG-341-2016. (Adjunto a este criterio).

- LIV. Que el 12 de mayo de 2017, mediante el oficio 449-DGAJR-2017, la DGAJR, brindó el criterio solicitado sobre el recurso de apelación interpuesto. (Correrá agregados a los autos)
- LV. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 449-DGAJR-2017, arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“ (...)”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza:

El recurso interpuesto contra la resolución RRG-341-2016, es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos del 342 al 352 de la Ley 6227.

b) Temporalidad:

Conforme a los artículos 140, 141, 240 inciso 1), 255, 256 y 346 inciso 1) de la Ley 6227, la recurrente debe interponer los recursos ordinarios dentro del término de tres días hábiles, contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión.

La resolución recurrida RRG-341-2016, le fue notificada a la recurrente el 13 de abril de 2016 (folio 7453), y por su parte, la recurrente interpuso el recurso de apelación, el 18 de abril de 2016 (folios 7460 al 7520, 7481 al 7500).

A partir de lo anterior, el plazo de 3 días hábiles para interponer los recursos ordinarios, venció el 18 de abril de 2016, por lo tanto, se tiene que el recurso fue interpuesto en tiempo.

c) Legitimación:

Respecto de la legitimación, se tiene que Japdeva es la investigada, es por ello que está legitimada para actuar –en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 de la Ley 6227, 27 y 28 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593).

d) Representación:

Se aprecia que la señora Ann Mc Kinley Meza es la apoderada generalísima sin límite de suma de Japdeva, y es quien le otorga al señor Alonso Valverde Fonseca, poder especial administrativo, para que “dirija profesionalmente a mi representada en todas las instancias e incidencias del Procedimiento Administrativo” que se tramita en Aresep contra Japdeva, ello conforme al poder visible a folios 7655.

Debe recordarse que en el oficio 816-DGAJR-2016 (folios 7606 al 7624) de esta Dirección General, se había recomendado rechazar por inadmisibile, por falta de representación, el recurso en análisis. En aquella oportunidad, en lo que interesa se indicó:

“Ahora bien, Japdeva, durante el emplazamiento ante el superior, también presentó en tiempo, la certificación del poder (folios 7544 al 7546; 7551 al 7553) que acredita a la señora Ann Mc Kinley Meza, como la apodera generalísima de dicha entidad, con las limitaciones que allí se indican.

(...) esta Dirección General, consideró necesario revisar el “microfilm” del poder, inscrito en el tomo 20145, asiento 194517, consecutivo 1, a efectos de determinar claramente, el alcance de las limitaciones.

De esta forma, en el “microfilm” obtenido en el Registro Nacional, el cual se adjunta a este oficio, se indicó:

“Continúa manifestando la señora MC KINLEY MEZA: Que conforme lo establece el Artículo DIECIOCHO de la LEY ORGANICA DE JAPDEVA, Número cinco mil trescientos treinta y siete, el Presidente Ejecutivo es responsable ante el Consejo de Administración por el desempeño de sus funciones y tendrá las siguientes atribuciones que cita en lo conducente: `a) (sic) Representar judicial y extrajudicialmente a JAPDEVA con las atribuciones de un apoderado generalísimo conforme al Artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil y con las limitaciones que luego se dirán. Además podrá delegar total o parcialmente su mandato por un plazo definido o indefinido, revocar las delegaciones que hiciere y hacer otras de nuevo, conservando siempre sus poderes en toda su extensión. Previo acuerdo del Consejo de Administración, podrá otorgar poderes generalísimos, generales y especiales, enajenar o gravar los bienes inmuebles, muebles, valores o derechos de JAPDEVA, adquirir toda clase de bienes sean inmuebles, muebles, valores o derechos... h) Ejercer las demás funciones y facultades que le corresponden de conformidad con la ley y los reglamentos de JAPDEVA.” (El subrayado no pertenece al original).

Así las cosas, se (...) clarifica la limitación de las facultades de la señora Mc Kinley Meza, como apoderada generalísima, ya que para otorgar poderes especiales, requiere de un acuerdo previo del Consejo de Administración de Japdeva.

En el caso de marras, no consta en autos el acuerdo previo del Consejo de Administración de Japdeva, para que la señora Mc Kinley Meza, como apoderada generalísima, otorgara un poder especial al señor Jose Alonso Valverde Fonseca (...).

En consecuencia, se concluye que el recurso de apelación, interpuesto por el abogado Valverde Fonseca, resulta inadmisibles por la forma, (...). Por ende, se omite pronunciamiento en cuanto al fondo del asunto.”

Sin embargo, el 26 de setiembre de 2016, Japdeva, aportó el acuerdo del Consejo de Administración de Japdeva, N° 380-2016 de la sesión ordinaria N°034-2016 del 22 de setiembre de 2016, mediante el cual ratificó lo actuado por la Presidenta Ejecutiva al designar al señor Valverde Fonseca como apoderado especial administrativo de dicha Junta (folios 7655 al 7658).

Posteriormente, esta Dirección General emitió una prevención, mediante el oficio 1060-DGAJR-2016 (visible a folio 7716) sobre el pago de especies fiscales y, omisión que fue subsanada, por parte de Japdeva (folios 7714 y 7715).

De lo anterior se concluye, que el recurso de apelación, interpuesto por Japdeva, contra la resolución RRG-341-2016, resulta admisible por haber sido interpuesto en tiempo y forma y subsanadas las inconsistencias indicadas.

En atención a ello, es que mediante este criterio, se deja sin efecto el oficio 816-DGAJR-2016, y se entra a analizar el fondo de los argumentos tal y como se hará en los siguientes apartados.

III. ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

El recurso de apelación, está sustentado en los siguientes argumentos:

- 1. Sobre el servicio de carga y descarga de contenedores y furgones:** *El motivo del reclamo de Del Monte, es la operación de carga y descarga de fruta paletizada, sin embargo, el mismo induce a error a la Aresep, ya que en realidad el cobro realizado a la empresa consiste en el servicios de carga y descarga de contenedores y furgones - “Carga y Descarga cont. Y furg”-, cuya tarifa es de \$ 16,98, según lo dispuesto en la resolución 780-RCR-2012. Esta tarifa, indicó la recurrente, se sustenta en el artículo 11 inciso 6) del Manual de Definición de los Servicios Portuarios y Tarifas, el cual fue modificado por Japdeva, y en el que se señaló que se le cobra a los clientes por la planificación de la operación y los patios. Dicha modificación no implicó la incorporación de una nueva tarifa ni de un nuevo servicio, sino que se incorporan todos los contenedores que venían recibiendo el servicio de planificación de la operación y los patios dentro de sus instalaciones, cobrando así todos los servicios que se han venido brindando.*
- 2. Sobre la transcripción del video que consta en el folio 70 de la resolución recurrida:** *El órgano director admitió como prueba un video, que contiene la descripción de la actividad de ingreso de contenedores al muelle para descargar las mercancías. Sin embargo, es necesario indicar que toda la descripción que se hace del contenido del video es irrelevante porque no está relacionado con el servicio de planificación de operación y patios que debe hacerse previo a la etapa que documenta el video.*

3. **Sobre la transcripción del video que consta en el folio 71 de la resolución recurrida:** *El órgano decisor admitió como prueba un video que describe la operación de descarga de un contenedor, dicho video es irrelevante e induce a error a la Aresep, ya que hace creer que para el caso de los contenedores la tarifa de \$16,98, incluye la operación de subir o bajar la carga del buque, sin embargo, para ello hay otras tarifas aprobadas por Aresep, por tratarse de otro servicio, como se desprende de los artículos 8, 11 inciso 4), 11 inciso 5) y 14. Ello puede verse en las líneas 10, 25, y 47 de la resolución recurrida, sobre las cuales Del Monte indicó que para la operación de esas líneas no participaba ni equipo ni personal de Japdeva, sin embargo, se indicó en la línea 47 que antes pagaba \$9,50 y ahora \$16,98, es decir, existe una necesidad de cualquier empresa de ingresar al muelle y utilizar su plataforma y los patios para poder acercarse a la pantalla de atraque, activando así una logística distinta para subir o bajar las mercancías del buque.*
4. **Sobre el testimonio del señor Ramírez Masis:** *En el folio 73, se encuentra el testimonio del señor Ramírez Masis, al que se le formuló la pregunta ¿Por qué se usa furgón?, de la respuesta que dio este señor, no se infiere nada respecto a la manera que es embalada la mercancía, ya sea contenerizada o paletizada, de igual forma son unidades de transporte que ingresan y requieren de la misma planificación para el uso de los patios del muelle.*

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

I. **Sobre el servicio de carga y descarga de contenedores y furgones.**

La recurrente afirmó que el reclamo de Del Monte, versa sobre la operación de carga y descarga de fruta paletizada, e induce a error a la Aresep, ya que en realidad el cobro realizado a dicha empresa consistía en el servicio de carga y descarga de contenedores y furgones "CARGA Y DESCARGA", según lo dispuesto en la resolución 780-RCR-2012.

Además, que el cobro no está relacionado con la forma en cómo se sube o baja la mercadería al buque y que esta tarifa se sustentó en el artículo 11 inciso 6) del Manual de Definición de los Servicios Portuarios y Tarifas, el cual fue modificado por Japdeva -ya que tiene la competencia legal para modificar o crear dicho manual-, mediante su aprobación en la Sesión Ordinaria N° 06-2011 del 10 de febrero del 2011 (folio 7465), y en el cual se indicó que se le cobra a los clientes por la planificación de la operación y los patios. Dicha modificación, no implicó la incorporación de una nueva tarifa ni de un nuevo servicio, sino que se incorporan todos los contenedores que venían recibiendo el servicio de planificación de la operación y los patios dentro de sus instalaciones, cobrando así todos los servicios que se han venido brindando.

En ese sentido, cabe indicarle a la recurrente que en la resolución recurrida sobre el tema de las tarifas de "CARGA Y DESCARGA CONT. Y FURG" y "CONT. FURG. CARGA BODEGA", se resolvió lo siguiente:

"(...)

b) Hechos probados:

(...)

4) Que la solicitud de fijación tarifaria tramitada en el expediente ET-15-2011, **no contenía en el resumen de las tarifas, el rubro denominado "CONT. Y FURG.CARGA BODEGA"** sino que el rubro que establecía era denominado como "Carga y Descarga cont. Y furg." (folio 154 del expediente ET-15-2011).

(...)

7) Que en la resolución 780-RCR-2012 dictada el 6 de marzo de 2012 (cuyas tarifas se encontraban vigentes a la fecha de la interposición de la queja, e incluso continúan vigentes) y publicada en el Alcance 38 a La Gaceta N° 63 del 28 de marzo de 2012, **no se autorizó una tarifa que tuviera como denominación "CONT. Y FURG. CARGA BODEGA"** que corresponde al ingreso de contenedores y/o furgones a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada... (Folio 7347).

(...)

Con respecto a este tema, y siendo que en su oportunidad, fungió como analista tarifaria, se recibió el testimonio de la Licda. Carolina Murillo Álvarez, quien es funcionaria de la ARESEP, y siendo que tuvo relación directa con el expediente tarifario ET-195-2011, se estima que su testimonio merece total credibilidad. (Folio 7404).

(...)

Ahora bien, una vez consultada si recordaba si en la información contable aportada por JAPDEVA, se aportó información relacionada con carga y descarga de contenedores con fruta paletizada, ella contestó que no para la parte contable, que el sistema contable que ellos tienen lo que permitió fue obtener el costo asociado a cada uno de los servicios que estaban dentro del pliego tarifario vigente a ese momento (folio 7066). Esta declaración, viene a demostrar que **lo que se hizo en la resolución 780-RCR-2012, fue actualizar el pliego tarifario vigente al momento de su dictado, tomando en consideración los servicios (con sus respectivos costos e ingresos) que ya se encontraban incorporados en la resolución RRG-3223-2003.** (Folio 7404 y 7405).

Posteriormente, se le consultó si recordaba si JAPDEVA solicitó un aumento o incorporación para efectos de tarifas de algo denominado fruta paletizada carga, descarga de contenedores, a lo que también respondió que no y una vez consultada sobre el hecho de que ella hacía mención a que en

el pliego tarifario aprobado en la resolución 780-RCR-2011, se incorporó el pliego tarifario del 2003, ella respondió que sí salvo la tarifa nueva que era el servicio de muellaje para Recope, y que ese era el único servicio nuevo que se incorporaba en el pliego tarifario. (Folios 7066 y 7405).

(...)

De la mano con lo anterior una vez consultada: ¿si las tarifas aprobadas y vigentes en el pliego tarifario del 2003 hay algo en donde esté relacionado o aprobado por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos que se denomine carga y descarga de contenedores de fruta paletizada?, la Licda Murillo Álvarez señaló que no era así, y que **en dicho pliego sólo existe el servicio de carga y descarga de contenedores**. De hecho incluso, manifestó interrogada por el órgano director, que **la resolución 780-RCR-2012, no contiene rubro alguno que se haya aprobado o denegado, que tenga relación directa con la fruta paletizada y su carga y descarga de contenedor**. (Folios 7067 y 7405).

(...)

Nótese entonces, que contrario a lo que señala JAPDEVA a lo largo del presente procedimiento, una vez escuchadas las declaraciones de Del Monte, recibido y valorado el testimonio de la Licda. Murillo Álvarez, así como analizados los pliegos tarifarios contenidos en las resoluciones RRG-3223-2003 y RCR-780-RCR-2012 (sic), aunado a la información contable que fue considerada para realizar la última fijación tarifaria y la descripción del servicio de carga y descarga de contenedores, en contraposición con la actividad de ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada, **queda claro que la resolución 780-RCR-2012, no fija tarifa alguna para esta segunda actividad, la cual se cobra bajo el rubro de "CONT. Y FURG. CARGA BODEGA"**. Y la tarifa establecida para carga y descarga de contenedores, además de referirse a una actividad diferente, no consideró los ingresos relacionados con la actividad de ingreso de contenedores a muelle para descargar fruta paletizada en las bodegas de los barcos. (Folio 7407).

(...)

IV. CONCLUSIONES

Sobre la base de lo arriba expuesto, se puede concluir que:

(...)

2. La resolución 780-RCR-2012, dictada a las 15:00 horas del 6 de marzo de 2012 por el que fuera el Comité de Regulación de la ARESEP, **no incluye dentro de las tarifas fijadas ninguna aplicada al ingreso de contenedores con fruta paletizada para ser descargada en las bodegas de los barco** (sic). Tal resolución únicamente actualizó la tarifa aplicable a la carga y descarga de

contenedores, que fue establecida para el movimiento del furgón o contenedor que es cargado o descargado al o del barco.

3. Que la operación de carga y descarga de contenedores, y la de ingreso de contenedores con fruta paletizada para ser descargada en las bodegas de los barcos, son dos operaciones distintas.
4. **ARESEP no ha reconocido dentro del pliego tarifario, de manera independiente el “servicio denominado “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada).**
5. Del Monte, antes del 29 de marzo de 2012, no cancelaba monto alguno por el ingreso de furgones o contenedores que transportan fruta paletizada, la cual es bajada a los patios de JAPDEVA para ser transportada por monta cargas que la suben al barco por medio de grúas, y luego es puesta en la cubierta del barco para que por medio de monta cargas sea estibada en las bodegas refrigeradas del barco. Lo único que cancelaba Del Monte antes del 29 de marzo de 2012 por esa fruta paletizada, el servicio que le prestaba JAPDEVA por hora de monta carga y operador, nada más.
6. Para que JAPDEVA pueda, válidamente cobrar una tarifa por el ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada, este servicio, debe contar previamente, con una tarifa autorizada por la ARESEP, o bien incorporar detalladamente los costos e ingresos de tal actividad dentro de otra tarifa. Para ello, se le insta a JAPDEVA que proceda como en derecho corresponda a solicitar dicha tarifa.
7. JAPDEVA debe reintegrarle a Del Monte, los dineros que esta le ha venido cancelando por concepto de “servicio denominado “CONT-FURG. Y CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada).
8. La ARESEP, no se encuentra facultada para ordenar, en vía administrativa a JAPDEVA que cancele los dineros por concepto de perjuicios a favor de Del Monte.
9. En el presente procedimiento de queja no puede ordenarse la imposición de una sanción, porque tienen una naturaleza distinta, y su objeto fue definido, en una etapa precluida, únicamente para conocer esta queja.

10. JAPDEVA debe cesar el cobro a Del Monte del servicio denominado “CONT-FURG. Y CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada).

(Folios 7437 y 7438)

(...)” Los resaltados no son del original.

Además dicha resolución, resolvió –entre otras cosas- “**I. Declarar parcialmente con lugar, la queja interpuesta por la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., en contra de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), únicamente en cuanto al reintegro de los dineros que se logró comprobar mediante las fotocopias de facturas certificadas que fueron cancelados por concepto de “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA”, de conformidad con los artículos 27 y 28 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios públicos (Ley 7593). II. Ordenar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica JAPDEVA que cese el cobro que se le ha venido ejecutando a la Corporación De Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., bajo el concepto denominado “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores y/o furgones a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada). III. Ordenar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) reintegrar a la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., las sumas pagadas bajo el concepto denominado en las facturas “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada), la suma de MIL DIECISÉIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUARENTA Y UN COLONES CON OCHENTA Y SEIS CÉNTIMOS (¢1.016.364.041,86) (...). (Folio del 7439 a 7452).**

De lo anterior, se desprende que existen dos servicios distintos: “CARGA Y DESCARGA” así denominado por Aresep (y denominado por Japdeva en sus facturas “CARGA Y DESCARGA CONT. Y FURG”) y “CONT. FURG. CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada), el primero fue autorizado por la Aresep a través de la resolución 780-RCR-2012, con una tarifa de \$16,98 (ver folio 7349) y el segundo que no fue incorporado en ese pliego tarifario. Dicha fijación tarifaria fue realizada de oficio y utilizó como base los costos de la solicitud para los servicios portuarios, presentada por Japdeva en el ET-15-2011, en esa oportunidad Japdeva no aportó información financiera sobre este servicio (“CONT. FURG. CARGA BODEGA”), por lo que la Aresep no podía incorporarlo dentro de la fijación realizada mediante la resolución 780-RCR-2012. Además, del elenco probatorio que consta en el expediente: facturas (folios 7351 a 7367, y folio 7707), prueba testimonial (ver folios 7370 a 7382) y videos (folios 7396 y 7406), se desprende que el motivo del reclamo de Del Monte, versa sobre el servicio de “CONT. FURG. CARGA BODEGA”, por lo que no es errada su posición, tal y como lo sostiene Japdeva.

En torno a estas pruebas, vale rescatar que el testimonio del señor Ramírez Masís, confirma lo indicado por la testigo Murillo Álvarez, en la anterior cita. A este testigo (folio 7056) se le consulta si dentro de los expedientes tarifarios ET-15-2011 y ET-195-2011 se contemplaron, para efectos de costos, las unidades de transporte, para lo que es servicio de carga y descarga de contenedores utilizados para lo que es fruta paletizada. A ello, el testigo Ramírez Masís, indicó: “No, no pueden estar considerados porque si los datos que se consideraron fueron del 2003 al 2011 no pueden estar considerados, este servicio que se comenzó a cobrar del 28 de marzo de 2012” (en similar sentido a folio 7062).

Establecido lo anterior, cabe aclararle a la recurrente que la Aresep es la institución que tiene competencias exclusivas y excluyentes sobre la regulación de los servicios públicos, no sólo para fijar precios y tarifas, sino que sus competencias son más amplias, como se desprende de los artículos 4, 5 inciso f) y 6 incisos a), d) y f) de la Ley N° 7593, así como en el artículo 59 inciso 1) de la Ley 6227, los cuales disponen respectivamente:

Ley 7593:

“(…)

Artículo 4.- Objetivos

Son objetivos fundamentales de la Autoridad Reguladora:

- a) Armonizar los intereses de los consumidores, usuarios y prestadores de los servicios públicos definidos en esta ley y los que se definan en el futuro.*
- b) Procurar el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestadores de los servicios públicos.*
- c) Asegurar que los servicios públicos se brinden de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 3 de esta ley.*
- d) Formular y velar porque se cumplan los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima, los servicios públicos sujetos a su autoridad.*
- e) Coadyuvar con los entes del Estado, competentes en la protección del ambiente, cuando se trate de la prestación de los servicios regulados o del otorgamiento de concesiones.*
- f) Ejercer, conforme lo dispuesto en esta ley, la regulación de los servicios públicos definidos en ella.*

Artículo 5.- Funciones

En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas; además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. Los servicios públicos antes mencionados son:

(...)

f) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.

(...)

Artículo 6.- Obligaciones de la Autoridad Reguladora

Corresponden a la Autoridad Reguladora las siguientes obligaciones:

a) Regular y fiscalizar contable, financiera y técnicamente, a los prestadores de servicios públicos, para comprobar el correcto manejo de los factores que afectan el costo del servicio, ya sean las inversiones realizadas, el endeudamiento en que han incurrido, los niveles de ingresos percibidos, los costos y gastos efectuados o los ingresos percibidos y la rentabilidad o utilidad obtenida.

(...)

d) Fijar las tarifas y los precios de conformidad con los estudios técnicos.

(...)

f) Cualquiera otra obligación que las leyes le asignen.

Toda disposición que se emita en relación con las materias a que se refiere este artículo, será de acatamiento obligatorio.

(...)

Ley 6227:

Artículo 59.-

1.- La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio.

(...)"

Aunado a ello, cabe indicarle a la recurrente, que el artículo 30 de la Ley N° 7593 dispone que el Ente Regulador puede modificar, aprobar o rechazar las peticiones tarifarias. En ese sentido, el artículo 31 de la misma Ley, dispone cuáles son los aspectos o criterios que debe tomar en cuenta la Autoridad Reguladora, para fijar las tarifas y los precios, ello en el ejercicio de las competencias exclusivas y excluyentes otorgadas por ley.

En ese sentido, en la opinión jurídica OJ-051-2013 del 2 de setiembre de 2013, la Procuraduría General de la República (en adelante PGR) señaló:

"(...)

En realidad, la competencia tarifaria de la ARESEP en el elenco de servicios públicos del artículo 5 de la Ley n.º7593, no está en función del título habilitante que se use para la prestación del servicio, sino de la misma norma legal que le confirió la potestad para su fijación. Prueba de ello es que la misma ley reconoce que aun para esos servicios públicos su prestación puede darse a través de una concesión o del respectivo permiso (artículos 9 y 41.g), y no por ello el órgano regulador perdería sus facultades en la materia. (...)" de modo que concluye "(...) // 2. La competencia tarifaria de la ARESEP en el elenco de servicios públicos del artículo 5 de la Ley n.º7593, no está en función del título habilitante que se use para la prestación del servicio, sino de la misma norma legal que le confirió la potestad para su fijación.

(...)"

De los párrafos anteriores, se desprende que la Aresep tiene la competencia exclusiva y excluyente de regular los servicios públicos que hayan sido declarados como tales por el legislador. Dicha competencia, abarca -entre otras cosas- el establecimiento de las metodologías tarifarias, la fijación de tarifas, la determinación de normas técnicas, las potestades sancionatorias y la resolución, de denuncias, controversias y quejas, tal y como ocurrió en el caso concreto.

En conclusión, de los artículos 4, 5 inciso f) y 6 incisos a), d) y f), todos de la Ley N° 7593, artículo 59 inciso 1) de la Ley 6227, se desprende que la Aresep, es quien tiene la competencia para fijar, entre otras, las tarifas de los servicios que brinda Japdeva, específicamente el servicio de "CONT. FURG. CARGA BODEGA".

Por otra parte, el inciso a) del artículo 14 de la Ley 7593, establece como obligaciones de los prestadores de los servicios públicos, "cumplir con las disposiciones que dicte la Autoridad Reguladora en materia de prestación del servicio", y el numeral 9 del mismo cuerpo normativo dispone que "ningún

prestador de un servicio público (...), podrá prestar el servicio si no cuenta con tarifa o precio previamente fijado por la Autoridad Reguladora”, es decir, en caso de que el operador incumpla alguno de los dos supuestos citados, constituye una anomalía en el servicio público, de conformidad con los artículos 27 y 28 de la Ley 7593.

Aunado a lo anterior, el prestador se expone, a que en un procedimiento sancionatorio, se le imponga una multa e incluso una sanción mayor. En ese sentido, cabe indicar que el numeral 38 de la Ley 7593 en su inciso a), dispone que el prestador no puede cobrar tarifas o precios distintos a los fijados, autorizados o establecidos por la Aresep, ya que se exponen a una sanción de multa. Así como también, se le puede revocar la concesión o el permiso, respectivamente, según lo dispuesto en el artículo 41 de la ley citada.

Por su parte, el numeral 30 de la Ley 7593, establece que:

“(…)

Artículo 30.-Solicitud de fijación o cambios de tarifas y precios

Los prestadores de servicios públicos, las organizaciones de consumidores legalmente constituidas y los entes y órganos públicos con atribución legal para ello, podrán presentar solicitudes de fijación o cambios de tarifas. La Autoridad Reguladora estará obligada a: " recibir y tramitar esas peticiones, únicamente cuando, al presentarlas, cumplan con los requisitos formales que el Reglamento establezca. Esta Autoridad podrá modificar, aprobar o rechazar esas peticiones. De acuerdo con las circunstancias, las fijaciones de tarifas serán de carácter ordinario o extraordinario.

Serán de carácter ordinario aquellas que contemplen factores de costo e inversión, de conformidad con lo estipulado en el inciso b) del artículo 3, de esta ley. Los prestadores deberán presentar, por lo menos una vez al año, un estudio ordinario. La Autoridad Reguladora podrá realizar de oficio, modificaciones ordinarias y deberá otorgarles la respectiva audiencia según lo manda la ley.

Serán fijaciones extraordinarias aquellas que consideren variaciones importantes en el entorno económico, por caso fortuito o fuerza mayor y cuando se cumplan las condiciones de los modelos automáticos de ajuste. La Autoridad Reguladora realizará, de oficio, esas fijaciones.

(…)”

De todo lo anterior se concluye, que Japdeva debió aplicar el pliego tarifario establecido mediante la resolución 780-RCR-2012. Ello conlleva la obligación de abstenerse de fijar una tarifa denominada, por la investigada, como: “CONT.

FURG. CARGA BODEGA”, con la intención de cobrar el servicio de carga de fruta paletizada.

La fijación de tarifas en los servicios públicos regulados es una competencia exclusiva y excluyente de la Aresep, que fue otorgada por ley, según lo desarrollado en los párrafos anteriores.

La competencia de Japdeva para definir los servicios públicos que brinda, no puede ser interpretada en detrimento de las potestades regulatorias de la Autoridad Reguladora, ni del principio del servicio al costo.

Si el prestador considera que se encuentra brindando un servicio público, que hasta el momento no ha cobrado, lo que corresponde es que solicite a la Autoridad Reguladora la tarifa para ese servicio. Para ello, se deberá acreditar los costos que conlleva la prestación de ese servicio. En ese sentido, el artículo 38 inciso a) de la Ley 7593 establece como una causal de responsabilidad civil para los prestadores de los servicios públicos el cobro de una tarifa no fijada previamente por la Autoridad Reguladora.

En este punto es importante, indicar que la testigo ofrecida por Japdeva, la señora Karla Piedra fue evasiva cuando se le interrogó sobre los costos del servicio objeto de este conflicto (folio 2506), de varias formas se le consultó, a dicha testigo, sobre los costos del servicio cobrado que originó la denuncia interpuesta. Sin embargo, dicha testigo no contestó, sino que finalmente indicó “digamos no hay diferencia en el servicio que se le da a los contenedores que ingresan y no se van en el barco, porque lo que se hace es sacar la mercadería o sea el servicio es el mismo (...)”.

Como se acreditó, en la resolución impugnada (RRG-341-2016), la investigada, a fin de dotar de tarifa a ese “servicio público” brindado pero no cobrado hasta el momento (29 de marzo de 2012), optó por incorporarlo, vía definición, a otro servicio público que sí contaba con tarifa establecida por la Aresep. Con ello, se omitió de forma indebida, el control del ente regulador a fin de determinar si, a la luz del principio del servicio al costo, lo cobrado al usuario corresponde a un precio justo. Ello, conforme los artículos 3 inciso b), 14 inciso k) y 31 de la Ley 7593.

Aunado a ello, se lesionó el procedimiento tarifario, por cuanto la decisión tomada por el mismo prestador, sin tener la competencia para ello, obvió trámites sustanciales como la audiencia pública, que debe hacer la Autoridad Reguladora, a fin de escuchar a los usuarios, previo a tomar una decisión tarifaria. En este sentido, el artículo 9 párrafo final de la Ley 7593, prohíbe a los prestadores brindar un servicio público regulado, si no cuenta con una tarifa previamente fijada por la Autoridad Reguladora.

La prestadora conoce que la ley le facultaba a presentar, en cualquier momento a la Aresep, la solicitud de fijación de tarifa, para los servicios de planificación de la operación y los patios o para el servicio de "CONT. FURG. CARGA BODEGA" y para los demás servicios públicos que brinda Japdeva, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley 7593, el Reglamento a la Ley 7593 y la resolución RRG-6570-2007, entre otras. Correspondería, en este caso a la Aresep determinar el monto de la tarifa para ese servicio denominado, por la propia prestadora, "CONT. FURG. CARGA BODEGA", siguiendo para ello el procedimiento establecido en el artículo 36 de dicha ley.

En ese sentido, cabe indicar que el procedimiento de queja, seguido en este expediente, consiste según el "AU-PO-003: Procedimiento para gestionar consultas y no conformidades de usuarios", en la "acusación ante el ente competente por disconformidad con el servicio recibido en el cual, quien la realiza pide se corrija o resarza sobre la situación presentada. Inconformidad expuesta por un usuario o abonado, relacionada con la prestación de un servicio público regulado, que afecta a un usuario concreto o a un grupo determinado de ellos. Lo que se pretende con la queja es que se corrija la anomalía concreta y/o se resarzan los daños ocasionados por el prestador".

De lo anterior, se desprende que el objetivo del mismo, es el determinar si hubo o no una anomalía en la prestación del servicio público por parte de Japdeva. En este caso, Japdeva definió un servicio denominado "CONT. FURG. CARGA BODEGA", para lo cual tiene competencia suficiente para hacerlo. Sin embargo, la anomalía consistió en decidir por sí misma, la tarifa que le correspondía a ese servicio.

Las etapas del citado procedimiento de queja son: la admisión, la investigación preliminar, la conciliación (cuando aplique), y como en este caso, la instrucción de un procedimiento administrativo ordinario, conforme lo dispuesto en la Ley 6227.

Escapa al objeto de este procedimiento de queja, el determinar si el servicio "CONT. FURG. CARGA BODEGA", debe poseer una tarifa, y si es así, si esta debe ser idéntica o distinta a la tarifa fijada por la Autoridad Reguladora para el servicio "CARGA Y DESCARGA", para ello existe, establecido por la Ley 7593, un procedimiento distinto. En dicho procedimiento tarifario, se analiza en detalle los costos de cada servicio y en atención a ello se establece, si corresponde, una tarifa.

El procedimiento tarifario, contiene una serie de etapas, las cuales son: se presenta la solicitud o se hace de oficio el estudio tarifario, se revisa la admisibilidad, en los casos en que proceda, se remite a audiencia o consulta pública, se emite el informe técnico (en el cual se valora la información remitida por el solicitante, es decir, los costos del servicio que brinda) y jurídico, que se plasma en una resolución y se publica en caso de modificaciones a las tarifas vigentes. Si existe inconformidad, se resuelven las impugnaciones interpuestas y

como consecuencia de ello, adquiere firmeza el acto final del procedimiento. Una vez cumplidas las etapas, los usuarios del servicio deben cancelar las tarifas establecidas por la Aresep.

Por ello, en el presente asunto, se observó, un proceder inapropiado (anomalía) por parte de Japdeva, quien se percató que, a su criterio, estaba brindando un servicio público, denominado por ella misma "CONT. FURG. CARGA BODEGA" y que hasta la fecha (29 de marzo de 2012) no lo había cobrado a los usuarios y, por ello, decidió, por sí misma, cobrarlo en adelante, asimilándolo, también a su criterio, a la tarifa denominada "CARGA Y DESCARGA" la cual fue establecida por la Aresep, en la resolución 780-RCR-2012.

La anomalía en este asunto, consistió en la toma de una decisión tarifaria por parte de un ente que carece de competencia para ello. Japdeva carece de competencias que le permitan fijar a un servicio que, hasta el momento no se había cobrado, una tarifa establecida por Aresep para otro servicio público.

Este comportamiento, violentó los principios fundamentales de servicio al costo (es la Aresep la llamada a determinar si los costos son iguales o distintos y fijar la tarifa que corresponda), participación ciudadana (se impuso una tarifa a un servicio por el cual el usuario nunca antes había pagado, obviando el procedimiento tarifario y, con ello, la audiencia pública).

Con ello, la recurrente se atribuyó competencias ajenas, al decidir por sí misma, cuál tarifa aplicar, a un servicio público que admite no haber cobrado antes, y que no fue incluido en la resolución tarifaria 780-RCR-2012.

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

2 y 3- Sobre la transcripción del video que consta en los folios 70 y 71 de la resolución recurrida:

La recurrente alegó que los videos que constan a folios 70 y 71, son irrelevantes.

Al respecto cabe indicarle a Japdeva, que lo correspondiente a la prueba en los procedimientos administrativos, se encuentra regulado en el artículo 298 de la Ley 6227, el cual señala:

"(...)

1. Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común.
2. Salvo disposición en contrario, las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

(...)"

Específicamente sobre los videos, como medio de prueba, se tiene lo dispuesto en el artículo 368 del Código Procesal Civil, que en lo que interesa dice:

"Son documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo."

De lo anterior, se tiene que la admisión de los videos como un medio de prueba, es un acto válido de la Administración. Ahora bien, dicho medio de prueba, conforme el artículo antes citado debe ser apreciado de conformidad con las reglas de la sana crítica.

En cuanto a los videos, cabe hacer referencia a lo indicado en la resolución recurrida (ver folios 7395, 7396, 7397, 7398, 7406 y 7407), la cual dispuso lo siguiente:

Sobre el primer video:

"(...)

El órgano director, una vez que observó el disco compacto, en aplicación de los artículos 82 del Código Procesal Contencioso Administrativo, y 368 del Código Procesal Civil, ambos de aplicación al presente procedimiento en virtud de lo establecido en el artículo 229 de la Ley 6227, admitió el documento como prueba, y para los fines pertinentes se procedió a realizar la transcripción del primer video, que tiene una duración de 9 minutos 59 segundos, y en el cual se detalla la descripción de la actividad de ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada, (...).

(...)

Nótese, que existe coincidencia entre lo señalado por la Licda. Piedra Alfaro, el señor Castro Vargas y lo desarrollado en el video que se transcribe, con respecto a la descripción de la actividad de ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos (sic) fruta paletizada. Coincidiendo ambas pruebas, en que la actividad consiste en el ingreso de contenedores a los patios de JAPDEVA, luego se abren los contenedores, se saca la fruta paletizada, a través del uso de montacargas o perras eléctricas, los cuáles colocan posteriormente las paletas en las canastas ubicadas a un costado de los barcos, y que luego son subidas con grúas a las bodegas de los barcos donde son organizadas.

(...)"

Sobre el segundo video:

"(...)

Luego de ver el video y la transcripción anterior, se logra determinar que el servicio que sí se encuentra recogido en las resoluciones de marras, resulta diferente a la actividad de ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada, pues el primer servicio (carga y descarga de contenedores) consiste en el ingreso del furgón o contenedor a los patios del puerto que administra JAPDEVA con el fin de ser transportado ese furgón o contenedor –que bien puede ir lleno o vacío– al barco por medio de una grúa; mientras que la segunda actividad relacionada con (sic) ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada, consiste en el ingreso de un furgón o contenedor, el cual va lleno con fruta que va colocada en paletas, los cuales sirven como un medio de transporte con el fin de que el producto sea transportando (sic) con la menos manipulación posible a efecto de que no se dañe, este furgón o contenedor ingresa al patio, es abierto, y luego con monta cargas es bajado en los patios para ser trasladado a la grúa la que lo sube al barco, una vez arriba los operadores de monta carga que están dentro de las bodegas de los barcos, son los responsables de estibarlos en esas bodegas refrigeradas para que sea lleva (sic) la fruta a su destino final.

(...)"

De lo anterior, se desprende que en la resolución impugnada a los videos se les otorgó valor probatorio, credibilidad y relevancia para encontrar la verdad real de los hechos, ya que fueron valorados de conformidad con el principio de la sana crítica, en conjunto con las demás pruebas, como se verá más adelante.

En ese sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII, en concordancia con la tesis de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia 18-2014 del 13 de marzo de 2014, dispuso:

"(...)

En cuanto a la valoración de las pruebas conforme al principio de la sana crítica racional, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el artículo 330 del Código Procesal Civil, recoge lo que en doctrina se ha denominado como "el principio de la unidad de la prueba" en virtud del cual el Juez no puede analizar los elementos de juicio que aportan las partes al proceso aislada e individualmente, sino en su conjunto, para darles de acuerdo a la sana crítica o a la tarifa legal, el valor que les corresponde.

(...)"

De la normativa y jurisprudencia citada, se colige que la valoración de los elementos probatorios de acuerdo a la sana crítica, implica valorarlos de forma concatenada y no aisladamente.

Aunado a lo anterior, en la resolución recurrida, se encuentran suficientes elementos probatorios que fundamentan lo resuelto en la misma, a saber:

- a. Testigos aportados por Japdeva, los señores: Jose Alberto Aponte Quirós, Gerente Portuario; Karla Piedra Alfaro, Jefe del Departamento de Planificación; Carlos Castro Vargas, Jefe de Operaciones Portuarias (folios 2464, 2465, 2467 y 2468).*
- b. Testigo aportado por Del Monte, el señor: José Enrique Ramírez Masis, Jefe de Operaciones Portuarias (folio 2466).*
- c. Testimonio de la Licda. Carolina Murillo Álvarez, funcionaria de la Intendencia de Transporte, quien manifestó que: Japdeva no aportó información contable relacionada con la carga y descarga de contenedores con fruta paletizada; Japdeva no solicitó tarifa para la fruta paletizada carga y descarga de contenedores; que en el pliego tarifario del 2003 sólo existió el rubro de carga y descarga de contenedores; entre otras afirmaciones (folios 7404 y 7405).*
- d. Las facturas que fueron reconocidas y las no reconocidas, en la resolución recurrida, ver los folios del 7439 al 7452.*
- e. Las facturas que fueron reconocidas posteriormente en la resolución RRG-659-2016, ver los folios del 7707 al 7708.*

Si bien dichos elementos probatorios, fueron recabados durante la investigación preliminar, lo cierto es que con la apertura del procedimiento mediante la resolución RRG-097-2014 (folios 2450 al 2461), el órgano director los puso en conocimiento de la investigada (folio 2460), y fueron incorporados como prueba dentro del procedimiento ordinario en sentido estricto (principio de comunidad de la prueba).

De todo lo anterior, se desprende, que el órgano decisor analizó la prueba con base en las reglas de la sana crítica, tal y como lo dispone la normativa y la jurisprudencia citadas.

Por lo que no lleva razón la recurrente, en cuanto a este argumento.

4. Sobre el testimonio del señor Jose Enrique Ramírez Masis, visible en el folio 73.

La recurrente manifestó que al señor Jose Enrique Ramírez Masis, testigo ofrecido por la quejosa, se le formuló la pregunta ¿Por qué se usa furgón?, de la respuesta que dio este señor, no se infiere en nada respecto de la manera que es embalada la mercancía, ya sea contenerizada o paletizada, de igual forma son unidades de transporte que ingresan y requieren de la misma planificación para el uso de los patios del muelle.

En ese sentido, en la resolución RRG-341-2016 (folio 7398), se indicó:

“(…)

A mayor abundamiento, y para efectos de claridad sobre la actividad de ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada, tenemos el testimonio del señor José Enrique Ramírez Masis, en su condición de Jefe de Operaciones Portuarias de Del Monte, recibido en la primera comparecencia, el cual por su claridad y relación con los otros testimonios a los que se ha hecho referencia, merece absoluta credibilidad. El testigo en lo que interesa señaló (folio 2519):

“(…) La operación de fruta paletizada es totalmente distinta porque el barco tiene normalmente cuatro bodegas y cada bodega tiene cuatro pisos. Cada dos pisos hay un compartimento de refrigeración. Por ejemplo, no se puede cargar piña con banano y menos con melón, todo revuelto, ya hay un plan de estiba que depende del destino. Por ejemplo un barco europeo es un barco que va a Madrid, España, a Amberes, Bélgica y a Portsmouth, Inglaterra y a cada uno de esos destinos lleva piña y banano, por lo reciben un plano de ello y organizan la carga en bodega. Esa fruta la tienen almacenada en la terminal o viene directo de finca en furgones o contenedores, por eso se habla de furgones y de contenedores. ¿Por qué se usa furgón? La diferencia entre contenedor y furgón es que el contenedor se despega del chasis y el furgón es el que tiene las llantas pegadas, por lo que nada más sirve para traer la carga hasta el barco y luego debe irse. Dependiendo como se vaya a cargar el barco, por medio de sus coordinadores se pide la fruta. La piña que va para Portsmouth el contenedor entra se chequea y sencillamente se estacionan frente del barco y por medio de los montacargas de JAPDEVA, los operadores de JAPDEVA, que es otra tarifa, se transporta hasta una canasta, que va al barco y de ahí para adelante inclusive el operador que está en el barco es un estibador, todo lo que suceda dentro del barco es pagado por el estibador. Son dos operaciones totalmente distintas en una el contenedor viaja con todo y fruta, que es la carga y descarga el del área del contenedor y en otras

sólo viaja la fruta y la unidad de transporte regresar (sic) a la finca (...)”.

De lo anterior, se extrae que el testigo es claro en indicar que existen dos procedimientos distintos, una en el cual “el contenedor viaja con todo y fruta” que es lo que se ha denominado fruta contenerizada “y en otras sólo viaja la fruta” el cual se refiere a la fruta paletizada, razón por lo cual, para el ente regulador el testimonio fue claro. Sin embargo, lo cierto es que durante la celebración de la primera comparecencia, Japdeva también tuvo la oportunidad procesal para preguntar o aclarar en ese momento, si consideraba que el testimonio no había sido lo suficientemente claro. Una vez terminada la comparecencia, precluyó esta oportunidad procesal y las partes quedan sujetas a lo indicado por el testigo.

Dicha prueba testimonial, fue apreciada de forma conjunta con las demás pruebas que constan en el expediente, de conformidad con los artículos 298 de la Ley 6227, 368 del Código Procesal Civil y la tesis de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia 18-2014 del 13 de marzo de 2014, ello según lo indicado en el análisis de fondo de los apartados 2 y 3 de este criterio.

Por último, cabe indicar que sea que la mercancía vaya contenerizada o paletizada, lo cierto del caso es que Japdeva debió aplicar el pliego tarifario establecido mediante la resolución 780-RCR-2012 y no debió fijar una tarifa para el servicio de “CONT. FURG. CARGA BODEGA”, el cual incorpora la fruta paletizada, por ser esta un competencia exclusiva y excluyente de la Aresep otorgada por ley, de conformidad con todo lo establecido en el apartado 1 de este criterio. Ello en protección del usuario, del servicio al costo y del derecho a audiencia pública, como paso previo a la fijación de una tarifa de un servicio público “nuevo” (en el sentido que la investigada admitió no haberlo cobrado antes).

La investigada, en su impugnación (folios 7493 y 7494) afirmó: “No hay razón para distinguir entre contenedores o furgones con fruta paletizada o cualquier otro, en virtud de que para cada uno de ellos es necesario habilitar la logística de carga y descarga, sea esto la planificación de operación y de patios, entre otras”.

Sin embargo, debe recordarse que la propia prestadora sí había hecho esa diferenciación, por cuanto admitió que nunca antes había cobrado el servicio de la fruta paletizada, es decir, al menos para efectos tarifarios, lo consideraba un servicio distinto. También su propio testigo, la señora Karla Piedra, sostuvo que son conceptos diferentes (folio 2503).

Más adelante (folio 2505), se le pregunta a la testigo si por la descarga de fruta paletizada Japdeva cobraba algún monto a Del Monte, la respuesta fue la siguiente: “Por la descarga de flota paletizada, no señor (...)”

En igual sentido, el testigo Jose Aponte (folio 2512) indicó: “es un servicio que se venía dando, todo el tiempo es un servicio que se ha dado pero que

sencillamente no se cobraba, con la aclaración lo que hace es simplemente meter dentro de la definición de este rubro tarifario.” Más adelante señaló: “...con el cambio o la ampliación de la definición del rubro tarifario entonces se comienza a aplicar un cobro adicional que para los usuarios se convierte en un cobro adicional (...)”. Finalmente reiteró: “... hoy finalmente cuando vemos que es un servicio que estamos proveyendo y que no se incluía lo que hicimos fue incluirlo dentro de la definición del cobro tarifario para aplicar el cobro (...)”.

Si en adelante la prestadora, consideró que este servicio puede estar contemplado, en un pliego tarifario (sea como tarifa independiente o parte de una tarifa ya establecida); ello debe ser filtrado y, eventualmente, aprobado en el procedimiento tarifario respectivo (principios de servicio al costo y participación ciudadana, a través de audiencia pública).

También afirma la investigada, en su impugnación, “... el cobro procede como contraprestación de un servicio efectivamente brindado, por corresponder a un costo fijo incurrido por la institución y que no se estaba recuperando; el error incurrido por la Administración no crea un derecho a los usuarios de los servicios brindados” (folio 7497). El testigo Carlos Castro, coincidió en que previo al 29 de marzo de 2012, el servicio se daba pero no se cobraba (folio 2516).

La Aresep no desconoce el derecho del prestador a cobrar por los servicios brindados, sin embargo, ello no implica que el prestador, por sí mismo y a su criterio, tome una tarifa del pliego establecido para otros servicios, a fin de solventar su omisión. Corresponde al prestador del servicio, acudir al ente regulador indicar el servicio público que en adelante desea cobrar, y acreditar sus costos (los costos contenidos en la tarifa deben corresponder a los costos en que incurre el prestador por brindar ese “nuevo” servicio).

Una vez realizada la solicitud tarifaria, la Autoridad Reguladora, si procede fijará la tarifa luego de procedimiento que incluye, entre otras etapas una audiencia pública, que asegura el equilibrio de intereses entre los usuarios y los prestadores y la participación ciudadana, donde los primeros pueden cuestionar si los costos indicados por el prestador son los que corresponden.

Con fundamento en todo lo anterior, no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

V. CONCLUSIONES

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

1. El recurso de apelación, interpuesto por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, contra la resolución RRG-341-2016, resulta admisible, por haber sido interpuesto en tiempo y forma.
2. Existen dos servicios distintos: “CARGA Y DESCARGA” así denominado por Aresep (y denominado por Japdeva en sus facturas “CARGA Y DESCARGA CONT. Y

FURG)” y “CONT. FURG. CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada), el primero cuenta con tarifa autorizada por la Aresep a través de la resolución 780-RCR-2012, que es de \$16,98 (ver folio 7349) y el segundo no posee tarifa fijada por el ente regulador.

- 3. De los artículos 4, 5 inciso f), 6 incisos a), d) y f), todos de la Ley 7593, artículo 59 inciso 1) de la Ley 6227, se desprende que la Aresep, es quien tiene la competencia para fijar, entre otras, las tarifas de los servicios que brinda Japdeva.*
 - 4. En el presente procedimiento, se acreditó, en la resolución impugnada (RRG-341-2016) un proceder inapropiado (anomalía) por parte de Japdeva, quien se percató que, a su criterio, estaba brindando un servicio público, denominado por ella misma “CONT. FURG. CARGA BODEGA” y que hasta la fecha (29 de marzo de 2012) no lo había cobrado a los usuarios y, por ello, decidió, por sí misma, cobrarlo en adelante, asimilándolo, también a su criterio, a la tarifa denominada “CARGA Y DESCARGA” la cual fue establecida por la Aresep, en la resolución 780-RCR-2012. La anomalía en este asunto, consistió en la toma de una decisión tarifaria por parte de un ente que carece de competencia para ello.*
 - 5. La competencia de Japdeva para definir los servicios públicos que brinda, no puede ser interpretada en detrimento de las potestades regulatorias de la Autoridad Reguladora, ni del principio del servicio al costo. Si el prestador considera que se encuentra brindando un servicio público, que hasta el momento no ha cobrado, lo que corresponde es que solicite a la Autoridad Reguladora la tarifa para ese servicio.*
 - 6. En cuando a los videos y al testimonio del señor Jose Enrique Ramírez Masis, aportados como prueba, se concluye que el órgano decisor analizó la prueba con base en las reglas de la sana crítica, tal y como lo dispone la normativa y la jurisprudencia citadas.*
 - 7. El testimonio de Ramírez Masis es claro en diferenciar los servicios de fruta contenerizada y paletizada. Ello, junto con el restante elenco probatorio, llevó a que una de las conclusiones de la resolución impugnada (RRG-341-2017) es que se trata de servicios distintos.
(...)”*
- II.** Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y acuerdo al mérito de los autos, lo procedente, es: Declarar sin lugar, el recurso de apelación, interpuesto por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (Japdeva), contra la resolución RRG-341-2016; dar por agotada la vía administrativa, únicamente en cuanto al recurso de apelación, interpuesto por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (Japdeva), contra la resolución RRG-341-2016 y notificar a las partes, tal y como se dispone.
 - III.** Que en la sesión ordinaria 42-2017, del 8 de agosto de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, con base en el citado oficio, resolvió con carácter de firme, 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 DE LA AUTORIDAD REGULADORA
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
RESUELVE:**

ACUERDO 06-42-2017

- I. Declarar sin lugar, el recurso de apelación, interpuesto por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (Japdeva), contra la resolución RRG-341-2016.
- II. Dar por agotada la vía administrativa, únicamente en cuanto al recurso de apelación, interpuesto por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (Japdeva), contra la resolución RRG-341-2016.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

Planteamientos adicionales de la Junta Directiva en torno al caso

La señora **Adriana Garrido Quesada** plantea solicitar una verificación de cuáles son todos los servicios que está dando JAPDEVA.

La **Sonia Muñoz Tuk** propone, valorar realizar una visita técnica a la nueva Terminal de Contenedores de Moín (TCM), en la provincia de Limón, lo cual considera que puede ser sumamente valioso para conocer la operativa del muelle. Igualmente, sugiere invitar al consultor Olman Elizondo, especialista en la materia.

La señora **Xinia Herrera Durán** somete a votación los planteamientos y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 07-42-2017

1. Solicitar a la Intendencia de Transporte verificar cuáles son los servicios de carga y descarga de contenedores y furgones que está brindando actualmente Japdeva, ello a raíz del criterio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria 449-DGAJR-2017 del 12 de mayo de 2017, en relación con el recurso de apelación, interpuesto por Japdeva, así como valorar una fijación tarifaria de oficio.

2. Encargar al señor Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de Junta Directiva, coordinar una visita técnica a la nueva Terminal de Contenedores de Moín (TCM), de manera que participen funcionarios de la Intendencia de Transporte, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y la Dirección General de Atención al Usuario.

ARTÍCULO 8. Recurso de apelación y gestión de aclaración y adición interpuestos por la Corporación Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016. Expediente AU-294-2012.

La Junta Directiva conoce el oficio 467-DGAJR-2017 del 17 de mayo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación y gestión de aclaración y adición interpuestos por la Corporación Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016. Expediente AU-294-2012.

El señor **Eric Chaves Gómez** 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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 467-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 21 de setiembre de 2012, la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S. A. (en adelante Del Monte S.A.), planteó queja contra la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (en adelante Japdeva) por el cobro de la tarifa de carga y descarga de contenedores y furgones aplicada a las unidades de transporte que ingresan a muelle a descargar fruta paletizada, para cargar en las bodegas del barco. (Folios 1 al 105).
- II. Que el 22 de octubre de 2012, la entonces Dirección General de Participación al Usuario (DGPU), previno a Del Monte S.A., que debía señalar claramente su pretensión, con indicación clara de la queja que se planteaba, sus fundamentos de hecho y prueba correspondiente; así como aportar fotocopias de las facturaciones que reclama, con el detalle del monto total. (Folios 106 al 109).
- III. Que el 6 de noviembre de 2012, Del Monte S.A., aclaró su pretensión, por lo que solicitó que se le ordenara a Japdeva, lo siguiente:

“1. Que proceda de inmediato a suspender el cobro de la Tarifa de Carga y Descarga de Contenedores y Furgones a las unidades de transporte que ingresan a muelle (sic) a descargar fruta paletizada para carga en las bodegas del barco. 2. Que proceda a reintegrarle a mi representada la suma total de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTICUATRO COLONES CON SESENTA CÉNTIMOS (¢184.397.924,60) correspondiente a los dineros cancelados por mi representada a JAPDEVA desde el 29 de marzo de 2012 al 16 de octubre de 2012, así como los montos que a futuro sean cancelados, correspondiente a la tarifa de Carga y Descarga de Contenedores y Furgones aplicada a las unidades

de transporte que ingresaron a muelle (sic) a descargar fruta paletizada y que fue cargada en las bodegas de los barcos, lo anterior según facturas adjuntas (...)." (Folios 110 al 803).

- IV.** Que el 21 de enero de 2013, se realizó la audiencia de conciliación, con la presencia de ambas partes, sin alcanzar ningún acuerdo. (Folios 823 al 832).
- V.** Que el 23 de mayo de 2013, Del Monte S.A., solicitó realizar una inspección de campo para verificar los servicios de carga y descarga de contenedores. (Folio 833).
- VI.** Que el 20 de febrero de 2014, Del Monte S.A., amplió su pretensión, y solicitó el pago de las sumas canceladas a Japdeva, en el período del 24 de octubre de 2012 al 21 de noviembre de 2013, por un monto de trescientos noventa y seis millones seiscientos ochenta y siete mil quinientos setenta y seis colones con treinta y cinco céntimos (¢396.687.576,35), correspondiente al rubro de "Carga y Descarga de Contenedores y Furgones", aplicada a las unidades de transporte que ingresaron al muelle a descargar fruta paletizada. Dicho monto, además de los ciento ochenta y cuatro millones trescientos noventa y siete mil novecientos veinticuatro colones con sesenta céntimos (¢184.397.924,60), reclamados inicialmente, lo cual suma un total de quinientos ochenta y un millones ochenta y cinco mil quinientos colones con noventa y cinco céntimos (¢581.085.500,95). (Folios 835 al 2428).
- VII.** Que el 10 de marzo de 2014, la entonces Comisión de Procedimientos Administrativos en Trámite (CPAT) mediante el oficio 101-CPAT-2014, emitió la valoración inicial de la queja. (Folios 2442 al 2446).
- VIII.** Que el 12 de marzo de 2014, mediante la resolución RRG-097-2014, el entonces Regulador General, ordenó el inicio del procedimiento administrativo, contra Japdeva, con base en la queja interpuesta. Asimismo, nombró Órgano Director, realizó la intimación e imputación de cargos y citó a la comparecencia oral y privada. (Folios 2450 al 2461).
- IX.** Que el 5 de mayo de 2014, se llevó a cabo la comparecencia oral y privada. (Folios 2464 al 2471 y 2493 al 2526).
- X.** Que el 28 de julio de 2014, mediante el oficio 297-CPAT-2014, la entonces CPAT rindió el informe final del procedimiento. (Folios 2565 al 2585).
- XI.** Que el 29 de julio de 2014, mediante la resolución RRG-290-2014, el entonces Regulador General, resolvió lo siguiente:

"I. Declarar parcialmente con lugar la denuncia planteada por la Corporación Desarrollo Agrícola Del Monte S.A. (sic), contra la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica respecto de las facturaciones por servicios portuarios y marítimos emitidas entre el 29 de marzo de 2012 y el 11 de diciembre de 2012 a la cuenta contable 2241-0249, pues el cobro de un costo fijo por la planificación y uso de los patios de carga y descarga, incorporado en la modificación a la descripción del servicio de carga y descarga de contenedores y furgones surtió efectos jurídicos a partir de su publicación, es decir, a partir del 12 de diciembre de 2012. II. Ordenar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo

Económico de la Vertiente Atlántica que de inmediato reformule las facturaciones emitidas desde el 29 de marzo de 2012 al 11 de diciembre de 2012 de la cuenta contable 2241-0249 a nombre de la Corporación Desarrollo Agrícola Del Monte S.A. (sic), en las cuales haya cobrado el servicio de "Cont. y furgón carga bodega", y reintegre de inmediato las diferencias que pudieran existir. III. Indicar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica y a la Corporación Desarrollo Agrícola Del Monte S.A. (sic), que la reformulación de las facturas emitidas entre el 29 de marzo de 2012 y el 11 de diciembre de 2012 debe contener el detalle exacto de los servicios portuarios y marítimos brindados en ese lapso de tiempo y de las tarifas cobradas por ellos, de acuerdo con las fijadas en la resolución 780-RCR-2012 de las 15:00 horas del 6 de marzo de 2012." (Folios 2591 al 2616).

- XII.** Que el 1 de agosto de 2014, Del Monte S.A, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra la resolución RRG-290-2014. (Folios 2586 al 2589).
- XIII.** Que el 1 de octubre de 2014, mediante la resolución RRG-419-2014, el entonces Regulador General, rechazó por inadmisibles el recurso de revocatoria, interpuesto por Japdeva, contra la resolución RRG-097-2014. (Folios 2631 al 2637).
- XIV.** Que el 1 de octubre de 2014, el entonces Regulador General, mediante la resolución RRG-417-2014, resolvió el recurso de revocatoria, interpuesto por Del Monte S.A., contra la resolución RRG-290-2014, en los siguientes términos:
- "1. Anular la resolución RRG-290-2014, y por conexidad el oficio 297-CPAT-2014. 2. Retrotraer el procedimiento al momento previo al dictado de la valoración final. 3. Archivar el recurso de revocatoria y de apelación interpuestos por Corporación de Desarrollo Agrícola del Monte S.A., contra la resolución RRG-290-2014. 4. Dar prioridad a la tramitación del presente procedimiento en el tanto tiene interpuesto un amparo de legalidad." (Folios 2651 al 2664).*
- XV.** Que el 8 de octubre de 2014, Japdeva, presentó expresión de agravios ante la Junta Directiva, correspondiente al recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria, contra la resolución RRG-097-2014. (Folios 2638 al 2650).
- XVI.** Que el 26 de febrero de 2015, mediante la resolución RJD-020-2015, la Junta Directiva, resolvió rechazar por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por Japdeva, contra la resolución RRG-097-2014. (Folios 2714 al 2724).
- XVII.** Que el 5 de junio de 2015, el entonces Regulador General mediante la resolución RRG-309-2015, ordenó la sustitución de uno de los miembros del órgano director. (Folios 2750 al 2755).
- XVIII.** Que el 16 de junio de 2015, el Regulador General mediante el oficio 524-RG-2015, autorizó la realización de una segunda comparecencia oral y privada. (Folio 2748).
- XIX.** Que el 16 de junio de 2015, el órgano director mediante la resolución ROD-DGAU-101-2015, convocó a la segunda comparecencia oral y privada. (Folios 2759 al 2767).

- XX.** Que el 29 de junio de 2015, el órgano director mediante la resolución ROD-DGAU-122-2015, rechazó la solicitud de Del Monte S.A., en cuanto a realizar una inspección de campo. (Folios 2870 al 2877).
- XXI.** Que el 7 de julio de 2015, se realizó la segunda comparecencia oral y privada, contando con la presencia de los representantes de Del Monte S.A. y Japdeva. (Folios 7038 al 7093).
- XXII.** Que el 7 de julio de 2015, durante la segunda comparecencia oral y privada, Del Monte S.A., amplió su pretensión para solicitar el pago de las sumas canceladas a Japdeva, entre el 29 de marzo de 2012 y el 12 de junio de 2015, por la suma de mil ochenta y cuatro millones seiscientos sesenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta y un colones con ochenta y cinco céntimos (¢1.084.669.451.85), por concepto de tarifa de Carga y Descarga de Contenedores y Furgones aplicada a las unidades de transporte que ingresaron a muelle a descargar fruta paletizada y que fue cargada en las bodegas de los barcos. (Folios 2878 al 7021).
- XXIII.** Que el 8 de julio de 2015, Del Monte S.A., presentó ampliación de alegatos y conclusiones. (Folios 7023 al 7030).
- XXIV.** Que el 22 de enero de 2016, el órgano director mediante el oficio 268-DGAU-2016, rindió el informe final. (Folios 7104 al 7199).
- XXV.** Que el 26 de enero de 2016, el Regulador General mediante el oficio 057-RG-2016, en su condición de órgano decisor, solicitó al órgano director, la ampliación del informe final. (Folios 7204 y 7205).
- XXVI.** Que el 1 de marzo de 2016, el órgano director mediante el oficio 887-DGAU-2016, amplió el informe final. (Folios 7208 al 7320).
- XXVII.** Que el 29 de marzo de 2016, el órgano director mediante el oficio 1202-DGAU-2016, emitió segunda ampliación del informe final. (Folios 7321 y 7322).
- XXVIII.** Que el 6 de abril de 2016, el órgano decisor mediante la resolución RRG-341-2016, resolvió lo siguiente:

“I. Declarar parcialmente con lugar, la queja interpuesta por la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., en contra de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), únicamente en cuanto al reintegro de los dineros que se logró comprobar mediante las fotocopias de facturas certificadas que fueron cancelados por concepto de “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA”, de conformidad con los artículos 27 y 28 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios públicos (Ley 7593). II. Ordenar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica JAPDEVA que cese el cobro que se le ha venido ejecutando a la Corporación De Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., bajo el concepto denominado “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores y/o furgones a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada). III. Ordenar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) reintegrar a la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., las sumas pagadas bajo el concepto denominado en las facturas “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA” (ingreso

de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada), la suma de MIL DIECISÉIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUARENTA Y UN COLONES CON OCHENTA Y SEIS CÉNTIMOS (¢1.016.364.041,86), según el siguiente detalle: (...). IV. Rechazar la solicitud de pago de perjuicios, en ocasión del cobro de sumas por concepto del ingreso de contenedores para descargar, en bodegas de los barcos, la fruta paletizada. Esta en razón de que la ARESEP no está autorizada a realizar dicho reconocimiento. V. Rechazar el cobro de las facturas N° 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819, 293825, 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480, 337483, por no encontrarse dentro de las facturas que fueron certificadas. VI. Rechazar la solicitud de sancionar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) en este procedimiento de conformidad con el artículo 38 de la Ley 7593 por cuanto, no fue definido así el objeto de este procedimiento. VII. Instruir a la Dirección General de Atención al Usuario, para que se realice la investigación inicial de los hechos aquí acreditados a la luz del artículo 38 de la Ley 7593 y recomiende lo legalmente procedente al órgano decisor.” (Folios 7326 al 7454).

- XXIX.** Que el 15 de abril de 2016, Del Monte S.A., interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y solicitud de adición y aclaración contra la resolución RRG-341-2016. (Folios 7324 y 7325).
- XXX.** Que el 30 de setiembre de 2016, el Regulador General mediante la resolución RRG-659-2016, - entre otras cosas- resolvió: “(...) **I.** Rechazar por inadmisibile, la solicitud de adición y aclaración (...). **II.** Declarar parcialmente con lugar, el recurso de revocatoria, interpuesto por la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016, únicamente en cuanto al reconocimiento de las facturas (...). **III.** Declarar la nulidad parcial, de la resolución RRG-341-2016, únicamente en cuanto al rechazo de las facturas 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819 y 293825. En lo demás, se mantiene incólume la resolución recurrida.” (Folios 7680 a 7712).
- XXXI.** Que el 10 de octubre de 2016, Japdeva, contestó el emplazamiento otorgado en la resolución RRG-659-2016. (Folios 7675 al 7679).
- XXXII.** Que no consta en autos que Del Monte haya respondido el emplazamiento conferido.
- XXXIII.** Que el 6 de diciembre del 2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (en adelante DGAJR) mediante el oficio 1149-DGAJR-2016, rindió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP. (Folios 7718 a 7721).
- XXXIV.** Que el 6 de diciembre de 2016, la Secretaría de la Junta Directiva, mediante el memorando 817-SJD-2016, remitió a la DGAJR para análisis, el recurso de apelación interpuesto por Del Monte, contra la resolución RRG-341-2016. (Folio 7722).
- XXXV.** Que el 17 de mayo de 2017, mediante el oficio 467-DGAJR-2017, la DGAJR, brindó el criterio solicitado sobre el recurso de apelación interpuesto. (Correrá agregados a los autos).

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

CONSIDERANDO:

- I. Que el recurso de apelación interpuesto por La Corporación Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016 fue analizado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el respectivo criterio jurídico, que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

“ (...)”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA.

a) **Naturaleza.**

Sobre el recurso de apelación:

El recurso interpuesto contra la resolución RRG-341-2016, es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

Sobre la gestión de adición y aclaración:

La recurrente interpuso solicitud de adición y aclaración sobre la resolución RRG-341-2016.

En cuanto a esta gestión, es preciso indicar que la misma no se encuentra expresamente regulada por la LGAP, por lo que en virtud de tal vacío normativo, se debe proceder a la integración normativa, en apego a lo establecido en el artículo 229 de la citada Ley.

En este sentido, el Código Procesal Civil (en adelante CPC), normativa supletoria respecto de este instituto, lo regula en su numeral 158, que establece:

“ (...)”

Artículo 158.- Aclaración y adición. Los jueces y los tribunales no podrán variar ni modificar sus sentencias, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan sobre punto discutido en el litigio. La aclaración o adición de la sentencia sólo proceden respecto de la parte dispositiva.

Estas aclaraciones o adiciones podrán hacerse de oficio antes de que se notifique la resolución correspondiente, o a instancia de parte presentada dentro del plazo de tres días. En este último caso, el juez o el tribunal, dentro de las veinticuatro horas siguientes, resolverá lo que proceda.

(...)”

En igual forma, existe jurisprudencia constitucional, que permite la aclaración y adición respecto a la parte considerativa, en el tanto, no implique la variación de ningún criterio ni

de las conclusiones a las cuales se llegó para resolver el asunto. (Ver en ese sentido, la resolución N° 485-1994, de las 16 horas del 25 de enero de 1994).

Sobre este mismo particular, se debe señalar que dicha figura ha sido aceptada jurisprudencialmente dentro de los procedimientos administrativos; tal y como puede observarse en diversas resoluciones de la Sala Constitucional, a saber: las N° 7269-2004, N° 9030-2008 y N° 17737-2011.

Específicamente en la resolución N° 7269-2004, se indicó

“(...) las otras inconformidades que el petente expone con relación al proceder del Gerente de la Aduana Santamaría también son inadmisibles. En efecto, en primer lugar, si él estima que los oficios impugnados son omisos en su fundamentación, tiene abierta la posibilidad de solicitar una adición o aclaración ante el propio recurrido. (...)”.

En virtud de lo supra transcrito y según lo ha analizado la doctrina y jurisprudencia, la aclaración de una resolución administrativa procede respecto de su parte considerativa y dispositiva y que su objeto, lo constituye aclarar cualquier concepto oscuro o suplir cualquier omisión, para lo cual puede solicitarse a instancia de parte dentro del plazo de 3 días.

Al respecto, nótese entonces que dicha solicitud tiene sus limitaciones, pues no es un medio de impugnación como sí lo son los recursos, en razón de que solamente puede requerirse la subsanación de posibles aspectos oscuros u omisiones referentes a la resolución, tal y como se ha indicado en párrafos precedentes.

Así lo ha definido la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, al indicar:

“(...)”

II.- Por otra parte, la adición y la aclaración, prevista en el numeral 158 del Código Procesal Civil, no son mecanismos para impugnar las sentencias, sino simples remedios procesales previstos para subsanar oscuridades u omisiones cometidas, exclusivamente, en la parte dispositiva ("por tanto") de determinada resolución judicial. En el caso que nos ocupa, no media una petición de esa naturaleza, sino un cuestionamiento de fondo, pues lo que se pretende es una revocatoria y esta no procede por estar correcto lo resuelto. [...] Resolución N° 2013-000883 de las 8:55 horas del 9 de agosto de 2013, dictada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

(...)”

Lo anterior permite concluir, que una solicitud de aclaración en sentido técnico, no constituye una revisión de lo resuelto, en virtud de que solamente es posible corregir errores materiales, precisar términos del pronunciamiento, o bien, subsanar una omisión, pero no alterar, variar o modificar el fondo de la resolución, puesto que ello violaría los principios de seguridad, certeza jurídica, interdicción de la arbitrariedad y de justicia pronta

y cumplida. De tal manera, la aclaración no es entonces, un instrumento procesal de revocación o sustitución de una decisión administrativa, sino que es precisamente, un remedio para hacer cumplir lo ordenado, autorizado o permitido (voluntad del órgano o el ente administrativo).

En este sentido, la recurrente cuanto solicitó que se aclaren los efectos de la resolución RRG-341-2016, con el objetivo de que se le ordene a Japdeva reintegrarle a la empresa Del Monte, la totalidad de los dineros cancelados por concepto de cobro del servicio denominado "CON Y FURG CARGA BODEGA" desde el 29 de marzo de 2012 y hasta el 15 de abril de 2016, es decir la recurrente pretende que se modifique lo resuelto, en cuanto a este punto particular, no que se aclare algún apartado oscuro de la misma o se supla porque haya sido omisa, lo cual resulta totalmente improcedente con la figura de la aclaración y adición.

Por lo que en el presente asunto y con fundamento en lo anteriormente desarrollado, considera este órgano asesor que no existe en la resolución RRG-341-2016, en su parte considerativa o dispositiva, aspectos oscuros que requieran aclararse, términos que deban precisarse, errores materiales que requieran corregirse, u omisiones que deban subsanarse.

b) **Temporalidad.**

Sobre el recurso de apelación:

Conforme a los artículos 140, 141, 240 inciso 1), 255, 256 y 346 inciso 1) de la LGAP, la recurrente debe interponer los recursos ordinarios dentro del término de tres días hábiles, contados a partir de la notificación del acto administrativo en cuestión.

La resolución recurrida RRG-341-2016, le fue notificada a la recurrente el 12 de abril de 2016 (folio 7454), y por su parte, la recurrente interpuso el recurso de apelación, el 15 de abril de 2016 (folios 7324).

A partir de lo anterior, el plazo de 3 días hábiles para interponer los recursos ordinarios, venció el 15 de abril de 2016, por lo tanto, se tiene que el recurso fue interpuesto en tiempo.

Sobre la gestión de adición y aclaración:

En relación con la solicitud de adición y aclaración, como se indicó en el punto anterior, constituye una figura propia del derecho procesal común, que no se encuentra expresamente regulada por el derecho procesal administrativo, por la naturaleza especial del acto administrativo. Por lo que, no existe un plazo específico que contemple el espacio temporal para que un destinatario de un acto administrativo expresado mediante una resolución administrativa, solicite la aclaración y adición de la parte considerativa y dispositiva de aquella.

No obstante lo anterior, puede recurrirse en forma supletoria y excepcional, al citado artículo 158 del CPC, que contiene un plazo de tres días a partir de la notificación de la

sentencia para que la parte solicite “aclaración y/o adición” de la misma, en aplicación de lo establecido en el artículo 229 de la LGAP.

En tal sentido y del análisis comparativo entre la fecha de notificación de la resolución RRG-341-2016 y la de interposición de la gestión de adición y aclaración -de manera conjunta con el recurso de apelación, con respecto al plazo de tres días hábiles para interponerla, señalado en el artículo 158 del CPC y que venciera el 15 de abril de 2016, se concluye que la solicitud de aclaración y adición se presentó dentro del plazo legal.

c) **Legitimación.**

Respecto de la legitimación, se tiene que Del Monte interpuso la queja contra Japdeva, es por ello que está legitimada para actuar –en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 de la Ley 6227, 27 y 28 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593).

d) **Representación.**

El señor Luis Enrique Gómez Portuguez, es apoderado generalísimo sin límite de suma de Del Monte S.A, -según consta en las certificaciones notariales visibles a folios 9 y 834-, por lo cual está facultado para actuar en nombre de éste.

De lo anterior se concluye, que el recurso de apelación, interpuesto por Del Monte S.A., resulta admisible por haber sido interpuesta en tiempo y forma.

Por el contrario, la solicitud de aclaración y adición planteada, debe rechazarse de plano por improcedente, por no ser una solicitud de naturaleza aclaratoria.

III. ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE.

Los argumentos expresados dentro del recurso de apelación, se pueden sintetizar de la siguiente forma:

1. Incongruencia entre lo establecido en el Considerando y el Por Tanto de la resolución RRG-340-2016: En dicha resolución, se determinó que el cobro de la tarifa del servicio de “CON. Y FURG CARGA BODEGA”, es improcedente. La queja por dicho cobro, se presentó el 6 de setiembre de 2012 y la última factura se presentó el 12 de junio de 2015, por ello la resolución recurrida, debió contemplar no solo la devolución de los dineros liquidados, sino también los dineros desde la última factura presentada el 12 de junio de 2015 y hasta el día de hoy (día de presentación del recurso). Esto provocó una incongruencia entre lo establecido en el Considerando y el Por Tanto, de la resolución recurrida.

2. Sobre las facturas impugnadas por Del Monte: El órgano director tuvo por acreditado que no existió oposición de Japdeva en cuanto a las facturas aportadas, por lo que las mismas son pruebas que acreditan los pagos realizados por Del Monte a Japdeva. Sin

embargo, el Regulador General rechazó el cobro de las facturas: 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819, 293825, 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480 y 337483, por no encontrarse certificadas.

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO.

1. Incongruencia entre lo establecido en el Considerando y el Por Tanto de la resolución RRG-340-2016.

Afirma la recurrente que en dicha resolución, se determinó que el cobro de la tarifa del servicio de “CON. Y FURG CARGA BODEGA”, es improcedente. La queja por dicho cobro, se presentó el 6 de setiembre de 2012 y la última factura se presentó el 12 de junio de 2015, por ello la resolución recurrida, debió contemplar no solo la devolución de los dineros liquidados, sino también los dineros desde la última factura presentada el 12 de junio de 2015 y hasta el día de hoy (día de presentación del recurso). Esto provocó una incongruencia entre lo establecido en el Considerando y el Por Tanto, de la resolución recurrida.

En relación a lo indicado por la recurrente, en cuanto al tema de la devolución del dinero pagado a Japdeva, cabe indicar que en el Considerando de la resolución recurrida se dispuso lo siguiente:

“Aunado a lo anterior, conviene señalar que el 7 de julio de 2015, día en que se celebró la segunda comparecencia oral y privada, Del Monte, además de aportar lo prevenido, amplió la pretensión a efecto de que se le ordene a JAPDEVA que reintegre los montos pagados de más por concepto de “carga y descarga de contenedores con fruta paletizada” en el periodo comprendido del 29 de marzo de 2012 (fecha de inicio del cobro) al 16 de junio de 2015 (fecha de la última factura aportada de forma certificada).

Con respecto a la ampliación de pretensiones conviene señalar que de conformidad con los artículos 309, párrafo primero, y 312, inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública, toda prueba se recibirá y evacuará hasta el monto de la comparecencia oral y privada. Razón por la cual, el órgano director procedió a admitir la prueba aportada el 7 de julio de 2015 en la segunda comparecencia, consistente en la prueba testimonial y documental, esta última consistente en las fotocopias certificadas de las facturas pagadas a JAPDEVA en ese periodo (SIC).” (Folios 7435 y 7436).

En ese sentido, cabe indicar que en la resolución RRG-659-2016 -que resolvió el recurso de revocatoria interpuesto por Del Monte contra la resolución RRG-341-2016, se indicó lo siguiente:

“(…)

Nótese, que la resolución RRG-341-2016, no dispone en su parte considerativa ni en su parte dispositiva, que deba reintegrarse a la recurrente los supuestos dineros cancelados a Japdeva, en fecha posterior al 12 de junio de 2015. Lo que dispone únicamente, es que la investigada debe cesar el cobro del servicio “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA”, lo cual no implica un reconocimiento implícito de las supuestas sumas pagadas por Del Monte S.A., luego de la fecha indicada, como lo pretende la recurrente en el argumento en análisis.

De esta forma, se encuentra que en la resolución RRG-341-2016, se dispuso:

- 1. La improcedencia del cobro del cobro (sic) del servicio “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA”, realizado por Japdeva a Del Monte S.A.*
- 2. El cese del cobro, por parte de Japdeva del servicio “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA”.*

En atención a ello, Del Monte S.A. debe solicitar a Japdeva, la devolución de los montos pagados por concepto del servicio “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA”, en fecha posterior al 12 de junio de 2015 (fecha de la última factura presentada).

En caso de renuencia o contención de Japdeva al pago, Del Monte S.A. puede plantear una nueva queja, la cual en caso de ser admitida, previo análisis de la Dirección General de Atención al Usuario, se dilucidaría y liquidaría el respectivo pago, si corresponde.

Como corolario de lo expuesto, se tiene que lo alegado por la recurrente, no corresponde a una incongruencia, sino a una supuesta contradicción entre la parte considerativa y dispositiva de la resolución RRG-341-2016, la cual no se evidencia. Por lo contrario, ordenar a Japdeva el reintegro de los supuestos dineros cobrados a la recurrente, posterior al 12 de junio de 2015 (fecha de la última factura presentada), constituiría una violación al principio de congruencia, ya que no corresponden a los hechos intimados e imputados en la resolución RRG-097-2014, lo que conllevaría una violación al debido proceso y al derecho de defensa de la investigada.

(...)”

En ese sentido, cabe indicar que los artículos 218, 309, 312, 316 y 317 inciso 2), todos de la Ley General de la Administración Pública, sobre el momento para presentar la prueba disponen, lo siguiente:

“Artículo 218.-

Las partes tendrán derecho a una comparecencia oral y privada con la Administración, en que se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba, siempre que la decisión final pueda causar daños graves a alguna o a todas aquellas, de conformidad con la ley.

(...)

Artículo 309.-

1. *El procedimiento ordinario se tramitará mediante una comparecencia oral y privada, ante la Administración, en la cual **se admitirá y recibirá toda la prueba** y alegatos de las partes que fueren pertinentes.*
2. *Podrán realizarse antes de la comparecencia las inspecciones oculares y periciales.*
3. *Se convocará a una segunda comparecencia únicamente cuando haya sido imposible en la primera dejar listo el expediente para su decisión final, y las diligencias pendientes así lo requieran.*

(...)

Artículo 312.-

1. *La Administración preparará la comparecencia en forma que sea útil, para lo cual con la citación deberá enumerar brevemente toda la documentación pertinente que obre en su poder, indicar la oficina en la que podrá ser consultada y ponerla a disposición de los citados y de las partes.*
2. *Igualmente **la citación prevendrá a las partes que deben presentar toda la prueba antes o en el momento de la comparecencia**, si todavía no lo han hecho.*
3. *Toda presentación previa deberá hacerse por escrito.*

(...)

Artículo 317.-

1. *La parte tendrá el derecho y la carga en la comparecencia de:*
 - a) *Ofrecer su prueba;*
 - b) *Obtener su admisión y trámite cuando sea pertinente y relevante;*
 - c) *Pedir confesión a la contraparte o testimonio a la Administración, preguntar y repreguntar a testigos y peritos, suyos o de la contraparte;*
 - e) *Aclarar, ampliar o reformar su petición o defensa inicial;*
 - f) *Proponer alternativas y sus pruebas; y*
 - g) *Formular conclusiones de hecho y de derecho en cuanto a la prueba y resultados de la comparecencia.*

2. *Lo anterior deberá hacerse verbalmente y bajo la sanción de caducidad del derecho para hacerlo si se omite en la comparecencia.*
3. *Los alegatos podrán presentarse por escrito después de la comparecencia únicamente cuando no hubiere sido posible hacerlo en la misma.*
(...)

Artículo 319.-

1. *Terminada la comparecencia el asunto quedará listo para dictar el acto final, lo cual deberá hacer el órgano competente dentro del plazo de quince días, contado a partir de la fecha de la comparecencia, salvo que quiera introducir nuevos hechos o completar la prueba en cuyo caso deberá consultar al superior.*
2. *Este decidirá en cuarenta y ocho horas y si aprueba fijará un plazo máximo de quince días más para otra comparecencia.*
3. *Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los plazos máximos fijados en los artículos 261 y 263”.*

Según lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública (LGAP) la celebración de la audiencia prevista en el numeral 218 LGAP, antes citado, es el momento procesal oportuno para evacuar y recibir la prueba, así como los alegatos de las partes, es decir, en ese momento procesal debe evacuarse la totalidad de la prueba documental, testimonial, pericial y otras, debe concentrarse en una única audiencia oral y privada.

Por lo anterior, la Administración tiene la obligación de preparar la audiencia de forma tal que sea útil, es decir el órgano director debe preparar, de previo a la audiencia toda la prueba a examinar, la cual debe ser dada a conocer a la parte interesada en la resolución que le íntima y comunica la fecha de la audiencia oral y privada, con el fin de que ésta pueda referirse a la misma o aporte la prueba de descargo pertinente en la referida diligencia.

Lo anterior no obsta para que las partes propongan nueva prueba, debido a que tienen amplias facultades para proponer prueba dentro del procedimiento, lo que significa que lo pueden hacer, desde que inicie el procedimiento y hasta el propio día de la celebración de la comparecencia. También puede presentar prueba después de celebrada la comparecencia, pero de forma excepcional, ello según lo establecido en el artículo 319 y en el dictamen C-039-2015 de la Procuraduría General de la República, el cual dispone:
“(…)

CH. *Respecto a la incorporación de prueba al expediente*

La prueba debe evacuarse en una sola comparecencia, con las excepciones previstas en el artículo 309, inciso 3, de la Ley General de la Administración Pública.

La incorporación de prueba nueva al expediente después de la comparecencia oral es excepcional, y requiere autorización del órgano decisor. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 319 de la Ley General de la Administración Pública.

(...)

En el caso concreto, Del Monte presentó junto con la queja las facturas que respaldaban el cobro del servicio de "CONT. Y FURG. CARGA BODEGA", la cual cubre el periodo del 6 de setiembre de 2012 y hasta el 12 de junio de 2015, por lo que coincide este órgano asesor, con lo resuelto en la resolución recurrida, en la cual se le indicó a la recurrente que era hasta esa fecha (12/06/2015), de previo a realizar la segunda comparecencia, el momento procesal oportuno para presentar las pruebas y son las que se valoraron en este proceso, ello según lo dispuesto en los artículos 218, 309, 312, 316 y 317 inciso 2).

La recurrente alegó además, que en la resolución recurrida el no reconocimiento de las facturas, desde la última factura presentada el 12 de junio de 2015 y hasta el día de hoy, -entiéndase 15 de abril de 2016, fecha en la cual, se presentó el recurso de apelación-, provocaron una incongruencia entre el Considerando y el Por Tanto, de la resolución recurrida.

Al respecto de le debe indicar que el principio de congruencia ha sido definido por la Sala Constitucional, la cual mediante la Sentencia N.º 0923 de las 15:18 del 15 de febrero de 1994, mediante la cual dispuso que:

"b) Derecho a la congruencia de la sentencia: es la correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que ésta tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso. Una dimensión importante del principio de congruencia (sic) es, además, el de la circunstancia de motivación de la sentencia, señalando y justificando especialmente los medios de convicción en que se sustenta y los que desecha."

De la transcripción anterior se desprende, que en el caso concreto existió una correlación entre la queja, las facturas y los testimonios presentados como prueba, y lo resuelto en la parte dispositiva de la resolución RRG-341-2016, correlación que sí se produjo, tal y como puede verse en el siguiente párrafo.

En el Por Tanto de la resolución citada, se dispuso lo siguiente:

"(...)

I. Declarar parcialmente con lugar, la queja interpuesta por la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., en contra de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), únicamente en cuanto al reintegro de los dineros que se logró comprobar

mediante las fotocopias de facturas certificadas que fueron cancelados por concepto de "CONT. Y FURG. CARGA BODEGA", de conformidad con los artículos 27 y 28 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios públicos (Ley 7593).

- II. Ordenar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica JAPDEVA que **cese el cobro** que se le ha venido ejecutando a la Corporación De Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., bajo el concepto denominado "CONT. Y FURG. CARGA BODEGA" (ingreso de contenedores y/o furgones a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada).
- III. Ordenar a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) **reintegrar a la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S. A., las sumas pagadas bajo el concepto denominado en las facturas "CONT. Y FURG. CARGA BODEGA" (ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada), la suma de MIL DIECISÉIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUARENTA Y UN COLONES CON OCHENTA Y SEIS CÉNTIMOS (¢1.016.364.041,86), según el siguiente detalle: (...)**. El resaltado no es del original.(Folio 7439)

En ese sentido, cabe indicar que del Considerando transcrito en párrafos anteriores y del Por Tanto, ambos de la resolución recurrida no se desprende, incongruencia alguna, tal y como lo hace ver el recurrente, ya que su queja fue declarada parcialmente con lugar, se le ordenó a Japdeva: el cese del cobro y devolver las sumas pagadas, entre otras cosas. Más bien, lo que se observa es que la recurrente está inconforme, con el reconocimiento de los montos de las facturas, sin embargo, las mismas fueron reconocidas y valoradas como prueba, de conformidad con los numerales 218, 309, 312, 316 y 317 inciso 2), tal y como se indicó en los párrafos de supra.

Por lo anterior, no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

2. Sobre las facturas impugnadas por Del Monte.

La recurrente alegó que el órgano director tuvo por acreditado que no existió oposición de Japdeva en cuanto a las facturas aportadas, por lo que las mismas son pruebas que acreditan los pagos realizados por Del Monte a Japdeva. Sin embargo, el Regulador General rechazó el cobro de las facturas: 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819, 293825, 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480 y 337483, por no encontrarse certificadas.

Sobre el tema de las facturas, en la resolución RRG-341-2016, se resolvió lo siguiente:

"(...)

Del análisis de las facturas aportadas, se concluyó que las siguientes: 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819, 293825, 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480, 337483, no se encuentran dentro de las facturas que fueron certificadas, de manera que al no poderse acreditar que en efecto se hayan cancelado, no serán tomadas en consideración para efectos del cálculo del resarcimiento.” (Folio 7411).

(...)

POR TANTO

(...)

IV. *Rechazar el cobro de las facturas N° 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819, 293825, 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480, 337483, por no encontrarse dentro de las facturas que fueron certificadas. (Folio 7452).*

(...)

a) Hechos no probados:

Para efectos de resolver el presente caso, resulta importante indicar que no se logró demostrar, por no haber aportado la prueba idónea:

ÚNICO: *Que Del Monte haya cancelado a JAPDEVA, por concepto de “CONT. Y FURG. CARGA BODEGA” (ingreso de contenedores a muelle para descargar en las bodegas de los barcos fruta paletizada), las siguientes facturas: 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819, 293825, 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480, 337483. (Folio 7368).*

(...)

Del análisis de las copias certificadas de las facturas aportadas por Del Monte, a las cuales la representación de JAPDEVA no se opuso, se desprende que los pagos realizados a JAPDEVA, por el ingreso de contenedores y furgones con fruta paletizada para ser descargadas en las bodegas de los barcos, se detallaron en las facturas bajo el concepto “CONT-FURG CARGA BODEGA”. (Folio 7410).

(...)

Del análisis de las facturas aportadas, se concluyó que las siguientes: 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819, 293825, 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480, 337483, no se encuentran dentro de las facturas que fueron certificadas, de manera que al no poderse acreditar que en efecto se hayan cancelado, no serán tomadas en consideración para efectos del cálculo del resarcimiento. (Folio 7411).

(...)

POR TANTO

(...)

- V. *Rechazar el cobro de las facturas N° 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819, 293825, 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480, 337483, por no encontrarse dentro de las facturas que fueron certificadas. (Folio 7452).*

(...)"

Por su parte, en la resolución RRG-659-2016 -que resolvió el recurso de revocatoria- (ver folios 7695, 7698 y 7699), se resolvió lo siguiente:

"(...)

La recurrente sustenta su argumento, en que no se debieron rechazar las facturas enumeradas líneas arriba, por cuanto no fueron impugnadas por Japdeva, por lo que son suficientes para tenerlas por acreditadas.

Al respecto, se tiene que, efectivamente, en la resolución impugnada se indicó:

[...] "Del análisis de las copias certificadas de las facturas aportadas por Del Monte, a las cuales la representación de JAPDEVA no se opuso (...)" [...] (Folio 7410).

De ello, se concluye que no hubo oposición de Japdeva a las certificaciones, tal y como lo indica la recurrente en su argumento.

Por su parte, revisado el expediente, se encuentra que las facturas rechazadas por ser copias simples, deben ser analizadas en dos grupos, para determinar si procede o no el pago de ellas, ya que el contexto de ambos grupos de facturas es distinto.

El primer grupo de facturas a analizar, contempla las siguientes:

| Factura | Fecha | Folios |
|---------|------------|------------|
| 287342 | 23/07/2012 | 429 al 444 |
| 290979 | 24/08/2012 | 619 al 627 |
| 291748 | 30/08/2012 | 651 al 662 |
| 291765 | 30/08/2012 | 644 al 650 |
| 291766 | 30/08/2012 | 635 al 643 |
| 291767 | 30/08/2012 | 628 al 634 |
| 293794 | 20/09/2012 | 740 al 744 |
| 293795 | 20/09/2012 | 725 al 739 |
| 293803 | 20/09/2012 | 717 al 724 |
| 293804 | 20/09/2012 | 703 al 716 |
| 293805 | 20/09/2012 | 693 al 700 |
| 293817 | 20/09/2012 | 686 al 692 |
| 293818 | 20/09/2012 | 685 |
| 293819 | 20/09/2012 | 679 al 684 |
| 293825 | 20/09/2012 | 667 al 678 |

Al respecto, debe precisarse que los documentos enumerados, que según la recurrente fueron presentados en dos ocasiones, se tiene que en la primera de ellas, no se certificaron, mientras que en la segunda oportunidad, se aportó una certificación de copias, sin aportar las mismas.

Sobre este último punto, cabe señalar, que si bien a folios 2894 y 2895, consta una certificación de copias, lo cierto es que no se adjuntaron las facturas en cuestión, por lo que no se pueden tener como fieles y exactas de sus originales, de conformidad con el artículo 16 de los Lineamientos para el ejercicio y control del servicio notarial, emitidos por la Dirección Nacional de Notariado. Dicho numeral establece:

*[...] “**Certificación de copias.** En los casos en que se certifiquen copias como fieles y exactas de los originales, cada copia deberá ser numerada y contar con la firma y el sello del notario, haciendo constar en la razón*

de certificación la cantidad de copias y una descripción sucinta del contenido del documento.” [...] (El subrayado no pertenece al original)

En el caso de marras, no se adjuntaron las facturas correspondientes a la certificación de copias, por lo que se incumple el requisito de que cada una de ellas sea firmada y sellada por el notario, por lo tanto, no se pueden tener como documentos certificados.

Ahora bien, las facturas en análisis, habían sido aportadas anteriormente por Del Monte S.A., como copias simples, según se desprende de los folios indicados en el recuadro adjunto líneas arriba, por lo que corresponde analizar si estas se pueden acreditar como elemento probatorio, a efectos de determinar si procede su pago.

En cuanto a los medios probatorios permitidos, el artículo 298 inciso 1) de la Ley 6227, dispone:

[...] “1. Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común.” [...]

Nótese, la amplitud de la Ley 6227 en cuanto a la admisión de medios probatorios, por cuanto trasciende los admitidos por el derecho común. Ahora bien, en el caso de las copias simples o fotocopias, estas son admitidas por aquél, ya que se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil, y al cual debe recurrirse, ante la ausencia de norma expresa en la Ley 6227, según lo dispone su numeral 229 inciso 1) (supletoriedad).

De esta forma, el artículo 368 del Código Procesal Civil, señala:

[...] “Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, los impresos, los planos, los dibujos, los cuadros, las fotografías, las fotocopias, las radiografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo.” [...] (El subrayado no pertenece al original)

De las normas expuestas, se tiene que en razón de la condición de documento que se le otorga a las copias simples o fotocopias, estas son un medio probatorio más, sobre el cual inicialmente no se debe dudar de su autenticidad o exactitud.

Sobre el particular, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II, mediante la sentencia 9-2016 del 10 de febrero de 2016, expresó:

[...] “(...) en base al principio de libertad probatoria una copia simple de un documento puede resultar en principio plena prueba.” [...]

Por su parte, el artículo 390 del Código Procesal Civil, hace referencia a la exactitud de la fotocopia:

[...] “Cotejo de la fotocopia. Si la parte a quien perjudique el documento reproducido en la fotocopia impugna la exactitud de la reproducción, deberá verificarse el cotejo con el original, si fuere posible, y, no siendo así, se tendrá en cuenta el resultado de las demás pruebas. (...)” [...] (El subrayado no pertenece al original).

Dicho criterio, fue ratificado por el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, en la sentencia 330 del 27 de setiembre de 2007, en el que señaló:

[...] “Distinto sería si la parte contraria a quien presentó las fotocopias, las impugna ya sea por considerar que no son reproducciones del original o que son falsas. En estos casos habría que ordenar la presentación de los originales, cotejarlas o esperar que se resuelva, o resolver, sobre su autenticidad (artículos 378, 388, 390 y 399 del Código Procesal Civil).” [...]

Además, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, en la sentencia 43-2014 del 26 de junio de 2014, expresó:

[...] “Si bien es cierto, el documento que sustenta este hecho responde a una copia simple, la codemandada (...) al contestar la demanda no se opone a su validez y contenido.” [...]

Así las cosas, se tiene que una copia simple podrá ser impugnada por la parte perjudicada, si duda de su autenticidad o exactitud.

En el caso concreto, y revisado el expediente, no se encuentra que Japdeva haya impugnado las facturas presentadas por Del Monte S.A., por cuanto solamente hizo referencia a ellas, durante la segunda comparecencia oral y privada, de la siguiente forma:

[...] “**Lic. Michael Calderón Segura:** Gracias, básicamente la prueba documental que se va (...) aportar a autos son las facturas que en su momento también fueron aportadas (...).

(...)

Órgano Director: Este es el documento original, esa es una copia que ellos están aportando, ¿licenciado usted quiere revisarlos?

Lic. José Alonso Valverde: Sí deberíamos, pero si hacemos eso, nos llevaría tres semanas.” [...]

Nótese, que no se realizó ninguna impugnación de las facturas, por lo contrario, se indicó que revisar las facturas llevaría un lapso de tiempo considerable. Lo cual no es excusa, por cuanto la investigada conoció, al menos 15 días hábiles antes, que la audiencia se realizaría ese día y que su fin era evacuar la prueba, en este caso, entre otras, las facturas que constaban en el expediente.

Además, en cuanto a la certificación de facturas recibida ese día, si lo consideraba oportuno, podía pedir la suspensión de la comparecencia, para el examen de la misma. Sin embargo, la prueba no fue objetada en esa oportunidad, ni en las

conclusiones, que fueron ampliadas, por escrito, cuatro días hábiles después de realizada la segunda comparecencia.

Como se indicó antes, la resolución impugnada, señaló claramente que las facturas no fueron objetadas por la investigada.

Es por ello, que las facturas aquí analizadas deben ser aceptadas, y por lo tanto, reconocerse el monto que se determine por el cobro ilegal del servicio "CONT. Y FURG. CARGA BODEGA", en cada una de ellas.

En razón de lo expuesto, se debe analizar si el acto recurrido debe ser decretado como nulo, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 6227, que califica como válido el acto administrativo sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, el cual debe cumplir una serie de elementos esenciales.

Respecto de las causas para anular los actos administrativos, se encuentran la falta o defecto de algún requisito, o que el acto administrativo sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendido como sustancial, la formalidad cuya realización correcta, hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes (artículos 158 al 179 y 223 de la Ley 6227).

En el caso de marras, la nulidad deviene de la segunda de las causas, sea un acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, y que por ende, cambia la decisión final en aspectos importantes.

Dicha disconformidad sustancial, surge del rechazo de las facturas analizadas en razón de ser copias simples, por cuanto de acuerdo con el Código Procesal Civil, la autenticidad o exactitud de aquellas debe tenerse por acreditada, salvo que la parte perjudicada lo impugne, lo cual no ha sucedido en el caso en estudio.

Por su parte, el cambio en la decisión final, deriva en que a la orden dirigida a Japdeva de reintegrar a Del Monte S.A. la suma de mil dieciséis millones trescientos sesenta y cuatro mil cuarenta y un colones con ochenta y seis céntimos (≠1.016.364.041,86), reconocidos en la resolución impugnada, se debe sumar el reintegro del dinero cobrado por el servicio "CONT. Y FURG. CARGA BODEGA", dispuesto en las facturas 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819 y 293825.

Lo anterior, provoca una nulidad parcial del acto (artículo 164 Ley 6227), que en el caso concreto, es únicamente en cuanto a las facturas enumeradas en el párrafo anterior.

Cabe señalar, que en lo relativo a la potestad para anular de oficio, la Procuraduría General de la República, mediante el dictamen 399 del 17 de noviembre de 2005, señaló:

(...) "Por regla general, para que la Administración pueda iniciar el procedimiento de anulación a que se refiere el artículo 173 de la Ley General

de la Administración Pública, es necesario que el acto declarativo de derechos contra el cual se dirija ese procedimiento se encuentre firme.

En el caso que nos ocupa, de los antecedentes descritos en el primer apartado de este dictamen, es posible constatar que contra el acto que se pretende anular fue interpuesto un recurso de apelación, el cual todavía no ha sido resuelto.

El recurso mencionado tiende precisamente a que la Administración revise lo dispuesto (...), de manera tal que la decisión sobre ese punto no ha salido todavía de la esfera competencial de la institución gestionante, sin que para el ejercicio de esa competencia sea necesario acudir al procedimiento previsto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública.

Si partiéramos de una tesis distinta a la que se ha expuesto, y sostuviésemos que la Administración no está facultada para modificar por vía de recurso un acto declarativo de derechos sin acudir al mecanismo dispuesto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, estaríamos eliminando cualquier utilidad práctica a la fase recursiva de ese tipo de actos, lo cual resulta improcedente.” [...]

En consecuencia, de acuerdo al análisis desarrollado, al determinarse que el acto administrativo impugnado es sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, y su realización correcta cambia la decisión final en aspectos importantes, se recomienda declarar la nulidad parcial de la resolución RRG-341-2016, únicamente en cuanto al rechazo de las facturas 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819 y 293825.

(...)”

Siendo que en la resolución RRG-659-2016, satisfizo parcialmente la pretensión de la recurrente, no encuentra este órgano asesor, ningún motivo para modificar lo resuelto en cuanto a las facturas: 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819 y 293825, la nulidad parcial de la RRG-341-2016, únicamente en cuanto al rechazo de las citadas facturas. Por lo demás, se debe mantener incólume la resolución RRG-341-2016.

Por otra parte, en cuanto a lo expresado por Japdeva, en el emplazamiento, se tiene que esta Dirección General, comparte plenamente, el razonamiento realizado en la resolución RRG-659-2016, en el cual le otorga credibilidad a las fotocopias que, en su momento, no fueron objetadas por la investigada.

Aunado a lo anterior, este órgano asesor debe analizar lo que corresponde sobre las facturas restantes, las cuales son: 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480 y 337483.

En ese sentido, cabe indicar que de los autos no se desprende que ese grupo de facturas hayan sido aportadas como copias simples, ni como copias certificadas. Por ello, las mismas no pudieron tenerse como pruebas dentro del procedimiento, tal y como lo disponen los artículos 218, 293, 297 inciso 2) todos de la LGAP.

Con fundamento en lo anterior, se debe rechazar el argumento de la recurrente.

V. CONCLUSIONES.

- 1. El recurso de apelación, interpuesto por la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016, resulta admisible desde el punto de vista formal, por haberse interpuesto en tiempo y forma.*
- 2. La solicitud de aclaración y adición planteada la Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016, debe rechazarse de plano por improcedente, por no ser una solicitud de naturaleza aclaratoria.*
- 3. Del Monte, tenía plazo para aportar las pruebas hasta antes de la segunda comparecencia, es decir, al 12 de junio de 2015, ello según lo dispuesto en los artículos 218, 309, 312, 316 y 317 inciso 2).*
- 4. En el caso concreto, existió una correlación entre la queja, las facturas y testimonios presentados como prueba y lo resuelto en la parte dispositiva de la resolución RRG-341-2016, ello de conformidad con el principio de congruencia.*
- 5. Ni del Considerando, ni del Por Tanto, ambos de la resolución recurrida se desprende, incongruencia alguna, más bien la queja de la recurrente fue declarada parcialmente con lugar, se le ordenó a Japdeva: el cese del cobro y devolver las sumas pagadas, entre otras cosas.*
- 6. Siendo que la resolución RRG-659-2016, satisfizo parcialmente la pretensión del recurrente, no encuentra este órgano asesor, ningún motivo para modificar lo resuelto en cuanto al primer grupo de facturas: 287342, 290979, 291748, 291765, 291766, 291767, 293794, 293795, 293803, 293804, 293805, 293817, 293818, 293819 y 293825 y la nulidad parcial de la RRG-341-2016, únicamente en cuanto al rechazo de las citadas facturas. Por lo demás, se debe mantener incólume la resolución RRG-341-2016.*
- 7. Sobre el segundo grupo de facturas: 297470, 333085, 333470, 333949, 333958, 334012, 334146, 334160, 334164, 334468, 334953, 335090, 335892, 335894, 335895, 337480 y 337483, este órgano asesor concluye que no se desprende que ese grupo de facturas hayan sido aportadas como copias simples, ni como copias certificadas, por ello las mismas no pudieron tenerse como pruebas dentro del procedimiento, tal y como lo disponen los artículos 218, 293, 297 inciso 2) todos de la LGAP.*

(...)"

- II. Que de conformidad con los resultandos y considerandos que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, lo procedente es: Declarar sin lugar, el recurso de apelación, interpuesto por la Corporación Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016; rechazar por improcedente, la gestión de aclaración y adición, interpuesta por la Corporación Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016; agotar la vía administrativa en cuanto a este recurso y notificar a las partes, la presente resolución, tal y como se dispone.
- III. Que en sesión ordinaria 42-2017 del 8 de agosto de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó, con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO

Con fundamento en las competencias otorgadas en la Ley General de la Administración Pública y Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

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

RESUELVE:

ACUERDO 08-42-2017

- I. Declarar sin lugar, el recurso de apelación, interpuesto por la Corporación Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016.
- II. Rechazar por improcedente, la gestión de aclaración y adición, interpuesta por la Corporación Agrícola Del Monte S.A., contra la resolución RRG-341-2016.
- III. Agotar la vía administrativa en cuanto a este recurso.
- IV. Notificar a las partes, la presente resolución.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

A partir de este momento, se retiran del salón de sesiones el señor Eric Chaves Gómez y la señora Marta Monge Marín.

ARTÍCULO 9. Recurso de apelación y desistimiento interpuestos por el señor Rodolfo González Blanco contra la resolución RRG-673-2016. Expediente OT-23-2016.

La Junta Directiva conoce el oficio 604-DGAJR-2017 del 29 de junio de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación y

desistimiento interpuestos por el señor Rodolfo González Blanco contra la resolución RRG-673-2016. Expediente OT-23-2016.

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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 604-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 26 de febrero de 2016, el señor Rodolfo González Blanco, interpuso un reclamo, ante el entonces Regulador General. En dicha ocasión, solicitó que se realizara un procedimiento administrativo, con la finalidad que se determinara, a su favor, el pago de la suma de ¢108.127.84, por concepto de diferencias salariales generadas por el pago de vacaciones disfrutadas; concretamente los días 15 de mayo, del 1 al 5 de junio, del 16 al 19 de junio, 17 de agosto, 28 de setiembre y los medios días del 20 y 21 de octubre y 21 al 31 de diciembre, todos de 2015. (Folios 1 a 6)
- II. Que el 8 de marzo de 2016, mediante la resolución RRG-262-2016, el entonces Regulador General, dispuso entre otras cosas:
 - I. *Dar inicio al procedimiento administrativo ordinario respectivo, para determinar la procedencia o improcedencia del reclamo presentado por el funcionario Rodolfo González Blanco, por las presuntas diferencias salariales, entre lo pagado por concepto de subsidio de 21 días de vacaciones [...].* II. *Nombrar como órgano director del procedimiento a Cristian Rodríguez León cédula 5-0275-0269 y Oscar Roig Bustamante [...].* IX. *Convocar al funcionario Rodolfo González Blanco, a la comparecencia oral y privada que se realizará el 12 de abril de 2016. [...].* (Folios 14 a 22)
- III. Que el 12 de abril de 2016, se realizó la comparecencia oral y privada, a la cual se hizo presente el funcionario González Blanco. En dicha comparecencia, se evacuó la prueba testimonial y documental. (Folios 23 a 27)
- IV. Que el 12 de octubre de 2016, mediante el oficio 020-OD-2016 / 937-DGAJR-2016, se emitió el informe final sobre el reclamo planteado. (Folios 51 a 66)
- V. Que el 18 de octubre de 2016, mediante la resolución RRG-673-2016, el Regulador General, resolvió:

" (...) I. Declarar con lugar el reclamo administrativo, presentado por el funcionario Rodolfo González Blanco, por las diferencias no pagadas por concepto de subsidio de vacaciones disfrutados para los días 15 de mayo, 1 al 5 de junio, 16 al 19 de junio, 17 de agosto, 28 de setiembre, medios días del 20 y 21 de octubre y 21 al 24 de diciembre de 2015, por cuanto la administración no aplicó la excepción del inciso b) del artículo 36 del RAS, vigente hasta el 24 de

diciembre de 2015 y su reforma que entró en vigencia a partir del 25 de diciembre de 2015. II. Instruir a la Dirección de Finanzas, la cancelación de las diferencias presentadas entre el monto cancelado al señor Rodolfo González Blanco y el monto determinado en el oficio 703-DF-2016, por concepto de subsidio de vacación y salario por vacación, según la normativa vigente, por la suma de ¢ 93.081.81., una vez en firme la resolución que ha de dictarse. (...) (Folios 67 a 82)

- VI. Que el 27 de octubre de 2016, el señor González Blanco, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RRG-673-2016. (folios 99 a 103)
- VII. Que el 15 de noviembre de 2016, mediante la resolución RRG-731-2016, el Regulador General, resolvió:
[...] *“1. Rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por el funcionario Rodolfo González Blanco, contra la resolución RRG-673-2016 del 18 de octubre de 2016, por cuanto solo le es aplicable la reforma del artículo 36 del RAS a los días de vacaciones que disfrutó del 25 al 31 de diciembre de 2015, los cuales son 28, 29, 30 y 31 de diciembre de 2015. 2. Elevar a conocimiento de la Junta Directiva el recurso de apelación y prevenirle a la parte que cuenta con tres días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución que se dicte, para hacer valer sus derechos ante dicho órgano en alzada.”* [...] (Folios 91 a 97)
- VIII. Que el 17 de noviembre de 2016, el señor González Blanco, presentó formal solicitud de desistimiento del recurso de apelación interpuesto. (folio 104)
- IX. Que el 29 de junio de 2017, mediante el oficio 604-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio sobre la impugnación presentada.
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 604-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“(...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza:

Del recurso de apelación

El recurso de apelación, se encuentra regulado en los artículos 342 al 352 de la Ley 6227, la cual por ser una ley de carácter general, aplicable a toda la Administración Pública, debe ser armonizada con lo dispuesto en las leyes especiales, y en el caso de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, especialmente con lo dispuesto en su ley constitutiva (Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593).

Al respecto, debe indicarse, que de conformidad con el artículo 53 inciso b) de la Ley 7593, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, carece de competencia para conocer, en alzada, de este tipo de reclamos laborales.

Dicho numeral, en lo que interesa, dispone:

“Artículo 53.- Deberes y atribuciones

Son deberes y atribuciones de la Junta Directiva: (...)

b) Resolver, agotando la vía administrativa, los recursos relacionados con asuntos de competencia de la Autoridad Reguladora, excepto en los asuntos relacionados con materia laboral”

De acuerdo con lo indicado, la resolución RRG-731-2016 (que resolvió el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Rodolfo González Blanco), tiene, en lo que interesa para este criterio, una inconsistencia. Ello por cuanto, elevó a conocimiento, de la Junta Directiva, el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, cuando en realidad dicho acto carecía de recurso en alzada.

En el caso de la Autoridad Reguladora, por disposición especial de la Ley 7593, en los procedimientos administrativos relacionados con materia laboral, las resoluciones finales que se emitan únicamente tienen recurso de reposición. El cual se encuentra regulado en el artículo 344 de la Ley 6227.

En atención a lo indicado, se recomienda rechazar el recurso de apelación, por ser inadmisibles por su naturaleza.

Del desistimiento

El desistimiento y la renuncia -como formas anticipadas de terminación anormal del procedimiento, el primero referido al procedimiento y la segunda al derecho de fondo- están reguladas en los artículos 337 a 341 de la Ley 6227. Expresamente, en el artículo 337 párrafo 1, se regula la posibilidad de desistir de un recurso interpuesto por el mismo recurrente.

Sin embargo, en atención a la inadmisibilidad del recurso interpuesto, antes apuntada, lo consecuente, es que el señor González Blanco carece de la facultad de desistir a una instancia en alzada, a la cual, por ley no le asiste derecho. En atención a ello, la solicitud de desistimiento deber ser archivada.

III. CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto anteriormente, tenemos que:

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación, interpuesto por el señor Rodolfo González Blanco contra la resolución RRG-673-2016, resulta inadmisibles por su naturaleza.*
- 2. Desde el punto de vista formal, se debe archivar la solicitud de desistimiento, planteada por el señor Rodolfo González Blanco, contra la resolución RRG-673-2016.*

(...)"

- II. Que en sesión ordinaria 42-2017 del 8 de agosto de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó dictar la presente resolución.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerando precedente y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.** Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación, interpuesto por el señor Rodolfo González Blanco, contra la resolución RRG-673-2016. **2.** Archivar la solicitud de desistimiento, interpuesta por el señor Rodolfo González Blanco. **3.** Dar por agotada la vía administrativa. **4.** Notificar al señor Rodolfo González Blanco. **5.** Comunicar a la Dirección de Finanzas, tal y como se dispone.

POR TANTO:

Con fundamento en las competencias otorgadas en la Ley General de la Administración Pública y Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

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

RESUELVE:

ACUERDO 09-42-2017

- 1.** Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación, interpuesto por el señor Rodolfo González Blanco, contra la resolución RRG-673-2016.
- 2.** Archivar la solicitud de desistimiento, interpuesta por el señor Rodolfo González Blanco.
- 3.** Dar por agotada la vía administrativa.
- 4.** Notificar al señor Rodolfo González Blanco.
- 5.** Comunicar a la Dirección de Finanzas.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 10. Recurso de revisión interpuesto por el señor Jürgen Schlager Pacheco, contra la resolución RRG-080-2016. Expediente SAU-107659-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 504-DGAJR-2017 del 30 de mayo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de revisión interpuesto por el señor Jürgen Schlager Pacheco, contra la resolución RRG-080-2016. Expediente SAU-107659-2015.

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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 504-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 3 de noviembre de 2015, el señor Jürgen Schlager Pacheco, presentó queja contra la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (en adelante CNFL), ya que le suspendieron el servicio con el fin de que reubicara el medidor en el límite de la propiedad. (Folios 1 al 18).
- II. Que el 4 de diciembre de 2015, la Dirección General de Atención al Usuario (en adelante DGAU), solicitó a la CNFL, información respecto a la queja planteada por el señor Schlager Pacheco. (Folios 19 y 20).
- III. Que el 15 de enero de 2016, la CNFL, remitió la información solicitada por la Dirección General de Atención al Usuario. (Folios 21 al 26).
- IV. Que el 21 de enero de 2016, mediante el oficio 234-DGAU-2016, la DGAU, remitió al entonces Regulador General, el informe técnico. (Folios 30 al 37).
- V. Que el 27 de enero de 2016, mediante la resolución RRG-080-2016, el Regulador General, resolvió:

[...] “I. Archivar la queja planteada por el señor Jürgen Schlager Pacheco contra la CNFL, porque no hay mérito suficiente para iniciar un procedimiento administrativo. II. Ordenar el archivo de la gestión SAU-107659-2015 en el momento procesal oportuno. (...)”. (Folios 38 al 48).

- VI. Que el 2 de febrero de 2016, el señor Schlager Pacheco, interpuso recurso de revocatoria y revisión, contra la resolución RRG-080-2016. (Folios 48 a 50).
- VII. Que el 26 de julio de 2016, mediante la resolución RRG-458-2016, el Regulador General, resolvió –entre otras cosas–: “I. Declarar sin lugar, el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Jürgen Schlager Pacheco, contra la resolución RRG-080-2016”... (Folios 62 a 75).
- VIII. Que el 11 de agosto de 2016, mediante el criterio 685-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), rindió en informe que ordena el artículo 349 de la Ley

6227. (No consta en autos, pero fue verificado por esta Dirección General y se adjunta copia a este criterio).
- IX.** Que el 11 de agosto de 2016, mediante el memorando 564-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de revisión interpuesto por el señor Jurgen Schlanger Pacheco contra la resolución RRG-080-2016. (No consta en autos).
- X.** Que el 30 de mayo de 2017, mediante el oficio 504-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, recomendó “1. *Rechazar por inadmisibile, el recurso extraordinario de revisión interpuesto el señor Jurgen Schlanger Pacheco, contra la resolución RRG-080-2016*”. (Posteriormente será incorporado a los autos).
- XI.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución

CONSIDERANDO:

- I.** Que el recurso de apelación interpuesto por Jurgen Schlanger Pacheco, contra la resolución RRG-080-2016 fue analizado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el respectivo criterio jurídico, que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

“ (...)”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA DEL RECURSO 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 del 353 al 355 de la Ley 6227; 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 de los argumentos del recurso, se tiene que ninguno de ellos se ajustan a los presupuestos taxativos que establece el artículo 353 incisos a) al d) de la Ley 6227. Pues la recurrente, en síntesis, argumentó lo siguiente:

- 1. Sobre el artículo 52 de la norma AR-NT-SUCOM:** *se violentó dicho artículo, porque la desconexión se realizó un viernes y con el último recibo cancelado. Bajo ninguna circunstancia, podía la empresa eléctrica suspender el servicio si el abonado o usuario está al día con el pago de la factura por energía eléctrica.*

- 2. Sobre el artículo 35 de la norma AR-NT-SUCOM:** éste numeral no debe aplicarse a un servicio instalado desde hace 24 años, pues la ley y las normas no son retroactivas. En la resolución recurrida se hace referencia: a los atrasos en los recibos, sin embargo, los importes se encontraban al día y también se hace referencia a una disminución en el consumo, el cual se produjo por motivos familiares, antes habitábamos la casa 5 personas, luego 3 y ahora 1.
- 3. Sobre el artículo 45 de la norma AR-NT-SUCOM:** dicho numeral indica que las facturas deben cancelarse dentro de los 10 días hábiles posteriores a la fecha de cobro y las facturas fueron pagadas, según lo muestran los comprobantes adjuntos en el reclamo inicial.
- 4. Sobre el artículo 30 de la norma AR-NT-SUCOM:** la CNFL nunca hizo una gestión parecida, y en el párrafo siguiente se asume que se impediría el acceso, cosa que nunca se ha hecho.

En atención a que no se ajustan a los presupuestos indicados, el recurso resulta inadmisibile.

Aunado a lo anterior, es preciso indicar, que si bien es cierto el recurso de revisión fue presentado contra la resolución final del procedimiento (RRG-080-2016), esta no se encontraba firme, lo cual es otro de los presupuestos establecidos en el numeral 353, para que el recurso de revisión sea admisible.

Debe recordarse que, el recurso de revisión se presentó de forma concomitante al recurso ordinario de revocatoria, el cual en aquella oportunidad fue presentado en tiempo, y fue rechazado por el fondo, mediante la resolución RRG-458-2016.

Es decir, al existir en vía administrativa el recurso ordinario de revocatoria interpuesto el mismo día y de forma conjunta por el recurrente- contra la resolución aquí recurrida (folios 48 a 50), debe concluirse que el recurso se interpuso contra una resolución final pero no firme.

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, por su naturaleza y por estar interpuesto contra un acto final que no se encontraba en firme.

En consecuencia, se omite pronunciamiento, sobre los demás aspectos, objeto de análisis por la forma y argumentos de fondo del recurso de revisión planteado.

III. CONCLUSIÓN

En atención a lo indicado, se tiene la siguiente conclusión:

El recurso extraordinario de revisión planteado por el señor Jurgen Schlager Pacheco, contra la resolución RRG-080-2016, desde el punto de vista formal, resulta inadmisibile por no cumplirse en este caso, con los presupuestos del artículo 353 de la Ley 6227 y además, por haber sido presentado contra un acto final que no se encontraba en firme.

(...)"

- II. Que en la sesión ordinaria 42-2017 del 8 de agosto de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó dictar la presente resolución.
- III. Que de conformidad con los resultandos y considerandos que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, lo procedente es: rechazar por inadmisibile, el recurso extraordinario de revisión interpuesto el señor Jurgen Schlager Pacheco, contra la resolución RRG-080-2016; notificar a las partes, la presente resolución; dar por agotada la vía administrativa y trasladar el expediente, a la Dirección General de Atención al Usuario, para lo que corresponda, tal y como se dispone.

POR TANTO

Con fundamento en las competencias otorgadas en la Ley General de la Administración Pública y Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

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

ACUERDO 10-42-2017

- I. Rechazar por inadmisibile, el recurso extraordinario de revisión interpuesto el señor Jurgen Schlager Pacheco, contra la resolución RRG-080-2016.
- II. Notificar a las partes, la presente resolución.
- III. Dar por agotada la vía administrativa.
- IV. Trasladar el expediente, a la Dirección General de Atención al Usuario, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

Planteamiento adicional de la Junta Directiva sobre el caso

Los miembros de la Junta Directiva plantean solicitar a la Intendencia de Energía que, raíz del recurso conocido anteriormente, lleve a cabo una valoración sobre la aplicación de la norma técnica denominada: "Supervisión de la comercialización del suministro eléctrico en baja y media tensión" AR-NT-SUCOM.

La señora **Xinia Herrera Durán** somete a votación el planteamiento y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 11-42-2017

Solicitar a la Intendencia de Energía valorar la aplicación de la norma técnica denominada: "Supervisión de la comercialización del suministro eléctrico en baja y media tensión" AR-NT-SUCOM, a la luz del criterio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria 504-DGAJR-2017 del 30 de mayo de 2017, relacionado con el recurso de revisión interpuesto por el señor Jürgen Schlager Pacheco, contra la Resolución RRG-080-2016, y se eleve el informe del caso a esta Junta Directiva, para los fines pertinentes.

ARTÍCULO 11. Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Río Frio S.A., contra la resolución RRG-732-2016. Expediente OT-236-2014.

La Junta Directiva conoce el oficio 551-DGAJR-2017 del 9 de junio de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Río Frio S.A., contra la resolución RRG-732-2016. Expediente OT-236-2014.

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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 551-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 2 de mayo de 2014, mediante el certificado CELEQ-ARESEP-I-0440-14, recibido en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos el 6 de mayo de 2014, el Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica (CELEQ), informó los resultados de las mediciones volumétricas en razón de la visita a la estación de Servicios Gasolineros Jormany S.A. (Gasolinera Chachagua), según la cual "la manguera" No. 4 (entiéndase surtidor), suministró volúmenes fuera de la tolerancia ± 100 mL para un aforador volumétrico de 20 litros. Siendo que en dicho surtidor se realizaron tres mediciones y se obtuvo un promedio de -122 mL. (Folio 5)
- II. Que el 21 de agosto de 2014, mediante el certificado CELEQ-ARESEP-I-0926-14, recibido en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos el 22 de agosto de 2014, el Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica (CELEQ), informó los resultados de las mediciones volumétricas en razón de la visita a la estación de servicio Río Frío S.A. (Servicentro Guápiles, código de MINAE ES 7-02-01-03, según la cual "la manguera" No. 14 (entiéndase surtidor), suministró volúmenes fuera de la tolerancia ± 100 mL para un aforador volumétrico de 20 litros. En dicho surtidor, se realizaron tres mediciones y se obtuvo un promedio de -173 mL. (Folio 5)

- III. Que el 28 de agosto de 2014, mediante el certificado CELEQ-ARESEP-I-0926S-14, recibido en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos el 1 de setiembre de 2014, el CELEQ, informó los resultados de las mediciones volumétricas en razón de la visita a la estación de servicio Río Frío S.A. (Servicentro Guápiles, código de MINAE ES 7-02-01-03, según la cual “la manguera” No. 14 (entiéndase surtidor), suministró volúmenes fuera de la tolerancia ± 100 mL para un aforador volumétrico de 20 litros. En dicho surtidor, se realizaron tres mediciones y se obtuvo un promedio de -180 mL. (Folio 9)
- IV. Que el 10 de diciembre de 2014, mediante el certificado CELEQ-ARESEP-I-1208S-14, recibido en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos el 12 de diciembre de 2014, el CELEQ, informó los resultados de las mediciones volumétricas en razón de la visita a la estación de servicio Río Frío S.A. (Servicentro Guápiles, código de MINAE ES 7-02-01-03, según la cual “la manguera” No. 16 (entiéndase surtidor), suministró volúmenes fuera de la tolerancia ± 100 mL para un aforador volumétrico de 20 litros. En dicho surtidor, se realizaron tres mediciones y se obtuvo un promedio de -162 mL. (Folio 58)
- V. Que el 19 de enero de 2015, mediante el oficio 145-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario, valoró el inicio de un procedimiento administrativo por el incumplimiento de la normativa establecida en el Decreto Ejecutivo No. 26425-MEIC, artículo 1, inciso 12.1.3.1 y el artículo 1 inciso 11 y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593). (Folios 64 a 67)
- VI. Que el 18 de febrero de 2015, mediante la resolución RRG-073-2015, el Regulador General, ordenó el inicio de un procedimiento administrativo, por “el aparente incumplimiento de la normativa de calidad (...) en cuanto a la calibración de los dispensadores”. Además, nombró Órgano Director. (Folios 68 a 72)
- VII. Que el 7 de abril de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-005-2015, el Órgano Director inició el procedimiento y convocó a la comparecencia oral y privada. (Folios 91 a 97)
- VIII. Que el 13 de mayo de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-063-2015, el Órgano Director reprogramó la fecha para celebración de la comparecencia de ley. Fecha que posteriormente fue nuevamente reprogramada a solicitud de la investigada. (Folios 91 y 98 a 99)
- IX. Que el 25 de mayo de 2015, la investigada se refirió a los hechos admitiéndolos y justificándolos como caso fortuito, además, ofreció prueba testimonial y aportó prueba documental. (Folios 74 a 90)
- X. Que el 23 de octubre de 2015, se realizó la comparecencia oral y privada, con la presencia de la parte investigada. Se aportó poder administrativo a favor de la Licenciada Marcela Vargas Madrigal. (Folios 115 a 124)
- XI. Que el 14 de noviembre de 2016, mediante el oficio 3754-DGAU-2016, el Órgano Director del procedimiento rindió el informe final. (Folios 125 a 171)
- XII. Que el 16 de noviembre de 2016, mediante la resolución RRG-732-2016, el Regulador General, resolvió:

[...]

1. *Declarar sin lugar la excepción de prescripción interpuesta por la parte investigada.*
1. *(SIC) Declarar que la manguera No. 14, de combustible diésel, ubicada en la estación de servicio Servicentro Guápiles, propiedad de Río Frío S.A., no cumplió, el 21 de agosto de 2014, con los requerimientos volumétricos establecidos para el suministro de combustible líquidos, con base en la aplicación de la prueba a caudal máximo establecida en el apartado 12.1.3.1. del Reglamento para Surtidores de Combustibles Líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.) Decreto N° 26425-MEIC (...).*
2. *Declarar que la manguera No. 14, de combustible diésel, ubicada en la estación de servicio Servicentro Guápiles, propiedad de Río Frío S.A., no cumplió, el 27 de agosto de 2014, con los requerimientos volumétricos establecidos para el suministro de combustible líquidos, con base en la aplicación de la prueba a caudal máximo establecida en el apartado 12.1.3.1. del Reglamento para Surtidores de Combustibles Líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.) Decreto N° 26425-MEIC (...)*
3. *Declarar que la manguera No. 16, de combustible gasolina superior, ubicada en la estación de servicio Servicentro Guápiles, propiedad de Río Frío S.A., no cumplió, el 10 de diciembre de 2014, con los requerimientos volumétricos establecidos para el suministro de combustible líquidos, con base en la aplicación de la prueba a caudal máximo establecida en el apartado 12.1.3.1. del Reglamento para Surtidores de Combustibles Líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.) Decreto N° 26425-MEIC (...)*
4. *Imponer a la sociedad Río Frío S.A., cédula jurídica N° 3-101-011693 (...) las (SIC) multas (SIC) de cinco salarios base por el incumpliendo (SIC) del 21 de agosto del 2014, según el mínimo fijado en el presupuesto ordinario de la República, de acuerdo con la Ley 7337 del 5 de mayo de 1993, las cuales corresponden a la suma de ¢ 1 997 000.00 (un millón novecientos noventa y siete mil colones exactos).*
5. *Imponer a la sociedad Río Frío S.A., (...) las (SIC) multas (SIC) de siete salarios base por el incumpliendo (SIC) del 27 de agosto del 2014, según el mínimo fijado en el presupuesto ordinario de la República, de acuerdo con la Ley 7337 del 5 de mayo de 1993, las cuales corresponden a la suma de ¢ 2 795 800.00 (dos millones setecientos noventa y cinco mil ochocientos colones exactos).*
6. *Imponer a la sociedad Río Frío S.A., (...) las (SIC) multas (SIC) de ocho salarios base por el incumpliendo (SIC) del 10 de diciembre del 2014, según el mínimo fijado en el presupuesto ordinario de la República, de acuerdo con la Ley 7337 del 5 de mayo de 1993, las cuales corresponden a la suma de ¢ 3 195 200.00 (tres millones ciento noventa y cinco mil doscientos colones exactos).*
7. *Intimar por primera vez a la sociedad Río Frío S.A., (...) cancele la suma de ¢ 7 988 000.00 (siete millones novecientos ochenta y ocho mil colones exactos), por*

concepto de las multas establecidas en los incisos anteriores a favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

8. (...)
9. *Indicar a la sociedad Río Frío S.A., (...), que el monto de ₡ 7 988 000.00 (siete millones novecientos ochenta y ocho mil colones exactos), (...) generará intereses moratorios según lo establecido en el artículo 1163 del Código Civil. [...]* (Folios 185 a 236)
- XIII. Que el 22 de noviembre de 2016, la Licenciada Vargas Madrigal, interpuso recurso de apelación y gestión de nulidad contra la resolución RRG-732-2016. (Folios 172 a 184)
- XIV. Que el 5 de diciembre de 2016, mediante la resolución 1795-DF-2016, la Dirección de Finanzas intimó por segunda vez el pago de la multa a Río Frío S.A. (Folios 238 a 242)
- XV. Que el 7 de diciembre de 2016, Río Frío S.A., solicitó dejar sin efecto la intimación de pago realizada mediante resolución 1795-DF-2016. (Folio 237)
- XVI. Que el 15 de diciembre de 2016, mediante el oficio 1835-DF-2016, la Dirección de Finanzas suspendió el proceso cobratorio, mientras se resolvía el recurso interpuesto. (Folios 243 y 244)
- XVII. Que el 13 de febrero de 2017, mediante el oficio 156-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227. (Folios 245 a 248)
- XVIII. Que el 13 de febrero de 2017, mediante el memorando 123-SJD-2017, la Secretaría de la Junta Directiva, trasladó para su análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación interpuesto. (Folio 249)
- XIX. Que el 24 de abril de 2017, mediante el oficio 394-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227. (Folios 250 a 253)
- XX. Que el 24 de abril de 2017, mediante el memorando 330-SJD-2017, la Secretaría de la Junta Directiva, trasladó para su análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de apelación interpuesto. (Folio 254)
- XXI. Que el 9 de junio de 2017, mediante el oficio 551-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, brindó el criterio solicitado sobre las gestiones interpuestas. (Correrá agregados a los autos)

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 551-DGAJR-2017, arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“(...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza:

El recurso interpuesto contra la resolución RRG-732-2016, es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 al 352 de la Ley 6227.

Con respecto a la gestión de nulidad contra la resolución RRG-732-2016, le es aplicable las disposiciones contenidas en los artículos 158 al 179 de la Ley 6227.

b) Temporalidad:

El acto administrativo RRG-732-2016, que impugnó la recurrente, le fue notificado el 17 de noviembre 2016 (folios 231, 233 a 236). El 22 de noviembre de 2016, Río Frío S.A. interpuso el recurso de apelación contra dicha resolución (folios 172 a 184).

Conforme a los artículos 343 y 346 de la Ley 6227, el citado recurso debía interponerse dentro del tercer día hábil, contados a partir del día siguiente de su notificación, plazo que vencía el 22 de noviembre de 2016. Del análisis comparativo, entre ambas fechas se tiene que el recurso fue presentado en tiempo.

En cuanto a la gestión de nulidad, de conformidad con el artículo 175 de la Ley 6227, fue interpuesta dentro del plazo legalmente establecido.

c) Legitimación:

Respecto de la legitimación se tiene que, Río Frío S.A., es la parte investigada en este procedimiento, es por ello que está legitimada 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:

Según se indica en el recurso objeto del presente dictamen (folios 115 a 118), éste fue interpuesto por la señora Marcela Vargas Madrigal, como apoderada especial administrativa de Río Frío S.A. (folio 118): “(...) en mi condición de apoderada especial de la sociedad RIO FRIO S.A., cédula de persona jurídica número 3-101-11693, según demuestro con el documento que se adjunta, (...)”.

Dicho poder, fue conferido por el señor Álvaro Quirós Arias, como representante legal de la sociedad mencionada (folio 118), más no se adjuntó certificación alguna que demostrara tal representación, sin que conste tampoco certificación de personería de Río Frío S.A. en el expediente administrativo que acredite su representación.

En virtud de lo anterior, se concluye que no se acreditaron las facultades suficientes del señor Quirós Arias, para actuar en representación de Río Frío S.A. en este caso, al otorgarse el poder especial a favor de la señora Vargas Madrigal.

No se omite indicar que a folio 15 consta certificación de personería, sin embargo, ésta no corresponde a la investigada, sino a la sociedad Servicentro Río Frío S.A., cédula jurídica 3-101-83134, la cual, si bien tiene una denominación social similar a la investigada y recurrente, Río Frío S.A., cédula jurídica 3-101-011693, son personas jurídicas diferentes y con diferente representación.

Dicho esto, se concluye que el recurso de apelación interpuesto resulta inadmisibile por falta de representación. Como consecuencia de ello, se omite pronunciamiento en cuanto al fondo del asunto.

III. CONCLUSIONES

Conforme lo expuesto, este Órgano Asesor, arriba a la siguiente conclusión:

Conforme lo expuesto, este Órgano Asesor concluye, que el recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos contra la resolución RRG-732-2016, deben rechazarse por ser inadmisibles, por falta de representación suficiente, para actuar en nombre de Río Frío S.A.

(...)"

- II.** Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y acuerdo al mérito de los autos, lo procedente, rechazar el recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por la señora Marcela Vargas Madrigal contra la resolución RRG-732-2016, al ser inadmisibles por carecer de representación suficiente en su accionar, dar por agotada la vía administrativa y notificar a la parte, tal y como se dispone:
- III.** Que en la sesión ordinaria 42-2017, del 8 de agosto de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, con base en el citado oficio, acordó con carácter de firme, 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 DE LA AUTORIDAD REGULADORA
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
RESUELVE:**

ACUERDO 12-42-2017

- I. Rechazar el recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por la señora Marcela Vargas Madrigal contra la resolución RRG-732-2016, al ser inadmisibles por carecer de representación suficiente en su accionar.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Notificar a la parte.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 12. Recurso de revisión y gestión de nulidad, interpuestos por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2016. Expediente OT-080-2014.

La Junta Directiva conoce el oficio 606-DGAJR-2017 del 29 de junio de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de revisión y gestión de nulidad, interpuestos por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2016. Expediente OT-080-2014.

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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 606-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 28 de noviembre de 2013, mediante el certificado de mediciones volumétricas: CELEQ-ARESEP-I-1379-13, el Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica (CELEQ) brindó los resultados de las mediciones volumétricas realizadas durante la inspección efectuada el 28 de noviembre de 2013, a la estación Servicentro Ojo de Agua, en la cual se detalla que el surtidor No. 17 de combustible gasolina regular, suministró volúmenes fuera de la tolerancia de ± 100 mL para un aforador volumétrico de 20 litros, con un promedio obtenido de -180mL. (Folios 5 a 8)
- II. Que el 6 de marzo de 2014, mediante el oficio 317-IE-2014, la Intendencia de Energía rindió el informe técnico. (Folios 2 a 3)
- III. Que el 1 de setiembre de 2014, mediante el oficio 2551-DGAU-2014, la Dirección General de Atención al Usuario, rindió el informe de valoración inicial para iniciar el procedimiento administrativo contra Pantuqui S.A. (Servicentro San Rafael de Ojo de Agua), por incumplimiento

de la normativa establecida en el Decreto Ejecutivo N° 26425-MEIC y la Ley 7593. (Folios 33 a 37)

- IV. Que el 4 de setiembre de 2014, mediante la resolución RRG-364-2014, el Regulador General, ordenó el inicio de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Pantuqui S.A. Además, nombró órgano director a fin que se instruyese el procedimiento. (Folios 39 a 42)
- V. Que el 8 de agosto de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-150-2015, el órgano director inició el procedimiento y, en el acto, se convocó a Pantuqui S.A. a comparecencia oral y privada. (Folios 60 a 64)
- VI. Que el 21 de setiembre de 2015, Pantuqui S.A. interpuso las excepciones de prescripción y caducidad del procedimiento. (Folios 67 a 72)
- VII. Que el 21 de setiembre de 2015, se llevó a cabo la comparecencia oral y privada con la presencia de la parte investigada. (Folios 73 a 78)
- VIII. Que el 10 de junio de 2016, mediante oficio 2284-DGAU-2016, el órgano director, emitió el informe final de la instrucción del procedimiento. (Folios 80 a 103)
- IX. Que el 26 de julio de 2016, mediante la resolución RRG-460-2016, el Regulador General resolvió, entre otras cosas:

“I. Declarar que Pantuqui S.A., cédula jurídica N° 3-101-165523, propietaria de la estación de servicio Servicentro Ojo de Agua, incumplió las normas y los principios de calidad en la prestación de los servicios públicos, según lo establecido en el artículo 8.1, 11.1 y 12.1.3.1 de del Decreto Ejecutivo N° 26425-MEIC, Reglamento para surtidores de Combustibles Líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.), en concordancia con lo establecido en el artículo 6 y 38 inciso h), de la Ley 7593 vigente al momento de suscitarse los hechos. II. Declarar sin lugar las excepciones de prescripción y caducidad interpuestas por la parte investigada. III. Imponer a Pantuqui S.A., cédula jurídica N° 3-101-165523 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 una suma de ¢1 897 000.00 (un millón ochocientos noventa y siete mil colones exactos). (...)” (Folios 112 al 135)

- X. Que el 3 de agosto de 2016, Pantuqui S.A. interpuso recurso de apelación y gestión de nulidad contra la resolución del Regulador General RRG-460-2016. (Folios 104 a 111)
- XI. Que el 16 de agosto de 2016, mediante la resolución DF-1187-2016, la Dirección de Finanzas, intimó al pago a la recurrente por segunda vez. (Folios 136 a 139)
- XII. Que el 23 de agosto de 2016, Pantuqui S.A. solicitó dejar sin efecto la intimación de pago, hasta que se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-460-2016. (Folio 140)

- XIII.** Que el 25 de agosto de 2016, mediante el oficio 1226-DF-2016 la Dirección de Finanzas informó a Pantuqui S.A. que “en aras de evitar perjuicios que pudieran ocasionarse a su representada, esta Dirección suspenderá el proceso cobratorio mientras se resuelven los recursos indicados”. (Folios 141 a 143)
- XIV.** Que el 5 de octubre de 2016, mediante el oficio 906-DGAJR-2016, se emitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227, respecto del recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por Pantuqui S.A. contra la resolución RRG-460-2016. (Folios 145 a 147)
- XV.** Que el 5 de octubre de 2016, mediante el memorando SJD-699-2016, la Secretaría de la Junta Directiva, remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación interpuesto. (No consta en autos a la fecha de emisión de este criterio, pero fue verificado por esta Dirección General)
- XVI.** Que el 18 de noviembre de 2016, mediante el oficio 1080-DGJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, brindó criterio sobre el recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Pantuqui S.A. contra la resolución RRG-460-2016. (no consta en el expediente pero fue verificado por esta Dirección)
- XVII.** Que el 9 de enero de 2017, mediante la resolución RJD-016-2017, la Junta Directiva resolvió, entre otras cosas:
- “I. Declarar sin lugar, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por Pantuqui S.A., contra la resolución RRG-460-2016. II. Dar por agotada la vía administrativa. (...)”* (Folios 148 a 162)
- XVIII.** Que el 8 de febrero de 2017, Pantuqui S.A. interpuso recurso de revisión y gestión de nulidad contra la resolución RJD-016-2017. (Folios 168 a 170)
- XIX.** Que el 9 de febrero de 2017, mediante el memorando SJD-117-2017, la Secretaría de la Junta Directiva, remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de revisión y la gestión de nulidad interpuestos. (No consta en el expediente, pero fue verificado por esta Dirección General)
- XX.** Que el 7 de febrero de 2017, Pantuqui S.A., solicitó arreglo de pago de la multa impuesta en la resolución RRG-460-2016 y el 7 de marzo de 2017, se formalizó el arreglo N° 011-CONVENIO-ARESEP-2017. (No consta en el expediente, pero fue verificado por esta Dirección General)
- XXI.** Que el 29 de junio de 2017, mediante el oficio 606-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio sobre la impugnación presentada.
- XXII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 606-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA**a) Naturaleza:*****Del recurso de revisión***

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-016-2017, es el extraordinario de revisión, al cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 353 al 355 de la Ley 6227. Normativa que es clara en establecer, entre otras cosas, las circunstancias bajo las cuales procede la interposición de dicho recurso.

En ese sentido, señalan las normas citadas, 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; d) cuando el acto se hubiera dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta declarada en sentencia judicial.

En este caso, la resolución impugnada se encuentra firme, por cuanto al momento de la interposición del recurso de revisión (8 de febrero de 2017), ya habían transcurrido los tres días hábiles, para interponer los recursos ordinarios.

Sin embargo, del escrito recursivo se desprende que los argumentos del recurrente versan sobre lo siguiente:

- 1. Que la Junta Directiva resuelve en contra de su representada con base en una prueba que recibió con fecha posterior a la presentación del recurso y de la cual no les dieron audiencia, para referirse a la misma. Que indica que el oficio tiene fecha 21 de octubre de 2016, por lo que ante la ausencia de haberseles comunicado la existencia de esa nueva prueba, la cual sirve de base para confirmar la sanción impuesta a su representada, que el dictado de la resolución RJD-016-2017, está viciada de nulidad absoluta ya que se están violentando los principios constitucionales del debido proceso y defensa.*
- 2. Que la resolución RJD-016-2017, tiene como parte de su fundamentación para no recibir sus alegatos, una prueba que se recibió después de que su representada presentó el recurso de apelación, una prueba a la cual su representada no tuvo acceso ni le fue dada audiencia alguna para referirse a la misma ni para objetarla.*

Una vez analizados los argumentos del recurrente, se tiene que no se ajustan a los presupuestos que establece el artículo 353 incisos a) al d) de la Ley 6227.

En atención a lo indicado, el recurso extraordinario de revisión resulta inadmisibles por la naturaleza, debido a que la resolución de Junta Directiva no corresponde a un acto final sino a la atención de un recurso ordinario de apelación.

De la gestión de nulidad

En cuanto a la gestión de nulidad contra la resolución RJD-016-2017, le resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 158 al 179 de la Ley 6227.

b) Temporalidad:

En cuanto a la gestión de nulidad contra la resolución RJD-016-2017, se tiene que esta fue interpuesta en tiempo. Ello conforme el artículo 175 de la Ley 6227.

c) Legitimación:

Respecto a la legitimación, se tiene que, Pantuqui S.A., cédula jurídica 3-101-165523, es la parte investigada en este procedimiento, es por ello que está legitimada para actuar, tal y como lo ha hecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la Ley 6227.

d) Representación:

Se aprecia que la señora Marcela María Vargas Madrigal, es apoderada especial de Pantuqui S.A, ello conforme al poder especial administrativo visible a folio 72, por lo cual, la señora Vargas Madrigal, ostenta la representación suficiente para actuar, en este procedimiento, en nombre de la investigada.

Dicho poder, fue conferido por el señor José Antonio Jiménez Jiménez, quien ostenta la representación judicial y extrajudicial de la sociedad mencionada (folio 16). Así las cosas, las gestiones planteadas, fueron interpuestas por la representante legal debidamente acreditada.

En atención a que el poder especial administrativo, está otorgado a dos abogados, y que las facultades, en dicho documento, están redactadas en singular, se entenderá que el poder podía ejercerse de forma separada.

De lo anterior se concluye, que el recurso de revisión, interpuesto por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2017, resulta inadmisibles por no cumplir con su naturaleza.

En cuanto a la gestión de nulidad, interpuesta por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2017, resulta admisible por haber sido interpuesta en tiempo y forma.

III. SOBRE LOS ALEGATOS DE LA GESTIONANTE

Indicó la gestionante que la Junta Directiva resuelve con base en una prueba que recibió con fecha posterior a la presentación del recurso y de la cual no les dieron audiencia, para referirse a la misma.

Señaló además que el oficio 1506-IE-2016 tiene fecha 21 de octubre de 2016, por lo que ante la ausencia de haberseles comunicado la existencia de esa nueva prueba, la cual sirve de base para confirmar la sanción impuesta a su representada, que el dictado de la resolución RJD-016-2017, está viciada de nulidad absoluta ya que se están violentando los principios constitucionales del debido proceso y defensa.

IV. SOBRE EL FONDO

Con respecto a la inconformidad de la gestionante, esta Dirección General, es del criterio que el contradictorio dentro del procedimiento terminó con la emisión de la resolución final. Para ese momento, había prueba suficiente en el expediente que comprobaba la falta de la investigada.

Sin embargo, en ejercicio del derecho de defensa, la investigada cuestionó, en la vía recursiva, la veracidad de la prueba utilizada para declarar su responsabilidad. Nótese que es la propia investigada quien optó por no debatir esta prueba en el momento procesal oportuno, es decir, durante el procedimiento y hasta antes de la emisión de la resolución final.

Por el contrario, este cuestionamiento resultó ser un argumento nuevo, que es utilizado en la etapa recursiva contra la resolución final (RRG-460-2016). Ante ello, la Administración, en ejercicio de sus facultades, confirmó que, contrario a lo indicado en la impugnación de la investigada, el equipo con el cual se hicieron las pruebas, se encontraba debidamente calibrado.

Por ello, se estima que no se trató de la incorporación de prueba nueva al expediente, sino de la obtención de información que vino a confirmar lo que ya se había acreditado en la resolución final mediante la prueba ya existente, y de lo cual no hubo cuestionamiento oportuno de la investigada.

En esta etapa no precisa de audiencia a la investigada, porque el contradictorio ya finalizó. Además, no se está incorporando prueba novedosa o hechos nuevos al caso, sencillamente, ante la duda que dejó la investigada en su recurso, la Administración confirmó la validez de la prueba realizada a través de la incorporación de los documentos que constatan que los equipos, con los cuales se hizo las mediciones, sí se encontraban debidamente calibrados.

En este caso, bien pudo la Administración, sencillamente rechazar el argumento (o cuestionante) de la investigada por ser inoportuno y falto de fundamento. Sin embargo, la Administración fue más allá y confirmó que, contrario a lo indicado por la recurrente, la prueba que sirvió para sancionar a la prestadora, se encontraba a derecho y, ante ello, ante ello lo procedente es confirmar la sanción impuesta.

No se trató de una prueba directa (que sirva para sancionar) ni novedosa, simplemente es una prueba que sirvió a la Administración para confirmar que, se actuó apegado a derecho.

Debe recordarse el principio de presunción de validez de los documentos públicos y que la investigada, durante el contradictorio, no cuestionó la calibración de los aparatos utilizados, razones por las cuales no se observa vicio alguno en la resolución final.

Es importante acotar, que por el principio de legalidad -consagrado en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la LGAP- en concordancia con el principio de preclusión procesal; el cual “está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiendo el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. La preclusión es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal” (PACHECO, Máximo, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p.263).

Por otra parte, 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 RJD-016-2017), fue dictado por el órgano competente, sea la Junta Directiva (artículos 129 y 180 de la LGAP, 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 LGAP, procedimiento).*
 - ✓ *Contiene un motivo legítimo y existente (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.

En atención a ello, el acto administrativo contiene todos sus elementos, y no se observan motivos para declarar su nulidad.

V. CONCLUSIONES

Según lo indicado, se tienen las siguientes conclusiones:

1. *Desde el punto de vista formal, el recurso de revisión, interpuesto por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2017, resulta inadmisibles por no cumplir con su naturaleza, por cuanto, los argumentos del recurso no se ajustan a lo establecido en los incisos a) al d) del artículo 353 de la Ley 6227, debido a que la resolución de Junta Directiva no corresponde a un acto final sino a la atención de un recurso ordinario de apelación.*

2. Desde el punto de vista formal, la gestión de nulidad, interpuesta por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2017, resulta admisible por haber sido interpuesta en tiempo y forma.
3. La resolución RJD-016-2017, es un acto administrativo que cumple con los elementos formales y sustanciales (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), razón por la cual es un acto administrativo válido.

(...)"

- II. Que en sesión ordinaria 42-2017 del 8 de agosto de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó, con carácter de firme, dictar la presente resolución.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerando precedente y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.** Rechazar por inadmisibile, el recurso de revisión, interpuesto por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2017. **2.** Declarar sin lugar, la gestión de nulidad, interpuesta por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2017. **3** Trasladar a la Dirección General de Atención al Usuario para lo que corresponda. **4.** Notificar a la parte, tal y como se dispone.

POR TANTO:

Con fundamento en las competencias otorgadas en la Ley General de la Administración Pública y Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

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

RESUELVE:

ACUERDO 13-42-2017

- I. Rechazar por inadmisibile, el recurso de revisión, interpuesto por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2017.
- II. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad, interpuesta por Pantuqui S.A., contra la resolución RJD-016-2017.
- III. Trasladar a la Dirección General de Atención al Usuario para lo que corresponda.
- IV. Notificar a la parte.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME

ARTÍCULO 13. Recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Autopintura S.A., contra la resolución RRG-013-2017. Expediente SAU-135071-2016.

La Junta Directiva conoce el oficio 505-DGAJR-2017 del 30 de mayo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Autopintura S.A., contra la resolución RRG-013-2017.

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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 505-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 26 de agosto de 2016, Sociedad Autopintura S.A., interpuso queja contra Acueductos y Alcantarillados (AyA), como usuaria de los servicios de acueducto NIS # 320-9273 y NIS # 543-1928, ya que se encuentra inconforme con el cobro de ¢201.624,00 del NIS # 543-1928, porque afirma que el agua nunca fue consumida y que el local se encontraba cerrado desde el 30 de junio de 2014. (Folios 1 a 37)
- II. Que el 2 de setiembre de 2016, mediante el auto de prevención 3081-DGAU-2016, la Dirección General de Atención al Usuario, solicitó requisito de admisibilidad a Sociedad Autopintura S.A. (Folios 38 a 41)
- III. Que 27 de setiembre de 2016, mediante el auto de aclaración 3357-DGAU-2016, la Dirección General de Atención al Usuario, solicitó aclaración a Sociedad Autopintura S.A. (Folios 45 a 49)
- IV. Que el 11 de enero de 2017, mediante oficio 0058-DGAU-2017, la Dirección General de Atención al Usuario, realizó la valoración inicial de la queja. (Folios 111 a 119)
- V. Que 18 de enero de 2017, mediante la resolución RRG-013-2017, el Regulador General, resolvió:
“I. Archivar la gestión planteada por la señora María Eugenia Vargas Struck, porque no hay mérito suficiente para iniciar un procedimiento administrativo.

Ordenar el archivo del documento SAU 135071-2016 en el momento procesal oportuno.” (Folios 120 a 132)
- VI. Que 23 de enero de 2017, Sociedad Autopintura S.A, interpuso recurso de apelación contra la resolución RRG-013-2017. (Folios 133 a 134)
- VII. Que el 25 de mayo de 2017, mediante el oficio 489-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió el informe dispuesto en el artículo 349 de la Ley General de Administración Pública. (Folios 138 a 140)

- VIII. Que el 25 de mayo de 2017, mediante memorando 420-SJD-2017, la Secretaría de la Junta Directiva, trasladó el recurso de apelación interpuesto por Autopintura S.A. a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.
- IX. Que el 30 de mayo de 2017, mediante el oficio 505-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio sobre la impugnación presentada.
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 505-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:
“(…)

III. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza:

El recurso interpuesto contra la resolución RRG-013-2017, es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227).

b) Temporalidad:

El acto administrativo RRG-013-2017, que impugnó la recurrente, le fue notificado el 20 de enero de 2017 (folios 129 a 131). El 23 de enero de 2017, se interpuso el recurso de apelación contra dicha resolución (folio 133 a 134). Sin embargo al haberse interpuesto fuera de la jornada ordinaria de la Autoridad Reguladora se tiene por interpuesto el 24 de enero de 2017. Conforme a los artículos 343 y 346 de la Ley 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 25 de enero de 2017.

Del análisis comparativo que precede, se puede concluir que el recurso de apelación, fue presentado en tiempo.

c) Legitimación:

Respecto de la legitimación, se tiene que Sociedad Autopintura S.A., fue quien interpuso la queja, es por ello que está legitimada para actuar –en la forma en que lo ha hecho– de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 de la Ley 6227, 27 y 28 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593).

d) Representación:

La señora María Eugenia Vargas Struck, actúa en su condición de Presidente con facultades de apoderada generalísima sin límite de suma y representación judicial y

extrajudicial de la Sociedad Autopintura S.A., según consta en la certificación de personería jurídica visibles a folios 4 a 5.

Del análisis anterior, se desprende que el recurso de apelación, fue presentado en tiempo y forma por lo que procede su análisis por el fondo tal y como sigue.

IV) ARGUMENTO DEL RECURSO

Los argumentos de la recurrente se pueden sintetizar en que fue un agua no consumida, que es muy difícil cambiar las inspecciones, pero que estando presente ante dichos personeros se les demostró que el medidor con NIS # 543-1923, no tenía ninguna conexión hacía el conducto con tubería aérea que alimentaba la propiedad, que el medidor caminaba y no podía irse el agua a ninguna parte, que se le pidió que lo apuntara pero que no lo hizo y que no habían fugas. Y que la prueba de los errores cometidos por A y A, está que del NIS #320-9273 le hacen una devolución de \$102.284,00, que entonces si hay un error admitido y en ese momento la propiedad se encontraba cerrada a cualquier uso, solamente se cuidaba electrónicamente por la Policía Municipal.

V) ANÁLISIS DEL ARGUMENTO

El artículo 27 de la Ley 7593, establece que la Autoridad Reguladora, tramitará, investigará y resolverá, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley General de la Administración Pública, cualquier queja relativa a la prestación de los servicios públicos regulados por dicha ley.

Una queja, es la solicitud que presenta el usuario de un servicio público, a la Aresep, para que se declare su derecho, de ser resarcido por un daño ocasionado en su patrimonio, por parte de un prestador en la prestación del servicio. Además, si en el transcurso del procedimiento se establece que el prestador ha incurrido en alguna anomalía, la Aresep, por medio del acto final del procedimiento, podría ordenar la corrección de dicha anomalía.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, anomalía significa defecto de forma o de funcionamiento.

En este sentido, deben valorarse las conclusiones a las que se llegó en la resolución RRG-013-2017 –resolución recurrida- y los fundamentos que las originan. De tal forma que, a folio 126 a 127, se indica entre otras que:

“(…)

- 1. Que se determinó que los recibos adeudados corresponden a mayo, junio, octubre, noviembre y diciembre de 2014, y enero de 2015. En este sentido, si bien la usuaria manifiesta que el agua no fue consumida, entre*

junio y diciembre de 2014, aún se encontraba el inquilino de la propiedad abastecida con los números de NIS 320-9273 y 543-1928.

- 2. Que existió un error por parte del prestador en la reconexión de enero de 2015, sin embargo, los recibos cobrados son anteriores a esta fecha, por lo que la corta de enero de 2015 no debe tener afectación.*
- 3. Que se determinó que el medidor número 1225990 registraba dentro de la tolerancia permitida, el cual según se afirma en el escrito, era el que marcaba al momento de la inspección en el año 2016.*
- 4. Que no existen pruebas de que el inquilino de la propiedad abastecida con los números de NIS 320-9273 y 543-1928, pagara los recibos correspondientes al período de mayo de 2014 a enero de 2015.*

(...)”

Debe hacerse notar que para efectos de atención de quejas, la Autoridad Reguladora, queda facultada para investigar y resolver lo que corresponda dentro del ámbito de su competencia, según se desprende del artículo 6, inciso e) de la Ley 7593 y, de existir mérito, promover un procedimiento administrativo, tendiente a investigar si un prestador ha incumplido las normas que orientan la sana y debida prestación de los servicios públicos.

Es así, que cuando la queja se fundamenta en la indicación de hechos, en los cuales, no se encuentran indicios de una anomalía en la prestación del servicio público (artículos 27 y 28 de la Ley 7593), debe dictarse la falta mérito.

Tal y como se indicó en el dictamen C-340-2002 del 16 de diciembre de 2002, emitido por la Procuraduría General de la República: “(...) la existencia de una petición o denuncia del administrado puede no ser suficiente en todos los casos para que el procedimiento se inicie”.

En la resolución impugnada, se valoraron y analizaron que las causas de los consumos de mayo de 2014 a enero de 2015 correspondientes al servicio con número NIS # 543-1928, no pueden ser atribuibles al AyA, con el objetivo de iniciar un procedimiento administrativo. Con esta información, la resolución concluye debidamente, que los montos cobrados por AyA, no aparentan sustentarse en un arbitrio del prestador o en un error de cálculo en el consumo, por lo que, efectivamente, no hay mérito para el procedimiento administrativo.

De esta forma, no lleva razón y como consecuencia de ello, el recurso de apelación debe ser declarado sin lugar.

VI) CONCLUSIONES

Conforme el análisis realizado, puede llegarse a las siguientes conclusiones:

1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-013-2017, fue interpuesto en tiempo y forma.
2. La resolución impugnada se sustenta en la ausencia de indicios que permitan a la Autoridad Reguladora, atribuirle al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados una presunta anomalía en la prestación del servicio público, pese a las pruebas que constan en el expediente. Ello impide iniciar un procedimiento administrativo.

(...)”

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerando precedente y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.** Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por Sociedad Autopintura S.A. contra la resolución RRG-013-2017. **2.** Dar por agotada la vía administrativa. **3.** Notificar a Sociedad Autopintura S.A. y al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA), la resolución que ha de dictarse. **4.** 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 42-2017, del 1 de agosto de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, con base en el citado oficio, acordó con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

Con fundamento en las competencias otorgadas en la Ley General de la Administración Pública y Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

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

RESUELVE:

ACUERDO 14-42-2017

- I. Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por Sociedad Autopintura S.A. contra la resolución RRG-013-2017.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Notificar a Sociedad Autopintura S.A. y al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA), la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Dirección General de Atención al Usuario, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.**ARTÍCULO 14. Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Estación de Servicio Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (Coopetaxi R.L.) contra la resolución RRG-780-2016. Expediente OT-53-2014.**

La Junta Directiva conoce el oficio 619-DGAJR-2017 del 4 de julio de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Estación de Servicio Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (Coopetaxi R.L.) contra la resolución RRG-780-2016. Expediente OT-53-2014.

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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 619-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 8 de noviembre de 2013, mediante certificado de análisis CELEQ-ARESEP-C-1283-13, el Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica, (en adelante CELEQ), documentó los análisis fisicoquímicos de las muestras de combustibles recolectadas en la visita del 7 de noviembre de 2013, a la Estación de servicio Coopetaxi R. L., según la cual la muestra de aceite diésel no cumple con los requerimientos establecidos en el reglamento técnico RTCA 75.02.17:06, en cuanto al punto de inflamación, por cuanto éste fue de 46 ± 1 grados Celsius. (folio 6)
- II. Que el 18 de noviembre de 2013, mediante el oficio CELEQ-1533-2013, el CELEQ, informó que se procedió a la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectada el 7 de noviembre de 2013 en la Estación de Servicio Copetaxi R. L. y custodiada en el CELEQ, determinándose el incumplimiento de la muestra por haber reportado una temperatura de inflamación de 45 ± 1 grados Celsius. (folios 43 a 46)
- III. Que el 18 de febrero de 2014 mediante el oficio 200-IE-2014, la Intendencia de Energía, emitió el informe técnico por la no conformidad con la normativa establecida en el artículo 6 del decreto Ejecutivo N° 33664 y en la Ley 7593 artículo 38 inciso h) por parte de la Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R. L., en la Estación de Servicio Coopetaxi R. L. y lo remitió a esa Dirección a efectos de que se valorara la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio. (folios 2 a 54)
- IV. Que el 29 de mayo de 2015, mediante el oficio 1809-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario, rindió el informe de valoración inicial para iniciar un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra Coopetaxi R. L. (folios 81 a 85)

- V. Que el 2 de junio de 2015, mediante la resolución RRG-301-2015, el entonces Regulador General, ordenó el inicio de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Coopetaxi R. L. y nombró al órgano director del mismo. (folios 76 a 80)
- VI. Que el 2 de junio de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-84-2015, el órgano director, realizó la resolución que citó a la comparecencia oral y privada. (folios 86 a 91)
- VII. Que el 3 de julio de 2015, se realizó la comparecencia oral y privada. (folios 96 a 105)
- VIII. Que el 7 de diciembre de 2016, mediante el oficio 4107-DGAU-2016, el órgano director, rindió el respectivo informe de instrucción del procedimiento (folios 109 a 139)
- IX. Que el 7 de diciembre de 2016, mediante la resolución RRG-780-2016, el Regulador General, resolvió entre otras cosas:
- i. [...] *“1. Rechazar la excepción de prescripción interpuesta por la representación de la de la (sic) estación de servicio COOPETAXI R. L. 2. Rechazar la excepción de caducidad interpuesta por la representación de estación de servicio COOPETAXI R. L. 3. Declarar que COOPETAXI R.L., cédula jurídica N° 3-004-45293, incumplió, el 07 de noviembre del 2013 las normas y los principios de calidad en la prestación de los servicios públicos, según lo establecido en el Reglamento Técnico Centroamericano RTCA75.02.17:06 Productos de Petróleo. Aceite Combustible Diésel, Decreto Ejecutivo N° 33664 COMEX-MINAE-MEIC (vigente al momento de la comisión de la falta), en cuanto a la temperatura de inflamación del combustible aceite diésel, en concordancia con lo establecido en el artículo 38 inciso h), de la Ley 7593. 4. Imponer a COOPETAXI R.L., cédula jurídica N° 3-004-45293, 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 una suma de ₡1.897.000.00 (un millón ochocientos noventa y siete mil colones exactos). 5. Intimar por primera vez a COOPETAXI R.L., (...) para que, (...) cancele (...)” [...]* (folios 149 a 184).
- X. Que el 15 de diciembre de 2016, la Coopetaxi R.L., interpuso recurso de apelación y gestión de nulidad contra la resolución RRG-780-2016. (folios 141 a 148)
- XI. Que el 21 de diciembre de 2016, el Regulador General remitió a la DGAJR el recurso de apelación presentado por Coopetaxi R.L., contra la resolución RRG-780-2016. (consta en los archivos de la DGAJR)
- XII. Que el 10 de enero de 2017, mediante la resolución 154-DF-2017, la Dirección de Finanzas, intimó por segunda vez el pago a Coopetaxi R.L. (folios 186 a 189)
- XIII. Que el 24 de enero de 2017, mediante el oficio 229-DF-2017, la Dirección de Finanzas, suspendió el proceso cobratorio, mientras se resuelven los recursos interpuestos. (folios 190 a 191)

- XIV.** Que el 8 de junio de 2017, mediante el oficio 544-DGAJR-2017, la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227. (No consta en el expediente, pero fue verificado por esta Dirección General)
- XV.** Que el 9 de junio de 2017, mediante el memorando 452-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva, trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis, el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227 respecto al recurso de apelación interpuesto por Coopetaxi R.L. (No consta en el expediente, pero fue verificado por esta Dirección General)
- XVI.** Que el 4 de julio de 2017, mediante el oficio 619-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, brindó el criterio solicitado sobre el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos.
- XVII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 619-DGAJR-2017, arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“ (...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA:

a) Naturaleza:

El recurso interpuesto contra la resolución RRG-780-2016, es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 al 352 de la Ley 6227.

Con respecto a la gestión de nulidad, contra la resolución RRG-780-2016, le resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 158 al 179 de la Ley 6227.

b) Temporalidad:

El acto administrativo RRG-780-2016, que impugnó la recurrente, le fue notificado el 12 de diciembre de 2016 (folio 181). El 15 de diciembre de 2016, Coopetaxi R.L., interpuso recurso de apelación contra dicha resolución (folios 141 a 148).

Conforme a los artículos 343 y 346 de la Ley 6227, el citado recurso debía interponerse dentro del tercer día, contado a partir del día hábil siguiente de su notificación, plazo que vencía el 15 de diciembre de 2016. Del análisis comparativo, entre ambas fechas se tiene que el recurso fue presentado en tiempo.

En cuanto a la gestión de nulidad, de conformidad con el artículo 175 de la Ley 6227, fue interpuesta en el plazo legalmente establecido.

c) Legitimación:

Respecto de la legitimación se tiene que, Coopetaxi R.L., es la parte investigada en este procedimiento, es por ello que está legitimada 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 la señora Marcela María Vargas Madrigal, es apoderada especial de Coopetaxi R.L., Ello conforme al poder especial visible a folio 100, por lo cual, la señora Vargas Madrigal, ostenta la representación suficiente para actuar, en este procedimiento, en nombre de la investigada.

Dicho poder, fue conferido por la señora Carolina Cabrera Chan, quien ostenta la representación judicial y extrajudicial de la recurrente. (folio 106) Así las cosas, las gestiones planteadas, fueron interpuestas por la representante legal debidamente acreditada.

En atención a que el poder especial administrativo, está otorgado a dos abogados, y que las facultades, en dicho documento, están redactadas en singular, se entenderá que el poder podía ejercerse de forma separada. Tal y como fue entendido, por el Órgano Director, en la comparecencia.

Del análisis anterior, se concluye, que el recurso de apelación y la gestión de nulidad fueron interpuestos en tiempo y forma, por lo que su examen resulta admisible tal y como a continuación se detalla.

III. ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

Los argumentos de la recurrente, pueden resumirse de la siguiente manera:

- 1. La resolución recurrida es violatoria de los principios constitucionales, por cuanto resuelve un procedimiento, cuya investigación preliminar se extendió más de dos años, de tal manera que debió operar la prescripción.*
- 2. La resolución RRG-721-2016 es confusa, en cuanto al instituto de la caducidad, ya que no es clara en cuanto al plazo en el que inicia, si es el momento de la investigación preliminar o con el traslado de cargos.*

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

- 1. La resolución recurrida es violatoria de los principios constitucionales, por cuanto resuelve un procedimiento, cuya investigación preliminar se extendió más de dos años, de tal manera que debió operar la prescripción.**

A criterio de la recurrente, en este caso ha operado la prescripción, por cuanto ha transcurrido el tiempo en el que opera este instituto, desde el momento en que la Administración se enteró del incumplimiento en las normas de calidad cometida por Coopetaxi R.L., hecho ocurrido el 8 de noviembre de 2013 y el momento en

que la Administración ordenó el inicio del procedimiento, de decir el 2 de junio de 2015.

Tal y como se indicó en la resolución recurrida -RRG-780-2016-, la Ley 7593, establece en sus artículos 38 y 41, las causales para imponer una multa o revocar la concesión o permiso a los prestadores de los servicios públicos, que incurran en las causales ahí descritas, una vez que se hayan desarrollado los procedimientos que establece la Ley 6227.

Sin embargo, la Ley 7593, no establece el plazo de prescripción de la potestad sancionatoria de la Autoridad Reguladora, para imponer la multa o revocar la concesión o el permiso, que establecen dichos numerales. Es por ello, que al no existir norma expresa, se tiene que recurrir a otras normas administrativas, en las cuales se establezca el plazo en el que opera la prescripción.

Al respecto, los artículos 38 y 41 de la Ley 7593, establecen que dichas sanciones se impondrán mediante los procedimientos establecidos en la Ley 6227, por lo que se remite a lo dispuesto en el artículo 198, que establece lo siguiente:

“Artículo 198.-

El derecho de reclamar la indemnización a la Administración prescribirá en cuatro años, contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad.

El derecho de reclamar la indemnización contra los servidores públicos prescribirá en cuatro años desde que se tenga conocimiento del hecho dañoso.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, cuando se trate del derecho a reclamar daños y perjuicios ocasionados a personas menores de edad, el plazo de prescripción empezará a correr a partir de que la persona afectada haya cumplido la mayoría de edad.” [...]

De ahí, emana lo que la Procuraduría General de República ha definido como la relación de sujeción, entre el ente regulador y los sujetos regulados; circunstancias bajo las cuales, en caso de que no exista norma expresa que establezca un plazo de prescripción, será entonces el de 4 años, establecido en el artículo 198 de la Ley 6227.

En este sentido, en el Dictamen C-007-2011, del 14 de enero de 2011, de la Procuraduría General de la República, se indicó lo siguiente:

“[...] III.- Autointegración del Derecho Administrativo en ausencia de disposición legal especial que regule la materia. En nuestro criterio, por aplicación del principio de autointegración normativa del Derecho Administrativo (art. 9º de la LGAP), en ausencia de disposición especial que regule la materia, el plazo de prescripción de aquella potestad pública legalmente delegada en la corporación profesional es cuatrienal; es decir, el establecido por el citado artículo 198 LGAP, puesto que es la única norma escrita de Derecho Administrativo que establece un plazo de prescripción para reclamar responsabilidad a los agentes públicos.

Recuérdese que por la autonomía, independencia y autointegración del Derecho Administrativo respecto de otras ramas del derecho, el derecho privado solo puede ser aplicado in extremis o como última ratio, ante la ausencia total de normas escritas o no escritas en el ordenamiento jurídico administrativo.

Esa ha sido la posición que hemos asumido al respecto en al menos dos precedentes administrativos en el que abordamos una problemática idéntica a la ahora sometida a nuestro conocimiento, concerniente al plazo de prescripción de la potestad sancionadora administrativa, ante la ausencia de regulación legal especial sobre la materia. Nos referimos a los dictámenes C-177-97 de 22 de setiembre de 1997 y C-221-99 de 5 de noviembre de 1999; en los que se optó por una necesaria integración del ordenamiento jurídico según lo dispone el propio derecho administrativo, según lo dicho; optándose, ante la laguna normativa, por el plazo cuatrienal, que aparece como norma en el Derecho Administrativo y no el decenal del Código Civil. [...]

Del dictamen citado, se pueden llegar a la conclusión, que cuando en una relación de sujeción entre una entidad pública que cuente con las potestades de imperio, para sancionar a sujetos regulados; si las leyes especiales no cuentan con norma expresa que establezca el plazo de la prescripción de la potestad sancionatoria; en apego al principio de autointegración normativa que establece el artículo 9 de la Ley 6227, el plazo será el de 4 años establecido en el artículo 198, de ese mismo cuerpo normativo.

Así las cosas, la excepción de prescripción invocada por la sancionada, tal y como se estableció en la resolución RRG-780-2016, se debe declarar sin lugar.

2 Existe una confusión entre la prescripción del derecho sancionatorio y la caducidad del procedimiento.

Señaló la recurrente, que la Aresep tomó como fecha de inicio de la caducidad el 10 de junio de 2015, y que para algunos aspectos el órgano decisor indicó, que el procedimiento inició 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 analizado en el argumento anterior, por lo que en el presente apartado, se hará referencia únicamente al tema de la caducidad.

La caducidad, está regulada en el ordinal 340 de la Ley 6227, que establece:

“Artículo 340.-

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.”

Durante dicho periodo no podría, conforme al artículo 340.1 de la Ley 6227, operar la caducidad del procedimiento. Ello, por cuanto el tiempo transcurrido fue antes de la apertura del procedimiento (transcurrido entre la inspección técnica y el inicio del procedimiento), y los plazos de caducidad, comienzan a computar desde su inicio y no antes.

Aunado al análisis anterior, se tiene que el mismo numeral 340 de la Ley 6227, establece los presupuestos necesarios para que opere la caducidad del procedimiento, -mismos que son de aplicación restrictiva-, los cuales son: que el procedimiento se haya paralizado 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.

En términos muy generales, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 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 confiere el artículo 38 inciso h), cuando un prestador del servicio incurre en determinadas conductas, entre las que se encuentra el incumplimiento de las normas de calidad en la prestación de los servicios públicos.

Del análisis de estas circunstancias, se desprende que el bien jurídico tutelado por la Autoridad Reguladora, reviste particular importancia, al tratarse de servicios públicos fundamentales como el agua, la energía, el combustible, 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 Autoridad Reguladora, en atención a lo dispuesto en los artículos 340.1 y 339 párrafo final de la Ley 6227, aún en caso de haber transcurrido más de 6 meses de inactividad entre la realización de la inspección realizada y el inicio del procedimiento, no operaría la caducidad, en aplicación de la excepción a la regla de la caducidad, en virtud del interés público que reviste el objeto del procedimiento.

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

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-780-2016), 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 Coopetaxi R.L. (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.

En virtud del cumplimiento de los requisitos de los elementos del acto administrativo, además de que se no ha demostrado que la resolución haya causado indefensión a la recurrente, no es posible dictar la nulidad de aquélla, por cuanto el requisito imprescindible para dictarla, es que exista un daño demostrado.

Al respecto, los artículos 168 y 223 de la Ley 6227, disponen:

[...] “Artículo 168. En caso de duda sobre la existencia o calificación e importancia del vicio deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto.” [...]

[...] “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.” [...]

En atención a ello, el acto administrativo contiene todos sus elementos, y no se observan motivos para declarar su nulidad.

V. CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto anteriormente, tenemos que:

1. *Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación y la gestión de nulidad, interpuestas por Coopetaxi R.L., contra la resolución RRG-780-2016, resultan admisibles, por haber sido presentadas en tiempo y forma.*

2. *En este procedimiento, no ha operado la prescripción de la potestad sancionatoria, que es de cuatro años, según lo establecido el artículo 198 de la Ley 6227 y el Dictamen C-007-2011, de la Procuraduría General de la República.*
3. *La caducidad en este procedimiento tampoco resulta aplicable, por cuanto, los plazos de su conteo comienzan a computarse desde el inicio del procedimiento y no antes. Además, en atención al interés general que reviste este procedimiento, para la fiscalización de los servicios públicos, se encuentran dentro de la excepción prevista en los artículos 340.1 y 339.3 de la Ley 6227.*
4. *La resolución RRG-780-2016 es un acto administrativo válido, por cuanto cumple con todos los requisitos formales como sustanciales requeridos por la Ley 6227.*

(...)"

- II. Que en la sesión ordinaria 42-2017, del 8 de agosto de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, con base en el citado oficio, acordó con carácter de firme, dictar la presente resolución.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y acuerdo al mérito de los autos, lo procedente es, declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por Coopetaxi R.L., contra la resolución RRG-780-2016, declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por Coopetaxi R.L., contra la resolución RRG-780-2016, agotar la vía administrativa, trasladar el expediente a la Dirección de Finanzas, para lo que corresponda y notificar a la parte, tal y como se dispone:

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 DE LA AUTORIDAD
REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

RESUELVE:

ACUERDO 15-42-2017

- I. Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por Coopetaxi R.L., contra la resolución RRG-780-2016.
- II. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por Coopetaxi R.L., contra la resolución RRG-780-2016.
- III. Dar por agotada la vía administrativa.
- IV. Trasladar el expediente a la Dirección de Finanzas, para lo que corresponda.

V. Notificar a la parte.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 15. Recurso de apelación interpuesto por Lemaysa S.A., contra la resolución RRG-093-2016. Expediente OT-085-2014.

La Junta Directiva conoce el oficio 614-DGAJR-2017 del 4 de julio de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por Lemaysa S.A., contra la resolución RRG-093-2016. Expediente OT-085-2014.

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 recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 614-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 25 de junio de 2013, mediante el certificado de inspección CELEQ-ARESEP-I-0652-13-M, el Centro de Electroquímica y Energía Química, de la Universidad de Costa Rica (CELEQ), certificó los resultados de las mediciones volumétricas realizadas durante la inspección efectuada el 24 de junio de 2013, a la estación de servicio Barrio Cuba, propiedad de Lemaysa S.A., según la cual el surtidor N° 16 de combustible gasolina regular, suministró volúmenes fuera de la tolerancia de ± 100 mL para un aforador volumétrico de 20 litros. Siendo que en dicho surtidor se realizaron tres mediciones y se obtuvo un promedio de -118 mL. (Folios 5 al 10).
- II. Que el 6 de marzo de 2014, la Intendencia de Energía, mediante el oficio 308-IE-2014, rindió el informe técnico sobre el incumplimiento a la cantidad, por cuanto se determinó que el surtidor N° 16, de combustible gasolina regular, localizado dentro de la estación de servicio Barrio Cuba, propiedad de Lemaysa S.A., el 24 de junio de 2013, se encontró fuera del rango de tolerancia permitido de ± 100 ml que establece el Reglamento para Surtidores de Combustible Líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.). (Folios 2 y 3).
- III. Que el 1 de setiembre de 2014, mediante el oficio 2576-DGAU-2014, la Dirección General de Atención al Usuario, rindió el informe de valoración inicial para iniciar el procedimiento administrativo contra Lemaysa S.A., propietaria de la estación de servicio Barrio Cuba, por incumplimiento de la normativa establecida en el Decreto N° 26425-MEIC. (Folios 49 a 52).
- IV. Que el 5 de setiembre de 2014, mediante la resolución RRG-377-2014, el entonces Regulador General, ordenó el inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Lemaysa S.A., por incumplimiento de la normativa establecida en el Decreto N° 26425-MEIC. Además, se nombró al órgano director del procedimiento. (Folios 54 al 57).

- V. Que el 28 de agosto de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-168-2015, el órgano director, inició el procedimiento y convocó a la comparecencia oral y privada. (Folios 74 al 78 y 82).
- VI. Que el 14 de octubre de 2015, la licenciada Marcela Vargas Madrigal, aportó poder especial administrativo para actuar a nombre de la recurrente. (Folios 83 y 84).
- VII. Que el 19 de octubre de 2015, se llevó a cabo la comparecencia oral y privada. (Folios 85 a 100).
- VIII. Que el 22 de noviembre de 2016, mediante la resolución RRG-093-2016, la entonces Reguladora General Adjunta, entre otras cosas, resolvió:
- “(…)
- II.** *Declarar que Leymasa (sic) S.A, propietaria de la estación de servicio Barrio Cuba, cédula jurídica número 3-101-030349, incumplió, el 24 de junio del 2013, las normas y los principios de calidad en la prestación de los servicios públicos, según lo establecido en el artículo 8.1, 11.1 y 12.1.3.1 de (sic) del Decreto Ejecutivo N° 26425-MEIC, Reglamento para Surtidores de Combustibles Líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.), en concordancia con lo establecido en el artículo 6 y 38 inciso h), de la Ley 7593 vigente al momento de suscitarse los hechos.*
- (…)”. (Folios 151 al 183).
- IX. Que el 28 de noviembre de 2016, Lemaysa S.A., interpuso recurso de apelación contra la resolución RRG-093-2016. (Folios 111 al 119).
- X. Que el 13 de febrero de 2017, mediante el oficio 155-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR) emitió el informe que ordena el artículo 349 de Lay 6227. (Folios 192 al 194).
- XI. Que el 13 de febrero de 2017, mediante el memorando 122-SJD-2017, la Secretaria de Junta Directiva remitió a la DGAJR para su análisis el recurso de apelación interpuesto por Lemaysa S.A. (Folio 195).
- XII. Que el 4 de julio de 2017, mediante el oficio 614-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió criterio respecto al recurso de apelación interpuesto contra la RRG-093-2016. (correrá agregado a los autos)
- XIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 614-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. NATURALEZA

El recurso presentado es el ordinario de apelación al cual se le aplican, las disposiciones contenidas en los artículos 342 al 352 de la Ley 6227 y sus reformas.

2. TEMPORALIDAD

El acto administrativo RRG-093-2016, que impugnó la recurrente, le fue notificado el 23 de noviembre de 2016 (folios 181 y 183). El 28 de noviembre de 2016, se interpuso el recurso de apelación contra dicha resolución (folios 111 al 119). Conforme a los artículos 343 y 346 de la Ley 6227, el citado recurso se debe interponer dentro del plazo de 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente de su notificación, plazo que vencía el 28 de noviembre de 2016. Sin embargo, debido a la emergencia nacional por la llegada del huracán Otto al país, el Gobierno de la República decretó asueto en el sector público para los días jueves 24 y viernes 25 de noviembre de 2016, y debido a esto el plazo para presentar el recurso de revocatoria se extendió hasta el 30 de noviembre de 2016.

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado en el artículo 346 de la Ley 6227, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, Lemaysa S.A. está legitimada para impugnar -en la forma en que lo ha hecho-, de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de Ley 6227.

4. REPRESENTACIÓN

Se aprecia que la señora Marcela María Vargas Madrigal, es apoderada especial de Lemaysa S.A. Ello conforme al poder especial visible a folio 84, la señora Vargas Madrigal, ostenta la representación suficiente para actuar, en este procedimiento, en nombre de la investigada.

Dicho poder, fue conferido por el señor Jorge León Márquez, quien ostenta la representación judicial y extrajudicial de la sociedad mencionada (folio 40). Así las cosas, la gestión planteada fue interpuesta por el representante legal debidamente acreditado.

En atención a que el poder especial administrativo, está otorgado a dos abogados, y que las facultades, en dicho documento, están redactadas en singular, se entenderá que el poder podía ejercerse de forma separada. Tal y como fue entendido, por el Órgano Director, en la comparecencia.

Del análisis anterior, se concluye, que el recurso de apelación, interpuesto contra la resolución RRG-093-2016, es admisible por haber sido interpuesto en tiempo y forma.

III. ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE

Indica la recurrente que el acto está dictado en contra del artículo 16 de la Ley 6227, por cuanto:

1. *En la resolución RRG-093-2016, no se tomó en cuenta la prueba visible a folio 18, la cual evidencia que existió caso fortuito.*
2. *No es cierto que Lemaysa S.A. reconoció la falta cometida.*
3. *La resolución impugnada resolvió de manera contraria a derecho, la excepción de prescripción, por cuanto:*
 - 3.1. *No es aceptable que se utilice los 4 años contenidos en el artículo 198 de la Ley 6227.*
 - 3.2. *Se debe tener claro que una cosa es la prescripción de la potestad sancionatoria y otra cosa es la prescripción o caducidad del inicio del procedimiento, que es lo reclamado en este apartado, existe caducidad, por cuanto el plazo transcurrido entre la resolución dictada por el Regulador General y el acto dictado por el órgano director transcurrió alrededor de 11 meses.*
4. *Se han violentado los principios constitucionales y legales, siendo nula la prueba obtenida y por consiguiente todo el procedimiento se encuentra viciado de nulidad.*

IV. ANÁLISIS DE FONDO

1. ***En la resolución RRG-093-2016, no se tomó en cuenta la prueba visible a folio 18, la cual evidencia que existió caso fortuito.***

Sobre este punto, debe indicarse, que lleva razón la recurrente, por cuanto si bien es cierto, la resolución recurrida hace alusión a la prueba dentro del expediente, resulta necesario referirse concretamente al documento visible a folio 18 del expediente.

En virtud del artículo 187 de la Ley 6227 en concordancia con el artículo 176, se procede en este acto a valorar la mencionada prueba.

El documento visible a folio 18, es una bitácora que se adjunta con ocasión del oficio 985-IE-2013 (folio 12) mediante el cual se solicitó a la recurrente “realizar una amplia investigación de la situación y que informe acerca de las medidas correctivas que se tomarán a fin de evitar futuros incumplimientos”.

Dicha bitácora, es un documento privado, para control propio de la Estación de Servicio, en el cual únicamente se indicó la fecha y una anotación (sin firma responsable). Se desprende de una lectura del documento, que las revisiones, supuestamente, se realizaban diariamente.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que dicho documento es copia sencilla, no es una certificación de un inspector autorizado de conformidad con el Ente Costarricense de Acreditación (ECA) o bien con la normativa INTE-ISO/IEC 17020:2000, como sí lo es el CELEQ (folios 6 y 7). Aunado a esto, revisado el expediente, no consta prueba documental o testimonial que respalde lo indicado en la bitácora.

Se añade, que la recurrente no aportó información sobre el instrumento con el cual se realiza el control metrológico, sea el aforador volumétrico, por cuanto, siendo que se desconoce quien realiza los controles, hubiese sido idóneo contar con el número de aforador para así comprobar, que el mismo se encuentra en óptimas condiciones para realizar la medición. Asimismo, como ya se ha indicado, se echa de menos, la identificación de la persona que realizó la medición, esto por cuanto resulta necesario conocer si la misma contaba con las competencias necesarias para realizar dicha tarea.

Si bien es cierto, lo anteriormente expuesto no fue valorado en la resolución RRG-093-2016, de su análisis en este momento, se concluye que no modifica la resolución final. Además, siendo que no procede la nulidad por la nulidad misma y que la conclusión a la que se arriba, no varía lo resuelto, se recomienda mantener incólume la resolución recurrida.

En virtud de lo anterior, se considera que no lleva razón la recurrente, en este argumento.

2. No es cierto que Lemaysa S.A. reconoció la falta cometida.

La resolución RRG-093-2016, al referirse a este punto, indicó:

*“De previo a continuar con el análisis, resulta menester señalar, que la investigada **no tiene como controvertido** el hecho de que se diera un incumplimiento de lo establecido en el Reglamento para Surtidores de Combustibles Líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.), Decreto Ejecutivo 26425-MEIC. Lo anterior se desprende del reconocimiento expreso por parte de la apoderada especial de la parte investigada cuando indicó en los alegatos por escrito, “que por tratarse de equipo electrónico, el mismo puede fallar en cualquier momento, y presentar inconformidad. Ante esta situación mi representada actuó diligentemente con el fin de no perjudicar al consumidor final y llamo inmediatamente al técnico, quien procedió a realizar los ajustes respectivos y así consta en el expediente administrativo (...)”. (El subrayado no es del original, folio 170)*

De un análisis del expediente, se desprende que lo subrayado no consta dentro del expediente de marras, por lo que no puede tenerse por “no controvertido” el posible incumplimiento de la investigada.

En ese orden de ideas, aunque en la resolución recurrida, la Autoridad Reguladora reconoció que Lemaysa S.A. era responsable del incumplimiento en lo establecido en el Reglamento para Surtidores de Combustibles Líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.), Decreto Ejecutivo 26425-MEIC, este órgano asesor considera que faltó motivación, en el sentido de determinar con mayor claridad, las razones por las cuales se sustentaron las decisiones del órgano decisor.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento, por cuanto, del mencionado incumplimiento, no existió un reconocimiento expreso por parte de la recurrente. Así las cosas, se procede a analizar nuevamente el asunto como sigue (ver acápite “V. Análisis de la resolución recurrida”).

Sin embargo, de la propia prueba aportada por la recurrente, visible a folios 19 y 20, se acreditó el incumplimiento por parte del técnico contratado por la empresa, y en todo caso, no hay motivos para

modificar lo resuelto en la resolución final, aun y cuando se suprimiera de dicha resolución la frase: “se desprende del reconocimiento expreso por parte de la apoderada especial de la parte investigada cuando indicó en los alegatos por escrito, “que por tratarse de equipo electrónico, el mismo puede fallar en cualquier momento, y presentar inconformidad. Ante esta situación mi representada actuó diligentemente con el fin de no perjudicar al consumidor final y llamo inmediatamente al técnico, quien procedió a realizar los ajustes respectivos y así consta en el expediente administrativo (...).” (El subrayado no es del original, folio 170).

3. La resolución impugnada resolvió de manera contraria a derecho, la excepción de prescripción, por cuanto:

3.1. No es aceptable que se utilice los 4 años contenidos en el artículo 198 de la Ley 6227.

Sobre la excepción de prescripción, en la resolución recurrida (RRGA-093-2016), se indicó:

“Como consta en el expediente, este órgano decisor tuvo conocimiento de todas las circunstancias relevantes para la toma de la decisión de inicio, hasta el 1 de setiembre de 2014, fecha en la cual se recibió en este Despacho el oficio 2576-DGAU-2014, que es el Informe de Valoración Inicial rendido por la Dirección General de Atención al Usuario. Ni el conocimiento que haya tenido esa Dirección, ni la Intendencia de Energía, pueden ser tomados como punto de partida para iniciar el cómputo del plazo de prescripción, ya que no son esas instancias las competentes para la toma de la decisión de inicio del procedimiento, por lo que tales alegatos de la parte investigada deben ser rechazados.

Una vez que se recibe en este Despacho la recomendación por parte del (sic) Dirección General de Atención al Usuario, de dar inicio al procedimiento, este órgano con fecha 5 de setiembre de 2014 procedió a emitir la resolución RRG-377-2014. Posteriormente, en fecha 28 de agosto de 2015, el órgano director emitió la resolución de inicio (ROD-DGAU-168-2015) la cual tiene una eficacia interruptora del cómputo del plazo prescriptivo, al ser un acto directamente encaminado a la instrucción e impulso procesal del procedimiento, lo cual sucede también con la celebración de la comparecencia.

Ahora bien, la resolución de inicio fue notificada a la investigada el 01 de setiembre de 2015. En dicha resolución se citó y así se llevó a cabo la comparecencia oral y privada el 19 de octubre de 2015. Visto lo anterior, desde que el órgano competente tuvo conocimiento calificado, de la presunta existencia de la falta, se produjo la interrupción del plazo de la prescripción con la notificación a la parte investigada de la resolución de inicio, con lo que se evidencia que el plazo de cuatro años que aplica en este caso, según se estableció en el punto anterior donde se analiza dicho plazo, no transcurrió durante la instrucción del procedimiento. Incluso, tampoco ha transcurrido si se toma como punto de partida la fecha en que se dio la inspección y no se hubiesen dictado actos con eficacia interruptora.” (Folios 161 y 162)

Tal y como se indicó en la resolución RRG-093-2016, sea la resolución recurrida, la Ley 7593, establece en sus artículos 38 y 41, las causales para imponer una multa o revocar la concesión o permiso a los prestadores de los servicios públicos, que incurran en las causales ahí descritas, una vez que se hayan desarrollado los procedimientos que establece la Ley 6227.

Sin embargo, la Ley 7593, no establece el plazo de prescripción de la potestad sancionatoria de la Autoridad Reguladora para imponer la multa o revocar la concesión o el permiso, que establecen dichos numerales. Es por ello, que al no existir norma expresa, se tiene que recurrir a otras normas administrativas, en las cuales se establezca el plazo en el que opera la prescripción.

Al respecto, los artículos 38 y 41 de la Ley 7593, establecen que dichas sanciones se impondrán mediante los procedimientos establecidos en la Ley 6227, por lo que se remite a lo dispuesto en el artículo 198, que establece lo siguiente:

“Artículo 198.-

El derecho de reclamar la indemnización a la Administración prescribirá en cuatro años, contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad.

El derecho de reclamar la indemnización contra los servidores públicos prescribirá en cuatro años desde que se tenga conocimiento del hecho dañoso.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, cuando se trate del derecho a reclamar daños y perjuicios ocasionados a personas menores de edad, el plazo de prescripción empezará a correr a partir de que la persona afectada haya cumplido la mayoría de edad.”

[...]

De ahí, emana que la Procuraduría General de República ha definido que, en caso de que no exista norma expresa que establezca un plazo de prescripción, será entonces el de 4 años, establecido en el artículo 198 de la Ley 6227.

En este sentido, en el Dictamen C-007-2011, del 14 de enero de 2011, de la Procuraduría General de la República, se indicó lo siguiente:

“[...]

III.- Autointegración del Derecho Administrativo en ausencia de disposición legal especial que regule la materia.

En nuestro criterio, por aplicación del principio de autointegración normativa del Derecho Administrativo (art. 9º de la LGAP), en ausencia de disposición especial que regule la materia, el plazo de prescripción de aquella potestad pública legalmente delegada en la corporación profesional es cuatrienal; es decir, el establecido por el citado artículo 198 LGAP, puesto que es la única norma escrita de Derecho Administrativo que establece un plazo de prescripción para reclamar responsabilidad a los agentes públicos.

Recuérdese que por la autonomía, independencia y autointegración del Derecho Administrativo respecto de otras ramas del derecho, el derecho privado solo puede ser aplicado in extremis o como última ratio, ante la ausencia total de normas escritas o no escritas en el ordenamiento jurídico administrativo.

Esa ha sido la posición que hemos asumido al respecto en al menos dos precedentes administrativos en el que abordamos una problemática idéntica a la

*ahora sometida a nuestro conocimiento, concerniente al plazo de prescripción de la potestad sancionadora administrativa, ante la ausencia de regulación legal especial sobre la materia. Nos referimos a los dictámenes C-177-97 de 22 de setiembre de 1997 y C-221-99 de 5 de noviembre de 1999; en los que se optó por una necesaria integración del ordenamiento jurídico según lo dispone el propio derecho administrativo, según lo dicho; optándose, ante la laguna normativa, por el plazo cuatrienal, que aparece como norma en el Derecho Administrativo y no el decenal del Código Civil.
[...]"*

Del dictamen citado, se pueden llegar a la conclusión, que cuando en una relación de sujeción, donde uno de los sujetos sea una entidad pública que cuente con las potestades de imperio, para sancionar; si las leyes especiales no cuentan con norma expresa que establezca el plazo de la prescripción de la potestad sancionatoria; en apego al principio de autointegración normativa que establece el artículo 9 de la Ley 6227, el plazo será el de 4 años establecido en el artículo 198, de ese mismo cuerpo normativo.

Así las cosas, considera este órgano asesor que el presente argumento debe rechazarse.

3.2. Se debe tener claro que una cosa es la prescripción de la potestad sancionatoria y otra cosa es la prescripción o caducidad del inicio del procedimiento, que es lo reclamado en este apartado, por cuanto el plazo transcurrido entre la resolución dictada por el Regulador General y el órgano director, transcurrió alrededor de 11 meses.

Sobre la excepción de caducidad, la resolución recurrida indicó:

"En este caso, desde que se dio inicio al procedimiento en fecha 28 de agosto de 2015, y se notificó a la investigada, no se ha producido una paralización mayor a 6 meses. Nótese, que luego de esa fecha se produjo la notificación a la parte investigada en fecha 1 de setiembre de 2015, posteriormente se dio la celebración de la comparecencia en fecha 19 de octubre de 2015, y a partir de ese momento el expediente quedó listo para el dictado de la resolución final con lo que no opera la caducidad. Con lo anterior, se establece que la caducidad alegada debe ser rechazada." (Folio 166)

Sobre este punto, debe indicarse que lleva razón la recurrente, por cuanto la prescripción de la potestad sancionatoria difiere de la caducidad del inicio del procedimiento. La prescripción de la potestad sancionadora se desarrolló en el apartado anterior, por lo que se refiere a la recurrente a lo ahí indicado. Seguidamente se desarrolla la caducidad.

La caducidad, está regulada en el ordinal 340 de la Ley 6227, que establece:

"Artículo 340.-

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."

Durante el período mencionado por la recurrente no podría, conforme al artículo 340.1 de la Ley 6227, operar la caducidad del procedimiento. Ello, por cuanto el tiempo transcurrido fue antes de la apertura del procedimiento (transcurrido entre el nombramiento del órgano director y el inicio del procedimiento), y los plazos de caducidad, comienzan a computar desde su inicio y no antes.

Aunado al análisis anterior, se tiene que el mismo numeral 340 de la Ley 6227, establece los presupuestos necesarios para que opere la caducidad del procedimiento, -mismos que son de aplicación restrictiva-, los cuales son: que el procedimiento se haya paralizado 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.

En términos muy generales, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 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 confiere el artículo 38 inciso h), cuando un prestador del servicio incurre en determinadas conductas, entre las que se encuentra el incumplimiento de las normas de calidad en la prestación de los servicios públicos.

Del análisis de estas circunstancias, se desprende que el bien jurídico tutelado por la Autoridad Reguladora reviste particular importancia, al tratarse de servicios públicos fundamentales como el agua, la energía, el transporte público, entre otros. Por otro 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 Autoridad Reguladora, en atención a lo dispuesto en los artículos 340.1 y 339 párrafo final de la Ley 6227, aún en caso de haber transcurrido más de 6 meses de inactividad entre la realización de la inspección y el inicio del procedimiento, no operaría la caducidad, en aplicación de la excepción a la regla de la caducidad, en virtud del interés público que reviste el objeto del procedimiento.

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

4. Se han violentado los principios constitucionales y legales, siendo nula la prueba obtenida y por consiguiente, todo el procedimiento se encuentra viciado de nulidad.

Sobre este punto, debe indicarse que la recurrente se limita a señalar que se han violentado principios constitucionales y legales, sin detallar cuales o bien en qué forma se han violentado. Lo mismo ocurre con el alegato de que la prueba es nula, no se indica cuál de la prueba que consta en el expediente es nula.

Por último, se alegó que todo el procedimiento está viciado de nulidad, sin embargo, siendo que no se indicó cuáles principios están siendo violentados y cuál prueba es nula, no se encuentran motivos para declarar la nulidad. Debe tenerse presente que la nulidad, como sanción o como consecuencia

lógica de la inobservancia de formas del procedimiento, no se aplica en forma irrestricta. Solo cuando no sea posible enmendar un defecto, porque cause indefensión imposible de subsanar, es válido decretar la anulación de actos procesales o resoluciones.

En el presente caso, siendo que en el escrito recursivo no se detallan las nulidades alegadas y siendo que de un estudio del expediente no se desprende que se le haya causado perjuicio a la recurrente, es recomendación de este órgano asesor rechazar esta pretensión.

V. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

Por las razones antes indicadas, conviene reformular los hechos y fundamentación en la resolución en estudio, como sigue:

III. HECHOS PROBADOS

Con base en el análisis del expediente administrativo, los elementos probatorios que constan en éste y para los efectos de este procedimiento, se tienen como probados los siguientes hechos:

- 1. Que el 24 de junio de 2013, el Centro Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica, se presentó en la estación de servicio Barrio Cuba, propiedad de Lemaysa S.A, ubicada en la provincia de San José, cantón San José, Barrio Cuba, a realizar una inspección y toma de muestras de los combustibles que esta expende. (Esto según consta en el acta de inspección CELEQ-ARESEP-0652-13-I y en el acta de toma de muestras CELEQ-ARESEP-0652-13-M visible a folios 07 al 10).*
- 2. Que en la inspección estuvo presente el señor Alfonso Morales Rivera, portador de la cédula de identidad número 7-089-876, en carácter de encargado de la estación de servicio Barrio Cuba, propiedad de Lemaysa S.A. (Esto según consta en el acta de inspección CELEQ-ARESEP-0652-13-I y acta de muestra CELEQ-ARESEP-0652-13-M visible a folios 07 al 10).*
- 3. Que, durante la inspección, se determinó que el surtidor # 16 de combustible gasolina regular de la estación investigada, suministró volúmenes fuera de la tolerancia de ± 100 mL para un aforador volumétrico de 20 litros, siendo que dicho surtidor suministró (en promedio de 3 mediciones realizadas) 118 mL menos de combustible gasolina regular, por cada veinte litros de combustible dispensado, según consta en el certificado de inspección CELEQ-ARESEP-I-0652-13-M (folios 07 al 10).*
- 4. Que el surtidor # 16 gasolina regular no cumplió con los requerimientos volumétricos establecidos para el suministro de combustibles líquidos, con base en la aplicación de la prueba a caudal máximo establecida en el apartado 12.1.1.3. del Reglamento para Surtidores de Combustibles líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.), Decreto Ejecutivo N° 26425-MEIC según indica en el certificado CELEQ-ARESEP-0652-I-13 (folio 08).*
- 5. Que el certificado CELEQ-ARESEP-I-0652-13 estuvo incorporado desde la apertura del expediente en marzo de 2014.*

IV. HECHOS NO PROBADOS

Con base en el análisis del expediente administrativo, los elementos probatorios que constan en este y para los efectos de este procedimiento, se tienen como no probados los siguientes hechos:

1. No se logró establecer durante cuánto tiempo el dispensador de gasolina, identificado con el número 16 de combustible gasolina regular, localizado en la estación de servicio Barrio Cuba, propiedad de Lemaysa S.A, estuvo operando con errores en su calibración, ni cuánta fue la cantidad de combustible dejado de suministrar a los consumidores mientras el surtidor se encontraba descalibrado.
2. No se logró establecer la cuantía a la que asciende el daño causado por Lemaysa S.A., a los consumidores finales, por la venta de una cantidad de combustible gasolina regular, menor a la que solicitaron y pagaron estos. Con la información que consta en el expediente no es posible establecer una estimación del daño causado.

V. SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO:

El objeto del presente procedimiento fue establecido mediante la resolución RRG-377-2014 (folios 54 al 57). Al respecto, dicha resolución estableció que el presente procedimiento buscaría averiguar la verdad real de los hechos, contra la investigada “por el aparente incumplimiento de la normativa del Reglamento para surtidores de combustibles líquidos aprobados mediante el Decreto N° 26425 MEIC” (folio 56), en cuanto a la calibración de los dispensadores y la eventual imposición de la sanción establecida en el artículo 38 de la ley 7593, como se detalló en la intimación de cargos realizada mediante la resolución ROD-DGAU-168-2015 (folios 74 al 78).

Con respecto al objeto del presente proceso, el Decreto Ejecutivo N° 26425-MEIC, en su apartado 8.1 indica: “Todo surtidor de combustible, una vez instalado debe ser calibrado, es decir, controlado su volumen por medio de una medida de capacidad calibrada”, asimismo el apartado 11.1 del mismo cuerpo normativo, establece que: “Es obligatorio que el propietario y arrendatario de cada Estación de servicio controle el suministro de sus surtidores diariamente”.

De lo anterior se desprende, la obligación de los prestadores del servicio público de suministro de combustible, de velar porque sus instalaciones y equipo se encuentren en óptimas condiciones, obligación que incluso se encuentra en el artículo 14 inciso b) de la Ley 7593.

En consonancia con lo anterior, conviene señalar que la Ley 7593, en su artículo 6 inciso b), establece que será obligación de la Aresep realizar las inspecciones técnicas de las propiedades, plantas y equipos destinados a la prestación del servicio público, cuando lo estime conveniente para verificar la calidad, confiabilidad, continuidad, costos, precios y tarifas del servicio público.

Asimismo, el artículo 38 inciso h) de la Ley 7593, faculta a la Autoridad Reguladora para tramitar procedimientos ordinarios sancionatorios, contra los prestadores de servicios públicos que incurran en el “incumplimiento de las normas y principios de calidad en la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando, dicho incumplimiento no sea atribuible un caso fortuito o fuerza mayor” aplicando el procedimiento ordinario establecido en la Ley 6227.

En este sentido, y para el cumplimiento de dicha obligación, es que la Aresep suscribió el Convenio de cooperación institucional entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la Universidad de Costa Rica y la Fundación de la Universidad de Costa Rica para la Investigación,

para la evaluación de la calidad y cantidad de los hidrocarburos derivados de petróleo que se comercializan en el país.

Ahora bien, como producto de la ejecución del convenio anterior, funcionarios del Centro de Electroquímica y Energía Química (CELEQ) de la Universidad de Costa Rica, el 24 de junio de 2013, se presentaron en la estación de servicio Barrio Cuba, propiedad de Lemaysa S.A, y realizaron una inspección de los surtidores de combustible que se encontraban en funcionamiento en dicha estación.

En la inspección estuvo presente, en su condición de encargado del centro de servicio el señor Alfonso Morales Rivera, quien una vez finalizada la inspección, rubricó las actas de inspección CELEQ-ARESEP-I -0652-13 y CELEQ-ARESEP-0652-13-M (folios 08 al 10).

Como parte de la inspección, los personeros del CELEQ con el fin de determinar que los surtidores en operación cumplieran con los requisitos volumétricos establecidos en el Reglamento para Surtidores de Combustibles Líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.), Decreto Ejecutivo 26425-MEIC, realizaron la prueba a caudal máximo que se encuentra establecida en el apartado 12.1.3. del anterior reglamento.

Una vez realizada dicha prueba, se determinó que, con respecto al margen de tolerancia de ± 100 mL para un aforador volumétrico de 20 litros, el surtidor N° 16 de combustible gasolina regular, suministró volúmenes fuera del rango establecido, siendo que este surtidor dejó de suministrar un volumen de 118 mL (en promedio de 3 mediciones realizadas) de combustible gasolina regular, por cada 20 litros dispensados.

El argumento de la investigada expuesto, tanto en la comparecencia como en el escrito de fecha 19 de octubre de 2015, además de lo ya analizado en el apartado de las excepciones, consiste en:

Que el certificado CELEQ-ARESEP-I-652-13-M con fecha 25 de junio de 2013, se tiene que debía ser sustituido o modificado, en virtud de haberse encontrado una inconformidad con los valores.

Con respecto a este argumento, es importante aclarar que el certificado al que se hace alusión en el oficio CELEQ-0785-2013 del 26 de junio de 2013, es el certificado CELEQ-ARESEP-I-0652-13-M, es decir es el certificado al que ya se le realizó una corrección, es decir la versión final depurada. Cabe señalar que, a la hora de realizar la intimación, fue este certificado visible a folio 06, el utilizado, de manera que la parte investigada desde el inicio ha tenido en su poder la prueba de la Administración, para poder preparar y ejercer su defensa. En este sentido, no se encuentra que exista perjuicio alguno para con la parte investigada, pues el certificado precitado, cumple con todas las formalidades, y merece absoluta credibilidad y tiene total valor probatorio según se analizará.

Adicionalmente, el órgano director solicitó en su momento aclaración a la Intendencia de Energía, respecto al certificado previo al que consta a folio 06. En ese momento, los personeros de la Intendencia señalaron (folios 91 al 94), que el error consistió en que el presentado anteriormente, se consignó por error, que no se había efectuado la medición de agua y combustibles en los tanques de la estación, lo cual, a su criterio **“no tiene relación con la no conformidad hallada”** (el destacado es nuestro).

Desde ese punto de vista, no se considera que se haya violentado algún principio del debido proceso, específicamente en cuanto a la intimación, pues se le intimó utilizando la información que consta en el certificado visible a folio 6.

Aunado a esto, si se analizan los dos certificados (el original y el corregido), en cuanto a la falta objeto de análisis en el presente procedimiento, se determina que ambos contienen la misma información, la cual no varió, con la modificación (véase folios 93 al 94), sino que permaneció incólume en cuanto a este aspecto. Dicho lo anterior, queda claro que no existe violación alguna al debido proceso, ni al derecho de defensa de la parte investigada, así como tampoco, dicha situación genera una duda razonable, en cuanto a la comisión de la falta y su responsabilidad, que pueda utilizarse a favor de la investigada. Por lo tanto, debe rechazarse este argumento.

Continuando con el análisis de fondo y con respecto al incumplimiento indicado anteriormente, la parte investigada indicó mediante nota el 20 de julio de 2013: “le informamos muy respetuosamente que las medidas correctivas se realizaron el mismo día de la inspección” (folio 16). En esa misma línea, mediante escrito presentado el 19 de octubre de 2015, se indicó:

“Considera esta representación que mi representada al presentar por escrito las medidas correctivas ante la presunta falta cometida, y haberse solucionado el problema, que obedeció a un error mecánico no humano y al no encontrarse la prueba técnica completa dentro del expediente administrativo, la Administración, en aras de racionalizar los recursos administrativos para evitar el desperdicio, debió de haber procedido al archivo del presente expediente administrativo”. (folio 87)

Por consiguiente, queda claro que efectivamente existió un incumplimiento de lo dispuesto por el Decreto N° 26425-MEIC, el cual especifica la obligación de controlar el suministro de los surtidores, diariamente. En el presente caso, Lemaysa S.A., toma las medidas una vez detectado el error por el CELEQ, lo cual se desprende de lo indicado anteriormente y de la prueba documental que consta en el expediente, a saber:

- Copia de Bitácora de la estación de servicio, de la cual se desprende que el señor Rodolfo Morúa Rímolo reparó el surtidor el mismo día en que se realizó la inspección, como se detalla a continuación (folio 18).*
- Informe técnico y certificación de surtidores emitido por el señor Rodolfo Morúa Rímolo, en el cual se indica claramente que antes del rompimiento del marchamo el surtidor N°16 dispensaba -118, lo que contraviene lo indicado en el Decreto N° 26425-MEIC y confirma lo encontrado en la inspección del CELEQ (folios 19 y 20).*

Por otra parte, de un análisis de los autos, se desprende que no existe dentro del expediente prueba que demuestre que no existió un error de calibración y que más bien, se desprende que el certificado de inspección CELEQ-ARESEP-I-0652-2013-M del 25 de junio de 2013, y el acta de inspección CELEQ-ARESEP-0652-13-1 del 24 de junio de 2013, versan sobre resultados volumétricos que no han sido refutados.

En este punto, conviene señalar que el anterior certificado fue realizado por quien tiene fe pública, de conformidad con las disposiciones de la Ley 8412, Ley Orgánica del Colegio de Ingenieros Químicos y Profesionales Afines y Ley Orgánica del Colegio de Químicos de Costa Rica, la cual señala en lo que interesa:

(...)

ARTÍCULO 18.- Peritajes, avalúos y otros documentos expedidos por los ingenieros químicos y profesionales afines. Los peritajes, los avalúos, las certificaciones, los planos, los dictámenes u otros documentos que emitan los ingenieros químicos y los profesionales afines, sobre un determinado asunto referido a su campo de competencia y cuyo fin sea expresar una verdad científica o tecnológica, darán fe pública de esa verdad científica o tecnológica. Tales documentos deberán contar con la firma y el sello del profesional responsable.

(...)

ARTÍCULO 88.- Documentos con carácter de fe pública. Todo dictamen, avalúo, peritaje o cualquier otro documento que exprese una verdad científica en las materias encomendadas al Colegio de Químicos, solo podrá ser rubricado por miembros activos de este Colegio y tendrá carácter de fe pública. Tales miembros tendrán fe pública cuando gocen de todos los derechos otorgados por el presente título.

ARTÍCULO 95.- Trámite de documentos. Para ser tramitados por cualquier oficina pública, los dictámenes, las certificaciones, los reportes, las inscripciones o los registros de productos químicos, los análisis químicos y otros documentos que expresen con fe pública una verdad en las materias encomendadas al Colegio de Químicos, deberán llevar la firma de un miembro activo del Colegio de Químicos, el refrendo y el sello de este Colegio.

ARTÍCULO 96.- Asesoría a instituciones públicas o privadas. El Colegio de Químicos podrá asesorar a las instituciones públicas o privadas en el establecimiento de normas técnicas que rijan los concursos profesionales relativos al ejercicio de la Química.”

En el presente caso, los certificados que dan origen a este procedimiento, sea la prueba técnica del mismo, fueron confeccionados por el Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica, de acuerdo con el convenio de cooperación institucional suscrito entre la UCR, la Aresep y Fundevi. Así, dichos certificados son considerados documentos públicos, esto de conformidad con el artículo 369 del Código Procesal Civil, ostentando el valor probatorio establecido en el artículo 370 del mismo cuerpo normativo, el cual establece:

“Artículo 370.- Valor probatorio.

Los documentos o instrumentos públicos, mientras no sea argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado el mismo, o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones”.

Sobre la prueba, el Tribunal Contencioso Administrativo, mediante la sentencia número 2 del 15 de enero del 2015, estableció la siguiente serie de principios relacionados con la prueba:

“a) Principio de libertad de prueba. Para alcanzar la verdad concreta no se requiere la utilización de un medio de prueba determinado, salvo casos excepcionales o especiales. Todos los medios de prueba son admisibles, es decir, se puede probar con

los medios de prueba típicos como también con aquellos que no han sido contemplados en la ley (atípicos) siempre y cuando no recaigan en la ilicitud. b) Principio de pertinencia: En virtud del cual debe existir relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar. c) Principio de conducencia y utilidad: refiere este principio a la relevancia que tienen los hechos probados, si estos van a ser útiles para resolver el caso en particular. Una razón de inutilidad de la prueba es la superabundancia, es decir, cantidad excesiva de elementos de prueba referidos al mismo hecho. d) Principio de legitimidad. Tiene que ver con alguna prohibición o impedimento que expresamente declare el ordenamiento jurídico, procesal, respecto a un medio de prueba. Están prohibidos aquellos medios de prueba que van contra la dignidad o integridad de las personas, o que se hubieren obtenido por medios ilícitos o que violente de alguna manera los derechos de alguna de las partes. La valoración de la prueba se puede definir como aquella operación mental que realiza la autoridad estatal con el objeto de obtener de cada elemento probatorio la suficiente convicción para determinar una situación fáctica determinada y sobre ella aplicar la correspondiente norma jurídica. Normalmente se habla de la prueba tasada o tarifa legal, la sana crítica racional e íntima convicción.”

A su vez, se tiene como prueba la certificación del señor Morúa del 24 de junio de 2013, (folio 19 y 20) la cual versa precisamente sobre acciones desplegadas de forma posterior al hecho investigado, por lo que tampoco acreditan el actuar diligente de la investigada para el 24 de junio del 2013. El señor Morúa se presenta el mismo día (24 de junio) en forma posterior a la inspección del CELEQ, con lo cual se demuestra que efectivamente existió un incumplimiento de la normativa, que regula la calibración de los surtidores de combustible.

Finalmente, con base en el análisis precedente y la prueba que consta en el expediente, se concluye que en el caso que nos ocupa, Lemaysa S.A. incurrió el 24 de junio del 2013, en una violación a la normativa que regula los principios de calidad en la prestación de los servicios públicos, específicamente, de lo establecido en los apartados 8.1, 11.1 y 12.1.3.1, del Decreto Ejecutivo del Decreto Ejecutivo N° 26425-MEIC, Reglamento para Surtidores de Combustibles Líquidos (Gasolina, Diésel, Kerosene, etc.), en concordancia con lo establecido en el artículo 38 inciso h), de la Ley 7593.

VI. CONCLUSIONES

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

- 1. Si bien es cierto, la bitácora visible a folio 18 no fue valorada en la resolución RRG-093-2016, de su análisis en este momento, se concluye que no modifica la resolución final, por cuanto es copia sencilla, no es emitido por un inspector autorizado de conformidad con el Ente Costarricense de Acreditación (ECA) o bien con la normativa INTE-ISO/IEC 17020:2000, como sí lo es el CELEQ.*
- 2. En atención al principio de conservación del acto administrativo, no procede la nulidad por la nulidad misma y de lo indicado, se tiene que la apuntada inconsistencia, una vez analizada la prueba del folio 18, no se varía lo originalmente resuelto y por ello, se debe mantener incólume, la resolución recurrida.*

3. *Analizada la resolución impugnada, a la luz del recurso de apelación interpuesto, se re valoró la prueba visible a folio 18, sin que ello derivase en un cambio de lo ya dispuesto.*
4. *Con la propia prueba aportada por la recurrente, visible a folios 19 y 20, se acreditó el incumplimiento por parte del técnico contratado por la empresa, y en todo caso, no hay motivos para modificar lo resuelto en la resolución final, aun y cuando se suprimiera de dicha resolución la frase relativa al reconocimiento expreso de la comisión de la falta que se indicó por error por el órgano director.*
5. *En una relación de sujeción, donde uno de los sujetos sea una entidad pública que cuente con las potestades de imperio, para sancionar; si las leyes especiales no cuentan con norma expresa que establezca el plazo de la prescripción de la potestad sancionatoria; en apego al principio de autointegración normativa que establece el artículo 9 de la Ley 6227, el plazo será el de 4 años establecido en el artículo 198, de ese mismo cuerpo normativo, de conformidad con lo establecido en el Dictamen C-007-2011, del 14 de enero de 2011, de la Procuraduría General de la República.*
6. *La caducidad podría operar una vez iniciado el procedimiento y no antes. Además, tratándose de los procedimientos administrativos sancionadores que tramita la Autoridad Reguladora, en atención a lo dispuesto en los artículos 340.1 y 339 párrafo final de la Ley 6227, aún en caso de haber transcurrido más de 6 meses de inactividad en el curso del procedimiento, no operaría la caducidad, en aplicación de la excepción a la regla de la caducidad, en virtud del interés público que reviste el objeto del procedimiento.*
7. *En el escrito recursivo no se detallaron las nulidades alegadas y siendo que de un estudio del expediente no se desprende que se le haya causado perjuicio a la recurrente. Se estima que la resolución RRG-093-2016 es un acto válido.*

(...)"

- II. Que en sesión ordinaria 42-2017 del 8 de agosto de 2017 de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó con carácter de firme, dictar la presente resolución.
- III. Que de conformidad con los resultandos y considerandos que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, lo procedente es: **1.-**Declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto por Lemaysa S.A., contra la resolución RRG-093-2016, **2.-** Anular los considerandos III, IV, V hasta, pero no incluido, el punto "SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN" de la resolución RRG-093-2016 y en su lugar incorporar como motivación a la resolución RRG-093-2016 el apartado V del oficio 614-DGAJR-2017, **3.-** Agotar la vía administrativa, **4.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **5.-** Intimar por segunda vez a Lemaysa S.A, propietaria de la estación de servicio Barrio Cuba, cédula jurídica número 3-101-030349 para que en el plazo de 10 días hábiles, contados a partir de la notificación de este acto, según lo establecido en los numerales 150 y 264 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227), cancele la suma de ¢ 1 897 000.00 (un millón ochocientos noventa y siete mil colones exactos), por concepto de la multa establecida en el inciso anterior a favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, **6.-** Trasladar el expediente a la Dirección de Finanzas. tal y como se dispone.

POR TANTO

Con fundamento en las competencias otorgadas en la Ley General de la Administración Pública y Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

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

ACUERDO 16-42-2017

- I. Declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto por Lemaysa S.A., contra la resolución RRG-093-2016.
- II. Anular los considerandos III, IV, V hasta, pero no incluido, el punto "SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN" de la resolución RRG-093-2016 y en su lugar incorporar como motivación a la resolución RRG-093-2016 el apartado V del oficio 614-DGAJR-2017.
- III. Agotar la vía administrativa.
- IV. Notificar a las partes, la presente resolución.
- V. Intimar por segunda vez a Lemaysa S.A., propietaria de la estación de servicio Barrio Cuba, cédula jurídica número 3-101-030349 para que en el plazo de 10 días hábiles, contados a partir de la notificación de este acto, según lo establecido en los numerales 150 y 264 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227), cancele la suma de ¢ 1 897 000.00 (un millón ochocientos noventa y siete mil colones exactos), por concepto de la multa establecida en el inciso anterior a favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.
- VI. Trasladar el expediente a la Dirección de Finanzas.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 16. Correspondencia

La señora **Xinia Herrera Durán** procede a dar lectura a los siguientes asuntos de correspondencia:

- a. Solicitud presentada por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., en torno al recurso de apelación e incidente de nulidad absoluta contra el oficio 601-IE-2017. Expediente OT-080-2017. Trámite: se remitió para su análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 576-SJD-2017 del 27 de julio de 2017.
- b. Solicitud de medida cautelar de suspensión presentada por Transporte La Pampa Limitada, contra la resolución RIT-034-2017. Expediente ET-014-2017. Trámite: se remitió para su análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 567-SJD-2017 del 24 de julio de 2017.

- c. Denuncia presentada por el señor Daniel Caamaño Polini por irregularidades en la Asada Estero Grande, Puerto Viejo de Sarapiquí. Carta de fecha 20 de julio de 2017. SAU-21244. Lo tramitó Contraloría de Servicios mediante oficio 201-CS-2017 del 3 de agosto de 2017.
- d. Informe del mes de julio de 2017 sobre procesos judiciales en ejecución de sentencia. Oficio 680-DGAJR-2017 del 31 de julio de 2017.
- e. Aprobación del proyecto del canon de regulación de la Superintendencia de Telecomunicaciones para el 2018. Oficio DFOE-IFR-0308/08368 del 28 de julio de 2017.
- f. Aprobación del proyecto de los cánones de regulación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para el 2018. Oficio DFOE-EC-0485/08492 del 24 de julio de 2017.

Sobre el particular, la señora **Xinia Herrera Durán** somete a votación los temas y la Junta Directiva, resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 17-42-2017

1. Darse por informada de los documentos distribuidos en esta oportunidad como correspondencia, los cuales se detallan seguidamente:
 - *Solicitud presentada por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., en torno al recurso de apelación e incidente de nulidad absoluta contra el oficio 601-IE-2017. Expediente OT-080-2017. Tramite: se remitió para su análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 576-SJD-2017 del 27 de julio de 2017.*
 - *Solicitud de medida cautelar de suspensión presentada por Transporte La Pampa Limitada, contra la resolución RIT-034-2017. Expediente ET-014-2017. Trámite: se remitió para su análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 567-SJD-2017 del 24 de julio de 2017.*
 - *Informe del mes de julio de 2017 sobre procesos judiciales en ejecución de sentencia. Oficio 680-DGAJR-2017 del 31 de julio de 2017.*
2. Trasladar a la Dirección General de Estrategia y Evaluación los oficios DFOE-IFR-0308/08368 del 28 de julio de 2017 y DFOE-EC-0485/08492 del 24 de julio de 2017, mediante los cuales la Contraloría General de la República remite la aprobación del proyecto del canon de regulación de la Sutel para el 2018, y del proyecto de los cánones de regulación de la Aresep para el 2018, con el propósito de que eleve a conocimiento de esta Junta Directiva un informe de dichas aprobaciones, dentro de lo cual se valore las observaciones recibidas por las empresas reguladas conforme al proceso de consulta que realizó la Contraloría General de la República.
3. Comunicar al señor Daniel Caamaño Polini, que el trámite de la denuncia que interpuso por irregularidades en la Asada Estero Grande, Puerto Viejo de Sarapiquí, mediante carta de fecha 20 de julio de 2017, está siguiendo el proceso correspondiente en la Dirección General de Atención al Usuario.

ARTÍCULO 17. Asuntos informativos.

La Junta Directiva da por recibido los documentos distribuidos en esta oportunidad, de carácter informativo, los cuales se detallan a continuación:

- *Solicitud al Consejo de Transporte Público, para que remita las tarifas vigentes para la realización de los estudios de calidad del servicio de autobús. Oficio 891-IT-2017 del 1º de junio de 2017.*
- *Respuesta al Diputado Rolando González Ulloa en relación con el oficio DRGU-211-2017 del 17 de julio de 2017. Oficio 602-RG-2017 del 26 de julio de 2017.*

A las trece horas con cincuenta minutos finaliza la sesión.

ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ
Presidente de la Junta Directiva

XINIA HERRERA DURÁN
Reguladora General Adjunta

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de Junta Directiva