

SESIÓN EXTRAORDINARIA

N.º 34-2017

7 de julio de 2017

San José, Costa Rica

SESIÓN EXTRAORDINARIA N.º 34-2017

Acta de la sesión ordinaria número treinta y cuatro, dos mil diecisiete, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el viernes siete de julio de dos mil diecisiete, a partir de las ocho horas con cuarenta minutos. Asisten los siguientes miembros: Roberto Jiménez Gómez, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Adriana Garrido Quesada y Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Xinia Herrera Durán, Reguladora General Adjunta, Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna; Robert Thomas Harvey, Asesor Legal de la Junta Directiva, y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Constancia de inasistencia

Se deja constancia de que el señor Pablo Sauma Fiatt no asiste en esta oportunidad, por cuanto se lo impidió la atención de compromisos de índole laboral, para lo cual informó en la sesión 33-2017.

ARTÍCULO 2. Aprobación del Orden del Día

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura al Orden del Día de esta sesión, lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 01-34-2017

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

1. *Aprobación de Orden del Día.*
2. *Requisitos de admisibilidad de refrendo. Oficio 1044-IT-2017 del 26 de junio de 2017.*
3. *Protocolo de Demanda.*
4. *Presentación del Plan Estratégico Institucional.*
5. *Propuesta de respuesta al diputado Luis Vásquez Castro y otros diputados, en atención al acuerdo 05-27-2017 del acta de la sesión ordinaria 27-2017, celebrada el 6 de junio de 2017.*
6. *Solicitud de otorgamiento de concesión de servicio público de generación eléctrica, planteada por Eaton Power S.A., para el Proyecto Eólico Ventus, dentro del Concurso de Adquisición N° 2014PP-000003-2014-PROV, promovido por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. Expediente CE-007-2016. Oficios 486-DGAJR-2017 del 24 de mayo de 2017, 0561-IE-2017 y 0560-IET-2017, ambos del 9 de mayo de 2017.*
7. *Recurso de revocatoria interpuesto por el señor Walther Herrera Cantillo, contra la resolución RJD-176-2016. Expediente OT-170-2014. Oficio 571-DGAJR-2017 del 15 de junio de 2017.*
8. *Recurso de apelación interpuesto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la*

Asociación Cámara de Autobuseros de Atlántico y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, y solicitud de suspensión de los efectos del acto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste contra la resolución 034-RIT-2015. Expediente ET-005-2015. Oficio 244-DGAJR-2017 del 9 de marzo de 2017.

9. *Recurso de apelación, interpuesto por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste y la coadyuvancia activa de la Asociación Cámara Nacional de Transportes, integrantes todos del Foro Nacional de Transporte Público, contra la resolución 117-RIT-2016. Expediente ET-048-2016. Oficio 250-DGAJR-2017 del 10 de marzo de 2017.*

ARTÍCULO 3. Requisitos de admisibilidad de refrendo

A las ocho horas con cuarenta y cinco minutos ingresan al salón de sesiones, los señores: Enrique Muñoz Aguilar, Intendencia de Transporte; Mauricio González Quesada, Luis Diego Cerdas Rojas, Paolo Varela Brenes y la señora Ericka López Araya, funcionarios de la Intendencia de Transporte; así como el señor Román Navarro Fallas, Asesor legal del Despacho del Regulador General.

La Junta Directiva conoce el oficio 1044-IT-2017 del 26 de junio de 2017, mediante el cual la Intendencia de Transporte remite una propuesta en torno a los requisitos de admisibilidad de refrendo.

La señora **Xinia Herrera Durán** consulta si el tema de los refrendos es competencia de la Junta Directiva o del Regulador General.

Indica que, en el 2005, la Reguladora General emitió la primera resolución sobre la forma en que el Consejo de Transporte Público (CTP), debía presentar los contratos de concesión para refrendo. Posteriormente, en el 2015, el señor Dennis Meléndez Howell, Regulador General, emite el oficio 705-RG-2015, del 23 de setiembre de 2014, mediante el cual se hace una modificación a dicha resolución. Señala que a raíz de la modificación a la resolución dictada en el 2005, el señor Mario Zárate, Director del CTP, le remite un oficio al Intendente de Transporte, haciendo una serie de observaciones por las cuales, muchos de los requisitos de refrendo son ilegales o no proceden. Esto originó una consulta a la Procuraduría General de la República (PGR), ya que, en ese entonces, la institución decidió que los estudios técnicos para renovar contratos de concesiones tenían que ser aprobados por la Aresep. Se aclara que esto no procede y que los únicos estudios técnicos que tienen que ser refrendados por la Aresep, son los de las licitaciones de rutas nuevas y que los estudios técnicos para renovar concesión son de absoluta competencia del CTP y, lo que le corresponde a la Aresep, es el refrendo de la concesión.

Considera que, las causas por las que los refrendos de los contratos de concesión no han ingresado a la Aresep, es porque se están solicitando requisitos que probablemente no exista la forma de cumplirlos. Independientemente de esto, la Junta Directiva no se ha pronunciado sobre este tema; ya que, de conformidad con el artículo 9 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF), el refrendo de los contratos de concesión es competencia del Regulador General.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** agrega que, el Regulador General tiene la potestad de definir metodologías junto con el cuerpo colegiado. En la Junta Directiva se dictan reglamentos generales, políticas. Agrega que el refrendo de los contratos de concesión es un símil a un reglamento; por lo tanto, el Regulador General tendría que aprobar los requisitos de admisibilidad y firmar los refrendos. Por lo anterior, consulta sobre el análisis legal que se hizo al respecto. Además, indica que este asunto ha llevado a un proceso de depuración muy fuerte; de interacción con el CTP, se ha tratado de disminuir una serie de requerimientos que estaban de más, para hacerlo de manera más funcional.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** explica que este asunto ha llevado a un proceso de depuración muy fuerte; de interacción con el CTP, se ha tratado de disminuir una serie de requerimientos que estaban de más, para hacerlo de manera más funcional.

El señor **Robert Thomas Harvey** interviene y procede a leer el artículo 6, inciso 21) del RIOF: que define como función de la Junta Directiva: *“Establecer los requisitos de admisibilidad a que se someterán los trámites de tarifas, quejas, refrendos, concesiones, aprobaciones de cánones y precios de los servicios públicos”*. Asimismo, da lectura al artículo 9, inciso 10), el cual establece que le compete al Regulador General *“Otorgar o denegar el referendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que sean remitidos para estos efectos y resolver los recursos administrativos que correspondan”*.

Seguidamente, el señor **Luis Diego Cerdas Rojas** explica los principales extremos de la propuesta en comentario, titulada “Requisitos para el proceso de renovación y proceso de licitación abreviada 2014-2021”, dentro de lo cual destaca el fundamento jurídico del refrendo; contrato de concesión; Naturaleza jurídica del refrendo; así como el objetivo de la resolución: 1) Contemplar por separado el proceso de renovación de concesiones y el de procedimiento de licitación abreviada (Transitorio II de la Ley 8826 y Decreto Ejecutivo 37737-MOPT), 2) Actualizar cada uno de los requisitos necesarios del refrendo, y 3) Plasmar las justificaciones técnicas y legales de cada uno de los requisitos solicitados.

Asimismo, se refiere a los cambios generales a la resolución RRG-5266-2005; y al listado de requisitos propuestos, al tiempo que responde distintas consultas y sugerencias formuladas por los miembros de la Junta Directiva, acerca de los citados requisitos que se proponen.

La señora **Adriana Garrido Quesada** consulta respecto del refrendo de los contratos de concesión, qué función cumple la Aresep al momento de refrendar y qué aspectos debe de contemplar. Consulta cuál es la razón de ser del refrendo por la ARESEP y por qué, en consecuencia, es buena esta propuesta.

El señor **Robert Thomas Harvey** indica que, desde el punto de vista estrictamente legal, el refrendo es un instituto jurídico que permite que un acto administrativo dictado por un órgano distinto al que refrenda, le dé eficacia jurídica; es decir, que pueda surtir los efectos deseados por las partes contratantes; sin ese requisito de aprobación no puede ejecutarse la voluntad de los contratantes.

En contratación administrativa se deben refrendar los contratos que la legislación señala, o que el órgano que refrenda establece. El refrendo en discusión es de legalidad, hay que vigilar que los requisitos legales para que esa contratación fructifique o se lleve a cabo, razonablemente bien, tiene que pasar por el filtro.

Considera importante lo planteado por la directora Garrido Quesada, no solo, sobre cuál es el valor que agrega la tarea que hace la institución, sino cuál es la función que hace para verificar si tiene la

competencia para hacerlo, o bien, si se tiene que coordinar con el ente concedente, para que incluya en el contrato aquellos aspectos que la Aresep necesita.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** señala que ha sido un trabajo importante e interesante. Sugiere que la Fuerza de Tarea considere los elementos discutidos en esta oportunidad, de manera que, en una próxima oportunidad se continúe con el análisis del asunto.

El señor **Román Navarro Fallas** comenta que, en línea con lo manifestado por el señor Thomas Harvey, efectivamente el refrendo es una técnica de control que realiza un tercero, en este caso, por disposición de ley, la Aresep. En esta técnica de control, lo que se va a revisar es la conformidad del acto, en este caso, del contrato, con el ordenamiento jurídico. En los contratos de concesión la lupa no puede ser otra que la normativa existente; leyes y reglamentos que lo regulan. La función de la Aresep es revisar que ese acto se ajuste en un todo a esos requisitos legales y reglamentarios vigentes. Se trata del ejercicio de una potestad de control similar a la que el ordenamiento jurídico le otorga a la Contraloría General de la República respecto de la revisión de contratos al amparo de la Ley de la Contratación Administrativa. Esta potestad que la Ley otorga a la Aresep difiere de la potestad regulatoria o tarifaria, las técnicas e instrumentos mediante los cuales la ejerce son distintos.

El señor **Enrique Muñoz Aguilar** explica que el Dictamen 165 del 27 de mayo de 2014 de la Procuraduría General de la República aborda el tema del porqué la Aresep refrenda esos contratos; lo cual tiene que ver con las funciones que la Aresep debe cumplir en el tema de los servicios públicos, no solo desde el punto de vista de la fijación de tarifas, sino también de la calidad de los servicios públicos. El desarrollo que hace la Procuraduría es desde el punto de vista de lo que la Aresep le solicite al CTP para refrendar los contratos, tiene que analizarse desde la óptica del cumplimiento de sus funciones regulatorias.

Seguidamente la señora **Adriana Garrido Quesada** conforme a lo discutido en esta oportunidad, presenta una moción con el propósito de que se analice cuál fue la voluntad del legislador en lo concerniente a los requisitos para la renovación de los contratos de concesión, así como para el refrendo de estos.

Analizado el asunto, conforme a lo expuesto por la Intendencia de Transporte; las observaciones externadas por los miembros del cuerpo colegiado; así como en la moción presentada por la directora Adriana Garrido Quesada, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 02-34-2017

1. Continuar, en una próxima sesión, con el análisis y discusión de la propuesta de requisitos de admisibilidad de refrendo, en el entendido de que se ajuste conforme a los elementos discutidos en esta oportunidad.
2. Solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, analizar cuál fue la voluntad del legislador respecto de las condiciones suficientes para renovar los contratos de concesión y del refrendo de estos por parte de la Aresep.

A las once horas con treinta y dos minutos se retiran del salón de sesiones, los señores Enrique Muñoz Aguilar, Mauricio González Quesada, Luis Diego Cerdas Rojas, Paolo Varela Brenes y la señora Ericka López Araya.

ARTÍCULO 4. Propuesta de respuesta al diputado Luis Vásquez Castro y otros diputados.

A partir de este momento ingresa al salón de sesiones, la señora Carol Solano Durán, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y el señor Marlon Yong Chacón, Director General del Centro de Desarrollo de la Regulación, a exponer el asunto objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce una propuesta de respuesta, en atención al acuerdo 05-27-2017 del acta de la sesión ordinaria 27-2017, celebrada el 6 de junio de 2017.

La señora **Carol Solano Durán** explica aspectos generales de la propuesta de respuesta a los diputados Vásquez Castro y otros.

Analizado el asunto, el señor **Roberto Jiménez Gómez** sugiere posponer la decisión de este asunto para una próxima sesión. La Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 03-34-2017

Posponer, para una próxima oportunidad, la decisión en torno a la propuesta de respuesta al diputado Luis Vásquez Castro y otros diputados, en atención al acuerdo 05-27-2017 del acta de la sesión ordinaria 27-2017, celebrada el 6 de junio de 2017.

A las doce horas con treinta y cinco minutos se retiran del salón de sesiones, los señores Román Navarro Fallas y Marlon Yong Chacón.

ARTÍCULO 5. Solicitud de otorgamiento de concesión de servicio público de generación eléctrica, planteada por Eaton Power S.A., para el Proyecto Eólico Ventus.

A partir de este momento ingresa al salón de sesiones, el señor Edwin Canessa Aguilar, funcionario de la Intendencia de Energía, a exponer el tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce los oficios 486-DGAJR-2017 del 24 de mayo de 2017; 0561-IE-2017 y 0560-IE-2017 ambos del 9 de mayo de 2017, mediante los cuales la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y la Intendencia de Energía, respectivamente, rinden criterio en torno a la solicitud de otorgamiento de concesión de servicio público de generación eléctrica, planteada por Eaton Power S.A., para el Proyecto Eólico Ventus.

El señor **Edwin Canessa Aguilar** explica el análisis realizado a dicha solicitud de concesión, así como a las recomendaciones del caso.

Analizada la solicitud, con base en lo expuesto por la Intendencia de Energía de conformidad con los oficios 486-DGAJR-2017, 0561-2017 y 0560-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme:

RESULTANDO

- I. Que el 22 de diciembre de 2016, la empresa Eaton Power S.A., cédula jurídica 3-101-613439, solicitó concesión de servicio público para generación de energía para el Proyecto Eólico Ventus, por una potencia máxima de 20 MW, cuya fuente primaria es la fuerza del viento, con el fin de venderla a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL), al amparo del Capítulo I de la Ley No. 7200 y sus reformas en concordancia con los artículos 2 y 6 de la Ley Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley No.8660 (*folios 1 al 240*).
- II. Que el 20 de enero de 2017, mediante el oficio 0082-IE-2017, la Intendencia de Energía (IE), previno a empresa solicitante, para que en un plazo de diez días hábiles contados a partir del día siguiente de la respectiva notificación, presentara la declaratoria de elegibilidad, que le fue entregada en su momento, por el ente competente (*folios 241 al 243*).
- III. Que el 24 de enero de 2017, la empresa gestionante, dentro del plazo conferido en el oficio 0082-IE-2017, aportó lo prevenido (*folios 244 al 258*).
- IV. Que el 10 de febrero de 2017, mediante el oficio 0110-IE-2017, la IE, extendió la admisibilidad formal y se le solicitó a la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU) programar la respectiva audiencia pública para el trámite de concesión (*folios 259 al 262*).
- V. Que el 20 y 21 de febrero de 2017, se publicó la convocatoria de la audiencia pública en los diarios La Extra y La Teja; y en El Alcance No.40 a La Gaceta No. 38 del 22 de febrero de 2017 (*folios 273 al 275*).
- VI. Que el 3 de abril de 2017, mediante oficio 1005-DGAU-2017, la DGAU, remitió a la IE el Acta N° 24-2017, en la que consta que se realizó la audiencia pública el 21 de marzo de 2017 (*folios 298 al 311*).
- VII. Que el 5 de abril de 2017, la DGAU, mediante el oficio 1007-DGAU-2017, la DGAU remitió a la IE el informe de oposiciones y coadyuvancias (*folios 312 al 313*).
- VIII. Que el 9 de mayo de 2017, mediante oficio 0560-IE-2017, la IE, emitió informe técnico referente a la solicitud de concesión de servicio público para generar electricidad, planteada por la empresa Eaton Power S.A.
- IX. Que el 24 de mayo de 2017, mediante oficio 486-DGAJR-2017, 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.
- X. Que en el procedimiento se han observado las prescripciones de ley.

CONSIDERANDO

- I. Que del oficio 0560-IE-2017 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 5 y 9 de la Ley 7593; el Reglamento a la Ley 7593 (Decreto N° 29732-MP), y sus reformas, en el artículo 4 inciso a) punto 1 y el artículo 30; la Ley 7200 y el Reglamento denominado "Procedimiento para el otorgamiento de concesiones para explotar centrales de limitada capacidad al amparo de la ley 7200 y sus reformas, artículo 3"; en concordancia con los artículos 2 y 6 de la Ley 8660.

III. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CNFL PARA COMPRAR ENERGÍA ELÉCTRICA AL AMPARO DE LA LEY 7200

El 20 de marzo de 2014, mediante el Diario Oficial La Gaceta No.56, fue publicado el concurso de adquisición No. No. 2014PP-000003-PROV, promovido por la CNFL, para la compra de energía proveniente de plantas de generación nuevas.

El 3 de marzo de 2015, la CNFL emitió el informe de recomendación para la calificación de selección del Concurso de Adquisición No. 2014PP-000003-PROV a favor de Desarrollos Ecológicos Escazú S.A Inconformes con lo dispuesto en dicho informe, los consorcios EGP-Segelectrica y Eaton Power-Tilawind, interpusieron recursos de apelación en contra el acto de adjudicación, ante la Contraloría General de la Republica (CGR).

El 16 de junio de 2015 la CGR emitió la resolución No. R-DCA-441-2015, la cual, entre otras cosas, consideró:

[...]

b) Sobre la aplicación de la Ley No. 8600 al concurso y el carácter especial de la Ley No. 7200. *Esta Contraloría General, como lo sería en este caso los MW de energía provenientes de una planta eólica. Ahora bien de la lectura del requerimiento de adquisición que ha diseñado la Administración para este concurso, se observa que el objeto del concurso según la cláusula A.1 del requerimiento de adquisición es: "...la compra de energía eólica proveniente de una o varias plantas de generación nuevas, cada una con una capacidad máxima de hasta 20 MW dentro del territorio nacional, cuyo precio será fijado por el oferente de acuerdo al arancel oficial publicado en la Gaceta # 245 del 21 de diciembre del 2011, Resolución RJD-163-2011 de las quince horas del treinta de noviembre del dos mil once, denominada " Modelo para la determinación de tarifas de referencia para las plantas de generación privada eólica nuevas" (Expediente OT-028-2011), fijado por la ARESEP". (ver disco compacto remitido a través de oficio 3250-0030-2015 del 10 de abril de 2015 que contiene el expediente administrativo en forma digital, carpeta denominada 2014PP-000003-PROVCOMPRA ENERGÍA EÓLICA, documento denominado CARTEL ACTUALIZADO). Bajo esta línea se tiene entonces que el objeto del concurso desarrollado por la Administración es la generación eléctrica autónoma o paralela a partir de plantas de generación eólica. Con la delimitación del objeto concursal se tiene que si bien la Ley No. 8660 habilita a la CNFL a la adquisición y comercialización de productos de energía, el producto como tal que se pretende adquirir cuenta con su propia ley especial que lo regula, independientemente de si la Ley No. 8660 estableció o no una remisión a dicho cuerpo normativo, en virtud del principio de ley especial. Dado que se trata de una ley especial en cuanto al objeto que regula y además se encuentra vigente a este momento. Cabe señalar además que según la ley 7593, ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) en su artículo 5, inciso a)1 establece*

que el suministro de energía eléctrica en la etapa de generación es considerado un servicio público. Bajo esta clasificación que se realiza en la ley de ARESEP de la generación de energía eléctrica, como un servicio público, cobra aún más sentido el hecho de que tal actividad debe regularse específicamente por la ley especial sobre ese tema, como lo es la ley 7200 que autoriza la generación eléctrica autónoma o paralela. Por lo cual no resulta entonces lógico que se pretenda regular la actividad de adquisición de energía por parte de una de las empresas del ICE, a través de un requerimiento de adquisición que desarrolla la misma Administración, antes que la normativa especial que regula la materia. Ahora bien, no pierde de vista esta Contraloría General que si bien el presente procedimiento concursal fue llevado a cabo bajo el amparo de la Ley 8660 en su artículo 6, inciso a), el concurso diseñado para este caso guarda un respeto a la mayoría de lineamientos establecidos en el Capítulo I de la Ley No. 7200, en el tanto se busca la adquisición de energía a partir de plantas de generación eólica de limitada capacidad con un máximo de 20 MW, durante un plazo máximo de 20 años, en donde se deberá obtener una concesión de generación, que los oferentes debían contar con una declaratoria de elegibilidad al momento de presentación de las ofertas, que los proyectos debían contar con el respectivo estudio de impacto ambiental aprobado y que la tarifa de compra de energía eléctrica será la fijada por ARESEP, aspectos todos que pueden ser identificados en los artículos 1, 2, 5, 6, 8 y 14 de la Ley No. 7200. De esa forma, en el manejo del procedimiento se aprecia que se ha respetado lo concerniente a la norma especial, pese a que se pretende que sea reconocida la aplicación de la Ley No. 8660. No obstante, existe un elemento sustantivo relevante que también debe ser observado por la CNFL, que no es otra cosa que el concurso respete el límite establecido para declarar elegible un proyecto de una central de limitada capacidad, en el sentido de que la potencia, por concepto de generación paralela, no llegue a constituir más del quince por ciento (15%) de la potencia del conjunto de centrales eléctricas que conforman el sistema eléctrico nacional, requisito establecido en el artículo 7 de la ley 7200. En ese sentido, no se puede compartir la tesis de la CNFL en el sentido de que la Ley No. 8660 le permite superar estos límites, en la medida que el legislador dispuso en la Ley No. 7200 una regulación específica para generación eléctrica autónoma o paralela. En ese sentido, la Ley No. 8660 si bien se desarrolló en un contexto de fortalecimiento del ICE y sus empresas, no vino a regular en específico el tema que ya había abordado el legislador en la Ley No. 7200, de ahí que en criterio de este órgano contralor debe respetarse ese límite aun cuando se entienda que puede recurrirse a la habilitación de la Ley No. 8660. Estos temas ya han sido abordados con anterioridad por este órgano contralor, mediante el oficio No. 09938 DCA-2280 del 20 de setiembre de 2013, en el cual se indicó: "Sobre este tema, si bien este Despacho no desconoce la exigencia normativa de la Ley N°7200, en el sentido de requerirse la promoción de una licitación pública para estos casos, no debe perderse de vista que el caso en estudio presenta algunos rasgos particulares que veremos de seguido. Al respecto, si bien estamos en presencia de una oferta que fue seleccionada mediante un mecanismo de excepción, debe tomarse en cuenta que esta oferta no fue presentada como consecuencia de un requerimiento ex profeso de la Administración para utilizarla en un procedimiento de esa naturaleza. Sino que más bien, su presentación operó dentro de un procedimiento licitatorio amparado en las mismas regulaciones de la Ley N°7200, por lo que esta oferta fue evaluada y analizada conforme las reglas propias de esa normativa. Este elemento es importante, por cuanto no deja desconocido el hecho de la especialidad que para compra de energía reviste la Ley N°7200, visto que la Administración recurre originalmente a un procedimiento licitatorio inspirado en esa normativa, para llevar a cabo la adquisición de estos servicios. De ahí que las disposiciones de dicha Ley no pueden a juicio de este Despacho entenderse desatendidas o inaplicadas, por recurrirse a los mecanismos de excepción previstos en la Ley N°8660 y su Reglamento, pues para este momento, ya la oferta en cuestión había sido objeto de análisis en dicho proceso licitatorio. Bajo este orden de ideas entonces, nada impediría

que tratándose de la compra de energía eléctrica –bajo cualquiera de los esquemas posibles-, el ICE utilice supuestos de excepción a los procedimientos ordinarios de concurso previstos en su propia normativa (Ley 8660), siempre que se trate de la selección de otros oferentes no seleccionados y elegibles producto de procesos inicialmente seguidos conforme las reglas de la Ley N°7200. Lo anterior, por cuanto pensar en una aplicación aislada y única de la primera Ley, podría provocar una habilitación no deseada por el legislador de adquirir estos servicios de energía solo por medio de un régimen de excepción, y no conforme la ley especial que los rige. De donde se sigue, que este órgano fiscalizador en modo alguno prohija la inaplicación de las reglas de la Ley 7200 para estos casos; sino que desarrollado un proceso bajo dichas reglas, podría ser posible para el ICE recurrir a los mecanismos de excepción previstos en la Ley posterior, sea la Ley 8660 para otras adquisiciones, visto que las disposiciones de esta última son extensivas a la materia energética en virtud de lo señalado en los artículos 2 y 6 de su texto” (el subrayado no es del original). Como se desprende de lo expuesto, es factible que las normas se complementen, siempre que se entienda que la Ley 7200 es la norma sustantiva de la adquisición. Aplicando lo señalado al caso en concreto, se observa que el procedimiento seguido se acerca a los parámetros del Capítulo I de la Ley No. 7200, contextualizando que la CNFL también se rige por principios en su actividad contractual; por lo que no se aprecia un vicio de nulidad absoluta en los términos que regula el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República respecto del procedimiento promovido. Sin embargo, de la lectura del acto final y de la documentación que consta en el expediente del concurso, no se encuentra que exista un análisis o desarrollo de cómo se ha respetado el límite del 15% que contempla la Ley No. 7200 en el contexto del proyecto, pues como se ha dicho no se comparte la tesis de la CNFL de que es factible superar ese tope de la ley especial por medio de la Ley No. 8660. Es por ello que, en criterio de este órgano contralor se impone **la anulación de oficio del acto final** de adjudicación en los términos de los artículos 28 y 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, para que se proceda a la motivación y acreditación de que no se han transgredido esos límites. De esa forma, se ordena a la Administración acreditar en el expediente administrativo y como parte de la motivación del acto final, en el sentido de que se haga constar en forma indubitable que la generación de este proyecto respeta todos y cada uno de los límites sustantivos de la Ley 7200 [...]

Posteriormente, la CNFL, ajustándose a lo dispuesto por la CGR, el 16 de setiembre de 2015 en La Gaceta No.180, la CNFL publicó el acto de readjudicación en firme del Concurso de adquisición No. 2014PP-000003-PROV “Compra de energía eólica en platas de generación nuevas”, a favor de Eaton Power S.A.

Se desprende del criterio de la CGR citado, que la Ley 8660, en su artículo 6 inciso a) establece una habilitación para el ICE y sus empresas, donde se incluye a la CNFL, para que pueda adquirir productos y servicios de electricidad, aplicando sus procedimientos y normas internas. Sin embargo, al existir una ley especial que regula la generación eléctrica autónoma o paralela, se deben observar los parámetros establecidos en la Ley 7200, su reforma y reglamentos.

En ese entendido, la empresa Eaton Power S.A., gestionó la solicitud de concesión de servicio público ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la cual mediante este informe es objeto de análisis.

IV. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE CONCESIÓN

- 1) El P.E. Ventus, por ser su fuente primaria la fuerza del viento, no requiere de concesión de aprovechamiento de aguas.
- 2) El P.E. Ventus, se ubica en el distrito de Santa Rosa, cantón Tilarán de la provincia de Guanacaste (folio 03).
- 3) Mediante las resoluciones No.1864-2006-SETENA del 12 de octubre de 2006, No.1274-2016-SETENA y No.1275-2016-SETENA, ambas del 13 de julio de 2016 y todas pertenecientes al expediente administrativo No.1386-2005-SETENA, se señala que el proyecto eólico cuenta con el Estudio de Impacto Ambiental (48 al 55 y 218 al 227, respectivamente).
- 4) El inciso a) del artículo 6 de la Ley 8660, señala que [...]El ICE y sus empresas, dentro del territorio nacional y fuera de él, serán competentes para lo siguiente: **a) Generar, instalar y operar redes, prestar, adquirir y comercializar productos y servicios de electricidad, telecomunicaciones e infocomunicaciones, así como otros productos y servicios de información y otros en convergencia, de manera directa o mediante acuerdos, convenios de cooperación, asociaciones, alianzas estratégicas o cualquier otra forma de asociación con otros entes nacionales o extranjeros, públicos o privados[...]**
Conforme a lo dispuesto y en concordancia con la Ley 7200, la CNFL al ser una empresa ICE, está facultada para adquirir y comercializar productos y servicios de electricidad, en este caso, comprar energía eléctrica a la empresa Eaton Power S.A., una vez que le sea otorgada la concesión de servicio público por parte de la Aresep y logre suscribir el contrato de compra venta de energía con la CNFL.
- 5) Dispone de carta de elegibilidad del ICE, de acuerdo a los oficios 690-063-2016 del 2 de febrero de 2015 (visible a folio 35), 0510-304-2016 del 17 de febrero de 2016 (visible a folio 36) y 0690-401-2013 del 23 de mayo de 2013 (visible a folios 246 al 247).
En relación a lo anterior, cabe señalar que la empresa Eaton Power S.A., obtuvo primeramente la elegibilidad del ICE mediante el oficio 0690-401-2013 citado, la cual tuvo una vigencia de dos años a partir de la respectiva fecha de aprobación. Posteriormente, la empresa Eaton Power S.A., solicitó la renovación al ICE de citada carta de elegibilidad, siendo la respuesta de esa Institución lo plasmado en el oficio 0510-304-2016, donde el señor Luis Pacheco Morgan, señaló en lo conducente:

[...] Dado lo anterior, la División Jurídica Corporativa mediante Nota 257-046-2016 manifestó que **no se considera necesario el análisis de la solicitud de elegibilidad**, debido a que el P.E. Ventus es un proyecto que se encuentra con una adjudicación en firme por parte de otra empresa del Grupo ICE.

Por su parte, el Área Investigación e Ingeniería de Proyectos Empresariales de la CNFL S.A., comunicó que la empresa Eaton Power S.A. **no requiere realizar una renovación de la elegibilidad**, dado que para los efectos de la adjudicación con la CNFL, tienen en proceso la definición de conexión definitiva al SEN, elemento que sí es necesario para continuar con el trámite de negociación y firma de contrato. [...] (Lo subrayado no pertenece al original).

Se concluye, que según lo manifestado por el ICE, la empresa Eaton Power S.A., cuenta con el requisito de admisibilidad previsto en el inciso 2) del artículo 30 del Decreto Nº 29732-MP y que no requiere renovación debido a que el P.E. Ventus es un proyecto que se encuentra con una adjudicación en firme por parte de otra empresa del Grupo ICE.

- 6) *El capital social corresponde más del 35% a costarricenses, de conformidad con lo que dispone el artículo 3 de la Ley 7200 (folios 24 al 28).*
- 7) *Se aporta la documentación de estar al día con las obligaciones de seguridad social y del fondo de desarrollo social y asignaciones familiares, (Fodesaf) (folios 154 y 156).*
- 8) *La Intendencia de Energía verificó que la documentación aportada por la solicitante, además de los requisitos de admisibilidad, cumpliera con lo establecido en el "Procedimiento para el Otorgamiento de Concesiones para Explotar Centrales de Limitada Capacidad, al Amparo de la Ley N° 7200 y sus Reformas". En el expediente consta lo siguiente:*
 - a. *Certificación registral de personería del apoderado generalísimo sin límite de suma de la solicitante (folios 16 al 19).*
 - b. *Certificación de origen de capital social (folio 26 al 28).*
 - c. *Constancia de la carta de elegibilidad emitida por el Instituto Costarricense de Electricidad, de acuerdo a la nota 0690-401-2013 del 23 de mayo de 2013 y nota 0510-304-2016 del 17 de febrero de 2016, en esta última, el ICE señala que no se requiere la renovación de la elegibilidad, dado que el P.E.Ventus posee adjudicación en firme (folios 36 y 246 al 247).*
 - d. *Certificación de estar al día con las cuotas obrero-patronales de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) (folio 154).*
 - e. *Certificación de estar al día con las obligaciones derivadas de la Ley de FODESAF (folio 156).*
 - f. *Detalle de la planta y ubicación geográfica (folio 71 al 152).*
- 9) *Que con corte a abril del presente año la capacidad del SEN es de 3 486,8 MW, de estos el 15 % de la capacidad instalada al que se refiere la Ley 7200 en su Capítulo I corresponde a 423 MW. A la fecha ha sido otorgadas concesiones por 596,8 MW y se encuentra instalados 288,1 MW lo que corresponde a un 8,3% del SEN.*

De otorgarse esta concesión la capacidad otorgada mediante concesión sería de 616,8 MW (18% del SEN a abril 2017) y una vez esta planta se conecte al SEN la capacidad instalada del SEN aumentaría a 3 506,8 MW mientras que la capacidad instalada por Capítulo I de la Ley 7200 sería de 308,1 MW lo cual representaría un 8,8% del SEN con lo cual no se alcance el límite del 15% establecido.

V. ANÁLISIS DE LAS POSICIONES O COADYUVANCIAS PRESENTADAS EN LA AUDIENCIA PÚBLICA:

La Audiencia Pública se realizó de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley N° 7593) y los artículos 50 al 56 del Decreto N° 29732-MP.

De acuerdo con el oficio 1007-DGAU-2017, correspondiente al informe de oposiciones y coadyuvancias, remitido por la DGAU a la IE, se recibieron en total 5 posiciones, las cuales fueron debidamente admitidas.

A continuación se procede a resumir las oposiciones y coadyuvancias presentadas así como su respectivo análisis:

1. Oposición presentada por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL)

La CNFL mediante el Concurso de Adquisición 2014PP-000003-PROV, estableció el pliego cartelario correspondiente para recibir ofertas por compra de energía eólica proveniente de plantas de generación nuevas con una capacidad máxima de hasta 20MW.

En dicho pliego cartelario se establecieron una serie de cláusulas relativas al plazo de entrega para el cumplimiento de compromisos, las cuales Eaton Power S.A., aceptó cumplir con todas las reglas establecidas en tiempo y forma, sin embargo, a la fecha la empresa ha sobrepasado el plazo otorgado para la presentación de la concesión de generación solicitada, incumpliendo así con lo establecido en el cartel.

La CNFL solicita se declare sin lugar la solicitud de otorgamiento de concesión de servicio público de generación eléctrica interpuesta por la empresa Eaton Power S.A. para el proyecto eólico Ventus, en vista del no cumplimiento de los plazos otorgados en el pliego cartelario.

Respuesta:

El artículo 11 la Ley General de la Administración Ley No. 6227, sustenta la aplicación del principio de legalidad, el cual es base fundamental del derecho administrativo y en general del derecho público, en el entendido que la Administración sólo puede realizar aquello que se encuentre habilitada. Al respecto la Sentencia 962-12 de la Sala Constitucional señaló: [...] El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar sometidos a la ley, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico, es lo que se conoce como el principio de juridicidad de la Administración, sea que las instituciones públicas solo pueden actuar en la medida en la que se encuentre apoderadas para hacerlo por el mismo ordenamiento y normalmente a texto expreso, en consecuencia solo le es permitido lo que esté constitucionalmente y legalmente autorizado en forma expresa y todo lo que no les esté autorizado, les está vedado.”

En ese sentido, las solicitudes de concesión de servicio público para generar electricidad con centrales eléctricas de capacidad limitada, hasta un máximo de 20 mil kilovatios, le resultan aplicables las disposiciones de la Ley N°7593 y su Reglamento (Decreto 29732-MP), el Capítulo I de Ley N°7200 y su Reglamento (Decreto 37124-MINAET) y 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 N°140 del 21 de julio de 2008.

Como requisitos fundamentales para el trámite del otorgamiento de una concesión de servicio por parte de la Aresep, se encuentran la aprobación del estudio del impacto ambiental y la declaratoria de elegibilidad, ambos emitidos por los entes competentes (artículo 30 del Decreto 29732-MP).

Asimismo, 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 N°140 del 21 de julio de 2008, en su artículo 3, establece lo siguiente:

[...] 3) Verificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 285 de la Ley General de la Administración Pública y la Ley 7200, la Dirección de Servicios de Energía verificará que la solicitud contenga lo siguiente:

- a) Indicación de la oficina a la que se dirige.
- b) Nombre y apellidos y calidades del representante legal.

- c) Pretensión.
- d) Señalamiento de lugar o medio para escuchar notificaciones.
- e) Fecha y firma.
- f) Referencia de la resolución (número y fecha) en que se aprueba el Estudio de Impacto Ambiental por parte de la Secretaría Técnica Ambiental del MINAE o en su defecto, de la solicitud presentada a dicho ente.
- g) Referencia de la Carta de Elegibilidad que otorga el ICE al proyecto de generación, cuando se trate del Capítulo I de la Ley 7200.
- h) Declaración de que el Instituto Costarricense de Electricidad adjudicó en firme la licitación pública y referencia de la misma (referencia de la publicación en La Gaceta), cuando se trate del Capítulo II de la Ley 7200.
- i) Detalle general de planos de diseño del proyecto unifilar y ubicación geográfica [...]

Se desprende lo anterior, que para que la Aresep active el trámite para el otorgamiento de una concesión de servicio público al amparo del Capítulo I de la Ley 7200, las empresas solicitantes deben de cumplir cada uno de los requisitos establecidos en el ordenamiento, en cumplimiento del principio de legalidad.

En razón de lo anterior, una vez analizada por la Intendencia de Energía la solicitud de la empresa Eaton Power S.A., se verificó que dicha empresa cumpliera de conformidad con cada uno de los requerimientos de admisibilidad en su solicitud -a saber estudio de impacto ambiental y carta de declaratoria de elegibilidad del ICE- y por ello, se activó el trámite respectivo para finalmente emitir el criterio correspondiente, en virtud del inciso 16) del artículo 17 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF).

En este sentido, en el caso que se determine por parte de la Junta Directiva, al amparo del ordenamiento jurídico, que la empresa solicitante cumple o no con los requisitos definidos en las normas citadas, se tomará la decisión de aprobar o rechazar la solicitud de concesión interpuesta por la empresa Eaton Power S.A.

Así las cosas, el incumplimiento cartelario de la empresa Eaton Power S.A., indicado por la CNFL, no representa un impedimento para otorgar o rechazar por parte de la Aresep la concesión de servicio público, al amparo lo dispuesto en la Ley 7200 su reforma y reglamentos.

2. Oposición presentada por la señora Katia Isabel Gutiérrez Vargas, portadora de la cédula de identidad número 2-0537-0537.

Señala la señora Gutiérrez que en representación de los vecinos, se opone al proyecto por el ruido generado por las aspas, pues estaría cerca de donde se va a instalar la primera torre. En la actualidad se escucha el ruido que está en Tilawind, el cual es muy fuerte más cuando no hay viento.

Además no conoce si existe un reglamento o algo similar que indique cual es la distancia entre las casas y las torres. Manifiesta su preocupación que las propiedades se devalúen por el ruido.

Respuesta: Tal como se indicó, las solicitudes de concesión de servicio público para generar electricidad al amparo de la Ley 7200, le resultan aplicables las disposiciones de la Ley N°7593 y su Reglamento (Decreto 29732-MP), la Ley N°7200 y su Reglamento y 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 N°140 del 21 de julio de 2008. Lo anterior de conformidad con el

cumplimiento del principio de legalidad contenido en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública.

Por ello se considera que la oposición realizada contiene consideraciones que escapan de las competencias conferidas en la Ley 7593 y 7200 a la Aresep.

3. Oposición presentada por el señor Juan Carlos Salas Charpertier, portador de la cédula número 2-0462-0282.

Manifiesta el señor Salas, que al pueblo le hace falta información antes que se genere el proyecto, por ejemplo qué tipo de máquinas viene, qué tipo de certificación tienen con respecto al sonido.

Respuesta: Se le indica al señor Salas que las solicitudes de concesión de servicio público para generar electricidad al amparo de la Ley 7200, le resultan aplicables las disposiciones de la Ley N°7593 y su Reglamento (Decreto 29732-MP), la Ley N°7200 y su Reglamento y 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 N°140 del 21 de julio de 2008. Lo anterior de conformidad con el cumplimiento del principio de legalidad contenido en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública.

Por ello se considera que la oposición realizada contiene consideraciones que escapan de las competencias conferidas en la Ley 7593 y 7200 a la Aresep.

4. Oposición presentada por el señor Oscar Luis Elizondo Salas, portador de la cédula de identidad número 5-0158-0356.

Señala que no hay información sobre el proyecto. En este momento se están sufriendo las consecuencias de los sonidos y problemas. El pueblo no ha tenido beneficio con este tipo de proyecto, por lo que solicita ayuda no sea solo al inicio sino que se brinde la misma durante los 20 años en que se instala el proyecto.

Respuesta: Se le señala al señor Elizondo que las solicitudes de concesión de servicio público para generar electricidad al amparo de la Ley 7200, le resultan aplicables las disposiciones de la Ley N°7593 y su Reglamento (Decreto 29732-MP), la Ley N°7200 y su Reglamento y 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 N°140 del 21 de julio de 2008. Lo anterior de conformidad con el cumplimiento del principio de legalidad contenido en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública.

Por ello se considera que la oposición realizada contiene consideraciones que escapan de las competencias conferidas en la Ley 7593 y 7200 a la Aresep.

5. Coadyuvancia presentada por la señora Jeanette Gutiérrez Briceño, portadora de la cédula de identidad 5-0152-0033.

En resumen, la señora Gutiérrez, manifiesta estar conforme con el proyecto pues todos los proyectos eólicos han sido de gran aporte social, pues en Tilarán se necesita desarrollo. Además, señala que si el Minae no pudo dar respuesta a tiempo, la empresa tampoco podía cumplir con lo solicitado.

VI. CONCLUSIONES

- 1) *El señor Carlos Francisco Graffigna Tamayo, representante legal de la empresa Eaton Power S.A, solicitó en tiempo y forma a la Autoridad Reguladora, concesión para prestar el servicio público de generación de energía.*
 - 2) *La solicitud de la concesión para generar electricidad mediante el aprovechamiento de la fuerza del viento, al amparo del Capítulo I de la Ley 7200, se encuentra ajustada a la legislación vigente, pues cumple con los requisitos establecidos.*
 - 3) *La concesión de servicio público que se solicita, debe sujetarse al cumplimiento de las condiciones ambientales que los entes competentes establezcan.*
 - 4) *Dado el límite impuesto por el capítulo I de la Ley 7200, la concesión puede otorgarse por un máximo de 20 años [...].*
- II. Que en sesión extraordinaria 34-2017 del 7 de julio de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 0560-IE-2017 del 9 de mayo de 2017 y el 486-DGAJR-2017 del 24 de mayo de 2017, acordó con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

- I. 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 DE LA AUTORIDAD REGULADORA
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
RESUELVE

ACUERDO 04-34-2017

- I. Otorgar a la empresa Eaton Power S.A., cédula jurídica 3-101-613439, concesión para prestar el servicio público de generación de energía, cuya fuente primaria es la fuerza del viento, al amparo del Capítulo I de la Ley 7200 y sus reformas, para la operación del Proyecto Eólico Ventus, con una capacidad 20 MW, por un plazo de 20 años, contado a partir de su otorgamiento por parte de la Junta Directiva.
- II. Indicar a la empresa Eaton Power S.A. que el Proyecto Eólico Ventus, debe cumplir no solamente con las condiciones estipuladas en el contrato que tiene suscrito o el que suscriba posteriormente con la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL), sino también con la normativa técnica aplicable que la Autoridad Reguladora haya aprobado o llegue a aprobar en el ejercicio de sus facultades reguladoras. Así como también que le serán aplicables las condiciones de caducidad y de revocatoria de la concesión, señaladas en los artículos 15, 38, 39 y 41 de la ley 7593 y sus reformas y las que señale cualquier otra ley especial en la materia.
- III. Indicar a la empresa Eaton Power S.A., que debe cumplir con las condiciones relativas a la protección al ambiente, que establezcan tanto la legislación vigente como los entes estatales correspondientes, en cumplimiento de sus potestades legales.

- IV. Indicar a la empresa Eaton Power S.A., que debe cumplir con todas las obligaciones contenidas en el artículo 14 de la Ley 7593 y sus reformas y debe remitir a la Autoridad Reguladora toda la información que le sea solicitada en el ejercicio de sus funciones legales.
- V. Indicar la empresa Eaton Power S.A., que debe pagar el canon de regulación establecido por la Autoridad Reguladora y mantenerse al día, pues la falta de pago de dicho canon, dará lugar a las sanciones establecidas en la Ley 7593 y sus reformas.

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.
ACUERDO FIRME.**

A las doce horas con treinta y ocho minutos se retira del salón de sesiones, el señor Edwin Canessa Aguilar.

ARTÍCULO 6. Recurso de revocatoria interpuesto por el señor Walther Herrera Cantillo, contra la resolución RJD-176-2016. Expediente OT-170-2014.

La Junta Directiva conoce el oficio 571-DGAJR-2017 del 15 de junio de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de revocatoria interpuesto por el señor Walther Herrera Cantillo, contra la resolución RJD-176-2016. Expediente OT-170-2014.

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

Analizado el recurso con base en lo expuesto por Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 571-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 24 de julio de 2014, mediante la resolución RJD-070-2014, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, entre otras cosas, resolvió: *“I. Ordenar la apertura del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio a la Señora Mary Iliena Méndez Jiménez, conocida como Maryleana Méndez Jiménez, cédula de identidad 1-0655-0757, al señor Carlos Raúl Gutiérrez Gutiérrez, cédula de identidad 1-0503-0955 y al señor Walter Herrera Cantillo, cédula de identidad 1-0521-0787; por supuesto incumplimiento de su obligación de actuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 8422, Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, en relación con el artículo 1 del Decreto Ejecutivo 32333, Reglamento a la Ley 8422.”* Además, se nombró como órgano director del procedimiento, al Lic. Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora y

como asesores del órgano director, a la señora Marta Monge Marín y al señor Marlon Yong Chacón, ambos funcionarios de la Institución. (Folios 497 al 500).

- II. Que el 3 de marzo de 2016, mediante la resolución RJD-045-2016, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, entre otras cosas, resolvió: *“I. Modificar el punto I de la parte resolutoria de la resolución de esta Junta Directiva número RJD-070-2014, de las quince horas del 24 de julio de 2014, en los siguientes términos: Ordenar el inicio del procedimiento administrativo ordinario, en procura de determinar la posible responsabilidad administrativa de los funcionarios del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) Maryleana Méndez Jiménez, cédula de identidad número 1-0655-0757 y Walter Herrera Cantillo, cédula de identidad número 1-0521-0787, así como la posible responsabilidad civil de los señores Maryleana Méndez Jiménez, Walter Herrera Cantillo, Carlos Raúl Gutiérrez Gutiérrez, cédula de identidad 1-0503-0955 y George Miley Rojas, cédula de identidad número 1-975-570, por supuesto incumplimiento de su obligación de actuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 8422, Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, en relación con el artículo 1 del Decreto Ejecutivo 32333, Reglamento a la Ley 8422, ello en relación con el presunto uso inadecuado de los vehículos placas número 849661, 853599, 853081 y 903703 (...).”* (Folios 501 al 506).
- III. Que el 1 de julio de 2016, mediante la resolución ROD-9-2016, el órgano director del procedimiento realizó la formulación de cargos y señalamiento a comparecencia oral y privada. (Folios 523 al 560).
- IV. Que el 7 de julio de 2016, la señora Maryleana Méndez Jiménez interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de nulidad contra la resolución ROD-9-2016. Además, solicitó que se dicte medida cautelar de suspensión del acto impugnado, hasta tanto no se resuelva por el fondo, el recurso e incidente de nulidad planteado. Finalmente, interpuso las excepciones de caducidad del procedimiento y de prescripción de la acción sancionadora. (Folios 509 al 516).
- V. Que el 7 de julio de 2016, el señor Walther Herrera Cantillo interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución ROD-9-2016. (Folios 517 al 520).
- VI. Que el 27 de julio de 2016, el señor Walther Herrera Cantillo interpuso, ante la Junta Directiva, incidente de nulidad contra las resoluciones RJD-070-2014 y RJD-045-2016. Además, invocó, ante la Junta Directiva, en escrito separado, incidente de integración de la litis consorcio pasiva necesaria y prescripción de la potestad sancionatoria administrativa y civil. (Folios 562 a 563).
- VII. Que el 27 de julio de 2016, mediante la resolución ROD-10-2016, el órgano director dispuso entre otras cosas, dejar sin efecto el señalamiento a comparecencia oral y privada, dispuesto en la resolución ROD-9-2016 e indicó que, oportunamente, se realizará una nueva indicación para la realización de la comparecencia oral y privada. (Folios 565 a 569).
- VIII. Que el 24 de agosto de 2016, mediante la resolución ROD-14-2016, el órgano director, dispuso lo siguiente: *“I. Elevar a conocimiento del órgano decisor la gestión de nulidad interpuesta por la investigada Maryleana Méndez Jiménez contra las actuaciones del órgano director por supuesto nombramiento ilegítimo, para su resolución. II. Elevar a conocimiento del órgano decisor la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución ROD-9-2016 interpuesta por la investigada Maryleana Méndez Jiménez, para su resolución. III. Elevar a conocimiento del*

órgano decisor las excepciones de prescripción de la potestad sancionadora (civil y disciplinaria), caducidad del procedimiento y litis consorcio pasiva necesaria interpuestas por los investigados Maryleana Méndez Jiménez y Walter Herrera Cantillo, para que, de ser posible, éstas sean conocidas y resueltas de forma interlocutoria previo a la continuación del procedimiento. IV. Notificar la presente resolución a los investigados.” (Folios 589 al 598).

- IX.** Que el 9 de noviembre de 2016, mediante el memorando 763-SJD-2016, el secretario de Junta Directiva, trasladó para su análisis los incidentes de nulidad contra lo actuado por la Junta Directiva en las resoluciones RJD-070-2014 y RJD-045-2016. (Folio 600).
- X.** Que el 12 de diciembre de 2016, mediante la resolución RJD-176-2016, la Junta Directiva, resolvió –entre otras cosas-: *“I. Declarar sin lugar las gestiones de nulidad, interpuestas por los señores Maryleana Méndez Jiménez y Walter Herrera Cantillo. (...) II. Reservar los argumentos, de la gestionante Méndez Jiménez que indican: a) Que la solicitud de asignar placa particular a los vehículos de interés no supone por sí mismo un uso inadecuado de éstos, b) Que no existe una relación de causalidad entre los presuntos daños y la materialización concreta de la conducta imputada y, c) Que el daño debe ser real y efectivo, pero en la resolución ROD-9-2016 se hace una cuantificación antojadiza, para el dictado de la resolución final, en este procedimiento. III. Reservar la excepción de prescripción, interpuesta por lo señores Méndez Jiménez y Herrera Cantillo, para el dictado de la resolución final, en este procedimiento...”* (Folios 605 a 638).
- XI.** Que el 2 de enero de 2017, el señor Walther Herrera Cantillo interpuso recurso de revocatoria contra la resolución RJD-176-2016. (Folios 602 a 604).
- XII.** Que el 4 de enero de 2017, mediante el memorando 001-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva remitió para análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Walther Herrera Cantillo contra la resolución RJD-176-2016. (Folio 639).
- XIII.** Que el 24 de marzo de 2017, mediante la resolución ROD-16-2017, el órgano director del procedimiento, entre otras cosas resolvió: *“I. Declarar sin lugar por el fondo los recursos de revocatoria interpuestos por los investigados Méndez Jiménez, Herrera Cantillo, Miley Rojas, y Gutiérrez Gutiérrez contra la resolución ROD-9-2016 (...).”* (Folios 847 al 862).
- XIV.** Que el 15 de junio de 2017, mediante el oficio 571-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, brindó el criterio solicitado sobre el recurso de revocatoria interpuesto.
- XV.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que el recurso de apelación interpuesto por el señor Walter Herrera Cantillo, contra la resolución RJD-176-2016 fue analizado por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el respectivo criterio jurídico, que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

“ (...)”

I. ANÁLISIS POR LA FORMA.**Naturaleza.**

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-176-2016 es el ordinario de revocatoria, el cual está regulado en los artículos del 342 al 352 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227).

En ese sentido, establece la citada Ley que el recurso de revocatoria, es un recurso de carácter ordinario (artículo 343), que procede según el artículo 345 únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final del procedimiento.

Viene de lo anterior, que para el caso que nos ocupa, se debe determinar, si el acto que se recurre es susceptible de ser recurrido mediante revocatoria, para lo cual es necesario analizar la parte dispositiva de la resolución impugnada, en este caso, la resolución RJD-176-2016:

“(…)

- I. Declarar sin lugar las gestiones de nulidad, interpuestas por los señores Maryleana Méndez Jiménez y Walter Herrera Cantillo.*
- II. Reservar los argumentos, de la gestionante Méndez Jiménez que indican: a) Que la solicitud de asignar placa particular a los vehículos de interés no supone por sí mismo un uso inadecuado de éstos, b) Que no existe una relación de causalidad entre los presuntos daños y la materialización concreta de la conducta imputada y, c) Que el daño debe ser real y efectivo, pero en la resolución ROD-9-2016 se hace una cuantificación antojadiza, para el dictado de la resolución final, en este procedimiento.*
- III. Reservar la excepción de prescripción, interpuesta por los señores Méndez Jiménez y Herrera Cantillo, para el dictado de la resolución final, en este procedimiento.*
- IV. Reservar la excepción caducidad, interpuesta por la señora Méndez Jiménez, para el dictado de la resolución final, en este procedimiento.*
- V. Declarar sin lugar, las excepciones de falta de competencia y falta de integración del litis consorcio pasiva necesaria, interpuestas por el señor Herrera Cantillo.*
- VI. Notificar a las partes, la presente resolución.*
- VII. Trasladar el expediente al órgano director, para lo que corresponda.*

(…)”

De la transcripción anterior, se desprende de un primer análisis que no estamos en presencia de los supuestos del artículo 345 de la Ley 6227, puesto que no es el acto que inicia el procedimiento, no se está denegando la comparecencia ni prueba alguna, tampoco estamos frente al acto final del procedimiento, de manera que, desde esta óptica el recurso debe rechazarse.

Cabe señalar también, que con base en el supuesto de aplicación del artículo citado anteriormente, no existe remisión en la Ley 6227, que establezca la susceptibilidad de impugnar un acto que: declare sin lugar la gestión de nulidad, reserve las excepciones de prescripción y declare sin lugar las excepciones de falta de competencia y falta de integración de la litis consorcio pasiva necesaria, todas interpuestas por el recurrente, motivo por el cual, tampoco estaríamos en un supuesto de aplicación del numeral 342 de la precitada Ley.

A mayor abundamiento, la resolución impugnada, ni siquiera hace referencia en su parte dispositiva, a que contra ésta caben los recursos ordinarios de revocatoria y apelación, sino que se limita la parte dispositiva a resolver algunos aspectos de fondo y a reservar otros.

Cabe señalar, que la forma en que se resuelve, el recurso de revocatoria incoado contra la resolución RJD-176-2016, no limita los derechos de la parte, ni el debido proceso, puesto que como bien lo ha señalado la Sala Primera en su voto número 31 del 27 de marzo de 1996, "El principio de economía procesal aconseja concentrar la impugnación de todas las cuestiones que el interesado considere que le perjudican injustamente en el recurso que se interponga frente a la resolución definitiva y no abrir la posibilidad de recurso aislado frente a actos de trámite (salvo casos excepcionales) cuya influencia en la decisión definitiva todavía no puede determinarse" . (Gallego Anabitarte Alfredo y Menéndez Rexach Angel, op. cit., pág. 75)."

Así las cosas, siendo que la resolución recurrida resuelve algunos aspectos de fondo y reserva otros para el dictado de la resolución final del procedimiento. Además, que la misma no constituye el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final del procedimiento, no procede la interposición de recursos administrativos de carácter ordinario, como el de revocatoria interpuesto por el señor Walther Herrera Cantillo, debe rechazarse en aplicación al principio de legalidad.

En razón de lo anterior y de conformidad con lo expuesto, el recurso de revocatoria debe rechazarse por inadmisibles, por ende éste órgano asesor no entrará a analizar los demás elementos de admisibilidad del recurso (temporalidad, legitimación y representación), o el fondo de los argumentos.

II. CONCLUSIÓN

Sobre la base de lo expuesto, se concluye que:

El recurso de revocatoria interpuesto contra la resolución RJD-176-2016, resulta inadmisibles por su naturaleza, en el tanto estamos en presencia de un acto administrativo no recurrible, de conformidad con el artículo 342 y 345 de la Ley 6227.

(...)"

- II. Que de conformidad con los resultandos y considerandos que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, lo procedente es: rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Walther Herrera Cantillo, contra la resolución RJD-176-2016, por ser inadmisibile; devolver el expediente al órgano director del procedimiento, para lo que corresponda; dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a este recurso y notificar al recurrente, la presente resolución, tal y como se dispone.
- III. Que en sesión extraordinaria 34-2017 del 7 de julio de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO

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

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

ACUERDO 05-34-2017

- I. Rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Walther Herrera Cantillo, contra la resolución RJD-176-2016, por ser inadmisibile.
- II. Devolver el expediente al órgano director del procedimiento, para lo que corresponda.
- III. Dar por agotada la vía administrativa, en cuanto a este recurso.
- IV. Notificar al recurrente, la presente resolución.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 7. Recurso de apelación interpuesto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros de Atlántico y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, y solicitud de suspensión de los efectos del acto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste contra la resolución 034-RIT-2015. Expediente ET-005-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 244-DGAJR-2017 del 09 de marzo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Transportistas

de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros de Atlántico y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, y solicitud de suspensión de los efectos del acto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste contra la resolución 034-RIT-2015. Expediente ET-005-2015.

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

Analizado el recurso con base en lo expuesto por Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 244-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

RESULTANDO:

- I. Que el 5 de enero de 2015, mediante el memorando 1166-IT-2014 (sic), la Intendencia de Transporte (IT), solicitó el inicio del procedimiento para la aplicación del modelo de fijación extraordinario de tarifas de autobús, correspondiente al primer semestre del año 2015. (Folio 6).
- II. Que el 9 de marzo de 2015, se publicó la convocatoria a audiencia pública en los diarios: La Nación y Diario Extra (folios 570 al 571), y en el Alcance Digital N° 15 a La Gaceta N° 47. (Folios 572 al 573).
- III. Que el 7 de abril de 2015, se realizó la audiencia pública, según consta en el acta N°037-2015. (Folio 1238 al 1247).
- IV. El 9 de abril de 2015, mediante el oficio 1239-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias. (Folios 1291 al 1292).
- V. Que el 7 de mayo de 2015, mediante la resolución 034-RIT-2015, la IT, fijó tarifas para las rutas de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, a nivel nacional. (Folios 2664 al 2731).
- VI. Que el 19 de mayo de 2015, la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, presentaron recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra de la resolución 034-RIT-2015. (Folios 2374 al 2386).
- VII. Que el 10 de junio de 2015, la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, presentaron solicitud de suspensión de los efectos del acto o prórroga de cumplimiento de los puntos III y IV de la resolución recurrida. (Folios 2864 al 2868).
- VIII. Que el 27 de enero de 2017, mediante la resolución RIT-003-2017, la IT, entre otras cosas, resolvió:

“(…)

- I. Acoger la recomendación del informe 48-IT-2017/1149 del 12 de enero de 2017 y rechazar por la forma el recurso de revocatoria interpuestos por la señora Maritza Hernández Castañeda en su condición de representante legal de la empresa Asociación Cámara Nacional de Transportes, el señor Alex Alvarez Abrahams en su condición de representante legal de la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la señora Johana Zárate Sánchez en su condición de representante legal de la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, el señor Miguel Badilla Castro, en su condición de representante legal de la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y el señor Jorge Arredondo Espinoza en su condición de representante legal de la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, en contra resolución 034-RIT-2015 del 07 de mayo de 2015, de la Intendencia de Transporte por cuanto las recurrentes carecen de legitimación activa.*
- II. Rechazar por la forma y por falta de interés la solicitud de suspensión de los efectos del acto y/o prórroga interpuestos por la señora Maritza Hernández Castañeda en su condición de representante legal de la empresa Asociación Cámara Nacional de Transportes, la señora Johana Zárate Sánchez en su condición de representante legal de la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y el señor Jorge Arredondo Espinoza en su condición de representante legal de la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, en contra resolución 034-RIT-2015 del 07 de mayo de 2015, emitida por la Intendencia de Transporte. (Folio 6544).*
- (...)” (Folios 6535 al 6552).
- IX.** Que el 1 de febrero de 2017, mediante el oficio 154-IT-2017, la IT, emitió el informe del artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP). (Folios 6553 al 6555).
- X.** Que el 1 de febrero de 2017, mediante el memorando 073-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó para análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de apelación, interpuesto por las recurrentes, contra la resolución 034-RIT-2015. (Folio 6556).
- XI.** Que el 9 de marzo de 2017, mediante el oficio 244-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación y la solicitud de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por las recurrentes, contra la resolución 034-RIT-2015. (Correrá agregado a los autos).
- XII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 244-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:
“[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA DEL RECURSO

1. NATURALEZA

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

2. TEMPORALIDAD

La resolución recurrida fue publicada en el Alcance Digital N°34 a La Gaceta N°92 del 14 de mayo de 2015 (folio 2664 al 2731) y la impugnación fue planteada el 19 de mayo de 2015 (folios 2374 al 2386).

Del análisis comparativo entre la fecha de publicación del acto y la de la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado en el artículo 346 de la LGAP, que vencía el 19 de mayo de 2015, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

3. LEGITIMACIÓN

Sobre este punto, la resolución 003-RIT-2017, que resolvió el recurso de revocatoria indicó:

“Podemos observar en el precitado artículo, que es obligación del ente regulador dar fiel cumplimiento al capítulo VIII de la ley (7593), que establece dentro del procedimiento la convocatoria a la audiencia pública a todas aquellas personas que tengan interés legítimo para manifestarse. Para ello existe ya un mecanismo desarrollado en los artículos supra citados de cómo convocar a las personas (tanto físicas como asociaciones del lugar) y todo el procedimiento que ello involucra.

Es requisito sine qua non haberse presentado a la audiencia e identificado plenamente, ya sea como vecino de la zona donde se explota la ruta en cuestión, o bien, como representante legal de una colectividad en la figura de una asociación. En dicha audiencia debe exponer las razones de hecho y de derecho que considere sean las necesarias de defender, las cuales puede exponer de manera verbal o por escrito.

Se concluye de lo anterior, que quienes deseen formar parte del procedimiento y manifestarse respecto a la propuesta, según lo indicado en el artículo 36 de la ley 7593 y el artículo 50 del Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, Decreto N°29732-MP, deben de interponer su oposición o coadyuvancia y cumplir con los requisitos señalados en los artículos citados y en la respectiva convocatoria a audiencia pública”. (Folio 6539).

Comparte este órgano asesor lo indicado por la IT, y añade que no es cualquier sujeto quien puede recurrir un determinado acto o proceso, si no que atañe únicamente, a aquellos que establece expresamente el ordenamiento jurídico o bien a aquellos que sufran un menoscabo en su situación jurídica, entendido como la suma del interés legítimo más los derechos subjetivos.

En este sentido, es preciso definir el término de legitimación activa:

(...)

Reunión por una persona de los requisitos necesarios para ser actora en un juicio determinado, en función de las pretensiones que se formulen en la correspondiente demanda. Ciertas pretensiones pueden ser en sí mismas válidas, pero no ser el actor la persona calificada para plantearlas procesalmente-por ejemplo, por no ser parte de las relaciones jurídicas de que surjan esas pretensiones-, faltando en tal caso a ese actor la

llamada legitimación activa” (Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, pág. 222).

(...)

Se observa de lo anteriormente citado, que la legitimación activa consiste en la calidad que tiene una persona (física o jurídica) de ser titular de un derecho subjetivo o interés legítimo y por tanto de exigir su cumplimiento. En igual sentido, se expresa la definición jurídica transcrita supra, al indicar que la persona podrá ejercer ciertas pretensiones si reúne el requisito de haber sido parte de las relaciones jurídicas de que surjan dichas pretensiones.

Para efectos aclaratorios, es importante señalar que se entiende como interés legítimo, el poder legal de accionar ante cualquier conducta, sea activa u omisiva, legítima o ilegítima, formal o material de la Administración. Por su parte, el derecho subjetivo se habrá de entender como el poder de obrar válidamente a efectos de hacer valer un determinado derecho, incluso utilizando mecanismos coercitivos, habilitados en el propio ordenamiento.

Cabe agregar que en cuanto a la legitimación, existen excepciones cuando expresamente lo determine la norma, tal y como sucede con la “Acción Popular”, sobre todo, cuando se trata de defender los denominados derechos de tercera generación, como lo son los derechos colectivos y difusos.

En el caso concreto, se puede constatar, que las recurrentes no se apersonaron al procedimiento tarifario como opositor o coadyuvante, según consta en el informe de oposiciones y coadyuvancias (folios 1291 a 1292) tal y como lo establece la Ley 7593 en su artículo 36 y 50 de su Reglamento.

En consecuencia, las recurrentes no tienen legitimación para impugnar la resolución de marras, conforme lo establece el artículo 342 de la LGAP.

Al respecto, la IT, en su resolución RIT-003-2016 (Sic) –resolución que resolvió el recurso de revocatoria- (folios 6540 y 6542) en lo que interesa externó:

(...)

Ahora bien, del análisis del expediente y el oficio 1239-DGAU-2015/0085384 del 9 de abril de 2015 de la Dirección General de Atención al Usuario (ver folios 1291-1292), que corresponde al informe de oposiciones y coadyuvancias, no consta que estas Asociaciones mencionadas hayan presentado oposición o coadyuvancia en forma escrita o en forma oral en la audiencia convocada al efecto, conforme al procedimiento establecido en el artículo 36 de la ley 7593 y el artículo 50 del Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, Decreto N°29732-MP.

(...)

Finalmente ha quedado debidamente demostrado que la señora Maritza Hernández Castañeda en su condición de representante legal de la empresa Asociación Cámara Nacional de Transportes, el señor Alex Alvarez Abrahams en su condición de representante legal de la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la señora Johana Zárate Sánchez en su condición de representante legal de la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, el señor Miguel Badilla Castro, en su condición de representante legal de la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y el señor Jorge

Arredondo Espinoza en su condición de representante legal de la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, no participaron en la audiencia anteriormente indicada. Por lo tanto, no ejercieron el derecho que les asistía en el procedimiento tarifario de referencia, en consecuencia, comprometió la legitimación derivada de su eventual participación en la audiencia pública, razón por la cual se recomienda el rechazo ad portas del recurso presentado.

(...)

En consecuencia, coincide este órgano asesor con la posición de la IT al respecto, por lo que el recurso de apelación interpuesto por las recurrentes, resulta inadmisibles por falta de legitimación. Lo anterior, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 7593 y el artículo 50 del Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, Decreto N°29732-MP.

Ergo, se omite pronunciamiento en cuanto al fondo del asunto.

III. ANÁLISIS POR LA FORMA DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y/O PRÓRROGA

1. NATURALEZA

Las recurrentes -Asociación Cámara Nacional de Transportes, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste- interpusieron además, incidente de suspensión del acto administrativo y/o prórroga contra la resolución 034-RIT-2015, el cual se rige por los artículos 136.1.d), 146 a 148 de la LGAP, y en forma supletoria, a falta de normativa expresa en la ley antes mencionada en materia de medidas cautelares, los artículos 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante "CPCA"), de conformidad con el artículo 229 de la LGAP.

Ahora bien, en sede judicial, el propósito de una medida cautelar, es garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; en otras palabras, procura que el transcurso del tiempo no haga inútil la demanda, tomándose las medidas necesarias para que la petitoria de la acción que se está presentando, pueda en el futuro, ser ejecutada en el eventual caso de que la demanda se declare con lugar. La cuestión aquí entonces es, que se pueda garantizar el posible resultado del proceso, pero sin perjudicar con ello el interés público.

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

Inclusive, nótese que la procedencia e implementación de una medida cautelar no es ilimitada y que ésta también puede ser rechazada, aunque cumpla con los requisitos señalados, si le impone una carga indebida al interés público o a terceras personas, es decir, si por ejemplo, representara un peligro para otras personas, para la gestión sustantiva de una entidad pública determinada,

la paralización de la actividad de la Administración Pública, o bien, la interrupción o suspensión de un servicio público de primera necesidad para la colectividad.

Así las cosas, una medida cautelar, estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del CPCA, y deberá entonces ponderarse la relación entre el posible daño que pueda provocar la actuación de la Administración, con relación al posible daño que pueda producirse al administrado, en caso de no acogerse la medida cautelar que solicita. En esto consiste precisamente la ponderación de los intereses en juego, de cara a la adopción de la medida cautelar solicitada, lo que la doctrina ha llamado la “bilateralidad del peligro en la demora”.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que sobre la solicitud de suspensión de los efectos del acto y/o prórroga, de la resolución 003-RIT-2017, que resolvió el recurso de revocatoria indicó:

(...)

De igual forma, la solicitud de suspensión de los efectos del acto y/o prórroga solicitadas corre la misma suerte que el recurso de revocatoria interpuesto, esto al no haberse presentado la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia ni la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste a la audiencia pública celebrada, a efecto de presentar sus oposiciones o coadyuvancias, tal como fue ya indicado en el párrafo anterior.

(...) (Folio 6540).

(...)

Así mismo, en cuanto a la solicitud de suspensión de los efectos del acto y/o prórroga, el mismo es de carácter cautelar y surge en pro de evitar que se consoliden situaciones contrarias al ordenamiento jurídico que provoquen daños de difícil o imposible reparación. Por lo que la medida se adopta durante el tiempo que tarda el proceso principal y se extingue con el dictado del acto final- que en este caso sería la resolución que resuelve el recurso de revocatoria presentado. Siguiendo a lo anterior, carece de sentido conocer y resolver una medida cautelar que no tendrá efecto alguno al estarse resolviendo en este acto el recurso interpuesto. Es importante indicar que la falta de legitimación de las asociaciones ya indicadas, impiden que tanto la medida cautelar como el recurso de revocatoria sean resueltos por el fondo.

(...) (Folio 6543)

En consecuencia, coincide este órgano asesor con la posición de la IT. En este sentido, la solicitud de suspensión de los efectos del acto y/o prórroga contra la resolución 034-RIT-2015, resulta inadmisibles por la falta de legitimación –tal y como fue analizado en el apartado II punto 3 de este criterio- de las asociaciones ya indicadas.

No obstante, este órgano asesor considera oportuno referirse a la citada suspensión de los efectos del acto y/o prórroga, solicitada por las recurrentes.

En este caso las recurrentes no cumplen con la carga procesal, de demostrar, aunque sea de manera indiciaria, su dicho. En este sentido, no hacen demostración alguna del daño o de la situación de daño o perjuicio que pudiera considerarse “grave”, ni la confluencia de los

presupuestos legales necesarios para su adopción (aparición de buen derecho, peligro en la demora, y la producción de daños y perjuicios graves, actuales o potenciales).

Aunado a lo anterior, tome nota las recurrentes que de manera reiterada, la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo ha indicado que la inexistencia de graves daños actuales o potenciales, o la ausencia de acreditación, hacen inviable la protección cautelar. Asimismo, se ha establecido que la carga de la prueba, es de quien alega un daño, y es quien tiene el deber de probarlo por todos los medios probatorios válidos en nuestro ordenamiento jurídico.

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

Al respecto, conviene extraer de la sentencia No. 378-2009, emitida por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de las 8:17 horas del 12 de febrero de 2009:

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

Por todo lo anterior, se tiene que la ausencia en la demostración mínima de los presupuestos legales supracitados para la adopción de la medida cautelar solicitada, hace materialmente imposible para la Administración, el análisis y la ponderación de lo planteado.

IV. CONCLUSIÓN

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, se puede concluir que desde el punto de vista formal, el recurso de apelación y la solicitud de suspensión de los efectos del acto y/o prórroga contra la resolución 034-RIT-2015, interpuestos por las recurrentes, resultan inadmisibles, por falta de legitimación.

[...]

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1** Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación interpuesto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, contra la resolución 034-RIT-2015, **2.-** Rechazar por inadmisibles la solicitud de suspensión y/o prórroga interpuesto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, contra la resolución 034-RIT-2015, **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 extraordinaria 34-2017 del 7 de julio de 2017, cuya acta fue ratificada el 18 de julio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 244-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 06-34-2017

- I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación interpuesto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, contra la resolución 034-RIT-2015.
- II. Rechazar por inadmisibles la solicitud de suspensión y/o prórroga interpuesto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, contra la resolución 034-RIT-2015.
- 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.

ARTÍCULO 8. Recurso de apelación, interpuesto por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros

y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste y la coadyuvancia activa de la Asociación Cámara Nacional de Transportes, integrantes todos del Foro Nacional de Transporte Público, contra la resolución 117-RIT-2016. Expediente ET-048-2016.

La Junta Directiva conoce el oficio 250-DGAJR-2017 del 10 de marzo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al recurso de apelación, interpuesto por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste y la coadyuvancia activa de la Asociación Cámara Nacional de Transportes, integrantes todos del Foro Nacional de Transporte Público, contra la resolución 117-RIT-2016. Expediente ET-048-2016.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, con base en el oficio 250-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez**, lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

RESULTANDO:

- I. Que el 3 de agosto de 2016, mediante el oficio 1191-IT-2016, la Intendencia de Transporte, emitió el informe preliminar de estudio tarifario de oficio de la ruta 50, operada por Autotransportes Cesmag S.A. (folios 2 al 129).
- II. Que el 3 de agosto de 2016, mediante el oficio 1231-IT-2016, la Intendencia de Transporte, solicitó al Departamento de Gestión Documental, la apertura del expediente tarifario para la fijación tarifaria de oficio para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, en la ruta 50 (folio 1).
- III. Que el 17 de agosto de 2016, se publicó en La Gaceta N° 157, la convocatoria a audiencia pública para ajustar las tarifas de la ruta 50 (folios 135 y 136).
- IV. Que el 18 de agosto de 2016, se publicó en los diarios de circulación nacional, Diario Extra y La Teja, la convocatoria a la audiencia pública para ajustar las tarifas de la ruta 50 (folios 137 y 138).
- V. Que el 19 de setiembre de 2016, se llevó a cabo la audiencia pública para ajustar las tarifas de la ruta 50, según consta en el acta número 49- 2016 (folios 780 al 817).
- VI. Que el 23 de setiembre de 2016, mediante el oficio 3306-DGAU-2016, la Dirección General de Atención al Usuario, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias (folios 974 al 982).
- VII. Que el 19 de octubre de 2016, mediante la resolución RIT-117-2016, la Intendencia de Transporte, resolvió, lo siguiente:

“I. Acoger el informe 1604-IT-2016/139529 del 19 de octubre de 2016 y proceder a fijar las tarifas de la ruta 50 (...), tal como se indica (...) IV. Las tarifas rigen a partir del día natural siguiente a la publicación en el Diario La Gaceta.” (folios 1288 al 1542).

- VIII. Que el 31 de octubre de 2016, la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste (en adelante las recurrentes), interpusieron recurso de apelación contra la resolución RIT-117-2016 (folios 1077 al 1097).
- IX. Que el 3 de noviembre de 2016, mediante el oficio 1692-IT-2016, la Intendencia de Transporte remitió al Presidente de la Junta Directiva, el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP, sobre el recurso de apelación interpuesto por las recurrentes, contra la resolución RIT-117-2016 del 19 de octubre de 2016 (folios 1567 al 1572).
- X. Que el 4 de noviembre de 2016, mediante el memorando 755-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de apelación interpuesto (folio 1583).
- XI. Que el 7 de noviembre de 2016, la Asociación Cámara Nacional de Transportes, presentó la coadyuvancia activa del recurso de apelación, interpuesto por las recurrentes, contra la RIT-117-2016 (folio 1559).
- XII. Que el 7 de noviembre de 2016, mediante el memorando 761-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la DGAJR, la coadyuvancia activa de la Asociación Cámara Nacional de Transportes (folio 1585).
- XIII. Que el 10 de marzo de 2017, mediante el oficio 250-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación, interpuesto por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, y la coadyuvancia activa de la Asociación Cámara Nacional de Transportes, integrantes todos del Foro Nacional de Transporte Público, contra la resolución RIT-117-2016. (Correrá agregado a los autos).
- XIV. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 250-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

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

En cuanto a la coadyuvancia activa, le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos del 277 al 279 de la LGAP.

2. Temporalidad

La resolución recurrida fue notificada el 27 de octubre de 2016 (folios 1389 y 1395 al 1398) y la impugnación fue planteada el 31 de octubre de 2016 (folios 1077 al 1097).

Conforme al artículo 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de apelación debe interponerse en el plazo de tres días hábiles, contados a partir de la notificación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 1 de noviembre de 2016.

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado por ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo legal.

3. Legitimación

a) Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste:

Ambas asociaciones fundamentan su legitimación para impugnar la resolución RIT-117-2016, en su naturaleza de entidades gremiales representativas de los intereses de las empresas afiliadas, en aras de cumplir con los objetivos de sus representadas, entre los cuales está la promoción y defensa de los intereses gremiales.

Los intereses gremiales o corporativos, han sido definidos por la Sala Primera, en la sentencia N° 810-2016 del 4 de agosto de 2016, de la siguiente forma:

“(…) cuando el ligamen se da por una relación previa derivada de la pertenencia a un grupo jurídicamente organizado, se trataría entonces de un interés corporativo (tal es el caso, por ejemplo, de los colegios profesionales, asociaciones solidaristas, etc.).”

En este sentido, ambas asociaciones se encuentran jurídicamente organizadas, tal y como se desprende de la certificación de personería jurídica visible a folios 1094 y 1095, y de la certificación de poder que consta a folio 1097.

Ahora bien, el hecho de que ambas asociaciones manifiesten que han presentado la impugnación respectiva en defensa de los intereses de sus representadas (asociados), no implica por sí solo el reconocimiento de tal situación jurídica, en razón de que el párrafo quinto del artículo 36 de la Ley 7593, dispone:

“Para los efectos de legitimación por interés colectivo, las personas jurídicas organizadas bajo la forma asociativa y cuyo objeto sea la defensa de los derechos de los consumidores o de los usuarios, podrán registrarse ante la

Autoridad Reguladora para actuar en defensa de ellos, como parte opositora, siempre y cuando el trámite de la petición tarifaria tenga relación con su objeto. (...)

De esta forma, revisado el expediente, no se encuentran los pactos constitutivos de ninguna de las dos asociaciones, los cuales son indispensables para tener por acreditado el objeto de su constitución, y por ende, para establecer que están actuando en esta fase de impugnación, en defensa de los intereses de sus asociados, que determinaron el nacimiento a la vida jurídica de dichas empresas.

Además, ninguna de las dos asociaciones acreditó, que Autotransportes Cesmag S.A., se encuentre afiliada a ellas, lo cual tampoco permite establecer que estén actuando en representación de sus intereses.

Cabe señalar, que como fundamento de su legitimación, ambas asociaciones citan el siguiente extracto de la sentencia N° 6688-96 del 10 de diciembre de 1996, de la Sala Constitucional:

“En este caso, es la Asociación Cámara de Transportistas de San José, quien se apersona en defensa de los intereses comunes de sus asociados y que son a la vez, la razón de ser de la agrupación, de manera que lo procedente es entrar a resolver el fondo de la cuestión planteada.”

Nótese, que en dicha jurisprudencia se indica que la asociación que actuó en ese momento en sede constitucional, se encontraba legitimada para actuar en razón de que actuaba en defensa de los intereses de sus asociados.

No obstante, como ya se indicó, en el caso de marras no se demostró, que Autotransportes Cesmag S.A. se encuentre asociada a la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y a la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste.

Por su parte, ninguna de las asociaciones mencionadas demostró que la rebaja en la tarifa de la ruta 50, establecida mediante la resolución RIT-117-2016, les afecte directa o indirectamente.

Al respecto, se debe tomar en consideración que dichas asociaciones agrupan empresas de las provincias de Heredia y Guanacaste, mientras que la ruta 50 involucra recorridos dentro de las provincias de San José y Cartago (San José - San Pedro -Calle Siles - Cedral - Urbanización Europa - Monterrey - Cedros -Lourdes - Santa Marta - Guayabos - San Rafael - Salitrillos - Karpisnky - Granadilla - San Ramón de Tres Ríos - Villa Hermosa - Urbanización Las Mansiones - Club Campestre - La Campiña - Sabanilla y viceversa), lo que demuestra que no afecta los intereses o derechos de aquellas, o de sus afiliadas.

Así las cosas, si ambas asociaciones pretendían actuar en defensa de los intereses o derechos de Autotransportes Cesmag S.A., debió esta última otorgarles un poder o mandato que las legitimara a apersonarse en este procedimiento, o bien apersonarse como coadyuvantes u opositores, en el momento procesal oportuno.

Sin embargo, en autos no consta mandato o poder alguno, otorgado por Autotransportes Cesmag S.A., y tampoco, el respectivo apersonamiento como coadyuvantes u opositores, en el momento procesal oportuno, sea antes o durante la celebración de la audiencia pública, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 36 de la Ley 7593:

“Para estos casos, todo aquel que tenga interés legítimo podrá presentar su oposición o coadyuvancia, por escrito o en forma oral, el día de la audiencia (...).”

Finalmente, el artículo 342 de la LGAP, establece que las partes podrán recurrir las resoluciones dentro de un procedimiento administrativo, condición (parte) que ambas asociaciones no ostentan.

En consecuencia, de conformidad con los artículos 275 y 342 de la LGAP, y 36 de la Ley 7593, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, no se encuentran legitimadas para actuar en la forma en lo que han hecho.

b) Asociación Cámara de Transportistas de San José y la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara Nacional de Transportes: *Se encuentran legitimadas para actuar -en la forma en la que lo han hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 275 de la LGAP, así como del informe de oposiciones y coadyuvancias (974 al 982).*

Del análisis expuesto, se encuentra que el recurso de apelación, interpuesto por la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, resulta inadmisibles, por falta de legitimación.

4. Representación

El señor Alex Francisco Álvarez Abrahams, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la cual es acreditada mediante certificación registral visible a folio 1093, se encuentra facultado para interponer el recurso de apelación contra el acto administrativo RIT-117-2016 y actuar en nombre de dicha asociación.

Además, el señor Miguel Badilla Castro, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, la cual es acreditada mediante certificación registral visible a folio 1096, se encuentra facultado para interponer el recurso de apelación contra el acto administrativo RIT-117-2016 y actuar en nombre de dicha asociación.

Finalmente, la señora Maritza Hernández Castañeda, en su condición de apoderada generalísimo sin límite de suma de la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la cual es acreditada mediante certificación registral visible a folio 703, se encuentra facultada para interponer el recurso de apelación contra el acto administrativo RIT-117-2016 y actuar en nombre de dicha asociación

Sobre la base de lo expuesto, se concluye que, el recurso de apelación interpuesto por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, así como la coadyuvancia activa interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, resultan admisibles por la forma.

(...)

IV. PRECISIÓN NECESARIA

Debe indicarse, que a la fecha del ajuste tarifario realizado mediante la resolución RIT-117-2016, la herramienta de cálculo vigente para las fijaciones tarifarias ordinarias, para el servicio público de transporte remunerado de personas, en la modalidad autobús, es la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”, aprobada mediante la resolución RJD-035-2016.

V. ANÁLISIS POR EL FONDO

1. Sobre los argumentos 1, 2, 3 y 4

En cuanto a los argumentos 1, 2, 3 y 4 del presente recurso, se debe indicar a las recurrentes, que los mismos versan sobre inconformidades en cuanto a la metodología vigente, aprobada mediante la resolución RJD-035-2016.

Por lo tanto, se debe indicar, que la resolución impugnada corresponde a una aplicación de esa metodología y no a una modificación de la misma. Es así que estos argumentos, no son procedentes como parte del recurso de apelación.

Sin embargo, se les indica, que dichos argumentos, ya fueron analizados y resueltos por la Junta Directiva de Aresep, mediante la resolución RJD-174-2016 -que resolvió los recursos interpuestos por varias empresas, contra la resolución RJD-035-2016 metodología ordinaria OT-230-2015-.

De esta forma, respecto del argumento N° 1, en la resolución de cita, se indicó:

*“(...) la metodología aprobada por medio de la resolución RJD-035-2016, contiene un apartado denominado ‘Marco Legal’, en el cual se hace un desarrollo del sustento legal, sean leyes, resoluciones y demás documentos, que fundamentan el establecimiento de una metodología. Además, la Aresep se apegó al procedimiento establecido al efecto en la Ley 7593 y sometió la propuesta al proceso de audiencia pública (folios 140 a 143 y 277 a 290), tal y como lo ordena el artículo 36 *Ibidem*, por lo que el trámite de la metodología recurrida no se separó del procedimiento ahí establecido.” (folio 1168 del OT-230-2015).*

En lo que corresponde al argumento N° 2, se encuentra que la resolución RJD-174-2016, dispuso:

“(...) la propuesta objeto de análisis se encuentra basada en una estructura de costos que modela la industria propia del servicio de conformidad con el

principio de servicio al costo dispuesto en la Ley 7593, y en la misma se incorpora y contempla necesidad de realizar revisiones y actualizaciones de diferentes parámetros, coeficientes y variables, con el fin de que se incorporen los cambios en el entorno financiero, los cambios tecnológicos y legales atinentes al servicio.” (folio 1196 del OT-230-2015).

En lo que refiere al argumento N° 3, la resolución mencionada, señaló:

“(…) en cuanto al establecimiento de metodologías, la Autoridad Reguladora tiene las competencias exclusivas y excluyentes, para poder desarrollarlas e implementarlas (…)” (folio 1198 del OT-230-2015).

Finalmente, respecto del argumento N° 4, la resolución RJD-174-2016, indicó:

“(…) La Autoridad Reguladora no desconoce lo establecido en los Decretos Ejecutivos N° 28337-MOPT ‘Reglamento sobre políticas y estrategias para la modernización del transporte colectivo remunerado de personas por autobuses urbanos para el Área Metropolitana de San José y zonas aledañas que la afecta directa o indirectamente’ y el 34992-MOPT, ‘Reglamento para el otorgamiento de permisos de operación en el servicio regular de transporte remunerado de personas en vehículos automotores colectivos’(…)” (folio 1201 del OT-230-2015).

- 2. La rebaja no provendría de un cambio real en los parámetros operativos de volumen de pasajeros transportados, o de que se realicen más o menos carreras, o se disminuya la flota, o incluso que los precios de los insumos en el mercado disminuyeran. En el caso de la demanda implícita responde más bien a un nuevo mecanismo creado por la entidad para suplantar el dato real de pasajeros (demanda implícita) y en los otros aspectos a una nueva manera de estimar ciertos parámetros, costos o coeficientes, mismos que han delineado las características de la empresa de transportes hasta la fecha.**

En cuanto a la definición del volumen de pasajeros empleado por la IT, la resolución RIT-117-2016 -que fijó tarifa para la ruta 50- en el Considerando I indicó:

(…)

B.1.1. Volúmenes de pasajeros movilizados (Demanda)

La metodología vigente, en el punto 4.7.1 Procedimiento para el cálculo del volumen mensual de pasajeros, indica que el volumen de pasajeros movilizados para cada ruta, ramal o fraccionamiento, que se utiliza en el cálculo tarifario corresponde a datos que provienen de las siguientes fuentes:

- *Acuerdo de pasajeros movilizados de la Junta Directiva del CTP con el estudio técnico que sustenta dicho acuerdo.*
- *En el caso de que la Aresep, en el ejercicio de sus competencias regulatorias, cuente con un estudio de demanda de volumen de*

pasajeros comparable al del CTP, de acuerdo a lo dictado por la ciencia y la técnica.

Ambos estudios deben tener una antigüedad no mayor a tres años. En caso de no contar con estudio de demanda que cumpla los requerimientos anteriores, el cálculo de pasajeros movilizados se realizará según se establece en la sección 4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente.

Para el presente estudio tarifario se cuenta con estudio de demanda por parte del CTP aprobado mediante artículo 3.1 de la Sesión Ordinaria 59-2015 del 21 de octubre de 2015, en la cual la Junta Directiva del CTP acuerda la Normalización de Demanda para cada ramal operado por la ruta N° 50, fundamentado en el estudio técnico DTE-2015-1205 del 16 de octubre del 2015, por lo que no resulta necesario calcular un valor de demanda implícita.

(...)

Así las cosas, según el procedimiento establecido, la cantidad de pasajeros considerada en el presente estudio corresponde a 1.277.354 pasajeros promedio por mes. (Folios 1248 y 1249).

(...)

A partir de lo indicado en la cita anterior, este órgano asesor procedió a verificar en el folio 1215, el archivo "Metodología de fijación ordinaria de buses 2016-10-11.xls", el cual corresponde a la corrida de metodología tarifaria para la ruta N° 50 operada por Autotransportes Cesmag S.A, el dato de demanda utilizado.

En la pestaña "Esquema operativo" del archivo de Excel citado, específicamente en la celda "AD7", se indica que el volumen mensual de pasajeros movilizados (p.) es de 1.277.354, tal y como se señaló anteriormente.

De acuerdo con todo lo anterior, no es de recibo la afirmación de la recurrente de que en la resolución RIT-117-2016, se utilizó una demanda implícita para la determinación del volumen de pasajeros, dado que más bien el dato utilizado corresponde a la demanda establecida por el CTP mediante el artículo 3.1 de la Sesión Ordinaria 59-2015 del 21 de octubre de 2015 (folio 129 anexo 3), en la cual la Junta Directiva del CTP, acuerda la Normalización de Demanda para cada ramal operado por la ruta N° 50, fundamentado en el estudio técnico DTE-2015-1205 del 16 de octubre del 2015.

Adicionalmente se le indica a las recurrentes que a pesar de que el mecanismo para determinar el volumen de pasajeros denominado "demanda implícita" no fue utilizado como parte de la resolución RIT-117-2016 -que fijó tarifa para la ruta N°50-, este mecanismo se encuentra establecido como parte de la metodología vigente aprobada por la Junta Directiva de Aresep mediante la resolución RJD-035-2016, mismo que se utiliza para asuntos excepcionales de información incompleta -que no es el caso que nos ocupa-, dado que esta corresponde a una aplicación de la Metodología Transporte Remunerado de Personas Modalidad Autobús y no a una modificación a la misma.

Así las cosas, considera este considera este órgano asesor, que no llevan razón las recurrentes, en cuanto a este argumento.

3. La Administración violenta el principio de intangibilidad de los actos propios al pretender rebajar tarifas fijadas en el pasado con una herramienta entonces perfectamente válida.

El argumento en análisis, refiere a que parte importante de la rebaja aprobada para las tarifas de la ruta N° 50, corresponde a la aplicación de la nueva metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús, con la cual se pretende desvirtuar parcialmente (rebajándola) una tarifa fijada de forma válida con una norma jurídica vigente y válida en su momento (modelo econométrico).

Al respecto, se debe indicar que la Aresep, mediante el expediente OT-230-2015, tramitó la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús” (en adelante la metodología), de conformidad con el procedimiento que al efecto dispuso el legislador en la Ley 7593.

Producto de dicho procedimiento, la Junta Directiva de la Aresep, emitió la resolución RJD-035-2016, en la que dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

“I. Aprobar la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”, tal y como se detalla a continuación (...)”

Además, en la resolución de cita, se indicó que regía a partir de su publicación (Alcance Digital N° 35 de La Gaceta N° 46 del 7 de marzo de 2016).

Cabe recordar, que la Sala Primera en la Sentencia N° 577-2007 del 10 de agosto de 2007 (reiterada en las Sentencias N° 355-2012, 1687-2012, entre otras), expresó lo siguiente:

“(...) esa autoridad cuenta con una potestad discrecional técnica para establecer los modelos de cálculo, conforme al trámite previsto por ley (...)”

Bajo esa línea de análisis, el 6 de marzo de 2016, fue el último día de vigencia de la resolución RRG-963-99 del 5 de octubre de 1999, emitida por el entonces Regulador General, en la que se determinó acoger el modelo econométrico que utilizaba la entonces Comisión Técnica de Transportes del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para la fijación y ajuste de tarifas de los operadores del servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, previo a la creación de la Aresep.

Es por ello, que el denominado “modelo econométrico” no podía ser aplicado para la fijación tarifaria de la ruta N° 50, por cuanto este procedimiento inició de oficio el 3 de agosto de 2016 (folio 2), sea, posterior a la entrada en vigencia de la nueva metodología

(RJD-035-2016), por lo que, esta última es la que correspondía aplicar al caso de marras.

Ahora bien, las recurrentes señalaron que la Aresep se encuentra imposibilitada para rebajar las tarifas en la ruta N° 50, en razón del principio de intangibilidad de los actos propios.

Sobre el particular, debe señalarse que la fijación de las tarifas es una facultad del Estado, al tratarse de la prestación de un servicio público, cuya fijación no puede ser alegada como derecho adquirido del prestador del servicio.

En ese sentido, en el voto N° 5153-98 del 17 de julio de 1998 (reiterada en el voto N° 3777-2011), la Sala Constitucional, expresó:

“Asimismo, debe indicarse que en este caso no se está frente a la existencia de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, porque se trata de la prestación de un servicio público por parte de una concesionaria que debe ajustarse a una serie de regulaciones, en cuenta el establecimiento de una tarifa, que no dependen del mercado, sino de la fijación que realiza la autoridad administrativa.”

Es decir, no existe derecho adquirido a una tarifa determinada, por ende, su improbación, reajuste e incluso disminución, queda a la determinación de la Aresep, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

Aunado a lo anterior, la potestad tarifaria de la Aresep es exclusiva y excluyente, y está definida en el artículo 30 de la Ley 7593, que en lo que interesa establece:

“Esta Autoridad podrá modificar, aprobar o rechazar esas peticiones. De acuerdo con las circunstancias, las fijaciones de tarifas serán de carácter ordinario o extraordinario.” (El subrayado no pertenece al original).

Asimismo, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Octava, indicó en su Sentencia N° 75-2010 (confirmada por la resolución N° 776-F-S1-2012 de la Sala Primera), lo siguiente:

“(…) 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 (...) la tarifa (...) 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." (El subrayado no pertenece al original).

En otras palabras, el prestador del servicio público no tiene derecho a exigir de la Administración una conducta concreta o específica, que devenga inexorablemente en un incremento tarifario. La tarifa no es un acto declarativo de derechos.

Por otro lado, en virtud del principio de legalidad, las tarifas deben establecerse acorde con los mecanismos debidamente establecidos para el efecto, tal y como lo dispuso la Sala Primera, en la Sentencia N° 355-F-S1-2012:

"Como parte del principio de legalidad, las tarifas deben establecerse a tono con los mecanismos definidos al efecto, mediante el procedimiento que contiene la Ley no. 7593 (audiencia pública). Así, una vez fijado el modelo de revisión tarifaria (que debe publicarse en el Diario Oficial), en tesis de principio, es esta la herramienta de cálculo que debe utilizarse, y por ende, el instrumento que determina si existe o no distorsión financiera que deba enmendarse. Ello otorga certeza jurídica y 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."

De esta forma, la fijación, rechazo o modificación de la tarifa de una determinada ruta, perteneciente al servicio público de transporte remunerado de personas, en la modalidad autobús, es un acto que depende del resultado de las valoraciones técnicas que se lleven a cabo por parte de la Intendencia de Transporte, conforme a la "Metodología para la fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús".

El análisis económico que se realiza a través de dicha metodología es la que debe determinar y fundamentar la tarifa, por lo que su aplicación, puede arrojar resultados distintos a los previamente fijados para determinada ruta de autobús.

Si se realiza la corrida del modelo tarifario y el resultado muestra la necesidad de una disminución de la tarifa vigente en ese momento, como sucede en el caso concreto, la Aresep no ostenta discrecionalidad que le permita desaplicar el resultado en beneficio de los usuarios, alegando razones ajenas a la técnica, por cuanto, según la Sentencia

Nº 577-F-2007 (reiterada en las Sentencias Nº 380-F-S1-2009 y Nº 392-F-S1-2010) de la Sala Primera:

“(…) opera una reducción a cero de las potestades inicialmente discrecionales para el Ente Regulador siendo que una vez realizado el cálculo, es el resultado de esa operación la que determina y precisa el contenido de la decisión”. (El subrayado no pertenece al original).

En consecuencia, la desaplicación del resultado conllevaría a otorgar al prestador un beneficio excesivo e ilegítimo en perjuicio de los derechos de los usuarios de ese servicio público.

Del estudio técnico realizado por la Intendencia de Transporte, en el oficio 1604-IT-2016 (folios 1133 al 1215), el cual sirvió de base a la resolución impugnada, se desprende que correspondía una disminución de la tarifa de la ruta Nº 50, operada por Autotransportes Cesmag S.A., como resultado de la “corrida” de la metodología tarifaria vigente (RJD-035-2016) para este tipo de servicio público.

En apego al principio de servicio al costo (artículo 3 inciso b de la Ley 7593), no existía razón técnica ni jurídica, para desconocer y desaplicar arbitrariamente esa disminución que arrojó la metodología vigente.

La Aresep aplicó la metodología, en aras de la protección del interés público (artículo 113.1 de la LGAP), armonizando los intereses de los consumidores, usuarios y prestadores de los servicios públicos, asegurando que los mismos, se brinden de conformidad con el principio de servicio al costo, tal y como lo exige el inciso c) del artículo 4 de la Ley 7593, lo cual es motivo suficiente para considerar que no existió en la especie fáctica del caso, violación alguna a los principios de intangibilidad de los actos propios, de la confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad, ya que se actuó en respeto al bloque de legalidad.

En otro orden de ideas, las recurrentes alegan que la rebaja de una tarifa procede, siempre y cuando dentro del procedimiento administrativo se haya advertido que esa podría ser una de sus consecuencias, así como que se fundamente en un cambio de condiciones operativas debidamente establecidas y comprobadas que den tal resultado al aplicar el modelo tarifario.

En cuanto al deber de la Administración de advertir dentro del procedimiento tarifario que una de sus consecuencias puede ser la rebaja, esto no es parte del principio del debido proceso como lo alegan las recurrentes, por cuanto, como ya se indicó, la modificación o no de una tarifa, depende exclusivamente del resultado de la aplicación de la metodología que se encuentre vigente.

Así como al prestador del servicio y a los usuarios, previo al inicio del procedimiento tarifario o en la audiencia pública, no se les informa si la tarifa va a ser aumentada, tampoco se encuentra asidero jurídico para informarle al prestador del servicio, cuando la tarifa puede reducirse.

Más aún, si se toma en consideración, que la Administración desconoce cuál será el resultado del procedimiento, ya que este se encuentra sujeto a la información (variables) que deba tomarse en cuenta para la aplicación de la metodología, la cual será la que establezca en definitiva, si procede un reajuste de la tarifa.

Por su parte, en lo que respecta a que la rebaja de una tarifa, procede siempre y cuando se fundamente en un cambio de condiciones operativas debidamente establecidas y comprobadas, que den tal resultado al aplicar la metodología tarifaria, cabe señalar, que la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público (CTP), mediante el artículo 7.9 de la sesión ordinaria N.º 17-2016, celebrada el 6 de abril de 2016, dispuso:

“Disminuir la flota óptima autorizada para la operación de la Ruta N.º 50 (...) en 12 unidades, pasando de 102 unidades a 90 unidades modalidad autobús. Esta disminución se adopta con condición suspensiva para la empresa Cesmag S.A., de tal manera que su ejecución se hará efectiva hasta que entre a regir la nueva tarifa por parte de ARESEP, basada en el nuevo esquema operativo y la disminución de la flota aquí autorizados.” (anexo 6 del folio 129).

Nótese de la cita anterior, que al producirse un cambio en las condiciones operativas de la ruta N.º 50 por parte del CTP, modificándose con ello, la flota óptima autorizada de Autotransportes Cesmag S.A., reduciéndose en doce (12) unidades, obligó a la Aresep a verificar si dicha modificación afectaba las condiciones en las cuales se venía prestando el servicio público en dicha ruta, por lo que, la aplicación de la metodología vigente (RJD-035-2016) estuvo supeditada al acuerdo del CTP, de reducir el parque automotor a dicha empresa.

En consecuencia, considera este órgano asesor, que no llevan razón las recurrentes, en cuanto a este argumento.

4. Ignorar los verdaderos antecedentes jurídicos y de hecho al emitirse un acto administrativo ocasiona un vicio de nulidad absoluta.

Las recurrentes alegan específicamente un vicio en el motivo del acto administrativo (resolución RIT-117-2016), ya que fueron desconocidos antecedentes jurídicos y de hecho, al emitirse el acto.

Al respecto, se le indica a las recurrentes, que el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, sobre el elemento (motivo), en la Sentencia N.º 46-2014 del 2 de junio de 2014, mencionó en lo que interesa:

“(...) el motivo (artículo 133 LGAP) es el presupuesto jurídico, el hecho condicionante que da génesis al acto administrativo. De tal manera que el motivo del acto administrativo constituye el supuesto o el hecho condicionante de la emisión de un acto administrativo, en otros términos, constituye la razón de ser del acto administrativo, lo que obliga o permite su emisión. Puede consistir en un acto o un hecho jurídico previsto por la norma jurídica.”

Respecto a los antecedentes jurídicos, que alegan las recurrentes fueron ignorados, sin indicarse cuáles son; de la integralidad del recurso de apelación se logra desprender,

que hacen referencia a que se desconoció el modelo econométrico -modelo tarifario anterior- que había fijado previamente las tarifas para el transporte remunerado de personas, modalidad autobús, entre ellas las de la ruta N° 50.

Al respecto se le indica a las recurrentes, que el 6 de marzo de 2016, fue el último día de vigencia de la resolución RRG-963-99 -modelo econométrico-, en la que se había adoptado como la herramienta de cálculo que utilizaba la entonces Comisión Técnica de Transportes del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, para la fijación y ajuste de las tarifas de los prestadores del servicio público de transporte remunerado de personas, en la modalidad autobús, previo a la creación de la Aresep.

Es decir, al día siguiente (7 de marzo de 2016 -fecha de publicación en La Gaceta de la resolución RJD-035-2016-) fue que empezó a regir la nueva metodología para el servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, la cual constituye el motivo (jurídico) que dio origen a la resolución impugnada (RIT-117-2016), y conforme a esta, se realizó el cálculo respectivo, que conllevó a la rebaja en las tarifas de la ruta N° 50.

Por otra parte, en cuanto a los antecedentes de hecho, estos refieren al cambio en las condiciones operativas de la ruta N° 50, sea a la disminución en doce unidades del parque automotor de la empresa Autotransportes Cesmag S.A., según lo dispuso la Junta Directiva del CTP, en el artículo 7.9 de la sesión ordinaria N° 17-2016, celebrada el 6 de abril de 2016 (anexo 6 del folio 129).

Finalmente, las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la LGAP, y que son: la falta o imperfección (vicio) de algún elemento del acto o que el acto impugnado sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.

Se entiende como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final adoptada en aspectos importantes, o bien, cuya omisión causare indefensión al administrado, lo cual no se considera que haya ocurrido en la especie fáctica del caso sub exámine.

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

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

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

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

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

Por ende, considera este órgano asesor, que la resolución impugnada, no es un acto nulo, porque contiene todos los elementos del acto (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP, ya que:

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

En consecuencia, considera este órgano asesor, que no existe vicio en el motivo de la resolución RIT-117-2016, por cuanto tiene como presupuesto jurídico la metodología para la fijación ordinaria de tarifas para el servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús (RJD-035-2016), y como presupuesto de hecho, el cambio en las condiciones operativas de la ruta N° 50, operada por Autotransportes Cesmag S.A., correspondiente a la reducción en doce unidades de su parque automotor, establecido por el CTP.

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

5. La resolución tarifaria no contempla los costos reales de operación de Autotransportes Cesmag S.A y su contenido constituye una amenaza inminente para el resto de las empresas operadoras de transporte modalidad autobús. No se ha respetado el principio de servicio al costo.

Al respecto, se le indica a las recurrentes, que en la “corrida” de la metodología vigente para la fijación de la tarifa a la ruta N° 50, operada por Autotransportes Cesmag S.A., específicamente en el folio 1215, archivo de Excel “Modelo de fijación ordinaria de buses 2016-10-11.xls”, en la pestaña “5. Estructura de Costos”, se encuentran contenidos los costos correspondientes a las variables que describe la metodología vigente.

Por otra parte, la fijación tarifaria realizada mediante la resolución RIT-117-2016, corresponde únicamente a la ruta N° 50 operada por Autotransportes Cesmag S.A. Por tanto, no se deriva de dicha resolución, una afectación directa a algún otro concesionario o permisionario de rutas de autobús.

Además, las recurrentes no aportaron elementos relacionados con los costos operativos no contemplados en la resolución RIT-117-2016, que pudiesen ser valorados por este órgano asesor.

Así las cosas, considera este órgano asesor, que no llevan razón las recurrentes, en cuanto a este argumento.

VI. CONCLUSIONES

Conforme el análisis realizado, se concluye que:

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación, interpuesto por la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, contra la resolución RIT-117-2016, resulta inadmisibles, por falta de legitimación.*
- 2. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación, interpuesto por la Asociación Cámara de Transportistas de San José y la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la coadyuvancia activa de la Asociación Cámara Nacional de Transportes, contra la resolución RIT-117-2016, resultan admisibles, por haber sido presentados en tiempo y forma.*
- 3. Los argumentos 1, 2, 3 y 4, versan sobre inconformidades de la recurrente en cuanto al modelo tarifario vigente (RJD-035-2016), y la resolución impugnada corresponde a una aplicación del Modelo Transporte de Personas Modalidad Autobús, no a una modificación a la misma. Es así que estos argumentos, no son procedentes como parte del recurso de apelación. Sin embargo, estos argumentos ya fueron resueltos por la Junta Directiva de Aresep, mediante la resolución RJD-174-2016.*
- 4. El dato de demanda utilizado en la resolución recurrida, corresponde al establecido por el CTP, mediante el artículo 3.1 de la Sesión Ordinaria 59-2015 del 21 de octubre de 2015, referido a la normalización de la demanda, para cada ramal operado por la ruta N° 50, fundamentado en el estudio técnico DTE-2015-1205 del 16 de octubre del 2015.*
- 5. El modelo previo, utilizado para la fijación y ajuste de tarifas de los operadores del servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, era el modelo econométrico, acogido por esta Autoridad Reguladora, mediante la resolución RRG-963-99 del 5 de octubre de 1999, que fue derogado tácitamente por la resolución RJD-035-2016 -"Metodología para fijación ordinaria de tarifas para*

el servicio remunerado de personas, modalidad autobús"-, y fue con base en esta, que se fijaron las tarifas de la ruta N° 50.

- 6. La fijación, rechazo o modificación de la tarifa de una determinada ruta, no es un derecho adquirido o una situación jurídica consolidada, sino que es un acto que depende del resultado de las valoraciones técnicas que se lleven a cabo por parte de la Intendencia de Transporte, y de conformidad con la "Metodología para la fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús". Lo cual, es motivo suficiente para considerar que en este caso, no existió violación alguna a los principios de intangibilidad de los actos propios, de la confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad.*
- 7. No es parte del principio del debido proceso, que la Administración deba advertir dentro del procedimiento tarifario, que una de sus consecuencias puede ser la rebaja de la tarifa, por cuanto su modificación o no, depende exclusivamente de la aplicación de la metodología que se encuentre vigente.*
- 8. No existe vicio en el motivo del acto administrativo emitido mediante la resolución RIT-117-2016, por cuanto se tiene como presupuesto jurídico, la metodología para la fijación ordinaria de tarifas para el servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús (RJD-035-2016), y como presupuesto de hecho, el cambio en las condiciones operativas de la ruta N° 50, correspondiente a la reducción en doce unidades de su parque automotor, según el artículo 7.9 de la sesión ordinaria N° 17-2016 del Consejo de Transporte Público.*
- 9. En la corrida de la metodología, se encuentran contenidos los costos correspondientes a las variables alegan las recurrentes.*
- 10. La fijación tarifaria realizada mediante la resolución RIT-117-2016, corresponde únicamente a la ruta N° 50, por lo que, no se desprende una afectación directa a algún otro prestador del servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús.*

[...]"

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación, interpuesto por la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, contra la resolución RIT-117-2016, por falta de legitimación. **2.-** Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara Nacional de Transportes, contra la resolución RIT-117-2016. **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 extraordinaria 34-2017, del 7 de julio de 2017, cuya acta fue ratificada el 18 de julio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 250-DGAJR-2017, de cita, acordó dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 07-34-2017

- I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación, interpuesto por la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, contra la resolución RIT-117-2016, por falta de legitimación.
- II. Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara Nacional de Transportes, contra la resolución RIT-117-2016.
- 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.

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

ARTÍCULO 9. Asuntos pospuestos

El señor **Roberto Jiménez Gómez** propone, dado lo avanzado de la hora, posponer para una próxima sesión, el conocimiento de los asuntos indicados en la agenda como puntos 3 y 4. Somete a votación el planteamiento y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 08-34-2017

Posponer, para una próxima sesión, el conocimiento de los puntos 3 y 4 de la agenda, los cuales, en ese orden, se refieren a: i) Protocolo de demanda y ii) Presentación del Plan Estratégico Institucional.

A las trece horas finaliza la sesión.

ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ
Presidente de la Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva