

SESIÓN ORDINARIA

N.º 61-2017

07 de noviembre de 2017

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA N.º 61-2017

Acta de la sesión ordinaria sesenta y uno, dos mil diecisiete, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el martes siete de noviembre de dos mil diecisiete, a partir de las ocho horas y cuarenta minutos. Asisten los siguientes miembros: Roberto Jiménez Gómez, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt y Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Xinia Herrera Durán, reguladora general adjunta, Anayansie Herrera Araya, auditora interna, Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva; Herley Sánchez Viquez, asesora del Despacho del Regulador General y Alfredo Cordero Chinchilla, secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Constancia de inasistencia.

Se deja constancia de que la señora Adriana Garrido Quesada no asiste en esta oportunidad, por cuanto se lo impidió la atención de asuntos de índole personal.

ARTÍCULO 2. Aprobación del Orden del Día.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** somete a aprobación el Orden del Día. La señora **Sonia Muñoz Tuk** manifiesta estar de acuerdo con todos los asuntos agendados, excepto con el punto 4.2; en vista de que no recibió la documentación con las 48 horas de antelación conforme al Reglamento de Sesiones de la Junta Directiva de la Aresep.

La Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 01-61-2017

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

1. *Aprobación del Orden del Día.*
2. *Aprobación de actas:*
 - 2.1 *Sesión ordinaria 59-2017, celebrada el 31 de octubre de 2017*
 - 2.2 *Sesión extraordinaria 60-2017, celebrada el 3 de noviembre de 2017*
3. *Asuntos de los miembros de la Junta Directiva.*
4. *Asuntos resolutivos*
 - 4.1 *Modificación parcial a la "Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús".*
 - 4.2 *Petitoria del Foro Nacional de Transporte Público, modalidad autobús. SAU-31344. Oficios 940-DGJAR-2017 y 941-DGAJR-2017, ambos del 3 de noviembre de 2017.*
 - 4.3 *Exposición sobre la Implementación ERP/GRP Sistema de Información Administrativo Financiero. Oficio 347-DTI-2017 del 3 de noviembre de 2017.*

- 4.4 *Informe sobre procesos judiciales en ejecución de sentencia, agosto de 2017 e Informe sobre procesos judiciales interpuestos contra la Aresep, en los que se ha dictado una resolución condenatoria para la Institución. (Cumplimiento de acuerdo 03-42-2017. Oficios 771-DGAJR-2017 del 5 de setiembre de 2017 y 789-DGAJR-2017 del 11 de setiembre de 2017, respectivamente.*
- 4.5 *Propuesta en el procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra la Puesta del Sol J&A S.A. Expediente OT-94-2015. Oficios 3489-DGAU-2017 del 19 de octubre de 2017. 776-DGAJR-2017 del 18 de setiembre de 2017.*
- 4.6 *Recurso de apelación, gestión de nulidad absoluta y gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transvi S.A., contra el oficio 564-IT-2017 y la resolución RIT-026-2017. Expediente ET-008-2017. Oficio 821-DGAJR-2017 del 21 de setiembre de 2017.*
- 4.7 *Exposición sobre los proyectos del Plan Operativo Institucional 2017.*
- 5 *Asunto informativo y correspondencia.*
- 5.1 *Información presentada por la Intendencia de Energía en torno a los Informes de evaluación de calidad de los combustibles en las estaciones de servicio y el de los planteles de distribución correspondiente al primer semestre 2017, los mismos se encuentran disponibles para consulta pública en el sitio oficial de Aresep. Oficio 1648-IE-2017 del 20 de octubre de 2017.*
- 5.2 *Solicitud del señor Randall Jiménez Leitón, Secretario General de Fuerza Roja Sindical, para que se considere el cobro trimestral en el canon de transporte público, modalidad taxi. Carta del 30 de octubre de 2017 (SAU-30966).*

ARTÍCULO 3. Aprobación de actas.

2.1 Sesión ordinaria 59-2017

Los miembros de la Junta Directiva conocen la propuesta de acta de la sesión ordinaria 59-2017, celebrada el 31 de octubre de 2017, la cual se distribuyó con anterioridad entre los miembros de la Junta Directiva, para su revisión.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 02-61-2017

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 59-2017, celebrada el 31 de octubre de 2017.

2.2 Sesión extraordinaria 60-2017

Los miembros de la Junta Directiva conocen la propuesta de acta de la sesión extraordinaria 60-2017, celebrada el 03 de noviembre de 2017, la cual se distribuyó con anterioridad entre los miembros de la Junta Directiva, para su revisión.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** no vota la citada acta en vista de que no participó en esa oportunidad.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve:

ACUERDO 03-61-2017

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 60-2017, celebrada el 03 de noviembre de 2017, con los votos de los directores Jiménez Gómez, Gutiérrez López y Muñoz Tuk.

ARTÍCULO 4. Asuntos de los miembros de la Junta Directiva.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** informa sobre la comparecencia que tuvo ante la Comisión de Ingreso y Gasto Público, en la cual el papel protagónico fue la Sutel, por lo que explicó las competencias y responsabilidades que tiene la Junta Directiva para con el órgano desconcentrado; dentro de las cuales citó que este cuerpo colegiado aprueba los planes operativos de la Sutel e incluso nombra los miembros del Consejo.

Por otra parte, comentó que está en trámite el “*Protocolo para el aseguramiento de la atención de requerimientos de Sutel*” el cual rige las relaciones de información entre la Sutel y la Aresep. Asimismo, explicó que otra forma de relación que se tiene, es con los planes de trabajo de la Auditoría Interna, mismos que se conocen en la Junta Directiva y en donde se incluyen los estudios que se realizan en la Aresep y la Sutel.

En otro orden de ideas, el señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que, la señora Muñoz Tuk había solicitado un espacio para tratar el asunto de los términos de referencia para la contratación de servicios jurídicos especializados en el ámbito del Derecho Público y Administrativo, con el fin de analizar el tema de los juicios; por lo que plantea que ingresen al salón de sesiones el señor Román Navarro Fallas, asesor legal del Regulador General y la señora Merari Herrera Campos, jefa del Departamento de Proveeduría.

La señora la **Sonia Muñoz Tuk** solicita que el tema se agende para la próxima sesión en vista de que no ha terminado de analizar las observaciones.

Por otra parte, el señor **Roberto Jiménez Gómez** explica que se le dio seguimiento al proyecto de ley “Reformas del marco legal para la simplificación y el fortalecimiento de la gestión pública” el cual modifica algunos de los elementos de la Aresep. Señala que dicho proyecto está sin movimiento desde abril de 2017; por lo que se estará informando sobre el estatus que muestre dicho proyecto.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** informa que el 6 de noviembre de 2017, ingresó a su cuenta de correo electrónico, una carta del Sindicato Costarricense de Trabajadores del Transporte (SICOTRA), la cual contiene con un pronunciamiento de la dirección de asuntos jurídicos del Ministerio de Trabajo. Remitió

copia de dicha carta al secretario de esta Junta Directiva, con el fin de que sea agendado en la sesión 62-2017.

Además, indica que en la sesión 59-2017 se tomó el acuerdo 04-59-2017, que su inciso 3) dice: “*Solicitar a la Secretaría de la Junta Directiva, elaborar un informe sobre los asuntos que están pendientes de agendar*”; sin embargo, no se indicó el plazo para presentarlo, por lo que solicita se agende para ser conocido en la sesión 62-2017.

También, solicita un informe para conocer el presupuesto asignado para llevar a cabo los estudios de demanda en el 2018, esto, con el fin de tener pendiente cuánto es y así una vez que se pueda ejecutar, que la Administración pueda redireccionar los fondos.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** responde que, en cuanto al presupuesto asignado se está tratando de canalizar en estudios de estructuras de costos.

También, la señora **Sonia Muñoz Tuk** solicita que el cronograma de atención de los recursos que se tienen desde hace mucho tiempo en la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria pueda ser presentado antes de que finalice el mes de noviembre.

De igual manera, solicita que se agende lo más pronto posible la presentación de la Intendencia de Energía, sobre los bloques de consumo.

Como último punto, manifiesta que les remitieron a los miembros de la Junta Directiva, información sobre el Congreso Iberoamericano de Regulación; sin embargo, no indica la erogación del rubro de inscripción.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** explica que la inscripción al Congreso Iberoamericano de Regulación es gratuita, además, recalca que se obtuvo una gestión muy valiosa; ya que se contará con un experto internacional y la Institución participará en un evento externo en el cual asistirán personas de primer nivel; además permitirá un acercamiento con los abogados y con la Escuela Judicial, tema que ya se había solicitado; por lo que se está analizando un realizar un convenio.

ARTÍCULO 5. Modificación parcial a la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”.

A las diez horas y diez minutos ingresan al salón de sesiones, los señores (as): Edward Araya Rodríguez y Román Navarro Fallas, asesores del Despacho del Regulador General; Marlon Yong Chacón, Director General del Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR); Eduardo Andrade Garnier y Juan Carlos Pereira Rivera, funcionarios de esa Dirección; Carol Solano Durán, Directora General de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, Daniel Fernández Sánchez y Adriana Martínez Palma, funcionarios esa Dirección. Asimismo, ingresan los señores Paolo Varela Brenes y Eddy Víquez Murillo, funcionarios de la Intendencia de Transporte, a participar en la presentación del tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce el informe 15-FTMB-2017 (02) mediante el cual la Fuerza de Tarea Metodología de Buses presenta una propuesta para el tema de costo de limpieza.

Costos de Limpieza

La Fuerza de Tarea explica la propuesta contenida en el informe 15-FTMB-2017, el cual contiene el objeto y la siguiente justificación:

“El Manual para la evaluación y calificación de la calidad de servicio público remunerado de personas, aprobado mediante el artículo 8.1 del acta de la sesión ordinaria 42-2016 de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, celebrada el 1 de setiembre de 2016, incluye la limpieza de los autobuses como uno de los criterios de evaluación, por lo tanto es un costos directo a reconocer.

La “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús” vigente, reconoce este costo el rubro de “Otros Gastos”.

Dado lo anterior, esta propuesta de modificación parcial de la metodología tarifaria, reclasifica el costo de limpieza como un costo directo de la prestación del servicio público, para facilitar la estimación y medición del mismo.

Así mismo, con el fin de hacer explícito en la metodología el rubro de limpieza, se utilizan los valores derivados del estudio técnico “Modelo de regulación económica del servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús. Estructura productiva modelo”, Contratación Directa 2011CD-000415-ARESEP realizado por L.C.R. Logística S.A., en adelante L.C.R. Logística S.A. (2012).

El estudio técnico mencionado, en el cuadro 4.24 de la sección “4.5 Costo mensual por limpieza y lavados de vehículos”, propone tres actividades básicas:

- I. Limpieza interna del vehículo (barrido interno y limpieza de asientos)
- II. Lavado externo del vehículo (limpieza de la carrocería, ventanas y parabrisas)
- III. Lavado del motor y chasis del vehículo.

Con respecto a las frecuencias el estudio señalado propone:

Cuadro 1. Frecuencia mensual asociados a la limpieza y lavado de vehículos

Ítem	Frecuencia mensual (cantidad/meses)
<i>Limpieza interna, dos veces por día</i>	60
<i>Lavado externo, una vez cada dos días</i>	15
<i>Lavado de motor y chasis, una vez cada dos meses</i>	0,50

Fuente: L.C.R. Logística S.A. (2012), cuadro 4.24, página 95.

Esta propuesta adopta las frecuencias correspondientes al tipo de vehículo autobús convencional urbano, debido a que datos recientes indican que el 92%¹ de las rutas utilizan este tipo de autobús, mismas donde la distancia de viaje no es mayor a 100 km.

Este estudio también señala, los siguientes precios unitarios de limpieza y lavado de vehículos:

Cuadro 2. Precio unitario de limpieza y lavado de vehículos a diciembre de 2011

¹ Según resultados Contratación N° 2016CD-000044-ARESEP

<i>Ítem</i>	<i>Precio unitario por actividad</i>
<i>Limpieza interna</i>	<i>200</i>
<i>Lavado externo</i>	<i>2.000</i>
<i>Lavado de motor y chasis</i>	<i>15.000</i>

Fuente: L.C.R. Logística S.A. (2012), cuadro 6.1, página 100.

Los valores del cuadro 2, se derivan de la sección “6.1 Costos de referencia”, donde se indica que una de las fuentes de información empleadas para obtener los costos unitarios fue la “Información obtenida directamente de los servicios de transporte público en el mercado costarricense”, razón por la cual se considera adecuado adoptar también los valores indicados.

Los valores del cuadro 2 se actualizarán mediante indexación con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) calculado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). Para este fin se tomarán como base los valores del cuadro anterior y el índice del INEC a diciembre 2011 (según cuadro 6.1, del estudio técnico L.C.R. Logística S.A., 2012) y se ajustarán con el último valor del índice que esté disponible a la fecha de audiencia pública de la aplicación de la metodología.

Para efecto de reconocimiento tarifario, los resultados derivados del estudio técnico “Modelo de regulación económica del servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús. Estructura productiva modelo” señalados en los puntos anteriores se consideran apropiados (...).”

El señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y los señores: Jiménez Gómez, Gutiérrez López y la señora Muñoz Tuk votan a favor de someter al procedimiento de audiencia pública la propuesta de costos de limpieza, mientras que el señor Sauma Fiatt vota en contra conforme al siguiente razonamiento:

“Cuando la Junta Directiva analizó el grupo de modificaciones de la metodología que presentó la Fuerza de Tarea, en la que se incluyó por primera vez los costos de limpieza, se consideró que lo más adecuado era analizar globalmente los costos, ya que no tenía sentido considerarlos separadamente. La limpieza está contemplada en el modelo vigente, como parte de los costos fijos. Si bien hay una propuesta de cambiarlo a costo variable, lo cierto es cualquier decisión se debe basar en un estudio global de costos.

Entendió que tácitamente la Junta Directiva estaba de acuerdo en ese sentido; es decir, no considerar de forma separada lo referente a limpieza y hacer el estudio global. Incluso, la directora Adriana Garrido Quesada insistió en muchas ocasiones con el Regulador General para que se definieran fechas para este estudio global; pero no hubo respuesta. Considera que este es un tema relevante, se debe hacer el estudio de costos y como mínimo establecer una fecha tentativa en la cual se va a tener.

Agrega que la información solicitada por los directores -especialmente la directora Adriana Garrido Quesada- a la Fuerza de Tarea nunca les fue entregada, especialmente la referente al estudio a profundidad del modelo anterior y del modelo brasileño que sirvió de base, por lo que la propuesta no está debidamente justificada.

Señala que el tema de la limpieza nunca había sido reclamado por los autobuseros, pero luego de que la Fuerza de Tarea lo propuso, se convirtió en un punto relevante de sus peticiones. Sin embargo, no

se está considerando el impacto sobre los usuarios, que verán aumentadas las tarifas, debiendo realizar un pago adicional por una propuesta que no está debidamente justificada. Por ello, vota negativamente.”

El señor **Roberto Jiménez Gómez** señala que se ha hecho un esfuerzo muy grande para que en el presupuesto 2018 se priorice la realización de los estudios; un plan de trabajo de los estudios de la estructura de costos que realizará la Dirección del Centro de Desarrollo de la Regulación, lo cual se está planeando para que en este año se cuente con los términos de referencia para que inmediatamente iniciado el 2018 con los recursos que se pudieron captar y con los que se reasignaron se puedan llevar a cabo dichos estudios.

Además, es importante indicar que, pese a que la metodología actual reconoce un porcentaje y podría decirse que hay un rubro denominado “otros gastos” no se tiene claridad de qué se incluye en este rubro; ni en el modelo anterior ni en el vigente existe una memoria de cálculo que indique qué componentes se incluían; por lo tanto, se ha considerado razonable analizar este aspecto.

Considera que es una medida de la primera fase, para luego hacer un análisis de la estructura de costos detallada y ahí todos los coeficientes que se tienen, tanto del modelo anterior y del actual, serán actualizados, pero, con memorias de cálculo claras y precisas, en donde se sabe si un coeficiente incluye o no determinados costos de la actividad de los autobuses.

La Junta Directiva resuelve, por mayoría, tres votos a uno, aprobar la propuesta de modificación parcial de la metodología; mientras que la firmeza del acuerdo se vota por unanimidad de los cuatro votos presentes:

RESULTANDO

- I. Que el 25 de febrero de 2016, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-035-2016, dictó la *“Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”*, publicada en el Alcance 35 a La Gaceta 46, del 7 de marzo del 2016.
- II. Que el 22 de marzo de 2017, mediante el oficio 255-RG-2017, el Regulador General conformó varias Fuerzas de Tarea, con el objetivo de que analizaran varias metodologías tarifarias, entre ellas se conformó la Fuerza de Tarea Metodología de Buses (Fuerza de Tarea), para analizar la *“Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”*, dictada mediante la resolución RJD-035-2016.
- III. Que el 3 de julio de 2017, mediante el oficio FTMB-01-2017, la Fuerza de Tarea, remitió a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR), el informe técnico de la Propuesta de modificación parcial a la metodología, para ser discutida por la Junta Directiva.
- IV. Que el 4 julio de 2017, mediante el oficio 182-CDR-2017, el CDR, le remitió al Regulador General, la Propuesta de modificación parcial a la Metodología, contenida en el oficio FTMB-01-2017 de la Fuerza de Tarea, para ser discutido en la Junta Directiva.
- V. Que el 4 de julio de 2017, mediante el oficio 243-RG-2017, el Regulador General, remitió a los miembros de la Junta Directiva, para su análisis y conocimiento, la Propuesta de modificación parcial de la metodología, elaborado por la Fuerza de Tarea y remitida a ese Despacho, con oficio 182-CDR-2017.

- VI. Que el 11 de julio de 2017, en la sesión ordinaria 35-2017, la Junta Directiva, tomó, por unanimidad y con carácter de firme, el acuerdo 08-35-2017, en el cual se instruyó a la Administración, para que se integre la documentación relativa a la propuesta de limpieza del autobús, en la *“Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”*, dictada mediante la resolución RJD-035-2016.
- VII. Que el 25 de agosto de 2017, mediante el oficio 248-CDR-2017, el CDR, le remitió al Regulador General el oficio 015-FTMB-2017 de la Fuerza de Tarea, que contiene los Informes técnicos: reconocimiento del costo de la depreciación y la rentabilidad, costo de limpieza del autobús, terrenos, tasa de rentabilidad para reglas de cálculo tarifario tipo 2, choferes, volumen de pasajeros y fraccionamientos, participación ciudadana, así como modificaciones de forma y aclaraciones, en el que se recomienda, considerar someter al procedimiento de audiencia pública, la Propuesta de modificación parcial de la metodología, relativa a dichos componentes de la *“Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”*, dictada mediante la resolución RJD-035-2016.

CONSIDERANDO:

- I. Que de acuerdo con los artículos 45 de la Ley 7593 y, 6, inciso 16) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (Riof), corresponde a la Junta Directiva dictar y modificar las metodologías regulatorias que se aplican en los diversos sectores regulados bajo su competencia; cumpliendo el procedimiento de audiencia pública establecido en el artículo 36 de la Ley 7593.
- II. Que de conformidad con el Manual para la evaluación y calificación de la calidad de servicio público remunerado de personas, aprobado mediante el artículo 8.1 del acta de la sesión ordinaria 42-2016 de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, celebrada el 1 de setiembre de 2016, la limpieza de los autobuses se incluye como uno de los criterios de evaluación, por lo tanto es un costo directo a reconocer. Dado que en la metodología vigente se reconoce este costo en el rubro de “otros gastos”, se requiere reclasificarlo como un costo directo de la prestación del servicio público, para facilitar la estimación y medición del mismo.
- III. Que la Ley 7593, en su artículo 5 dispone que la Aresep es el ente competente para fijar los precios y tarifas de los servicios públicos, de conformidad con las metodologías que ella misma determine y debe velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima de tales servicios públicos, dentro de los cuales se encuentra en su inciso f), el transporte público remunerado de personas modalidad autobús.
- IV. Que el desarrollo de los instrumentos regulatorios para el ejercicio de la potestad tarifaria, se encuentra condicionado por el desarrollo de los conocimientos científicos y tecnológicos, los cambios en las políticas públicas regulatorias y distributivas, los requerimientos ambientales, de conservación de energía y eficiencia económica, entre otros aspectos.
- V. Que del artículo 31 y otras normas de la Ley 7593, se desprende el principio de mejora continua regulatoria. Este principio exige a la Aresep una constante revisión de los instrumentos regulatorios, para adaptarlos, en primer lugar, a las cambiantes valoraciones, fines e intereses de la sociedad, generalmente expresados en políticas públicas al amparo de la Ley.

- VI. Que desde el punto de vista de la regulación, los conocimientos, modelos e información disponible sufren constantes cambios, lo que obliga a adaptar los instrumentos regulatorios a esos nuevos conocimientos, a las experiencias de otras latitudes y los cambios al ordenamiento jurídico.
- VII. Que el principio de mejora continua regulatoria demanda la investigación, desarrollo e innovación permanente en regulación, el constante perfeccionamiento de los instrumentos regulatorios y de la reglamentación vigente, requiere la comparación, aprendizaje y adaptación de las experiencias positivas en regulación de otros países, la evaluación continua de la efectividad de la actividad regulatoria y de la eficiencia, eficacia e idoneidad de la organización para alcanzar sus objetivos regulatorios.
- VIII. Que el 25 de agosto de 2017, mediante el oficio 248-CDR-2017, el CDR le remitió al Regulador General, el oficio 015-FTMB-2017 de la Fuerza de Tarea, que contiene, los Informes técnicos relativos al reconocimiento del costo de la depreciación y la rentabilidad, costo de limpieza del autobús, terrenos, tasa de rentabilidad para reglas de cálculo tarifario tipo 2, choferes, volumen de pasajeros y fraccionamientos, participación ciudadana, así como modificaciones de forma y aclaraciones.
- IX. Que en el oficio 248-CDR-2017, se recomienda, considerar someter al procedimiento de audiencia pública la Propuesta de modificación parcial de la *“Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”*, dictada mediante la resolución RJD-035-2016.
- X. Que el 7 de noviembre de 2017, la Junta Directiva, en la 61-2017, con fundamento en el oficio indicado en considerando IX de esta resolución, acordó someter al trámite de audiencia pública, la Propuesta de modificación parcial a la *“Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús”*, dictada mediante la resolución RJD-035-2016; únicamente en lo relativo al costo de limpieza del autobús.
- XI. Que con fundamento en los resultandos y considerandos que preceden, lo procedente es, someter al procedimiento de audiencia pública previsto en el artículo 36 de la Ley 7593; la Propuesta de modificación parcial a la *“Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús”*, dictada mediante la resolución RJD-035-2016; únicamente en lo relativo al costo de limpieza del autobús, tal y como se dispone.

POR TANTO:

**LA JUNTA DIRECTIVA
RESUELVE:**

ACUERDO 04-61-2017

- I. Ordenar a la Administración, que someta al procedimiento de audiencia pública previsto en el artículo 36 de la Ley 7593; la siguiente Propuesta de modificación parcial a la *“Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús”*, dictada mediante la resolución RJD-035-2016; únicamente en lo relativo al costo de limpieza del autobús, así:

Costo de limpieza del autobús

Modifíquese la sección 4.4 Costos fijos, para que se lea de la siguiente manera:

4.4 Costos fijos

El cálculo de los costos fijos se representa, en términos generales de la siguiente forma:

$$CF_r = RIAF_r + CPOM_r + CPA_r + GA_r + CRA_r + CSPE_r + CECS_r + CIAS_r + OG_r + CLL_r$$

Ecuación 3

Donde:

- CF_r** = Costos fijos mensuales de la ruta "r".
- $CDAF_r$** = Costo mensual de depreciación de los activos fijos de la ruta "r".
- $CPOM_r$** = Costo mensual de personal de operación y mantenimiento de la ruta "r".
- CPA_r** = Costo mensual de personal administrativo de la ruta "r".
- GA_r** = Gastos administrativos mensuales de la ruta "r".
- CRA_r** = Costo mensual en repuestos y accesorios de la ruta "r".
- $CSPE_r$** = Costo mensual del sistema automatizado de pago electrónico y seguridad en la ruta "r".
- $CECS_r$** = Costo mensual de los estudios de calidad del servicio en la ruta "r".
- $CIAS_r$** = Costo mensual de infraestructura de apoyo al servicio en la ruta "r".
- OG_r** = Costo mensual por otros gastos en la ruta "r".
- CLL_r** = Costo mensual por limpieza y lavado de las unidades de la flota autorizada de la ruta "r".
- r** = Ruta de transporte remunerado de personas.

La definición de cada variable que compone los costos fijos y la forma en que se calcula se presenta seguidamente.

Inclúyase la sección 4.4.10 Costo por limpieza y lavado de vehículos y de motor, en la metodología vigente, posterior a la sección 4.4.9

4.4.10 Costo por limpieza y lavado de vehículos y de motor

El costo mensual por limpieza y lavado de unidades de transporte (CLL_r), se calcula con base en la frecuencia mensual de limpieza interna, lavado externo y del lavado de motor y chasis y el costo unitario de estos tres servicios de la siguiente forma:

$$CLL_r = (fli_r * CLI_r + fle_r * CLE_r + flmch_r * CLMCH_r) * F_r \quad \text{Ecuación 31}$$

Donde:

CLLr = Costo mensual por limpieza y lavado de las unidades de la flota autorizada de la ruta "r". Este rubro estará expresado en colones.

flir = Frecuencia mensual del servicio de limpieza interna de las unidades de la flota autorizada. Los valores de la frecuencia de limpieza interna de las unidades se derivan del estudio técnico ejecutado, contratado o avalado por la Aresep, y se expresan como un coeficiente mensual, tal y como se muestran en el siguiente cuadro.

Cuadro 12. Coeficiente mensual de frecuencia asociados a la limpieza y lavado de vehículos

Item	Frecuencia mensual (cantidad/mes)
<i>Limpieza interna, dos veces por día</i>	60
<i>Lavado externo, una vez cada dos días</i>	15
<i>Lavado de motor y chasis, una vez cada dos meses.</i>	0,50

CLlr = Precio del servicio de limpieza interna de las unidades de la flota autorizada de la ruta "r". Estos precios se determinan según lo indicado en la sección 4.11.5 de esta metodología.

fler = Frecuencia mensual del servicio de limpieza externa del tipo de vehículo "i" de las unidades de la flota autorizada. Los valores de la frecuencia de limpieza externa se derivan del estudio técnico ejecutado, contratado o avalado por la Aresep y se expresan como un coeficiente mensual, tal y como se muestran en el Cuadro 12 anterior.

CLEr = Precio del servicio de lavado externo de las unidades de la flota autorizada de la ruta "r". Estos precios se determinan según lo indicado en la sección 4.11.5 de esta metodología.

flmchr = Frecuencia mensual del lavado del motor y chasis del tipo de vehículo "i" de las unidades de la flota autorizada. Los valores de la frecuencia del lavado del motor y chasis se derivan del estudio técnico ejecutado, contratado o avalado por la Aresep, y se expresan como un coeficiente mensual, tal y como se muestran en el Cuadro 12 anterior.

CLMCHR = Precio del servicio de lavado del motor y chasis de las unidades de la flota autorizada de la ruta "r". Estos precios se determinan según lo indicado en la sección 4.11.5 de esta metodología.

Fr = Cantidad total de unidades de la flota autorizada de la ruta "r". Esto comprende la suma de vehículos con regla tarifaria tipo 1 y regla tarifaria tipo 2.

r = Ruta de transporte remunerado de personas.

Los valores del Cuadro 12 anterior de frecuencia de limpieza interna (*flir*), frecuencia de lavado externo (*fler*) y frecuencia de lavado de motor y chasis (*flmchr*) estarán sujetos a variación de acuerdo con los estudios técnicos ejecutados, contratados o avalados por la Aresep. Los valores de estos coeficientes técnicos se actualizarán como mínimo una vez cada cinco años, a partir del 7 de marzo de 2016 (fecha de entrada en vigencia de la resolución RJD-035-2016). La actualización de los valores de estos coeficientes deberá someterse previamente al trámite de consulta pública establecido en el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública.

El plazo establecido para la actualización de los valores de los coeficientes, permite la revisión periódica de la metodología de manera que se incorpore los cambios en el entorno financiero, así como los cambios tecnológicos y legales atinentes al servicio objeto de la presente metodología. Los casos de inclusión, eliminación de coeficientes y variación en las reglas contenidas en la metodología para definir coeficientes, deberán someterse previamente al proceso de audiencia pública previsto en el artículo 36 de la Ley N° 7593.

Adiciónese la sección 4.11.5 Determinación de los precios de limpieza y lavado de vehículos y de motor, en la metodología vigente, posterior a la sección 4.11.4.

4.11.5 Determinación de los precios de limpieza y lavado de vehículos y de motor

Los precios base para cada ítem de este rubro, serán los valores adoptados del estudio técnico ejecutado, contratado o avalado por la Aresep y se actualizarán mediante indexación con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) calculado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). Para este fin, se ajustarán los valores con el último índice que esté disponible a la fecha de audiencia pública de la aplicación de la metodología.

- II. Instruir a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para que en coordinación con la Fuerza de Tarea Metodología de Buses; una vez concluido el procedimiento de audiencia pública, proceda con el análisis de las posiciones y la elaboración de la Propuesta final de la modificación parcial a la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús” dictada mediante la resolución RJD-035-2016 y proceda a remitirla a la Junta Directiva.

Comuníquese al Regulador General.

VOTO EN CONTRA DEL DIRECTOR PABLO SAUMA FIATT

“Cuando la Junta Directiva analizó el grupo de modificaciones de la metodología que presentó la Fuerza de Tarea, en la que se incluyó por primera vez los costos de limpieza, se consideró que lo más adecuado era analizar globalmente los costos, ya que no tenía sentido considerarlos separadamente. La limpieza está contemplada en el modelo vigente, como parte de los costos fijos. Si bien hay una propuesta de cambiarlo a costo variable, lo cierto es cualquier decisión se debe basar en un estudio global de costos.

Entendió que tácitamente la Junta Directiva estaba de acuerdo en ese sentido; es decir, no considerar de forma separada lo referente a limpieza y hacer el estudio global. Incluso, la directora Adriana Garrido Quesada insistió en muchas ocasiones con el Regulador General para que se definieran fechas para este estudio global; pero no hubo respuesta. Considera que este es un tema relevante, se debe hacer el estudio de costos y como mínimo establecer una fecha tentativa en la cual se va a tener.

Agrega que la información solicitada por los directores -especialmente la directora Adriana Garrido Quesada- a la Fuerza de Tarea nunca les fue entregada, especialmente la referente al estudio a profundidad del modelo anterior y del modelo brasileño que sirvió de base, por lo que la propuesta no está debidamente justificada.

Señala que el tema de la limpieza nunca había sido reclamado por los autobuseros, pero luego de que la Fuerza de Tarea lo propuso, se convirtió en un punto relevante de sus peticiones. Sin embargo, no se está considerando el impacto sobre los usuarios, que verán aumentadas las tarifas, debiendo realizar un pago adicional por una propuesta que no está debidamente justificada. Por ello, vota negativamente.”

En cuanto terrenos

La Junta Directiva conoce el informe 15-FTMB-2017 (03) mediante el cual la Fuerza de Tarea Metodología de Buses presenta una propuesta para el tema de terrenos.

Luego de discutido el asunto, el señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que solicitará un estudio integral sobre el particular, un análisis específico fáctico y concreto. Considera que el Centro de Desarrollo de la Regulación tiene la obligación para esta y demás metodologías, llevar a cabo las verificaciones de los modelos. Finalmente, apunta que este tema quedará pendiente para otro omento.

A las diez horas y cincuenta y tres minutos se retiran del salón de sesiones, la señorita Adriana Martínez Palma y los señores Edward Araya Rodríguez, Román Navarro Fallas, Marlon Yong Chacón, Eduardo Andrade Garnier, Juan Carlos Pereira Rivera, Paolo Varela Brenes y Eddy Víquez Murillo.

ARTÍCULO 6. Petitorias del Foro Nacional de Transporte Público Modalidad Autobús -SAU-30632 y 31344-

La señora Carol Solano Durán, directora de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y el señor Daniel Fernández Sánchez, funcionario de esa Dirección, participan en la presentación de este artículo.

La Junta Directiva conoce los oficios 940-DGAJR-2017 y 941-DGAJR-2017, ambos del 03 de noviembre de 2017, mediante los cuales la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno a las peticiones externadas por el Foro Nacional de Transporte Público Modalidad Autobús (Asociación Cámara Nacional de Transportes, Asociación Cámara de Transportistas de San José, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y Asociación Cámara Nacional de Autobuseros), escrito del 26 de octubre de 2017 (SAU 30632). Entre sus peticiones, este Foro solicita la suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016.

Asimismo, se conoce el oficio del 3 de noviembre de 2017 (SAU 31344), mediante el cual dicho Foro Nacional presenta una serie de manifestaciones en cuanto a la necesidad de reconocer como un costo tarifario, los rubros de lavado y los planteles.

La señora **Carol Solano Durán** explica a la Junta Directiva la razón por la que recomienda conocer por separado la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, del resto de manifestaciones contenidas en el escrito presentado por el Foro Nacional, el 26 de octubre de 2017.

Gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016

La señora **Carol Solano Durán** explica los principales extremos del criterio 940-DGAJR-2017, el cual se refiere únicamente a la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016. Entre

otras cosas, la señora Solano se refiere a los antecedentes, análisis por la forma y fondo, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

Restantes peticiones del Foro Nacional de Transporte Público Modalidad Autobús

La señora **Carol Solano Durán** explica lo relativo al criterio 941-DGAJR-2017, adjunto al cual se remite una propuesta de respuesta a las restantes peticiones sobre la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús” (RJD-035-2016), interpuestas por el supra citado Foro mediante oficio del 26 de octubre de 2017 (SAU 30632).

Seguidamente se suscita un intercambio de impresiones sobre el caso, al tiempo que se realizan consultas y sugerencias sobre la propuesta de respuesta.

Una vez conocidas las peticiones externadas por el Foro Nacional de Transporte Público Modalidad Autobús, objeto de su oficio del 26 de octubre de 2017, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme a sus oficios 940-DGAJR-20147 y 941-DGAJR-2017, así como en los comentarios y sugerencias formulados en esta oportunidad por los miembros de la Junta Directiva, el señor **Roberto Jiménez Gómez** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

a. Sobre gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016

RESULTANDO:

- I. Que el 5 de noviembre de 2015, la Comisión Autónoma Ad Hoc para temas de Transporte Remunerado de Personas Modalidad Autobús, remitió la propuesta de “Metodología para la fijación ordinaria de tarifas para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús” (folios 2 al 123).
- II. Que el 11 de noviembre de 2015, la Secretaría de Junta Directiva (SJD), mediante el oficio 879-SJD-2015, comunicó el acuerdo N° 03-56-2015 del acta de la sesión N° 56-2015, tomado por la Junta Directiva, en el cual solicitó, entre otras cosas, la apertura del expediente respectivo (folio 1).
- III. Que el 19 y 20 de noviembre de 2015, se publicó la convocatoria a audiencia pública, en el diario oficial La Gaceta N° 225 y en los diarios de circulación nacional: La Teja y Diario Extra, a fin de conocer la propuesta “Metodología para la Fijación Ordinaria de Tarifas para el Servicio de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Autobús” (folios 140 al 143).
- IV. Que el 14 de diciembre de 2015, se realizó la audiencia pública, según consta en el acta N° 114-2015 (folios 277 al 290).
- V. Que el 18 de diciembre de 2015, la Dirección General de Atención al Usuario, mediante el oficio 4389-DGAU-2015, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias (folios 274 al 276).
- VI. Que el 25 de febrero de 2016, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-035-2016, publicada en el Alcance Digital N° 35, a La Gaceta N° 46, del 7 de marzo de 2016, aprobó la “Metodología para Fijación Ordinaria de Tarifas para el Servicio Remunerado de Personas, Modalidad Autobús” (metodología ordinaria tarifaria vigente) (folios 370 al 500 y 656).

- VII. Que el 10 de octubre de 2017, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-207-2017, publicada en el Alcance Digital N° 246, a La Gaceta N° 194, del 13 de octubre de 2017, resolvió:

“Suspender, parcial y temporalmente, por el plazo máximo de seis meses, contados a partir de la publicación de la presente resolución; el Punto 8. Volumen mensual de pasajeros para cada ruta (r) y/o ramal (l) o fraccionamiento (f) durante un mes calendario, de la Sección a. Procedimiento para obtención de datos con variables aproximadas y la Sección b. Procedimiento para determinar el volumen de pasajeros mensuales implícitos en el esquema operativo autorizado de la ruta. Ambas secciones del Apartado 4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente, de la Metodología para la Fijación Ordinaria de Tarifas para el Servicio Remunerado de Personas Modalidad Autobús; contenida en la RJD-035-2016, de las 16:00 horas del 25 de febrero de 2016; con el fin de tramitar la modificación del Apartado 4.13.2 Sección a. Punto 8 y Sección b., de la indicada metodología.”.

- VIII. Que el 26 de octubre de 2017, 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 Nacional de Autobuseros, realizaron varias peticiones a la Junta Directiva, entre ellas, interpusieron gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016 (folios 2054 al 2060).
- IX. Que el 27 de octubre de 2017, la SJD trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), mediante el memorando 774-SJD-2017, las peticiones que incluyen la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuestas 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 Nacional de Autobuseros.
- X. Que el 3 de noviembre de 2017, mediante el oficio 940-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio, únicamente, sobre la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta 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 Nacional de Autobuseros.
- XI. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 940-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

La gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuestas por las gestionantes, se rigen por los artículos 136.1.d), 146 al 148 de la LGAP, y en forma supletoria, a falta de normativa expresa en la Ley antes mencionada, en materia de medidas cautelares, en los artículos 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), Ley 8508, 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”. Ahora bien, si este calificativo es un concepto jurídico indeterminado, da una idea clara de que para que proceda tal solicitud cautelar, se tiene que establecer por parte del interesado, que su esfera jurídica puede sufrir un deterioro serio y verdadero, que no sería fácilmente reparable. (Véase en ese sentido el artículo 21 del CPCA).

Inclusive, nótese que la procedencia e implementación de una medida cautelar no es ilimitada y que la misma también puede ser rechazada, aunque cumpla con los requisitos señalados, si le impone una “carga indebida” al interés público o a terceras personas, es decir, si por ejemplo, representara un peligro para otras personas, para la gestión sustantiva de una entidad pública determinada, la paralización de la actividad fundamental de la Administración Pública, o bien, la interrupción o suspensión de un servicio público de primera necesidad, para la colectividad en general.

Entonces, una medida cautelar, estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del CPCA y deberá entonces, ponderarse la relación entre el posible daño que pueda provocar la actuación de la Administración con la ejecución del acto, en relación con el 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”.

2. Temporalidad

La resolución RJD-035-2016 que se pretende suspender, fue publicada en el Alcance Digital N° 35, a La Gaceta N° 46, del 7 de marzo de 2016 (folios 370 al 500 y 656), y la gestión de suspensión de los efectos del acto administrativo, fue planteada el 26 de octubre de 2017 (folio 2054).

Si bien es cierto, la interposición de la medida cautelar no se encuentra expresamente regulada en la LGAP, también tenemos que por identidad de causa, participa de las mismas

características de su homóloga en sede judicial. De ahí, que no existe un plazo específico al que un destinatario de un acto administrativo, expresado mediante una resolución, esté limitado para solicitar la suspensión de los efectos de aquella, pudiendo interponerla en cualquier momento durante su vigencia, siempre y cuando se configuren los presupuestos para su adopción.

En consecuencia, se concluye que la misma es admisible desde el punto de vista de la temporalidad.

3. Legitimación

a) Asociación Cámara Nacional de Transportes, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y Asociación Cámara Nacional de Autobuseros.

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros son parte en el procedimiento, por lo que están legitimadas -para actuar en la forma en que lo han hecho- de acuerdo con los artículos 30 y 36 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 275 de la LGAP.

b) Asociación Cámara de Transportistas de San José.

Dicha asociación, para efectos de su legitimación para interponer la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, no demostró el nexo causal, entre lo dispuesto por la resolución que pretende suspender y la afectación en su esfera jurídica o la de sus afiliadas.

Cabe señalar, que en cuanto a los intereses gremiales o corporativos, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 810-2016 del 4 de agosto de 2016, dispuso:

“(...) 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, la asociación mencionada no acreditó que represente jurídicamente los intereses de sus afiliadas, por cuanto, revisado el expediente, no se encontraron sus pactos constitutivos, los cuales resultan indispensables o esenciales, para tener por acreditada su legitimación, y por ende, para establecer que está actuando en defensa de los intereses de sus afiliadas.

Por su parte, tampoco se apersonó al procedimiento como opositora o coadyuvante, que la legitimara según la LGAP y el artículo 36 de la Ley 7593, para actuar en la forma en que lo ha hecho.

Además, no consta en autos, mandato o poder alguno, otorgado por sus afiliadas, para apersonarse en defensa de sus intereses e interponer las gestiones conocidas, considerando que dicha asociación no es formalmente prestadora del servicio público de transporte remunerado de personas, en la modalidad autobús.

En consecuencia, de conformidad con los artículos 275 de la LGAP y 36 de la Ley 7593, la Asociación Cámara de Transportistas de San José, no se encuentra legitimada para actuar, en la forma en que lo ha hecho.

4. Representación

a) Asociación Cámara Nacional de Transportes.

La gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, fue interpuesta por el señor Carlos López Solano, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma, de la Asociación Cámara Nacional de Transportes; sin embargo, en el expediente no consta certificación de personería que acredite dicha representación.

b) Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia.

La gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, fue interpuesta por la señora Johanna Zárate Sánchez, en su condición de apoderada generalísima sin límite de suma, de la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia; sin embargo, en el expediente no consta certificación de personería que acredite dicha representación.

c) Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico

La gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, fue interpuesta por el señor Miguel Badilla Castro, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma, de la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, representación que no se tiene por acreditada, por cuanto si bien a folios 208, 321, 566, 870 y 1661, constan diversas certificaciones de personería, de ellas se desprende, que el nombramiento del señor Badilla Castro, venció el 31 de agosto de 2017, siendo que la gestión en análisis, fue interpuesta el 26 de octubre de 2017. Y no consta en autos una nueva certificación de personería que acredite que el nombramiento del señor Badilla Castro, fue prorrogado.

d) Asociación Cámara Nacional de Autobuseros.

La gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, fue interpuesta por el señor José Campos Salas, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma, de la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros, representación que se encuentra acreditada, según certificación de personería, visible a folios 1666 y 1667.

Del análisis expuesto se concluye, que la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, resulta inadmisibles, por falta de legitimación.

Además, la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de

Heredia y la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, resultan inadmisibles, por falta de representación.

En cuanto a la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros, se encuentra que resulta admisible, por haber sido interpuesta en tiempo y forma.

III. ANÁLISIS POR EL FONDO

En tesis de principio, todos los actos administrativos son ejecutables y surten efectos después de ser comunicados (publicación), tal y como sucedió con la resolución RJD-035-2016 (metodología ordinaria tarifaria vigente).

No obstante, como medida cautelar de carácter excepcional, temporal, provisional o transitorio, los efectos del acto administrativo pueden ser suspendidos en vía administrativa o judicial, con el fin de evitar perjuicios graves, actuales o potenciales.

La jurisprudencia del Tribunal de Casación del Contencioso Administrativo, 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 N.º. 378-2009, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, de las 08:17 horas del 12 de febrero de 2009, lo siguiente:

“(…)

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.

(...)"

Para mayor abundamiento, pueden consultarse sus sentencias: N° 58-F-TC-2008, N° 102-F-TC-2008, N° 116-F-TC-2008, N° 129-F-TC-2008 y N° 146-F-TC-2008.

De esta forma, del análisis de los autos, no se desprende referencia, ni se aportó prueba idónea alguna por parte de la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros, que haga presumir la confluencia de los presupuestos legales para el otorgamiento de la medida cautelar, en los términos solicitados y, que son: a) apariencia de buen derecho, b) el peligro en la demora, y c) la ponderación de los daños y perjuicios graves, actuales o potenciales, que se le ocasionarían.

En consecuencia, considera este órgano asesor, que la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016 interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros, no demostró la confluencia de los presupuestos legales supra indicados, ya que no basta con la sola indicación, de que desea la protección cautelar, lo que produce que deba ser rechazada en los términos solicitados.

IV. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, resulta inadmisibles, por falta de legitimación.*
- 2. Desde el punto de vista formal, la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, resultan inadmisibles, por falta de representación.*
- 3. Desde el punto de vista formal, la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros, resulta admisible, por haber sido interpuesta en tiempo y forma.*
- 4. La procedencia e implementación de una medida cautelar estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo.*
- 5. Del análisis de los autos, no se desprende referencia, ni se aportó prueba idónea alguna por parte de la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros, que haga presumir la confluencia de los presupuestos legales para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos solicitados y que son: a) apariencia de buen derecho,*

b) el peligro en la demora, y c) la ponderación de los daños y perjuicios graves, actuales o potenciales, que se le ocasionarían.

6. *La gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016 interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros, no demostró la confluencia de los presupuestos legales supra indicados, ya que no basta con la sola indicación, de que desea la protección cautelar, lo que produce que deba ser rechazada en los términos solicitados.*

[...]"

- 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, la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, por falta de legitimación. **2.-** Rechazar por inadmisibles, la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, por falta de representación. **3.-** Declarar sin lugar, la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros. **4.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **5.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria 61-2017, del 7 de noviembre de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 940-DGAJR-2017, de cita, acordó con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 05-61-2017

- I. Rechazar por inadmisibles, la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, por falta de legitimación.
- II. Rechazar por inadmisibles, la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, por falta de representación.
- III. Declarar sin lugar, la gestión de suspensión de los efectos de la resolución RJD-035-2016, interpuesta por la Asociación Cámara Nacional de Autobuseros.
- IV. Notificar a las partes, la presente resolución.

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

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

- b. Sobre las restantes peticiones del Foro Nacional de Transporte Público Modalidad Autobús, contenidas en el oficio del 26 de octubre de 2017.**

ACUERDO 06-61-2017

Dar respuesta a las peticiones externadas por el Foro Nacional de Transporte Público Modalidad Autobús, mediante el oficio del 26 de octubre de 2017, en los siguientes términos:

- 1. *Solicitud de revisión de los casos de las empresas a las que ya se les fijó tarifa, utilizando la metodología ordinaria tarifaria vigente, con el fin de detener y revertir los daños y perjuicios, causados por esta herramienta.***

Agregaron las petentes, que se revise la situación de los prestadores que, en razón de su bajo monto de tarifa o de redondeo, no han alcanzado ajustes tarifarios por varios períodos (aunque ello no haya sido óbice para aplicarles rebajas), de tal forma que se les garantice un trato justo y equilibrado y no queden condenados a la “petrificación de sus tarifas ante incrementos periódicos de los costos”.

Sobre el particular, se le indica a las petentes, que las fijaciones tarifarias realizadas hasta el momento, han seguido el procedimiento establecido en la Ley 7593 y su reglamento, siendo que la aplicación de la metodología en cuestión (RJD-035-2016), es un acto administrativo válido y eficaz; por ende, una eventual revisión de dichas fijaciones tarifarias, sería una inobservancia al principio de intangibilidad de los actos propios, partiendo de que las tarifas fijadas por la Autoridad Reguladora, siguiendo el procedimiento establecido para tal efecto, son actos declarativos de derechos para los administrados (usuarios y prestadores del servicio público).

Por su parte, debe recordarse, que si bien mediante la resolución RJD-207-2017, del 10 de octubre de 2017 (publicada en el Alcance Digital N° 246, a La Gaceta N° 194, del 13 de octubre de 2017), se dispuso la suspensión de aplicar la sección 4.13.2.b “Procedimiento para determinar el volumen de pasajeros mensuales implícitos en el esquema operativo autorizado de la ruta” (demanda implícita), de la metodología ordinaria tarifaria vigente (RJD-035-2016), esta suspensión no tiene efectos retroactivos, por cuanto en la resolución indicada se estableció claramente, que la misma rige por un plazo máximo de 6 meses, a partir de su publicación, sea a partir del 13 de octubre de 2017; por lo que, tampoco procede la revisión de oficio, en cuanto a este punto.

Ahora bien, respecto de los supuestos daños y perjuicios causados a los prestadores del transporte remunerado de personas, modalidad autobús, a los cuales se les ha fijado tarifa, aplicando la metodología ordinaria tarifaria vigente, debe ser demostrado por las personas legitimadas para ello, mediante prueba idónea en el proceso correspondiente, no basta solamente con indicarlo.

- 2. *Que no se utilicen los estudios realizados por ProDUS, en virtud de los cuestionamientos realizados contra ellos, hasta que el asunto no quede debidamente aclarado y dilucidado en firme, en las vías en las cuales se discute el asunto.***

Hasta tanto no exista una resolución en sede administrativa o judicial, que impida la utilización de dichos estudios, los estudios elaborados por ProDUS, se consideran actos válidos y eficaces.

3. Que se efectúe una modificación integral y expedita a la resolución RJD-035-2016, y se dé amplia participación al sector, en el trámite.

Agregaron las petentes, que con la modificación de la metodología tarifaria ordinaria vigente, se amplíe la canasta de insumos contemplada, se actualice el porcentaje reconocido por beneficio de pasaje gratuito a personas adultas mayores, y se establezca expresamente, el deber de la Intendencia de Transporte de solicitar la apertura del expediente y de la Aresep de convocar la audiencia pública el primer día hábil de los meses de enero y julio del año respectivo, de tal forma que se pueda aplicar en el II semestre del año 2017.

Sobre el particular, se le indica a las petentes, que esta Junta Directiva ha trabajado desde hacer varios meses en el proceso de mejora continua de la metodología y luego de un proceso de discusión y valoraciones, se ha acordado someter al proceso de audiencia pública, varias modificaciones a la metodología vigente.

Por otra parte, indicaron las petentes, que se consideren sus propuestas y eventuales objeciones u oposiciones de una manera objetiva pormenorizada y analítica, que se incorpore como parte de este proceso de revisión al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) y al Consejo de Transporte Público (CTP) en su condición de órgano rector, tal y como lo determina el Decreto Ejecutivo 40186-MOPT sobre Política Pública; además, que para dar total transparencia a este proceso se invite como visor a la Defensoría de los Habitantes (DHR).

Al respecto, debe indicarse a las petentes, que sus eventuales oposiciones, se analizarán de acuerdo con las disposiciones vigentes.

En cuanto a que se incorpore al MOPT y al CTP, como parte del proceso de revisión de la metodología ordinaria tarifaria vigente, se les remite a lo dispuesto por la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-416-2014, del 24 de noviembre de 2014:

“(…)

V.- CONCLUSIÓN.-

De conformidad con lo expuesto es criterio de la Procuraduría General de la República:

c) La definición de metodologías o modelos tarifarios se encuentra comprendida dentro de la competencia exclusiva y excluyente de la ARESEP de fijar tarifas, sin que se encuentre obligada a coordinar con otras entidades u órganos. No obstante, en el caso de los modelos tarifarios que se pretendan implementar en materia de transporte público, las autoridades del Consejo de Transporte Público, si a bien lo tienen, pueden hacer llegar a la ARESEP los estudios y observaciones que estimen pertinentes e, incluso, participar en la audiencia pública que, para tal efecto, debe realizar la Autoridad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de su Ley de creación.

(...)” (El subrayado no está en el original)

Finalmente, en cuanto a tener como visor del procedimiento a la DHR, se le indica a las petentes, que dicha Institución podría apersonarse al procedimiento, como opositora o coadyuvante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 de la Ley 7593 y 275 de la LGAP.

4. Que se determine de forma inmediata una tarifa temporal y de emergencia, que garantice el cumplimiento de las obligaciones, como pagos de salarios, endeudamiento, derechos de circulación, entre otras.

Al respecto, debe indicarse, que las actuaciones de la Aresep, como institución autónoma del Estado (ente público descentralizado) —según se desprende de los artículos 188 y 189 de la Constitución Política; 1 de la Ley N.º 7593 y 2 del Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Decreto Ejecutivo N.º 29732-MP) — se rigen por el principio de legalidad, contemplado en los artículos 11 de la Constitución Política y de la LGAP.

Sobre el principio indicado, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución 63-F-2000, del 28 de enero de 2000, señaló:

“(…)

El principio de legalidad, es efecto y manifestación directa del sometimiento del Poder Público al Derecho. En este sentido, todo el comportamiento de la Administración Pública está afecto y condicionado a una norma habilitadora, ya sea escrita o no escrita. (...) Esto implica que el funcionario público está sometido al Ordenamiento Jurídico, y dentro de él, en forma directa, a la Constitución, la que se presenta como norma jurídica primaria, que no solo puede, sino que debe aplicar en forma directa.

(…)” (El subrayado no está en el original)

En ese mismo sentido, la Sala Constitucional, en la Sentencia 962-12, del 27 de enero de 2012, con respecto al principio de legalidad, expresó:

“(…)

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.

(…)” (El subrayado no está en el original)

En estricto apego a lo anterior, no procede la fijación de una tarifa temporal y de emergencia, como lo pretenden las petentes, por cuanto en el ordenamiento jurídico —específicamente en la Ley 7593— no se encuentra contemplada dicha figura.

5. Solicitud para fijar una tarifa extraordinaria.

Las petentes solicitan la fijación de una tarifa extraordinaria, con el fin de que el sector no caiga en una situación de crisis financiera insostenible e irreversible, ya que mientras se realizan las modificaciones a la metodología ordinaria tarifaria vigente, se requiere de la tramitación de una tarifa extraordinaria de urgencia, acogiéndose a lo dispuesto por el *"Modelo de ajuste extraordinario para el servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús"* (RJD-120-2012).

Al respecto, se le indica a las petentes, que de conformidad con el punto 1.2. (Alcance), de la resolución RJD-120-2012, el modelo de ajuste extraordinario se aplica con *"con periodicidad semestral (i.e. enero-junio y julio-diciembre), iniciando el proceso el primer día hábil de enero y de julio de cada año."*

Lo anterior, tomando en consideración, que el ajuste extraordinario del segundo semestre de 2017, fue realizado mediante la resolución RIT-067-2017, del 27 de octubre de 2017 (publicada en el Alcance Digital N° 261, a La Gaceta N° 205, del 31 de octubre de 2017).

En ese sentido, se están haciendo los análisis internos, para que los procesos de fijación extraordinaria, se realicen de forma expedita.

6. Solicitud para que se inicien los procesos de revisión tarifaria de las empresas que han realizado inversiones y que por las incongruencias del modelo no han podido acceder a tarifa.

Esta solicitud no es susceptible de análisis, por cuanto no se indican cuáles son esas empresas que han invertido y que no han podido acceder a tarifa; en otras palabras, se requiere documentación que demuestre la imposibilidad señalada.

En todo caso, los prestadores del servicio público, están facultados para presentar las solicitudes tarifarias correspondientes, las cuales serán analizadas acorde al ordenamiento jurídico, así como a las reglas de la ciencia y la técnica; lo cual no implica que automáticamente se otorgará un aumento en la tarifa, pues para ello se aplica la metodología vigente y se sigue el procedimiento establecido en la Ley 7593.

7. Solicitud de audiencia ante la Junta Directiva de la Aresep, con el fin de exponer sus puntos de vista.

Al respecto, se les indica a las gestionantes, que de conformidad con el inciso 4) del artículo 2 del *"Reglamento de sesiones de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos"*, la Junta Directiva *"no conferirá audiencia a ninguna de las partes de un procedimiento administrativo que la soliciten, cuando la Junta deba conocer de los recursos administrativos que interesen o pueden interesar a los solicitantes"*.

En ese sentido, de existir alguna impugnación pendiente relacionada con el procedimiento de la metodología ordinaria tarifaria vigente (RJD-035-2016), esta Junta Directiva se encontraría impedida de otorgar dicha audiencia.

8. Solicitud para que no se cobre en el canon del año 2018, la parte correspondiente al aumento, hasta que no esté incorporado en la tarifa y se haya dado un plazo razonable,

de al menos 3 meses, para que se empiece a recaudar, antes de someterlo a cobro, manteniendo el pago en tractos a lo largo del año.

Agregaron las petentes, que la Aresep inicie un proceso de revisión de sus gastos, de tal forma que conforme a las políticas de austeridad del Gobierno se disminuyan a lo estrictamente necesario, de tal forma que se dimensione el impacto del alza en los regulados, permitiendo eventualmente el cobro de un canon menor a lo largo del año.

Lo anterior, señalaron las petentes, de conformidad con lo ordenado por la Contraloría General de la República (CGR), mediante diversos oficios que datan del 2012 en adelante, en el sentido de que el canon debe ser neutro respecto de la situación del prestador, que no es más que recaudador, que debe estar incorporado en la tarifa del regulado y que esté en posibilidad de recaudarlo, antes de que tenga que trasladarlo al ente regulador. Igualmente, expresaron las petentes, que la CGR ha señalado en las resoluciones que aprueban el proyecto de cánones de la Aresep, que lo aprobado es un monto máximo y que debe revisarse periódicamente su consumo efectivo, con el fin de, eventualmente, rebajarlo o devolverlo al regulado.

Se le indica a las petentes, que en el momento procesal oportuno serán valoradas sus observaciones.

9. Solicitud de un informe detallado sobre la etapa en que se encuentran los procesos de refrendo y se agilicen a la mayor brevedad, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 7593 y el Decreto de Política Pública.

Mediante el oficio 878-RG-2017 del 24 de octubre de 2017, el Regulador General, quien ostenta la competencia para otorgar los refrendos a los contratos de concesión, y luego de sostener reuniones técnicas de coordinación con el CTP, estableció los lineamientos para el refrendo de los contratos de concesión.

c. En cuanto a manifestaciones del Foro Nacional de Transporte Público Modalidad Autobús contenidas en oficio del 3 de noviembre de 2017, (SAU 31344)

Luego de conocer las manifestaciones del Foro Nacional, objeto de su oficio del 3 de noviembre de 2017, relacionadas al tema de lavado e instalaciones, esta Junta Directiva considera pertinente tomar un acuerdo en el sentido de agradecer las observaciones planteadas por dicho Foro, las cuales se analizan para los efectos pertinentes.

ACUERDO 07-61-2017

Agradecer al Foro Nacional de Transporte Público Modalidad Autobús, las manifestaciones contenidas en el oficio del 3 de noviembre de 2017 (SAU 31344) en torno al tema de lavado e instalaciones, e indicarle que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos está en proceso de análisis de los temas planteados en dicho oficio.

ACUERDO FIRME.

A las doce horas y diez minutos se retiran del salón de sesiones, la señora Carol Solano Durán y Daniel Fernández Sánchez.

ARTÍCULO 7. Exposición sobre la Implementación ERP/GRP Sistema de Información Administrativo Financiero.

A las doce horas y diez minutos ingresan al salón de sesiones, la señora (es): Rodolfo González Blanco, director general de la Dirección General de Operaciones y la señora Merari Herrera Campos, jefa del Departamento de Proveeduría. Asimismo, ingresan los señores Rodolfo Zamora Chaves, director de la Dirección de Tecnologías de Información, José Charpentier Díaz y Orlando Marín Guerrero, funcionarios de esa dirección.

La Junta Directiva conoce el oficio 347-DTI-217 del 3 de noviembre de 2017, mediante el cual la Dirección de Tecnologías de Información se refiere a la Implementación ERP/GRP Sistema de Información Administrativo Financiero.

El señor **Rodolfo Zamora Chaves** indica que, de conformidad con las consultas realizadas por los miembros de la Junta Directiva en la sesión 56-2017 celebrada el 17 de octubre de 2017, la Dirección de Tecnologías de Información (DTI) preparó un informe en el cual amplía el tema en los siguientes aspectos: **i)** análisis costo beneficio, **ii)** desglose del monto de la contratación y estimación de costos futuros, **iii)** alcance de la implementación ERP SOIN respecto de la licitación pública 2012-LN-00001-ARESEP que se adjudicó a la empresa Proyectos y Sistemas Projectica S.A., **iv)** atención de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria respecto del método de contratación que han utilizado otras instituciones y **v)** observaciones de la Contraloría General de la República y la Auditoría Interna que tienen relación con la implementación de un GRP/ERP.

Agrega que el objetivo general del proyecto es implementar un GRP/ERP para sustituir los procesos contables, financieros y de recursos humanos, que actualmente se hacen manuales en la Aresep.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** consulta a la auditora interna y a la directora general de asesoría jurídica y regulatoria, si los términos son claros en que es una donación del citado sistema y no va a implicar pagos adicionales a posteriori.

La señora **Anayansie Herrera Araya** responde que no tuvo acceso a la documentación respectiva.

La señora **Carol Solano Durán** indica que la cesión del sistema por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) es muy clara; se hizo bajo el principio de coordinación; se valoraron los beneficios. Incluso, resulta conveniente que, siendo una sola institución conformada por la Aresep y su órgano desconcentrado, tener los mismos sistemas. Asimismo, se actuó de manera muy insistente, al menos en las reuniones en las cuales participó, para que se consignara que la Sutel no iba a cobrar nada sobre el uso del sistema; ya que, al inicio de las conversaciones, algunos de los miembros del Consejo de la Sutel consideraban recuperar algunos costos; sin embargo, al final decidieron que no, esto gracias a la negociación del señor Roberto Jiménez Gómez y la señora Herley Sánchez Víquez.

Es claro que, según lo expuesto por el señor Rodolfo Zamora Chaves, la Aresep al adquirir o recibir esas licencias, es necesario la adaptación a las necesidades de la Aresep, lo cual sí va a generar costos adicionales, mismos que, según análisis técnico, es un único oferente porque la empresa SOIN es la dueña de dichas licencias.

La señora **Anayansie Herrera Araya** comenta que, en algún momento, se mencionó que la Contraloría General de la República le ofreció a la Aresep un software base, pero no se recibió. Observa que en el

informe que se está conociendo en esta oportunidad, se menciona el software base, entonces igual se tendría que excluirlo por la misma que no se aceptó el ofrecido por la CGR.

El señor **Rodolfo Zamora Chaves** señala que cuando la DTI analizó los productos; el primer objetivo a cumplir fue determinar cuál producto se acerca más a lo que requiere la Aresep, independientemente de la plataforma, porque si hay un producto que fuera muy cercano, se podría valorar el costo-beneficio. En este caso, ni cumplía con más productos, pero sí era necesario incorporar en el análisis, porque era de los productos fuertes del mercado nacional. Otra razón por la cual no se aceptó el software de la CGR, y que, en lo personal, es más fuerte, es que la CGR no tiene un equipo de implementación; entonces, donaban el sistema y a la Aresep se le dificultaba la configuración de ese sistema; aspecto que es el más complejo de una donación proveniente de alguien que no sea una empresa desarrolladora de software.

Ante una consulta del señor Roberto Jiménez Gómez sobre el “costo hora” de la empresa SOIN respecto de otras empresas, el señor **Rodolfo Zamora Chaves** explica que los proveedores de servicios de la Aresep, en todo lo que respecta a temas informáticos están en un mismo rango; es decir, entre \$50, \$75 la hora, y un máximo de aproximadamente \$85 o \$90 a nivel de mercado.

La señora **Merari Herrera Campos** comenta que se puede interactuar con la empresa para negociar el costo, esto por ser proveedor único; es una contratación exceptuada por lo tanto sí se puede negociar. Aclara que la empresa no ha dado el precio final porque aún no se ha recibido la oferta; en este momento se están elaborando los términos de referencia y el cartel. El momento para negociar, es cuando la empresa presente la oferta y se lleve a cabo el análisis técnico.

El señor **Rodolfo Zamora Chaves** continúa con la exposición y explica los ejercicios que se hicieron en torno a los costos (proyectados a 5 años); así como a una comparación de alcance entre los módulos de Proyectica S.A. versus el uso de la licencia de la Sutel.

Por otra parte, se refiere al método de contratación que han utilizado otras instituciones que también han obtenido cesiones de otros entes e indica que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria realizó una investigación al respecto (caso de la Dirección General de Aviación Civil y el Consejo de Transporte Público), para lo cual dichas instituciones realizaron una contratación abierta, obviamente sólo la empresa SOIN podía participar, ya que ninguna otra podía implementar el software (ERP/GRP); por lo tanto, sólo esa empresa participó y se le adjudicó.

Ante una consulta del señor Roberto Jiménez Gómez, la señora **Carol Solano Durán** indica que la DGAJR investigó en la Contraloría General de la República para conocer si existía alguna jurisprudencia sobre este tema (donación de software o figuras similares) y no se encontró. Además, ya se había valorado la aplicación de la figura de único oferente con base en ese fundamento técnico; también es claro que la propietaria del sistema es la empresa SOIN; de hecho este aspecto se tuvo muy presente con la Sutel, porque el contrato que tenía con la citada empresa, claramente establecía que no podía ceder el uso del sistema, ni las licencias porque son propiedad exclusiva de dicha empresa; razón por la DGAJR recomendó a la Administración que se le solicitara una carta a la empresa SOIN en la cual autorizara a la Sutel hacer la cesión, esto para respaldar a la Sutel, aspecto que se logró.

El señor **Rodolfo Zamora Chaves** continúa y se refiere a las recomendaciones emitidas por la Auditoría Interna y de auditores externos, las cuales se esperan atender con la implementación del sistema.

La señora **Anayansie Herrera Araya** agrega que, mediante un oficio remitido a la DTI, se indicó que el sistema tiene que garantizar el cumplimiento de las normas NICSP. Además, hay otro aspecto importante y es el tema de costeo desde el canon.

El señor **Rodolfo Zamora Chaves** indica que el equipo de trabajo está haciendo un análisis en el tema del costeo para entender el dimensionamiento y programar la forma correcta de atenderlo; es un tema que es prioridad y ya se está trabajando al respecto.

Asimismo, explica que, de conformidad con lo que establece el Reglamento de contratación Administrativa (RICA), le corresponde a la Junta Directiva aprobar el contrato, esto, según el artículo 20 que dice:

“De la aprobación de contratos.

1. Corresponde a la Junta Directiva, aprobar los contratos de obras y servicios, originados en licitaciones públicas, contrataciones directas vía excepción y contrataciones autorizadas, cuyo monto supere los límites establecidos para una licitación pública.

2. Corresponde al Director General de la DGO, aprobar las órdenes de compra o contratos de obras y servicios originados en licitaciones abreviadas, contrataciones directas vía excepción y contrataciones autorizadas, cuyo monto supere los límites establecidos para una licitación abreviada.

3. Corresponde al Director de la DF, aprobar las órdenes de compra de obras y servicios originados en contrataciones directas de escasa cuantía, contrataciones directas vía excepción y contrataciones autorizadas, cuyo monto corresponda a los límites establecidos para contratación directa de escasa cuantía.”

Ante una consulta de la señora Herrera Durán, la señora **Merari Herrera Campos** indica que el RICA cuando el monto es similar a una licitación pública, como es el caso en discusión, el contrato se confecciona, se firma por ambas partes (SOIN y el Regulador General, en su calidad de representante legal de la Aresep), una vez que esté firmado, se remite a la Junta Directiva para que lo apruebe.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** comenta respecto de los aspectos legales de la contratación. Observa la importancia y relevancia de este contrato, por lo que consulta si desde el punto de vista contractual es posible hacerlo tal y como se está planteando, utilizando la figura de proveedor único. Se citó el caso de una contratación que hizo el Consejo de Transporte Público; pero este llevó a cabo una licitación pública y participó sólo un oferente.

La señora **Merari Herrera Campos** responde que sí y explica que, lo que se está haciendo es legal y permitido; el Consejo de Transporte Público no lo utilizó, pero sí era posible. Además, indica que según lo manifestó la señora Carol Solano Durán, es un tema de que la Aresep y su órgano desconcentrado, utilicen la misma licencia; va en la misma línea; o sea, es una buena oportunidad obtener esa misma licencia; por lo tanto, inmediatamente la empresa SOIN se convierte en proveedor único, lo cual la ley lo permite; contratar medio de la excepción de proveedor único. Así las cosas, no se está haciendo nada fuera del marco legal.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** solicita que estos aspectos legales consten en un documento debidamente firmado.

La señora **Anayansie Herrera Araya** agrega que es conveniente que se sustente mediante una valoración legal, que en esta contratación se cumplen los supuestos de contratar por medio de la excepción de proveedor único; es decir, se tiene que dejar claramente establecido.

La señora **Carol Solano Durán** explica que la ley faculta para hacerlo y técnicamente se está justificando que sólo la empresa SOIN puede hacer esa implementación; cita como ejemplo el caso de la contratación que hizo el CTP, en donde únicamente participó la citada empresa.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que, para finalizar este tema, es importante que el equipo de trabajo considere las manifestaciones externadas en esta oportunidad, básicamente en cuanto a los aspectos legales de la figura de la contratación por medio de la excepción de proveedor único, así como los costos por hora mantenimiento, los cuales se consideran altos.

Es importante aclarar que esta Junta Directiva no aprobará un asunto que no cuente con suficiente sustento legal y técnico, además de que, por la estructura misma de la Aresep, la dimensión en las contrataciones que hace son muy importantes; por lo tanto, la Junta Directiva se debe tomar el tiempo que sea necesario para analizar este tipo de contrataciones.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** comenta un aspecto que muy importante y es definir las cláusulas de salida en este contrato; independientemente de cómo evolucione la contratación.

Analizado el asunto, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 08-61-2017

1. Dar por recibida la exposición brindada por la Dirección de Tecnologías de Información, sobre la Implementación GRP/ERP Sistema de Información Administrativo Financiero.
2. Solicitar a la Administración llevar a cabo un análisis de las opciones atinentes a este caso, tomando en cuenta las observaciones y sugerencias planteadas en esta oportunidad por los miembros de la Junta Directiva y se presente un informe sobre el particular.

A las trece horas se retiran del salón de sesiones, la señora (es): Rodolfo González Blanco, Merari Herrera Campos, Rodolfo Zamora Chaves, José Charpentier Díaz y Orlando Marín Guerrero.

ARTÍCULO 8. Procedimiento administrativo ordinario sancionatorio seguido contra la Puesta del Sol J&A S.A. Expediente OT-94-2015.

A las trece horas ingresa al salón de sesiones, la señora Marta Monge Marín, directora general de la Dirección General de Atención al Usuario.

La Junta Directiva conoce los oficios 3489-DGAU-2017 del 19 de octubre de 2017 y 776-DGAJR-2017 del 18 de setiembre de 2017, mediante los cuales la Dirección General de Atención al Usuario y la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, remiten para su aprobación la propuesta de resolución para el procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra la Puesta del Sol J&A S.A.

La señora **Marta Monge Marín** se refiere a los antecedentes, análisis de fondo, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el asunto, con base en lo expuesto por la Dirección General de Atención al Usuario, conforme a los oficios 3489-DGAU-2017 y 776-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 16 de febrero de 2010, mediante la resolución R-V-061-2010-MINAET, el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, autorizó a La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588, para prestar el servicio público de suministro de los combustibles: gasolina regular, gasolina superior y diésel, así mismo, en dicha resolución se estableció que *“En ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”* (folios 68 al 75).
- II. Que el 10 de febrero de 2012, mediante la resolución R-062-2012-MINAET, el Ministerio de Ambiente Energía y Telecomunicaciones, renovó el permiso de funcionamiento y servicio público de suministro de combustibles a La Puesta del Sol J & A S.A., estableciendo en su Por Tanto tercero, que *“Las condiciones específicas de cada permiso, en cuanto a los deberes, obligaciones, causales de caducidad y revocatoria (...) corresponderá a los mismos que se encontraban autorizados en el permiso anterior inmediato, es decir al último permiso vigente anterior a la presente renovación”* (folios 46 al 60).
- III. Que el 17 de setiembre de 2012, representantes del Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica CELEQ, visitaron la estación de servicio La Puesta del Sol, propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A., y recolectaron tres muestras de cada uno de los combustibles ahí dispensados (folios 07 al 08).
- IV. Que el 26 de agosto de 2013, mediante el oficio 1320-IE-2013, notificado al fax 24-28-52-93, esa misma fecha, a las 11:40 a.m. y mediante correo electrónico a la dirección gaspuestadelsol@gmail.com, la Intendencia de Energía, comunicó a la Estación de Servicio La Puesta del Sol, propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A., que el 30 de agosto de 2013, a las 08:40 a.m., se procedería con la apertura de la muestra testigo, según el procedimiento establecido, pues se determinó que en dicha estación, se evidenció la venta de combustible diésel de color verde, mientras que este debería de ser color amarillo (folios 14 al 17).
- V. Que el 30 de agosto de 2013, el CELEQ procedió a la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectada el 17 de setiembre de 2012 en la estación de servicio La Puesta del Sol, propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A., y custodiada en el CELEQ, en la presencia del Ing. Asdrúbal Bolaños C, representante de la Autoridad Reguladora, el Químico Jairol Bustos C, funcionario del CELEQ, y el señor Douglas Jiménez A, en representación de La Puesta del Sol J & A S.A., determinándose un incumplimiento en cuanto al combustible diésel, por presentar un color verde, según fue acreditado mediante el método de inspección visual (folios 18 al 23).
- VI. Que el 18 de marzo de 2014, se recibió en las instalaciones de la Autoridad Reguladora, el oficio DAC-0086-2014, del 14 de marzo de 2014, suscrito por el Ing. Roberto Coto Rojas, Director de la Dirección de Aseguramiento de la Calidad de RECOPE, en el cual señala que la coloración del diésel para la flota pesquera no deportiva la Refinadora Costarricense de Petróleo, utiliza

colorante azul, no obstante “*dado que el diésel posee un color propio amarillento, la mezcla de estos dos colores primarios resulta en la aparición de una coloración verde, que corresponde al diésel exonerado.*” (folios 39 y 61).

- VII. Que el 04 de junio de 2015, mediante el oficio 1287-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU) emitió el informe de valoración inicial, en el cual se recomendó ordenar el inicio de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra La Puesta del Sol J & A S.A., por el incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso, así como el nombramiento del órgano director del procedimiento (folios 63 a 67).
- VIII. Que el 24 de setiembre del 2015, mediante la resolución RJD-213-2015 de las 14:30 horas, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ordenó el inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra La Puesta del Sol J & A S.A. (folios 81 a 87).
- IX. Que el 30 de octubre de 2015, mediante la resolución ROD-DGAU-241-2015 de las 09:07 horas, el órgano director del procedimiento dio inicio al procedimiento, realizó la imputación e intimación de cargos y convocó a la investigada a una comparecencia oral y privada a realizarse el 29 de enero de 2016 en las instalaciones de la Autoridad Reguladora (folios 88 a 94).
- X. Que el 07 de diciembre del 2015, mediante la guía EZ015160281CR, Correos de Costa Rica notificó la resolución ROD-DGAU-241-2015 de las 09:07 horas del 30 de octubre del 2015 a la investigada, en su domicilio social según consta en el Registro Nacional (folio 80), el cual se encuentra ubicado en: Alajuela, Orotina, propiamente en las instalaciones de la Gasolinera Los Reyes (folio 96).
- XI. Que el 29 de enero de 2016, se llevó a cabo la comparecencia de ley a la cual asistió la licenciada Marcela Vargas Madrigal en representación de la parte investigada acompañada de poder especial administrativo otorgado a su favor y a favor del Licenciado Luis Montes Solano, por parte del Douglas Jiménez Alfaro, cédula de identidad número 2-0402-0783, quien funge como representante legal de La Puesta del Sol J & A S.A. (folio 104 a 118).
- XII. Que durante la comparecencia y a nombre de la investigada, la licenciada Marcela Vargas Madrigal indicó:

“En nombre de mi representada La Puesta del Sol J & A Sociedad Anónima rechazamos los hechos que están siendo investigados en el presente procedimiento administrativo.

(...)

La Administración nos está imputando de que la muestra que se tomó de diésel en la Estación de Servicio mostraba un color verde, tal y como consta a folio 25 del expediente administrativo tenemos que se nos están pidiendo medidas correctivas por parte de la Intendencia de Energía e igualmente somos citados para la apertura de la muestra testigo por parte del CELEQ y hacen referencia al certificado de análisis CELEQ ARESEP C 0947-2012, en la acta de apertura que

se encuentra visible a folio 23 igualmente se hace referencia al certificado CELEQ ARESEP – C 0947 – 2012 y se indica en esa acta que se reportó un incumplimiento por parte de mi representada, porque el diésel tenía un color verde.

(...)

Aquí consideramos que hay una seria contradicción por parte del CELEQ, porque el primer análisis que ellos realizaron en ningún momento en el documento no consta, ni dice que la muestra de aceite diésel estaba de color verde, entonces no sabemos a razón de qué luego se dio la apertura de la muestra con fundamento en este certificado de análisis y se reportara que había una inconformidad por parte de mi representada.

Realmente pues esto es de llamar la atención porque es la prueba que realmente la Administración tiene eventualmente para poder sancionar, si fuera el caso a mi representada y pues esta prueba realmente es inconsistente con lo que se reportó en un inicio y con lo que se está reportando con la apertura de la muestra testigo la cual hace referencia precisamente a este certificado de análisis 947-2012.

(...)

También queremos dejar interpuesto en este momento la excepción de prescripción por cuando estamos conociendo de una presunta falta que se cometió desde el 17 de setiembre del 2012 y consideramos igualmente que se ha dado una clara violación de los principios generales del curso procedimental en razón de que estamos conociendo de un asunto que se dio desde el 2012 y es hasta enero del 2016 que la Administración efectivamente le ha dado curso a la misma.

En razón de lo anterior solicitamos con todo respeto al Órgano Director que le recomiende al Regulador General proceder al archivo del presente expediente administrativo, en razón de que se ha dado una clara violación de los derechos fundamentales que debe tener todo administrado, la prueba utilizada realmente no corresponde a atribuirle a mi representada la falta que se le ha cometido y no consta si dentro del expediente ningún otro certificado que indique cosa distinta e igualmente que se declare con lugar la excepción de prescripción”.

- XIII.** Que el 29 de enero de 2016 la licenciada Marcela Vargas Madrigal, presentó escrito a nombre de la investigada, en el cual reiteró su rechazo a los cargos, presentó sus argumentos, y señaló medio para recibir notificaciones (folios 97 a 103).
- XIV.** Que el 18 de abril de 2017, mediante oficio 1172-DGAU-2017, el órgano director emitió el informe final con recomendaciones.
- XV.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución, la cual se dicta fuera de plazo debido a las cargas de trabajo propias de la institución.

CONSIDERANDO:**I. EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), establece una sujeción de los prestadores de los servicios públicos regulados con la Aresep, de manera que esta puede, entre otros, fijar las tarifas, las metodologías, fiscalizar y controlar el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima de los servicios; así como, imponerles sanciones cuando se configuren las faltas establecidas en los artículos 38, 39 y 41 de la ley de cita.

Esta potestad sancionadora, no obstante, tiene límites marcados por la seguridad jurídica. De manera que ante la comisión de una infracción, no puede la Aresep prorrogar indefinidamente en el tiempo la toma de decisiones sobre el ejercicio de la potestad sancionadora, pues corre el riesgo de que opere la prescripción.

En este sentido, la Procuraduría General de la República ha señalado que *“la seguridad jurídica otorga certeza en las distintas situaciones jurídicas en que las distintas personas del ordenamiento pueden encontrarse. Para evitar que dichas situaciones se desenvuelvan en condiciones de incerteza y se afecte la seguridad jurídica, el ordenamiento arbitra también distintos mecanismos que permiten a las personas conocer cuál es su posición y darle certeza a las relaciones y posiciones de dichos sujetos. Entre esos mecanismos se encuentra la prescripción, en particular la prescripción extintiva.”* (C-120-2007, 18 de abril de 2007)

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que:

*“... La prescripción extintiva tiene como fundamento la tutela del orden social y la seguridad en las relaciones jurídicas. La postergación indefinida del ejercicio de las acciones y derechos por parte de su titular, ocasiona duda y zozobra en los individuos y atenta contra la estabilidad patrimonial, por lo que este instituto jurídico pretende eliminar las situaciones de incerteza, producidas por el transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas. Para su aplicación se requieren tres elementos: **el transcurso del tiempo previsto por la ley, la falta de ejercicio por parte del titular del derecho y la voluntad del favorecido por la prescripción de hacerla valer**, ya sea a través de una acción o de una excepción, pues no puede ser declarada de oficio por el juez y es posible su renuncia tácita o expresa, siempre y cuando no sea anticipada. Debe atenderse además a la naturaleza del derecho en cuestión, pues existen situaciones jurídicas de particular relevancia que son imprescriptibles.”* (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Nº 76-95 de las 15:00 horas del 12 de julio de 1995)

Como señala la Sala Primera en el extracto de la sentencia antes transcrito, para que opere la prescripción se requieren tres elementos: 1) el transcurso del tiempo previsto por la ley, 2) la falta de ejercicio de la potestad sancionadora, en este caso por parte de la Aresep, y 3) la voluntad del favorecido por la prescripción de hacerla valer, sea que debe ser alegada.

Se considera indispensable establecer en primer término, cuál es el plazo en que opera la prescripción de la potestad sancionadora de la Aresep frente a los regulados, y para esto, la primera norma que debe analizarse es la Ley 7593. Como se mencionó líneas arriba, la potestad sancionadora de la Aresep, está establecida en los artículos 38, 39 y 41 de su Ley, normas que establecen:

“Artículo 38.- Multas

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

a) Cobro de tarifas o precios distintos a los fijados, autorizados o establecidos por la Autoridad Reguladora, así como el cobro de una tarifa no fijada previamente por la Autoridad Reguladora. (Así reformado por artículo 41, inciso h) se la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).

b) Mantenimiento inadecuado de la infraestructura y los equipos de trabajo del servicio público regulado, que ponga en peligro personas o propiedades. (Así reformado por artículo 42, inciso h) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).

c) Uso fraudulento de bienes y servicios públicos para evadir el pago regulado.

d) Prestación no autorizada del servicio público.

e) Levantamiento, sin la autorización expresa del ente que otorgó la concesión o el permiso de los equipos o las instalaciones indispensables para brindar el servicio público, tal y como lo establece el artículo 18 de la presente ley.

f) Incumplimiento de la obligación de asegurar a los trabajos de la entidad prestadora ante la Caja Costarricense de Seguro Social, y en el régimen de riesgos de trabajo. Se concederá un plazo de treinta días hábiles para corregir la omisión o el atraso; en caso de persistir o reiterarse la mora se cancelará la concesión o el permiso.

g) El incumplimiento de las condiciones vinculantes impuestas en resoluciones tarifarias al prestador del servicio público. (Así reformado por artículo 41, inciso h) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).

h) El incumplimiento de las normas y principios de calidad en la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando dicho incumplimiento no sea atribuible a caso fortuito o fuerza mayor. (Así adicionado por artículo 41, inciso h) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).

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

Artículo 39.- Intereses moratorios

En caso de falta de pago de los cánones y las tasas establecidos en la presente Ley, se aplicarán los intereses calculados de conformidad con el artículo 57 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Adicionalmente, se aplicará una multa por concepto de mora, consistente en un cuatro por ciento (4%) por cada mes o fracción de mes que haya transcurrido desde la fecha en que debió

satisfacerse la obligación hasta la fecha del pago efectivo del tributo. Esta sanción se calculará sobre la suma sin pagar a tiempo.

Si la mora es superior a tres (3) meses, será causal de caducidad de la concesión o el permiso, en los casos en que la concesión o el permiso hayan sido otorgados mediante acto administrativo. (...)

Artículo 41.- Revocatoria de concesión o permiso

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

- a) La reiteración de las conductas sancionadas en el artículo 38 de esta ley.*
- b) La falta grave o la prestación deficiente del servicio, según las normas establecidas en el artículo 25 de esta ley.*
- c) El incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso.*
- d) El traspaso, la cesión o el arrendamiento de la concesión o el permiso, parcial o total, sin autorización previa del ente competente.*
- e) El desvío de recursos, activos, ingresos o la inclusión en la contabilidad, de gastos para actividades ajenas al servicio público.*
- f) La alteración de instrumentos, sistemas de medición, fiscalización y conteo.*
- g) El cobro de precios superiores a los señalados por la Autoridad Reguladora, sin perjuicio de cualquier otra sanción contenida en el ordenamiento jurídico.*
- h) El uso de información falsa o alterada en cualquiera de los procedimientos fijados en esta ley.*
- i) La discriminación contra un determinado grupo, sector, clase o consumidor individual en el otorgamiento del servicio público o en las condiciones de prestación, sin perjuicio de cualquier otra sanción contenida en el ordenamiento jurídico.*
- j) El incumplimiento de las medidas de mitigación contempladas en el estudio de impacto ambiental mencionado en el artículo 16 de esta ley.*
- k) Incumplimiento de la normativa vigente sobre protección ambiental.*
- l) Incumplimiento de las medidas de mitigación contempladas en la evaluación de impacto ambiental, a que hace referencia el artículo 16 de esta ley.*
- m) Otras causales establecidas en la ley, la concesión o el permiso."*

De las anteriores normas, se desprende la potestad que tiene la Aresep para imponer sanciones, no obstante, son omisas en hacer referencia a la prescripción de tal potestad, de manera que debe recurrirse a la integración para llenar la laguna que se presenta, proceso que debe hacerse siguiendo las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública, que en su artículo 9 indica:

"1. El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, aplicará el derecho privado y sus principios.

2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios."

De la anterior norma se desprende que *“la integración normativa debe hacerse con fuentes de Derecho Público y sólo en el tanto en que en éste no se encontrare regulación, escrita o no escrita alguna, que contemple un supuesto de hecho similar, se puede acudir a otros ámbitos normativos”* (Procuraduría General de la República, Criterio C-221-1999, del 5 de noviembre de 1999); de manera que debe revisarse en las fuentes del Derecho Administrativo la existencia de normas que regulen plazos de prescripción aplicables a la potestad sancionadora de la Aresep.

De la lectura total de la Ley 7593, se ubica una norma que hace referencia a la prescripción, que es el artículo 40, no obstante esta disposición se refiere a la prescripción del pago de los cánones de regulación y las multas e intereses moratorios derivados de los primeros, pero la referencia es que únicamente admiten las excepciones de pago o prescripción, sin que se establezca un plazo para que la misma opere; de manera que corresponde identificar otras normas de Derecho Administrativo que resulten de aplicación.

De las normas de la ley 7593, que establecen la potestad sancionadora de la Aresep, se desprende claramente la referencia de las mismas a la Ley General de la Administración Pública, adicionalmente, el artículo 2 de ese cuerpo normativo señala que las reglas de la misma *“se aplicarán también a los otros entes públicos, en ausencia de norma especial para éstos”*; así las cosas, la Ley General de la Administración Pública constituye una norma de aplicación supletoria tanto en orden a sus disposiciones de fondo como a las procedimentales, por lo que debe establecerse si esa Ley contiene normas relativas a la prescripción.

En reiterados criterios emitidos por la Procuraduría General de la República, con ocasión de consultas sobre el plazo de prescripción de la potestad sancionadora de entes públicos, en cuyas leyes no se han establecido plazos para que opere la prescripción, ese órgano asesor ha establecido que resultan aplicables las normas de la Ley General de la Administración Pública, indicando:

“Sobre dicho punto, procede señalar que ante una situación de sujeción especial, como es la que corre entre la Administración y el servidor público, la Ley General de la Administración Pública recoge el principio de la prescripción cuatrienal. En efecto, dispone el artículo 198 de la mencionada Ley: “El derecho de reclamar la indemnización a la Administración prescribirá en cuatro años, contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad.”

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

Y ese plazo que rige el derecho del administrado de reclamar contra la Administración y que, por demás, es el normalmente retenido para efecto de caducidad de las potestades administrativas en la citada Ley, rige también para efectos de los reclamos de la Administración contra sus agentes. Preceptúa el artículo 207 de ese mismo cuerpo normativo:

“Vencidos los plazos de prescripción a que se refiere el artículo 198 de esta Ley, el Estado no hará reclamaciones a sus agentes por daños y perjuicios”.

Es de advertir que la Ley General no es la única disposición administrativa que retiene un plazo de prescripción de cuatro años. Por el contrario, el Código Tributario ordena en relación con las infracciones administrativas:

Art. 74: "El derecho de aplicar sanciones prescribe en el plazo de cuatro años, contado a partir de la fecha en que se cometió la infracción.

(...)".

Lo que significa que cuando el legislador ha optado por establecer expresamente el plazo de prescripción, ha escogido la prescripción cuadrienal. Y ello tanto en el ámbito de relaciones de especial sujeción (artículo 198 antes transcrito) como en un supuesto actuable respecto de todos los administrados, sin requerir otra cualidad especial que no sea la de contribuyente (caso tributario). Se exceptúa el caso del plazo establecido en el artículo 72 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, por las particularidades que presentan los cargos de la Hacienda Pública, así como lo dispuesto en el numeral 35 de la Ley de la Contratación Administrativa.

Ahora bien, en los anteriores supuestos la prescripción es contemplada respecto del ejercicio de la potestad sancionatoria; es decir, el poder de la Administración para imponer las sanciones. La necesidad de respetar el principio de seguridad jurídica determina que el legislador haya considerado necesario que se extinga en el plazo indicado, la potestad administrativa.

(...)

De allí que la Procuraduría considere que ante la laguna de regulación, debe optarse por el plazo de los cuatro años, que parece como la norma en el Derecho Administrativo, y no el decenal del Código Civil o el previsto para el cese de los efectos de determinadas sanciones por la jurisprudencia constitucional." (C-221-99, 5 de noviembre de 1999).

Lo anterior tiene relevancia, para efectos de este procedimiento, en el tanto se tiene que el plazo de prescripción para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Autoridad Reguladora, es de cuatro años, plazo que empieza a correr a partir del momento en que el órgano que detenta dicha potestad, tiene conocimiento de la infracción.

La Procuraduría General de la República ha señalado en este sentido:

"En la resolución que nos ocupa, la Sala Primera señala en forma clara que no obstante lo dispuesto en el artículo 198 de mérito, para determinar cuándo comienza a correr la prescripción se debe tomar en cuenta tanto el elemento objetivo como el subjetivo, cual es la certeza de la causa de la lesión. Se expresa al efecto:

"Así, al amparo de esos antecedentes, se concluye que, para determinar el inicio del plazo de la prescripción se necesitan dos requisitos, uno objetivo tal como lo

es el hecho o la conducta que motiva el daño, y otro subjetivo constituido por la certeza en el sujeto que lo sufre, de que aquélla es la causa de su lesión. Estos requisitos no siempre ocurren en forma simultánea, correspondiendo al interprete su determinación, que bajo el principio constitucional de tutela efectiva, no puede ser otro que aquel cuando se tiene conocimiento del hecho dañino”.

La particularidad de esta interpretación, que se funda en el derecho a la tutela judicial efectiva, es que se dicta en relación no con el segundo párrafo del artículo 198 sino del primero. Párrafo que, como es sabido, determina que el plazo de prescripción para reclamar contra la Administración se cuenta a partir del hecho que causa la responsabilidad. Sea, es el hecho dañoso el elemento que debe ser tomado en consideración para establecer la prescripción. La Sala agrega, empero, que es necesario que el administrado conozca que ese hecho le causa un daño.

Si ello es así en tratándose de la conducta de la Administración que origina un daño, pareciera que no es procedente sostener un criterio contrario en tratándose del ejercicio de las potestades administrativas, máxime cuando ese ejercicio requiere la realización de un procedimiento administrativo. Y es claro que para iniciar un procedimiento, la Administración debe conocer que se ha podido cometer una infracción. Si ese conocimiento no existe, no puede atribuírsele a la Administración una inactividad, sea la omisión de ejercicio de la potestad sancionatoria. No puede dejarse de lado que uno de los presupuestos de la prescripción es la inactividad y no puede imputarse la existencia de ésta si el organismo no está en posibilidades jurídicas y reales de actuar. (Criterio C-120-2007, del 18 de abril de 2007).

II. EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN ALEGADA EN ESTE CASO.

En el presente caso, La Puesta del Sol J & A S.A., interpuso la excepción de prescripción, aduciendo durante la comparecencia que:

“(…) estamos conociendo de un asunto que se dio desde el 2012 y es hasta enero del 2016 que la Administración efectivamente le ha dado curso a la misma. (...)”.

Asimismo, una vez revisado su escrito de descargo (folios 97 a 103), se determina, que la parte investigada sostiene que en el presente procedimiento ha acaecido la prescripción, en el tanto la falta cometida por su representada se dio el día 17 de setiembre del 2012, fecha en que el CELEQ realizó la visita a la estación de servicio La Puesta del Sol, para posteriormente proceder con la emisión del certificado CELEQ-ARESEP-C-0947-12 del 20 de setiembre del 2012, y el hasta el 05 de setiembre del 2013 se recibe en la Intendencia de Energía, el oficio CELEQ-1092-2013, mediante el cual se remiten los resultados del análisis de la muestra de aceite diésel tomada en a la estación de servicio La Puesta del Sol (el día 17 de setiembre del 2012). Que, a pesar de tenerse reporte desde el mes de setiembre del 2013, de la presunta falta cometida por su representada, la Intendencia de Energía, rinde su informe técnico por no conformidad en calidad hasta el día 10 de abril del 2014 a la Dirección General de Atención al Usuario. La investigada alega que transcurren casi tres años, desde

que se cometió la presunta falta, para que el Secretario de la Junta Directiva de la Aresep hiciera de conocimiento de la Junta Directiva del informe de valoración inicial del procedimiento administrativo, para proceder a solicitarle a la Junta Directiva, la apertura de un procedimiento administrativo, para así ordenar el inicio mediante resolución RJD-213-2015, del 24 de setiembre del 2015, cuando ya habían transcurrido tres años, desde la presunta falta, y se ordena la apertura del procedimiento administrativo en contra de su representada (folio 101).

De lo anterior se colige, que la investigada sostiene, como fundamento de su excepción, que en el caso bajo examen transcurrió el “plazo fatal” de prescripción, por lo cual este órgano decisor debe abstenerse de ejercer la potestad sancionadora, como punto de partida señala el día en que se cometió la presunta falta: el día de la inspección, 17 de setiembre de 2012.

Ahora bien, con respecto a este argumento, se debe hacer referencia a lo señalado en el acápite anterior, en relación con el cómputo del plazo para la prescripción, y es que según ha sido sostenido por la misma Procuraduría General de la República, además, de encontrarnos en un plazo prescriptivo de carácter cuadrienal, también se estableció que el cómputo del plazo prescriptivo, inicia cuando quien tiene la competencia de ejercer la potestad sancionatoria tiene conocimiento de los hechos.

Es decir, en este caso, el cómputo del plazo iniciaría hasta que la Junta Directiva tuvo conocimiento de los hechos, es decir, hasta que conoció del informe de valoración inicial y acuerda ordenar el inicio del procedimiento es decir, el 17 de setiembre de 2015 (folio 81). Cabe destacar que, incluso a ese momento no habían transcurrido cuatro años desde que se constató la venta de combustible diésel color verde por parte de la investigada.

Posteriormente, mediante la resolución RJD-213-2015 de las 14:30 horas del 24 de setiembre de 2015, la Junta Directiva nombró al órgano director del procedimiento. A continuación, el órgano director, mediante la resolución ROD-DGAU-241-2015, del 30 de octubre del 2015, dictó la apertura del procedimiento. Nótese que en el lapso transcurrido entre el dictado de cada una de estas dos resoluciones no se computó el plazo de cuatro años, establecido en el artículo 198 de la Ley 6227, para que opere la prescripción.

Asimismo, se debe señalar que el cómputo del plazo de prescripción se interrumpió con el traslado a la parte investigada de la resolución de intimación de cargos ROD-DGAU-241-2015 de las 09:07 horas del 30 de octubre de 2015 (folios 88 a 94), la cual fue notificada el 07 de diciembre del 2015 (folio 96), esto porque dicha resolución tiene por finalidad otorgar el impulso procesal al procedimiento, de manera que se avance en sus distintas etapas. Además, después de dicha resolución, se celebró la comparecencia oral y privada, acto que también tiene un efecto interruptor del cómputo de plazo de la prescripción, el 29 de enero del 2016, con lo cual tampoco transcurrió una inercia procesal de cuatro años.

Por consiguiente, al no haberse materializado los supuestos para que opere la prescripción, dicha excepción debe rechazarse.

III. HECHOS PROBADOS.

De importancia para la resolución del presente asunto se tienen por demostrados los siguientes hechos:

Primero: Que la estación de Servicio La Puesta del Sol, propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A., está autorizada para brindar servicio público de suministro de combustibles provenientes de hidrocarburos al consumidor final, en la estación de servicio La Puesta del Sol, por medio de la resolución R-062-2012-MINAET de las 7:15 horas del 10 de febrero del 2012 (folios 46 al 60).

Segundo: Que el título habilitante, que se encontraba vigente previo a la resolución R-062-2012-MINAET, para la estación de Servicio La Puesta del Sol J & A S.A., fue otorgado mediante la resolución R-V-61-2010-MINAET del 16 de febrero del 2010, y este estableció que La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588, estaba autorizada para prestar el servicio público de suministro de los siguientes combustibles: gasolina regular, gasolina superior y diésel, así mismo estableció que ***“En ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”*** (folios 68 a 75).

Tercero: Que el día 17 de setiembre de 2012, el CELEQ realizó una inspección a la estación de servicio La Puesta del Sol propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A. (folio 07), y recogió 3 muestras de cada combustible que se estaba dispensando, entre ellas la de combustible diésel el cual presentaba una coloración verde.

Cuarto: Que el día 30 de agosto del 2013, durante la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel, recolectada en la estación de servicio propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A. el día 17 de setiembre de 2012, la cual se lleva a cabo como parte del procedimiento de fiscalización del programa de calidad, que al efecto lleva el CELEQ, se determinó que esta era de color verde (folios 21 a 23).

Quinto: Que el color verde del combustible aceite diésel es un color propio del combustible diésel exonerado destinado a la flota pesquera no deportiva, que se obtiene de la combinación del color amarillo del diésel con el colorante azul que debe colocar la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE) en el combustible aceite diésel destinado a la flota pesquera no deportiva (folios 39 y 61).

Sexto: Que las temperaturas de ambiente, transporte y ensayo del combustible, no influyen en la composición química de la muestra, según declaraciones del B.Q. encargado de realizar la apertura de la muestra: Jairol Bustos Carmona (folio 115).

Octavo: Que la Autoridad Reguladora mantiene vigente el Convenio para la verificación de la cantidad y la calidad de los hidrocarburos derivados del petróleo que se comercializan en el país, con la UCR a través del CELEQ.

Noveno: Que no ha transcurrido un plazo superior a los 4 años, de inercia procesal, en la instrucción del presente procedimiento contados a partir de que el órgano competente para el ejercicio de la potestad sancionatoria, tuvo conocimiento de los hechos.

Este órgano decisor, arriba a las anteriores conclusiones con fundamento en la prueba pericial y testimonial evacuada durante la comparecencia del día 29 de enero de 2016, en la información consignada en el acta que corre de folios 07 a 12 y 21 a 23 y 39 del expediente administrativo, las cuales corresponden al certificado CELEQ-ARESEP-C-0947-12, certificado de inspección CELEQ-ARESEP-I-0947-12, acta de inspección CELEQ-ARESEP-0947-12-I, acta de toma de muestra CELEQ-ARESEP-0947-12-M, oficio CELEQ-1092-2013 del 30 de agosto de 2013, en el oficio CELEQ-1092-2013, acta de análisis de calidad de muestra testigo custodiada en el CELEQ número 60-13 y el oficio DAC-0086-2014, suscrito por el Ing. Roberto Coto Rojas, Director de la Dirección de Aseguramiento de la Calidad de RECOPE.

IV. HECHOS NO PROBADOS.

Ninguno de relevancia para la resolución del presente asunto.

V. SOBRE LA PRUEBA

a) PRUEBA QUE CONSTA EN EL EXPEDIENTE:

- **Prueba documental:**

1. Certificado de Análisis CELEQ-ARESEP-C-0947-12 (folios 07 a 08).
2. Certificado de inspección CELEQ-ARESEP-I-0947-12 (folio 09).
3. Acta de Inspección CELEQ-ARESEP-0947-12-I (folios 10 a 11).
4. Acta de toma de muestra CELEQ-ARESEP-0947-12-M (folio 12).
5. Acta de análisis de calidad de muestra testigo en custodia, registro N°60-13 (folios 18).
6. Oficio CELEQ-1092-2013 (folios 21 a 23).
7. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0335-12 (folio 35 y 36).
8. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0379-12 (folio 37).
9. Oficio DAC-0086-2014 (folios 39 y 61).
10. Resolución R-062-2012-MINAET, título habilitante (folios 46 a 60).
11. Resolución R-V-061-2010-MINAET (folios 68 a 75).
12. Personería jurídica de La Puesta del Sol J & A Sociedad Anónima (folios 79 a 80).
13. Resolución RJD-213-2015, apertura de procedimiento administrativo ordinario y nombramiento de órgano director (folios 81 a 87).
14. Resolución ROD-DGAU-241-2015 (folios 88 a 94).
15. Escrito recibido en fecha del 29 de enero del 2016 (folios 97 a 103).
16. Comparecencia oral y privada (folios 104 a 118).

Además de los documentos probatorios antes indicados, en la comparecencia oral y privada se evacuó la siguiente prueba:

- Testimonio del químico Jairol Bustos Carmona, cédula de identidad número: 5-302-941, funcionario del Centro de Electroquímica y Energía Química. (CELEQ) en condición de testigo perito.
- Testimonio del ingeniero Asdrúbal Bolaños Campos, cédula de identidad número: 1-1141-0212, funcionario de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) en condición de testigo de la apertura de muestra testigo.

VI. ANÁLISIS DE FONDO**a) SOBRE EL CONVENIO CELEQ-ARESEP-FUNDEVI.**

Para dar seguimiento a lo dispuesto en la resolución número 628-RCR-2011, de las 15:10 horas del 2 de setiembre de dos mil once, la Autoridad Reguladora estableció el Convenio para la verificación de la cantidad y la calidad de los hidrocarburos derivados del petróleo que se comercializan en el país con la UCR, a través de FUNDEVI y ejecutado por el CELEQ, para monitorear continuamente la calidad de los hidrocarburos, el correcto funcionamiento de los surtidores y la aplicación de los precios fijados.

Con el fin de obtener mejores resultados sobre la realidad de la prestación del servicio público, esa verificación se efectúa cuatro veces al año y sin previo aviso a las estaciones de servicio. Los funcionarios del CELEQ se presentan debidamente identificados y siguen el procedimiento establecido aprobado por el Ente Costarricense de Acreditación (ECA). Por ello, al ingresar a la estación de servicio primero se identifican con la persona encargada de la gasolinera y luego recolectan las muestras y realizan pruebas a los surtidores.

Lo anterior se traduce en la colaboración por parte del CELEQ, para con la Aresep, de manera que sea el primero quien lleva a cabo las inspecciones que se realizan en las estaciones de servicio, de forma que es la ARESEP el único y verdadero cliente del CELEQ, siendo este quien está arrendando y retribuyendo los servicios de laboratorio.

b) SOBRE EL DECRETO EJECUTIVO N°30644-MEIC.

El decreto ejecutivo N° 30644-MEIC, *“Establece las características y requisitos que deben cumplir los combustibles diésel y gasolina”*, y señala en su artículo 1º:

“Los combustibles destinados a la flota pesquera no deportiva, autorizados por el INCOPECA, mediante las facultades que le confiere la Ley N° 7384, debe tener un color característico que permita su identificación y diferenciación del combustible destinado para otros usos”.

Posteriormente, esta norma señala en su artículo 3º que:

“Con base en lo dispuesto en el artículo anterior, el color definido para la gasolina regular es morado y para el diésel es azul”.

Siendo según, el artículo 2º del mismo cuerpo normativo, será la Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A. (RECOPE), en su condición de suplidor único del combustible destinado a la flota pesquera no deportiva, el encargado de *“instaurar en sus planteles de distribución, los mecanismos que considere necesarios para dotar de color a los combustibles que destine para la citada flota pesquera.”*

Sumado a lo anterior, el Ing. Roberto Coto Rojas, Director de la Dirección de Aseguramiento de la Calidad de RECOPE, en oficio DAC-0086-2014, señala:

“(...) RECOPE utiliza colorante azul (...) sin embargo, dado que el diésel posee un color propio amarillento, la mezcla de estos dos colores primarios resulta en la aparición de una coloración verde, que corresponde al diésel exonerado.” (folio 39)

De lo anterior se logra concluir, que el combustible aceite diésel que se destina al abastecimiento de la flota pesquera no deportiva nacional, debe ser dotado por parte de Recope de un colorante azul, de previo a que salga de los planteles para poder ser identificado, teniendo esto como consecuencia, ante la interacción del color amarillo del combustible diésel y el colorante azul, que el diésel resulte con una coloración verde.

c) SOBRE LA FALTA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 7593 Y LA FORMA DE FIJAR SU SANCIÓN.

Como se señaló supra, el artículo 41 de la ley 7593, establece una serie de faltas sancionadas con la revocatoria de la concesión o permiso. De la redacción de este artículo se desprende la obligación de la Autoridad Reguladora de sancionar la comisión de tales faltas, nótese que expresamente indica *“serán causales de revocatoria de la concesión o el permiso”*, de ahí que ante la comunicación de una no conformidad que alerte de una posible infracción, o por la propia verificación de la administración, surge el deber de investigar y revocar cuando en derecho corresponda.

Entre las faltas contenidas en esta norma, se encuentra *“c) El incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso”*. Como se ha mencionado, la ARESEP vela por el cumplimiento de las normas en cuanto a la prestación óptima del servicio de conformidad con los artículos 5 y 25 de la ley 7593. De manera que, para establecer la comisión de la falta referida debe confrontarse la no conformidad presentada contra los supuestos establecidos en los decretos emitidos en la materia, y de verificarse que los hechos son imputables al prestador del servicio, se deberá imponer la sanción establecida en el artículo 48 de la Ley 7593.

La Ley 7593 en su artículo 41 incisos c) faculta a la Autoridad Reguladora a tramitar procedimientos sancionatorios contra los prestadores de servicios públicos que incumplan por razones injustificadas las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso. Para tal efecto, se realizará el procedimiento ordinario establecido en los artículos 214 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227).

Por su parte, corresponde a la Junta Directiva ordenar la apertura de los procedimientos administrativos, en los cuales la posible sanción a imponer sea la revocatoria de la concesión o el permiso, dictar los actos preparatorios y las medidas cautelares de cierre de empresas o remoción de equipo y dictar la resolución final. Además, deberá conocer los recursos que se presenten contra estos actos

“Sección Primera: De la Junta Directiva

Artículo 6. Junta Directiva

18. Ordenar la apertura de los procedimientos administrativos, en los cuales una posible sanción a imponer sea la revocatoria de la concesión o el permiso, dictar los actos preparatorios y las medidas cautelares de cierre de empresa o remoción de equipo y dictar la resolución final. Además deberá conocer los recursos que se presenten contra estos actos”.

El artículo 22 inciso 11) del RIOF, establece que le corresponde a la Dirección General de Atención al Usuario, llevar a cabo la gestión de los procedimientos de resolución de quejas, denuncias, controversias y conflictos de competencia por razón de territorio, así como aquellos procedimientos en los cuales se conozca sobre presuntas infracciones a los artículos 38, 41 de la Ley 7593, sean estos promovidos por un tercero o por la propia Autoridad Reguladora, controlando la ejecución de cada una de sus etapas: admisión, investigación preliminar, conciliación (cuando aplique), instrucción del procedimiento, análisis de fondo, recomendaciones y propuesta de resolución dirigidas al órgano decisor (Regulador General o Junta Directiva, según corresponda).

VII. SOBRE EL CASO CONCRETO

El objeto del presente procedimiento se fijó mediante la resolución RJD-213-2015 de las 14:30 horas del 24 de setiembre del 2015, la cual ordenó el inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio para determinar la verdad real de los hechos, ocurridos durante la inspección que realizaron los personeros del CELEQ el día 17 de setiembre del 2012 a la estación de servicio La Puesta del Sol propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A.

Durante dicha inspección se encontró presente, en representación de la estación de servicio, el señor Luis Arias, en calidad de encargado de la misma, posteriormente se tomaron 3 muestras de cada combustible ahí dispensado, de forma que el certificado CELEQ-ARESEP-C-0947-12 señaló que se realizaron los análisis de rutina (sedimentos, octanaje, temperatura de inflamación, entre otros), además, resulta importante destacar que dicho certificado indicó “reportar” para referirse al color en el combustible aceite diésel. Aunado a lo anterior, el B.Q. encargado de realizar la apertura de la muestra, el señor Jairol Bustos Carmona, expuso durante la comparecencia llevada al efecto el 29 de enero del 2016 y en la cual estuvo presente la representación de la investigada, que cuando se hizo la inspección se detectó inmediatamente una anomalía en el combustible aceite diésel recolectado, razón por la cual se notificó dicha situación a la ARESEP (folio 116), y esta situación fue la que condujo a la apertura de muestra testigo.

Posteriormente, en virtud de que el CELEQ, puso en conocimiento de la Autoridad Reguladora, de la presunta falta, en cuanto a la venta de combustible aceite diésel con color verde, el 26 de agosto de 2013, mediante el oficio 1320-IE-2013, notificado al fax 24-28-52-93, esa misma fecha, a las 11:40 a.m. y mediante correo electrónico a la dirección gaspuestadelsol@gmail.com, la Intendencia de Energía, comunicó a la Estación de Servicio La Puesta del Sol, propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A., que el 30 de agosto de 2013, a las 08:40 a.m., se procedería con la apertura de la muestra testigo, según el procedimiento establecido, pues se determinó que en dicha estación, se evidenció la venta de combustible diésel de color verde, mientras que este debería de ser amarillo.

Así, el 30 de agosto se llevó a cabo la respectiva apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectado el 17 de setiembre del 2012 en la Estación de Servicio La Puesta del Sol, propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A., con la participación de representantes de la dicha estación (folios 18 al 23).

Nótese, como tanto en la recolección de las muestras el día de la inspección, como en la apertura de la muestra testigo custodiada por el CELEQ, la parte investigada estuvo presente, teniendo conocimiento de los resultados de los análisis y actuaciones realizadas de primera mano. Debe hacerse hincapié en que el hecho de que el certificado CELEQ-ARESEP-C-0947-12, acta de inspección CELEQ-ARESEP-0947-12-I, acta de toma de muestra CELEQ-ARESEP-0947-12-M, no indiquen que el combustible aceite diésel que se estaba dispensando era de color verde, esto en nada desacredita, el hecho de que efectivamente el día de la inspección del CELEQ, en la estación de servicio La Puesta del Sol, propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A., el 17 de setiembre de 2012, se estaba vendiendo combustible aceite diésel color verde, el cual coincide con el color del combustible diésel exonerado que se utiliza para la venta a la flota pesquera no deportiva del país.

Valga señalar, que la prueba es conteste a estos efectos, tanto con las declaraciones del testigo Asdrúbal Bolaños como con las del testigo perito Jairol Bustos (folios 112 al 117), así como con el acta N° 60-13, que obedece al acta de la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel, recolectada el 17 de setiembre de 2012 en la estación de servicio La Puesta del Sol, en el hecho de que dicho combustible presentaba una coloración verde, es decir, la coloración propia del combustible exonerado. Esto posteriormente fue avalado por el oficio CELEQ-1092-2013, suscrito por el Doctor Carlos León Rojas, Director del CELEQ (folios 21 a 23). En este punto, es menester recordar que, según la resolución 628-RCR-2011 de las 15:10 horas del 02 de setiembre de dos mil once, la apertura de la muestra testigo, es la prueba con el resultado oficial y definitivo.

Con respecto al dictamen remitido mediante el oficio CELEQ-1092-2013, conviene señalar que los dictámenes emitidos por los ingenieros químicos, se encuentran revestidos de fe pública, de conformidad con las disposiciones de la ley 8412: Ley Orgánica del Colegio de Ingenieros Químicos y Profesionales Afines y Ley Orgánica del Colegio de Químicos de Costa Rica, la cual cita en lo que nos interesa lo siguiente:

(...)

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

(...)

ARTÍCULO 88.- Documentos con carácter de fe pública. Todo dictamen, avalúo, peritaje o cualquier otro documento que exprese una verdad científica en las materias encomendadas al Colegio de Químicos, solo podrá ser

rubricado por miembros activos de este Colegio y tendrá carácter de fe pública. Tales miembros tendrán fe pública cuando gocen de todos los derechos otorgados por el presente título.

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

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

Con respecto al color verde que presentó la muestra de combustible aceite diésel analizada, y la cual sirve como fundamento a este procedimiento, se tiene que el decreto ejecutivo N°30644-MEIC, **“Establece las características y requisitos que deben cumplir los combustibles diésel y gasolina”**, y señala en su artículo 1º, que **“Los combustibles destinados a la flota pesquera no deportiva, autorizados por el INCOPESCA, mediante las facultades que le confiere la Ley N° 7384, debe tener un color característico que permita su identificación y diferenciación del combustible destinado para otros usos”**.

Para estos efectos, fue que este mismo decreto ejecutivo, en sus numerales 2 y 3, comisionó a Recope para que identifique al combustible gasolina regular con el color morado, y al combustible aceite diésel con el color azul.

Si bien, el aceite diésel regular es amarillo, el Ing. Roberto Coto Rojas, Director de la Dirección de Aseguramiento de la Calidad de RECOPE, mediante el oficio DAC-0086-2014, señaló, en consonancia con lo desarrollado supra, que en la coloración del diésel para la flota pesquera no deportiva la Refinadora Costarricense de Petróleo, utiliza colorante azul, no obstante **“dado que el diésel posee un color propio amarillento, la mezcla de estos dos colores primarios resulta en la aparición de una coloración verde, que corresponde al diésel exonerado.”** (folio 61).

La razón de ser de la diferenciación, que se hace del combustible mediante el color según se destine a la flota pesquera no deportiva, obedece a que éste es un producto exento del pago del impuesto único por tipo de combustible establecido en la Ley de simplificación y eficiencia tributarias N° 8114, misma norma que expresamente señala que **“Se exceptúa del pago de este impuesto (...) el combustible que utiliza la flota de pescadores nacionales para la actividad de pesca no deportiva, de conformidad con la Ley N° 7384”**.

Ahora bien, mediante la resolución R-062-2012-MINAET, el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, otorgó a La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588, el permiso de funcionamiento y servicio público de suministro de combustibles; disponiendo que **“las condiciones específicas de cada permiso, en cuanto a los deberes, obligaciones, causales de caducidad y revocatoria, así como, la ubicación geográfica, tipo de combustibles, cantidad de tanques y capacidad de almacenamiento de cada uno de ellos, corresponderá a los mismos que se encontraban autorizados en el permiso**

anterior inmediato, es decir al último permiso vigente anterior a la presente renovación” (folio 58).

El permiso anterior inmediato a la resolución R-062-2012-MINAET, fue otorgado mediante resolución R-V-061-2010-MINAET, y estableció que La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588, está autorizada para prestar el servicio público de suministro de los siguientes combustibles: gasolina regular, gasolina superior y diésel, así mismo estableció que **“En ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”**.

Es decir, la prohibición de venta de combustible exonerado, se erige como una cláusula o condición vinculante (obligación) de carácter general, establecida en el título habilitante, en este caso la resolución R-062-2012-MINAET, por remisión expresa a la resolución R-V-061-2010-MINAET, ambas dictadas por el ente concedente en ese momento, el entonces Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones.

Al respecto, la resolución 628-RCR-2011, de las 15:10 horas del 2 de setiembre de dos mil once, esta Autoridad Reguladora dispuso que **“las estaciones de servicio deben controlar, al menos en forma visual, la calidad de los combustibles que reciben y verificar que en las facturas se indique el número del certificado de calidad de RECOPE. Antes de la descarga se debe verificar cuál es el producto que se está depositando en el tanque. Las estaciones de servicio deben contar con un procedimiento estricto para la descarga de los productos y nombrar un responsable de la misma, dada la cantidad de casos en que el combustible aparece contaminado por esos errores.”**

Por su parte, el Reglamento para la Regulación del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos, decreto ejecutivo 30131-MINAE-S, antes y durante la descarga de combustibles, el transportista y la persona responsable, deberán cumplir, entre otros, con los siguientes requisitos: Verificar que el combustible se reciba en el tanque correspondiente al mismo, y la descarga debe ser supervisada permanentemente por el encargado del recibo.

Durante la comparecencia llevada al efecto el día 29 de enero de 2016 el B.Q. Jairol Bustos Carmona señaló que factores como la temperatura o el almacenamiento no influyen en la composición química del combustible, para efectos de incidir en cuanto al color de una muestra de aceite diésel recolectado (folio 115).

Este órgano le otorga total credibilidad a la declaración del Químico encargado de la apertura, por ser esta conteste con el resto del acervo probatorio, tanto a nivel documental como a nivel testimonial, al lograr demostrar que el combustible aceite diésel que ese estaba dispensando el 17 de setiembre del 2012, en la estación de servicio La Puesta del Sol, era de color verde. Sumado a lo anterior, se admite y se tiene por cierta la declaración del testigo Asdrúbal Bolaños Campos, al coincidir ésta con la declaración del perito encargado de la apertura de la muestra testigo y con los elementos probatorios contenidos en el expediente administrativo. Recuérdese, que según se ha venido exponiendo, en nuestro país el combustible diésel de color verde es el destinado al uso de la flota pesquera no deportiva, y solo puede ser adquirido, y por lo tanto dispensado, a quienes tengan la autorización del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPECA).

Por lo tanto, con base en la comparecencia realizada y la prueba que logró evacuarse se puede concluir entonces, según los estudios realizados por el CELEQ, que el combustible aceite diésel que estaba dispensando La Puesta del Sol J & A S.A., en la estación de servicio La Puesta del Sol, el 17 de setiembre del 2012, a los vehículos automotores, presentó un color propio del combustible destinado para la venta a la flota pesquera no deportiva, lo cual constituye un incumplimiento injustificado de las condiciones generales establecidas en el título habilitante, el cual proscribía la venta de combustible exonerado, subsumiéndose la conducta en la falta establecida en el artículo 41 incisos c) de la Ley 7593, por parte de La Puesta del Sol J & A S.A., toda vez que dicho combustible tiene una exoneración con un fin determinado; y con esta conducta incumplió con una de las obligaciones que le fue impuesta a otorgársele la autorización para la prestación del servicio.

VIII. SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA INVESTIGADA

Durante la comparecencia, la parte investigada, presentó sus alegatos de descargo, los cuales también presentó de forma escrita ese mismo día (folios 97 a 103), previo a la celebración de esta. En este sentido, se procede a analizar cada uno de ellos a la luz de lo que ha sido expuesto previamente, en cuanto a que se ha tenido por acreditado el incumplimiento injustificado de las condiciones generales, establecidas en el título habilitante otorgado a La Puesta del Sol J&A S.A., al haber dispensado ésta combustible aceite diésel exonerado para la flota de pesca no deportiva, a consumidores finales en dicha estación. De este modo se procede con el respectivo análisis como sigue.

a) EN CUANTO AL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN E INTIMACIÓN.

La licenciada Vargas Madrigal, señaló a nombre de la investigada:

“El principio del derecho de intimación se entiende como el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento del investigado la acusación formal y el cuanto al principio del derecho de imputación, este se refiere a la descripción detallada, precisa y clara del hecho que se le acusa al investigado y en este caso en concreto, tanto en la Resolución RJD-213-2015 así como en la Resolución ROD- DGAU-241-2015 del día 30 de octubre del dos mil quince, no se hace la descripción detallada del hecho investigado. Ambas resoluciones se limitan a indicar en el “Por Tanto”, la presunta falta cometida por mi representada sin hacer una detallada relación de los hechos con las pruebas que acreditan la presunta falta y en la parte de los Considerandos se enlista las posibles normas que pudo haber infringido mi representada pero no se hace la relación del hecho cometido por mi representada con la norma que ha sido infringida y la prueba pertinente que existe para comprobar la falta atribuida a mi representada. (...)” (folios 97 a 98).

Efectivamente, es mediante la intimación que se pone en conocimiento a la investigada de los hechos que se le atribuyen y el derecho de imputación hace referencia a la descripción de dichos hechos, conforme los tipos legales a que se hace alusión; a partir de ahí nace la acusación, defensa y contradicción, permitiendo la interposición de una serie de medios de defensa técnica, tendientes a cuestionar la validez de la acción.

Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dispuso:

“(...) El principio de intimación expuesto en dicha sentencia, significa el derecho de ser instruido de los cargos que se le imputan a cualquier persona o personas, y el principio de imputación, el derecho a tener una acusación formal, en el sentido de individualizar al o los imputados que se pretendan someter a proceso, describir en forma detallada, precisa y claramente el hecho que se les acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando incluso los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva” .

Si bien el precedente anterior está dirigido a materia penal, lo cierto es que el principio opera de igual forma en el caso concreto, puesto que el traslado de cargos pretende darle una mayor transparencia a las actuaciones de la Administración a fin de que la persona intimada comprenda el carácter de los actos que se le atribuyen desde el primer momento de la iniciación del procedimiento administrativo. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las diecisiete horas y cuarenta y seis minutos del dieciocho de agosto del dos mil nueve. Sentencia 12952-09”.

La Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos mediante la resolución RJD-213-2015 de las 14:30 horas del 24 de setiembre de 2015, ordenó la apertura de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, no obstante, este no debe ser confundido con el acto propio de apertura del procedimiento, sino que este se considera un acto interno de distribución de competencias por parte de la Administración, el cual no necesita ser notificado a la parte investigada, pues no causa estado.

Diferente es el caso de la resolución de inicio, que en este caso fue dictada mediante la resolución ROD-DGAU-241-2015, la cual constituye no sólo el acto de apertura, sino que también la resolución a través de la cual se realiza la respectiva imputación y traslado de cargos. Esta resolución, según consta en el expediente a folio 96, fue debidamente notificada a la parte investigada en su domicilio social el 7 de diciembre de 2015. De hecho, una vez analizada esta resolución consta a folios 91 y 92 del expediente, que se le señalaron a la investigada los hechos que le estaban siendo imputados y la consecuencia jurídica de dichas conductas, motivo por el cual, no es cierto que haya existido violación alguna a los derechos de la parte investigada.

A mayor abundamiento, la resolución ROD-DGAU-241-2015 de las 9:07 horas del 30 de octubre de 2015, imputa a la investigada lo siguiente, de forma que exista claridad en cuanto a los hechos que en su momento presuntamente le eran atribuidos:

“Primero: *Que La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588, código MINAE número ES 2-09-04-02, está autorizada para prestar el servicio público de suministro de combustibles derivados de hidrocarburos al consumidor final, en la estación de servicio La Puesta del Sol.*

Segundo: *Que la estación de servicio La Puesta del Sol, fue objeto de una inspección por parte del CELEQ el día 17 de setiembre del 2012.*

Tercero: Que el día 17 de setiembre del 2012, el combustible aceite diésel que se encontraba dispensando la estación de servicio La Puesta del Sol, presentó un color verde.

Cuarto: Que, en Costa Rica, el diésel de color verde es el destinado al uso de la flota pesquera no deportiva.”

Posteriormente, dicha resolución indica que los hechos encuadran dentro de la conducta descrita en el inciso c) del artículo 41 “**incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso**”, y que la norma atribuye como consecuencia de lo anterior, la imposición de una sanción de revocatoria de la concesión o el permiso.

De esta forma, queda demostrado que la resolución ROD-DGAU-241-2015, intimó e imputó detalladamente a la investigada los hechos que en su momento presuntamente le eran atribuidos, de forma que los argumentos de esta última deben ser rechazados.

b) EN CUANTO A LA PRUEBA RECABADA POR LA ADMINISTRACIÓN: PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO.

Se otorga total credibilidad a la información consignada en el acta de registro N° 60-13, en la cual, el CELEQ hace constar la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectada en la inspección realizada a la estación de servicio La Puesta del Sol el día 17 de setiembre del 2012. En esta apertura estuvieron presentes el químico Jairol Bustos Carmona funcionario del CELEQ y Asdrúbal Bolaños Campos, quien es funcionario de la Autoridad Reguladora, el primero como químico encargado de la apertura de muestra testigo, y el segundo en calidad de testigo de la misma.

Además de lo anterior, esa prueba fue realizada por un laboratorio debidamente acreditado y siguiendo el método de inspección visual.

Recordemos que los funcionarios Asdrúbal Bolaños Campos y Jairol Bustos Carmona, así como el representante de la estación de servicio, estuvieron presentes en el momento exacto de la apertura de la muestra testigo y todos confirman haber detectado la coloración verde en la muestra de combustible aceite diésel tanto en el acta levantada (N°60-13), véase en ese sentido las tres rúbricas en dicha acta, como respaldo del resultado anterior. Esta prueba, sin lugar a dudas, es conteste con las declaraciones rendidas durante la comparecencia realizada el día 29 de enero del 2016, todo lo cual viene a demostrar de forma clara, la existencia de la falta y la imputación de esta a la parte investigada.

No se encuentra razón de peso alguna, para dudar de la información consignada en el acta de apertura de muestra testigo levantada por CELEQ, ya que como bien se mencionó y de detalló líneas atrás, la Autoridad Reguladora convino con la Universidad de Costa Rica la realización de este tipo de inspecciones y le merece fe a los resultados arrojados por el método aplicado, además según se adelantara supra, los químicos y sus dictámenes tienen fe pública, según la Ley del Colegio de Ingenieros Químicos.

Si bien, tal y como lo alega la investigada, no existe en el expediente administrativo OT-94-2015, una comunicación previa entre CELEQ y ARESEP, de la existencia de una falta en cuanto al color del combustible diésel, lo cierto es, que dicha ausencia no constituye una violación al debido proceso, según las siguientes consideraciones:

- En la visita efectuada el 17 de septiembre del 2012 por los personeros del CELEQ, a la estación de servicio La Puesta del Sol, se tomaron 3 muestras de cada combustible ahí dispensado, de forma que el certificado CELEQ-ARESEP-C-0947-12 señala los análisis de rutina (sedimentos, octanaje, temperatura de inflamación, entre otros).
- En dicha inspección y durante la toma de muestras se encontró en representación de la estación de servicio, tanto del señor Luis Arias, en calidad de encargado de la misma, como del señor Douglas Jiménez, respectivamente respetándose así el derecho de defensa de la investigada.
- De las 3 muestras de cada combustible, una se destinó para realizar el primer análisis, otra se le entregó al representante de la estación de servicio y la tercera se trasladó al laboratorio para realizar la respectiva apertura en presencia de las partes, de forma que se garantizó el derecho de defensa de la investigada.
- Si bien el certificado CELEQ-ARESEP-C-0947-12 no indica observación alguna respecto al color en el combustible aceite diésel, el B.Q. encargado de realizar la apertura de la muestra: Jairol Bustos Carmona, expuso durante la comparecencia llevada al efecto el 29 de enero del 2016 y en la cual estuvo presente la representación de la investigada, que una vez que el CELEQ detectó una anomalía en el combustible aceite diésel recolectado, inmediatamente lo notificó a la ARESEP (folio 16), y esta situación fue la que condujo a la apertura de la muestra testigo.
- Durante la apertura de la muestra testigo, estuvieron presentes: el B.Q. Jairol Bustos Carmona funcionario del CELEQ y Asdrúbal Bolaños Campos, quien es funcionario de la Autoridad Reguladora, el primero como perito encargado de la apertura de muestra testigo, y el segundo en calidad de testigo de la misma, así como el señor Douglas Jiménez Alfaro, representante legal de La Puesta del Sol J & A S.A., en dicha apertura se corroboraron los datos de la muestra tomada el día 17 de septiembre del 2012 en la estación de servicio La Puesta del Sol, de forma que se verificó que se trataba de la misma muestra y se procedió al análisis de la misma, determinándose que el combustible aceite diésel presentaba una coloración verde. Se levantó el acta de Registro N° 60-13 y la misma fue firmada por todos los presentes sin observación alguna (folios 18 y 23).
- Si bien, no consta la comunicación realizada entre el CELEQ y la Autoridad Reguladora, la misma no lesiona el derecho de defensa de la investigada, toda vez que esta fue puesta en conocimiento de la situación y citada a través del oficio 1320-IE-2013 (folio 14) para la realización de la apertura de la muestra testigo, la cual, según la resolución 628-RCR-2011 de las 15:10 horas del 02 de setiembre de 2012, constituye la prueba final y el resultado oficial y definitivo.

- De existir o no la comunicación entre CELEQ y ARESEP, el resultado del análisis de la muestra testigo (analizado en presencia de la investigada), constituye prueba que se basta a sí misma, siendo suficiente para demostrar el incumplimiento injustificado de las condiciones generales del contrato por parte de La Puesta del Sol J & A S.A., así mismo, como bien se mencionó líneas atrás, el B.Q. Jairol Bustos Carmona funcionario del CELEQ y Asdrúbal Bolaños Campos, quien es funcionario de la Autoridad Reguladora ratificaron el contenido del Registro N° 60-13 y, dicho resultado fue posteriormente avalado por el oficio CELEQ-1092-2013, suscrito por el Doctor Carlos León Rojas, Director del CELEQ (folios 21 a 23).

Debido a lo anterior, y una vez que se logró evidenciar el cumplimiento del debido proceso, en los trámites realizados en el presente caso, así como el amparo al derecho de defensa de la investigada, se procede a rechazar los argumentos de esta, en virtud de lo señalado de forma precedente.

c) EN CUANTO AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO:

Señala la parte investigada que existe una violación al debido proceso, puesto que no hay una correspondencia entre lo que se concluye en el certificado CELEQ-ARESEP-C-947-12 y el hecho de que haya dado una apertura de una muestra testigo. Así como tampoco, en el acta N° 60-13, visible a folio 18, no se indica que la apertura de la muestra testigo se refiera a la número 45956 (folio 99).

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 12952-09 de las diecisiete horas y cuarenta y seis minutos del dieciocho de agosto del dos mil nueve señaló:

“Esta Sala ha reconocido el derecho al debido proceso en sede administrativa con la finalidad de que las actuaciones de la Administración respeten el curso normal de los trámites establecidos, con lo cual constituye un medio de garantía a fin de defender la seguridad de los administrados, así como para conseguir la efectiva realización de los fines públicos.”

En este sentido, se considera que, pese a lo señalado por la parte investigada, no existe una violación al debido proceso, pues desde que se inició el procedimiento administrativo, se le indicó la falta que se estaba investigando, los hechos que daban sustento al procedimiento, y la posible consecuencia jurídica. Asimismo, se indicó cuál era la prueba que se iba a evacuar y a analizar, y además durante la comparecencia, la parte tuvo la oportunidad de preguntarle a los testigos ofrecidos por la Administración, todo lo anterior con apego al debido proceso.

Además, según ha sido expuesto reiteradamente, la parte, aún en la etapa previa a la apertura del procedimiento fue notificada, de la apertura de la muestra testigo, a la cual asistió (folios 14, 18 y 23), rubricando inclusive el acta con el resultado adverso, que señalaba que el combustible aceite diésel era verde. Incluso, durante el desarrollo de todo este procedimiento ha tenido la oportunidad de ejercer en pleno su defensa no siendo limitado su derecho de defensa ni debido proceso.

Según lo establecido, por la Ley General de la Administración Pública, en su artículo 298:

Artículo 298.- 1. Los medios de prueba podrán ser todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común. 2. Salvo disposición en contrario, las pruebas serán apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica. El resaltado no es del original.

Siendo de esta manera, la Administración por mandato de ley puede optar por medidas probatorias necesarias permitidas por el derecho, nótese que también le faculta a tomar como medio de prueba los medios no admisibles por el derecho común, con el fin de determinar la verdad real de los hechos las cuales deben ser apreciadas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

En este sentido, durante la instrucción del presente procedimiento, así como en la recolección y análisis de la muestra testigo, se ha respetado el debido proceso estando presente la parte investigada en todo momento, como garantía para esta de las actuaciones que se estaban efectuando.

Por último, es importante señalar que el oficio CELEQ-1092-2013 del 30 de agosto del 2013, suscrito por Doctor Carlos León Rojas, Director del CELEQ (folios 21 a 23), tiene carácter de fe pública, de conformidad con las disposiciones de la Ley 8412: Ley Orgánica del Colegio de Ingenieros Químicos y Profesionales Afines y Ley Orgánica del Colegio de Químicos de Costa Rica, la cual cita en lo que nos interesa lo siguiente:

“(…)

ARTÍCULO 18.- Peritajes, avalúos y otros documentos expedidos por los ingenieros químicos y profesionales afines. Los peritajes, los avalúos, las certificaciones, los planos, los dictámenes u otros documentos que emitan los ingenieros químicos y los profesionales afines, sobre un determinado asunto referido a su campo de competencia y cuyo fin sea expresar una verdad científica o tecnológica, darán fe pública de esa verdad científica o tecnológica. Tales documentos deberán contar con la firma y el sello del profesional responsable. El resaltado no es del original.

(…)

ARTÍCULO 88.- Documentos con carácter de fe pública. Todo dictamen, avalúo, peritaje o cualquier otro documento que exprese una verdad científica en las materias encomendadas al Colegio de Químicos, solo podrá ser rubricado por miembros activos de este Colegio y tendrá carácter de fe pública. Tales miembros tendrán fe pública cuando gocen de todos los derechos otorgados por el presente título. El resaltado no es del original.

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

Se puede concluir que la comunicación entre el CELEQ y la Autoridad Reguladora, no resulta imprescindible para corroborar la existencia del hecho investigado, ya que el resultado que arrojó la apertura de muestra testigo se basta a sí misma, es decir, la corroboración del hecho a vista de un perito y dos testigos así como la firma del acta levantada al efecto sin observación alguna, son consideradas por esta administración como un elemento determinante en la presente investigación.

Con respecto a la falta de indicación del número a la hora de realizar la apertura de la muestra testigo, conviene señalar que, el representante de la parte investigada estuvo presente, sin señalar ninguna anomalía en la apertura de la muestra, ni en la correspondencia de ésta con las que fueron tomadas el 17 de setiembre del 2012.

Además, según fuera señalado por el testigo perito, el CELEQ, tiene un procedimiento normalizado, que le permite dar trazabilidad a las muestras que recolecta, de manera que haya uniformidad entre las que se recolectan en la inspección y las que se analizan en la apertura de la muestra testigo, es decir, un procedimiento que garantiza que la muestra recolectada en la inspección es la misma que se analiza en la apertura de la muestra testigo, en este sentido véase a folio 110, cuando el testigo Ing. Asdrúbal Bolaños Campos señala que *"(...) todo está integrado ya en la botella y esa acta la firma el representante de la estación de servicio que da constancia de que en efecto, de que se tomaron ese día y que estas muestras o estos marchamos corresponden a las tomadas ese día"*.

Por consiguiente, el hecho de que no haya prueba de que se hiciera indicación del número 45956, a la hora de realizar la apertura y análisis de la muestra testigo, en nada implica una violación al debido proceso en cuanto a la prueba recaba.

Aunado a lo anterior, la Administración está en la libertad de conformidad con el artículo 298 de la Ley General de la Administración Pública anteriormente citado, de considerar todos los que estén permitidos por el derecho público, aunque no sean admisibles por el derecho común, lo anterior en aras de determinar la verdad real de los hechos investigados. Es por lo anterior, que, durante la comparecencia y la investigación realizada, se otorgó valor probatorio total al acta de Registro N°60-13.

En consecuencia, el argumento de la parte de la existencia de una violación al debido proceso debe rechazarse.

d) EN CUANTO A LA SUPUESTA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL CURSO PROCEDIMENTAL

Valga aclarar que, en este apartado, la parte no detalla las razones que justifican la presunta violación de los principios generales del curso procedimental, sino, más bien se limita a enlistarlos: principios de eficiencia, eficacia, economía impulso procesal y oficiosidad.

Razón por la cual, le es imposible a esta Administración, referirse por el fondo ante un argumento que carece de contenido. No obstante, tampoco de oficio se determina que exista violación alguna a los principios enlistados por la parte investigada.

IX. SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN

Así las cosas, con base en el análisis precedente y la prueba que consta en el expediente, se concluye que en el caso que nos ocupa, La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588, incurrió el 17 de setiembre del 2012 en un incumplimiento injustificado de las condiciones generales del contrato, específicamente en lo establecido en el Decreto Ejecutivo Nº30644-MEIC, en concordancia con lo establecido en el artículo 41 inciso c), de la Ley 7593, el cual faculta a la Autoridad Reguladora a tramitar procedimientos sancionatorios contra los prestadores de servicios públicos que incumplan por razones injustificadas las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso:

“Artículo 41.- Revocatoria de concesión o permiso Sin perjuicio de las sanciones y responsabilidades que corresponda aplicar de acuerdo con la ley, serán causales de revocatoria de la concesión o el permiso, declarable mediante el proceso administrativo, por la Autoridad Reguladora, las siguientes:

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

Así las cosas, ha quedado demostrado a lo largo del presente procedimiento administrativo, que La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588 es responsable de dispensar combustible aceite diésel “color verde” el día 17 de setiembre del 2012, lo cual atenta innegablemente contra las condiciones generales de la concesión otorgada a La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588 por parte del Minae en la resolución R-V-61-2010-MINAET del 16 de febrero del 2010, en específico con la proscripción de la venta de combustible exonerado.

Recordemos que el color verde en el combustible aceite diésel es un color propio del combustible exonerado destinado a la flota pesquera no deportiva, que se obtiene de la combinación del color amarillo del diésel con el colorante azul que debe colocar la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), según lo establecido en el Decreto Ejecutivo 30644-MEIC.

Ahora bien, el permiso anterior inmediato a la resolución R-062-2012-MINAET, cuyas obligaciones fueron mantenidas por esta (folio 58), fue otorgado mediante la resolución R-V-061-2010-MINAET, y este estableció que La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588, **“En ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”** (folio 71).

Sumado a lo anterior, en el caso de marras, según se desarrolló supra, se logró demostrar que el combustible aceite diésel que la estación de servicio La Puesta del Sol se encontraba dispensando el día 17 de setiembre del 2012, presentaba una coloración verde, propia del combustible aceite diésel exonerado. Debido a lo anterior, se logra determinar que la sanción a imponer resulta proporcional y razonable respecto a la falta cometida.

En este sentido, y una vez comprobados los hechos objetos de investigación, deberá procederse con la correspondiente revocatoria de la concesión, según lo establecido en el artículo 41 inciso c) de la ley 7593 anteriormente citada.

- X. Que en la sesión ordinaria 61-2017, del 7 de noviembre de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, acordó con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la Ley General de la Administración Pública y demás normas anteriormente citadas,

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

RESUELVE:

ACUERDO 09-61-2017

- I. Rechazar la excepción de prescripción interpuesta por la representación de La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588.
- II. Declarar que La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588, incurrió en un incumplimiento injustificado de las condiciones generales de la concesión otorgada mediante la resolución R-062-2012-MINAET, por remisión expresa a la resolución R-V-061-2010-MINAET, toda vez que el día 17 de setiembre del 2012, la estación de servicio La Puesta del Sol, propiedad de La Puesta del Sol J & A S.A. se encontraba dispensado combustible aceite diésel exonerado destinado a la flota pesquera nacional.
- III. Revocar la concesión otorgada por el Ministerio de Ambiente y Energía, para el funcionamiento y servicio público de suministro de combustibles a La Puesta del Sol J & A S.A., cédula jurídica número 3-101-366588.
- IV. Notificar la presente resolución a La Puesta del Sol J & A S.A.
- V. Notificar la presente resolución al Ministerio de Ambiente y Energía.
- VI. Comunicar, una vez notificada esta resolución a la Puesta del Sol J & A S.A., a la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE), la presente resolución, para que en lo sucesivo y a partir del momento de dicha comunicación, se abstenga de venderle combustibles derivados de los hidrocarburos, a la sociedad La Puesta del Sol J & A S.A., con cédula jurídica N° 3-101-366588.

En cumplimiento de lo que ordenan los artículos 245 y 345 de la Ley General de la Administración Pública, se indica que, contra esta resolución, cabe la interposición del recurso ordinario de reposición y el extraordinario de revisión. Ambos deben interponerse ante la Junta Directiva a quien compete resolverlos, el de reposición en el plazo de 3 días, contados a partir de la notificación de la presente resolución, y el de revisión en los plazos establecidos en el artículo 354 de la Ley 6227.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

A las trece horas y veinte minutos se retira del salón de sesiones, la señora Marta Monge Marín.

ARTÍCULO 9. Asuntos pospuestos

El señor **Roberto Jiménez Gómez** propone posponer para una próxima sesión, el conocimiento de los asuntos indicados en la agenda como puntos 4.4, 4.6 y 4.7. Somete a votación el planteamiento y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 10-61-2017

Posponer, para una próxima sesión, el conocimiento de los puntos 4.4, 4.6 y 4.7. de la agenda, los cuales a continuación se detallan:

- ✓ *Informe sobre procesos judiciales en ejecución de sentencia, agosto de 2017 e Informe sobre procesos judiciales interpuestos contra la Aresep, en los que se ha dictado una resolución condenatoria para la Institución. (Cumplimiento de acuerdo 03-42-2017. Oficios 771-DGAJR-2017 del 5 de setiembre de 2017 y 789-DGAJR-2017 del 11 de setiembre de 2017, respectivamente.*
- ✓ *Recurso de apelación, gestión de nulidad absoluta y gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transvi S.A., contra el oficio 564-IT-2017 y la resolución RIT-026-2017. Expediente ET-008-2017. Oficio 821-DGAJR-2017 del 21 de setiembre de 2017.*
- ✓ *Exposición sobre los proyectos del Plan Operativo Institucional 2017.*

ARTÍCULO 10. Asuntos informativos y correspondencia.

En cuanto a los asuntos distribuidos como temas de carácter informativo y correspondencia, la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 11-61-2017

Dar por recibida la información presentada por la Intendencia de Energía en torno a los Informes de evaluación de calidad de los combustibles en las estaciones de servicio y el de los planteles de distribución correspondiente al primer semestre 2017, los mismos se encuentran disponibles para consulta pública en el sitio oficial de Aresep. Oficio 1648-IE-2017 del 20 de octubre de 2017.

ACUERDO 12-61-2017

Trasladar al Regulador General para su atención la solicitud presentada por el señor Randall Jiménez Leitón, Secretario General de Fuerza Roja Sindical, para que se considere el cobro trimestral en el canon de transporte público, modalidad taxi. Carta del 30 de octubre de 2017 (SAU-30966).

A las trece horas y veinticinco minutos finaliza la sesión.

ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ
Presidente de la Junta Directiva

PABLO SAUMA FIATT
Miembro de la Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva