

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

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 074-2008

A LAS DIEZ HORAS MINUTOS DEL 08 DE DICIEMBRE DE 2008

SAN JOSÉ, COSTA RICA

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA NÚMERO SETENTA Y CUATRO

Celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en el salón de sesiones, a las diez horas del ocho de diciembre de dos mil ocho, que preside la señora Pamela Sittenfeld Hernández, asisten los miembros de Junta Directiva Adolfo Rodríguez Herrera, Jorge Cornick Montero y Marta María Vinocour Fornieri.

El señor Fernando Herrero Acosta asiste como invitado.

También estuvieron presentes el Gerente General, Rodolfo González Blanco y el Auditor Interno Luis Fernando Sequeira Solís, Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección de Asesoría Jurídica, los asesores Robert Thomas Harvey y Xinia Herrera Durán, ésta última también en calidad de Secretaria a. í. de la Junta Directiva.

ARTÍCULO ÚNICO

1.- RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO Y NULIDAD CONCOMITANTE INTERPUESTOS POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD CONTRA LA RRG-8567-2008 DE LAS 9:00 HORAS DEL 8 DE JULIO DE 2008 EXPEDIENTE OT-420-2007.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio y nulidad concomitante interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la resolución RRG-8567-2008 de las nueve horas del 8 de julio de 2008, dictada por el despacho del Regulador General. Asimismo presenta oficio 291-AJD-2008/8620 suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría vertida mediante oficio 291-AJD-2008/8620.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 001-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 291-AJD-2008/8620, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-8567-2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008, con fundamento en el criterio del órgano director del procedimiento, resolvió: I) Declarar al Instituto Costarricense de Electricidad autor responsable de realizar un cobro indebido por concepto de retribución económica del 28% de los ingresos recaudados mensualmente que percibe el denunciante Radio Mensajes, S. A., como proveedor del servicio 900, por cuanto ese cobro ha sido aplicado sin aprobación tarifaria de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, siendo diferente a la tarifa aprobada y vigente, lo que constituye la acción tipificada en el artículo 38 inciso a) de la Ley 7593. II) Sancionar al ICE al pago de una multa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 párrafo último, equivalente a cinco veces el daño causado a Radio Mensajes, S. A., III) Ordenar al ICE como medida correctiva que se abstenga de cobrar ese porcentaje que le ha venido cobrando a la empresa Radio Mensajes, S. A., de conformidad con el artículo

28 de la Ley 7593. IV) Ordenar al ICE al pago de los daños causados a la empresa Radio Mensajes, S. A., que corresponden a los montos retenidos por concepto de retribución económica desde el mes de agosto de 2005, fecha de firma del contrato a la fecha en que cese dicha retención, conforme el artículo 28 de la Ley 7593. V) Se rechaza la solicitud hecha por la empresa Radio Mensajes, S. A., en cuanto al pago de perjuicios. VI) Fijar el monto de la condenatoria y la multa mediante un proceso administrativo de ejecución de esta resolución final, una vez firme (folio 389 al 404). Fue notificada al Ice el 18 de julio de 2008 (folio 404).

- II. Que el 23 de julio de 2008 la Lic. Adriana Jiménez Calderón, apoderada general del Instituto Costarricense de Electricidad, según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-8567-2008 (folio 406 al 426). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que de acuerdo con el acto inicial el objeto del procedimiento era la aplicación de sanciones contra el ICE por el supuesto cobro de tarifas diferentes a las autorizadas en los servicios 900. Pero el acto recurrido, partiendo de supuestos falsos, condena a su representada como responsable del cobro indebido de tarifas por interconexión, cuando en realidad, la relación negocial y el cobro de la retribución cuestionada, no corresponde a una tarifa, mucho menos al concepto de interconexión. La sola existencia de un contrato entre el Ice y Radio Mensajes, S. A., unido al hecho de que esa empresa es usuaria del Sistema Nacional de Telecomunicaciones, no puede llevar, de manera automática, a convertir en tarifa de interconexión, la retribución establecida en ese contrato, como erróneamente se concluye en la resolución recurrida. (2) Que en lo que interesa, la resolución recurrida tiene por probados los siguientes hechos: que Radio Mensajes es prestador de servicio 900, el cual constituye un servicio de valor agregado; que el ICE da el servicio público de interconexión; que el ICE ha venido cobrando un 28% de retribución a dicho proveedor; que el fundamento de ese cobro corresponde a la inversión mínima que debieron haber realizado los proveedores de servicios 900; que la tarifa fijada por ARESEP por ese servicio comprende la habilitación técnica para el uso de la red inteligente; que la infraestructura utilizada es la misma que utilizan los demás usuarios del S.N.T.; que Radio Mensajes se opuso a la retribución establecida por el ICE, no obstante lo cual firmó el contrato respectivo y; finalmente, que la ARESEP no autorizó el cobro de dicha retribución. // La resolución tiene por no demostrado: que el acuerdo del Consejo Directivo del ICE tuviera por fundamento la prestación de servicios privados a los prestadores de servicios 900; que la tarifa fijada por ARESEP no contemple todos los aspectos necesarios para que el ICE brinde el servicio de interconexión. // Al respecto debemos indicar, que todo el elenco de hechos sobre los que se basa la resolución recurrida, parte de un grave error de concepto, al concebir la relación entre el ICE y Radio Mensajes, sobre la base de un servicio de interconexión. // Partiendo de la definición dada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) que fuera retomada en la Ley General de Telecomunicaciones, la interconexión se refiere a la conexión física o lógica de redes públicas de telecomunicaciones utilizadas por un mismo operador o proveedor u otros distintos, de manera que sus usuarios puedan comunicarse con los usuarios de otros operadores o sus propios usuarios, o acceder a los servicios prestados por otros operadores o proveedores. // Conforme se establece en la RRG-5957-2006 del 31 de agosto de 2006, que incorporó literalmente en este tema la RRG-4198-2005, referente al Servicio 900 Permanente, la tarifa corresponde al cargo mensual cobrado al proveedor por cada número 900 habilitado a su nombre en la Red Inteligente. // Conviene recordar, que en lo referente a interconexión, de

acuerdo con esa misma resolución tarifaria (la RRG-5957-2006), que retoma lo estipulado en torno al tema en la RRG-3968-2004 del 29 de setiembre de 2004, el cargo por interconexión se aplica a todos los operadores interconectados a la red nacional a nivel de enlace entre centrales. // Si conforme con los hechos probados de la resolución recurrida, Radio Mensajes es un simple proveedor de servicios 900 (hecho probado 2°), los cuales constituyen un servicio de valor agregado (hecho probado 4°); de acuerdo con las definiciones de la RRG-5957-2006, no podemos entender cómo puede la resolución recurrida hablar de infraestructura y tarifa de interconexión en el hecho octavo y las demás consecuencias que deriva de esa errónea apreciación. // De la misma forma en que confunde interconexión con acceso al S.N.T., la resolución recurrida confunde el origen de la retribución establecida contractualmente, a pesar de que en la contestación de la intimación, su representada, en forma clara y contundente, demostró que en todo momento el ICE ha aplicado las tarifas establecidas por ARESEP para los servicios públicos de telecomunicaciones que sirven de soporte a los servicios 900. En ese sentido, el cargo aplicado por concepto de habilitación de números 900 en la Red Inteligente, -siempre ha correspondido a la mensualidad establecida en la respectiva resolución tarifaria. // Por otra parte, desconoce la resolución recurrida, que lejos de pretender el reconocimiento -vía tarifa- de las inversiones en infraestructura realizadas por el ICE, lo que se ha externado siempre es que la creación de todo un mercado de servicios de contenido, empezando con los servicios 900, propiciado en todos los países del mundo por los operadores de telecomunicaciones, a lo cual no escapa Costa Rica, involucra una serie de elementos que van mucho más allá de la simple infraestructura, y con mucho más razón, más allá de una mera plataforma denominada red inteligente. // De acuerdo con lo anterior, resulta materialmente imposible, que el ICE pueda ser declarado responsable de cobrar a Radio Mensajes, tarifas de interconexión diferentes a las autorizadas por ARESEP en la RRG-4198-2004 del 13 de diciembre de 2004, primero porque dicha resolución no se encuentra vigente, por haber sido sustituida por la RRG-5957-2006 del 31 de agosto de 2006; segundo, porque Radio Mensajes es un simple proveedor de servicios 900, y no un operador de telecomunicaciones; y principalmente, porque la única tarifa aplicable en la relación entre el ICE y Radio Mensajes, correspondiente al cargo por concepto de habilitación de números 900 en la Red Inteligente, siempre ha correspondido a la mensualidad establecida en la resolución tarifaria vigente; sin que conste en ninguna parte de la resolución recurrida, demostración alguna de que el ICE haya aplicado una tarifa distinta a los 15,000 colones de mensualidad por cada número 900 habilitado a dicha empresa. (3) Que sobre los aspectos procesales debatidos alega: a) Falta de competencia de Aresep para tramitar este proceso. // Ante el contundente desarrollo contenido en el libelo de contestación de la intimación presentado por su representada, donde en forma clara demarca que el ámbito de regulación de ARESEP se circunscribe estrictamente a los servicios públicos de telecomunicaciones cuya regulación esté autorizada por ley, la resolución recurrida, caricaturiza la relación existente entre el ICE y Radio Mensajes como una relación de interconexión y, como la interconexión constituye un servicio público, entonces la ARESEP se siente con competencia para regular esa relación, sin que exista ley que la autorice para ello, desconociendo la autonomía institucional que ostenta el ICE para realizar contratos con sus proveedores (contenido), facultad que encuentra asidero en su propia ley constitutiva (artículo 9 del Decreto Ley 449). // Tal y como se indicó en su momento, por disposición expresa del legislador, contenida en el artículo 8 de la Ley 3226, cuando le otorgó concesión al

ICE para explotar servicios de telecomunicaciones, también lo sometió a regulación por parte de la entidad pública con competencia legal para regular los servicios públicos. En aquel momento fue el Servicio Nacional de Electricidad, que luego evolucionó para convertirse en la actual Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por medio de la Ley 7593 del 28 de marzo de 1996, la que en el artículo 5 inciso b) le confiere a la ARESEP la regulación de los servicios de telecomunicaciones cuya regulación esté autorizada por ley. // De tal suerte que no todos los servicios públicos de telecomunicaciones están sometidos al control de la ARESEP, pero principalmente, no están sometidos a su ámbito de competencia, aquellos servicios de telecomunicaciones, que si bien utilizan servicios públicos de telecomunicaciones, como medio para su existencia, no constituyen por sí mismos servicios públicos. // Es claro entonces que no necesariamente todos los servicios en los que participa el ICE, tienen que estar sometidos a las tarifas y condiciones de prestación que fije la Autoridad Reguladora, lo cual ha sido aceptado con anterioridad. // Un buen ejemplo de ello lo constituyen el alquiler de espacios en postes de las redes del ICE, en cuyo caso la propia Dirección de Regulación de la ARESEP señaló mediante Oficio 1241-DR-97 del 23 de mayo de 1997, que las tarifas de arrendamiento por ese concepto, deben tratarse como convenio entre las partes involucradas, criterio que fue reiterado por la Dirección Jurídica Especializada de la ARESEP, en el Oficio 1028-DJE-2002 del 17 de diciembre de 2002, donde señaló: "Este tema ya ha sido ampliamente analizado por esta Asesoría Jurídica mediante Oficio 169-SL-98 (el cual se adjunta), en el que se concluye que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, no tiene competencia para establecer una 'tarifa de peaje' por el uso de la infraestructura utilizada para la prestación de un servicio público, por dos razones a saber: 1.- El uso de esa infraestructura por parte de un tercero no es con el fin de acceder a un servicio público, sino para la prestación de un servicio de naturaleza privada. 2.- La infraestructura en sí misma considerada, no es un servicio público regulado sino un medio para prestar un servicio público de suministro de energía eléctrica, respecto al cual ostenta la competencia el ente regulador". // Otro tanto ocurre con otros servicios que brinda el ICE al amparo del Decreto Ley 449 y de la propia Ley de la ARESEP, como lo son: el servicio de mantenimiento de transformadores; el alquiler de equipo especial -que sólo el ICE tiene en Centro América- al sector de electricidad, los servicios de consultoría y una serie de servicios afines a sus competencias primarias, en los que no media participación de la Autoridad Reguladora, siendo el propio ICE quien fija su valor. // Distinto es el caso de aquellos servicios como los 900, en los que la propia Autoridad Reguladora reconoció en su informe ante la Sala Constitucional, visible a folio 217 del Expediente 05-011 065-0007-CO, que no es un servicio público en sí mismo, por lo cual la Autoridad Reguladora no ejerce competencia alguna sobre esos servicios. // Por su propia definición, los alcances de la Ley 7593 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y, en general, de la facultad reguladora de esa autoridad, están circunscritos a servicios que revistan la naturaleza de servicios públicos. // Tal y como lo reconoce la resolución recurrida en el hecho probado cuarto, el servicio 900 es un servicio de valor agregado, con lo cual no es un servicio público en sí mismo, resultando en consecuencia, que la Autoridad Reguladora no ejerce competencia alguna sobre él, por lo que toda injerencia debe verse como una coadministración prohibida constitucionalmente. // El ámbito de acción de la Autoridad Reguladora, hasta la entrada en vigencia de la Ley General de Telecomunicaciones, se ha circunscrito entonces a fijar las tarifas y condiciones de prestación de los servicios públicos que resulten indispensables para la provisión de los servicios 900, donde estos últimos no constituyen

servicios públicos, y en ese tanto, quedan fuera de la regulación de dicha Autoridad. // Esto implica que en el negocio de los Servicios 900, hay una parte que en la medida en que usa servicios públicos de telecomunicaciones, se ha regido por tarifas y condiciones de prestación establecidas por la Autoridad Reguladora; y otra parte, de naturaleza eminentemente privada, que cae fuera del ámbito de dicha Autoridad, regida exclusivamente por las condiciones que pacten las partes involucradas, ejercicio de una facultad que le otorga al ICE, no solo su ley de creación, sino que además está definida en los artículos 1° y 3° inciso 2) de la Ley General de la Administración¹ (1 Ver en ese sentido la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 263-F-2007 de las 10:30 horas del 13 de abril de 2007; y el voto de la Sala Constitucional N° 2007-1556, de las 15:35 horas del 7 de febrero de 2007). // Es así como la Autoridad Reguladora, para el caso que aquí nos ocupa, no tiene injerencia alguna en el precio que fija el proveedor a la información o contenido, precio que indefectiblemente debe ser pagado por el cliente que quiera accederlo, como tampoco la tiene con respecto a los otros bienes y servicios que el ICE proporciona para la existencia y funcionamiento de esos servicios. // b) Falta de legitimación activa. Siguiendo con su forzada interpretación de la realidad fáctica, en vista de que el objeto del presente procedimiento es la aplicación de sanciones contra el ICE, por el supuesto cobro indebido de tarifas, aunque la disconformidad de Radio Mensajes no deriva de ninguna aplicación tarifaria y, mucho menos, guarda relación con servicio telefónico alguno, en este apartado ARESEP se limita a reiterar el estribillo, de que la relación entre el ICE y Radio Mensajes deriva de un servicio de interconexión, tutelando, sin fundamento fáctico ni jurídico alguno, la pretensión del denunciante. // Contrario a lo afirmado en la resolución recurrida, siendo como en realidad es, que no estamos en presencia del servicio público de interconexión y que la retribución objetada, no corresponde a tarifa por servicio público alguno, junto con la incompetencia de ARESEP para conocer del asunto, existe falta de legitimación de parte del denunciante para venir a pedir en esta vía, la aplicación de sanciones contra su representada, viciando de nulidad la resolución recurrida. // Como indicamos en su momento, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 7593 de la ARESEP, la tramitación de quejas se circunscribe a la prestación de servicios públicos regulados, y como se ha tenido por demostrado en la resolución, los Servicios 900 no constituyen servicios públicos. c) Invalidez de documentos que forman parte del expediente administrativo. Sobre este aspecto específico, mal interpreta el señor Regulador, el verdadero propósito de los argumentos, cuando su representada expresamente señaló su preocupación por el adelanto de criterio que vertió en el oficio 359-RG-2007, del 13 de agosto de 2007, al indicar claramente y sin lugar a dudas que: "... En conclusión, la estructura tarifaria de los servicios 900 contempla todos los costos necesarios para la prestación de los servicios y el Consejo Directivo del Instituto Costarricense de Electricidad no es una autoridad competente para ordenar la retención de montos de lo recaudado por parte del ICE, por la prestación de los servicios 900 a los proveedores de los mismos. Por lo anterior, esta Autoridad Reguladora considera improcedente la decisión del ICE de retener el 28% de los ingresos brutos por concepto de retribución económica." (El destacado no corresponde al original). // En la resolución impugnada, el Regulador General se limita a evadir este hecho de graves consecuencias para su representada, indicando que si bien es cierto que el oficio de marras atiende el tema en discusión, lo hace de manera parcial, sin establecer sanciones, ni responsabilidades, atendándose por parte del Regulador General a la realización de este procedimiento ordinario donde considera que se complementa el cuadro fáctico y de averiguación de la verdad real de los hechos. // Lo

externado por el Regulador General en el oficio 359-RG-2007, de cita, no se trata de una manifestación parcial al tema en discusión, sino emite una posición contundente y clara que resuelve un tema, sin discusión alguna, dejando a su representada en la mayor de las indefensiones, ordenando posteriormente la apertura de un procedimiento administrativo, con lo que según su entender, completaría el cuadro fáctico y le permitiría arribar a la verdad real de los hechos, cuando lo cierto del caso, es que después de instruido dicho procedimiento adopta una resolución que casualmente recoge su posición externada once meses antes, quedando en evidencia que no importaba los argumentos y las pruebas que se aportaran, la decisión del asunto había sido tomada tiempo atrás. // Con las actuaciones del Regulador General en el caso concreto, se configuran los supuestos contenidos en el artículo 53 del Código Procesal Civil, que establece las causas de la recusación y/o abstención, específicamente lo dispuesto en el inciso 10, ello, por remisión expresa del artículo 230 de la Ley General de la Administración Pública, en concordancia con lo establecido en el artículo 31 y el Transitorio I de la Ley 7333 (Ley Orgánica del Poder Judicial), que para tales efectos cita en lo conducente lo que dispone el artículo 53 inciso 10) del Código Procesal Civil: "Artículo 53.- Causas. Son causas para recusar a cualquier funcionario que administra justicia: (...) 10) Haberse el recusado interesado, de algún modo, en el asunto, por la parte contraria, haberle dado consejos o haber externado opinión concreta a favor de ella. Si alguno de esos hechos hubiere ocurrido siendo alcalde, actuario, juez, juez superior o magistrado el recusado, una vez declarada con lugar la recusación mediante plena prueba de los hechos alegados, se comunicará lo resuelto a la Corte Plena para que destituya al juzgador, y a la Asamblea Legislativa si se trata de un magistrado. En ambos casos se hará la comunicación al Ministerio Público para que abra proceso penal contra el funcionario. (...)">// Nótese, que las manifestaciones realizadas por el Regulador General, encuadran perfectamente en los supuestos contenidos en el artículo de cita, lo cual obligaba al Regulador a abstenerse de pronunciarse sobre el tema objeto del procedimiento administrativo, so pena de nulidad absoluta, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el artículo 237 inciso 1), de la Ley General de la Administración Pública. // El procedimiento correcto a seguir, se encuentra establecido en el artículo 231 de la Ley General de la Administración Pública, que establece, lo siguiente: "Artículo 231.- 1. La autoridad o funcionario director del procedimiento en quien se dé algún motivo de abstención, pondrá razón de ello y remitirá el expediente al superior de alzada, quien resolverá dentro del tercer día. 2. Si el superior no acogiere la abstención, devolverá el expediente, para que el funcionario continúe conociendo del mismo. 3. Si la abstención fuere declarada procedente, el superior señalará en el mismo acto al funcionario sustituto, que habrá de ser de la misma jerarquía del funcionario inhibido. 4. Si no hubiere funcionario de igual jerarquía al inhibido, el conocimiento corresponderá al superior inmediato". // De igual aplicación resulta lo indicado en el artículo 234 de la Ley General de la Administración Pública, en lo que respecta a las actuaciones del Regulador General como miembro de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, que le ordena igualmente abstenerse de conocer el presente asunto dentro del Órgano Colegiado, so pena de las mismas nulidades y responsabilidades apuntadas. // Por su parte, la Sala Constitucional también ha puesto de relevancia la necesidad de imparcialidad de los órganos administrativos. Al respecto, ha indicado: // "DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA FUNCIÓN PÚBLICA. En un Estado democrático como el nuestro, es necesario someter a la función pública a una serie de normas que garanticen un comportamiento objetivo a través del cual se evite, en la medida de lo posible, la manipulación del aparato del Estado para satisfacer los

intereses particulares de algunos funcionarios. Existen una serie de principios generales y preceptos fundamentales en tomo a la organización de la función pública que conciben a la Administración como un instrumento puesto al servicio objetivo de los intereses generales: a) que la Administración debe actuar de acuerdo a una serie de principios organizativos (eficacia, jerarquía, concentración, desconcentración); b) que sus órganos deben ser creados, regidos y coordinados por la ley; y c) que la ley debe regular el sistema de acceso a la función pública, el sistema de incompatibilidades y las garantías para asegurar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. La mayoría de estos principios se han materializado en la Ley General de la Administración Pública, pero que derivan de varias normas constitucionales, los artículos 1°, 9, 11, 100, 109, 111, 112, 132, 191 y 192, de los que deriva todo lo concerniente al Estado de la República de Costa Rica en relación con los principios democrático, de responsabilidad del Estado, de legalidad en la actuación pública, el régimen de incompatibilidades de los miembros de los Supremos Poderes, y los principios que rigen el servicio público, tanto en lo que se refiere al acceso como la eficiencia en su prestación. No basta que la actividad administrativa sea eficaz e idónea para dar cumplida respuesta al interés público, así como tampoco que sean observadas las reglas de rapidez, sencillez, economicidad y rendimiento, sino que también es necesaria la aplicación de instrumentos de organización y control aptos para garantizar la composición y la óptima satisfacción global de los múltiples intereses expresados en el seno de una sociedad pluralista, de modo tal que los ciudadanos que se encuentren en igual situación deben percibir las mismas prestaciones y en igual medida. Es así como el principio de imparcialidad se constituye en un límite y -al mismo tiempo- en una garantía del funcionamiento o eficacia de la actuación administrativa, que se traduce en el obrar con una sustancial objetividad o indiferencia respecto a las interferencias de grupos de presión, fuerzas políticas o personas o grupos privados influyentes para el funcionario. Este es entonces el bien jurídico protegido o tutelado en los delitos contra la administración pública en general o la administración de justicia en lo particular: la protección del principio de imparcialidad o neutralidad de la actuación administrativa como medio de alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales, entre los que debe incluirse la norma impugnada, como se verá a continuación." (Voto 11524-2000 del 21 de diciembre de 2000) // Ha resaltado también la Sala Constitucional, que la correcta integración del órgano está relacionada con la búsqueda de la imparcialidad de éste. // "Al respecto la Sala considera que con dicha actuación se viola el debido proceso cuyos postulados se aplican o extienden a todos los procedimientos que eventualmente desemboquen en la imposición de algún tipo de sanción al administrado, y dentro de los cuales se incluye la correcta integración del órgano del procedimiento, que debe favorecer el desarrollo imparcial de todos los actos del proceso. Es innegable que en virtud de las funciones que la Ley General de la Administración Pública (ver artículos 314, 315, 316, 318 de este cuerpo normativo) atribuye al órgano director del procedimiento como instructor del expediente administrativo y director de la comparecencia oral, acto principal del procedimiento regulado en los artículos 308 al 319 de la citada Ley, su proceder en cada una de las actuaciones del proceso es fundamental para la resolución final. Este Tribunal considera que para evitar falsear el equilibrio inherente a todo procedimiento, es esencial que no exista una incompatibilidad de funciones como la que es evidente en el presente caso en cuanto el Director Legal (...) actúa como órgano director del procedimiento, habiendo previamente motivado con su manifestación ante la Junta Directiva que los hechos denunciados fueran remitidos a la Gerencia para su correspondiente investigación"

(Voto 02911-93 del 18 de junio de 1993). // En fecha más reciente también señaló: // La cuestión de los impedimentos, recusaciones y excusas tiene implicaciones, tanto generales -para toda la administración de justicia- como especiales -para la Jurisdicción Constitucional-, que han sido precisadas en otra oportunidad por el Magistrado Piza Escalante, en que indicó: "a.) En general, una cosa son los "motivos" o "causa/es" de separación de los funcionarios en los casos concretos, y otra diversa las "formas" y "procedimientos" para producir esa separación. // Los motivos o causales de separación pueden serlo de impedimento -los más graves- o de "simple recusación" -también cabe la recusación por impedimento, y la excusa o inhibición por unos u otros motivos, con algunas exclusiones que no vienen al caso-. Además, en todos los supuestos la doctrina, jurisprudencia y legislación comparadas son contestes en su carácter excepcional, por ende de interpretación restrictiva y sólo a texto expreso, incluso con prevenciones como las que, en relación con las exigencias del antiguo artículo 208.2, actual 79.2 del texto procesal civil, formulaba el Lic. Antonio Picado Guerrero en su "Explicación de las Reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial" (Imp. Nal. 1937, adoptada formalmente por art. 8° de la Ley que las aprobó, # 8 de 29 de noviembre de 1937, "a fin de que sirvan como fuente de información e interpretación a litigantes y tribunales.): «...En el párrafo segundo del artículo se declara de modo terminante que al formularse una excusa deberá expresarse concretamente el hecho o hechos en que se funda y la causal que la autoriza; y todavía se recalca el concepto de que por ningún motivo podrán presentar excusa por causal no prevista [el Código agrega "de modo expreso"] por la ley, todo con el propósito de evitar esas "excusas por delicadeza" que muy a menudo presentan los Magistrados, con retraso evidente de los procedimientos y con perjuicio para la parte contraria. Un funcionario judicial no tiene derecho de causar esos perjuicios y sólo debe excusarse cuando en su concepto tenga base legal para hacerlo. El aceptar razones de delicadeza sólo da lugar a que ciertos litigantes inescrupulosos traten de provocarlas para ver si logran sorprender a los tribunales con una separación ilegal..." (cit. pg. 209). // 2.) En cambio, las formas y procedimientos de la separación, correspondientes pero no iguales a los primeros, abarcan la excusa o inhibición, por iniciativa del propio funcionario; la recusación, planteada por la parte perjudicada con la causal; y, eventualmente, la separación del funcionario impuesta por el superior -no regulada pero necesaria-. Mientras la excusa y la recusación pueden fundarse lo mismo en causales de impedimento -el cual causa la nulidad absoluta, ex tunc, de lo actuado por el funcionario impedido..." (Entre otras ver las sentencias número 1739-92 y la 5965-93.) (Resolución No. 2002-01223 de 6 de febrero de 2002) (El destacado no es del original) // En conclusión, es evidente que en el presente caso el Regulador General adelantó criterio, sobre un tema que sería discutido posteriormente dentro de un procedimiento administrativo que él mismo ordenó se instruyera, para al final dictar una resolución que, por imperativo legal, debió abstenerse de dictar. Lo que provoca que el acto impugnado sea contrario a la ley y sea sancionado con la nulidad absoluta. // Cabe recordar que de conformidad con lo que dispone el artículo 146 de la Ley General de la Administración Pública, no procederá la ejecución administrativa de los actos ineficaces o absolutamente nulos y la misma, de darse, producirá responsabilidad penal del servidor que la haya ordenado, sin perjuicio de las otras resultantes. La ejecución en estas circunstancias se reputará como abuso de poder. d) falta de interés actual del procedimiento. A instancia de Radio Mensajes, S. A., se tramita ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, bajo el expediente 07-000635-0163-CA, un juicio ordinario e incidente de suspensión prima facie, que pretende la anulación de los

mismos actos que se invocan en la solicitud de iniciación de este proceso. // Siendo que -como se ha indicado- en flagrante violación a las más elementales normas del debido proceso, el Regulador General mediante Oficio 359-RG-2007 adelantó criterio en relación con el tema objeto del procedimiento, esa autoridad quedó absolutamente inhibida de poder emitir una nueva resolución al respecto. // No existiendo forma válida para que la ARESEP dicte resolución sobre este caso, sólo una sentencia con carácter de cosa juzgada emitida en la vía contencioso administrativa, que ya está en curso, puede resolver en definitiva la inconformidad de la accionante. (4) Que sobre la justificación del cobro indica que sin que la ley le faculte para ello, la Autoridad Reguladora en la resolución recurrida se arroga la facultad de entrar a valorar y revisar el acuerdo adoptado por el Consejo Directivo del ICE, que originó el establecimiento en vía contractual de la retribución impugnada por Radio Mensajes. // Olvida la ARESEP que la facultad para revisar o anular los actos de la Administración es competencia exclusiva de la propia Administración, en sede administrativa, o de los Tribunales de Justicia, incurriendo con ello en una nueva trasgresión al ordenamiento, lo que viene a sumarse a los vicios de nulidad absoluta de que adolece la resolución recurrida. // Reitera que existiendo otros elementos aportados por el ICE, en su condición de operador del S.N.T, que le confieren un papel preponderante en la triangulación que opera en la prestación de los servicios 900 (proveedor de contenido-operador de la red-cliente), que resultan indispensables para la existencia de los servicios de contenido, que no están contemplados en las tarifas fijadas por la Autoridad Reguladora, precisamente porque los mismos no corresponden a servicios públicos de telecomunicaciones, el ICE tiene el deber legal de establecer contractualmente el nivel de remuneración a percibir por ese concepto. // De no hacerlo, estaría poniendo en forma gratuita a disposición de particulares, toda una serie de bienes, tangibles e intangibles, como la marca, la clientela, la oportunidad de negocio que representa para el proveedor de contenido, facilidades tecnológicas y servicios complementarios, que no pueden ser objeto de tarifa y que se han desarrollado con fondos públicos, patrimonio de todos los costarricenses, generando con ello un enriquecimiento injustificado para esos particulares. // Eso fue lo que llevó al ICE, cuando se produjo el relanzamiento de los Servicios 900 bajo condiciones seguras para los proveedores de esos servicios y para los clientes del S.N.T, a incluir en los contratos de servicios 900, una retribución correspondiente al 28% de los ingresos facturados por tales servicios. // Entendiendo que no se trata de servicios públicos y conociendo la realidad de los mercados en los demás países, lo que parece desconocer la ARESEP, todos los proveedores de Servicios 900 suscribieron los contratos con el ICE sin objetar esa retribución, habida cuenta de que el porcentaje que pagan al ICE, les resulta sumamente bajo, en comparación con lo que ellas mismas y otras empresas deben pagar al operador de telecomunicaciones en otros países, por la provisión de los mismos servicios, el cual oscila entre el 40% y el 60%. // Sólo Radio Mensajes presentó objeciones a esa retribución, firmando en definitiva -bajo protesta- los contratos respectivos, con el porcentaje de retribución establecido por el ICE. // Como se ha indicado, la resolución recurrida desconoce que lejos de pretender el reconocimiento -via tarifas- de las inversiones en infraestructura realizadas por el ICE, lo que se ha externado en todo momento, es que la creación de todo un mercado de servicios de contenido, empezando con los servicios 900, propiciado en todos los países del mundo por los operadores de telecomunicaciones, a lo cual no escapa Costa Rica, involucra una serie de elementos que van mucho más allá de la simple infraestructura y, con mucho más razón, más allá de una mera plataforma denominada red inteligente. Por ende, el negocio de los servicios de contenido no puede

ser encasillado en el estrecho concepto de tarifas para servicios públicos de telecomunicaciones, pues la propia Autoridad ha reconocido que los Servicios 900 no son servicios públicos. (5) Que sobre las conclusiones manifiesta que ante la errónea apreciación de los hechos y del derecho aplicable al caso, ARESEP en la resolución recurrida arriba a conclusiones carentes de todo sustento jurídico y fáctico. // No existe ninguna base para declarar al ICE autor responsable de realizar un cobro indebido de una tarifa, al amparo del artículo 38 inciso a) de la Ley 7593, pues, como se ha dicho, la retribución establecida no corresponde a tarifa alguna por servicio público. // Principio básico para establecer cualquier sanción, es la existencia de norma previa que sancione la conducta punible, lo mismo que se haya configurado con la actuación del sujeto obligado, la conducta tipificada en esa norma. En el caso que aquí nos ocupa, no se ha cumplido con ese elemental principio de la justicia sancionatoria, lo que torna absolutamente nula la resolución recurrida. // Consecuentemente, adolecen de ese mismo vicio las otras conclusiones a las que arriba la resolución recurrida, por lo que solicita que así sea declarado al resolver los recursos e incidente de nulidad absoluta interpuestos. (6) Que sobre las nulidades expresa que tal y como ha quedado plenamente justificado en los apartados que anteceden, la resolución recurrida adolece de serios vicios que provocan su nulidad absoluta. // De acuerdo con el artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública, causarán la nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento, cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión cause indefensión. // En el presente procedimiento, como se ha reseñado, la Autoridad Reguladora, en contravención de lo que ordena el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública, ha instruido un procedimiento y dictado una resolución condenatoria contra el ICE, en una materia en la que carece de competencia y, a solicitud de un sujeto que no cuenta con la legitimación requerida conforme a la ley, para derivar sus pretensiones en la vía administrativa, tanto así que con anterioridad había recurrido a la Sala Constitucional y a la jurisdicción contencioso administrativa, donde pende de resolución un juicio ordinario que ventilan las mismas pretensiones. // De igual forma, constituye un principio básico para imponer cualquier sanción, la existencia de norma previa que sancione la conducta punible y se haya configurado -con la actuación del sujeto obligado-, esa conducta. En el caso que aquí nos ocupa, como se ha demostrado, no se ha cumplido con ese elemental principio de la justicia sancionatoria, pues no existe demostración de que el ICE haya cobrado en forma indebida tarifa alguna fijada por ARESEP, sin que pueda hablarse de que se haya configurado por parte del ICE la conducta prevista en el artículo 38 inciso a) de la Ley 7593 de la ARESEP. Bajo esas circunstancias, la resolución recurrida deviene en absolutamente nula. // Finalmente, la más grosera y evidente violación a las más elementales garantías del ordenamiento procesal, se produce con ordenar la instrucción de un procedimiento administrativo cuando había adelantado criterio a favor de la parte denunciante, mediante el oficio 359-RG-2007, del 13 de agosto de 2007, en el cual claramente y sin lugar a dudas indicó que: // "... En conclusión, la estructura tarifaria de los servicios 900 contempla todos los costos necesarios para la prestación de los servicios y el Consejo Directivo del Instituto Costarricense de «., Electricidad no es una autoridad competente para ort/enar /a "" retención de montos de lo recaudado por parte del ICE, por la prestación de los servicios 900 a los proveedores de los mismos. Por lo anterior, esta Autoridad Reguladora considera improcedente la decisión del ICE de retener el 28% de los ingresos brutos por concepto de retribución económica." (El destacado no corresponde al original). // Con lo dicho en el apartado 7° de la

resolución recurrida, el propio Regulador reconoce -en forma expresa- que la realización del procedimiento ordinario se hizo para completar el cuadro fáctico, a fin de aplicar la normativa vigente de manera legítima. // Base fundamental del Estado de Derecho es la garantía fundamental -conocida como principio de inocencia- consagrada en el artículo 39 constitucional que la letra dice: // "ARTÍCULO 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad". // En el presente caso, el Regulador General ya había declarado culpable al ICE mediante el oficio 359-RG-2007, desde antes de instruir el procedimiento, que pareciera que lo instruyó con el único objeto de cumplir una formalidad, toda vez que la decisión había sido tomada con anterioridad, lo cual representa una flagrante violación a la garantía fundamental del artículo 39 constitucional, constituyendo una nulidad absoluta, evidente y manifiesta, que no puede ser ignorada al resolverse la impugnación. // (7) Pretensión: Declarar con lugar el recurso. Declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de que adolece la resolución recurrida, anulando todo lo actuado dentro del presente procedimiento administrativo. Declarar la incompetencia de la ARESEP para la instrucción del presente procedimiento administrativo, siendo que al no tratarse de un tema tarifario, el mismo escapa de su ámbito de regulación. Elevar a conocimiento de la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio.

- III. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 852-DAJ-2008/7673 del 7 de octubre de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria recomendando que fueran declarados sin lugar el recurso y la nulidad concomitante (folio 449 al 460).
- IV. Que la Dirección de Protección al Usuario por oficio 1565-DPU-2008 del 23 de junio de 2008 analizó los aspectos técnicos del recurso de revocatoria planteado, recomendando que fuera rechazado (folio 70 al 72).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8909-2008 de las 11:10 horas del 7 de octubre de 2008, resolvió: I) Declarar sin lugar por el fondo el recurso de revocatoria y la nulidad concomitante interpuestos por la apoderada general del Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-8567-2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, otorgándole al recurrente el emplazamiento del artículo 349-2) de la Ley General de la Administración Pública (folio 461 al 470). Fue notificada al Ice el 14 de octubre de 2008 (folio 469).
- VI. Que no consta en autos que las partes hayan respondido el emplazamiento, dentro o fuera del plazo otorgado.
- VII. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 930-DAJ-2008/7910 del 20 de octubre de 2008, sobre la base de lo estipulado en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio. No consta incorporado al expediente.
- VIII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 291-AJD-2008/8620 del 11 de noviembre de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio y la nulidad concomitante interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-8567-2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008, dictada por el Regulador General; dar por agotada la vía administrativa; devolver al Despacho del Regulador General el expediente OT-420-2007 para que de cumplimiento a lo dispuesto en el inciso sexto de la parte dispositiva de la RRG-8567-

2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008, en el sentido de fijar el monto de la condenatoria y de la multa mediante un proceso administrativo de ejecución de esa resolución final, una vez firme (folios 474 al 493).

- IX. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio sobre la impugnación.
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 291-AJD-2008/8620, arriba citado, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En relación con los dos primeros argumentos, relativos a que si el cargo cobrado por el Ice es una tarifa de interconexión o no, por ser materia técnica, esta asesoría jurídica no emite criterio.

En cuanto a los **incisos a) y b) del tercer argumento**, sobre la falta de competencia de la Autoridad Reguladora para tramitar la denuncia y de Radio Mensajes, S. A., para plantearla; cabe señalar -sobre la base de lo establecido en los artículos 27 y 28 de la Ley 7593 y sus reformas y, 36 del Decreto 29732-MP-, que Radio Mensajes, S. A., es cliente del Instituto Costarricense de Electricidad y, a la vez, usuario del servicio de telecomunicaciones, por tanto se encuentra legitimado para plantear quejas o denuncias respecto del operador de ese servicio. Por tal motivo, lo alegado carece de sustento jurídico.

En torno al **inciso c) del tercer argumento**, relativo a lo que el recurrente considera es la invalidez del oficio 359-RG-2007 del 13 de agosto de 2007 (folios 53 y 54) por haber un adelanto de criterio sobre la resolución del asunto; debe señalarse que tal oficio fue emitido tres meses antes de que se iniciara el procedimiento ordinario, como respuesta a una consulta de Radio Mensajes, S. A., y, que aquél consta en autos como parte de los antecedentes incorporados por la entonces Dirección de Protección al Usuario, para iniciar la investigación (folio 1). Consecuentemente, no puede constituir un adelanto de criterio, lo que obliga a rechazar tal argumento por infundado.

En **cuanto al inciso d) del tercer argumento**, relativo a la falta de interés actual del procedimiento, en razón de que Radio Mensajes, S. A., entabló un juicio ordinario e incidente de suspensión prima facie (expediente 07-000635-0163-CA) con el que pretende anular los mismos actos cuestionados en sede administrativa; cabe manifestar que de acuerdo con la consulta realizada el 22 de octubre de 2008, al sitio de Internet del Poder Judicial, (<http://www.poder-judicial.go.cr/acunetdesp/ConsultaNue.aspx>), se observa que dicho juicio se encuentra en trámite desde el 19 de junio de 2007, por ende, al no haberse dictado sentencia firme, la Administración Pública puede resolver en sede administrativa.

Tampoco es sostenible el criterio del recurrente en cuanto a que este asunto sólo puede ser resuelto por sentencia judicial firme que adquiera el carácter de cosa juzgada, pues como se indicó líneas arriba, la Autoridad Reguladora tiene competencia para resolver las quejas, controversias o denuncias que se planten respecto de los operadores de los servicios públicos, sujetos a la regulación de la Ley 7593, dentro de los cuales, todavía, están las telecomunicaciones, según lo dispone el Transitorio I de la Ley 8642.

En relación con el **cuarto argumento**, en el sentido de la que la Autoridad Reguladora carece de competencia para cuestionar el acuerdo adoptado por el Consejo Directivo del Ice, pues la facultad de revisar los actos administrativos es sólo de los Tribunales de Justicia; se informa que no es cierto lo afirmado por el recurrente, ya que el acto recurrido no hace referencia alguna a la legalidad de lo actuado por el Consejo Directivo del Ice, simplemente señala la posición del Regulador General de considerar carente de sustento legal el 28% establecido como “retribución económica” dentro de un contrato.

En cuanto al **quinto argumento**, sobre las conclusiones, el recurrente considera que el acto que recurre carece de fundamento legal, pues -según su criterio-, a) no hay base para condenar al Ice por realizar un cobro indebido de una tarifa, a la luz del artículo 38 de la Ley 7593, ya que la retribución cuestionada no corresponde a tarifa alguna por servicio público y b) porque la conducta atribuida no está tipificada en ninguna norma, por lo que se ha incumplido con el más elemental principio de justicia, que torna al acto recurrido en absolutamente nulo.

Al respecto se indica, que es el recurrente el que interpreta que el acto recurrido se refiere al cobro indebido de una tarifa; aunque sí es necesario reconocer que el inciso primero de la parte dispositiva del acto recurrido es confuso en su redacción. No obstante, de lo actuado en el expediente se concluye que se observó la garantía constitucional del debido proceso a lo largo del procedimiento, en cuanto a la intimación de cargos, notificación de actuaciones, celebración de la comparecencia oral y privada, recibo de pruebas, análisis de éstas y dictado y notificación del acto final.

En torno al **sexto argumento**, relativo a la nulidad absoluta concomitante interpuesta cabe señalar que las razones para anular los actos administrativos, se hallan en los artículos 158 a 179 y 223 de la L.G.A.P., y, son: la falta o defecto de algún requisito o, que el acto recurrido sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendiendo como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o, bien cuya omisión causare indefensión.

A la luz de las normas citadas, podemos afirmar que la RRG-8567-2008 es un acto administrativo ajustado al ordenamiento jurídico, porque tiene todos los elementos exigidos en la L.G.A.P.:

1. Fue dictado por el órgano competente, es decir por el Regulador General (artículos 129 y 180, Sujeto).
2. Fue emitido por escrito como corresponde (artículos 134 y 136. Forma).
3. De previo a dictar su dictado se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley (artículo 129. Procedimiento).
4. Contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133. Motivo).
5. Estableció en su parte considerativa las razones que sustentaron la decisión del órgano competente (artículos 131 y 132. Fin y contenido).

Con fundamento en las razones jurídicas expuestas, se concluye que lo argumentado por el recurrente, carece de fundamento legal y que lo recomendable es que se rechace por el fondo la impugnación en subsidio.

Finalmente se informa que el Regulador General en el inciso sexto de la parte dispositiva de la RRG-8567-2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008, había dispuesto que se fijara el monto de la condenatoria y de la multa mediante un proceso administrativo de ejecución de esa resolución final, una vez firme. Por ello, luego de que la Junta Directiva resuelva el recurso subsidiario de apelación, es menester que

devuelva el expediente OT-420-2007 al Despacho del Regulador General, para que cumpla con esa disposición.

- II. Que en su sesión 074-2008, del 8 de diciembre de 2008 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del oficio 291-AJD-2008/8620, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio y la nulidad concomitante interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-8567-2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008, dictada por el Regulador General; dar por agotada la vía administrativa; devolver al Despacho del Regulador General el expediente OT-420-2007 para que de cumplimiento a lo dispuesto en el inciso sexto de la parte dispositiva de la RRG-8567-2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008, en el sentido de fijar el monto de la condenatoria y de la multa mediante un proceso administrativo de ejecución de esa resolución final, una vez firme.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio y la nulidad concomitante interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la RRG-8567-2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008, dictada por el Regulador General; dar por agotada la vía administrativa; devolver al Despacho del Regulador General el expediente OT-420-2007 para que de cumplimiento a lo dispuesto en el inciso sexto de la parte dispositiva de la RRG-8567-2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008, en el sentido de fijar el monto de la condenatoria y de la multa mediante un proceso administrativo de ejecución de esa resolución final, una vez firme, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio y la nulidad concomitante interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la resolución RRG-8567-2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008, dictada por el Regulador General.
 - II. Se da por agotada la vía administrativa.
 - III. Se devuelve al Despacho del Regulador General el expediente OT-420-2007 para que de cumplimiento a lo dispuesto en el inciso sexto de la parte dispositiva de la resolución RRG-8567-2008 de las 9:00 horas del 8 de julio de 2008, en el sentido de fijar el monto de la condenatoria y de la multa mediante un proceso administrativo de ejecución de esa resolución final, una vez firme.
- 2.- RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO PRESENTADO POR LA EMPRESA AUTOTRANSPORTES RARO S.A. CONCESIONARIO DE LA RUTAS 59 Y 61 CONTRA LA RRG-8256-2008 DE LAS 11:25 HORAS DEL 24 DE ABRIL DE 2008, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-021-2008.**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por la empresa Autotransportes Raro, S. A., concesionario de las Rutas 59 y 61 contra la resolución RRG-8256-2008 de las 11:25 horas del 24 de abril de 2008, dictada por el despacho del Regulador General. Asimismo presenta los oficios 255-AJD-2008/ 6341 y 256-AJD-2008/22026, suscritos por la Asesoría de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey y a la señora Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 255-AJD-2008/ 6341 y 256-AJD-2008/22026.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 002-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva y parcialmente la recomendación de la Asesoría Económica, emitida en sus oficios 255-AJD-2008/ 6341 y 256-AJD-2008/22026, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- XI.** Que el Regulador General en la RRG-8265-2008 de las 11:25 horas del 24 de abril de 2008, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Fijar las tarifas que se detallan en ese acto, para las rutas 125, 59, 61 operadas por Autotransportes Raro S. A. II) Fijar las tarifas que se detallan en ese acto, por concepto de corredor común, para la ruta 61-A. III) Rechazar la solicitud de ajuste tarifario por corredor común para las rutas 50, 60, 60BS, 62, 62BS, 56, 65BS, 65, 51-53, 58, 301, 301SD, 301, 301-A, 301-A-SD, 303, 304, 305, 306, 309, 346 (folio 885 al 897). Fue notificada a Autotransportes Raro S. A. el 16 de mayo de 2008 (folio 896). Fue publicada en La Gaceta 93 del 15 de mayo de 2008 (folio 701 al 704).
- XII.** Que el 21 de mayo de 2008 el señor Roy Ricardo Ramos Robles, apoderado generalísimo sin límite de suma de Autotransportes Raro S. A., según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-8265-2008 (folio 914 al 922). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que la dirección técnica consideró una demanda neta de 208.849 pasajeros mensuales, basándose en los ingresos de operación del período octubre 2002-setiembre 2003, según consta en el ET-146-2003, por lo tanto, a esa fecha, los adultos mayores promediaban 5.694/mes, según el ente regulador, para una demanda bruta de 214.543 pasajeros/mes. Por lo tanto, si DITRA estuvo de acuerdo en emplear la demanda del expediente señalado, lo correcto hubiese sido que a la demanda bruta se le restase la demanda actualizada por adulto mayor y no la vigente a noviembre de 2003, por cuanto estaría desestimando el crecimiento de adultos mayores reportados por la empresa. La actualización de dicho valor alcanza 10.625 promedio mensual, cifra indicada en la petición tarifaria, por lo tanto la demanda neta correcta sería 214.543 de demanda bruta menos 10.625 adultos mayores actualizada, para un total a considerar de 203.918 pasajeros/promedio/mes (demanda neta). (2) Que en el Considerando I inciso 4) del acto recurrido, se indica que las carreras autorizadas son 2.753,17 promedio/mes. En el contrato de concesión refrendado por la Autoridad Reguladora, que consta en el expediente OT-440-2007, se establece que los horarios fueron los dispuestos en el acuerdo 8 de la sesión ordinaria 18-2001 del Consejo de Transporte Público, según el detalle que allí consta. Por lo tanto, DITRA en los cálculos de las carreras desconoció 14,5/día autorizadas de Lunes a Sábado para la ruta 59, las cuales constan en el contrato de concesión. (3) Que en el Considerando I inciso 5) del acto recurrido, se indica que se empleó la distancia reportada por los técnicos de DITRA en una inspección de

campo, que es de 17,93 Km./carrera en la ruta 59 y de 18,91 Km./carrera en la ruta 61 y que al ponerse esas distancias por carrera realizada obtuvo una distancia ponderada de 18,47 Km./carrera que es la que empleó. Según el artículo 3.20 de la sesión ordinaria 23 del 22 de marzo de 2007, celebrada por el Consejo de Transporte Público, la distancia para la ruta 59 es de 20,60 Km./carrera y formando parte de la información para mejor resolver entregada, hay una certificación de distancia de la ruta 61 que indica que es de 19,00 Km./carrera. Alega que lo actuado por la Autoridad Reguladora en cuanto a la distancia, quebranta el artículo 3° de la Ley 8220 puesto que carece de potestad para cuestionar o desacreditar lo señalado por el Consejo de Transporte Público, es decir, debe haber un respeto de competencias. Además, la inspección de campo de la Autoridad Reguladora fue realizada el 19 de setiembre de 2006, según consta en el expediente RA-069, anterior a la fecha de la sesión del Consejo de Transporte Público mediante el cual autorizó un nuevo recorrido para la ruta 59 que es mayor al utilizado por la Autoridad Reguladora. (4) Que en el Considerando I inciso 12) del acto recurrido, se indica que las rutas 50, 62, 62BS, 56, 51 y 53 comparten entre un 40% y un 60% del trayecto desde San José hasta la entrada a Curridabat por San Pedro, que si bien esas rutas comparten el recorrido con el de su representada hasta las cercanías de la UCR, la ruta 50 lo hace hasta el supermercado Muñoz & Nanne, lo cual lo cataloga de corredor común. Además, se excluye del análisis las rutas 60-A, 60, 60BS y 65BS por aplicación del criterio de protección a la ruta corta, sin embargo, se genera un perjuicio a su representada, pues comparte todo el recorrido desde San José hasta Curridabat, teniendo la diferencia de kilometraje con la ruta 59 escasamente 3 kilómetros, lo cual provocaría un traslado de demanda. También afirma DITRA que las rutas 58, 301, 301SD, 301-A, 301-ASD, 303, 304, 305, 306, 309 y 346 comparten el 100% del trayecto por San Pedro, pero no se les otorga ajuste por corredor común, aunque sí es procedente. Alega que consta en autos una certificación emitida por el Departamento de Ingeniería del Consejo de Transporte Público que establece que son corredor común las rutas 50, 50-EXT, 50-A, 52, 52-A, 54, 57, 60-A, 60, 60BS, 65BS, 58, 301, 309, 346, 301-A, 304, 305, 306, 51, 51-A y 53 con respecto a las rutas 59 y 61, sin indicar que sólo lo sean en las fracciones definidas por DITRA, lo cual contraviene lo resuelto en anteriores ocasiones. El no reconocimiento del corredor común es un acto discriminatorio e inconstitucional, pues en múltiples ocasiones se han reconocido tarifas por corredor común a otros operadores y a su representada, con la presentación del documento del Departamento de Ingeniería del Consejo de Transporte Público, y provoca el traslado de demanda, lo cual perjudica económicamente a su representada. Además, quebranta el artículo 3° de la Ley 8220 porque la Autoridad Reguladora carece de potestad para cuestionar o desacreditar lo señalado por el MOPT. Solicita reconocer el ajustado solicitado por corredor común en todo el pliego tarifario. (5) **PRETENSIÓN:** Declarar con lugar el recurso. Revocar el acto recurrido. Otorgar ajuste tarifario y por corredor común.

- XIII.** Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 599-DITRA-2008/4889 del 25 de junio de 2008, analizó los aspectos técnicos del recurso de revocatoria recomendando que fuera declarado con lugar parcialmente en cuanto a la demanda de la ruta 59, consecuentemente se fijaran las tarifas correspondientes, a que se fijaran las tarifas por corredor común a la ruta 61-A y que se rechazara en todo lo demás (folio 923 al 962).
- XIV.** Que la Dirección Jurídica por oficio 665-DJU-2008/5275 del 8 de julio de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria, recomendando que fuera declarado parcialmente con lugar en cuanto a la demanda de la ruta 59, a corregir el pliego tarifario de las rutas 59 y 61 y a fijar tarifas por corredor común a la ruta 61-A (folio 963 al 969).

- XV.** Que el Regulador General en la RRG-8578-2008 de las 10:30 horas del 8 de julio de 2008 resolvió: I) Acoger en forma parcial el recurso de revocatoria interpuesto por Autotransportes Raro S. A., contra la RRG-8265-2007 de las 11:25 horas del 24 de abril de 2008. II) Fijar las tarifas que se detallan en ese acto para las rutas 59 y 61. III) Fijar las tarifas que se detallan en ese acto, por corredor común para la ruta 61-A. IV) Elevar la impugnación en subsidio a la Junta Directiva y prevenirle a la recurrente que cuenta con tres días hábiles a partir de su notificación, para hacer valer sus derechos ante dicho órgano de alzada (folio 973 al 981). Fue notificada a Autotransportes Raro S. A., el 31 de julio de 2008 (folio 981). Fue publicada en La Gaceta 146 del 30 de julio de 2008 (folio 976 al 972).
- XVI.** Que el 5 de agosto de 2008 Autotransportes Raro S. A., respondió el emplazamiento señalando que debía acogerse lo alegado sobre las carreras y al corredor común por cuanto la dirección técnica seguía aplicando criterios equivocados que perjudicaba el equilibrio financiero de la empresa (folio 982 al 1010).
- XVII.** Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 736-DAJ-2008/6103 del 6 de agosto de 2008, con fundamento en el artículo 349 de la LGAP, eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada (folios 1011 y 1012).
- XVIII.** Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 255-AJD-2008/8620 del 11 de noviembre de 2008, en el que se recomienda resolver con base en criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Raro S. A., contra la RRG-8265-2008 de las 11:25 horas del 24 de abril de 2008, publicada en La Gaceta 93 del 15 de mayo de 2008. (folios 568).
- XIX.** Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 256-AJD-2008/22026, en el que se recomienda acoger parcialmente el recurso de apelación presentado por Autotransportes Raro S. A. y devolver el expediente al área técnica para que realice las correcciones señaladas.
- XX.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- IV.** Que de los Oficios 255-AJD-2008/8620 y 256-AJD-2008/22026, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 255-AJD-2008/8620:

De previo se informa que el Regulador General acogió parcialmente el recurso de revocatoria en lo que respecta a la demanda de la ruta 59 y al reconocimiento del corredor común con la ruta 61-A; por lo cual a la Junta Directiva le corresponde pronunciarse sobre los otros argumentos; los cuales son de índole técnica, no jurídica, y por ello esta asesoría no emite criterio.

Por otra parte, resulta necesario aclarar, con respecto al alegato de que los parámetros empleados en el cálculo de la distancia de las rutas 59 y 61 y el criterio empleado sobre los restantes corredores comunes quebrantan el artículo 3° de la Ley 8220, que no resulta aplicable el principio del artículo 3° de la Ley 8220, pues la Autoridad Reguladora no cuestiona el contenido del documento emitido por el Departamento de Ingeniería del Consejo de Transporte Público del MOPT, sino que aplica los criterios regulatorios sobre el reconocimiento de corredores comunes.

Para efectos aclarativos se cita la norma en referencia:

Artículo 3°.- Respeto de competencias. La Administración no podrá cuestionar ni revisar los permisos o las autorizaciones firmes emitidos por otras entidades u órganos, salvo lo relativo al régimen de nulidades. Únicamente podrá solicitarle al administrado, copia certificada de la resolución final de un determinado trámite. Tampoco podrán solicitársele requisitos o información que aún se encuentre en proceso de conocimiento o resolución por otra entidad u órgano administrativo; a lo sumo, el administrado deberá presentar una certificación de que el trámite está en proceso.

También, es necesario aclarar que lo indicado por el Departamento de Ingeniería del Consejo de Transporte Público del MOPT, desde el punto de vista jurídico no puede considerarse como el otorgamiento de un permiso o de una autorización. Por ello, no cabe aplicar esa norma al caso de los corredores comunes.

Además, tampoco resulta aplicable el principio establecido en el artículo 3° de la Ley 8220, al caso de la distancia de las rutas, porque el ente regulador no está cuestionando el contenido del documento sobre distancia emitido por el Consejo de Transporte Público del MOPT, sino que está aplicando los criterios regulatorios dictados en torno a esa tema, siendo importante aclarar que -desde el punto de vista jurídico- la distancia establecida por el Consejo de Transporte Público del MOPT para una determinada ruta, no equivale a que se le otorgue un permiso o una autorización, que son los actos a los cuales se refiere el citado artículo 3°. Por ello, es que se afirma que el referido artículo no resulta aplicable a la determinación de la distancia en el transporte remunerado de personas, modalidad autobuses.

Con respecto al argumento de que el no reconocimiento del corredor común con las demás rutas, es un acto discriminatorio e inconstitucional, debe aclararse que la recurrente no indica las razones por las cuales lo considera así, además, no toda discriminación es inconstitucional, pues de acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional, a los iguales debe tratárseles igual y a los desiguales como tales. Si no hay correspondencia de los iguales con los desiguales, entonces el trato distinto es válido. De todas formas, la determinación del corredor común es un aspecto técnico sobre el cual a la asesoría legal no le compete pronunciarse.

En razón de que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también al Asesor Económico que se pronunciara sobre esta impugnación, sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver este asunto.

Oficio 256-AJD-2008/22026:

El primer argumento del recurso fue acogido por el Regulador General en el recurso de revocatoria. El argumento cuarto fue acogido parcialmente, por lo que procede pronunciarse sobre éste, el segundo y el tercer argumentos.

Sobre el segundo argumento referido a la divergencia de criterio con respecto al cálculo de las carreras se considera que el recurrente lleva la razón en tanto en el expediente OT-440-2007 en el que se tramitó el refrendo del contrato de concesión, consta a folios 20 y siguientes, 14.5 carreras que no se consideraron en el estudio tarifario.

Con respecto al tercer argumento sobre la distancia de la ruta, la asesoría legal en el oficio 255-AJD-2008 refiere a que sí existe competencia por parte de la ARESEP para considerar la distancia, producto de su medición, por lo tanto no se le debe dar la razón al recurrente con respecto a este punto.

En relación con el cuarto argumento, es necesario referirse al Acuerdo 015-055-97. Sesión Ordinaria 55-97 del 25/11/97 de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, modificado por el Acuerdo 025-061-98 de la Sesión 061-98 se estableció: **“Cuando dos o más rutas de transporte remunerado de personas en las modalidades autobuses, busetas y microbús comparten un recorrido en común (corredor común), debe establecerse una tarifa superior para la ruta más larga, a un nivel razonable para evitar la competencia desleal, esto para el tramo en común. Además ante una modificación de la tarifa de la ruta corta se deben ajustar las tarifas de las rutas largas correspondientes a los tramos comunes a la ruta corta...”**.

En el caso del corredor San José-San Pedro-Tres Ríos comparten corredor común aproximadamente 27 rutas, por lo que cada vez que una empresa solicita una modificación individual también se solicita modificación para las restantes.

Como antecedente, en el expediente ET-35-2008 la empresa Del Este Montoya (ruta 303) solicitó aumento tarifario y aumento por corredor común para todas las rutas del sector.

En resolución RRG-8446-2008 se le otorga el aumento individual pero se le rechaza todos los corredores comunes por aplicar el criterio de protección de “ruta corta”, se señaló:

- a) Un criterio para hacer ajustes tarifarios en los corredores comunes es el de proteger a la ruta más corta y con mayor porcentaje de ocupación del corredor. Se considera que esta tiene prioridad en el ese trayecto puesto que el diseño de su esquema operativo está más enfocado a satisfacer las necesidades de ese corredor.
- b) Otro criterio es que al utilizar varias rutas un mismo trayecto, esto no implica que sea corredor común, pues para esto deben existir tarifas fraccionadas comunes dentro del trayecto, para que se considere común.

Dado que la ruta 303 era considerada como la ruta “larga” y el resto como las rutas “cortas” a proteger, de acuerdo con lo señalado en los puntos anteriores, la única ruta que pudo considerarse corredor común es la ruta 301, descrita como San José Tres Ríos (Servicio Regular) y 301 SD, descrita como San José- Tres Ríos (Servicio Directo), que sería la ruta corta a proteger, y quedaría efectivamente protegida al ajustarse las tarifas de la ruta 303, especialmente en el trayecto San José-Tres Ríos, ya que actualmente este fraccionamiento de la ruta 303 cuenta con una tarifa inferior a la autorizada para la ruta 301. La relación es de ¢170 contra ¢180 (en ese momento). En este caso la tarifa de la ruta 303 debería equipararse a la tarifa de la 301 con el fin de evitar la competencia desleal.

Todas las otras rutas de la zona (61, 50, 60, 62, 65, 56, 58, etc) se rechazaron porque el esquema operativo y razón de ser de la empresa Transportes del Este Montoya, S.A. se fundamenta en el servicio a las localidades de Calle Mesén y Santiago del Monte desde San José y no a la localidad de Tres Ríos; ni mucho menos los sectores de San Pedro y Curridabat que ya están siendo servidos por otros operadores, cuyas rutas presentan tarifas menores, y las mismas caen dentro del concepto de **protección a la ruta más corta**. Por lo tanto en esa oportunidad una ruta larga solicitó aumento para el corredor común y se le rechazó.

El caso del expediente ET-21-2008, se diferencia al anterior en que en este caso es una ruta “corta” que solicita el corredor común para rutas tanto cortas como largas, por lo

que si se utilizan los mismos criterios, se esperaría que se rechace el aumento por corredor común para las rutas "cortas" (50, 62, 62BS, 56, 51 y 53). Sin embargo, para las rutas "largas" 58, 301, 301SD, 301A, 301A SD, 303, 304, 305, 306, 309 y 346 se debe aplicar el criterio de protección de ruta corta que en este caso serían las rutas 59 y 61.

Es claro el criterio de la Junta Directiva al decir que "se debe ajustar la tarifa de a las rutas largas ante una modificación de la ruta corta" lo cual es este el caso.

Es criterio del asesor económico que los usuarios de las rutas largas se verán desplazados por los usuarios de las rutas cortas, si las tarifas son las mismas o incluso menores para las rutas largas. Un habitante de Tirrases tendrá un incentivo a viajar en cualquiera de las rutas "largas" porque son iguales o más baratas que las rutas 59 (con una tarifa de ¢230,00) y 61 (con una tarifa de ¢250,00), desplazando de esta forma a los usuarios de las rutas "largas" causando perjuicios a los mismos.

RUTA	RECORRIDO	KM.	TARIFA
58	SAN JOSE-CURRIDABAT-B° LA LIA-EXT LOMAS DEL SOL		
	SAN JOSE-CURRIDABAT-B° LA LIA-EXT LOMAS DEL SOL	8,82	¢230,00
61	SAN JOSE-TIRRASES x CURRIDABAT		
	SAN JOSE-TIRRASES x CURRIDABAT	9,31	¢250,00

RUTAS "LARGAS"			
RUTA	RECORRIDO	KM.	TARIFA
58	SAN JOSE-CONCEPCION DE LA UNION		
	SAN JOSE-SAN FRANCISCO	13,45	¢255,00
	SAN JOSE-CONCEPCION DE LA UNION	11,7	¢255,00
	SAN JOSE-GUAYABO	7,65	¢205,00
	SAN JOSE-CRUCÉ A CONCEPCION	5,4	¢205,00
301	SAN JOSE-TRES RIOS (SERVICIO REGULAR)		
	SAN JOSE-TRES RIOS	12,56	¢205,00
301 A	SAN JOSE-SAN VICENTE DE TRES RIOS (REGULAR)		
	SAN JOSE-SAN VICENTE DE TRES RIOS	15	¢225,00
	SAN JOSE-TRES RIOS	10,89	¢225,00
	SAN VICENTE-SAN JUAN DE TRES RIOS	7	¢175,00
	SAN VICENTE-TRES RIOS	4,23	¢135,00

303	SAN JOSE-SAN DIEGO DE LA UNION		
	EXT SAN JOSE-CALLE MESEN	15,74	¢230,00
	EXT SAN JOSE-SANTIAGO DEL MONTE	14,98	¢230,00
	SAN JOSE-SAN DIEGO DE LA UNION	13,31	¢230,00
	SAN JOSE-TRES RIOS	11,14	¢195,00
	TRES RIOS-CALLE MESEN	3,96	¢155,00
	TRES RIOS-SANTIAGO DEL MONTE	3,17	¢155,00
304	SAN JOSE-VILLAS DE AYARCO		
	SAN JOSE-VILLAS DE AYARCO	9,8	¢185,00
305	SAN JOSE-MONTUFAR-FLORENCIO DEL CASTILLO		
	SAN JOSE-MONTUFAR-FLORENCIO DEL CASTILLO	10,32	¢205,00
	SAN PEDRO-MONTUFAR-FLORENCIO DEL CASTILLO	7,66	¢170,00
306	SAN JOSE-B° EL CARMEN DE LA UNION		
	SAN JOSE-B° EL CARMEN DE LA UNION	13,3	¢205,00
	SAN JOSE-TRES RIOS	10,55	¢205,00
	TRES RIOS-B° EL CARMEN	2,75	¢120,00
	TARIFA MINIMA	-	¢120,00
309	SAN JOSE-SAN MIGUEL DE LA UNION		
	SAN JOSE-SAN MIGUEL DE LA UNION	13,57	¢205,00
346	SAN JOSE-DULCE NOMBRE DE TRES RIOS		
	SAN JOSE-DULCE NOMBRE DE TRES RIOS	12,74	¢205,00
	SAN JOSE-ASILO CHACON PAUT	13,5	¢205,00
	SAN JOSE-TRES RIOS	11,12	¢205,00
	DULCE NOMBRE-TRES RIOS	1,62	¢120,00

Fuente: RRG-8684-2008

Para ser consistentes con los criterios emitidos con anterioridad por la Junta Directiva, se requiere ajustar por corredor común las rutas "largas" del recorrido.

- V. Que en su sesión 074-2008, del 8 de diciembre de 20087 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 255-AJD-2008/8620 y 256-AJD-2008/22026, de cita, acordó por unanimidad: acoger parcialmente con lugar el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Raro S. A., contra la RRG-8265-2008 de las 11:25 horas del 24 de abril de 2008, publicada en La Gaceta 93 del 15 de mayo de 2008 y dictada por el Regulador General, en cuanto a los horarios autorizados, según el contrato de concesión refrendado y devolver el expediente ET-21-2008 al Despacho del Regulador General para que gire instrucciones con el fin de que se realicen las correcciones pertinentes.

POR TANTO:

- I. Se acoge parcialmente con lugar el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Raro S. A., contra la RRG-8265-2008 de las 11:25 horas del 24 de abril de 2008, publicada en La Gaceta 93 del 15 de mayo de 2008 y dictada por el Regulador General, en cuanto a los horarios autorizados, según el contrato de concesión refrendado.
- II. Se devuelve el expediente ET-21-2008 al Despacho del Regulador General para que gire instrucciones con el fin de que se realicen las correcciones pertinentes.

ACUERDO 003-074-2008

Solicitar al Regulador General instruir a la Dirección de Servicios de Transportes para que se revisen los criterios que se utilizan en la institución para definir corredores comunes y tarifas mínimas, incluyendo el acuerdo 015-055-97, de la Sesión Ordinaria 55-97, modificado por el Acuerdo 025-061-98 de la Sesión 061-98, y se emita una resolución donde se unifiquen los criterios.

3. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO, INTERPUESTO POR TRANSPORTES VILLANA S. A., CONTRA LA RRG-8130-2008 DE LAS 9:55 HORAS DEL 27 DE MARZO DE 2008, DICTADA POR EL DESPACHO DEL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-088-2005.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por la empresa Transportes Villana, S. A., contra la resolución RRG-8130-2008 de las 9:55 horas del 27 de marzo de 2008, dictada por el despacho del Regulador General. Asimismo presenta el oficio 272-AJD-2008/7653, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría vertida mediante oficio 272-AJD-2008/7653.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 004-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su oficio 272-AJD-2008/7653, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que la entonces Reguladora General, Lic. Aracelly Pacheco Salazar, en la RRG-5051-2005 de las 14:45 horas del 5 de octubre de 2005, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió fijar tarifas únicamente para las rutas explotadas por los 258 operadores indicados en el Resultando VII de ese acto (folio 7971 al 8080). Fue publicada en La Gaceta 202 del 20 de octubre de 2005 (folio 7475 al 7502).

- II. Que la entonces Reguladora General, Lic. Aracelly Pacheco Salazar, en la RRG-5097-2005 de las 8:00 horas del 7 de noviembre de 2005 resolvió corregir parcialmente la RRG-5051-2005 para el caso de las rutas detalladas en ese acto (folio 8113 al 8127). Fue publicada en La Gaceta 219 del 14 de noviembre de 2005 (folio 8128 al 8132).
- III. Que el 25 de octubre de 2005 el señor José Luis Villalobos Corrales, apoderado generalísimo sin límite de suma de Transportes Villana S. A., según consta en autos, operadora de la ruta 555, presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-5051-2005 (folio 7616 al 7618).
- IV. Que el Regulador General en la RRG-8130-2008 de las 9:55 horas del 27 de marzo de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria planteado por Transportes Villana S. A., contra la RRG-5051-2005. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a las partes que contaban con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de esos actos, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 8744 al 8748). Fue notificada a Transportes Villana S. A., por fax transmitido el 7 de abril de 2008 (folio 8749).
- V. Que el 11 de abril de 2008 el señor José Luis Villalobos Corrales, apoderado generalísimo sin límite de suma de Transportes Villana S. A., según consta en autos, operadora de la ruta 555, presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-8130-2008 (folio 8787 al 8790). Alega en resumen lo siguiente:
- (1) Que había recurrido de la RRG-5051-2005 porque no se le otorgó el aumento tarifario al no presentar una declaración jurada que nunca le fue solicitada. (2) Que mediante la RRG-8130-2008 se declaró sin lugar el recurso de revocatoria que había interpuesto, bajo el argumento de que a la Autoridad Reguladora le compete verificar el cumplimiento de las cargas sociales y de las obligaciones laborales y tributarias. No cuestiona tal potestad sino que su alegato es que no se le notificó de que faltara tal documentación. (3) Que considera que en este caso hay un error procedimental, pues el recurso original fue interpuesto ante la Junta Directiva, pero lo conoció el Regulador General, quien no tomó el caso como un asunto procedimental sino como una obligación. (4) PRETENSIÓN: Declarar con lugar el recurso para que sea conocido y resuelto en los términos planteados. Declarar la nulidad absoluta de la RRG-8130-2008. Otorgar aumentos tarifarios dejados de percibir desde el 25 de octubre de 2005.**
- VI. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 458-DITRA-2008/3872 del 21 de mayo de 2008 se pronunció sobre la impugnación contra la RRG-8130-2008, sin dar una recomendación específica, pues considera que lo argumentado es de naturaleza legal (folio 8884).
- VII. Que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora mediante la RJD-086-2008 de las 13:47 horas del 26 de mayo de 2008 resolvió rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes Villana S. A., contra la RRG-5051-2005 de las 14:45 horas del 5 de octubre de 2005 y dar por agotada la vía administrativa (folio 8953 al 8956). Fue notificada a Transportes Villana S. A., por fax transmitido el 5 de agosto de 2008 (folio 8957).
- VIII. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 785-DAJ-2008/6809 del 2 de setiembre de 2008 analiza los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomienda rechazarlo por el fondo. No consta incorporado al expediente.

- IX.** Que el Regulador General en la RRG-8798-2008 de las 10:30 horas del 3 de setiembre de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto Transportes Villana S. A., contra la RRG-8130-2008 de las 9:55 horas del 27 de marzo de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada. No consta incorporada al expediente.
- X.** Que no consta en autos que la recurrente haya respondido al emplazamiento, dentro o fuera del plazo otorgado.
- XI.** Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 817-DAJ-2008/7364 del 22 de setiembre de 2008, sobre la base de lo estipulado en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio. No consta incorporado al expediente.
- XII.** Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 272-AJD-2008/7653 del 7 de octubre de 2008, en el que se recomienda rechazar de plano, por improcedente, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes Villana S. A., contra la RRG-8130-2008 de las 9:55 horas del 27 de marzo de 2008, (folio 667).
- XIII.** Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emitió criterio sobre la impugnación.
- XIV.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- VI.** Que del Oficio 272-AJD-2008/7653, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor José Luis Villalobos Corrales, apoderado generalísimo sin límite de suma de Transportes Villana S. A., según consta en autos, operadora de la ruta 555, operadora que se apersonó al procedimiento como interesados en la petición de tarifas y en defensa de sus intereses, la que resulta destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente al ser parte del procedimiento ostenta legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la LGAP, en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593 y sus reformas.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-8130-2008 fue notificada a Transportes Villana S. A., por fax transmitido el 7 de abril de 2008 (folio 8749) y que el recurso fue presentado el 11 de abril de 2008 (folio 8787 al 8790). Resulta innecesario determinar si la impugnación fue planteada dentro del plazo otorgado en el artículo 346 de la L.G.A.P.; por la razón que de seguido se analiza.

El artículo 345 de la L.G.A.P., establece que en el procedimiento ordinario cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final. Como se observa de los antecedentes, la RRG-8130-2008 no es ninguno de los actos anteriores, pues se trata de un acto que resuelve una impugnación planteada contra la RRG-5051-2005 de las 14:45 horas del 5 de octubre de 2005. Consecuentemente la RRG-8130-2008 es un acto contra el cual no cabe la interposición de recursos.

En virtud de lo anterior, se recomienda rechazar de plano, por improcedente, el recurso subsidiario de apelación planteado contra la RRG-8130-2008.

- VII. Que en su sesión 074-2008, del 08 de diciembre de 2008 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficio 272-AJD-2008/7653, de cita, acordó por unanimidad: rechazar de plano, por improcedente, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes Villana S. A., contra la RRG-8130-2008 de las 9:55 horas del 27 de marzo de 2008, dictada por el Regulador General aunque ya se había dado por agotada la vía administrativa.
- VIII. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar de plano, por improcedente, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes Villana S. A., contra la RRG-8130-2008 de las 9:55 horas del 27 de marzo de 2008, dictada por el Regulador General, aunque ya se había dado por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

Se rechaza de plano, por improcedente, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes Villana S. A., contra la RRG-8130-2008 de las 9:55 horas del 27 de marzo de 2008, dictada por el Regulador General.

- 4) **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR EL SEÑOR EGIDIO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, OPERADOR DE LA RUTA 1242, CONTRA LA RRG-7788-2008 DE LAS 8:20 HORAS DEL 15 DE ENERO DE 2008, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-197-2007.**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por el señor Egidio Rodríguez Vásquez, operador de la Ruta 1242, contra la resolución RRG-7788-2008 de las 8:20 horas del 15 de enero de 2008, dictada por el despacho del Regulador General. Asimismo presenta los oficios 262-AJD-2008/25988 y 277-AJD-2008/7740, suscritos por la Asesoría de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey y a la señora Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría vertida mediante oficios 262-AJD-2008/25988 y 277-AJD-2008/7740.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 005-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva emitida en sus oficios 262-AJD-2008/25988 y 277-AJD-2008/7740, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-7788-2008 de las 8:20 horas del 15 de enero de 2008, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió rechazar la petición de tarifas presentado por el señor Egidio Rodríguez Vásquez para la

ruta 1242 (folio 162 al 167). Fue notificada al señor Egidio Rodríguez Vásquez el 28 de enero de 2008 (folio 167).

- II. Que el 31 de enero de 2008 el señor Egidio Rodríguez Vásquez interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-7788-2008 (folio 168 al 172 y del 176 al 178). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que pide disculpas por lo acaecido con el autobús CB-1537 y por no haber informado adecuadamente del proceso correctivo por el cual estaba pasando. Alega que lo que mantiene a la ruta en operación es el transporte de estudiantes, con tres carreras al día. (2) Que en virtud de expresar el Regulador General que ese es el único punto negativo para no dar la tarifa y, corregido el mismo, se proceda al efecto, ruega se aplique al caso el método abreviado de la Ley 8220 y se corra el modelo tarifario según corresponda. Subsanado el error en que se incurrió, solicita otorgar el incremento tarifario. Aporta constancia del Ministerio de Educación Pública de que la unidad CB-1537 está excluida del transporte de estudiantes. (3) Que en relación con los comentarios de don Olivier, considera que sus afirmaciones son descabelladas e irresponsables para una persona que no es profesional calificada en la materia y que no aporta estudios realizados por un contador público autorizado. Ruega aplicar la formalidad legal a las quejas por la gravedad que conllevan las mismas, ante el ímpetu de los quejosos o funcionarios de verter una respuesta negativa sobre peticitorias sanas, justas y dentro de los cánones legales establecidos. Afirma que si al operador se le piden estudios técnicos sobre demanda, también deberían pedirseles a los quejosos, de acuerdo al sano principio de igualdad. (4) Que considera importante destacar en cuanto al rubro de estudiantes, si bien los costos oscilan entre un 20% y un 24% de los costos totales de la ruta y el ingreso entre un 38% y un 43,50% en promedio, la situación más crítica y que conoce la Autoridad Reguladora, es la alta afectación de los taxis formales e informales que ofrecen servicios en su ruta. Pide disculpas por no haber separado los costos del servicio de estudiantes, lo que hará de inmediato en el mes de febrero. (4) Pretensión: Fijar tarifas.

- III. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficios 137-DITRA-2008/1221 del 18 de febrero de 2008 y 160-DITRA-2008/1378 del 25 de febrero de 2008, analizó los argumentos técnicos de la impugnación, recomendando que fuera rechazada (folio 173 al 175 y 179 al 180).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 711-DAJ-2008/5914 del 30 de julio de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 181 al 186).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8681-2008 de las 14:00 horas del 30 de julio de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por el señor Egidio Rodríguez Vásquez contra la RRG-7788-2008 de las 8:20 horas del 15 de enero de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 187 al 193). Fue notificada al señor Egidio Rodríguez Vásquez el 13 de agosto de 2008 (folio 193).
- VI. Que no consta en autos que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.

- VII. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 759-DAJ-2008/6395 del 20 de agosto de 2008, con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio (folios 194 y 195).
- VIII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 262-AJD-20087/6776 del 2 de setiembre de 2008, en el que se recomienda resolver con base en criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Egidio Rodríguez Vásquez, operador de la ruta 1242, contra la RRG-7788-2008 de las 8:20 horas del 15 de enero de 2008.(folio 51).
- IX. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 277-AJD-2008/7740, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación presentado por el señor Egidio Rodríguez Vásquez, contra la RRG-7788-2008
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los Oficios 262-AJD-20087/25988 y 277-AJD-2008/7740, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 262-AJD-20087/25988:

En razón de que lo argumentado es de índole técnica y no jurídica, la asesoría legal no emite criterio. No obstante, se informa que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también al Asesor Económico que se pronunciara sobre la impugnación, por lo cual sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver el recurso subsidiario.

Oficio 277-AJD-2008/7740:

En cuanto a lo argumentado en el punto primero, el recurrente lo que hace es pedir disculpas por no haber informado adecuadamente sobre la utilización de una unidad de la flota autorizada para el transporte de estudiantes, por lo cual esta asesoría no tiene nada que decir.

Con respecto al punto segundo es necesario señalar que no lleva razón el recurrente porque la utilización de parte de la flota autorizada para el transporte de estudiantes no fue el único punto por el que se le rechazó la tarifa. En efecto, a folio 178 consta nota remitida por el empresario, el 31 de enero de 2008, al Departamento de Transporte Estudiantil del Ministerio de Educación Pública, en la que le informa que el autobús placas CB 1537 ya no forma parte de la flota que presta el servicio de transporte de estudiantes de la ruta 5431 del MEP, cuyo recorrido es San Luis-San Juan de Grecia-Liceo León Cortés, con lo que se solventa uno de los incumplimientos señalados en la resolución impugnada RRG-7788-2008. Sin embargo, la solicitud de ajuste tarifario planteada a la ARESEP se dio desde el 13 de noviembre de 2007, con lo que se comprueba claramente que el permisionario tenía asignada la unidad placas CB-1537 para prestar un servicio diferente al autorizado mediante acuerdo del Consejo de Transporte Público tomado en la sesión ordinaria 1-2000 del 25 de marzo de 2000 y el acuerdo tomado en la sesión ordinaria 12-2005 de las 17:05 horas del 15 de febrero de 2005 de la Junta Directiva de ese Consejo, mediante la cual se autorizó la flota que prestaría el servicio de la ruta 1242. Esta situación y el hecho de no contar con un

debida separación de contabilidades llevaron a la Autoridad Reguladora a rechazar de forma debida la solicitud de ajuste tarifario.

Por otra parte, tal y como se reseña en el oficio 160-DITRA-2008, emitido por la Dirección de Servicios de Transporte de la Autoridad Reguladora, se mantiene vigente el incumplimiento referente a la necesaria separación de los ingresos y gastos obtenidos por el servicio de estudiantes de los correspondientes a la operación de la línea 1242 autorizada por el Consejo de Transporte Público del MOPT, por lo que no es de recibo lo señalado por el recurrente en el argumento cuarto arriba reseñado, ya que la Autoridad Reguladora se encuentra imposibilitada de realizar el cálculo de los parámetros del modelo, ya que no es posible diferenciar los ingresos y gastos para el servicio regulado de los correspondientes al servicio no regulado.

En cuanto al tercer argumento planteado por el recurrente, carece de importancia para el fondo del asunto por ser un tema de apreciación subjetiva del recurrente y, sobre el que, además, no aporta prueba alguna. Vale agregar, que es un tema ajeno a las valoraciones técnicas de la Autoridad Reguladora para aplicar el modelo de ajuste tarifario, el hecho que una actividad de transporte no regulada sea la que mantenga, como afirma el recurrente, la prestación de un servicio regulado.

En cuanto a lo dicho por el recurrente (argumento cuarto) en su escrito de recurso a folio 170 al indicar que *“en cuanto al rubro de estudiantes, si bien los costos oscilan entre un 20 y un 24% de los costos totales de la ruta y el ingreso entre un 38 y un 43.50%, en promedio...”* en nada aclara los datos que se consignan en el estudio del contador público autorizado que consta a folio 52 de este expediente, y que fue aportado por el señor Egidio Rodríguez Vásquez para sustentar su solicitud de ajuste tarifario; estudio en el cual se mezclan los gastos operativos, administrativos y financieros de ambas actividades, así como la utilidad. Vale destacar que el artículo 20 de la Ley 7593 obliga a los prestatarios de servicios regulados a llevar *“contabilidades separadas que diferencien la actividad de servicio público de las que no lo son. En todo caso, los ingresos y costos comunes deberán consignarse de acuerdo con las técnicas que permitan una distribución justa y no perjudiquen la actividad del servicio público.”* La violación a esta regulación según el inciso e) del artículo 41 de ese mismo cuerpo normativo, podría eventualmente de ser comprobada, previa aplicación del debido proceso, dar pie a la aplicación de sanciones como podría ser la revocatoria del permiso otorgado al prestador del servicio.

Por las razones anteriores, lo argumentado carece de sustento técnico y, por tal motivo, el recurso de revocatoria recurso presentado contra la resolución RRG-7788-2007 debe ser rechazado por el fondo.

- II. Que en su sesión 074-2008, del 08 de diciembre de 2008 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 262-AJD-2008/25988 y 277-AJD-2008/7740, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Egidio Rodríguez Vásquez, operador de la ruta 1242, contra la RRG-7788-2008 de las 8:20 horas del 15 de enero de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Egidio Rodríguez Vásquez, operador de la ruta 1242, contra la RRG-7788-2008 de las 8:20 horas del 15 de enero de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Egidio Rodríguez Vásquez, operador de la ruta 1242, contra la RRG-7788-2008 de las 8:20 horas del 15 de enero de 2008, dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.

5) RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR AUTOTRANSPORTES LOS CORALES S. A., CONTRA LA RRG-7503-2007 DE LAS 15:50 HORAS DEL 8 DE NOVIEMBRE DE 2007 DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-188-2007.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7503-2007 de las 15:50 horas del 8 de noviembre de 2007 dictada por el Regulador General. Asimismo presenta el oficio 260-AJD-2008/6700, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría vertida mediante el oficio 260-AJD-2008/6700.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 006-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en oficio 260-AJD-2008/6700., en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-7503-2007 de las 15:50 horas del 8 de noviembre de 2007, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió rechazar la petición de tarifas presentado por Autotransportes Los Corales S. A., para la ruta 729 (folio 64 al 66). Fue notificada a Autotransportes Los Corales S. A., el 23 de noviembre de 2007 (folio 66).
- II. Que el 26 de noviembre de 2007 el Lic. Marlon Rodríguez Acevedo, apoderado especial de Autotransportes Los Corales S. A., según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-7503-2007 (folio 67 al 69). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que el Consejo de Transporte Público otorgó concesión a su poderdante mediante artículos 20 y 21 de la sesión extraordinaria 20-2000, cuyo contrato refrendado estuvo vigente hasta el 30 de setiembre de 2007. Dicho consejo acordó renovar el referido derecho hasta el 30 de setiembre de 2014, según consta en autos; por lo que considera que actúa de mala fe la Autoridad Reguladora, porque es bien sabido todas las concesiones vencieron el 30 de setiembre de 2007 y su renovación, en muchos casos, carecen del contrato firmando. Por ello debe dimensionarse la RRG-5266-2006 con respecto a la coyuntura actual del proceso de renovación de concesiones y firma de contratos, pues de lo contrario se condenaría a los operadores al congelamiento indefinido de

las tarifas. (2) Que la resolución de marras atenta contra los principios de razonabilidad y proporcionalidad y de intangibilidad patrimonial y es abiertamente discriminatoria porque el requisito del refrendo contractual se exige a los concesionarios del servicio, desconociendo que el 70% de las autorizaciones son permisos. (3) Que para cumplir con sus competencias legales y reglamentarias la Autoridad Reguladora no necesita de manera indispensable el contrato de concesión refrendado y prueba de ello es que de ser así la mayoría de los operadores no habría podido disfrutar de ajustes tarifarios nunca. En este momento histórico no hay ningún operador, a nivel nacional, con el nuevo contrato refrendado, por tanto ninguno de ellos, salvo los permisionarios, podría solicitar tarifas. Eso axiomáticamente provocará en muy corto plazo una crisis en la continuidad y eficiencia del servicio y afectará la actividad económica del país dependiente de la movilización de pasajeros en autobús. (4) Pretensión: Declarar con lugar el recurso. Otorgar admisibilidad a la gestión de la ruta 729.

- III. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 1012-DITRA-2007/9646 del 28 de noviembre de 2007, remitió a la Dirección de Asesoría Jurídica la impugnación planteada, por considerar que los argumentos eran de índole legal (folios 70 y 71).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 709-DAJ-2008/5912 del 29 de julio de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 72 al 82).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8699-2008 de las 8:00 horas del 4 de agosto de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7503-2007 de las 15:50 horas del 8 de noviembre de 2007. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 83 al 94). Fue notificada a Autotransportes Los Corales S. A., el 13 de agosto de 2008 (folio 94).
- VI. Que no consta en autos que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 260-AJD-2008/6700 del 29 de agosto de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7503-2007 de las 15:50 horas del 8 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General; dar por agotada la vía administrativa. (folios 205).
- VIII. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emitió criterio con respecto a la impugnación.
- IX. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del Oficio 260-AJD-2008/6700, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En torno al argumento de la falta de refrendo contractual, el Considerando V del acto recurrido indicó que:

Como consta en autos, la concesión de Autotransportes Los Corales S. A., para operar la ruta 723, otorgada por el MOPT mediante los artículos 18-19 de la sesión extraordinaria 26-2000, de la Junta Directiva del CTP, estuvo vigente hasta el 30 de setiembre pasado. Posteriormente, mediante el artículo 6.8 de la Sesión Ordinaria 71-2007 de 25 de setiembre de 2007, el Consejo de Transporte Público acordó renovar el referido derecho, hasta el 30 de setiembre de 2014. No obstante, el contrato donde se formaliza esta nueva prórroga de concesión, no ha sido refrendado por esta Autoridad Reguladora, de ahí que dicho acto carezca a este momento, de eficacia jurídica y por ende imposibilita a este ente a conocer la presente solicitud tarifaria.

Lo anterior está en consonancia con la función otorgada a la Autoridad Reguladora en el artículo 12 de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas, N° 3503, en cuanto al refrendo de los contratos de concesión para ese servicio público. Dicha norma establece lo siguiente:

Artículo 12.- *La concesión se formalizará mediante contrato que suscriban el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y el concesionario. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos lo refrendará e inscribirá en el Registro de concesiones y permisos que llevará ese Ministerio.*

Esa función -a su vez- debe dimensionarse en los términos del artículo 145 de la L.G.A.P., cuyo texto señala:

Artículo 145.- 1. *Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento.*

2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.

3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.

4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.

Dimensionando, como se dijo, ambas normas jurídicas se extrae claramente que el refrendo contractual es un requisito de eficacia del contrato de concesión, el cual tiene un efecto suspensivo, pues mientras no se otorgue, el acto no puede ser eficaz, ni tampoco comunicado, impugnado o ejecutado. Consecuentemente, mientras la concesión no haya sido formalizada en un contrato ni éste haya sido refrendando, aquélla no puede surtir efectos jurídicos.

No obstante, corresponde aclarar que los atrasos en la formalización del contrato de concesión son responsabilidad exclusiva del Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Por las razones expuestas el rechazo de la petición de tarifas, se encuentra ajustado a derecho y por ello lo alegado por la recurrente no es de recibo.

En el segundo argumento la recurrente indica que el acto recurrido atenta contra los principios de razonabilidad, proporcionalidad e intangibilidad patrimonial y es

abiertamente discriminatoria porque el requisito del refrendo contractual se exige a los concesionarios del servicio, desconociendo que el 70% de las autorizaciones son permisos.

Al respecto, cabe aclarar que la situación jurídica de los concesionarios es diferente a la de los permisionarios, en razón del distinto título habilitante que poseen y de los derechos y obligaciones derivados de cada uno de esos títulos, por ello no es correcto, desde el punto de vista jurídico, comparar su situación legal. De lo anterior se deriva, que siendo desiguales y teniendo cada uno un trato desigual, no hay discriminación. Aunado al hecho de que la recurrente tampoco da las razones que la llevan a concluir que el acto recurrido es irracional, desproporcionado o discriminatorio.

También es necesario señalar que el principio de la intangibilidad patrimonial no es aplicable a los servicios públicos, pues es propio de la actividad de contratación administrativa de bienes y servicios, en la cual se pacta de previo el equilibrio financiero contractual. Eso no ocurre en los servicios públicos, pues corresponde a la autoridad competente, es decir, al ente regulador, fijar las tarifas de éstos, debiendo centrarse en proteger el interés público y no el del operador. En ese sentido se remite a los Votos 02101-91 y 05153-98 de la Sala Constitucional.

Por las razones jurídicas expuestas, se concluye que lo alegado carece de base legal y que lo procedente es rechazar por el fondo el recurso subsidiario de apelación.

- II. Que en su sesión 074-2008, del 8 de diciembre de 2008 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 260-AJD-2008/6700, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7503-2007 de las 15:50 horas del 8 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7503-2007 de las 15:50 horas del 8 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7503-2007 de las 15:50 horas del 8 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General.
 - II. Se da por agotada la vía administrativa.
- 6) RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR AUTOTRANSPORTES LOS CORALES S. A., CONTRA LA RRG-7301-2007 DE LAS 10:00 HORAS DEL 4 DE OCTUBRE DE 2007 POR EL REGULADOR GENERAL (ET-150-2007)**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7501-2007 de las 10:00 horas del 4 de octubre de 2007 dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 261-AJD-2007/6701 y 278-AJD-2008/7741, suscritos por la Asesoría de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey y a la señora Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría vertida mediante oficios 261-AJD-2007/6701 y 278-AJD-2008/7741.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 007-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva emitida en sus oficios 261-AJD-2007/6701 y 278-AJD-2008/7741, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-7301-2007 de las 10:00 horas del 4 de octubre de 2007, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió rechazar la petición de tarifas presentado por Autotransportes Los Corales S. A., para la ruta 729 y mantener vigentes las tarifas establecidas en la RRG-7037-2007 del 24 de agosto de 2007, publicada en La Gaceta 175 del 12 de setiembre de 2007 (folio 207 al 213). Fue notificada a Autotransportes Los Corales S. A., el 18 de octubre de 2007 (folio 213).
- II. Que el 23 de octubre de 2007 el Lic. Marlon Rodríguez Acevedo, apoderado especial de Autotransportes Los Corales S. A., según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-7301-2007 (folio 215 al 221). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que considerando que según lo dispuesto por el Consejo de Transporte Público, en el artículo 4.2 de la sesión extraordinaria 15-2004 sobre la fusión de la ruta 729 a la ruta 723, cuestiona que los horarios y la flota óptima se autorizara sólo para la ruta 729 y no se reconsideran ambas rutas. Solicita que se aclare lo anterior, mediante acuerdo de la Junta Directiva, en concordancia con el acto administrativo que le dio origen (sic). (2) Que el hecho de que diga fusión y absorción de la ruta 729, no quiere decir que esté dentro de la ruta 723 ya que en varias ocasiones ha reiterado que el Consejo de Transporte Público explica que en la actualidad el permiso de la ruta 729 pertenece a su poderdante y no es parte de la ruta 723, por tanto debe tener horarios y flota por separado. Aporta certificación del Consejo de Transporte Público. (3) Pretensión: Declarar con lugar el recurso. Revocar parcialmente el acto recurrido. Aplicar tarifas resultantes del modelo econométrico, incorporando los parámetros de flota y horarios, la actualización del precio del diesel, la demanda neta corregida y la distancia determinada por la Autoridad Reguladora.
- III. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 932-DITRA-2007/8840 del 7 de noviembre de 2007, analizó los argumentos técnicos de la impugnación, recomendando que fuera rechazada (folios 228 y 229).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 710-DAJ-2008/5913 del 30 de julio de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 230 al 236).

- V. Que el Regulador General en la RRG-8700-2008 de las 8:10 horas del 4 de agosto de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7301-2007 de las 10:00 horas del 4 de noviembre de 2007. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 237 al 244). Fue notificada a Autotransportes Los Corales S. A., el 13 de agosto de 2008 (folio 244).
- VI. Que no consta en autos que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 261-AJD-2007/6701 del 29 de agosto de 2008, en el que se recomienda resolver con base en criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7301-2007 de las 10:00 horas del 4 de octubre de 2007., (folios 137).
- VIII. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 278-AJD-2008/7741, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto por la empresa Autotransportes Los Corales S.A., operadora de la ruta 723 contra la resolución RRG-7301-2007 del 4 de octubre de 2007.
- IX. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los oficios 261-AJD-2007/6701 y 278-AJD-2008/7741, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 261-AJD-2007/6701:

En razón de que lo argumentado es de índole técnica y no jurídica, la asesoría legal no emite criterio. No obstante, se informa que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también al Asesor Económico que se pronunciara sobre la impugnación, por lo cual sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver el recurso subsidiario.

Oficio 278-AJD-2008/7741:

Con respecto a los argumentos del recurrente se debe tener claro que, mediante el artículo 4.2 de la sesión extraordinaria N° 15-2004 del Consejo de Transporte Público, celebrada el día 29 de octubre de 2004, se autorizó la fusión y absorción de la ruta N° 729 en favor de la empresa Autotransportes Los Corales S. A. concesionaria de la ruta N° 723 descrita como Limón-Barrio Los Corales-Siglo XXI-Pacuare y viceversa (folios 15 y 16).

Y adicionalmente a lo anterior, en el considerando 5 del artículo 4.4.20 de la Sesión Ordinaria 55-2007 de fecha 26 de julio de 2007, el Consejo de Transporte Público autorizó a la empresa Autotransportes Los Corales S.A., la modificación de su flota óptima para el servicio que brinda en la ruta N° 729 (folios del 17 al 19), pero también indicó:

“5 Que mediante artículo 4.2 de la Sesión Extraordinaria 15-2004 del 29 de octubre de 2004, la Junta Directiva del 29 de octubre de 2004, la Junta Directiva acogió las recomendaciones del Departamento de Ingeniería y aceptó la renuncia del señor Luis Ángel Fallas Salazar, Presidente de la Sociedad Autotransportes Barrio Cristóbal Colón S.A., para dejar de operar en la ruta 729 descrita como Limón-Santa Eduviges y viceversa y, autorizó la fusión y absorción del servicio en la ruta 729 modalidad autobús a favor de AUTOTRANSPORTES LOS CORALES S.A., concesionaria en la ruta 723, descrita como Los Corales-Siglo XXI-Pacuare y viceversa.” (El subrayado no es del original).

De lo anterior, se desprende con meridiana claridad de los acuerdos anteriores, que la ruta permisionaria (ruta N° 729) fue fusionada y absorbida con la ruta concesionaria (ruta N° 723), quedando en principio, como la única ruta existente, la ruta N° 723.

Tal y como se indicó en líneas anteriores, la redacción de dichos acuerdos son precisos, no siendo necesario realizar mayores interpretaciones, por lo que, no deben existir mayores problemas a la hora de su entendimiento y más importante aún, de su aplicación, ya que es claro que ambas rutas se fusionaron, y la ruta N° 729 fue absorbida por la ruta N° 723, lo que quiere decir, que la primera ruta desapareció, dejó de existir y Autotransportes Los Corales S. A. opera en la actualidad bajo la figura de la concesión, y como una sola ruta, la N° 723. Pero ello trajo consigo, cambios en los términos dentro del contrato de concesión, -que debe entender el recurrente-, que no existían al momento de otorgársele en su momento la concesión de la ruta 723, y que esos cambios, incluyen modificaciones que deben ser incorporadas al contrato de concesión que tiene en la actualidad, y que deben de ser necesariamente “refrendados” de previo por parte de la Autoridad Reguladora, para que surtan sus efectos legales.

Por las razones anteriores, lo argumentado carece de sustento técnico y, por tal motivo, el recurso de apelación presentado contra la resolución RRG-7301-2007 debe ser rechazado por el fondo.

- II. Que en su sesión 074-2008, del 08 de diciembre de 2008 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 261-AJD-2007/6701 y 278-AJD-2008/7741, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7301-2007 de las 10:00 horas del 4 de octubre de 2007, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7301-2007 de las 10:00 horas del 4 de octubre de 2007, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Los Corales S. A., contra la RRG-7301-2007 de las 10:00 horas del 4 de octubre de 2007, dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.

7) RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR RAFAEL RODRÍGUEZ CASTRO, CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-7547-2007, DE LAS 09:10 HORAS DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2007, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-037-2007

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por Rafael Rodríguez Castro, contra la resolución RRG-7547-2007, de las 09:10 horas del 21 de noviembre de 2007 dictada por el Regulador General. Asimismo presenta los oficios 254-AJD-2008/6325 y 257-AJD-2008/7708, suscritos por la Asesoría de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey y a la señora Xinia Herrera Durán, quienes exponen a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva vertida mediante oficios 254-AJD-2008/6325 y 257-AJD-2008/7708.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 008-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría de la Junta Directiva emitida en sus oficios 254-AJD-2008/6325 y 257-AJD-2008/7708, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-7547-2007 de las 9:10 horas del 21 de noviembre de 2007, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió fijar las tarifas que se detallan en ese acto, para la ruta 631-A (folio 233 al 240). Fue notificada al señor Rafael Ángel Rodríguez Castro por fax transmitido el 7 de diciembre de 2007 (folio 242). Fue publicada en La Gaceta 235 del 6 de diciembre de 2007 (folios 231 al 232).
- II. Que el 12 de diciembre de 2007 el señor Rafael Angel Rodríguez Castro, permisionario de la ruta 631-A, según consta en autos, interpusieron recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-7547-2007 (folio 249 al 349). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que tiene una demanda de 1.181,23 pasajeros promedio/mes; de acuerdo con el registro contable de los meses de agosto 2006 a julio 2007, considerando la estacionalidad. Por su parte, la Autoridad Reguladora consideró una demanda de 1.517 pasajeros, sobre la base de lo establecido en el acuerdo 02 de la sesión 3191 de la extinta Comisión Técnica de Transportes, lo que califica de arbitrario y poco técnico y violatorio de los principios contables y financieros. Agrega que el ente regulador realizó un estudio de punto fijo en la Terminal de la Coca Cola, entre el 22 y el 26 de octubre de 2007, en el cual determinó que se movilizaban en promedio 21 pasajeros por viaje, lo que multiplicado por las carreras mensuales de 30,33 da por resultado una demanda promedio de 1.273,86; lo que consideró razonable en aras de buscar un punto de equilibrio. Por ello solicita que se tome en cuenta esa demanda para el cálculo tarifario. (2) Que la Autoridad Reguladora consideró, por concepto de peajes en el servicio de ferry Puntarenas-Paquera, un monto de ¢17.700 por carrera, cuando en realidad el rubro correcto era ¢23.740 por carrera; que es lo que se paga a la operadora Naviera Tambor S. A. Aclara que el monto incorrecto es el que cobra la

ADIP, que no es el que utiliza porque sus horarios no coinciden con la hora de arribo de los autobuses. Solicita corregir el monto. (3) Que aún cuando la Autoridad Reguladora reconoce que el tipo de autobús que se requiere es un interurbano largo, con valor de \$140.000,00; empleó el tipo de interurbano corto con valor de \$91.200,00 bajo el argumento de que la unidad reportada para brindar el servicio en la ruta corresponde a ese tipo, básicamente por la potencia del motor. Pero de acuerdo con el documento intitulado Sistema Unificado de Clasificación de Rutas de Transporte Colectivo y Especificaciones Técnicas de la Flota (SURC), aprobado por el Consejo de Transporte Público, mediante artículo 2 de la sesión extraordinaria 02-2001 del 18 de enero de 2001, la unidad empleada cumple a cabalidad con las especificaciones de ese acuerdo. No obstante, una valoración efectuada por la Dirección de Planificación y Desarrollo del Consejo de Transporte Público, catalogó a la ruta como una interurbana larga y por ello recomendó que el tipo de unidad fuera TIL. Considera que la Autoridad Reguladora debe ser consecuente con lo aprobado por el Consejo de Transporte Público y con las fijaciones tarifarias realizadas en rutas de condiciones similares. (4) Que una vez sustituido en el modelo econométrico las variables justificadas en la impugnación, a saber, demanda mensual de 1.273,86; peaje del ferry de ¢23.740 y valor de la unidad de \$140.000,00; el resultado obtenido es una tarifa de ¢5.630,00. (5) PRETENSIÓN: Revocar el acto recurrido. Corregir el monto del peaje. Ajustar tarifa del adulto mayor.

- III. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 539-DITRA-2008/4564 del 13 de junio de 2008 analizó los aspectos técnicos del recurso de revocatoria recomendando que fuera declarado con lugar parcialmente en cuanto al pago de peajes. No consta incorporado a los autos.
- IV. Que la Dirección Jurídica por oficio 667-DJU-2008/5361 del 9 de julio de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria, recomendando que fuera declarado parcialmente con lugar en cuanto al monto de los peajes y archivado por falta de interés actual, en razón de que mediante la RRG-8148-2008 del 31 de marzo de 2008, se satisfizo esa pretensión del recurrente (folio 356 al 360).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8623-2008 de las 10:30 horas del 14 de julio de 2008 resolvió: I) Acoger en forma parcial el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Rafael Ángel Rodríguez Castro contra la RRG-7547-2007 de las 9:10 horas del 21 de noviembre de 2007. II) Fijar las tarifas que se detallan en ese acto para la ruta 631-A. III) Elevar la impugnación en subsidio a la Junta Directiva y prevenirle a la recurrente que cuenta con tres días hábiles a partir de su notificación, para hacer valer sus derechos ante dicho órgano de alzada. No consta incorporada a los autos. Fue notificada al señor Rafael Ángel Rodríguez Castro por fax transmitido el 30 de julio de 2008.
- VI. Que no consta en autos que el recurrente haya respondido al emplazamiento dentro o fuera del plazo otorgado.
- VII. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 735-DAJ-2008/6102 del 6 de agosto de 2008, con fundamento en el artículo 349 de la LGAP, eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada. No consta incorporado a los autos.
- VIII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 254-AJD-2008/6325 del 18 de agosto de 2008, en el que se recomienda resolver con base en criterios técnicos el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Rafael Ángel Rodríguez Castro, contra la RRG-7547-2007 de las 9:10 horas del 21 de noviembre de 2007, publicada en La Gaceta 235 del 6 de diciembre de 2007 (folios 8856).

- IX. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva analizó el recurso, desprendiéndose el oficio 257-AJD-2008/7708, en el que se recomienda rechazar el recurso por improcedente.
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los Oficios 254-AJD-2008/6325 y 257-AJD-2008/7708, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 254-AJD-2008/6325:

El Regulador General acogió parcialmente el recurso de revocatoria en lo que respecta al reconocimiento del monto del peaje del ferry Puntarenas-Paquera; por lo cual a la Junta Directiva le corresponde pronunciarse sobre los otros dos argumentos; los cuales son de índole técnica, no jurídica, y por ello esta asesoría no emite criterio.

Sin embargo, en razón de que la Secretaría de la Junta Directiva solicitó también al Asesor Económico que se pronunciara sobre esta impugnación, sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, para resolver este asunto.

Oficio 257-AJD-2008/7708:

Al aceptar el Regulador General el recurso de revocatoria en cuanto al aspecto 2 del recurso, procede pronunciarse en esta sede sobre los aspectos uno y tres.

Con respecto al punto primero, sobre la demanda reconocida en el estudio tarifario objeto de impugnación, no lleva razón el recurrente puesto que al ser la primera fijación tarifaria que se le realiza a esta empresa, el historial de información es mínima. La Autoridad Reguladora en forma consistente ha reconocido como fuente de información de las demandas de pasajeros en las diferentes rutas información reportada por el ente rector del transporte público y no la que entregan los concesionarios, por lo que no existe razón para modificar este criterio. Consecuentemente consideró los cálculos de demanda realizados por el MOPT. Si se requiere modificar el monto de pasajeros movilizados, se debe *realizar* un estudio de demanda según lo acepta la Autoridad Reguladora. Por lo anterior este motivo de inconformidad debe ser rechazado.

Con respecto al otro argumento sobre el valor de la unidad considerada en el cálculo tarifario, se determinó por parte de esta Autoridad Reguladora que el servicio se presta con una unidad no autorizada ya que de acuerdo con la distancia debería utilizar una unidad para una ruta interurbana larga, pero utiliza una para ruta interurbana corta, por lo que debe la empresa ajustarse a la autorizado y posteriormente solicitar el reconocimiento tarifario.

Del análisis realizado se concluye que el recurrente no lleva razón en ninguno de los argumentos técnicos en que sustenta el recurso presentado contra la resolución RRG-7547-2007, ya que los errores que señala no existen.

- II. Que en su sesión 074-2008, del 8 de diciembre de 2008 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 254-AJD-2008/6325 y 257-AJD-2008/7708, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Rafael Ángel Rodríguez Castro, contra la RRG-7547-2007 de las 9:10 horas del 21 de noviembre de 2007,

publicada en La Gaceta 235 del 6 de diciembre de 2007 y dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.

- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Rafael Ángel Rodríguez Castro, contra la RRG-7547-2007 de las 9:10 horas del 21 de noviembre de 2007, publicada en La Gaceta 235 del 6 de diciembre de 2007 y dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Rafael Ángel Rodríguez Castro, contra la RRG-7547-2007 de las 9:10 horas del 21 de noviembre de 2007, publicada en La Gaceta 235 del 6 de diciembre de 2007 y dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.
- 8) **RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR EL SEÑOR JOSÉ ANTONIO ROJAS HERNÁNDEZ CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-8359-2008, DE LAS 09:00 HORAS DEL 13 DE MAYO DE 2005, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-029-2008.**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por el señor José Antonio Rojas Hernández contra la resolución RRG-8359-2008, de las 09:00 horas del 13 de mayo de 2005 dictada por el Regulador General. Asimismo presenta el Oficio 274-AJD-2008/7655, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva, vertida mediante Oficio 274-AJD-2008/7655.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 009-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en su Oficio 274-AJD-2008/7655, en los siguientes términos

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-8149-2008 de las 15:40 horas del 31 de marzo de 2008, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió: I) Fijar como tarifas tope para las rutas intersectoriales del Área Metropolitana de San José, las que se detallan en ese acto. II) Establecer como condición vinculante, al Consejo de Transporte Público del Ministerio de Obras Públicas y Transportes lo siguiente: a) Analizar la resolución 2358-2006 de la Secretaría Técnica Ambiental y determinar, con base en el ordenamiento jurídico existente, la obligatoriedad de su aplicación en las nuevas rutas

intersectoriales, b) En un plazo de seis meses, contados a partir del inicio de operaciones de las rutas intersectoriales, realizar y aportar los estudios técnicos de volúmenes de pasajeros y la readecuación de los esquemas operativos, con los requisitos que en ese acto se especifican, c) En un plazo de seis meses, contados a partir del inicio de operaciones de las rutas intersectoriales, debe aportar estudio de campo que determine la afectación de las rutas intersectoriales sobre las rutas radiales y los cambios en los esquemas operativos de éstas últimas, de los cuales deben ser remitidas las adendas a los contratos de concesión de las rutas radiales, para ser refrendadas por la Autoridad Reguladora. III) Indicar al Consejo de Transporte Público del Mopt que en el caso de adjudicar las rutas intersectoriales, por medio de concesión tiene que considerar lo señalado por los artículos 4 y 12 de la Ley 3503, modificados por los artículos 16 y 64 de la Ley 7593 (folio 267 al 281). Fue notificada al señor José Antonio Rojas Hernández por fax transmitido el 21 de abril de 2008 (folio 285). Fue publicada en el Alcance 18 a La Gaceta 76 del 21 de abril de 2008 (folio 190 al 194).

II. Que el Regulador General en la RRG-8359-2008 de las 9:00 horas del 13 de mayo de 2008, revoca, de oficio, el inciso primero de la parte dispositiva de la RRG-8149-2008 y establece una sola tarifa de \$350,00 para todas las rutas intersectoriales (folio 338 al 343). Fue notificada al señor José Antonio Rojas Hernández por fax transmitido el 22 de mayo de 2008 (folio 345). Fue publicada en La Gaceta 98 del 22 de mayo de 2008 (folios 349 y 350).

III. Que el 27 de mayo de 2008 el señor José Antonio Rojas Hernández interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-8359-2008 (folio 351 al 364). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que en la oposición señaló aspectos relacionados con la Ley 7600 y de índole ambiental, pero además desea señalar otros, como por ejemplo las debilidades encontradas por la Contraloría General de la República en el actuar del Consejo de Transporte Público. Además lo actuado por dicho Consejo resulta inconsistente con el Plan Nacional de Desarrollo. (2) Que alega que el Regulador General no verificó el cumplimiento de los estudios de impacto ambiental, pero sí fijó las tarifas. (3) Que el Director Ejecutivo del Consejo de Transporte Público carece de competencia para interponer recursos de revisión contra la fijación tarifaria, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 7969. Además dicho recurso debió interponerse ante el jerarca no ante el Regulador General, de acuerdo con lo que dispone el artículo 353 de la L.G.A.P., (4) Que en la fijación de tarifa plana tampoco se verificaron los estudios de impacto ambiental, a la luz de lo que establecen los artículos 4 y 16 de la Ley 7593 y el artículo 50 constitucional, lo cual atenta contra el Principio de Legalidad. (5) Que las nuevas unidades de las rutas intersectoriales deben estar acondicionadas según la Ley 7600. (6) Pretensión: Acoger el recurso o elevar el subsidiario a la Junta Directiva.

IV. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 498-DITRA-2008/4218 del 3 de junio de 2008, analiza los aspectos técnicos de la impugnación y recomienda que sea rechazada (folio 367 al 369).

V. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 786-DAJ-2008/6810 del 2 de setiembre de 2008, analiza los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomienda rechazarlo por el fondo (folio 469 al 476).

VI. Que el Regulador General en la RRG-8799-2008 de las 10:40 horas del 3 de setiembre de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por el señor José Antonio Rojas Hernández contra la RRG-8359-2008 de las 9:00 horas del 13 de mayo de 2008. II) Elevar el recurso de apelación en subsidio a la Junta Directiva y prevenirle a

las recurrentes que cuentan con tres días hábiles, para hacer valer sus derechos ante dicho órgano de alzada. No ha sido incorporada al expediente.

- VII. Que no consta en autos que el recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- VIII. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 816-DAJ-2008/7363 del 22 de setiembre de 2008, con fundamento en el artículo 349 de la LGAP, eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada No ha sido incorporado al expediente.
- IX. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 274-AJD-2008/7655 del 7 de octubre de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor José Antonio Rojas Hernández contra la RRG-8359-2008 de las 9:00 horas del 13 de mayo de 2008, publicada en La Gaceta 98 del 22 de mayo de 2008. (folio 273).
- X. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio sobre la impugnación.
- XI. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del Oficio 274-AJD-2008/7655, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

La mayoría de los argumentos del recurrente se centran en que la Autoridad Reguladora no solicitó los estudios de impacto ambiental, de previo a fijar las tarifas.

Al respecto debe manifestarse que a la luz de lo que estipulado en el artículo 11 de la Ley 7593, es en la concesión o el permiso donde se establecerán los derechos y obligaciones de los operadores, entre ellos, los relativos a los parámetros ambientales. Aunado a que, de acuerdo con el artículo 16 de esa ley, cuando se autorice la explotación de un servicio público, debe presentarse un estudio de impacto ambiental a cargo del interesado. Por su parte el artículo 14 inciso e) obliga al operador a proteger, conservar, recuperar y utilizar racionalmente los recursos naturales relacionados con la explotación del servicio público.

Lo anterior implica que la obligación de solicitar los estudios de impacto ambiental corresponde a la entidad que va a otorgar la concesión o el permiso, y, las derivadas de ésta, sea, presentar lo pedido y proteger el ambiente, corresponden al operador.

Los artículos 11 y 16 de la Ley 7593 no se aplican a la Autoridad Reguladora, por ello no le compete solicitar tales estudios para fijar tarifas, como lo indica el recurrente.

Además, tampoco el ente regulador es el superior jerárquico del Consejo de Transporte Público, como para controlar la legalidad de sus actos, para eso está el Tribunal Administrativo de Transportes. Si el acto mediante el cual se otorgaron los permisos de operación para las rutas intersectoriales, fue omiso en solicitar los estudios de impacto ambiental, es ante el citado Consejo o ante el Tribunal Administrativo de Transportes que debe acudir el recurrente.

El acto recurrido no quebranta el principio de legalidad ni mucho menos el artículo 50 constitucional, porque fue emitido en ejercicio de la potestad de fijación tarifaria otorgada al Regulador General en los artículos 36 y 37 de la Ley 7593 y sus reformas en relación con los artículos 5, 9 y 30 de esa misma ley y porque para hacerlo no se requiere del estudio de impacto ambiental.

Los cuestionamientos de la Contraloría General de la República al actuar del Consejo de Transporte Público no son materia de la fijación de tarifas cuestionada, por ello lo argumentado no es de recibo.

En torno a la falta de competencia del Director Ejecutivo del Consejo de Transporte Público para recurrir el acto tarifario, cabe aclarar que siendo dicho Consejo el proponente de la petición de tarifas y, el Director Ejecutivo su representante legal, ostenta legitimación activa para actuar en el expediente y, por ende, para plantear las impugnaciones que considere procedentes en defensa de los intereses del Consejo. Por ello, lo alegado no es de recibo.

Con respecto a que las unidades nuevas de las rutas intersectoriales deben cumplir con la Ley 7600, teniendo facilidades para los discapacitados, cabe aclarar que corresponde al Consejo de Transporte Público solicitar en el cartel de licitación, el ajuste de los oferentes a dicha normativa.

Con fundamento en las razones jurídicas expuestas, se concluye que lo argumentado carece de fundamento legal y que lo recomendable es que se rechace por el fondo la impugnación en subsidio.

- II. Que en su sesión 074-2008, del 8 de diciembre de 2008 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base de los Oficios 274-AJD-2008/7655, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor José Antonio Rojas Hernández contra la RRG-8359-2008 de las 9:00 horas del 13 de mayo de 2008, publicada en La Gaceta 98 del 22 de mayo de 2008, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor José Antonio Rojas Hernández contra la RRG-8359-2008 de las 9:00 horas del 13 de mayo de 2008, publicada en La Gaceta 98 del 22 de mayo de 2008, dictada por el Regulador General y, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo, el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor José Antonio Rojas Hernández contra la RRG-8359-2008 de las 9:00 horas del 13 de mayo de 2008, publicada en La Gaceta 98 del 22 de mayo de 2008, dictada por el Regulador General.
 - II. Se da por agotada la vía administrativa.
- 9) RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR AUTOTRANSPORTES PAVAS, S. A. CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-7735-2008, DE LAS 11:45 HORAS DEL 9 DE ENERO DE 2008, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-212-2007.**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por Autotransportes Pavas, S. A. contra la resolución RRG-7735-2008, de las 11:45 horas del 9 de enero de 2008, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta el oficio 266-AJD-2008/7217, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 266-AJD-2008/7217.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 010-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en el oficio 266-AJD-2008/7217, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-7735-2008 de las 11:45 horas del 9 de enero de 2008, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió rechazar la petición de tarifas presentado por Autotransportes Pavas S. A., para las rutas 14 y 14BS y archivar la gestión (folio 85 al 87). Fue notificada a Autotransportes Pavas S. A., el 28 de enero de 2008 (folio 87).
- II. Que el 31 de enero de 2008 el Lic. Marlon Rodríguez Acevedo, apoderado especial de Autotransportes Pavas S. A., según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-7735-2008 (folio 88 al 89). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que tal como consta en autos, el Consejo de Transporte Público renovó la concesión a su poderdante mediante artículos 6.7 de la sesión ordinaria 71-2007, celebrada el 25 de setiembre de 2007, hasta el 30 de setiembre de 2014; por lo que considera que actúa de mala fe la Autoridad Reguladora, porque es bien sabido todas las concesiones vencieron el 30 de setiembre de 2007 y su renovación, en muchos casos, carecen del contrato firmando. Por ello debe dimensionarse la RRG-5266-2006 con respecto a la coyuntura actual del proceso de renovación de concesiones y firma de contratos, pues de lo contrario se condenaría a los operadores al congelamiento indefinido de las tarifas. (2) Que la resolución de marras atenta contra los principios de razonabilidad y proporcionalidad y de intangibilidad patrimonial y es abiertamente discriminatoria porque el requisito del refrendo contractual se exige a los concesionarios del servicio, desconociendo que el 70% de las autorizaciones son permisos. (3) Que para cumplir con sus competencias legales y reglamentarias la Autoridad Reguladora no necesita de manera indispensable el contrato de concesión refrendado y prueba de ello es que de ser así la mayoría de los operadores no habría podido disfrutar de ajustes tarifarios nunca. En este momento histórico no hay ningún operador, a nivel nacional, con el nuevo contrato refrendado, por tanto ninguno de ellos, salvo los permisionarios, podría solicitar tarifas. Eso axiomáticamente provocará en muy corto plazo una crisis en la continuidad y eficiencia del servicio y afectará la actividad económica del país dependiente de la movilización de pasajeros en autobús. (4) Pretensión: Declarar con lugar

el recurso. Revocar el acto recurrido. Otorgar admisibilidad a la petición de tarifas.

- III. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 107-DITRA-2008/957 del 8 de febrero de 2008, remitió a la Dirección de Asesoría Jurídica la impugnación planteada, por considerar que los argumentos eran de índole legal (folios 91 y 92).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 740-DAJ-2008/6166 del 11 de agosto de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 93 al 98).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8738-2008 de las 9:20 horas del 12 de agosto de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por Autotransportes Pavas S. A., contra la RRG-7735-2008 de las 11:45 horas del 9 de enero de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 99 al 104). Fue notificada a Autotransportes Pavas S. A., el 21 de agosto de 2008 (folio 104).
- VI. Que no consta en autos que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 266-AJD-2008/7217 del 17 de setiembre de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Pavas S. A., contra la RRG-7735-2008 de las 11:45 horas del 9 de enero de 2008. (folio 59).
- VIII. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emitió criterio sobre la impugnación por tratarse de aspectos de índole jurídica.
- IX. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 266-AJD-2008/7217, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En torno al argumento de la falta de refrendo contractual, el Considerando IV del acto recurrido indicó que:

Como consta en autos, la concesión de Autotransportes Pavas S. A., para operar la ruta 14 y 14BS, otorgada por el MOPT mediante los artículos 20-21 de la sesión extraordinaria 20-2000, de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, de 17 de agosto de 2000, cuyo contrato fue debidamente refrendado por esta Autoridad Reguladora, estuvo vigente hasta el 30 de setiembre pasado. Posteriormente, mediante el artículo 6.7 de la Sesión Ordinaria 71-2007 de 25 de setiembre de 2007, el Consejo de Transporte Público acordó renovar el referido derecho, hasta el 30 de setiembre de 2014. No obstante, el contrato donde se formaliza esta nueva prórroga de concesión, no ha sido refrendado por esta Autoridad Reguladora, de ahí que dicho acto carezca a este momento, de eficacia jurídica y por ende imposibilita a este ente a conocer la presente solicitud tarifaria.

Lo anterior está en consonancia con la función otorgada a la Autoridad Reguladora en el artículo 12 de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas, N° 3503, en cuanto al refrendo de los contratos de concesión para ese servicio público. Dicha norma establece lo siguiente:

Artículo 12.- *La concesión se formalizará mediante contrato que suscriban el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y el concesionario. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos lo refrendará e inscribirá en el Registro de concesiones y permisos que llevará ese Ministerio.*

Esa función -a su vez- debe dimensionarse en los términos del artículo 145 de la L.G.A.P., cuyo texto señala:

Artículo 145.- 1. *Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento.*

2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.

3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.

4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.

Dimensionando, como se dijo, ambas normas jurídicas se extrae claramente que el refrendo contractual es un requisito de eficacia del contrato de concesión, el cual tiene un efecto suspensivo, pues mientras no se otorgue, el acto no puede ser eficaz, ni tampoco comunicado, impugnado o ejecutado. Consecuentemente, mientras la concesión no haya sido formalizada en un contrato ni éste haya sido refrendando, aquélla no puede surtir efectos jurídicos.

No obstante, corresponde aclarar que los atrasos en la formalización del contrato de concesión son responsabilidad exclusiva del Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Por las razones expuestas el rechazo de la petición de tarifas, se encuentra ajustado a derecho y por ello lo alegado por la recurrente no es de recibo.

En el segundo argumento la recurrente indica que el acto recurrido atenta contra los principios de razonabilidad, proporcionalidad e intangibilidad patrimonial y es abiertamente discriminatoria porque el requisito del refrendo contractual se exige a los concesionarios del servicio, desconociendo que el 70% de las autorizaciones son permisos.

Al respecto, cabe aclarar que la situación jurídica de los concesionarios es diferente a la de los permisionarios, en razón del distinto título habilitante que poseen y de los derechos y obligaciones derivados de cada uno de esos títulos, por ello no es correcto, desde el punto de vista jurídico, comparar su situación legal. De lo anterior se deriva, que siendo desiguales y teniendo cada uno un trato desigual, no hay discriminación.

Aunado al hecho de que la recurrente tampoco da las razones que la llevan a concluir que el acto recurrido es irracional, desproporcionado o discriminatorio.

También es necesario señalar que el principio de la intangibilidad patrimonial no es aplicable a los servicios públicos, pues es propio de la actividad de contratación administrativa de bienes y servicios, en la cual se pacta de previo el equilibrio financiero contractual. Eso no ocurre en los servicios públicos, pues corresponde a la autoridad competente, es decir, al ente regulador, fijar las tarifas de éstos, debiendo centrarse en proteger el interés público y no el del operador. En ese sentido se remite a los Votos 02101-91 y 05153-98 de la Sala Constitucional.

Por las razones jurídicas expuestas, se concluye que lo alegado carece de base legal y que lo procedente es rechazar por el fondo el recurso subsidiario de apelación.

- II. Que en su sesión 074-2007, del 8 de diciembre de 2008 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficio 266-AJD-2008/7217, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Pavas S. A., contra la RRG-7735-2008 de las 11:45 horas del 9 de enero de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Pavas S. A., contra la RRG-7735-2008 de las 11:45 horas del 9 de enero de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Autotransportes Pavas S. A., contra la RRG-7735-2008 de las 11:45 horas del 9 de enero de 2008, dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.

10) RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR TRANSPORTES MARIO Y CARLOS PICADO, S. A. (TRAMAYCA, S. A.) CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-7515-2007, DE LAS 09:50 HORAS DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 2007, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-170-2007

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por Transportes Mario y Carlos Picado, S. A. (TRAMAYCA, S. A.) contra la resolución RRG-7515-2007, de las 09:50 horas del 14 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta el oficio 267-AJD-2008/7217, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 267-AJD-2008/7218.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 011-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en el oficio 267-AJD-2008/7218, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-7515-2007 de las 9:50 horas del 14 de noviembre de 2007, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió rechazar la petición de tarifas presentada por Tramayca S. A., para la ruta 147 (folio 80 al 83). Fue notificada a Tramayca S. A., por fax transmitido el 21 de noviembre de 2007 (folio 84).
- II. Que el 27 de noviembre de 2007 el señor Carlos Alberto Picado Vega, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Transportes Mario y Carlos Picado S. A., (Tramayca S. A.) según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-7515-2007 (folio 85 al 87). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que el 12 de octubre de 2007 presentó solicitud de tarifas, la que es completamente válida, dado que las tarifas actuales son completamente ruinosas y que es la tercera vez, en un lapso de siete meses, que se le rechaza. (2) Que la razón del rechazo es que el Consejo de Transporte Público mediante artículo 6.8 de la sesión ordinaria 71-2007 celebrada el 25 de setiembre de 2007, acordó renovar el derecho de concesión hasta el 30 de setiembre de 2014, cuyas condiciones se establecerían en el contrato de concesión; de acuerdo con lo señalado en el artículo 12 de la Ley 3503. (3) Que en el Boletín Judicial del 27 de setiembre de 2002 y 1° y 2 de octubre de 2002, consta que contra el artículo 12 de la Ley 3503 se interpusieron dos acciones de inconstitucionalidad, que fueron acogidas para estudio por la Sala Constitucional. Por tal motivo la Autoridad Reguladora no puede emitir el acto final de refrendo del contrato, y por ende, es claro que ningún contrato podrá ser refrendado por la Administración, por eso carece de base legal el rechazo ad portas de la petición de tarifas. (4) Pretensión: Dejar sin efecto el acto recurrido. Correr el modelo econométrico para otorgar una tarifa justa a su representada.
- III. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 1020-DITRA-2007/9718 del 3 de diciembre de 2007, remitió a la Dirección de Asesoría Jurídica la impugnación planteada, por considerar que los argumentos eran de índole legal (folio 88).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 739-DAJ-2008/6165 del 11 de agosto de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 89 al 95).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8736-2008 de las 9:00 horas del 12 de agosto de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por el señor Carlos Picado Vega, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de Tramayca S. A. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previéndole a la parte que contaba con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 96 al 103). Fue notificada a Tramayca S. A., por fax transmitido el 21 de agosto de 2008 (folio 105).
- VI. Que no consta en autos que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.

- VII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 267-AJD-2008/7218 del 17 de setiembre de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes Mario y Carlos Picado S. A., (Tramayca S. A.) contra la RRG-7515-2007 de las 9:50 horas del 14 de noviembre de 2007. (folios 109 al 116).
- VIII. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emitió criterio sobre la impugnación por tratarse únicamente de aspectos legales.
- IX. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del Oficio 267-AJD-2008/7218, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En torno a la falta de refrendo contractual, el Considerando V del acto recurrido indica que:

Como consta en autos, la concesión de Transportes Mario y Carlos Picado S. A., para operar la ruta 147 otorgada por el MOPT mediante el artículo 6.8 de la sesión ordinaria 71-2007, celebrada el 25 de setiembre de 2007, el Consejo de Transporte Público, acordó renovar el referido derecho, hasta el 30 de setiembre de 2014. No obstante, el contrato donde se formaliza esta nueva prórroga de concesión, no ha sido refrendado por esta Autoridad Reguladora, de ahí que dicho acto carezca a este momento, de eficacia jurídica y por ende imposibilita a este ente a conocer la presente solicitud tarifaria.

Lo anterior está en consonancia con la función otorgada a la Autoridad Reguladora en el artículo 12 de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas, N° 3503, en cuanto al refrendo de los contratos de concesión para ese servicio público. Dicha norma establece lo siguiente:

Artículo 12.- *La concesión se formalizará mediante contrato que suscriban el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y el concesionario. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos lo refrendará e inscribirá en el Registro de concesiones y permisos que llevará ese Ministerio.*

Esa función -a su vez- debe dimensionarse en los términos del artículo 145 de la L.G.A.P., cuyo texto señala:

Artículo 145.- 1. *Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento.*

2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.

3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.

4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.

Dimensionando, como se dijo, ambas normas jurídicas se extrae claramente que el refrendo contractual es un requisito de eficacia del contrato de concesión, el cual tiene un efecto suspensivo, pues mientras no se otorgue, el acto no puede ser eficaz, ni tampoco comunicado, impugnado o ejecutado. Consecuentemente, mientras la concesión no haya sido formalizada en un contrato ni éste haya sido refrendando, aquélla no puede surtir efectos jurídicos.

No obstante, corresponde aclarar que los atrasos en la formalización del contrato de concesión son responsabilidad exclusiva del Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Por las razones expuestas el rechazo de la petición de tarifas, se encuentra ajustado a derecho y por ello lo alegado por la recurrente no es de recibo.

En el tercer argumento la recurrente indica que la Autoridad Reguladora no puede otorgar los refrendos de los contratos en virtud de que las acciones de inconstitucionalidad que se interpusieron contra el artículo 12 de la Ley 3503, fueron acogidas para estudio por la Sala Constitucional.

Sobre el particular, resulta importante aclararle a la recurrente que en sede administrativa lo único que se suspende es el dictado del acto final, es decir, el acto mediante el cual se resuelve el recurso de apelación, si es que aquél cuenta con esa posibilidad procesal.

Por ende, lo único que pudieron haber suspendido tales acciones de inconstitucionalidad no era el refrendo, pues como se dijo supra, es un requisito de eficacia posterior, sino la resolución de alguna impugnación que se hubiera presentado contra el acto de suscripción del contrato de concesión.

Como en el caso de la recurrente, el refrendo del contrato de concesión no se ha producido, las acciones de inconstitucionalidad no podían haber suspendido un acto inexistente.

Por otra parte, resulta importante aclarar que las referidas acciones de inconstitucionalidad fueron resueltas por la Sala Constitucional, la primera mediante el Voto 02380-96 de las 11:09 horas del 17 de mayo de 1996, en el cual, en lo que interesa, se resolvió lo siguiente:

...En consecuencia, no sólo no existe asunto previo pendiente de resolver, sino que esta acción también carece de interés actual, en tanto se restituyó a los accionantes en el goce de los derechos que consideraban lesionados. Por ello, lo procedente es rechazar de plano esta acción.

Y la segunda mediante el Voto 07688-2008 de las 14:51 horas del 7 de mayo de 2008, en el cual si bien se rechazó de plano la acción por falta de legitimación del accionante, en torno al refrendo de contratos se indicó lo siguiente:

...Consideramos que las facultades de control y de fiscalización que posee la Contraloría General de la República en materia de contratación administrativa, claramente derivan de la Constitución, cuando los contratos administrativos implican la utilización de fondos públicos, pero no en aquellos casos en los cuales no existe una utilización de los mismos en sentido estricto, aunque sí de bienes públicos o de servicios nacionalizados. En el

caso, precisamente se da este supuesto; la Procuraduría cita el ejemplo en que la prestación indirecta de los servicios públicos, quien asume el riesgo económico de la actividad es el privado, reservándose el Estado la titularidad del bien o servicio e importantes potestades regulatorias y de rescate del bien o el servicio, para garantizarles a sus usuarios estándares de calidad aceptables. En estos casos coincidimos con la Procuraduría, en que la potestad de fiscalización y control que el Derecho de la Constitución le otorga a la Contraloría General de la República sobre la materia de contratación administrativa, no alcanza este tipo de contratos, por lo que, bien puede el legislador concedérsela a otro órgano o ente por ley. En el caso en estudio, nos parece congruente que el legislador le conceda esta facultad fiscalizadora a la ARESEP, quien es el ente regulador en esta materia, de tal forma que regula y fiscaliza y especialmente tomando en cuenta que en la concesión del servicio de transporte público de lo que se trata es de la delegación en un concesionario de asegurar la prestación de un servicio público, sin que involucre la utilización de fondos públicos. (Subrayado no es del original).

Por las razones jurídicas expuestas, el recurso de apelación en subsidio carece de sustento legal, por lo cual se recomienda su rechazo por el fondo.

- II. Que en su sesión 074-2008, del 8 de diciembre de 2008, cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficio 267-AJD-2008/7218, de cita, acordó por unanimidad rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes Mario y Carlos Picado S. A., (Tramayca S. A.) contra la RRG-7515-2007 de las 9:50 horas del 14 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes Mario y Carlos Picado S. A., (Tramayca S. A.) contra la RRG-7515-2007 de las 9:50 horas del 14 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Transportes Mario y Carlos Picado S. A., (Tramayca S. A.) contra la RRG-7515-2007 de las 9:50 horas del 14 de noviembre de 2007, dictada por el Regulador General.
 - II. Se dar por agotada la vía administrativa.
- 11) RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR TRALAPA, LTDA. CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-8277-2008, DE LAS 15:00 HORAS DEL 28 DE ABRIL DE 2008, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-034-2008.**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por Tralapa, Ltda. contra la resolución RRG-8277-2008, de las 15:00 horas del 28 de abril de 2008, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta el oficio 296-AJD-2008/8727,, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 296-AJD-2008/8727.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 012-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en el oficio 296-AJD-2008/8727, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-8277-2008 de las 15:00 horas del 28 de abril de 2008, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió rechazar ad portas la petición de tarifas presentado por Tralapa Ltda., para las rutas 570 y 503 y para el permiso Filadelfia-Santa Cruz-Nicoya-Puntarenas por el Puente Tempisque y consecuentemente ordenar el archivo de la gestión (folio 189 al 192). Fue notificada a Tralapa Ltda., el 5 de mayo de 2008 (folio 192).
- II. Que el 8 de mayo de 2008 el Lic. Jorge Arredondo Espinoza, Presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de Tralapa Ltda., según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-8277-2008 (folio 193 al 196). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que como consta en autos la concesión de su representada para operar las rutas 570, 599 y 503-A fue otorgada por el MOPT y estuvo vigente hasta el 30 de setiembre de 2007. Posteriormente mediante artículo 6.7 de la sesión ordinaria 71 del 25 de setiembre de 2007 renovó dicha concesión hasta el 30 de setiembre de 2014, en la cual se explica la condición legal del operador y además, se aportó el acuerdo de renovación, por lo que actúa de mala fe la Autoridad Reguladora, porque es bien sabido que todas las concesiones vencieron el 30 de setiembre de 2007 y su renovación en muchos casos aún carece de firma del contrato, por ello debe dimensionarse racionalmente la RRG-5266-2006 (refrendo de contratos) con respecto a la coyuntura actual del proceso de renovación de concesiones y firma de contratos, pues de lo contrario se condenaría a los operadores al congelamiento indefinido de las tarifas. (2) Que el acto recurrido infringe los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de intangibilidad patrimonial y es abiertamente discriminatorio porque tal requisito sólo se le exige a los concesionarios, cuando el 70% de los operadores son permisionarios. Para cumplir con sus competencias legales y reglamentarias la Autoridad Reguladora no necesita de manera indispensable el contrato de concesión refrendado y prueba de ello es que de ser así la mayoría de los operadores no habría podido disfrutar de ajustes tarifarios nunca. (3) Que según el Considerando VIII del acto recurrido su representada no se encuentra al día en el pago del canon de regulación, sin embargo, afirma que se entregó una solicitud de certificación de estar al día con ese pago fechada 4 de febrero, es decir, 51 días antes de presentar la solicitud y a la fecha, 93 días después no ha recibido la certificación correspondiente o el cobro respectivo. No obstante, obviando su gestión la Oficina de Tesorería certifica a la Dirección de Servicios de Transporte que su representada no está al día en ese pago, con lo cual se le deja en estado de indefensión y se le causa un perjuicio económico. (4) Pretensión: Declarar con lugar el recurso. Revocar el acto recurrido. Otorgar admisibilidad a la petición de tarifas.

- III. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 414-DITRA-2008/3483 del 12 de mayo de 2008, por considerar que lo argumentado era de naturaleza legal, remitió la impugnación a la Dirección de Asesoría Jurídica (folio 197). Reiteró su criterio mediante oficios 414-DITRA-2008/3632 del 15 de mayo de 2008 (folio 199) y 455-DITRA-2008/3750 del 19 de ese mismo mes (folios 200 y 201).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 880-DAJ-2008/7704 del 7 de octubre de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por el fondo (folio 202 al 207).
- V. Que el Regulador General en la RRG-8926-2008 de las 8:40 horas del 8 de octubre de 2008, resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria presentado por Tralapa Ltda., contra la RRG-8277-2008 de las 15:00 horas del 28 de abril de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que cuenta con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 208 al 214). Fue notificada a Tralapa Ltda., el 13 de octubre de 2008 (folio 214).
- VI. Que no consta en autos que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- VII. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 959-DAJ-2008/8177 del 24 de octubre de 2008, sobre la base de lo estipulado en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio. No consta incorporado al expediente.
- VIII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 296-AJD-2008/8727 del 13 de noviembre de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Tralapa Ltda., contra la RRG-8277-2008 de las 15:00 horas del 28 de abril de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa. (folios 217 al 225).
- IX. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emitió criterio sobre la impugnación, por tratarse únicamente de aspectos de carácter jurídico..
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del Oficio 296-AJD-2008/8727, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En torno al **primer argumento** sobre la falta de refrendo contractual, el Considerando IV del acto recurrido indicó que:

Como consta en autos, la renovación de la concesión de Tralapa Limitada para operar la ruta 503-A fue otorgada por el MOPT mediante artículo 6.8 de la Sesión Ordinaria 71-2007 de 25 de setiembre de 2007, el Consejo de Transporte Público (folios 23-30). No obstante, el contrato donde se formaliza esta nueva prórroga de concesión, no ha sido refrendado por esta Autoridad Reguladora, de ahí que dicho acto carezca a este momento, de eficacia jurídica y por ende imposibilita a este ente a conocer la presente solicitud tarifaria.

Lo anterior está en consonancia con la función otorgada a la Autoridad Reguladora en el artículo 12 de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas, N° 3503, en cuanto al refrendo de los contratos de concesión para ese servicio público. Dicha norma establece lo siguiente:

Artículo 12.- *La concesión se formalizará mediante contrato que suscriban el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y el concesionario. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos lo refrendará e inscribirá en el Registro de concesiones y permisos que llevará ese Ministerio.*

Esa función -a su vez- debe dimensionarse en los términos del artículo 145 de la L.G.A.P., cuyo texto señala:

Artículo 145.- 1. Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento.

2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.

3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.

4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.

Dimensionando, como se dijo, ambas normas jurídicas se extrae claramente que el refrendo contractual es un requisito de eficacia del contrato de concesión, el cual tiene un efecto suspensivo, pues mientras no se otorgue, el acto no puede ser eficaz, ni tampoco comunicado, impugnado o ejecutado. Consecuentemente, mientras la concesión no haya sido formalizada en un contrato ni éste haya sido refrendando, aquélla no puede surtir efectos jurídicos.

No obstante, corresponde aclarar que los atrasos en la formalización del contrato de concesión son responsabilidad exclusiva del Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Como el rechazo de la petición de tarifas obedeció al hecho de que el contrato de concesión carecía del refrendo respectivo, lo actuado por el Regulador General se encuentra ajustado a derecho.

En relación con el **segundo argumento** la recurrente indica que el acto recurrido atenta contra los principios de razonabilidad, proporcionalidad e intangibilidad patrimonial y es abiertamente discriminatoria porque el requisito del refrendo contractual se exige a los concesionarios del servicio, desconociendo que el 70% de las autorizaciones son permisos.

Al respecto, cabe aclarar que la situación jurídica de los concesionarios es diferente a la de los permisionarios, en razón del distinto título habilitante que poseen y de los derechos y obligaciones derivados de cada uno de esos títulos, por ello no es correcto, desde el punto de vista jurídico, comparar su situación legal. De lo anterior se deriva,

que siendo desiguales y teniendo cada uno un trato desigual, no hay discriminación. Aunado al hecho de que la recurrente tampoco da las razones que la llevan a concluir que el acto recurrido es irracional, desproporcionado o discriminatorio.

También es necesario señalar que el principio de la intangibilidad patrimonial no es aplicable a los servicios públicos, pues es propio de la actividad de contratación administrativa de bienes y servicios, en la cual se pacta de previo el equilibrio financiero contractual. Eso no ocurre en los servicios públicos, pues corresponde a la autoridad competente, es decir, al ente regulador, fijar las tarifas de éstos, debiendo centrarse en proteger el interés público y no el del operador. En ese sentido se remite a los Votos 02101-91 y 05153-98 de la Sala Constitucional.

En cuanto al **tercer argumento**, se informa que a folio 110 de los autos lo que consta es una solicitud de la recurrente dirigida a la Dirección Administrativa Financiera de la Autoridad Reguladora de que certificara si se encontraba al día con el pago del canon de regulación. Fue presentada el 4 de febrero de 2008 y no hay constancia en el expediente de que se haya respondido.

Por otra parte, a folio 188 de los autos se encuentra una constancia emitida el 28 de abril de 2008 por el Jefe del Departamento de Finanzas de la Autoridad Reguladora, a solicitud de la Dirección de Servicios de Transporte, en la que indica que "*aparecen cánones pendientes de pago*" a nombre de Tralapa Ltda.

Al respecto cabe señalar que la constancia emitida por el Departamento de Finanzas de la Autoridad Reguladora es un documento público que tiene valor probatorio, a la luz de lo preceptuado en el artículo 369 del Código Procesal Civil, que define que documentos e instrumentos públicos son "*...todos aquellos que hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. ...*". La norma procesal transcrita es de aplicación supletoria en el procedimiento de fijación de tarifas.

De lo anterior se concluye que al existir un documento idóneo que demuestra la falta de pago del canon de regulación al momento de dictarse el acto y ser aquél un requisito de admisibilidad de las peticiones tarifarias, lo argumentado no es de recibo.

Por las razones jurídicas expuestas, lo argumentado carece de sustento legal y por ello recomienda que el recurso de apelación en subsidio sea rechazado por el fondo.

- II. Que en su sesión 074-2008, del 8 de diciembre de 2008 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficio 296-AJD-2008/8727 de cita, acordó por unanimidad rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Tralapa Ltda., contra la RRG-8277-2008 de las 15:00 horas del 28 de abril de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Tralapa Ltda., contra la RRG-8277-2008 de las 15:00 horas del 28 de abril de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por Tralapa Ltda., contra la RRG-8277-2008 de las 15:00 horas del 28 de abril de 2008, dictada por el Regulador General.
 - II. Se da por agotada la vía administrativa.
- 12) RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR RODRIGO LORÍA ARIAS CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-8319-2008, DE LAS 9:10 HORAS DEL 5 DE MAYO DE 2008, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-047-2008.**

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por Rodrigo Loría Arias contra la resolución RRG-8319-2008, de las 9:10 horas del 5 de mayo de 2008, dictada por el Regulador General.. Asimismo presenta oficio 313-AJD-2008/9024, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 313-AJD-20087/9024.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 013-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en el oficio 313-AJD-20087/9024, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-8319-2008 de las 9:10 horas del 5 de mayo de 2008, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Energía, resolvió: I) Fijar el precio de los combustibles en planteles de abasto, según el detalle que consta en ese acto. II) Fijar el precio de los combustibles que se venden al consumidor en estaciones de servicio con punto fijo, según el detalle que consta en ese acto. III) Fijar el precio del gas licuado de petróleo para carburación de vehículos, al consumidor final en estaciones de servicio con punto fijo, según el detalle que consta en ese acto. IV) Fijar el precio de los combustibles para el consumidor final exonerado del impuesto único de los combustibles, según el detalle que consta en ese acto. V) Fijar el precio de los combustibles que se venden al consumidor por los distribuidores sin punto fijo, según el detalle que consta en ese acto. VI) Fijar el precio del gas licuado de petróleo en la cadena de comercialización hasta el consumidor final, según el detalle que consta en ese acto (folio 129 al 140). Fue notificada al señor Rodrigo Loría Arias por fax transmitido el 16 de mayo de 2008 (folio 141). Fue publicada en La Gaceta 94 del 16 de mayo de 2008 (folio 102 al 105).
- II. Que el 19 de mayo de 2008, por fax, el señor Rodrigo Loría Arias, opositor a la petición de tarifas, según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-8319-2008 (folio 125 al 128). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que el acto recurrido le fue notificado el 16 de mayo de 2008, pero dicho acto ya había sido enviado a la Imprenta Nacional, la cual entró a regir a la medianoche del 16 de mayo. Alega que encontrándose impugnado el acto, no estaba firme y por ello no podía ser aplicado, considera que lo actuado es un acto ilegítimo, nulo y trasgresor de los artículos 33 y 41 constitucionales. Tal proceder sólo demuestra que la convocatoria a audiencia pública es una simple formalidad y que no existe respeto a los derechos de los ciudadanos. (2) Que el acto recurrido señala que el impuesto único a los combustibles es actualizado trimestralmente por el Poder Ejecutivo, mediante decreto; lo que contraría el artículo 121 incisos 1) y 13) constitucional relativo a la potestad tributaria de la Asamblea Legislativa en torno a sus elementos esenciales tales como el hecho generador y la potestad de modificar el tributo. (3) Que en torno a las responsabilidades de quienes ejercen un cargo público, cita los artículos 129 constitucional y 8 de la Ley 7593 y sus reformas, para señalar que los funcionarios no pueden desaplicar normas para un caso concreto, por el principio de inderogabilidad singular de las normas y, concluir, que el Considerando II, numeral 1) del acto recurrido es ilegal ya que si bien no está dentro de las funciones de la Autoridad Reguladora el modificar el impuesto único a los combustibles, al tener conocimiento de que la forma de establecer los precios de los combustibles es ilegal, no deberían avalar ese procedimiento. (4) Que las obligaciones de la Autoridad Reguladora se encuentran establecidas en los artículos 50 constitucional y 4 de la Ley 7593 y sus reformas, y por ello no lleva razón en lo expuesto en el Considerando II, numeral 1, relativo a que no está dentro sus funciones el modificar el impuesto único a los combustibles ni a establecer un plan de ahorro de los combustibles. (5) Pretensión: Declarar sin lugar la petición de tarifas.

- III. Que la Dirección de Servicios de Energía por oficio 312-DEN-2008/4025 del 27 de mayo de 2008, por considerar que lo alegado era de naturaleza legal, remitió la impugnación a la Dirección de Asesoría Jurídica para su análisis (folio 143).
- IV. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 902-DAJ-2008/7776 del 17 de octubre de 2008 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado de plano. No consta incorporado al expediente.
- V. Que el Regulador General en la RRG-8944-2008 de las 9:25 horas del 9 de octubre de 2008, resolvió I) Rechazar ad portas el recurso de revocatoria presentado por el señor Rodrigo Loría Arias contra la RRG-8319-2008 de las 9:10 horas del 5 de mayo de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a la parte que contaba con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada. No consta incorporada al expediente.
- VI. Que no consta en autos que la recurrente haya respondido el emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- VII. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 942-DAJ-2008/8160 del 24 de octubre de 2008, sobre la base de lo estipulado en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio. No consta incorporado al expediente.
- VIII. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 313-AJD-2008/9024 del 25 de noviembre de 2008, en el que se recomienda tener por no presentado el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Rodrigo Loría Arias contra la RRG-8319-2008 de las 9:10 horas del 5 de mayo de 2008, publicada en La

Gaceta 94 del 16 de mayo de 2008, dictada por el Regulador General, dar por agotada la vía administrativa. (folios 160 al 165).

- IX. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emite criterio sobre la impugnación por tratarse los argumentos del recurso únicamente de aspectos jurídicos.
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 313-AJD-2008/9024, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por el señor Rodrigo Loría Arias, quien es opositor a la petición de tarifas y usuario del servicio de hidrocarburos, por lo cual resulta destinatario de los efectos del acto. Consecuentemente al ser parte del procedimiento ostenta legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L.G.A.P., en relación con lo señalado en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-8319-2008 fue publicada en La Gaceta 94 del 16 de mayo de 2008 (folio 102 al 105), que fue notificada al señor Rodrigo Loría Arias por fax transmitido el 16 de mayo de 2008 (folio 141) y que el recurso fue presentado por fax el 19 de mayo de 2008 (folio 125 al 128). El documento original no fue presentado.

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado en el artículo 346 de la L. G. A. P., lo estipulado en el artículo 3° del "Reglamento para el Uso de Fax como Medio de Notificación en los Despachos Judiciales", en el sentido de que las resoluciones se tendrá por notificadas el día hábil siguiente a aquél en se hizo la transmisión y lo dispuesto en el artículo 6° bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, N° 8 y sus reformas, se concluye que la impugnación debe tenerse por no presentada, puesto que –debido al tipo de medio empleado para recurrir– es necesario tomar en cuenta que el referido artículo 6° bis establece un requisito indispensable para el uso del fax como medio para plantear impugnaciones. En lo conducente la norma dice:

Artículo 6° bis.- Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original, los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos o producidos por nuevas tecnologías, destinados a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Lo anterior siempre que cumplan con los procedimientos establecidos para garantizar su autenticidad, integridad y seguridad. ...

Las autoridades judiciales podrán utilizar los medios referidos para comunicarse oficialmente entre sí, remitiéndose informes, comisiones y cualquier otra documentación. Las partes también podrán utilizar esos medios para presentar sus solicitudes y recursos a los tribunales, siempre que remitan el documento original dentro de los tres días siguientes, en cuyo caso la presentación de la petición o recurso se

tendrá como realizada en el momento de recibida la primera comunicación. (Subrayado es propio). ...

De lo transcrito se desprende, con toda claridad, que la ley exige que dentro de tercero día se remita el documento original del recurso. Si ello no ocurre, la consecuencia jurídica es que se tenga por no presentada la impugnación.

Aplicando dicha norma al caso concreto, se observa que en autos no hay constancia de que la recurrente haya remitido el escrito original de la impugnación. Por ende, tal omisión conlleva a la consecuencia jurídica de tener por no presentado el recurso.

- II. Que en su sesión 074-2008, del 8 de diciembre de 2007 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del oficio 313-AJD-20087/9024, de cita, acordó por unanimidad: tener por no presentado el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Rodrigo Loría Arias contra la RRG-8319-2008 de las 9:10 horas del 5 de mayo de 2008, publicada en La Gaceta 94 del 16 de mayo de 2008, dictada por el Regulador General, dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es tener por no presentado el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Rodrigo Loría Arias contra la RRG-8319-2008 de las 9:10 horas del 5 de mayo de 2008, publicada en La Gaceta 94 del 16 de mayo de 2008, dictada por el Regulador General, dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se tiene por no presentado el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el señor Rodrigo Loría Arias contra la RRG-8319-2008 de las 9:10 horas del 5 de mayo de 2008, publicada en La Gaceta 94 del 16 de mayo de 2008, dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.

13) RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL SEÑOR ROBERTO MORA BADILLA CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-7719-2008, DE LAS 15:20 HORAS DEL 8 DE ENERO DE 2008, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE ET-180-2007.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por el señor Roberto Mora Badilla contra la resolución RRG-7719-2008, de las 15:20 horas del 8 de enero de 2008, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta oficio 315-AJD-2008/9119, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 315-AJD-2008/9119.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 014-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en el oficio 315-AJD-2008/9119, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-7719-2008 de las 15:20 horas del 8 de enero de 2008, con fundamento en el criterio de la Dirección de Servicios de Transporte, resolvió rechazar la petición de tarifas para la ruta 110 (folio 180 al 186). Fue notificada al señor Roberto Mora Badilla el 28 de enero de 2008 (folio 185).
- II. Que el 31 de enero de 2008 el Lic. Marlon Rodríguez Acevedo, apoderado especial del señor Roberto Mora Badilla, según consta en autos, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la RRG-7719-2008 (folio 190 al 194). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que según la admisibilidad otorgada el plazo para resolver la gestión vencía el 15 de diciembre de 2007, por lo que desconoce si existe algún cambio en la normativa, puesto que el acto recurrido lleva fecha del 8 de enero de 2008; de no ser así ¿Cuál sería el procedimiento a seguir? (2) Que lo afirmado en el Considerando I del acto recurrido es falso, puesto que si bien su poderdante renunció a operar la ruta 110, tal renuncia no ha sido acogida por el MOPT, según demuestra con la certificación del 17 de diciembre de 2007, pues la fusión mencionada lo es únicamente para la operación de las rutas 124, 124BS, 157, 110 y 194. (3) Que en el informe técnico se afirma que la ruta 110 fue absorbida por la ruta 157, sin embargo, se desconoce el acuerdo mediante el cual se hace esa afirmación, ya que el artículo 5.1 de la sesión ordinaria 25-2007 del 27 de marzo de 2007 señala que Tener claro que lo presente es una Alianza Operativa entre las empresas Coopecaraigres R. L., y Transportes San Gabriel de Aserrí S. A., y lo se refiere a la Ruta N° 110, el operador anterior, el señor Roberto Mora Badilla, puso su renuncia condicionada a la operación del permiso otorgado en esta ruta, según los argumentos antes mencionados. En ninguna parte de ese acuerdo se dice que se haya fusionado la ruta 110 con la 157, ni tampoco que se aceptara la renuncia del señor Mora Badilla, por ello, lo que existe es una suposición de la dirección técnica que indujo a error al Regulador General, pues no consta en el expediente ninguna consulta al Consejo de Transporte Público al respecto. Agrega que para mayor abundamiento, el artículo 5.1 de la sesión ordinaria 25 del 29 de marzo de 2007, del Consejo de Transporte Público, en el considerando 20 inciso 4) punto IV) establece Así las cosas, se debe indicar que actualmente la Ruta N° 110 la absorbió la empresa Transportes San Gabriel de Aserrí, el cual viene brindando los servicios conjuntamente con la ruta N° 157 de Acosta y eliminó la modalidad de busetas pasando a la modalidad autobús en la ruta N° 110 descrita como San José-Turrujal de Acosta y viceversa. Considera que ese punto es lo que causó confusión a la dirección técnica, pero debe tenerse claro que la ruta 110 operativamente fue absorbida por Transportes San Gabriel de Aserrí, la que a la fecha del acuerdo, no tenía concesión de la ruta 157, sino que la obtuvo hasta setiembre de ese año, lo que no viene al caso, y desmiente lo afirmado en el informe técnico. (4) **PRETENSIÓN:** Declarar con lugar el recurso. Revocar la resolución recurrida. Otorgar la tarifa solicitada y al corredor común. Contestar cada argumento.

- III. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 123-DITRA-2008/1084 del 13 de febrero de 2008, analizó los acuerdos del Consejo de Transporte Público citados en la impugnación y, por considerar que lo alegado era de naturaleza legal, la remitió a la Dirección de Asesoría Jurídica (folios 195 y 196).
- IV. Que el 28 de marzo de 2008 el señor Roberto Mora Badilla aportó, como información para mejor resolver la impugnación, un escrito en el que indica que en el expediente ET-002-2008 de la empresa Escalamón S. A., se le está solicitando a él que aporte información como corredor común; con lo cual la Autoridad Reguladora está reconociendo que es el operador de la ruta 110 (folios 197 y 198).
- V. Que la Dirección de Servicios de Transporte por oficio 322-DITRA-2008/2870 del 18 de marzo de 2008, analiza lo indicado por el recurrente y señala que se le solicitó información, en calidad de corredor común, porque la empresa Escalamón S. A., lo señaló como tal. Sin embargo, no se fijaron tarifas por corredor común en ese expediente (folio 199).
- VI. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 888-DAJ-2008/7804 del 8 de setiembre de 2008, analizó los aspectos legales de la impugnación recomendando que fuera rechazada por el fondo (folio 200 al 204).
- VII. Que el Regulador General en la RRG-8952-2008 de las 15:45 horas del 9 de octubre de 2008 resolvió: I) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Roberto Mora Badilla contra la RRG-7719-2008 de las 15:20 horas del 8 de enero de 2008. II) Elevar la apelación en subsidio a la Junta Directiva, previniéndole a las partes que contaban con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 205 al 212). Fue notificada al señor Roberto Mora Badilla el 14 de octubre de 2008 (folio 211).
- VIII. Que no consta en autos que el recurrente haya respondido al emplazamiento, dentro o fuera del plazo otorgado.
- IX. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 949-DAJ-2008/8167 del 24 de octubre de 2008 con fundamento en el artículo 349 de la LGAP eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación en subsidio (folios 214 y 215).
- X. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 315-AJD-2008/9119 del 25 de noviembre de 2008, en el que se recomienda rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el apoderado especial del señor Roberto Mora Badilla contra la RRG-7719-2008 de las 15:20 horas del 8 de enero de 2008, dictada por el Regulador General; dar por agotada la vía administrativa. (folios 217 al 223).
- XI. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emitió criterio sobre la impugnación.
- XII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 315-AJD-2008/9119, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En torno al primer argumento, debe aclararse que si bien la Dirección de Servicios de Transporte en el oficio 956-DITRA-2008/9251 del 15 de noviembre de 2007 (folio 81) señaló que el plazo para resolver la petición de tarifas vencía el 15 de diciembre de 2007; lo cierto es que dicho plazo vencía hasta el 21 de ese mismo mes, pues el plazo del artículo 37 de la Ley 7593 y sus reformas, se cuentan de fecha a fecha. Así, si la convocatoria a la audiencia pública fue publicada en los diarios el 21 de noviembre de 2007, el plazo de treinta días para resolver del artículo 37 de la Ley 7593, vencía hasta el 21 de diciembre de 2007.

No obstante, debe indicarse que sí lleva razón el recurrente en lo que alega, ya que por estar el Regulador General de vacaciones del 17 al 21 de diciembre de 2007 y la Autoridad Reguladora no laborar del 22 de diciembre de 2007 al 6 de enero de 2008, el acto final se dictó hasta el 8 de enero de 2008, fuera de plazo.

En relación con los restantes argumentos, en el sentido de que el recurrente considera que sigue siendo el permisionario de la ruta 110, porque el Consejo de Transporte Público no ha aceptado expresamente su renuncia; cabe señalar que no lleva razón en lo que argumenta.

Del folio 15 al 30 del expediente consta certificación extendida por la Secretaría Ejecutiva del Consejo de Transporte Público del MOPT de lo acordado por ese órgano en la sesión ordinaria 25-2007 celebrada el 29 de marzo de 2007. De lo transcrito se deduce -con toda claridad-, que dicho Consejo acogió las recomendaciones del Departamento de Ingeniería de Transportes y por ello autorizó la operación de las rutas 157 y 110 en la modalidad autobús, autorizó horarios de forma conjunta para las rutas 157 y 110, autorizó 22 unidades como flota óptima para las rutas 157 y 110 y autorizó las paradas finales de las rutas 157, 110 y 124.

Además, en el inciso B) del acuerdo reproducido en la certificación visible a folios 15 al 31, es claro que lo autorizado es una alianza operativa entre Coopecaraigres, R. L., y Transportes San Gabriel de Aserrí, S. A., que el anterior operador de la ruta 110, había puesto su renuncia —se entiende que al permiso para explotar esa ruta—, condicionada a que se autorizara la alianza corporativa de marras.

Como esa autorización fue conferida por la autoridad administrativa competente, en los términos en que se solicitó, se cumplió dicha condición, por consiguiente, el rechazo de la petición de tarifas realizada por el Regulador General, se encuentra ajustado al Derecho, ya que al no ser el señor Mora Badilla el operador de la ruta 110, no está legitimado (artículo 9° de la Ley 7593 y sus reformas), para hacer peticiones como la rechazada.

- II. Que en su sesión 074-2008, del 8 de diciembre de 2008 cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficio 315-AJD-2008/9119, de cita, acordó por unanimidad: rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el apoderado especial del señor Roberto Mora Badilla contra la RRG-7719-2008 de las 15:20 horas del 8 de enero de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechazar por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el apoderado especial del señor Roberto Mora Badilla contra la RRG-7719-2008 de las 15:20 horas del 8 de enero de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza por el fondo el recurso de apelación en subsidio interpuesto por el apoderado especial del señor Roberto Mora Badilla contra la RRG-7719-2008 de las 15:20 horas del 8 de enero de 2008, dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.

14) RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR GASOLINERA UPALA CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-8877-2008, DE LAS 14:00 HORAS DEL 30 DE SETIEMBRE DE 2008, DICTADA POR EL REGULADOR GENERAL EXPEDIENTE OT-224-2008.

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, presenta ante la Junta Directiva el recurso de apelación en subsidio, interpuesto por Gasolinera Upala contra la resolución RRG-8877-2008, de las 14:00 horas del 30 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General. Asimismo presenta oficio 321-AJD-2008/9349, suscrito por la Asesoría Legal de la Junta Directiva

La señora Pamela Sittenfeld Hernández, cede la palabra al señor Robert Thomas Harvey, quien expone a la Junta Directiva los diferentes aspectos relacionados con este tema.

La Junta Directiva luego de deliberar y considerando la recomendación de la Asesoría Legal vertida mediante oficio 321-AJD-2008/9349.

Por votación unánime, resuelve:

ACUERDO 015-074-2008

Acoger la recomendación de la Asesoría Legal de la Junta Directiva emitida en el oficio 321-AJD-2008/9349, en los siguientes términos:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-8877-2008 de las 14:00 horas del 30 de setiembre de 2008 con fundamento en el criterio del órgano director del procedimiento, resolvió: I) Imponer a la señora Marta Isabel Araya Abarca, en su condición de permisionaria para el almacenamiento y venta de combustible y propietaria la Gasolinera Upala, una multa de ¢1.053.000,00 (un millón cincuenta y tres mil colones) correspondiente a cinco salarios base, que es la sanción mínima, por incumplimiento de normas de calidad en el servicio público, detectada el 7 de marzo de 2007. Lo anterior de conformidad con el artículo 38 inciso g) de la Ley 7593. II) Imponer a la señora Marta Isabel Araya Abarca, en su condición de permisionaria para el almacenamiento y venta de combustible y propietaria la Gasolinera Upala, una multa de ¢1.053.000,00 (un millón cincuenta y tres mil colones) correspondiente a cinco salarios base, que es la sanción mínima, por incumplimiento de normas de calidad en el servicio público, detectada el 24 de setiembre de 2007. Lo anterior de conformidad con el artículo 38 inciso g) de la Ley 7593. III) Rechazar la excepción de falta de derecho, interpuesta por la señora Marta Isabel Araya Abarca. IV) Intimar por primera vez a la señora Marta Isabel Araya Abarca, para que dentro del plazo de diez días hábiles proceda a cancelar la suma de ¢2.106.000,00 correspondiente a los puntos I y II de la parte dispositiva. Este monto debe ser pagado a favor de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 7593 y sus reformas, según establecen los numerales 150 y 264.1 de la Ley General de la Administración Pública. Dicho plazo se contará a partir del día hábil inmediato siguiente a la comunicación de las intimaciones de ley (folio 122 al 129). Fue

notificada a la señora Marta Isabel Araya Abarca por fax transmitido el 29 de octubre de 2008 (folio 130).

- II. Que el 14 de octubre de 2008 la señora Marta Isabel Araya Abarca, en calidad de propietaria de la Gasolinera Upala, según consta en autos, planteó sólo recurso de apelación contra la RRG-8877-2008 (folio 117 al 121). Alega en resumen lo siguiente:

(1) Que el fundamento del acto recurrido lo es el Considerando III, inciso 4), en el que se dice que la prueba documental son documentos públicos que no fueron cuestionados en su contenido técnico. Afirma que las conclusiones a las que llega el Regulador General son sesgadas en contra suya, pues si bien es cierto que no se cuestionó el contenido técnico de las actas, en la comparecencia sí se cuestionaron tales documentos y se les arguyó falsedad ideológica, según consta en la grabación de ese acto. Agrega que los argumentos en los que se basó la defensa para la impugnación, son: a) Al ser las actas documentos públicos, el Regulador General les atribuyó el valor de plena prueba, pero se pudo comprobar que en las actas se consignó que la propietaria estuvo presente cuando se realizaron las pruebas, pero el Regulador General en el acto recurrido acepta que no se logró demostrar que durante las inspecciones la propietaria estuviese presente, lo que también fue aceptado por los testigos. Es decir, que se acepta que el acta contiene datos falsos, lo que la desvirtúa y anula. Agrega que la fe pública tiene límites, excepciones y puede ser contradicha, y uno de esos es que quien levanta la información acepta que no dijo la verdad, como es el caso; b) Los documentos que dan base al caso adolecen de falsedad ideológica como se ha demostrado y por lo tanto no pueden ser tomados como ciertos los hechos que consignan. No puede argumentarse, como lo hace el Regulador General que sí es cierto, en la parte que sirve para sancionar, pero que adolece de falsedad en cuanto a los datos consignados, por lo cual lo descalifican como prueba. (2) Que no hay fundamento jurídico para imponer la multa, pues el artículo 38 prevé una multa para todos los casos y únicamente exceptúa el inciso f) cuando no se pueda cuantificar el daño. El daño en el presente caso no pudo cuantificarse, por lo que no se tipifica el presupuesto contenido en el párrafo primero del artículo. Y como ya se dijo la excepción para estos casos sólo se aplica para el inciso f) y no para el inciso g) que es en el que se basa el Regulador General para su fallo. Como la actual ley la favorece, no puede dársele efecto retroactivo aplicándosele el artículo antes de la reforma, sino que imperativamente tiene que aplicársele al que más le favorezca, por tener un carácter sancionatorio. Aplicarlo en la forma en que se hizo es inconstitucional. (3) Pretensión: Revocar el acto recurrido. Dejar sin efecto las sanciones y ordenar el archivo del expediente.

- III. Que el Regulador General mediante auto de las 14:00 horas del 20 de octubre de 2008 citó y emplazó a las partes ante el superior en grado, para que dentro del plazo de tres días hábiles, contado a partir de la notificación de ese acto, hicieran valer sus derechos respecto de la impugnación planteada (folio 132). Fue notificado a la señora Marta Isabel Araya Abarca por fax transmitido el 29 de octubre de 2008 (folio 133).
- IV. Que no consta en autos que la recurrente haya dado respuesta al emplazamiento, dentro o fuera, del plazo otorgado.
- V. Que la Dirección de Asesoría Jurídica por oficio 1015-DAJ-2008/8755 del 11 de noviembre de 2008 con fundamento en el artículo 349 de la LGAP eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación (folios 134 y 135).

- VI. Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el Oficio 321-AJD-2008/9349 del 3 de diciembre de 2008, en el que se recomienda rechaza de plano, por extemporáneo, el recurso de apelación únicamente interpuesto por la Gasolinera Upala contra la RRG-8877-2008 de las 14:00 horas del 30 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General; dar por agotada la vía administrativa.(folios 137 al 145).
- VII. Que la Asesoría Económica de la Junta Directiva no emitió criterio con respecto a la impugnación.
- VIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- IX. Que del oficio 321-AJD-2008/9349, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por la señora Marta Isabel Araya Abarca, en calidad de propietaria de la Gasolinera Upala, según consta en autos, quien está siendo investigada, quien se ha apersonado al procedimiento en defensa de sus intereses y quien resulta destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente al ser parte del procedimiento ostenta legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la LGAP.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-8877-2008 fue notificada a la señora Marta Isabel Araya Abarca por fax transmitido el 29 de octubre de 2008 (folio 130) y que el recurso fue presentado el 14 de octubre de 2008 (folio 117 al 121).

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, establecido en el artículo 346 de la L. G. A. P., y lo estipulado en el artículo 3° del "Reglamento para el Uso de Fax como Medio de Notificación en los Despachos Judiciales", en el sentido de que las resoluciones se tendrá por notificadas el día hábil siguiente a aquél en se hizo la transmisión, se concluye que la impugnación se presentó prematuramente, pues se hizo antes del acto de notificación, por lo cual resulta extemporánea.

No obstante, la extemporaneidad de la impugnación, resulta conveniente pronunciarse sobre el fondo de lo argumentado con el fin de aclarar varios aspectos jurídicos.

En cuanto al primer alegato, en el sentido de que el acta de la inspección contiene datos falsos, pues según la recurrente, dice que la dueña de la gasolinera estuvo presente en ese acto, pero el acta la firma otra persona; cabe señalar que resulta irrelevante que el acta sea firmada o no por el representante de la gasolinera, porque claramente indican las actas que se trata de dejar "*constancia de recibo de copia del acta*", habiendo un espacio para el nombre, la cédula y la firma de la persona a quien se le entrega esa copia (folios 47 y 51).

Las firmas que aparecen en las actas de las inspecciones realizadas el 7 de marzo de 2007 (folio 47) y el 24 de setiembre de 2007 (folio 51), tienen el efecto jurídico únicamente de dejar constancia de que en la gasolinera se recibieron copias de esos documentos. Esas firmas no tienen los efectos jurídicos que les atribuye la recurrente,

pues es claro que los documentos emitidos por funcionarios públicos, sólo pueden ser firmados por éstos por ser quienes poseen fe pública.

Según consulta al padrón electoral del Tribunal Supremo de Elecciones realizada el 1° de diciembre de 2008, en la dirección electrónica <http://www.tse.go.cr/> la cédula de identidad 5-299-926 que aparece en el acta de la inspección realizada el 7 de marzo de 2007 (folio 47), pertenece a la señora Ana Priscila Gutiérrez Romero; nombre que coincide con la rúbrica "PriscilaGR" que aparece en ese documento.

Por otra parte, cabe señalar que en esta materia se aplica supletoriamente el Código Procesal Civil, cuyo artículo 369 define que documentos e instrumentos públicos son "...*todos aquellos que hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. ...*". Por su parte, el artículo 392 de ese mismo código impone una limitación al valor probatorio de los documentos, al establecer que "*Los documentos dañados o rotos en una parte sustancial no tienen valor probatorio. Tampoco lo tendrán en la parte que fueren enmendados o entrelíneados, si el error no fuere salvado mediante una nota conforme con la ley. ...*".

Además, el Decreto 26425-MEIC, que es el Reglamento para surtidores de combustibles líquidos (gasolina, diesel, kerosene, etc.) calibración y verificación, publicado en La Gaceta 213 del 5 de noviembre de 1997; en el artículo 9° indica:

9. Verificación

9.1 La verificación de los surtidores de combustible, que de acuerdo con la Ley le incumbe a la ONNUM, será realizada en cualquier momento que se considere conveniente o lo estipulado en el numeral 9.6.1 ésta la llevarán a cabo los inspectores de la misma, previa presentación de la credencial que los acredite como tales.

9.2 La verificación tendrá por objeto comprobar si los surtidores funcionan, si presentan señales de alteración o violencia, si tiene los marchamos intactos, si cumplen en las pruebas de los errores máximos permitidos bajo las condiciones de operación dadas por el fabricante, o cualquier otra irregularidad o deficiencia que origine el incorrecto funcionamiento del mismo.

9.3 Cuando la verificación efectuada resultare comprobada alguna irregularidad o el incumplimiento de las disposiciones de este reglamento y su aplicación o de disposiciones complementarias a los mismos, el inspector que haya realizado la verificación levantará, la correspondiente acta la cual entregará una copia al dueño, arrendatario o quien este representando a la estación de servicio, para los fines que procedan. (Subrayado no pertenece al original).

9.4 Si al realizar la verificación se comprueba que no se cumple con las disposiciones del presente reglamento técnico, se aplicará lo dispuesto en los numerales 9.7.1 a 9.7.5.

Como puede observarse del numeral 9.3 del reglamento citado, lo único que deben hacer quienes realizan la inspección, es entregar copia del acta a quien esté representado a la gasolinera, no obliga a que dicho acto sea firmado por el interesado.

En relación con el segundo argumento, en el sentido de que no hay fundamento jurídico para imponer la multa, pues el artículo 38 prevé una multa para todos los casos y

únicamente exceptúa el inciso f) cuando no se pueda cuantificar el daño; es necesario aclararle a la recurrente que su afirmación no es cierta.

El artículo 38 establece las causales por las cuales puede imponerse el pago de multas, como sanción. La única diferencia entre el párrafo primero y el último de ese artículo, es que se determine el daño causado. Si se determina, se impone una multa equivalente de cinco a diez el valor del daño. Si no se determina, se impone una multa equivalente de cinco a veinte salarios base mínimos, según la Ley 7337. Tanto el párrafo primero como el segundo son aplicables para todas las causales mencionadas en ese artículo. La norma no establece excepciones.

Al respecto conviene citar las conclusiones de los dictámenes de la Procuraduría General de la República, sobre dicho artículo, así:

C-024-02 del 24 de enero de 2002:

1.- Cuando se cobran tarifas, precios, tasas y contribuciones inferiores a las fijadas por la ARESEP, el daño consiste en el deterioro de la prestación de los servicios públicos, en la no consecución de los objetivos que se propuso el legislador con la adopción de importantes criterios para fijar las tarifas de los servicios públicos y, en el caso de la prestación indirecta de los servicios públicos, en el perjuicio a los otros concesionarios y permisionarios que sí cobran el precio, tarifa, tasa y contribución fijado por la entidad reguladora.

2.- La base del cálculo para imponer la multa sería la diferencia que resulta entre el precio fijado por el ente regulador y el precio cobrado por el infractor.

3.- El párrafo final del artículo 38 de la ley N° 7593 se aplica en todos los supuestos en los cuales no es posible estimar el daño, pese al esfuerzo que hizo el ente regulador en esa dirección.

C-156-2003 del 3 de junio de 2003:

1.- Cuando el legislador habla del daño causado no se refiere a un daño individualizable en un usuario en particular, sino al daño que se le causa a la colectividad, representada por un conjunto de usuarios que se ven perjudicados por el cobro de un precio distinto al fijado por la ARESEP.

2.- Cuando el daño no puede ser estimado, debido a que técnicamente ello no es posible o porque no existe prueba idónea para tal propósito, la ARESEP debe aplicar el último párrafo del numeral 38 de la Ley n.° 7593.

3.- De oficio, la conclusión n.° 2 del dictamen C-024-2002 de 24 de enero del 2002, se deja sin efecto, ya que para el caso del cobro de precios inferiores a los oficiales, debe aplicarse la conclusión n.° 1 de este pronunciamiento.

Por último, es importante aclarar que el acto recurrido contiene un error material, pues se refiere al inciso g) del artículo 38 de la Ley 7593 y sus reformas, cuando lo correcto era que se refiriera al inciso h), agregado recientemente por la Ley 8660 del 8 de agosto de 2008, vigente desde el 13 del mismo mes y año.

Por las razones jurídicas expuestas, se concluye que lo alegado por la recurrente carece de base legal y que lo procedente es rechazar de plano, por extemporáneo, el

recurso de apelación.

- X. Que en su sesión 074-2008, del 8 de diciembre de 2008, cuya acta fue ratificada el 15 de diciembre del mismo año, la Junta Directiva, sobre la base del Oficios oficio 321-AJD-2008/9349 de cita, acordó por unanimidad: rechaza de plano, por extemporáneo, el recurso de apelación únicamente interpuesto por la Gasolinera Upala contra la RRG-8877-2008 de las 14:00 horas del 30 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa.
- XI. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es rechaza de plano, por extemporáneo, el recurso de apelación únicamente interpuesto por la Gasolinera Upala contra la RRG-8877-2008 de las 14:00 horas del 30 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General y dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- I. Se rechaza de plano, por extemporáneo, el recurso de apelación únicamente interpuesto por la Gasolinera Upala contra la RRG-8877-2008 de las 14:00 horas del 30 de setiembre de 2008, dictada por el Regulador General.
- II. Se da por agotada la vía administrativa.

CONCLUYE LA SESIÓN A LAS DOCE HORAS

PAMELA SITTENFELD HERNÁNDEZ
VICEPRESIDENTA JUNTA DIRECTIVA

XINIA HERRERA DURÁN
SECRETARIA A. Í. JUNTA DIRECTIVA