

SESIÓN EXTRAORDINARIA

N.º 35-2016

27 de junio de 2016

San José, Costa Rica

SESIÓN EXTRAORDINARIA N.º 35-2016

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

ARTÍCULO 1. Lectura de la agenda.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura a la agenda de la sesión, la cual contempla los siguientes asuntos:

1. *Recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., contra la resolución RIT-007-2016 del 14 de enero de 2016. Expediente ET-104-2015. Oficio 531-DGAJR-2016 del 23 de junio de 2016.*
2. *Recurso de apelación interpuesto por la empresa Gafeso S.A., contra la resolución RIT-005-2016 del 8 de enero de 2016. Expediente ET-078-2015. Oficio 535-DGAJR-2016 del 23 de junio de 2016.*
3. *Solicitud de revocación de orden de inicio al procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra Tramayca S.A, por utilización de unidades no autorizadas por el Consejo de Transporte Público del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Expediente OT-258-2014. Oficios 522-DGAJR-2016 del 20 de junio de 2016 y 1122-DGAU-2016 del 16 de marzo de 2016 y 330-DGAU-2016 del 27 de enero de 2016.*
4. *Análisis de la solicitud, presentada por la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros (CANABUS), de reglamentación de la sanción contenida en el artículo 41, inciso a), cuando es aplicado en relación con el artículo 38, inciso a), de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593). Oficio 494-DGAJR-2016 del 9 de junio de 2016.*
5. *Solicitud de inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio contra Servicentro Demer S.A. por presuntamente haber incurrido en la causal establecida en el artículo 41 inciso c) de la Ley 7593. Expediente OT-122-2014. Oficio 459-DGAJR-2016 del 31 de mayo de 2016, 379-DGAJR-2016 del 29 de abril de 2016 y 1886-DGAU-2016 del 10 de mayo de 2016.*
6. *Solicitud de concesión de servicio público de generación eléctrica al amparo del Capítulo I de la Ley 7200 y sus reformas, interpuesta por la empresa Eólico San Jorge S.R.L. Expediente CE-001-2016. Oficios 482-DGAJR-2016 del 6 de junio de 2016, 0675-IE-2016 y 0674-IE-2016, ambos del 19 de mayo de 2016.*

Los miembros de la Junta Directiva manifiestan su anuencia con la agenda, la cual proceden a conocer de inmediato.

ARTÍCULO 2. Recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., contra la resolución RIT-007-2016. Expediente ET-104-2015.

A las catorce horas con cinco minutos ingresa al salón de sesiones, la señora Carol Solano Durán, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y el señor Daniel Fernández Sánchez, funcionario de esa Dirección, a exponer este y siguientes tres temas. Asimismo, ingresa el señor Enrique Muñoz Aguilar, Intendente de Transporte.

La Junta Directiva conoce el oficio 531-DGAJR-2016 del 23 de junio de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., contra la resolución RIT-007-2016 del 14 de enero de 2016. Expediente ET-104-2015.

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

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 531-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

ACUERDO 01-35-2016

1. Declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., contra la resolución RIT-007-2016.
2. Anular en todos sus extremos, la resolución RIT-007-2016 y retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, sea este al momento del análisis tarifario correspondiente.
3. Agotar la vía administrativa.
4. Notificar a las partes, la presente resolución.
5. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.
6. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 14 de octubre de 2015, Autotransportes Hermanos Navarro S.A., presentó solicitud de incremento tarifario sobre las tarifas vigentes de la ruta 671. (Folios 1 a 90).
- II. Que el 19 de octubre de 2015, mediante el oficio 1513-IT-2015, la Intendencia de Transporte (en adelante IT), solicitó la publicación de la audiencia pública. (Folios 93 a 95).

- III. Que el 19 de noviembre de 2015, en el Diario Oficial La Gaceta N° 225 se publicó la convocatoria a la audiencia pública (folios 108 a 109). Además, el 20 de noviembre de 2015, se publicó en el Diario Extra y La Teja. (Folios 106 a 107).
- IV. Que el 17 de diciembre de 2015, mediante el oficio 4362-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario, remitió el informe de oposiciones y coadyuvancias. (Folios 134 a 136).
- V. Que el 18 de diciembre de 2015, mediante los oficios 4366-DGAU-2015 y 4375-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario, emitió las actas de audiencia N° 116-2015, realizada los días 14 y 15 de diciembre de 2015. (Folios 137 a 156).
- VI. Que el 14 de enero de 2016, mediante la resolución RIT-007-2016, la IT, entre otras cosas, rechazó la solicitud de ajuste tarifario para la ruta 671. (Folios 199 a 217).
- VII. Que el 21 de enero de 2016, Autotransportes Hermanos Navarro S.A., presentó recurso de apelación contra la resolución RIT-007-2016. (Folios 160 a 170).
- VIII. Que el 10 de junio de 2016, mediante el oficio 988-IT-2016, la IT remitió a la Junta Directiva el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP, respecto del recurso de apelación presentado por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., contra la resolución RIT-007-2016. (Folios 246 a 265).
- IX. Que el 10 de junio de 2016, mediante el memorando 447-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, trasladó para su análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., contra la resolución RIT-007-2016. (Folio 266).
- X. Que el 23 de junio de 2016, mediante el oficio 531-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio sobre el recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., contra la resolución RIT-007-2016. (Correrá agregado a los autos).
- XI. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 531-DGAJR-2016 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. NATURALEZA

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

2. TEMPORALIDAD

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

La resolución recurrida RIT-007-2016, le fue notificada a Autotransportes Navarro S.A., el 18 de enero de 2016 (folio 217), y la recurrente interpuso el recurso de apelación, el 21 de enero de 2016 (folio 160). A partir de lo anterior, el plazo de 3 días hábiles para interponer los recursos ordinarios, inició el 19 de enero de 2016, y venció el 21 de enero de 2016, por tanto, este recurso se presentó en tiempo.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que Autotransportes Hermanos Navarro S.A., está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho-, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 7593, en relación con el artículo 275 de la LGAP.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Marvin Delgado Rodríguez actúa en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de Autotransportes Hermanos Navarro S.A., esto de conformidad con la certificación notarial visible a folio 170. Por lo cual, el señor Delgado Rodríguez, está facultado para actuar en representación de la recurrente.

Dicho todo lo anterior, se concluye que el recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., resulta admisible por la forma.

III. PRECISIÓN NECESARIA

Debe indicarse que al momento de solicitud del estudio tarifario y del dictado de la resolución impugnada, sea la RIT-007-2016 del 14 de enero de 2016, para la fijación tarifaria estaba vigente el "Modelo Estructura General de Costos".

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

Considera la recurrente, que se le rechazó el ajuste tarifario, porque la ocupación de la ruta 671 es menor que el factor mínimo de ocupación establecido por el CTP, para el cálculo de los horarios y flota, violentándose el criterio de otorgar tarifas bajo el servicio al costo. Añade, que se rechazó el ajuste tarifario basándose en criterios ajenos a la metodología establecida, con lo cual nuestro ordenamiento jurídico sufre un quebranto al violarse los principios fundamentales instaurados en la Ley de la Aresep.

En este sentido, este órgano asesor debe indicar que sobre el procedimiento de fijación tarifaria, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Octava, indicó en su sentencia No. 75-2010, en lo que interesa, que:

(...), siendo una de las características que diferencian la concesión de servicios de [sic] públicos de otros contratos administrativos, que el pago del precio o tarifa no está a cargo de la Administración, sino que es cubierto por parte de los usuarios, generándose así una relación triangular administración concedente- concesionario - usuario del servicio. (...).

*(...). En la concesión de servicios públicos, el precio no está a cargo de la Administración, sino de los usuarios, quienes pagarán directamente al concesionario la tarifa que de antemano ha fijado el concedente, la que en orden a la convergencia de los diversos intereses en juego, **debe ser justa y equilibrada**, de manera que permita al operador obtener una ganancia y al usuario pagar lo efectivamente debido por un servicio de calidad, siendo que cuando se presentan variaciones importantes que distorsionen los niveles de utilidad que fueron establecidos de antemano, deberá ser ajustada a fin de que se permita al prestatario obtener la suficiencia económica para prestar el servicio, reinvertir para mantener o mejorar su calidad y obtener el lucro pactado. **El derecho de reajuste de tarifas tiene entonces una naturaleza no indemnizatoria, sino restitutoria, ostentando el concesionario un derecho general y abstracto al equilibrio económico, pero no posee un derecho subjetivo al aumento tarifario propiamente tal, ya que éste pende del cumplimiento de una serie de condiciones, entre ellas la más relevante: que los términos económicos inicialmente previstos se hayan alterado de manera tal que para mantener esa armonía, sea necesario el aumento del precio, pues si no existe esa condición se generaría un beneficio ilegítimo para el operador, en perjuicio del usuario.** (Lo resaltado y subrayado no pertenece al original). (Confirmada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia N° 776-F-S1-2012).*

Así las cosas, toda fijación tarifaria debe velar por el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y del prestador del servicio público, en cabal cumplimiento de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 7593.

Por otra parte se tiene, en aplicación del principio de legalidad -artículos 11 de la LGAP y 11 de la Constitución Política-, que las tarifas deben establecerse a tono con los mecanismos debidamente establecidos para tal efecto, mediante el procedimiento que contiene la Ley 7593 y su reglamento, (audiencia pública), por lo que una vez fijado el modelo de revisión tarifaria, es ésta la herramienta de cálculo que debe utilizarse, y por ende, el instrumento que determina si existe o no distorsión

financiera que deba enmendarse, lo que no sólo otorga certeza y seguridad jurídica, sino que además, a criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, “constituye un parámetro de control objetivo de la actividad regulatoria de precios quedando la Aresep constreñida a sus resultados. Se trata de una autolimitación normativa, reducción de la discrecionalidad por autodenormatividad. Lo contrario sumiría a los destinatarios de sus regulaciones en inseguridad jurídica, ignorando las reglas por las cuales serán conocidas y resueltas sus gestiones, lo cual resultaría evidentemente contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad, igualdad, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso”. En este sentido, pueden consultarse las sentencias: 355-F-S1-2012, 655-F-S1-2012 y 1687-F-S1-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y 24-2013-I, 125-2013-I y 273-2013-II del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

De manera pues, que la modificación de la tarifa vigente de una determinada ruta, perteneciente al servicio público remunerado de personas, en la modalidad autobús, es un acto que pende del resultado de las valoraciones técnicas previas que, en cada caso, se lleven a cabo por parte de la IT. Es decir, el análisis económico que se realiza a través de la corrida del modelo vigente es el que debe determinar y fundamentar el acto tarifario y así, en ese ejercicio, pueden arrojarse resultados distintos a los solicitados previamente por el prestador de servicio en su solicitud tarifaria.

Así las cosas, en el presente caso, la IT justificó la no realización de la corrida del modelo, entre otra, por la utilización de un factor de “ocupación de la ruta” que no se estableció dentro del procedimiento como requisito previo o como factor de valoración final para la corrida del modelo en sí y del cual, es ayuna la resolución recurrida en cuanto a su consideración final, como criterio técnico del rechazo de la solicitud planteada, desconociéndose a la fecha, si éste factor resultaba determinante para realizar o no, dicha corrida.

En el caso concreto, la resolución recurrida, sea la RIT-007-2016, indicó:

“2.1 Recomendación técnica sobre el análisis tarifario.

Tal como se ha indicado en los apartados anteriores, existe una duda razonable para poder fijar una tarifa a la ruta 671, esto en virtud de que existe una inconsistencia entre la demanda reportada por la empresa, las carreras autorizadas y la ocupación media, esto por cuanto como se mencionó (sic) párrafos arriba la demanda del ramal San Vito-Santa Elena disminuyó en un 37,5%, respecto a los datos de demanda que venía reportando la empresa antes de julio de 2013, sin que mediara una justificación técnica para esa variación, aunado a esto está el hecho de que el sistema de horarios no ha sido modificado en los últimos diez años y por último sobre el hecho de que la ocupación media es de un 57,4%.

En resumen, la demanda de la ruta disminuye, las carreras se mantienen y aun así la ocupación media de la ruta es del 57,4%, este aspecto es importante señalarlo ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 de la Sesión Ordinaria 74-2014 del 4 de diciembre del 2014, la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público (CTP) acuerda aprobar el procedimiento de cálculo de horarios y flota para una determinada ruta (FORM-CTP-DING-11), señalando en lo que interesa lo siguiente:

“Otra de las variables que se toman en cuenta para el cálculo del intervalo es el factor de ocupación, el cual se utiliza básicamente para considerar los tiempos de recorrido, la longitud y el congestionamiento vial al que deben de someterse la ruta, de manera que se le garantice al usuario un nivel de comodidad aceptable. **Este valor oscila entre 0.60-0.80 y va a ser directamente proporcional al volumen de movilización que presente el periodo.** Para definir el valor correspondiente al factor de ocupación, se establece al periodo que presenta la mayor movilización, que por lo general es en hora pico, el valor máximo de 0.80; el valor para el resto de periodos del día se definen a partir de establecer una relación lineal entre los valores involucrados, es decir hallar una incógnita a partir de la proporcionalidad de tres valores conocidos. Lo cual se puede visualizar mejor con el siguiente ejemplo:

$$\left. \begin{array}{l} A \rightarrow B \\ X \rightarrow Y \end{array} \right\} \rightarrow Y = \frac{B \cdot X}{A}$$

Utilizando el principio de proporcionalidad en la expresión anterior, se puede decir que A es directamente a B, como X es Y, por lo cual Y es igual al producto de B por X dividido entre A.

De este modo se calculan los valores de factor de ocupación para el resto de periodos, tomando en consideración que si el valor obtenido es igual o mayor a 0.60, se establece ese dato como el factor de ocupación correspondiente al periodo, pero si el valor obtenido es menor a 0.60, se establece para el periodo un factor de 0.60. (El resaltado no es del original).

En el presente caso la ocupación de la ruta indica un factor de ocupación de 0,574, el cual resulta ser menor al factor de ocupación mínimo establecido en el procedimiento de cálculo de horarios y flota aprobado por el CTP. Aunado a lo anterior es relevante considerar lo que ha establecido el Tribunal Administrativo de Transporte en la resolución TAT-2425-2014 con respecto a las facultades del CTP el cual señala en lo pertinente:

“...la Administración, tiene el deber de fiscalizar y verificar la correcta prestación del servicio remunerado de personas que delega en los particulares, pero también cuenta con la potestad de dictar todas aquellas pautas generales que de acuerdo con criterios técnicos sean necesarias para una mejor prestación del servicio público cedido, para ello con prerrogativas y potestades especiales que le permiten fijar itinerarios, horarios, condiciones y realizar los estudios técnicos pertinentes, que determinen la mayor eficiencia, continuidad y seguridad de los servicios públicos, para ello puede actuar a través de la creación de reglamentos u otros actos administrativos ordenatorios...”.

Por otra parte, los operadores autorizados mediante artículo 8.1 de la Sesión Ordinaria 30-2015 del 27 de mayo de 2015 deben aportar al CTP los requisitos legales y estudios técnicos establecidos en la resolución RRG-5266-2005 de las 8:00 horas del 2 de enero del 2005 emitida por la Aresep, para efectos del trámite de refrendo correspondiente, siendo indispensables los aspectos técnicos dispuestos en el inciso e) de la cláusula I), punto 3) de dicha resolución. Esta Intendencia de Transporte a la fecha no ha recibido los resultados de los estudios técnicos debidamente aprobados por el CTP, mediante los

cuales dicho Consejo haya verificado el esquema operativo que presta el concesionario y que se evaluó en el proceso de permiso a concesión.

Por último, la inconsistencia indicada respecto a la disminución del dato de demanda y la ocupación media de la ruta, va en sentido contrario a lo manifestado por los opositores en el proceso de audiencia pública, los cuales señalan que los buses pasan sobrecargados, que no recogen pasajeros y que se requieren más horarios, esto se puede corroborar a folios 125 al 127 donde un grupo de usuarios manifiestan su inconformidad y aportan fotos donde se observa el recargo de unidades.

Ahora bien, recordemos que la Aresep basado en su artículo 30 de la Ley 7593, tiene la potestad de aprobar, improbar o rechazar las peticiones de fijación o cambios de tarifas que le sean presentadas, así lo vemos a continuación:

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

*Los prestadores de servicios públicos, las organizaciones de consumidores legalmente constituidas y los entes y órganos públicos con atribución legal para ello, podrán presentar solicitudes de fijación o cambio de tarifas. La Autoridad Reguladora estará obligada a recibir y tramitar esas peticiones, únicamente cuando, al presentarlas, cumplan con los requisitos formales que el Reglamento establezca. **Esta Autoridad podrá modificar, aprobar o rechazar esas peticiones.** De acuerdo con las circunstancias, las fijaciones de tarifas serán de carácter ordinario o extraordinaria” (el resaltado no es del original).*

Conforme a la observación vertida anteriormente es recomendación de esta Intendencia, rechazar la solicitud de revisión tarifaria para la ruta 671, en virtud de no contar con toda la información técnica pertinente para fijar tarifas de dicha ruta, esto dado que la empresa reportó un disminución de la demanda del ramal San Vito-Santa Elena en un 37,5% sin que mediara una justificación técnica por parte de la empresa, esto a partir de julio de 2013 y al hecho de que la ocupación media de la ruta es menor que el factor mínimo de ocupación establecido por el CTP para el cálculo de horarios y flota de una determinada ruta. Aunado al hecho de que el sistema operativo de la ruta no ha sido modificado en los últimos 10 años para ajustarlo a las nuevas condiciones de operación.

Es menester indicar que antes de proceder a ajustar las tarifas se debe remitir el caso a la Junta Directiva del CTP para que proceda a elaborar un informe técnico que contenga un estudio de demanda y carreras actualizado de la ruta que permita revisar el esquema operativo de la misma y el nivel de ocupación a fin de garantizar a los usuarios un nivel aceptable en la prestación del servicio, no permitiendo que se traslade a los usuarios costos operativos producto de un nivel no eficiente del servicio, todo esto en resguardo del principio del servicio al costo. (...)” (Folios 209 a 211).

En virtud del razonamiento plasmado en la resolución recurrida, para rechazar la solicitud tarifaria, este órgano asesor procedió a realizar una verificación de las variables utilizadas por la IT, para el análisis tarifario de la petición, al momento del dictado de la resolución recurrida, según las condiciones de operación establecidas por el CTP para la ruta 671.

Se constató que en el Considerando I de la resolución RIT-007-2016 –que rechazó la solicitud de revisión tarifaria de la ruta 671- en el punto B. “ANÁLISIS TARIFARIO DE LA PETICIÓN”, a folios 204 a 205, se emplearon las variables que se indican en el siguiente detalle:

“(…)

1. Variables operativas

VARIABLES	ARESEP	EMPRESA	Dif. absoluta	Dif. %
Demanda Neta	6.018	6.018	0	0,00%
Distancia (Km/carrera)	68,73	56,00	12,73	22,73%
Carreras	105,63	106,46	- 0,83	-0,78%
Flota	3	3	0	0,00%
Tipo de Cambio	538,70	541,76	- 3,06	-0,56%
Precio combustible	449,00	458,00	- 9,00	-1,97%
Tasa de Rentabilidad	15,98%	15,78%	0,20%	1,27%
Valor del Bus \$	116.367	126.143	- 9.776	-7,70%
Valor del Bus ¢	62.686.906	68.339.154	- 5.652.249	-8,30%
Edad promedio de flota (años)	2,33	2,33	0	0,00%

(…)”

Así las cosas, en el detalle anterior se evidencia que la IT, para el presente estudio tarifario, no incluyó el factor de “la ocupación de la ruta” como una de las variables necesarias para la corrida del modelo tarifario vigente a la fecha de la resolución recurrida, desconociéndose a la fecha, si la misma era determinante para no realizar la corrida del modelo en el presente caso, fundamento que se echa de menos en la resolución recurrida.

De lo anterior se desprende, que existió en el presente caso una violación al debido proceso, ya que dentro del expediente no se hace mención expresa alguna de la consideración, por parte de la IT, del factor de “ocupación de la ruta” como requisito previo de la solicitud tarifaria, ni como factor de valoración final para la corrida del modelo tarifario vigente en ese momento. En la especie fáctica del caso, se tiene que fue ese factor de “ocupación de la ruta” fue un motivo por el cual se rechazó la solicitud tarifaria, fundamento que se reitera, se echa de menos en la resolución recurrida.

Así las cosas, bajo estas circunstancias, y según se desprende del oficio 074-IT-2015/107893 –que sirvió de base para el dictado de la resolución recurrida-, que la IT no fundamentó el por qué no contaba con los elementos necesarios para la corrida del modelo tarifario vigente a la fecha de emisión de la resolución recurrida para este tipo de servicio público. Por lo que no existía razón técnica ni jurídica aparente, para no correr el modelo tarifario en cuestión en el presente caso.

Por último, resulta necesario indicar, que la Junta Directiva de la Aresep, mediante las resoluciones RJD-071-2016, RJD-072-2016 y RJD-073-2016, ya se pronunció sobre este tema en particular y resolvió, entre otras cosas, anular en todos sus extremos las resoluciones emitidas por la IT que rechazaron las fijaciones tarifarias y que se basaron en que la ocupación de la ruta es menor que el

factor mínimo de ocupación establecido por el CTP para el cálculo de horarios y flota de una determinada ruta, en virtud de que la IT no incluyó la motivación debida de las razones por las cuales el factor de “la ocupación de la ruta” resultó ser el único impedimento para no realizar la corrida del modelo tarifario ordinario vigente a la fecha de la resolución recurrida, es decir, desconociéndose las razones del por qué resultaba determinante ese factor para no realizar dicha corrida.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que lleva razón la recurrente en su argumento.

V. EFECTO ANULATORIO DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA EN VIRTUD DEL RECURSO INTERPUESTO Y POR DISPOSICIÓN DEL ARTÍCULO 162 DE LA LGAP.

En aplicación del artículo 162 de la LGAP y considerando que la Junta Directiva, es el superior jerárquico de las Intendencias de Regulación, en materia tarifaria (artículos 53.b de la Ley 7593 y 6.2 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado -RIOF-), considerando lo establecido en el artículo 102 inciso d) de la LGAP, el cual establece que el superior jerárquico tendrá entre otras, la potestad de adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo; con el fin de evitar que el acto administrativo (resolución recurrida) que llegó a dictarse, adolezca de vicios, se procede a señalar lo siguiente:

Tanto la doctrina nacional, así como la LGAP, clasifica los elementos del acto entre formales y sustanciales.

Concerniente a la nulidad absoluta de la resolución impugnada, se indica que, para que acontezca —según el artículo 166 de la LGAP—, deben faltar totalmente al acto administrativo, uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente, o bien, que estando presentes, su imperfección (defecto) impida la realización del fin —según el artículo 167 de la LGAP—.

Conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la LGAP, y que son: la falta o defecto de algún requisito o, que el acto recurrido sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendiéndose como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, tal y como, a nuestro juicio, ocurrió en el caso bajo examen.

Por ello, a criterio de esta asesoría, de conformidad con el artículo 158 de la LGAP la validez de la resolución aquí recurrida, se ve comprometida, al no cumplir con todos los elementos para su validez efectiva.

Lo anterior, en tesis de principio, se logra verificar normalmente, con el cumplimiento y presencia en forma íntegra de los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales.

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

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

El motivo, como elemento sustancial del acto administrativo, es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo.

Por lo tanto, de acuerdo a lo desarrollado ut supra, al presentarse un defecto en el elemento "motivo" del acto recurrido, implica que existe un vicio en uno de sus elementos sustanciales y ello generó la nulidad absoluta de lo actuado y resuelto mediante la resolución recurrida RIT-007-2016.

Lo anterior, por cuanto una de las razones para rechazar la solicitud planteada, se fundamentó en que la ocupación de la ruta 671 era de un valor de 57,4%, y ello no cumplía con lo establecido en el artículo 3.1 de la sesión ordinaria N.º 74-2014 del 4 de diciembre de 2014 de la Junta Directiva del CTP, sin incluirse la motivación debida de las razones por las cuales el factor de "la ocupación de la ruta" resultó ser un impedimento para no realizar la corrida del modelo tarifario ordinario vigente a la fecha de la resolución recurrida, es decir, desconociéndose las razones del por qué resultaba determinante ese factor para no realizar dicha corrida.

En razón de lo anterior, y en virtud de la relación inescindible entre motivo y contenido del acto (ordinales 132 y 133 de la LGAP), al detectarse un vicio en el motivo del acto, que da sustento al contenido, sea, a la parte dispositiva del acto, en consecuencia, se detecta un vicio en el contenido, al rechazar la solicitud de revisión tarifaria de la ruta 671, con base en el motivo indicado.

Adicionalmente, del análisis del expediente se observa, una violación al debido proceso, ya que en el procedimiento de fijación tarifaria no se hizo mención alguna de la consideración, por parte de la IT, del factor de "ocupación de la ruta" como requisito previo de la solicitud tarifaria, ni como factor de valoración final, para la corrida del modelo tarifario vigente a ese momento.

Del análisis de la resolución recurrida, se desprende que la IT rechazó la solicitud tarifaria por dos razones. La primera de ellas es la analizada en el apartado V de este criterio y la segunda razón se refiere a que la empresa reportó una disminución en la demanda del ramal San Vito-Santa Elena, de un 37,5% a partir de julio de 2013, sin que mediara una justificación técnica para ello.

Es importante mencionar, que ha sido criterio de la Junta Directiva de Aresep, en la determinación de la demanda a utilizar en la corrida del "modelo econométrico" para el Servicio de Transporte Remunerado de Personas Modalidad Autobús, lo indicado en el Considerando I, de la resolución recurrida, la cual indica lo siguiente:

"(...)

1.1 Volúmenes de pasajeros movilizados (Demanda)

De acuerdo con la metodología actual, el volumen de pasajeros que se utiliza en el cálculo tarifario corresponde a datos históricos que provienen de las siguientes fuentes:

- *El valor reportado por el operador del servicio en la solicitud tarifaria.*

- El valor reportado por el operador del servicio en las estadísticas operativas de los últimos 12 meses, el cual debe presentar de forma trimestral ante la ARESEP, según lo establecido en la resolución 8148-RRG-2008 de las 15:30 horas del 31 de marzo de 2008.
- El valor reconocido en el último estudio tarifario de la ruta (en caso de que exista).

De los tres valores antes indicados, se utiliza el valor más alto.

Este procedimiento se deriva de lo establecido por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora en la resolución RJD-043-2012 del 7 de junio de 2012, ratificada por medio de la resolución RJD-142-2014, dictada a las 14:50 horas del 30 de octubre de 2014, en donde en lo que interesa señala:

“(…)

En primera instancia, se debe tener en cuenta que el procedimiento uniforme que la ARESEP ha utilizado en relación con la demanda y sus estudios tarifarios, parte del hecho de que ante la ausencia de un estudio de la demanda particular de los petentes, debidamente reconocido por el Consejo de Transporte Público del MOPT, se considera el dato que sea mayor entre la demanda histórica y el promedio mensual de las estadísticas de los últimos 12 meses previos al estudio.

(…)” Folio 205

Así las cosas, de acuerdo con el criterio descrito en la cita anterior, no existen motivos que justifiquen la razón del rechazo de la solicitud de revisión tarifaria para la ruta 671, por la disminución reportada en la demanda de pasajeros a partir de julio de 2013. En el folio 206 se presentan los datos de demanda que permitirían aplicar el criterio adoptado por la Junta Directiva por las resoluciones supra indicados. A continuación, se presenta el cuadro elaborado por la IT, sobre las demandas disponibles:

“(…)”

Los datos de demanda disponibles son los siguientes:

Ruta	Ramal	Ultimo Estudio	Empresa	Estadísticas últimos 12 meses	Presente estudio
671	SAN VITO-EL ROBLE-SANTA ELENA-FILA TIGRE				
	SAN VITO-EL ROBLE	2.937	2.694	2.684	2.694
	SAN VITO-SANTA ELENA	3.146	1.950	1.948	1.950
	SAN VITO-KAMAKIRI	1.287	1.375	1.375	1.375
	Total	7.370	6.018	6.007	6.018
	Descuento de Adulto Mayor	1.352			
	Demanda Neta (*)	6.018			

Nota:

(*) Dato utilizado en el último estudio tarifario individual (ET-127-2006) (...)" (folio 206)

Sin embargo, en la resolución recurrida, la IT justificó el rechazo de la petición por una disminución en la demanda de uno de los ramales de la ruta 671, en julio de 2013, lo que contraviene el criterio de la Junta Directiva.

Así las cosas, la IT contaba con información de demanda de tres fuentes: último estudio tarifario, últimos 12 meses y presentada por la empresa. De estas tres fuentes, según el criterio de Junta Directiva indicado, se debe utilizar el valor más alto. Por lo que la IT, contaba con la información necesaria para aplicar el criterio indicado y correr el modelo correspondiente.

Debido a lo anterior, y como no existe nexo causal entre las razones jurídicas y/o técnicas que fundamentaron el rechazo de la solicitud tarifaria en los términos en los cuales se realizó en la resolución aquí impugnada, ergo existe una incongruencia entre lo analizado y lo resuelto finalmente en la resolución recurrida, considera este órgano asesor, que lo procedente es declarar la nulidad absoluta de la resolución RIT-007-2016 y en consecuencia, retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, es decir, al momento de realizarse el análisis tarifario por parte de la IT.

VI. CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto anteriormente, se concluye que:

1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., resulta admisible, por haberse presentado en tiempo y forma.
2. Toda fijación tarifaria debe velar por el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y del prestador del servicio público, en cabal cumplimiento de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 7593.
3. En aplicación del principio de legalidad, las tarifas deben establecerse a tono con los mecanismos debidamente establecidos para tal efecto, mediante el procedimiento que contiene la Ley 7593 y su reglamento, por lo que una vez fijado el modelo de revisión tarifaria, es ésta la herramienta de cálculo que debe utilizarse, y por ende, el instrumento que determina si existe o no distorsión financiera que deba enmendarse.
4. Según la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, entre otras cosas, el modelo constituye un parámetro de control objetivo de la actividad regulatoria de precios quedando la Aresep constreñida a sus resultados. Se trata de una autolimitación normativa, reducción de la discrecionalidad por autodenormatividad. Lo contrario, sumiría a los destinatarios de sus regulaciones en inseguridad jurídica, ignorando las reglas por las cuales serán conocidas y resueltas sus gestiones, lo cual resultaría evidentemente contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad, igualdad, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso. Ver en ese sentido, las sentencias: 355-F-S1-2012, 655-F-S1-2012 y 1687-F-S1-2012.

5. *El análisis económico que se realiza a través de la corrida del modelo vigente al momento del dictado de la resolución recurrida, es el que debe determinar y fundamentar el acto tarifario.*
6. *En el presente caso, la IT justificó la no realización de la corrida del modelo, utilizando un factor de “ocupación de la ruta” que no se estableció dentro del procedimiento como requisito previo o como factor de valoración final para la corrida del modelo en sí y del cual, es ayuna la resolución recurrida en cuanto a su consideración final, como criterio técnico del rechazo de la solicitud planteada, desconociéndose a la fecha, si éste factor resultaba determinante para realizar o no, dicha corrida.*
7. *Del detalle de las variables consideradas en el análisis tarifario de la petición, se evidencia que la IT, no incluyó el factor de “la ocupación de la ruta” como una de las variables para la corrida del modelo tarifario, desconociéndose a la fecha, si la misma era determinante, para no realizar dicha corrida, fundamento que se echa de menos en la resolución recurrida.*
8. *Del análisis del expediente se observa, en una violación al debido proceso, ya que en el procedimiento de fijación tarifaria no se hizo mención alguna de la consideración, por parte de la IT, del factor de “ocupación de la ruta” como requisito previo de la solicitud tarifaria, ni como factor de valoración final, para la corrida del modelo tarifario vigente a ese momento, por lo que no existía razón técnica ni jurídica aparente, para no correr el modelo tarifario en cuestión en el presente caso.*
9. *Se presentó un defecto en el elemento “motivo” y en el elemento “contenido” del acto, que implica que existen vicios en los elementos sustanciales del acto, y ello genera la nulidad absoluta de lo actuado y resuelto mediante la resolución recurrida RIT-007-2016.*
10. *Una de las razones para rechazar la solicitud planteada, se fundamentó en que la ocupación de la ruta no cumplía con lo establecido en el artículo 3.1 de la sesión ordinaria N° 74-2014 del 4 de diciembre de 2014 de la Junta Directiva del CTP, sin incluirse la motivación debida de las razones por las cuáles ese factor de “la ocupación de la ruta” resultó ser uno de los impedimentos para no realizar la corrida del modelo tarifario vigente.*
11. *En la resolución recurrida, la IT también justificó el rechazo de la petición por una disminución en la demanda de uno de los ramales de la ruta 671, en julio de 2013, lo que contraviene el criterio de la Junta Directiva, contenido en las resoluciones RJD-043-2012 y RJD-142-2014.*
12. *La IT contaba con información de demanda de tres fuentes: último estudio tarifario, últimos 12 meses y presentada por la empresa. De estas tres fuentes, según el criterio de Junta Directiva indicado, se debe utilizar el valor más alto. Por lo que la IT, contaba con la información necesaria para aplicar el criterio indicado y correr el modelo correspondiente.*
13. *No existe nexo causal entre las razones jurídicas y/o técnicas que fundamentaron el rechazo de la solicitud tarifaria en los términos en los cuales se realizó en la resolución aquí impugnada, ergo, existe una incongruencia entre lo analizado y lo resuelto finalmente en la resolución recurrida. Se considera que lo procedente es declarar la nulidad absoluta de la resolución RIT-007-2016 y en consecuencia, retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno.*

[...]"

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., contra la resolución RIT-007-2016, **2.-** Anular en todos sus extremos, la resolución RIT-007-2016 y retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, sea este al momento del análisis tarifario correspondiente, **3.-** Agotar la vía administrativa, **4.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **5.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión 35-2016, del 27 de junio de 2016, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 531-DGAJR-2016, de cita, acordó entre otras cosas, y con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

- I. Declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Navarro S.A., contra la resolución RIT-007-2016.
- II. Anular en todos sus extremos, la resolución RIT-007-2016 y retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, sea este al momento del análisis tarifario correspondiente.
- III. Agotar la vía administrativa.
- IV. Notificar a las partes, la presente resolución.
- V. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 3. Recurso de apelación interpuesto por la empresa Gafeso S.A., contra la resolución RIT-005-2016. Expediente ET-078-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 535-DGAJR-2016 del 23 de junio de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por la empresa Gafeso S.A., contra la resolución RIT-005-2016 del 8 de enero de 2016. Expediente ET-078-2015.

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

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 535-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

ACUERDO 02-35-2016

1. Declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa GAFESO S.A., contra la resolución 005-RIT-2016.
2. Anular en todos sus extremos, la resolución 005-RIT-2016 y retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, sea este al momento del análisis tarifario correspondiente.
3. Agotar la vía administrativa.
4. Notificar a las partes, la presente resolución.
5. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.
6. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 26 de agosto de 2015, la empresa GAFESO S.A., presentó solicitud de incremento tarifario sobre las tarifas vigentes de la ruta 607. (Folios 1 a 231).
- II. Que el 31 de agosto del 2015, mediante el oficio 1272-IT-2015, la Intendencia de Transporte (IT) solicitó a la empresa GAFESO S.A., información faltante que resultaba necesaria para el análisis del estudio tarifario, esto de conformidad con los requisitos de admisibilidad establecidos en la resolución RRG-6570-2007. (Folios 271 a 273).
- III. Que el 14 de setiembre del 2015, la empresa GAFESO S.A., respondió a la solicitud planteada en el oficio 1272-IT-2015. (Folios 233 a 268).
- IV. Que el 22 de setiembre de 2015, mediante el oficio 1387-IT-2015, la IT, otorgó la admisibilidad a la solicitud tarifaria. (Folios 278 a 279).
- V. Que el 8 de octubre de 2015, en el Diario Oficial La Gaceta N° 196 se publicó la convocatoria a la audiencia pública (folio 295). Además, el 9 de octubre de 2015, se publicó en La Extra y La Teja. (Folio 307).
- VI. Que el 16 de diciembre de 2015, mediante el oficio 4339-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario, emitió el acta de audiencia N°. 103-2015, realizada los días 9 y 10 de diciembre de 2015. (Folios 429 a 436).

- VII. Que el 17 de diciembre de 2015, mediante el oficio 4352-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias. (Folios 437 a 441).
- VIII. Que el 8 de enero de 2016, mediante resolución 005-RIT-2016, la IT, entre otras cosas, rechazó la solicitud de ajuste tarifario para la ruta 607. (Folios 649 a 675).
- IX. Que el 18 de enero de 2016, la empresa GAFESO S.A., presentó recurso de apelación contra la resolución 005-RIT-2016. (Folios 637 a 649).
- X. Que el 10 de junio de 2016, mediante el oficio 989-IT-2016, la IT remitió a la Junta Directiva el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP, respecto del recurso de apelación presentado por la empresa GAFESO S.A., contra la resolución 005-RIT-2016. (Folios 743 a 762).
- XI. Que el 10 de junio de 2016, mediante el memorando 444-SJD-2016, la Secretaria de Junta Directiva trasladó para su análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación interpuesto por la empresa GAFESO S.A., contra la resolución 005-RIT-2016. (Folio 763).
- XII. Que el 23 de junio de 2016, mediante el oficio 535-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa GAFESO S.A., contra la resolución 005-RIT-2016. (Correrá agregado a los autos).
- XIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 535-DGAJR-2016 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. NATURALEZA

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

2. TEMPORALIDAD

La resolución 005-RIT-2016, le fue enviada a la recurrente mediante correo certificado número RR054649669CR el 14 de enero 2016 (folio 699). Sin embargo, no consta en el expediente, documento idóneo, que permita determinar la fecha en la cual la empresa GAFESO S.A., recibió la notificación.

En razón de lo anterior, se debe analizar lo que dispone la LGAP, en torno al momento en que se tienen por realizadas las notificaciones enviadas mediante correo certificado, específicamente en el artículo 243 inciso 3), el cual establece:

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

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

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

Así las cosas, de conformidad con las normas citadas, y en aras de no causar indefensión a la recurrente, se debe tener por presentado en tiempo el recurso de apelación contra la resolución RIT-005-2016. Por cuanto, el recurso es la primera manifestación de la recurrente, de la cual se puede concluir que se hizo con conocimiento de la existencia de dicha resolución.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que la empresa GAFESO S.A., está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 7593 en relación con el artículo 275 de la LGAP.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Gilbert Fernández Solís, actúa en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa GAFESO S.A., esto de conformidad con la certificación notarial visible a folio 649. Por lo cual, el señor Fernández Solís está facultado para actuar en representación de la recurrente.

Dicho todo lo anterior, se concluye que el recurso de apelación interpuesto por la empresa GAFESO S.A., resulta admisible por la forma.

III. PRESICIÓN NECESARIA

Debe indicarse que al momento de solicitud del estudio tarifario y del dictado de la resolución impugnada, sea la 005-RIT-2016 del 8 de enero de 2016, para la fijación tarifaria estaba vigente el “Modelo Estructura General de Costos”.

(...)

V. ANÁLISIS POR EL FONDO

1. La resolución recurrida, rechazó el ajuste tarifario, porque la ocupación de la ruta 607 es menor que el factor mínimo de ocupación establecido por el Consejo de Transporte Público (CTP), para el cálculo de horarios y flota, violentándose el criterio de otorgar tarifas bajo el servicio al costo.

Indicó la recurrente, que el rechazo del ajuste tarifario, fue debido a que la ocupación de la ruta 607 es menor que el factor mínimo de ocupación establecido por el CTP, para el cálculo de los horarios y flota, violentándose el criterio de otorgar tarifas bajo el servicio al costo. Añade que, se rechazó el ajuste tarifario basándose en criterios ajenos a la metodología establecida, con lo cual nuestro ordenamiento jurídico sufre un quebranto al violarse los principios fundamentales instaurados en la Ley de la Aresep.

En este sentido, este órgano asesor debe indicar que sobre el procedimiento de fijación tarifaria, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Octava, indicó en su sentencia No. 75-2010, en lo que interesa, que:

“(…), siendo una de las características que diferencian la concesión de servicios de [sic] públicos de otros contratos administrativos, que el pago del precio o tarifa no está a cargo de la Administración, sino que es cubierto por parte de los usuarios, generándose así una relación triangular administración concedente- concesionario - usuario del servicio. (…).

*(…). En la concesión de servicios públicos, el precio no está a cargo de la Administración, sino de los usuarios, quienes pagarán directamente al concesionario la tarifa que de antemano ha fijado el concedente, la que en orden a la convergencia de los diversos intereses en juego, **debe ser justa y equilibrada**, de manera que permita al operador obtener una ganancia y al usuario pagar lo efectivamente debido por un servicio de calidad, siendo que cuando se presentan variaciones importantes que distorsionen los niveles de utilidad que fueron establecidos de antemano, deberá ser ajustada a fin de que se permita al prestatario obtener la suficiencia económica para prestar el servicio, reinvertir para mantener o mejorar su calidad y obtener el lucro pactado. **El derecho de reajuste de tarifas tiene entonces una naturaleza no indemnizatoria, sino restitutoria, ostentando el concesionario un derecho general y abstracto al equilibrio económico, pero no posee un derecho subjetivo al aumento tarifario propiamente tal, ya que éste pende del cumplimiento de una serie de condiciones, entre ellas la más relevante: que los términos económicos inicialmente previstos se hayan alterado de manera tal que para mantener esa armonía, sea necesario el aumento del precio, pues si no existe esa condición se generaría un beneficio ilegítimo para el operador, en perjuicio del usuario.** (Lo resaltado y subrayado no pertenece al original). (Confirmada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia N° 776-F-S1-2012).*

Así las cosas, toda fijación tarifaria debe velar por el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y del prestador del servicio público, en cabal cumplimiento de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 7593.

Por otra parte, se tiene que como parte del principio de legalidad -artículos 11 de la LGAP y 11 de la Constitución Política-, que las tarifas deben establecerse a tono con los mecanismos debidamente establecidos para tal efecto, mediante el procedimiento que contiene la Ley 7593 y su reglamento, (audiencia pública), por lo que una vez fijado el modelo de revisión tarifaria, es ésta la herramienta de cálculo que debe utilizarse, y por ende, el instrumento que determina si existe o no distorsión financiera que

deba enmendarse, lo que no sólo otorga certeza y seguridad jurídica, sino que además, a criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, “constituye un parámetro de control objetivo de la actividad regulatoria de precios quedando la Aresep constreñida a sus resultados. Se trata de una autolimitación normativa, reducción de la discrecionalidad por autodenormatividad. Lo contrario sumiría a los destinatarios de sus regulaciones en inseguridad jurídica, ignorando las reglas por las cuales serán conocidas y resueltas sus gestiones, lo cual resultaría evidentemente contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad, igualdad, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso”. En este sentido, pueden consultarse las sentencias: 355-F-S1-2012, 655-F-S1-2012 y 1687-F-S1-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y 24-2013-I, 125-2013-I y 273-2013-II del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda).

De manera pues, que la modificación de la tarifa vigente de una determinada ruta, perteneciente al servicio público remunerado de personas, en la modalidad autobús, es un acto que pende del resultado de las valoraciones técnicas previas que, en cada caso, se lleven a cabo por parte de la IT. Es decir, el análisis económico que se realiza a través de la corrida del modelo vigente es el que debe determinar y fundamentar el acto tarifario y así, en ese ejercicio, pueden arrojar resultados distintos a los solicitados previamente por el prestador de servicio en su solicitud tarifaria.

Así las cosas, en el presente caso, la IT justificó la no realización de la corrida del modelo, entre otros, por la utilización de un factor de “ocupación de la ruta” que no se estableció dentro del procedimiento como requisito previo o como factor de valoración final para la corrida del modelo en sí y del cual, es ayuna la resolución recurrida en cuanto a su consideración final, como criterio técnico del rechazo de la solicitud planteada, desconociéndose a la fecha, si éste factor resultaba determinante para realizar o no, dicha corrida.

En el caso concreto, la resolución recurrida, sea la 005-RIT-2016, indicó:

“Analizando la solicitud de revisión tarifaria incoada por la empresa en el presente estudio, y revisando los parámetros de demanda reportada por la empresa y carreras autorizadas por el CTP, se observa que la ocupación media por carrera es de 41,7% (0,417), esto como resultado de dividir la cantidad de pasajeros movilizados entre el número de viajes autorizados por el Consejo, y comparando este dato con respecto a la capacidad de pasajeros sentados de la unidad autorizada a la ruta.

Este aspecto es importante señalarlo ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 de la Sesión Ordinaria 74-2014 del 4 de diciembre del 2014, la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público (CTP) acordó aprobar el procedimiento de cálculo de horarios y flota para una determinada ruta (FORM-CTP-DING-11), señalando en lo que interesa lo siguiente:

“Otra de las variables que se toman en cuenta para el cálculo del intervalo es el factor de ocupación, el cual se utiliza básicamente para considerar los tiempos de recorrido, la longitud y el congestionamiento vial al que deben someterse la ruta, de manera que se le garantice al usuario un nivel de comodidad aceptable. Este valor oscila entre 0.60-0.80 y va a ser directamente proporcional al volumen de movilización que presente el periodo. Para definir el valor correspondiente al factor de ocupación, se establece al periodo que presenta la mayor movilización, que por lo general es en hora pico, el valor máximo de 0.80; el valor para el resto de periodos del día se definen a partir de establecer una relación lineal entre los valores involucrados, es

decir hallar una incógnita a partir de la proporcionalidad de tres valores conocidos. Lo cual se puede visualizar mejor con el siguiente ejemplo:

$$\left. \begin{array}{l} A \rightarrow B \\ X \rightarrow Y \end{array} \right\} \rightarrow Y = \frac{B \cdot X}{A}$$

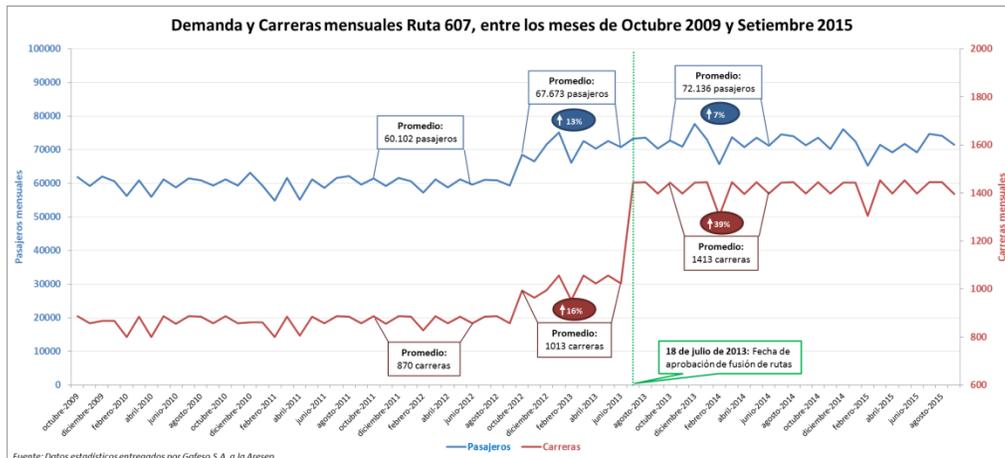
Utilizando el principio de proporcionalidad en la expresión anterior, se puede decir que A es directamente a B, como X es Y, por lo cual Y es igual al producto de B por X dividido entre A.

De este modo se calculan los valores de factor de ocupación para el resto de periodos, tomando en consideración que si el valor obtenido es igual o mayor a 0.60, se establece ese dato como el factor de ocupación correspondiente al periodo, pero si el valor obtenido es menor a 0.60, se establece para el periodo un factor de 0.60.” (El resaltado no es del original).

En el presente caso la ocupación de la ruta indica un factor de ocupación de 0,417, el cual resulta ser menor al factor de ocupación mínimo establecido en el procedimiento de cálculo de horarios y flota. Aunado a lo anterior es relevante considerar lo que ha establecido el Tribunal Administrativo de Transporte en la resolución TAT-2425-2014 con respecto a las facultades del CTP el cual señala en lo pertinente:

“...la Administración, tiene el deber de fiscalizar y verificar la correcta prestación del servicio remunerado de personas que delega en los particulares, pero también cuenta con la potestad de dictar todas aquellas pautas generales que de acuerdo con criterios técnicos sean necesarias para una mejor prestación del servicio público cedido, para ello con prerrogativas y potestades especiales que le permiten fijar itinerarios, horarios, condiciones y realizar los estudios técnicos pertinentes, que determinen la mayor eficiencia, continuidad y seguridad de los servicios públicos, para ello puede actuar a través de la creación de reglamentos u otros actos administrativos ordenatorios...”.

Por otra parte, si se analizan los datos estadísticos reportados por la empresa al RA-241 para el periodo de enero 2009 a setiembre 2015 para los rubros de demanda y carreras se obtiene el siguiente gráfico:



Se observa que ha habido dos cambios en los reportes de carreras, el primero en octubre de 2012 correspondiente a un aumento del 16 %, y el segundo en julio de 2013 un valor cercano a un 39 % respecto al período anterior, aun así, no se alcanza el valor mensual de carreras autorizadas por el CTP, quedando un 6 % por debajo. Por su parte, la demanda para ese (sic) mismos periodos creció en un 13% en octubre de 2012 y en un 7% en julio de 2013. Ahora bien, si se calcula la ocupación media antes de julio de 2013, se obtendría un valor cercano al 60%, es decir un valor dentro del rango de diseño establecido por el CTP. Esto hace suponer que el esquema operativo no se encuentra ajustado a un valor de eficiencia para el servicio, entendiéndose este como un mejor aprovechamiento del recurso disponible, lo cual provoca un sobredimensionamiento de las carreras y la flota, lo que consecuentemente aumenta los costos operativos de la ruta, ya que estos insumos son determinantes en el cálculo de la tarifa. Por otra parte, no se garantiza a los usuarios un nivel aceptable en la prestación del servicio y ya que podrían estarse trasladando a estos costos operativos producto de un nivel no eficiente del servicio, todo esto va en contra del resguardo del principio del servicio al costo.

Finalmente es relevante indicar para mayor abundamiento, que el acuerdo de horarios vigente para las diferentes rutas, datan del año 2002 para la antigua ruta 165, 1992 para la antigua ruta 611, 2002 para la antigua ruta 684 y 1994 para la antigua ruta 607, por lo que desde esas fechas no se han revisado los esquemas operativos de los recorridos.

Adicionalmente, un tema que llama la atención a la Intendencia de Transporte es que a pesar de que con los datos reportados por la empresa para el presente estudio arrojan un nivel de ocupación inferior al 60%; una gran mayoría de opositores en el proceso de audiencia pública manifestaron que las unidades circulan sobrecargadas y muchas veces quedan usuarios sin poder abordar el autobús por falta de espacio en las unidades; esta manifestaciones van en sentido inverso a lo que muestran los datos aportados por el empresario, por lo que la Intendencia de Transporte considera importante y necesario que el ente rector analice la situación real que se está dando en estas comunidades.

Además, los operadores autorizados mediante artículo 8.1 de la Sesión Ordinaria 30-2015 del 27 de mayo de 2015 deben aportar al CTP los requisitos legales y estudios técnicos

establecidos en la resolución RRG-5266-2005 de las 8:00 horas del 2 de enero del 2005 emitida por la Aresep, para efectos del trámite de refrendo correspondiente, siendo indispensables los aspectos técnicos dispuestos en el inciso e) de la cláusula I), punto 3) de dicha resolución. Esta Intendencia de Transporte a la fecha no ha recibido los resultados de los estudios técnicos debidamente aprobados por el CTP, mediante los cuales dicho Consejo verificará el esquema operativo que presta el concesionario y que se evaluó en el proceso de permiso a concesión.

Ahora bien, recordemos que la Aresep basado en su artículo 30 de la Ley 7593, tiene la potestad de aprobar, improbar o rechazar las peticiones de fijación o cambios de tarifas que le sean presentadas, así lo vemos a continuación:

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

Los prestadores de servicios públicos, las organizaciones de consumidores legalmente constituidas y los entes y órganos públicos con atribución legal para ello, podrán presentar solicitudes de fijación o cambio de tarifas. La Autoridad Reguladora estará obligada a recibir y tramitar esas peticiones, únicamente cuando, al presentarlas, cumplan con los requisitos formales que el Reglamento establezca.

***Esta Autoridad podrá modificar, aprobar o rechazar esas peticiones.** De acuerdo con las circunstancias, las fijaciones de tarifas serán de carácter ordinario o extraordinaria” (el resaltado no es del original).*

Conforme a los criterios expuestos anteriormente, es recomendación de esta Intendencia, rechazar la solicitud de revisión tarifaria para la ruta 607, dado que la ocupación de la ruta es menor que el factor mínimo de ocupación establecido por el CTP para el cálculo de horarios y flota de una determinada ruta, aunado a las diferencias que existen entre los datos reportados en los informes estadísticos y lo expuesto por los opositores en las audiencias públicas y adicionalmente, se tiene el hecho de que el empresario reporta estar brindando el servicio con unidades diferentes a las autorizadas por el CTP.

Es menester indicar que antes de proceder a ajustar las tarifas se debe remitir el caso a la Junta Directiva del CTP para que proceda a elaborar un informe técnico que contenga un estudio de demanda actualizado de la ruta que permita revisar el esquema operativo de la misma, el nivel de ocupación a fin de garantizar a los usuarios un nivel aceptable en la prestación del servicio y todas las demás inconsistencias esgrimidas en la resolución de marras. (...)” (folios 666 a 668).

En virtud del razonamiento plasmado en la resolución recurrida, para rechazar la solicitud tarifaria, este órgano asesor procedió a realizar una verificación de las variables utilizadas por la IT, para el análisis tarifario de la petición, al momento del dictado de la resolución recurrida, según las condiciones de operación establecidas por el CTP, para la ruta 607. Se constató, que en el Considerando I de la resolución 005-RIT-2016 –que rechazó la solicitud de revisión tarifaria de la ruta 607- en el punto B. “ANÁLISIS TARIFARIO DE LA PETICIÓN”, se emplearon las variables que se indican en el siguiente detalle:

“(…)

VARIABLES	Aresep	Empresa	Diferencia absoluta	Diferencia (%)
Demanda Neta (personas)	71.620	71.603	17	0,02%
Distancia (km/carrera)	44,45	42,31	2,14	5,07%
Carreras	1.414,37	1.414,37	0,00	0,00%
Flota (unidades)	14	16	-2	-12,50%
Tipo de Cambio (colones)	538,70	539,79	-1,09	-0,20%
Precio combustible (colones)	449,00	477,00	-28,00	-5,87%
Tasa de Rentabilidad	15,56%	15,98%	-0,42%	-2,63%
Valor del Bus (dólares)	109.322,16	119.662,60	-10.340,44	-8,64%
Valor del Bus (colones)	58.891.850	64.592.675	-5.700.825	-8,83%
Edad promedio de flota (años)	7,14	7,14	0,00	0,00%

Fuente: Folio 660.

(...)"

Así las cosas, en el detalle anterior se evidencia que la IT, para el presente estudio tarifario, no incluyó el factor de "la ocupación de la ruta" como una de las variables necesarias para la corrida del modelo tarifario vigente a la fecha de la resolución recurrida, desconociéndose a la fecha, si la misma era determinante para no realizar la corrida del modelo en el presente caso, fundamento que se echa de menos en la resolución recurrida.

De lo anterior se desprende, que existió en el presente caso una violación al debido proceso, ya que dentro del expediente no se hace mención expresa alguna de la consideración, por parte de la IT, del factor de "ocupación de la ruta" como requisito previo de la solicitud tarifaria, ni como factor de valoración final para la corrida del modelo tarifario vigente en ese momento. En la especie fáctica del caso, se tiene que fue ese factor de "ocupación de la ruta" uno de los motivos, por los cuales se rechazó la solicitud tarifaria, fundamento que se reitera, se echa de menos en la resolución recurrida.

Así las cosas, bajo estas circunstancias, y según se desprende del oficio 12-IT-2016/208 –que sirvió de base para el dictado de la resolución recurrida-, la IT no fundamentó el por qué no contaba con los elementos necesarios para la corrida del modelo tarifario vigente a la fecha de emisión de la resolución recurrida para este tipo de servicio público, por lo que no existía razón técnica ni jurídica aparente, para no correr el modelo tarifario en cuestión en el presente caso.

Por último, resulta necesario indicar, que la Junta Directiva de la Aresep, mediante las resoluciones RJD-071-2016, RJD-072-2016 y RJD-073-2016, ya se pronunció sobre este tema en particular y resolvió, entre otras cosas, anular en todos sus extremos las resoluciones emitidas por la IT que rechazaron las fijaciones tarifarias y que se basaron en que la ocupación de la ruta es menor que el factor mínimo de ocupación establecido por el CTP para el cálculo de horarios y flota de una determinada ruta, en virtud de que la IT no incluyó la motivación debida de las razones por las cuales el factor de "la ocupación de la ruta" resultó ser el único impedimento para no realizar la corrida del modelo tarifario ordinario vigente a la fecha de la resolución recurrida, es decir, desconociéndose las razones del por qué resultaba determinante ese factor para no realizar dicha corrida.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que lleva razón la recurrente en su argumento.

2. En la resolución recurrida, se indicó que la empresa brindó el servicio con cinco unidades no autorizadas y que existía una inconsistencia entre la flota autorizada por el CTP y la información estadística reportada por la empresa en el expediente RA-241. Sin embargo, esta situación correspondió a un error material por parte de la empresa.

Sobre este argumento, se le indica a la recurrente que en cuanto a las inconsistencias señaladas por la IT, sobre la flota de autobuses reportada por ella, que en el Considerando I, a folio 662, la IT indicó que para la flota autorizada, contaba con dos fuentes de información. La primera correspondía al oficio DACP-2015-3949 del 10 de junio de 2015 (folios 49 al 53) presentado por Gafeso S.A. en la petición tarifaria contenida en el expediente ET-078-2015 y que también consta a folios 1287 al 1291, del expediente RA-241.

Dicho oficio del Consejo de Transporte Público, versaba sobre la “Sustitución de unidad en la flota de ruta regular y tarjetas de capacidad y tarifa, Ruta N°607, GAFESO, S.A., Expedientes 305073 y 305452, Caso 5999”, en el cual se indica entre otras cosas, la flota autorizada para la ruta con sus respectivas placas y el cual indicó que estaba compuesta por 16 unidades. De esta forma, la IT consideró dicho oficio, como la flota autorizada por el CTP para prestar el servicio, según lo indicó a folio 664.

La segunda fuente de información, que señaló la IT dentro de la sección flota autorizada de la resolución recurrida, corresponde a los reportes estadísticos aportados por la recurrente al expediente administrativo RA-241, los cuales indicó la IT presentaban inconsistencias con respecto al oficio indicado en el párrafo anterior.

Estas inconsistencias, consistían principalmente en cinco unidades que la empresa reportó en el expediente RA-241 y que no se encontraban en el listado del oficio DACP-2015-3949 (flota autorizada según CTP). A saber, las placas señaladas como inconsistentes por la IT son las siguientes: SJB-6995, SJB-7471, SJB-7333, SJB-12198 y SJB-12296.

Lo anterior, fue uno de los motivos por los cuales la IT rechazó el estudio tarifario, así se desprende del Por Tanto I, a folios 674 y 675, de la resolución recurrida, el cual indica en lo que interesa, lo siguiente:

“(…)

proceder a rechazar la solicitud de revisión tarifaria de la ruta 607...

(…)

por el hecho de que el empresario reporta estar brindando el servicio con unidades diferentes a las autorizadas por el CTP,...

(…)”

Sin embargo, la recurrente argumentó que lo ocurrido responde a un error material de su parte, al momento de completar los formularios con la información estadística, de esta forma, las placas indicadas en la información estadística no podían coincidir con la flota autorizada, en razón de que, desde el año 2014, se realizaron diferentes sustituciones de unidades que fueron aprobadas por el CTP.

En ese sentido, esta asesoría procedió a verificar las sustituciones de flota indicadas por la recurrente en el expediente RA-241, encontrándose la siguiente información:

Sustituciones de unidades de la flota autorizada
Ruta 607

Oficio del CTP donde sustituye unidades	Unidad a desinscribir	Unidad a inscribir	Folio RA-241
DACP-2014-1841	SJB-6995	SJB-14488	1200
DACP-2015-0634	SJB-07471	SJB-14723	1254
DACP-2015-3107	SJB-12198 SJB-12296	SJB-14925 SJB-14926	1262
DACP-2015-3949	SJB-07333	LB-1643	1289

Fuente: Elaboración propia. Expediente RA-241

Así las cosas, es importante señalar, que la IT contaba con toda la información concerniente para poder realizar la corrida del modelo y que la inconsistencia alegada en la resolución recurrida por esta Intendencia, para rechazar el estudio tarifario, era posible de esclarecer, por lo tanto, no podía convertirse en una razón para motivar el rechazo de la petición tarifaria.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que lleva razón la recurrente en su argumento.

3. Solicita la empresa Gafeso S.A., que se fijen las tarifas nuevas, para los ramales de San Francisco y San Pedrito, ya que a pesar de estar debidamente autorizadas y con los reportes de estadísticas presentados ante la ARESEP, estás no figuran dentro del pliego tarifario (folio 647).

En cuanto, a la solicitud realizada por la empresa Gafeso S.A., sobre la incorporación de los ramales San Francisco y San Pedrito a pesar de estar autorizadas, se le indica a la recurrente que dichos ramales fueron incluidos como parte del análisis tarifario por parte de la IT. En el Por Tanto I, de la resolución 005-RIT-2015-resolución recurrida- se indica lo siguiente:

“(…)

- I. Acoger el informe 12-IT-2015/208 del 6 de enero de 2016 y proceder a rechazar la solicitud de revisión tarifaria de la ruta 607 descrita como: San Isidro de El General-Buenos Aires de Puntarenas y Ramales, Ramal N° 1: San Isidro de El General-Buenos Aires de Puntarenas y viceversa (Servicio Regular y Directo), **Ramal N° 2: San Isidro de El General-San Francisco y viceversa, Ramal N° 3: San Isidro de El General-San Pedrito y viceversa,** Ramal N° 4: San Isidro de El General-Santa Teresa y viceversa, Ramal N° 5: Buenos Aires-Bolas de Kugra y viceversa, Ramal N° 6: Urbano de Buenos Aires y viceversa, operada por la empresa Gafeso S.A., (...)

(…)” (folios 674 y 675). El resaltado y subrayado no es del original.

Asimismo, en el Considerando I, de la resolución recurrida, a folios 661 y 662, en los apartados 1.2 Distancia y 1.3 Carreras se contemplan los ramales 2 y 3, los cuales corresponden a los alegados por la recurrente. Por lo tanto, a pesar de que no se fijó tarifa para dichos ramales, no es de recibo el argumento de la recurrente, de que los ramales indicados no fueron contemplados en el análisis tarifario, realizado por la IT.

Así las cosas, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

VI. EFECTO ANULATORIO DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA EN VIRTUD DEL RECURSO INTERPUESTO Y POR DISPOSICIÓN DEL ARTÍCULO 162 DE LA LGAP.

En aplicación del artículo 162 de la LGAP y considerando que la Junta Directiva, es el superior jerárquico de las Intendencias de Regulación, en materia tarifaria (artículos 53.b de la Ley 7593 y 6.2 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado -RIOF-), considerando lo establecido en el artículo 102 inciso d) de la LGAP, el cual establece que el superior jerárquico tendrá entre otras, la potestad de adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo; con el fin de evitar que el acto administrativo (resolución recurrida) que llegó a dictarse, adolezca de vicios, se procede a señalar lo siguiente:

Tanto la doctrina nacional, así como la LGAP, clasifica los elementos del acto entre formales y sustanciales.

Concerniente a la nulidad absoluta de la resolución impugnada, debemos de indicar que, para que acontezca —según el artículo 166 de la LGAP—, deben faltar totalmente al acto administrativo, uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente, o bien, que estando presentes, su imperfección (defecto) impida la realización del fin -según el artículo 167 de la LGAP-.

Conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la LGAP, y que son: la falta o 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, tal y como, a nuestro juicio, ocurrió en el caso bajo examen.

Por ello, a criterio de esta asesoría, de conformidad con el artículo 158 de la LGAP la validez de la resolución aquí recurrida, se ve comprometida, al no cumplir con todos los elementos para su validez efectiva.

Lo anterior, en tesis de principio, se logra verificar normalmente, con el cumplimiento y presencia en forma íntegra de los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales.

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

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

El motivo, como elemento sustancial del acto administrativo, es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo.

Por lo tanto, de acuerdo a lo desarrollado ut supra, al presentarse un defecto en el elemento “motivo” del acto recurrido, implica que existe un vicio en uno de sus elementos sustanciales y ello generó la nulidad absoluta de lo actuado y resuelto mediante la resolución recurrida 005-RIT-2016.

Lo anterior, en primer lugar, por cuanto una de las razones para rechazar la solicitud planteada, se fundamentó en que la ocupación de la ruta 607 era de un valor de 41,7%, y ello no cumplía con lo establecido en el artículo 3.1 de la sesión ordinaria N° 74-2014 del 4 de diciembre de 2014 de la Junta Directiva del CTP, sin incluirse la motivación debida de las razones por las cuales el factor de “la ocupación de la ruta” resultó ser el uno de los impedimentos para no realizar la corrida del modelo tarifario ordinario vigente a la fecha de la resolución recurrida, es decir, desconociéndose las razones del por qué resultaba determinante ese factor para no realizar dicha corrida.

En segundo lugar, la inconsistencia alegada por la IT sobre las cinco unidades que la empresa reportó en el expediente RA-241 y que no se encontraban en el listado del oficio DACP-2015-3949 (flota autorizada según CTP, folios 49 al 53), era posible esclarecer, en razón de que en el mismo expediente RA-241, se encontraban los oficios del CTP donde se aprobaban la sustitución de unidades para la flota autorizada, por lo tanto, era posible para la IT realizar la corrida del modelo con la información con la que contaba. De esta forma, esta inconsistencia, no podía convertirse en una razón para motivar el rechazo de la petición tarifaria.

Del análisis de la resolución recurrida, se desprende que la IT rechazó la solicitud tarifaria por tres razones. Las dos primeras, se analizaron en el apartado V de este criterio y la tercera razón se refiere a las diferencias existentes entre los datos reportados en los informes estadísticos y lo expuesto por los opositores en las audiencias públicas.

Sobre este punto, es importante señalar, que la IT indicó en la resolución recurrida lo siguiente:

(...)

Conforme a los criterios expuestos anteriormente, es recomendación de esta Intendencia, rechazar la solicitud de revisión tarifaria para la ruta 607, dado que la ocupación de la ruta es menor que el factor mínimo de ocupación establecido por el CTP para el cálculo de horarios y flota de una determinada ruta, **aunado a las diferencias que existen entre los datos reportados en los informes estadísticos y lo expuesto por los opositores en las audiencias públicas** y adicionalmente, se tiene el hecho de que el empresario reporta estar brindando el servicio con unidades diferentes a las autorizadas por el CTP.

Es menester indicar que antes de proceder a ajustar las tarifas se debe remitir el caso a la Junta Directiva del CTP para que proceda a elaborar un informe técnico que contenga un estudio de demanda actualizado de la ruta que permita revisar el esquema operativo de la misma, el nivel de ocupación a fin de garantizar a los usuarios un nivel aceptable en la prestación del servicio y todas las demás inconsistencias esgrimidas en la resolución de marras.

(...) (Folio 668). Resaltado no es del original.

Sobre este punto, comparte esta asesoría el hecho de que se remitiera al CTP el caso de las supuestas incongruencias en el esquema operativo de la ruta, así como los alegatos expresadas por los usuarios en la audiencia pública.

Al respecto, la resolución recurrida en el Por Tanto III, a folio 675, dispuso:

(...)

III. Solicitar al Consejo de Transporte Público (CTP) la realización de un estudio de demanda actualizado de la ruta, así como la revisión del esquema operativo de la misma y el nivel de ocupación a fin de garantizar a los usuarios un nivel aceptable en la prestación del servicio y no permitiendo que se traslade a los usuarios costos operativos producto de un nivel no eficiente del servicio, todo esto en resguardo del principio del servicio al costo.

(...)

Sin embargo, considera esta asesoría, que estas supuestas inconsistencias, no podían convertirse en una razón para motivar el rechazo de la petición tarifaria, en virtud, de que para tenerlas por acreditadas debe garantizársele el debido proceso a la recurrente, situación que no consta que haya ocurrido y según se desprende de la resolución recurrida, la IT solicitó al CTP la realización de un estudio de demanda de la ruta, la revisión del esquema operativo y los niveles de ocupación de la misma.

En razón de todo lo anterior, y en virtud de la relación inescindible entre motivo y contenido del acto (ordinales 132 y 133 de la LGAP), al detectarse un vicio en el motivo del acto, que da sustento al contenido, sea, a la parte dispositiva del acto, en consecuencia, se detecta un vicio en el contenido, al rechazar la solicitud de revisión tarifaria de la ruta 607, con base en los tres motivos indicados.

Adicionalmente, del análisis del expediente se observa, una violación al debido proceso, ya que en el procedimiento de fijación tarifaria no se hizo mención alguna de la consideración, por parte de la IT, del factor de "ocupación de la ruta" como requisito previo de la solicitud tarifaria, ni como factor de valoración final, para la corrida del modelo tarifario vigente en ese momento.

Debido a lo anterior, y como no existe nexo causal entre las razones jurídicas y/o técnicas que fundamentaron el rechazo de la solicitud tarifaria en los términos en los cuales se realizó en la resolución aquí impugnada, ergo existe una incongruencia entre lo analizado y lo resuelto finalmente en la resolución recurrida, considera este órgano asesor, que lo procedente es declarar la nulidad absoluta de la resolución 005-RIT-2016 y en consecuencia, retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, es decir, al momento de realizarse el análisis tarifario por parte de la IT.

VII. CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto anteriormente, se concluye que:

1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa GAFESO S.A., resulta admisible, por haberse presentado en tiempo y forma.
2. Toda fijación tarifaria debe velar por el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y del prestador del servicio público, en cabal cumplimiento de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 7593.
3. En aplicación del principio de legalidad, las tarifas deben establecerse a tono con los mecanismos debidamente establecidos para tal efecto, mediante el procedimiento que contiene la Ley 7593 y su reglamento, por lo que una vez fijado el modelo de revisión tarifaria, es ésta la herramienta de

cálculo que debe utilizarse, y por ende, el instrumento que determina si existe o no distorsión financiera que deba enmendarse.

- 4. Según la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, entre otras cosas, el modelo constituye un parámetro de control objetivo de la actividad regulatoria de precios quedando la Aresep constreñida a sus resultados. Se trata de una autolimitación normativa, reducción de la discrecionalidad por autodenormatividad. Lo contrario, sumiría a los destinatarios de sus regulaciones en inseguridad jurídica, ignorando las reglas por las cuales serán conocidas y resueltas sus gestiones, lo cual resultaría evidentemente contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad, igualdad, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso. Ver en ese sentido, las sentencias: 355-F-S1-2012, 655-F-S1-2012 y 1687-F-S1-2012.*
- 5. El análisis económico que se realiza a través de la corrida del modelo vigente al momento del dictado de la resolución recurrida, es el que debe determinar y fundamentar el acto tarifario.*
- 6. En el presente caso, la IT justificó la no realización de la corrida del modelo, utilizando un factor de "ocupación de la ruta" que no se estableció dentro del procedimiento como requisito previo o como factor de valoración final para la corrida del modelo en sí y del cual, es ayuna la resolución recurrida en cuanto a su consideración final, como criterio técnico del rechazo de la solicitud planteada, desconociéndose a la fecha, si éste factor resultaba determinante para realizar o no, dicha corrida.*
- 7. Del detalle de las variables consideradas en el análisis tarifario de la petición, se evidencia que la IT, no incluyó el factor de "la ocupación de la ruta" como una de las variables para la corrida del modelo tarifario, desconociéndose a la fecha, si la misma era determinante, para no realizar dicha corrida, fundamento que se echa de menos en la resolución recurrida.*
- 8. Del análisis del expediente se observa, en una violación al debido proceso, ya que en el procedimiento de fijación tarifaria no se hizo mención alguna de la consideración, por parte de la IT, del factor de "ocupación de la ruta" como requisito previo de la solicitud tarifaria, ni como factor de valoración final, para la corrida del modelo tarifario vigente a ese momento, por lo que no existía razón técnica ni jurídica aparente, para no correr el modelo tarifario en cuestión en el presente caso.*
- 9. Se presentó un defecto en el elemento "motivo" y en el elemento "contenido" del acto, que implica que existen vicio en los elementos sustanciales del acto, y ello genera la nulidad absoluta de lo actuado y resuelto mediante la resolución recurrida 005-RIT-2016.*
- 10. Una de las razones para rechazar la solicitud planteada, se fundamentó en que la ocupación de la ruta no cumplía con lo establecido en el artículo 3.1 de la sesión ordinaria N° 74-2014 del 4 de diciembre de 2014 de la Junta Directiva del CTP, sin incluirse la motivación debida de las razones por las cuáles ese factor de "la ocupación de la ruta" resultó ser uno de los impedimentos para no realizar la corrida del modelo tarifario vigente.*
- 11. La IT contaba con toda la información concerniente para poder realizar la corrida del modelo, incluso los oficios de sustitución de flota aprobados por el CTP, así como el oficio de flota autorizada emitido por el ente competente, los cuales constan en el expediente. Las diferencias entre las placas aportadas por la recurrente en el RA-241 y la flota autorizada, eran posibles de esclarecer, por lo tanto, no podía convertirse en una razón para motivar el rechazo de la petición tarifaria.*

12. *En el Considerando I, de la resolución recurrida, apartados 1.2 Distancia y 1.3 Carreras se contemplan los ramales N° 2: San Isidro de El General-San Francisco y viceversa, y N° 3: San Isidro de El General-San Pedrito y viceversa, los cuales corresponden a los alegados por la recurrente. Por lo tanto, a pesar de que no se fijó tarifa para dichos ramales, no era de recibo el argumento de la recurrente, de que los ramales indicados no fueron contemplados en el análisis tarifario, realizado por la IT.*
13. *Las diferencias que existen entre los datos reportados en los informes estadísticos y lo expuesto por los opositores en las audiencias públicas, no podían convertirse en una razón para motivar el rechazo de la petición tarifaria, en virtud, de que para tenerlas por acreditadas debe garantizarse el debido proceso a la recurrente, situación que no consta que haya ocurrido y según se desprende de la resolución recurrida, la IT solicitó al CTP la realización de un estudio de demanda de la ruta, la revisión del esquema operativo y los niveles de ocupación de la misma.*
14. *En virtud de la relación inescindible entre motivo y contenido del acto (ordinales 132 y 133 de la LGAP), al detectarse un vicio en el motivo del acto, que da sustento al contenido, sea, a la parte dispositiva del acto, en consecuencia, se detecta un vicio en el contenido, al rechazar la solicitud de revisión tarifaria de la ruta 607, con base en los tres motivos indicados en la resolución recurrida.*
15. *No existe nexo causal entre las razones jurídicas y/o técnicas que fundamentaron el rechazo de la solicitud tarifaria en los términos en los cuales se realizó en la resolución aquí impugnada, ergo, existe una incongruencia entre lo analizado y lo resuelto finalmente en la resolución recurrida. Se considera que lo procedente es declarar la nulidad absoluta de la resolución 005-RIT-2016 y en consecuencia, retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, es decir, al momento de realizarse el análisis tarifario por parte de la IT.*

[...]"

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa GAFESO S.A., contra la resolución 005-RIT-2016, **2.-** Anular en todos sus extremos, la resolución 005-RIT-2016 y retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, sea este al momento del análisis tarifario correspondiente, **3.-** Agotar la vía administrativa, **4.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **5.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión 35-2016, del 27 de junio de 2016, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 535-DGAJR-2016, de cita, acordó, entre otras cosas y con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

- I. Declarar con lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa GAFESO S.A., contra la resolución 005-RIT-2016.
- II. Anular en todos sus extremos, la resolución 005-RIT-2016 y retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, sea este al momento del análisis tarifario correspondiente.
- III. Agotar la vía administrativa.
- IV. Notificar a las partes, la presente resolución.
- V. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

A las quince horas con cuarenta y cinco minutos se retira del salón de sesiones, los señores Enrique Muñoz Aguilar y Daniel Fernández Sánchez.

ARTÍCULO 4. Solicitud de revocación de orden de inicio al procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra Tramayca S.A, por utilización de unidades no autorizadas por el Consejo de Transporte Público del MOPT. Expediente OT-258-2014.

La Junta Directiva conoce el oficio 522-DGAJR-2016 del 20 de junio de 2016, y 1122-DGAU-2016 del 16 de marzo de 2016 y 330-DGAU-2016 del 27 de enero de 2016, mediante los cuales la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y Dirección General de Atención al Usuario, rinden criterio en torno a la solicitud de revocación de orden de inicio al procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra Tramayca S.A, por utilización de unidades no autorizadas por el Consejo de Transporte Público del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Expediente OT-258-2014.

La señora **Carol Solano Durán** explica los antecedentes, análisis de la solicitud, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 522-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 03-35-2016

1. Tener por recibida la información contenida en los oficios 330-DGAU-2016, 1122-DGAU-2016 y 1145-DGAU-2016.
2. Instruir al Órgano Director, para que una vez que esté listo el presente asunto para el dictado de su resolución final, se incorpore al expediente la certificación del estado actual del procedimiento administrativo seguido en el CTP y de la medida cautelar ahí dispuesta, y que el mismo sea

considerado y valorado en el informe final, a fin de emitir las recomendaciones que se realicen a la Junta Directiva.

3. Comunicar al Órgano Director y a la Dirección General de Atención al Usuario, el presente acuerdo.
4. Trasladar el expediente a la Dirección General de Atención al Usuario, para lo que corresponda.
5. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. El 1 de octubre de 2013, el señor Juan Pablo Monge Rodríguez, la Asociación de Desarrollo Integral Santa Marta de Puriscal, la Asociación de Desarrollo Integral Jilgueral de Puriscal y la Asociación de Desarrollo Integral Bocana de Puriscal, entre otros, interpusieron denuncias por el presunto cobro de tarifas no autorizadas, unidades no inscritas y mal estado de las unidades en las rutas 171 y 198.
- II. El 24 de setiembre de 2015, por medio de la resolución RJD-214-2015, la Junta Directiva ordenó el inicio de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra Tramayca S.A., por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 incisos c) y m) de la Ley 7593. Asimismo, nombró órgano director.
- III. El 27 de enero de 2016, mediante el oficio 330-DGAU-2016, el Órgano Director informó al Órgano Decisor, de la existencia de un procedimiento administrativo y una medida cautelar dictada por el Consejo de Transporte Público (CTP) en contra de Tramayca S.A. Además, recomendó se corrija error material, en la parte dispositiva de la resolución RJD-214-2015.
- IV. El 16 de marzo de 2016, mediante el oficio 1122-DGAU-2016, la Dirección General de Atención al Usuario, amplió el contenido del oficio 330-DGAU-2016. Además se adjuntó el borrador de tres proyectos alternativos de resolución sugeridos a la Junta Directiva, uno en el sentido de revocar la resolución RJD-214-2015, otra con la cual se suspende el procedimiento hasta tanto se resuelva el procedimiento iniciado en el CTP y otra en la cual se ordena al Órgano Director continuar el procedimiento.
- V. El 17 de marzo de 2016, mediante el oficio 1145-DGAU-2016, la Dirección General de Atención al Usuario remitió a la Secretaría de Junta Directiva, el oficio 1122-DGAU-2016.
- VI. El 1 de abril de 2016, mediante el oficio 260-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el oficio 1122-DGAU-2016.
- VII. El 20 de junio de 2016, mediante el oficio 522-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, brindó el criterio sobre los oficios 330, 1122-DGAU-2016 y 1145-DGAU-2016.

CONSIDERANDO:

- I. Que la solicitud fue analizada por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la cual emitió el criterio jurídico respectivo, que sirve de sustento para el presente acuerdo, del cual conviene extraer lo siguiente:

“ (...)”

III. RECOMENDACIONES DEL ÓRGANO DIRECTOR

Revisados los oficios 330-DGAU-2016, 1122-DGAU-2016 y 1145-DGAU-2016, se encuentra que contienen tres propuestas alternativas sugeridas por el Órgano Director y la Dirección General de Atención al Usuario, en cuanto al trámite a seguir con el procedimiento administrativo. Las cuales, son las siguientes:

- a. Revocar la resolución RJD-214-2015 (orden de inicio del procedimiento).
- b. Suspender, por economía procesal, los efectos de la orden de inicio mediante la resolución RJD-214-2015, hasta tanto la Junta Directiva conozca el resultado de los procedimientos que se tramiten en el CTP, relacionados con el presente caso.
- c. Ordenar al Órgano Director continuar con la instrucción del procedimiento administrativo ordinario designado mediante la resolución RJD-214-2015.

IV. ANÁLISIS DE LAS RECOMENDACIONES

Expuestas las tres alternativas, contenidas en los oficios 330-DGAU-2016, 1122-DGAU-2016 y 1145-DGAU-2016, se hace el análisis siguiente:

Sobre la coexistencia de dos procedimientos administrativos pendientes.

Se tiene que la resolución RJD-214-2015 (folios 174 al 178), ordenó la apertura del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Tramayca S.A., con sustento en inspecciones donde se indica que se prestó el servicio con unidades no autorizadas. Razón por la cual, se le atribuyó el supuesto incumplimiento de lo establecido en el artículo 41 incisos c) y m) de la Ley 7593, los cuales estipulan lo siguiente:

[...] **“Revocatoria de concesión o permiso.** Sin perjuicio de las sanciones y responsabilidades que corresponda aplicar de acuerdo con la ley, serán causales de revocatoria de la concesión o el permiso, declarable mediante el proceso administrativo, por la Autoridad Reguladora, las siguientes:

(...)

c) El incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso.

(...)

m) Otras causales establecidas en la ley, la concesión o el permiso.” [...]

Por otra parte, el CTP, ordenó la apertura del procedimiento administrativo y dictó la medida cautelar (cesación temporal de operación de la ruta) contra Tramayca S.A., por cuanto, entre otras razones, porque no utilizaba para la operación de la ruta ninguna de las unidades autorizadas en la flota (folio 207), según lo dispone el artículo 41 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial (Ley 9078):

[...] **“ARTÍCULO 41.- Flota autorizada.** Se prohíbe a los operadores de transporte público prestar el servicio con unidades no autorizadas, fuera de vida útil o que no cuenten con el respectivo permiso especial estable u ocasional expedido por el CTP. En tal caso, la Policía de Tránsito procederá a retirar, de inmediato, la unidad de circulación o inmovilizarla, sin perjuicio de las demás sanciones que le resulten aplicables.” [...]

Así las cosas, sobre las potestades de imperio que ostentan tanto la Aresep como el MOPT, respecto del servicio público de transporte remunerado de personas, la Procuraduría General de la República, mediante el dictamen C-165-2014 del 27 de mayo de 2014, señaló:

[...] “(...) el MOPT mantiene el poder organizador y director correspondiente y la responsabilidad derivada de la vigilancia sobre la correcta prestación del servicio. (...) Le corresponderá fijar las condiciones bajo las cuales se deberá prestar el servicio, estableciendo las cláusulas del mismo, que actúan como reglamento del contrato de concesión. Es en esa medida que puede ser considerado “regulador”. (...) El concesionario o permisionario se somete al MOPT como Administración titular del servicio, porque este debe vigilar y controlar cómo se presta efectivamente el servicio.

Empero, esa dirección y control por parte del Ministerio no excluye la sujeción del servicio a la potestad reguladora por un organismo independiente, como es el caso de la ARESEP. En ese sentido, la situación del transporte remunerado de personas en orden a la regulación no es distinta a la de otros servicios regulados conforme el artículo 5 de la Ley de la ARESEP.” [...]
(El subrayado no pertenece al original)

En concordancia con lo anterior, cabe señalar, que el MOPT ejerce el poder organizador y director sobre el servicio público de transporte remunerado de personas, a través del CTP, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la modalidad de Taxi (Ley 7969).

Como atribución del CTP, destaca para lo que interesa, el artículo 7 inciso f) de la ley de cita, el cual dispone:

[...] **“Atribuciones del Consejo.** El Consejo, en el ejercicio de sus competencias, tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

f) Conocer, tramitar y resolver, de oficio o a instancia de parte, las denuncias referentes a los comportamientos activos y omisos que violen las normas de la legislación del transporte público o amenacen con violarlas. (...)” [...]

Ahora bien, las potestades sancionatorias otorgadas a la Aresep, así como al CTP, no son excluyentes entre sí, tal y como lo determinó, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, en la sentencia 47-2011 del 25 de febrero de 2011, en la que expresó:

[...] “(...) la ARESEP tiene amplias facultades en la regulación y fiscalización de los diversos servicios públicos que se brindan en nuestro país. Asimismo, se debe hacer notar que la ARESEP únicamente sería incompetente en la regulación o fiscalización de un servicio público en el cual otra ley le excluya expresamente, sino es así, la ARESEP puede intervenir

con todas las competencias que le otorga la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), así como otras leyes complementarias a ésta (...) [...] (El subrayado no pertenece al original)

En consecuencia, resulta necesario determinar la vigencia de cada una de las normas mencionadas líneas arriba, a efectos de corroborar si existe norma posterior a la Ley 7593 que haya excluido alguna competencia de la Aresep.

En primer lugar, se tiene que la Ley 7593, se encuentra vigente desde el 5 de setiembre de 1996, y su última reforma sustancial, fue mediante la Ley 8660 del 8 de agosto de 2008. Por su parte, la Ley 7969 (creó el CTP), está vigente desde el 28 de enero de 2000, con la salvedad de que ha sido reformada en artículos puntuales, la última de las reformas es del 9 de julio de 2015. Finalmente, la Ley 9078 (establece la prohibición de utilizar unidades no autorizadas para prestar el servicio) se encuentra vigente desde el 26 de octubre de 2012.

Como se observa, la Ley 7969 y la Ley 9078, son normas posteriores a la Ley 7593, y ninguna de ellas le eliminó, a la Aresep, competencias respecto a su potestad sancionatoria, ni son competencias excluyentes entre sí, en lo que respecta al transporte remunerado de personas, que es el servicio público analizado.

Sobre el particular, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, en la sentencia citada líneas arriba (47-2011 del 25 de febrero de 2011), mencionó:

[...] “En ese sentido estima este Tribunal, que es evidente que la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593) y la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la Modalidad de Taxi (Ley 7969), son normas complementarias y en las cuales no existen derogatorias entre éstas y la especialidad de la materia que regulan es la misma y se complementan una con la otra, sin que pueda afirmarse que sean normativas excluyentes entre sí, sino todo lo contrario.” [...] (El subrayado no pertenece al original)

Asimismo, respecto de la potestad sancionatoria de la Aresep y el CTP, el mismo Tribunal, en dicha sentencia (47-2011 del 25 de febrero de 2011), determinó:

[...] “(...) las potestades de la ARESEP para "revocar" concesiones o permisos (canon 41 de su Ley) se otorga dentro del marco de sus competencias en menesteres tarifarios, y que posibilitan suprimir derechos operacionales de servicios públicos, que no fueron otorgados por ese ente. (...) Ergo, no existe una derogatoria tácita de competencias, sino la emisión de normas sectoriales que precisan aspectos propios del servicio de taxi, lo que no desmejora las competencias que la Ley No. 7593 otorga al ente regulador;” [...]

Si bien, lo transcrito corresponde a una sentencia en que se analiza el servicio público de transporte remunerado de personas en modalidad taxi, lo cierto es que del mismo texto se desprende un análisis general, por cuanto el Tribunal insiste en la potestad sancionatoria de la Aresep, como consecuencia de su atribución de fijar tarifas para los servicios públicos.

En síntesis, considera este Órgano Asesor, que de conformidad con las normas, el dictamen y la sentencia transcritos, no hay razón para suspender los efectos de la orden de inicio de la resolución RJD-214-2015,

hasta tanto se resuelva el procedimiento administrativo que se tramita en el CTP, contra Tramayca S.A., ni para revocar la resolución RJD-214-2015. Lo anterior, por cuanto las competencias atribuidas a la Aresep no han sido derogadas por otra norma de rango legal, y tampoco son potestades excluyentes entre sí, respecto de las conferidas al CTP.

Además, la Junta Directiva mediante el acto administrativo RJD-214-2015, consideró que existía mérito suficiente para ordenar la apertura del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, por lo que lo procedente es que el Órgano Director realice la instrucción del procedimiento. Es decir, la competencia dada al Órgano Director, que es la instrucción del procedimiento, no tiene impedimento legal alguno de ejecutarse, por el hecho de que en el CTP se esté instruyendo otro procedimiento administrativo contra la investigada ni existe una orden en ese sentido.

V. CONCLUSIONES

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

1. *De conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, no hay razón para suspender o revocar los efectos de la orden de inicio contenida en la resolución RJD-214-2015, bajo el argumento de que se tramita en el CTP, un procedimiento administrativo también dirigido contra Tramayca S.A.*
2. *De los oficios 330-DGAU-2016, 1122-DGAU-2016 y 1145-DGAU-2016, no se observa, que la recomendación de suspender la instrucción del procedimiento esté amparada en los presupuestos indicados en la Ley 6227 (graves defectos en la convocatoria a comparecencia o cualquier otra razón que la haga imposible). Tampoco se argumenta, en dichos oficios, un caso fortuito o fuerza mayor, o un daño de difícil o imposible reparación.*
3. *En el presente caso, no se aprecia cual sería la “divergencia grave” entre los efectos del acto (instruir un procedimiento) y el interés público (que el servicio público se brinde conforme las condiciones dadas en el título habilitante). Por ello, no procedería la revocación del resolución RJD-214-2015. Por otra parte, la “circunstancia” de que exista otro procedimiento administrativo en trámite (en el CTP) no es suficiente, por sí misma, para finalizar la investigación de este asunto.*
4. *Resulta innecesario que la Junta Directiva ordene continuar con la instrucción de este procedimiento administrativo, cuando el Órgano Director tiene la obligación de instruir el procedimiento y la Junta Directiva no ha emitido acto alguno en el cual suspendiese la instrucción de éste.*

(...)”

- II. Que la Junta Directiva comparte el criterio emitido por la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria.

POR TANTO LA JUNTA DIRECTIVA

Con fundamento en las facultades conferidas en los artículos 53 inciso p) y 55 inciso b) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593)

RESUELVE

- I. Tener por recibida la información contenida en los oficios 330-DGAU-2016, 1122-DGAU-2016 y 1145-DGAU-2016.
- II. Instruir al Órgano Director, para que una vez que esté listo el presente asunto para el dictado de su resolución final, se incorpore al expediente la certificación del estado actual del procedimiento administrativo seguido en el CTP y de la medida cautelar ahí dispuesta, y que el mismo sea considerado y valorado en el informe final, a fin de emitir las recomendaciones que se realicen a la Junta Directiva.
- III. Comunicar al Órgano Director y a la Dirección General de Atención al Usuario, el presente acuerdo.
- IV. Trasladar el expediente a la Dirección General de Atención al Usuario, para lo que corresponda.

COMUNÍQUESE.

En cuanto a la recomendación adicional contenida en el oficio 522-DGAJR-2016

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria presenta una recomendación adicional, ya que, en el oficio 330-DGAU-2016 se indicó que la resolución RJD-214-2015 contiene un error material, sin embargo, se omitió adjuntar una propuesta de resolución a fin de corregirlo, por lo que, en atención a ello y a fin de no retrasar más la instrucción de este procedimiento, la DGAJR, adjunta una propuesta de resolución a fin de subsanarlo.

Analizada la recomendación adicional, contenida en el oficio 522-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 04-35-2016

1. Corregir el error material de la resolución RJD-214-2015, para que se lea correctamente el Por Tanto I de la siguiente forma:
 - I. Ordenar la apertura de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra TRAMAYCA S.A., cédula jurídica número 3-101-106494, concesionaria de las rutas 171 y 198, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 incisos c) y m) de la Ley 7593.*
2. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 24 de setiembre de 2015, mediante la resolución RJD-214-2015, la Junta Directiva, ordenó el inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra Tramayca S.A., por el supuesto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 incisos c) y m) de la Ley 7593, y además, nombró Órgano Director. (Folios 174 al 178)

CONSIDERANDO:

- I. Que en la parte dispositiva de la resolución RJD-214-2015, se evidencia un error material, el cual consiste en el número de ruta de la cual es concesionaria Tramayca S.A.
- II. Que el artículo 157 de la Ley General de la Administración Pública establece que la Administración Pública, en cualquier tiempo, puede corregir los errores materiales o de hecho o aritméticos. El efectuar estas correcciones, no causa indefensión ninguna de las partes.
- III. Que en la sesión 35-2016 del 27 de junio de 2016, cuya acta fue ratificada el 7 de julio de 2016; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 522-DGAJR-2016, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.
- IV. Que de conformidad con el resultando y considerando que preceden y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es consignar correctamente las rutas que opera Tramayca S.A., tal y como se dispone a continuación.

POR TANTO:

Con fundamento en la Ley General de la Administración Pública;

**LA JUNTA DIRECTIVA
RESUELVE**

Corregir el error material, para que se lea correctamente el Por Tanto I de la siguiente forma:

- I. Ordenar la apertura de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra TRAMAYCA S.A., cédula jurídica número 3-101-106494, concesionaria de las rutas 171 y 198, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 incisos c) y m) de la Ley 7593.*

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 5. Análisis de la solicitud de reglamentación de la sanción contenida en el artículo 41, inciso a), cuando es aplicado en relación con el artículo 38, inciso a), de la Ley 7593, presentada por CANABUS.

La Junta Directiva conoce el oficio 494-DGAJR-2016 del 9 de junio de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno a la solicitud presentada por la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros (CANABUS), de reglamentación de la sanción contenida en el artículo 41, inciso a), cuando es aplicado en relación con el artículo 38, inciso a), de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593).

La señora **Carol Solano Durán** explica los antecedentes, análisis de la solicitud, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 494-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 05-35-2016

1. Rechazar la solicitud de reglamentación de la sanción contenida en el artículo 41 inciso a), cuando es aplicado en relación con el artículo 38 inciso a), de la Ley 7593, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros.
2. Comunicar a la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros, el presente acuerdo.
3. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. El 1º de junio de 2016, la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros (Canabus, solicitó al Regulador General, la reglamentación de las sanciones contenidas en el artículo 41 inciso a), cuando es aplicado en relación con el artículo 38 inciso a), ambos de la Ley 7593. La solicitud indica lo siguiente:

(...)
 - A. SE PROCEDA A REGLAMENTAR LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 38 inciso a) y 41 inciso a) de la Ley 7593, tomando en cuenta la cantidad de usuarios efectivamente transportados en un mes (o en 1 año) por la empresa o empresario, estableciendo a partir de esto un porcentaje mínimo de denuncias efectivamente sancionadas y/o se establezca una cantidad fija de denuncias sancionadas por aplicación del art. 38 inciso a) en combinación con el 41 (Ley 7593) a partir de las cuales procede aplicar la CADUCIDAD O CANCELACIÓN DEL PERMISO.
 - B. En los casos en que no se pueda sancionar a la empresa con CADUCIDAD O CANCELACIÓN DEL PERMISO, por cometer la falta (debidamente comprobada) de cobro no autorizado de tarifa; se le imponga como única medida, la sanción económica contenida en el artículo 38 de la Ley 7593.
 - C. Que se incorpore en el reglamento, lo señalado por la Sala Constitucional en el voto número 2015-001781; a fin de excluir la responsabilidad de la empresa o empresario en casos en que no ha mediado participación alguna de éste, en el cobro de tarifa no autorizada.
- II. El 2 de junio de 2016, mediante el memorando 346-RG-2016, la Jefe del Despacho del Regulador General, remitió para análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la solicitud de Canabus.
- III. El 9 de junio de 2016, mediante el oficio 494-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, brindó el criterio solicitado.

- IV. El 27 de junio de 2016, mediante el oficio 424-RG-2016, el Regulador General trasladó a la Junta Directiva la solicitud indicada y el criterio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria antes citado.

CONSIDERANDO:

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

“ (...)”

I. PRECISIÓN NECESARIA

Conviene desde ahora, indicar que tanto la solicitud como este criterio, están sustentados en un voto de la Sala Constitucional, que interpretó la forma en que debía entenderse, el término de reiteración, para la aplicación del artículo 41 de la Ley 7593.

El referido voto 1781-2015, responde una acción de inconstitucionalidad que interpuso Transportes Deldú S.A. contra el inciso a) del artículo 41 de la Ley 7593, cuando es aplicado en relación con el inciso a) del artículo 38 de la misma Ley.

Se argumentaba, en aquella acción de inconstitucionalidad, que el prestador fue sancionado, a pesar que la norma no diferenciaba entre “conductas dolosas y culposas”. Es decir, que igual se sancionaba al prestador que intencionalmente dispuso el cobro de una tarifa distinta a la autorizada, como a aquel prestador que dispuso el cobro de la tarifa correcta, pero que por alguna razón, el conductor del bus cobró una tarifa distinta.

(...)

III. LEGITIMACIÓN DE CANABUS

El artículo 27 de la Constitución Política garantiza “la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución”.

Por su parte, el numeral 275 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) establece la participación del administrado que posea un interés legítimo: “El interés de la parte deberá ser legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra naturaleza.”

En la solicitud presentada por Canabus, se indicó: “El sector autobuseros de Costa Rica; se encuentra sometido a un peligro constante, de perder sus derechos de operación, en vista de la Irracionalidad y desproporcionalidad de las sanciones que impone la ARESEP, cuando aplica el artículo 41 inciso a) de la Ley 7593 (por reiteración a lo dispuesto en el artículo 38 inciso a- de dicha Ley”.

Por otra parte, consultada la página electrónica de dicha Asociación (<http://canabuscr.com/index.php/quienes-somos>) indica, entre sus principales funciones las siguientes:

“- Coordinar los intereses de las empresas asociadas en una entidad independiente, con personería propia, que tenga la necesaria autoridad a efecto de tomar acuerdos generales, en lo referente al mejoramiento y adecuación de los permisos que prestan, como en lo concerniente a la vigilancia y protección de las concesiones, permisos y derechos de sus asociados ante las Autoridades de Gobierno.

- Promover ante los Supremos Poderes de la República toda gestión, ley, beneficio bancario, y similares que se refieran al transporte público de personas.”

De ello, se deduce que Canabus, en este caso, representa intereses propios del sector autobusero. El cual es un servicio público de transporte remunerado de personas, regulado por la Autoridad Reguladora, conforme lo dispuesto en el artículo 5 inciso f) de la Ley 7593. Por ello, está legitimada para hacer la solicitud en estudio.

IV. CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 41 Y 38 DE LA LEY 7593

Los artículos 41 inciso a) y 38 inciso a) de la Ley 7593, conforme consulta realizada al Sistema Nacional de Legislación Vigente (Sinalevi), establecen lo siguiente:

“Artículo 41.- Revocatoria de concesión o permiso

Sin perjuicio de las sanciones y responsabilidades que corresponda aplicar de acuerdo con la ley, serán causales de revocatoria de la concesión o el permiso, declarable mediante el proceso administrativo, por la Autoridad Reguladora, las siguientes:

a) La reiteración () de las conductas sancionadas en el artículo 38 de esta ley.*

() (Mediante resolución de la Sala Constitucional N° 1781 del 6 de febrero del 2015, se declara sin lugar la acción planteada contra el artículo 41 inciso a, en relación con el artículo 38 inciso a) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos número 7593 y sus reformas siempre y cuando se interprete que el concepto de “reiteración” contenido en el artículo 41 inciso a) impugnado debe entenderse que se trata de la misma falta y que se demuestre en el procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad directa de la persona física o jurídica dueña de la concesión, en la comisión de la falta imputada.)*

Artículo 38.- Multas

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

a) Cobro de tarifas o precios distintos de los fijados, autorizados o establecidos por la Autoridad Reguladora, así como el cobro de una tarifa no fijada previamente por la Autoridad Reguladora.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 41 aparte h) de la Ley N° 8660 del 8 de agosto de 2008)

(...)

Cuando no sea posible estimar el daño, se multará con el monto de cinco a veinte salarios base mínimos fijados en el presupuesto ordinario de la República, de acuerdo con la Ley No. 7337, del 5 de mayo de 1993.”

V. COMPETENCIA REGLAMENTARIA DE ARESEP

En atención a que lo solicitado es que, Aresep, formule un reglamento, conviene indicar que conforme el artículo 25 de la Ley 7593, la Autoridad Reguladora tiene competencia para emitir y publicar los reglamentos técnicos, que especifiquen las condiciones de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, con que deberán suministrarse los servicios públicos.

Dicha competencia comprendería, la emisión de un reglamento que regule las faltas graves o la prestación deficiente del servicio público, que faculte a la Aresep para la revocatoria de la concesión o permiso. Ello, por así disponerlo expresamente el artículo 41 inciso b) de la Ley 7593.

Las propuestas reglamentarias, que Aresep, emita deben ser sometidas previamente al procedimiento de audiencia pública, contemplado en el inciso c) del artículo 36 de la Ley 7593, en el caso de las normas de calidad dispuestas en el artículo 25 de la misma ley.

Por su parte, corresponde a la Junta Directiva decidir si es necesario iniciar el procedimiento de elaboración de una propuesta reglamentaria y la aprobación final del reglamento. Ello conforme con el artículo 53 inciso n) de la Ley 7593, que dispone:

“Son deberes y atribuciones de la Junta Directiva:

(...)

n) Dictar los reglamentos técnicos que se requieran para la correcta aplicación del marco regulatorio de los servicios públicos establecidos en esta Ley y las modificaciones de estos.

(...)”.

Para lo cual, deberá seguir el procedimiento de consulta pública dispuesto en el artículo 361 de la Ley 6227.

Por último, para la decisión de iniciar un procedimiento (sea de audiencia pública o consulta pública, según corresponda), con el fin de aprobar un reglamento como el solicitado, tenerse en cuenta, que el artículo 269 de la Ley 6227 obliga, a la Administración, a actuar con apego a las normas de la economía, simplicidad, celeridad y eficiencia.

Por ello es recomendable, a la luz de lo que se indica en el siguiente acápite, valorar el costo de hacer un reglamento como el solicitado en contraposición con el aporte que el mismo daría al ordenamiento jurídico actual.

VI. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD

Conviene aclarar desde ahora, que no se indica expresamente, ni se deduce, que la voluntad de la Sala Constitucional, al redactar el voto 1781-2015, fuese que la Aresep reglamentara la aplicación del artículo 41 inciso a) en relación con el artículo 38 inciso a) de la Ley 7593. Por el contrario, se indicó la necesidad que cada situación se analice desde sus particularidades, al respecto, se indicó:

“(…) la Sala entiende que resulta más acorde (…), mantener la validez del artículo 41 de la Ley número 7593, y producir una interpretación conforme de su texto que se abra un margen para los operadores jurídicos (…), de manera que puedan hacerse cargo de las particularidades de las distintas situaciones.” (Énfasis propio)

La petición de Canabus, es en el sentido de que Aresep emita un reglamento, a la Ley 7593, en el cual se regule la aplicación de la sanción de revocatoria del título habilitante -artículo 41 inciso a)- en el transporte público remunerado de personas modalidad bus, cuando se esté ante una reiteración de cobro de tarifa distinta a la autorizada –artículo 38 inciso a)-.

Dicha Asociación, solicita que en ese reglamento se incorpore, al menos lo siguiente: a) un porcentaje o cantidad mínima de denuncias efectivamente sancionadas, necesarias para aplicar la revocación de la concesión o permiso, b) en los casos que no pudiese sancionar a la empresa con la revocación del título habilitante se imponga la multa establecida en el artículo 38 de la Ley 7593, y c) excluir la responsabilidad de la empresa o empresario en casos en que no ha mediado participación alguna de éste, en el cobro de tarifa no autorizada.

- a) *Sobre la solicitud de establecer, vía reglamentaria, un porcentaje o cantidad mínima de denuncias efectivamente sancionadas, necesarias para aplicar la revocación de la concesión o permiso.*

Para analizar esta solicitud, debe tenerse presente que se refiere al concepto de reiteración, establecido en el inciso 41 inciso a) de la Ley 7593, antes citado.

Consultado el Diccionario de la Real Academia Española, el término reiteración se define como acción y efecto de reiterar, término que significa volver a decir o hacer algo.

En el Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales de Manuel Osorio, se indica que:

“Reincidencia es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por el delito análogo al que se le imputa, y Reiteración es la circunstancia que puede ser agravante, derivada de anteriores condenas del reo por delitos de índole diversa del que se juzga.”

A efectos de la aplicación del artículo 41 inciso a) de la Ley 7593, a criterio de esta Asesoría, basta que el cobro de tarifas o precios distintos a los fijados, se haya determinado mediante un procedimiento administrativo en firme con resolución sancionatoria, para que se pueda abrir un nuevo procedimiento bajo el apercibimiento de establecer una sanción de revocatoria del título habilitante.

En complemento de lo anterior, debe indicarse que, el concepto de reiteración contenido en el artículo 41 inciso a) de la Ley 7593, fue interpretado por la Sala Constitucional, en el voto 1781-2015, el cual dispuso lo siguiente:

“(…) el concepto de “reiteración” contenido en el artículo 41 inciso a) impugnado debe entenderse que se trata de la misma falta (…)”

En atención a lo indicado, se tiene que el concepto de reiteración, contenido en el artículo 41 de la Ley 7593, se entiende como la repetición de la misma falta cometida antes (ello a través de un voto vinculante de la Sala Constitucional).

Sin embargo, debe considerarse también, que en la misma resolución, se indicó:

*“(…) esta Sala entiende que el concepto de reiteración de los comportamientos descritos por el inciso a) del artículo 38 de la Ley 7593, no asegura por sí mismo, siempre y en todos los casos, que el resultado final sea tan gravoso como para que resulte proporcional la aplicación de la sanción de máxima intensidad del sistema, cual es la revocatoria de concesión o permiso (…).”
(Énfasis propio)*

En consecuencia se interpretó la norma, por parte de la Sala Constitucional, en la forma que se indicará más adelante.

Lo importante es dejar en claro, que la Sala Constitucional, no establece la necesidad de fijar, por parte de Aresep, vía reglamentaria, cantidades o porcentajes mínimos, como lo solicitó Canabus.

Contrario a ello, la Sala Constitucional, estimó que cada caso debe ser valorado a fin de determinar si le es proporcional, la sanción –revocatoria del título habilitante-, a la falta que se investiga.

Para ello, la parte dispositiva del voto 1781-2015, dejó establecidos los siguientes parámetros para la aplicación de la revocatoria de la concesión o permiso, por reiteración de la conducta: a) Que se trate de la misma falta, b) Que se demuestre en el procedimiento administrativo sancionador, c) Que exista responsabilidad directa del dueño de la concesión en la comisión de la falta imputada.

Por otra parte, debe recordarse que dicha norma procura que los servicios públicos sean brindados como corresponde y que las sanciones tienen su sustento en la relación Estado-Prestador, que surge del título habilitante.

En la concesión o el permiso, se establecen las obligaciones que debe asumir, el particular, para gozar de la prerrogativa de lucrar con una actividad, que el Estado catalogó, por ley, como servicio público y que en consecuencia tiene el deber de garantizar su efectiva prestación a la población y fiscalizar su calidad.

Dichos elementos, no fueron olvidados en la resolución 1781-2015 de la Sala Constitucional, que indicó:

“(…) es necesario no perder de vista que una simple declaratoria de inconstitucionalidad en este caso, puede privar al Estado de un mecanismo jurídico apropiado para corregir válidamente un buen número de situaciones (…)”

En conclusión, el aprobar por parte de Aresep, un reglamento (que es una disposición general), que establezca un porcentaje o cantidad mínima de faltas demostradas necesarias para aplicar la reiteración (conforme los artículos 41 inciso a), en relación con el 38 inciso a) de la Ley 7593), es contrario, a lo dispuesto por el voto 1781-2015 de la Sala Constitucional. Dicha resolución estableció, con carácter vinculante, los parámetros para determinar la reiteración y determinó la necesidad que Aresep valorase, en cada caso, si la revocación del permiso o concesión, era proporcional a la falta cometida conforme sus particularidades.

- b) *Sobre la solicitud, que hace Canabus, de establecer, vía reglamentaria, que en los casos que no pudiese sancionar a la empresa con la revocación del título habilitante, se imponga la multa establecida en el artículo 38 de la Ley 7593.*

Sobre este punto, la Sala Constitucional, a través del voto 1781-2015, antes citado, en su considerando VI, indicó:

(...) “la mayoría de la Sala entiende que resulta más acorde con su función de garante del sistema integral de normas y principios que informan el derecho de la Constitución, mantener la validez del artículo 41 de la Ley número 7593, y producir a la vez una interpretación conforme de su texto de modo que se abra un margen para los operadores jurídicos con competencia para la aplicación de dicho texto (sea del ámbito administrativo como el jurisdiccional), de manera que puedan hacerse cargo de las particularidades de las distintas situaciones.” (Énfasis propio)

En el mismo sentido, su considerando VII analiza esa decisión de la siguiente forma:

“(...) esta Sala opta por declarar que la norma no resulta inconstitucional, siempre y cuando se interprete que el texto del encabezado del artículo 41 de la Ley 7593, no impone de forma automática e inexorable la revocatoria de concesión o del permiso cuando se compruebe alguna de las causales recogidas en sus incisos, sino que, solamente recoge los presupuestos de hecho (sic) podrían servir de fundamento a la decisión de revocar una concesión o un permiso por parte de las autoridades competentes, con el debido proceso y las restantes normas y principios componentes del Derecho de la Constitución. (...)”

La Sala Constitucional, hizo esta interpretación en atención a que el mismo artículo 41 indica en su inicio “Sin perjuicio de las sanciones y responsabilidades que corresponda aplicar de acuerdo con la ley (...)”. Es decir, por un principio de proporcionalidad, en aras de evitar un automatismo en la aplicación de la norma que pueda producir resultados injustos.

Con ello, estimó la Sala Constitucional que:

“(...) se logra el espacio necesario para que, en cada caso concreto, la autoridad competente, pueda sopesar los elementos particulares y decidir si se han afectado o no las condiciones o fines esenciales de la prestación del servicio e imponer multas o bien acudir a la revocación que autoriza el artículo 41 de la Ley 7593. (...)”

De lo anterior queda claro, que la Sala evidenció que en la redacción del numeral 41 en estudio, “el legislador eligió estrechar los márgenes al aplicador de la norma”, lo cual obligó a ese tribunal a interpretarla. Dicha interpretación, se hizo con el fin de buscarle un significado más armónico con el principio de proporcionalidad de la sanción.

La Sala Constitucional no indicó que esta situación fuese remediable a través de un reglamento. Evidentemente, se está en materia sancionatoria, donde existe reserva de ley. Un reglamento, no podría venir a “interpretar” como se debe entender una ley (ley entendida en su sentido estricto). Precisamente por la jerarquía de las fuentes establecida en el ordenamiento jurídico administrativo, establecido en el artículo 6 de la Ley 6227.

Sin embargo, llama la atención que la parte dispositiva del voto 1781-2015, no contiene la interpretación que hizo la Sala Constitucional, sobre la posibilidad de aplicar una multa, en los casos del artículo 41 de la Ley 7593, cuando se considere que la revocatoria del título habilitante sería desproporcional a la falta cometida. En atención a ello, es válido cuestionarse si dicha interpretación, realizada en los considerandos de esa resolución, es vinculante.

Al respecto, conviene citar el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley 7135), que establece: “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.”

De lo anterior se concluye, que las valoraciones que hizo la Sala Constitucional, aunque no estén contenidas en su “por tanto” son, al fin y al cabo, precedentes, que obligan a todos los operadores del derecho, salvo, claro está que la propia Sala Constitucional, en un momento posterior, los valore de forma distinta.

De todo lo anterior, se concluye que la solicitud, que hace Canabus, de establecer, vía reglamentaria, que en los casos que no pudiese sancionar a la empresa con la revocación del título habilitante, se imponga la multa establecida en el artículo 38 de la Ley 7593, no introduce nada novedoso al actual ordenamiento jurídico. Ello por cuanto, dicha interpretación ya fue realizada por la Sala Constitucional, en el voto 1781-2015, el cual conforme el artículo 13 de la Ley 7135, es vinculante para todos (inclusive para la Autoridad Reguladora) excepto para ella misma.

- c) Sobre la solicitud de Canabus, de excluir la responsabilidad de la empresa o empresario, en la aplicación del artículo 41 inciso a) en relación con el artículo 38 inciso a) de la Ley 7593, en casos en que no ha mediado participación alguna de éste, en el cobro de tarifa no autorizada.*

Sobre esta solicitud, nuevamente debe indicarse que el voto 1781-2015, de la Sala Constitucional, estableció, con carácter vinculante para todos los operadores del derecho, una interpretación al respecto.

La Sala Constitucional, en esa ocasión, analizó en detalle, que podría existir una variedad importante de circunstancias a considerar, en materia de transporte público remunerado de personas, modalidad bus, que podrían incidir en la constitucionalidad de la norma.

Al respecto, indicó:

“(…) no resulta difícil pensar en situaciones en las que por ejemplo el cobro de una tarifa incorrecta a una persona, en dos ocasiones diferentes y aisladas puedan producir la misma gravosa consecuencia jurídica, que la demostración de la existencia de una práctica generalizada de alguna empresa concesionaria para aprovecharse de su ruta y subir y bajar pasajeros en puntos intermedios y cobrarles igualmente tarifas a su arbitrio sin estar debidamente autorizados para ello. (…)”

Ante ello, en la parte dispositiva del citado voto se indicó, en cuanto al artículo 41 inciso a) de la Ley 7593, que éste no resulta inconstitucional, en la medida que se demuestre en el “procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad directa de la persona física o jurídica dueña de la concesión, en la comisión de la falta imputada.”

En atención a lo indicado, la petición de Canabus, consistente en excluir la responsabilidad de la empresa o empresario en casos en que no ha mediado participación alguna de éste, en el cobro de tarifa no autorizada, mediante un reglamento, no vendría a innovar el ordenamiento jurídico existente, por cuanto existe el voto 1781-2015 de la Sala Constitucional, que así lo dispone.

VII. CONCLUSIONES

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

- 1. Es competencia de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, el decidir, si es necesario iniciar el procedimiento de elaboración de una propuesta reglamentaria. También, le correspondería la aprobación final del reglamento. La elaboración de este tipo de reglamentos, está dispuesta en los artículos 25 y 53 n) de la Ley 7593, para lo cual deberá seguirse el procedimiento establecido en el artículo 36 inciso c) de la misma Ley o el del artículo 361 de la Ley 6227, respectivamente.*
- 2. Mediante la resolución de la Sala Constitucional 1781-2015, del 6 de febrero del 2015, se declaró sin lugar una acción de inconstitucionalidad, planteada contra el artículo 41 inciso a), en relación con el artículo 38 inciso a), de la Ley 7593, siempre y cuando se interprete que el concepto de "reiteración" contenido en el artículo 41 inciso a), debe entenderse que se trata de la misma falta y que se demuestre en el procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad directa de la persona física o jurídica dueña de la concesión, en la comisión de la falta imputada.*
- 3. El aprobar por parte de Aresep, como lo pide Canabus, un reglamento (que es una disposición general), que establezca un porcentaje o cantidad mínima de faltas demostradas necesarias para aplicar la reiteración (conforme los artículos 41 inciso a), en relación con el 38 inciso a), de la Ley 7593), es contrario, a lo dispuesto por el voto 1781-2015 de la Sala Constitucional. Dicha resolución estableció, con carácter vinculante, los parámetros para determinar la reiteración y determinó la necesidad que Aresep valorase, en cada caso, si la revocación del permiso o concesión era proporcional a la falta cometida conforme sus particularidades.*
- 4. La solicitud, que hace Canabus, de establecer, vía reglamentaria, que en los casos que no pudiese sancionar a la empresa con la revocación del título habilitante, se imponga la multa establecida en el artículo 38 de la Ley 7593, no innova el actual ordenamiento jurídico. Ello por cuanto, dicha interpretación ya fue realizada por la Sala Constitucional, en el voto 1781-2015, el cual conforme el artículo 13 de la Ley 7135, es vinculante para todos (inclusive para la Autoridad Reguladora), excepto para ella misma.*
- 5. La petición de Canabus, consistente en excluir la responsabilidad de la empresa o empresario, en casos en que no ha mediado participación alguna de éste, en el cobro de tarifa no autorizada, mediante un reglamento, no vendría a innovar el ordenamiento jurídico existente, por cuanto existe el voto 1781-2015 de la Sala Constitucional, que así lo dispone.*
- 6. La Sala Constitucional, en el voto 1781-2015, no dispuso la necesidad de establecer, por parte de Aresep, reglamentos sobre las normas que fueron objeto de estudio en dicha resolución. Lo que consideró es que cada caso debe ser valorado a fin de determinar si le es proporcional, la sanción – revocatoria del título habilitante-, a la falta que se investiga.*

7. *El artículo 269 de la Ley 6227 obliga, a la Administración, a actuar con apego a las normas de la economía, simplicidad, celeridad y eficiencia. Por ello, es recomendable, valorar el costo de hacer un reglamento como el solicitado (que conlleva el procedimiento de audiencia pública o consulta pública) en contraposición con el aporte que el mismo daría al ordenamiento jurídico actual que contiene la interpretación dada por la Sala Constitucional en el voto 1781-2015.*

(...)”

- III. Que la Junta Directiva comparte el criterio emitido por la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria.

POR TANTO

Con fundamento en las facultades conferidas en los artículos 53 inciso p) y 55 inciso b) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593),

LA JUNTA DIRECTIVA

RESUELVE:

1. Rechazar la solicitud de reglamentación de la sanción contenida en el artículo 41 inciso a), cuando es aplicado en relación con el artículo 38 inciso a), de la Ley 7593, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros.
2. Comunicar a la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros, el presente acuerdo.

COMUNÍQUESE.

A las dieciséis horas con dieciocho minutos se retira del salón de sesiones, la señora Carol Solano Durán.

ARTÍCULO 6. Solicitud de inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio contra Servicentro Demer S.A. por presuntamente haber incurrido en la causal establecida en el artículo 41 inciso c) de la Ley 7593. Expediente OT-122-2014.

A partir de este momento ingresa al salón de sesiones, el señor José Andrés Meza Villalobos, funcionario de la Dirección General de Atención al Usuario, a participar en la presentación del tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce los oficios 459-DGAJR-2016 del 31 de mayo de 2016 y 1886-DGAU-2016 del 10 de mayo de 2016, mediante los cuales la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y la Dirección General de Atención al Usuario, rinden criterio en torno a la solicitud de inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio, contra Servicentro Demer S.A., por presuntamente haber incurrido en la causal establecida en el artículo 41 inciso c) de la Ley 7593.

El señor **José Andrés Meza Villalobos** expone los principales extremos del caso, dentro de los cuales cita los antecedentes, hallazgos y la propuesta de acuerdo que cabría tomar sobre el particular.

Analizado en el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Atención al Usuario, de conformidad con los oficios 459-DGAJR-2016 y 1886-DGAU-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 06-35-2016

1. Ordenar el inicio de un procedimiento administrativo ordinario de tipo sancionatorio contra Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, por el presunto incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso. De acreditarse los hechos investigados, dicha empresa podría ser sancionada con la revocatoria del permiso para prestar el servicio público en la Gasolinera Los Reyes, conforme lo establecido en el inciso c) del artículo 41 de la Ley 7593.
2. Nombrar como órgano director unipersonal del procedimiento para la instrucción respectiva de este asunto a Deisha Broomfield Thompson, cédula de identidad número 109900473, funcionaria de la Dirección General de Atención al Usuario. El órgano director debe realizar todos los actos necesarios para averiguar la verdad real de los hechos que dan base a este procedimiento, otorgar y vigilar el respeto al debido proceso y conceder el derecho de defensa a la parte investigada, para lo cual tendrá todas las competencias otorgadas en la Ley 6227. Cuando el órgano director nombrado se encuentre impedido o por cualquier razón no pueda asumir sus funciones, será suplido por Ana Catalina Arguedas Durán, cédula de identidad número 113230240, funcionaria de la Dirección General de Atención al Usuario, o por José Andrés Meza Villalobos, cédula de identidad número 206380788, funcionario de la Dirección General de Atención al Usuario.
3. Comunicar esta resolución al Ministerio de Ambiente y Energía como ente concedente del título habilitante que posee la parte investigada.
4. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 19 de febrero de 2013, se recibió en esta Autoridad Reguladora el CERTIFICADO DE ANÁLISIS CELEQ-ARESEP-0145-13, suscrito por el Dr. Carlos León Rojas, Director del CELEQ, en el que certifican los resultados de los análisis de las muestras de combustible recolectados en Gasolinera Los Reyes, en visita de fecha 13 de febrero de 2013; en el que se indica que la muestra de diésel, presentó un color verde. (Folio 5)
- II. Que el 5 de setiembre de 2013, se recibió en esta Autoridad Reguladora el oficio CELEQ-1091-2013, suscrito por el Dr. Carlos León Rojas, Director del CELEQ, en el que informa que el 30 de agosto de 2013, se procedió, en el Laboratorio de Hidrocarburos del CELEQ, a la apertura de la muestra testigo de diésel, recolectada el 13 de febrero de 2013, y custodiada en el CELEQ, constatándose que el color del combustible diésel, era verde. (Folios 21 y 22)
- III. Que el 10 de abril de 2014, mediante oficio 435-IE-2014, la Intendencia de Energía, emitió el informe técnico en el cual señalan la no conformidad de la muestra de diésel, por cuanto presenta el color propio de los combustibles destinados a la flota pesquera no deportiva, cuya venta a particulares no autorizados está prohibida. (Folios 2 y 3)

- IV. Que el 15 de enero de 2015, mediante el oficio 106-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario emitió el informe de valoración inicial, en el cual se recomendó ordenar el inicio de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra el Servicentro Demer S.A., por el incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso, así como el nombramiento del órgano director del procedimiento. (Folios 117-122)
- V. Que el 18 de junio de 2015, mediante oficio 444-SJD-2015, la Secretaría de Junta Directiva, trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la solicitud de valoración de apertura del procedimiento contra Servicentro Demer S.A., para su análisis. (Folio 107)
- VI. Que el 31 de mayo de 2016, mediante el oficio 459-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria realizó análisis de la valoración de apertura del procedimiento contra Servicentro Demer S.A. (Correrá agregado a los autos)
- VII. Que el 27 de junio 2016, en la sesión extraordinaria número 35-2016, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó, ordenar el inicio de un procedimiento administrativo, al tenor de lo dispuesto en el inciso c) del artículo 41 de la ley 7593. (Correrá agregado a los autos).

CONSIDERANDO:

- I. Que la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593) en su artículo 41 inciso c) faculta a la Autoridad Reguladora a tramitar procedimientos sancionatorios contra los prestadores de servicios públicos que incumpla por razones injustificadas las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso. Para tal efecto, se realizará el procedimiento ordinario establecido en los artículos 214 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227).
- II. Que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos es una institución autónoma según lo establecen los artículos 188 y 189 de la Constitución Política y artículo 1 de la Ley 7593. Conforme el artículo 45 de esta última se le faculta para establecer su organización interna, a fin de cumplir sus funciones.
- III. Que en el ejercicio de esa facultad auto organizativa, la Junta Directiva, emitió el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF)
- IV. Que conforme con el artículo 6 inciso 18 del RIOF, corresponde a la Junta Directiva ordenar la apertura de los procedimientos administrativos en los cuales la posible sanción a imponer sea la revocatoria de la concesión o el permiso, dictar los actos preparatorios y las medidas cautelares de cierre de empresas o remoción de equipo y dictar la resolución final. Además deberá conocer los recursos que se presenten contra estos actos.
- V. Que el artículo 22 inciso 11 del RIOF, establece que le corresponde a la Dirección General de Atención al Usuario, llevar a cabo la gestión de los procedimientos de resolución de quejas, denuncias, controversias y conflictos de competencia por razón de territorio, así como aquellos procedimientos en los cuales se conozca sobre presentas infracciones a los artículos 38, 41 y 44 de la Ley 7593, sea estos promovidos por un tercero o por la propia Autoridad Reguladora, controlando la ejecución de cada una de sus etapas: admisión, investigación preliminar, conciliación (cuando aplique), instrucción del

procedimiento, análisis de fondo, recomendaciones y propuesta de resolución dirigidas al órgano decisor (Regulador General o Junta Directiva, según corresponda).

- VI. Que para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio se debe nombrar al órgano director del procedimiento que ostente las competencias establecidas en la Ley general de la administración pública (Ley 6227).
- VII. Que Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, está autorizada para prestar el servicio público de suministro de combustibles en la Gasolinera Los Reyes.
- VIII. Que Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, está autorizada para prestar el servicio público de suministro de los siguientes combustibles: gasolina regular, gasolina súper y diésel.
- IX. Que según se desprende de los informes rendidos por el CELEQ, en la visita realizada por ese centro el día 13 de febrero de 2013, se recolectaron 3 muestras de los combustibles dispensados en Gasolinera Los Reyes. Una de esas muestras es entregada al responsable que se encuentre en el momento de la visita en la estación de servicio, otra es analizada en un primer momento por el CELEQ, y la tercera (muestra testigo) se abre, en presencia de un representante del prestador del servicio cuando éste así lo desee, en los casos en que en el primer análisis se detecte el aparente incumplimiento de alguna norma. En el primer análisis realizado por el CELEQ, se pudo detectar que el color del combustible diésel, que se encontraba dispensando la estación de servicio era verde, situación que se comprobó en la apertura de la muestra testigo en fecha 30 de agosto de 2013.
- X. Que el decreto ejecutivo N° 30644-MEIC, “Establece las características y requisitos que deben cumplir los combustibles de diésel y gasolina”, y señala en su artículo 1º, que “Los combustibles destinados a la flota pesquera no deportiva, autorizados por el INCOPECA, mediante las facultades que le confiere la Ley N° 7384, debe tener un color característico que permita su identificación y diferenciación del combustible destinado para otros usos”. Esta norma dice que el color para la gasolina regular destinada a flota pesquera no deportiva será morado y para el diésel destinado a flota pesquera no deportiva azul, imponiéndole a la Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A., en su condición de suplidor único del combustible destinado a la flota pesquera no deportiva, el “instaurar en sus planteles de distribución, los mecanismos que considere necesarios para dotar de color a los combustibles que destine para la citada flota pesquera.”
- XI. Que según hace constar el Ing. Roberto Coto Rojas, Director de la Dirección de Aseguramiento de la Calidad de RECOPE, en oficio DAC-0086-2014, en la coloración del Diésel para la flota pesquera no deportiva la Refinadora Costarricense de Petróleo, utiliza colorante azul, no obstante “dado que el diésel posee un color propio amarillento, la mezcla de estos dos colores primarios resulta en la aparición de una coloración verde, que corresponde al diésel exonerado.” (Folio 46)
- XII. Que en nuestro país el combustible diésel de color azul es el destinado al uso de la flota pesquera no deportiva, y solo puede ser adquirido, y por lo tanto dispensado, a quienes tengan la autorización del INCOPECA.
- XIII. Que las estaciones de servicio deben tener también la autorización para dispensar el combustible destinado al uso de la flota pesquera no deportiva.

- XIV. Que la razón de ser de la diferenciación que se hace del combustible mediante el color según se destine a la flota pesquera no deportiva, obedece a que éste es un producto exento del pago del impuesto único por tipo de combustible establecido en la Ley de simplificación y eficiencia tributarias N° 8114, misma norma que expresamente señala que “Se exceptúa del pago de este impuesto (...) el combustible que utiliza la flota de pescadores nacionales para la actividad de pesca no deportiva, de conformidad con la Ley N° 7384”.
- XV. Que el Ministerio de Ambiente y Energía en la resolución mediante la cual autoriza la prestación del servicio público de venta de combustibles, a Servicentro Demer S.A., establece que **“En ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”**; y mediante resolución R-062-2012-MINAET, dispuso que **“las condiciones específicas de cada permiso, en cuanto a los deberes, obligaciones, causales de caducidad y revocatoria, así como, la ubicación geográfica, tipo de combustibles, cantidad de tanques y capacidad de almacenamiento de cada uno de ellos, corresponderá a los mismos que se encontraban autorizados en el permiso anterior inmediato, es decir al último permiso vigente anterior a”** esa resolución. Así las cosas, la venta a particulares no autorizados, de los combustibles destinados a la flota pesquera no deportiva (mismos que han sido exonerados con este fin determinado), constituye una violación a una condición de la autorización dada por el Poder Ejecutivo, lo cual podría encuadrar dentro de lo dispuesto por el artículo 41 inciso c) de la Ley 7593 y sus reformas, que faculta a la Autoridad Reguladora a tramitar procedimientos ordinarios sancionatorios contra los prestadores de servicios públicos que incurran en el “incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso”, aplicando el procedimiento ordinario establecido en los artículos 214 y siguientes de la Ley general de la administración pública (Ley 6227). Estableciéndose que de comprobarse la falta, se podrá proceder a revocar la concesión o el permiso.
- XVI. Que el Reglamento para la Regulación del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos, decreto ejecutivo 30131, el “titular de la autorización de funcionamiento y de prestación de Servicio Público de suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, es el responsable que las edificaciones (oficinas, áreas de servicio, bodegas, servicios sanitarios), estén en buen estado, higiene, limpieza y pintura, y cumplan con todas las normas y reglamentos dictados por los organismos competentes, respecto a condiciones de seguridad y funcionamiento, instalaciones sanitarias, ventilación, iluminación, materiales de construcción y dimensiones mínimas para oficinas, locales de trabajo, bodegas, servicios sanitarios y ornato, así como del cumplimiento de las obligaciones y deberes contenidos en la resolución de autorización.”
- XVII. Que según el Reglamento para la Regulación del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos, decreto ejecutivo 30131, antes y durante la descarga el transportista y la persona responsable, deberán cumplir, entre otros, con los siguientes requisitos: Verificar que el combustible se reciba en el tanque correspondiente al mismo, y la descarga debe ser supervisada permanentemente por el encargado del recibo.
- XVIII. Que por resolución 628-RCR-2011, de las 15:10 horas del 2 de setiembre de dos mil once, esta Autoridad Reguladora dispuso que “las estaciones de servicio deben controlar, al menos en forma visual, la calidad de los combustibles que reciben y verificar que en las facturas se indique el número del certificado de calidad de RECOPE. Antes de la descarga se debe verificar cuál es el producto que se está depositando en el tanque. Las estaciones de servicio deben contar con un procedimiento estricto para la descarga de los productos y nombrar un responsable de la misma, dada la cantidad de casos en que el combustible aparece contaminado por esos errores.”

- XIX.** Que según los estudios realizados por el CELEQ, el combustible diésel que estaba dispensando Servicentro Demer S.A., en Gasolinera Los Reyes, el día 13 de febrero de 2013, a los vehículos automotores, presentó un color propio del destinado para la venta a la flota pesquera no deportiva, por lo que se desprende que existe mérito suficiente para iniciar el respectivo procedimiento administrativo ordinario sancionatorio en su contra. Toda vez que el combustible dicho, tiene una exoneración con un fin determinado; y con esta conducta presuntamente ha incumplido con una de las obligaciones que le fue impuesta a otorgársele la autorización para la prestación del servicio, y que es no vender a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado.
- XX.** Que el incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso, puede constituir la falta establecida en el artículo 41 inciso c) de la Ley 7593.
- XXI.** Que de la valoración inicial del procedimiento realizada por la Dirección General de Atención al Usuario, mediante el oficio 106-DGAU-2015, se desprende que existe mérito suficiente para iniciar el respectivo procedimiento administrativo ordinario contra Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, por el incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso.
- XXII.** Que conforme lo establecido en el artículo 22 de la Ley 7593, esta resolución debe ser comunicada al Ministerio de Ambiente y Energía.

POR TANTO:

Con fundamento en los artículo 214 y siguientes del Libro Segundo del Procedimiento Administrativo de la Ley 6227, el artículo 41 inciso c) de la Ley 7593, y los artículos 22 inciso 11) y artículo 6 inciso 28) del RIOF:

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

- I.** Ordenar el inicio de un procedimiento administrativo ordinario de tipo sancionatorio contra Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, por el presunto incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso. De acreditarse los hechos investigados, dicha empresa podría ser sancionada con la revocatoria del permiso para prestar el servicio público en la Gasolinera Los Reyes, conforme lo establecido en el inciso c) del artículo 41 de la Ley 7593.
- II.** Nombrar como órgano director unipersonal del procedimiento para la instrucción respectiva de este asunto a Deisha Broomfield Thompson, cédula de identidad número 109900473, funcionaria de la Dirección General de Atención al Usuario. El órgano director debe realizar todos los actos necesarios para averiguar la verdad real de los hechos que dan base a este procedimiento, otorgar y vigilar el respeto al debido proceso y conceder el derecho de defensa a la parte investigada, para lo cual tendrá todas las competencias otorgadas en la Ley 6227. Cuando el órgano director nombrado se encuentre impedido o por cualquier razón no pueda asumir sus funciones, será suplido por Ana Catalina Arguedas Durán, cédula de identidad número 113230240, funcionaria de la Dirección General de Atención al

Usuario, o por José Andrés Meza Villalobos, cédula de identidad número 206380788, funcionario de la Dirección General de Atención al Usuario.

- III. Comunicar esta resolución al Ministerio de Ambiente y Energía como ente concedente del título habilitante que posee la parte investigada.

COMUNÍQUESE.

A las dieciséis horas con veinticinco minutos se retira de salón de sesiones, el señor José Andrés Meza Villalobos.

ARTÍCULO 7. Solicitud de concesión de servicio público de generación eléctrica presentada por la empresa Eólico San Jorge S.R.L. Expediente CE-001-2016.

A partir de este momento ingresa al salón de sesiones, el señor Juan Manuel Quesada Espinoza, Intendente de Energía, a participar en la presentación del tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce los oficios 482-DGAJR-2016 del 6 de junio de 2016, 0675-IE-2016 y 0674-IE-2016, ambos del 19 de mayo de 2016, mediante los cuales la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y la Intendencia de Energía, rinden criterio en torno a la solicitud de concesión de servicio público de generación eléctrica al amparo del Capítulo I de la Ley 7200 y sus reformas, interpuesta por la empresa Eólico San Jorge S.R.L. Expediente CE-001-2016.

El señor **Juan Manuel Quesada Espinoza** explica el análisis realizado a dicha solicitud de concesión, así como las recomendaciones del caso

Analizado el tema con base en lo expuesto por la Intendencia de Energía, de conformidad con los oficios 0675-IE-2016, 0674-IE-2016 y 482-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 07-35-2016

1. Rechazar por inadmisibles la solicitud de concesión interpuesta por la empresa Eólico San Jorge S.R.L., para prestar el servicio público de generación de energía eléctrica, al amparo del *Capítulo I de la Ley 7200 y sus reformas*, consecuentemente ordenar el archivo del expediente administrativo.
2. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO

- I. Que el 26 de abril 2016, la empresa Eólico San Jorge S.R.L., solicitó concesión de servicio público para generación de energía para el proyecto Eólico San Jorge, por una potencia máxima 20 MW, cuya fuente primaria es el viento, con el fin de venderla al Instituto Costarricense de Electricidad (*ICE*), al amparo del Capítulo I de la Ley 7200 y sus reformas (*folios 01 al 06*).

- II. Que el 2 de mayo de 2016, mediante oficio 0574-IE-2016, la Intendencia de Energía (IE) previno a la empresa Eólico San Jorge S.R.L., para que dentro del plazo de 10 días hábiles contados a partir del día siguiente de la respectiva notificación, aportara certificación que hiciera constar que la empresa se encuentra inscrita y al día con las obligaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y con las obligaciones derivadas de la Ley de Fodesaf, así como aclarar el distrito, cantón y provincia en donde se ubica el proyecto eólico, desarrollado por la citada empresa (*folios 75 al 76*).
- III. Que el 11 de mayo de 2016, dentro del plazo conferido para tales efectos, mediante el oficio GP-PESJ-5-32-050516, la empresa Eólico San Jorge S.R.L., brindó respuesta de forma parcial a la prevención realizada por la IE (*folios 77 al 82*).
- IV. Que el 19 de mayo de 2016 mediante oficio 0674-IE-2016, la IE, emitió informe técnico referente a la solicitud de concesión de servicio público para generar electricidad, planteada por la empresa Eólico San Jorge S.R.L. (*corre agregado en autos*).
- V. Que el 6 de junio de 2016, mediante oficio 482-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remite a los miembros de la Junta Directiva su criterio de someter a conocimiento la recomendación elaborada por la IE (*no consta en autos*).
- VI. Que en el procedimiento se han observado las prescripciones de ley.

CONSIDERANDO

- I. Que del oficio 0674-IE-2016 citado, que sirve de base para la presente resolución, conviene extraer lo siguiente:

[...]

II. MARCO JURÍDICO APLICABLE

A la solicitud de la concesión para generar electricidad le resultan aplicables las disposiciones de los artículos 9º y 55 inciso b) de la Ley 7593, de la Ley 7200 y sus reformas, del Reglamento a la Ley 7593 en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y del "Procedimiento para el Otorgamiento de Concesiones para Explotar Centrales de Limitada Capacidad, al Amparo de la Ley Nº 7200 y sus Reformas", publicado en La Gaceta 140 del 21 de julio de 2008.

III. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE CONCESIÓN

La Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 en su numeral 264 indica expresamente:

[...] 1. Aquellos trámites que deban ser cumplidos por los interesados deberán realizarse por éstos en el plazo de diez días, salvo en el caso de que por ley se fije otro. 2. A los interesados que no los cumplieren, podrán declarárseles de oficio o a gestión de parte, sin derecho al correspondiente trámite. [...]

A su vez, el Procedimiento para el Otorgamiento de Concesiones para Explotar Centrales de Limitada Capacidad, al Amparo de la Ley N° 7200 y sus Reformas, publicado en La Gaceta 140 del 21 de julio de 2008, establece en lo conducente:

[...] Efecto del incumplimiento. Vencido el plazo e incumplida la prevención, la Dirección de Servicios de Energía elevará a conocimiento de la Junta Directiva el expediente y el proyecto de auto de archivo de la petición [...]

Para el caso que nos ocupa, el 2 de mayo de 2016, mediante oficio 0574-IE-2016, la IE previno a la empresa Eólico San Jorge S.R.L., para que aportara información faltante, a fin de continuar con el trámite de su gestión de solicitud de concesión. Por esta razón, se le solicitó aportar lo siguiente: a) Certificación que hiciera constar que la empresa se encuentra inscrita y al día con las obligaciones de la CCSS y certificación que haga constar que la empresa se encuentra al día con las obligaciones derivadas de la ley Fodesaf; y b) aclarar el distrito, cantón y provincia en donde se ubica el proyecto eólico, desarrollado por dicha empresa.

El 11 de mayo de 2016, mediante el oficio GP-PESJ-5-32-050516, la empresa Eólico San Jorge S.R.L., dio respuesta parcial a la prevención realizada por la IE, mediante la cual señaló el distrito, cantón y provincia en donde se ubica el proyecto Eólico San Jorge. Sin embargo, reitero su condición de patrono no inscrito ante la CCSS, indicando lo siguiente:

[...] La sociedad Eólico San Jorge S.R.L., a la fecha, no tiene trabajadores de ninguna índole pues no ha empezado sus operaciones comerciales por lo que no tiene ningún tipo de obligación laboral a la fecha, incluyendo las señaladas en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social así como la Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, por lo que presentó junto con la solicitud la constancia de no patrono debidamente emitida por la CCSS así como la certificación que no tiene ningún adeudo emitida por el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, FODESAF. De esta manera, la sociedad se encuentra en estricto cumplimiento con las leyes y directrices que citan en el oficio. Se adjuntan nuevamente las certificaciones que fueron incluidas en la solicitud de Concesión entregada el pasado 26 de abril de 2016 [...].

Sobre lo citado, cabe indicar que el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS (Ley 17), establece lo siguiente:

[...] Los patronos y las personas que realicen total o parcialmente actividades independientes o asalariadas, deberán estar al día en el pago de sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), así como con otras contribuciones sociales que recaude esta Institución conforme a la ley. **Para realizar los siguientes trámites administrativos, será requisito estar inscrito como patrono, trabajador independiente o en ambas modalidades, según corresponda, y al día en el pago de las obligaciones, de conformidad con los artículos 31 y 51 de esta Ley.**

[...]

1.- La admisibilidad de cualquier solicitud administrativa de autorizaciones que se presente a la Administración Pública y esta deba acordar en el ejercicio de las funciones pública de fiscalización y tutela o **cuando se trate de solicitudes de permisos, exoneraciones, concesiones o licencias.** [...] (Lo resaltado no es del original).

Asimismo, de conformidad con el artículo 6 inciso c) de la Ley 7593, le corresponde a la Autoridad Reguladora velar por el cumplimiento, por parte de las empresas reguladas, de las obligaciones en materia tributaria, el pago de cargas sociales, y el cumplimiento de leyes laborales.

Por su parte el criterio C-207-2014 del 26 de junio de 2014, rendido por la Procuraduría General de la República, señaló entre otras cosas lo siguiente:

[...] Como fue desarrollado, si una persona no está inscrita como patrono o trabajador independiente a pesar de tener el deber legal de hacerlo, no puede realizar ante la Administración ninguno de los trámites indicados en el artículo 74 de la Ley Orgánica de la CCSS, lo cual no admite excepción. No obstante, esta situación no implica que la gestión deba o pueda ser rechazada de plano, pues se le deberá otorgar un plazo perentorio no mayor a 10 días hábiles a fin de que ajuste su situación a derecho. De cumplir el interesado con la prevención, y de no existir además ningún otro impedimento, deberá la Administración resolver la solicitud [...].

Se desprende de lo anterior, que si un patrono no está inscrito como tal ante la CCSS, no puede realizar ninguno de los trámites descritos en el artículo 74 de la Ley 17, siendo el deber correlativo del Ente Regulador -actuando dentro de sus competencias- verificar el real cumplimiento del artículo 74 de la Ley 17, en relación con el artículo 22 de la Ley de creación del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (Ley 5662).

Así las cosas, siendo que la empresa Eólico San Jorge S.R.L., no cumplió, a pesar de la prevención realizada por la IE, con el requisito de admisibilidad previsto en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, para dar inicio al trámite de solicitud para el otorgamiento de la concesión de servicio público, en tanto no encontrarse como patrono inscrito ante la CCSS, lo procedente es recomendar el archivo de su petición.

IV. CONCLUSIONES

- 1) La solicitud de concesión de servicio público tramitada por la empresa Eólico San Jorge S.R.L., es para generar electricidad mediante el aprovechamiento del recurso eólico en una planta de 20 MW, al amparo del Capítulo I de la Ley 7200, cuya potencia se destinará para venta al ICE.*
- 2) La empresa Eólico San Jorge S.R.L., no cumplió con el requisito de estar inscrito como patrono en la Caja Costarricense de Seguro Social así como las demás obligaciones asociadas al Fodesaf, prevenido por la IE mediante el oficio 0574-IE-2016.*

[...]

- II.** Que en sesión 35-2016 del 27 de mayo de 2016, cuya acta fue ratificada el 7 de julio de 2016, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 0674-IE-2016 del 19 de mayo de 2016 y el 482-DGAJR-2016 del 9 de junio de 2016, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

Con fundamento en las facultades conferidas en la Ley 7593 y sus reformas y en lo establecido en la Ley General de la Administración Pública;

LA JUNTA DIRECTIVA

ACUERDA:

Rechazar por inadmisibles las solicitudes de concesión interpuestas por la empresa Eólico San Jorge S.R.L., para prestar el servicio público de generación de energía eléctrica, al amparo del Capítulo I de la Ley 7200 y sus reformas; consecuentemente ordenar el archivo del expediente administrativo.

En cumplimiento de lo que ordenan los artículos 245 y 345 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), se informa que contra esta resolución puede interponerse el recurso ordinario de reposición y el recurso extraordinario de revisión ante la Junta Directiva.

De conformidad con el artículo 346 de la LGAP, el recurso de reposición deberá interponerse dentro del plazo de tres días hábiles, contado a partir del día hábil siguiente al de la notificación de este acto y el extraordinario de revisión, dentro de los plazos señalados en el artículo 354 de esa misma ley.

NOTIFÍQUESE.

A partir de este momento se retira del salón de sesiones, el señor Juan Manuel Quesada.

A las dieciséis horas con treinta y cinco minutos finaliza la sesión.

ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ
Presidente de la Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva