



Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

“Análisis del principio de servicio al costo y su impacto en la eficiencia del transporte público urbano”

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Manuel Fernando Yglesias Mora

A56274



27 de julio de 2016
FD-AI-574-2016

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: Manuel Fernando Yglesias Mora, carné A56274 denominado: "Análisis del principio de servicio al costo y su impacto en la eficiencia del transporte público urbano" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Román Solís Zelaya
Presidente	Dr. Jorge Sáenz Carbonell
Secretaria	Lic. Esp. Raquel Moya Sánchez
Miembro	Dr. Fernando Mora Rojas
Miembro	Dr. Luis Antonio Sobrado González

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 10 de agosto del 2016, a las 6:00 p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



lcv
Cc: arch. expediente



San José, 6 de Junio del 2016

Señor

Doctor Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado Dr. Salas:

Le extiendo un cordial saludo.

En mi condición de Director de la Tesis denominada "Análisis del principio de servicio al costo y su impacto en la eficiencia del transporte público urbano", redactada por **Manuel Yglesias Mora**, le comunico que he aprobado el trabajo, pues cumple con los requisitos de forma y fondo requeridos por esta Universidad.

Este trabajo constituye un interesante aporte a nuestro Derecho Administrativo, pues plantea una perspectiva novedosa de análisis sobre un aspecto de tanta trascendencia como lo es la fijación de la tarifa en el transporte público en modalidad de autobús y el servicio al costo.

Me complace extender esta carta de aprobación, a fin de que se proceda a fijar fecha para la defensa de esta tesis.

Atentamente,



Dr. Román Solís Zelaya

Director



San José, 8 de mayo de 2016

Señor
Prof. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Presente

Estimado señor:

Por medio de la presente me permito informarle, en mi condición de lector del trabajo final de graduación -para optar por el título de Licenciado en Derecho- del egresado Manuel Yglesias Mora (carné universitario n.º A56274), titulado "*Análisis del principio del servicio al costo y su impacto en la eficiencia del transporte público urbano*", que esa investigación satisface los requisitos de forma y fondo dispuestos en la reglamentación universitaria.

En consecuencia, el trabajo cuenta con mi aprobación a los efectos de que sea sometido al respectivo trámite de réplica.

De usted, atento se suscribe,



Prof. Luis Antonio Sobrado González

San José, 6 de Junio del 2016

Señor

Doctor Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado Dr. Salas:

Le extiendo un cordial saludo.

En mi condición de Lector de la Tesis denominada "Análisis del principio de servicio al costo y su impacto en la eficiencia del transporte público urbano", redactada por **Manuel Yglesias Mora**, le comunico que he aprobado el trabajo, pues cumple con los requisitos de forma y fondo requeridos por esta Universidad.

Este trabajo constituye un interesante aporte a nuestro Derecho Administrativo, pues plantea una perspectiva novedosa de análisis sobre un aspecto de tanta trascendencia como lo es la fijación de la tarifa en el transporte público en modalidad de autobús y el servicio al costo.

Me complace extender esta carta de aprobación, a fin de que se proceda a fijar fecha para la defensa de esta tesis.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fernando Mora Rojas', is written over a horizontal line. The signature is fluid and cursive.

Dr. Fernando Mora Rojas

Lector

San José, 24 de junio del 2016

Dr. Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Ref.: Bitácora de tesis "Análisis del principio del servicio al costo y su impacto en la eficiencia del transporte público urbano"

Estimado Dr. Salas:

Le externo un cordial saludo.

En cumplimiento de los requisitos para cumplir con mi Trabajo Final de Graduación, detallo la bitácora de trabajo con mi Comité Asesor. Le recuerdo que mi tesis, al haber sido supervisada por 2 directores diferentes, se encontraba en un estado avanzado para cuando la recibió mi actual director, Dr. Román Solís Zelaya.

Bitácora:

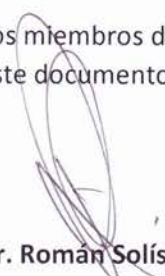
14 de mayo: Reunión con el Dr. Román Solís Zelaya. Se discutieron aspectos relativos al enfoque y el Director solicita un capítulo sobre jurisprudencia.

6 de junio: Reunión con el Dr. Román Solís Zelaya para revisar últimos cambios y recibir carta de aprobación.

6 de junio: Reunión con el Dr. Fernando Mora Rojas para aprobación del trabajo final.

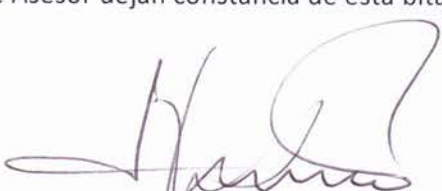
8 de junio: Reunión con el Dr. Luis Antonio Sobrado para aprobación del trabajo final.

Los miembros del Comité Asesor dejan constancia de esta bitácora por medio de su firma al pie de este documento.



Dr. Román Solís Zelaya

Director



Dr. Fernando Mora Rojas

Lector



Dr. Luis Antonio Sobrado

Lector

23 de junio 2016

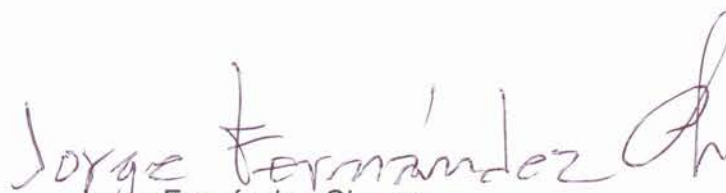
Señores
Área de Investigación de la
Facultad de Derecho de la UCR

Estimados señores:

Hago constar que el alumno Manuel Fernando Yglesias Mora, cédula 112950401, me ha presentado para corrección filológica la Tesis Final de Graduación, titulada **Análisis del principio de servicio al costo y su impacto en la eficiencia del transporte público urbano**.

A este respecto, me permito aclarar que he revisado y corregido los aspectos concernientes a la estructura gramatical, ortografía, vocabulario, puntuación, vicios de estilo, repeticiones innecesarias, párrafos oscuros, contradicciones etc., y he comprobado que las correcciones y sugerencias hechas por mi persona, han sido incorporadas al documento en mención.

Por lo tanto, hago constar que esta Tesis Final de Graduación reúne las condiciones de un documento, para ser presentada a la Universidad de Costa Rica.


Jorge Fernández Chaves
Filólogo Carné COLYPRO 02545

ÍNDICE

Resumen.....	Pág. v
Ficha bibliográfica.....	Pág. vi
INTRODUCCIÓN.....	Pág. 1
TÍTULO PRIMERO – MARCO TEÓRICO.....	Pág. 2
TÍTULO SEGUNDO - ESTADO DE LA CUESTIÓN	
Capítulo primero: Antecedentes.....	Pág 11
Capítulo segundo: Principio de Igualdad.....	Pág 22
Capítulo tercero: Principio de Adaptación.....	Pág 24
Capítulo cuarto: Principio de gratuidad.....	Pág 26
TÍTULO TERCERO – HISTORIA DEL PRINCIPIO DE SERVICIO AL COSTO EN EL MARCO DEL RÉGIMEN DE SERVICIO PÚBLICO EN COSTA RICA	
Capítulo Primero: El servicio público en el Estado Liberal.....	Pág 30
Capítulo segundo: El Servicio Nacional de Electricidad.....	Pág 31
Capítulo tercero: El tránsito a la regulación moderna de los servicios públicos.....	Pág 35
Capítulo cuarto: La Autoridad Reguladora de Servicios Públicos.....	Pág 39
TÍTULO TERCERO – ANÁLISIS NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE SERVICIO AL COSTO Y SU APLICACIÓN EN EL TRANSPORTE PÚBLICO	
Capítulo primero: Derecho de la Regulación.....	Pág 42
Capítulo segundo: Rate of Return (ROR).....	Pág 48
Capítulo tercero: Price cap o regulación por incentivos.....	Pág 49
Capítulo cuarto: La potestad de fijación de tarifas.....	Pág 50
Capítulo quinto: Fijación de tarifas.....	Pág 55
TÍTULO CUARTO – CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA RUTA PAVAS-SAN JOSE	
Capítulo primero: Contrato de concesión en Costa Rica.....	Pág 67

Capítulo segundo: Objeto público de la concesión de servicio público.....	Pág 71
Capítulo tercero: Eficiencia de la ruta Pavas-San José.....	Pág 81
Capítulo cuarto: El principio de adaptabilidad y el servicio al costo.....	Pág 83
TÍTULO QUINTO – JURISPRUDENCIA	
Capítulo primero: Equilibrio económico del contrato.....	Pág 86
Capítulo segundo: Modelo econométrico.....	Pág 94
TÍTULO SEXTO – CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	Pág 113
BIBLIOGRAFÍA.....	Pág 114

Resumen

El presente trabajo investigativo se desarrolla en el ámbito del Derecho Administrativo, justamente con el tema del análisis del servicio al costo, principio legal que rige las modificaciones a las tarifas de los servicios públicos. Para generar un mejor análisis, este trabajo se enfoca en el análisis del servicio al costo en el transporte público urbano.

El principio de servicio al costo, conocido en la doctrina de derecho regulatorio como ROR (Rate of Return) es un mecanismo de elaboración de tarifas para los servicios públicos regulados. El postulado del esquema de ROR es la utilización de la información contable de la empresa (activos, gastos e inversión) para el cálculo del costo de la prestación del servicio y el consiguiente establecimiento de un precio del mismo que se cargará al usuario, garantizando un margen de retorno porcentual al operador del servicio. Este sistema se caracteriza por estar basado en la estructura de costos.

En Costa Rica se instauró, desde 1940, un sistema denominado servicio al costo, el cual utiliza el mismo principio de ROR, con una variante importante. No es el operador el que brinda la información y ofrece la tarifa, sino que es el regulador el que, por medio de una tabla denominada modelo econométrico, establece cuáles costos se deben incluir y cómo se realizará el cálculo.

El sistema ROR ha sido utilizado ampliamente en numerosos sistemas regulatorios alrededor del mundo. Se reconocen como ventajas del sistema la fácil aplicación de las fórmulas y el cercano control que puede ejercer el regulador sobre los operadores. Sin embargo, una de las desventajas más importantes de este esquema es que no brinda incentivos para la eficiencia. Al estar el sistema de cálculo de tarifas ligado al costo, el operador tiende a inflar éstos costos más allá del punto de eficiencia, para así mejorar sus ganancias en números absolutos. En Costa Rica, el principio de servicio al costo además se ha visto empañado por cambios arbitrarios por parte del regulador, que usualmente generan precios inflados al consumidor (tal y como se detalla en un [artículo de opinión recientemente publicado en La Nación](#)¹.

Este esquema tarifario, al no incentivar la eficiencia, causa severos problemas a la hora de generar un sistema de transporte público que funcione de forma sincronizada.

Existe una alternativa denominada price cap o regulación por incentivos. En este sistema, se establece un precio medio para la prestación del servicio, mediante no sólo los costos de operación sino otras variables tales como el valor de mercado de una ruta

¹ Novatada o una triste oda al sofismo en materia técnica. Olman Bonilla. Publicado en La Nación el 11 de junio del 2015. Recuperado de: http://www.nacion.com/opinion/foros/Novatada-triste-sofismo-materia-tecnica_0_1493050681.html el 12 de junio del 2015.

determinada. Una vez hecho esto, se establece una tarifa “techo”, que es el máximo que puede cobrar el operador. Esto permite que el operador pueda beneficiarse de la eficiencia de su propia gestión, e incentiva el ahorro (en unidades y en uso de combustible, por ejemplo). La ventaja más evidente es el incentivo que se le da al operador para que alcance una mayor eficiencia. Las desventajas están relacionadas con el sistema de fiscalización, lo cual se puede resolver mediante campañas de publicidad que incentiven que los mismos usuarios sean los que denuncien fallas en la calidad o continuidad del servicio.

El Plan de Sectorización del Transporte Público, propuesto varias veces a lo largo de las últimas 3 décadas, está concentrado en aumentar la eficiencia del sistema. El último plan propuesto fue avalado por el estudio Planificación Regional y Urbana de la Gran Área Metropolitana del Valle Central de Costa Rica ALA/2002/001-068. PLAN REGIONAL URBANO DE LA GRAN ÁREA METROPOLITANA 2008 – 2030. Este plan pretende reducir las unidades en circulación y al mismo tiempo aumentar la velocidad de traslado, lo cual es indudablemente un aumento drástico de la eficiencia del sistema. Si el objetivo es aumentar la eficiencia, es evidente que hay una necesidad de establecer un mecanismo de cálculo de tarifas que premie e incentive la eficiencia por parte del operador.

Mi tesis se trata de desmitificar la creencia, muy arraigada en el sector público costarricense, de que el servicio al costo es el método idóneo de cálculo de tarifas. A pesar de que ha promovido grandes avances en telecomunicaciones, electricidad y acceso al agua, en relación con el transporte público ha generado grandes problemas viales y de contaminación. El objetivo es generar un trabajo que presente una propuesta sólida para fundamentar el traslado del servicio al costo a un esquema de price cap, desde el punto de vista jurídico.

Ficha bibliográfica

Yglesias Mora, Manuel. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2016. vi, 124

Director: Dr. Román Solís Zelaya

Palabras claves: Transporte público, servicio al costo, fijación de tarifas, servicios públicos, derecho administrativo.

Introducción

Este trabajo se gestó para proveer de una herramienta de análisis sobre el principio de servicio al costo en el transporte público urbano. La idea surgió de la creciente problemática vial y urbana relacionada con el colapso de las vías, situación causada, entre otras cosas, por la deficiente planificación del transporte citado.

Este estudio tiene un objetivo principal, demostrar que el principio de servicio al costo no es necesario y debe ser revisado. Desde un punto de vista doctrinario, no hay razones de peso para considerar al principio como una necesidad en el esquema del servicio público, y desde un punto de vista de eficiencia, el servicio al costo no crea un ambiente favorable para que esta sea alcanzada. Esa es la hipótesis medular de este análisis.

Uno de los conceptos más importantes en la normativa actual del transporte público es el principio de servicio al costo, establecido en numerosas leyes y reglamentos relacionados. Este establece las reglas para la fijación de tarifas, las cuales tienen un impacto inevitable sobre la organización del sector.

El imperio de la ley establece las condiciones base para la redacción de los contratos y demás requisitos para el concesionario del transporte público. El principio de servicio al costo contiene la necesidad de respetar un marco que tiene un impacto en el funcionamiento del sistema de transporte público urbano (en adelante, *el sistema*), y este trabajo se da a la tarea de establecer un análisis de ese impacto, específicamente el impacto del marco jurídico relacionado con el servicio al costo sobre la eficiencia del transporte público.

El principio del servicio al costo (en adelante, *servicio al costo* o *el principio*) tiene una condición doctrinaria paradigmática en el ordenamiento costarricense. La poca discusión parece haber logrado una aceptación del término por parte, tanto de los concesionarios de como los funcionarios. Esto requiere de una especial objetividad al analizar, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, el origen normativo del principio.

El análisis de la dimensión teleológica del principio no puede ser enfrentado sin un detenido análisis, tanto del origen del principio mismo como de su presencia en la legislación y la jurisprudencia. Asimismo, se hace necesario revisar el concepto de *eficiencia* en el ordenamiento para establecer una definición estable. Es importante contar con una definición uniforme, si se pretende determinar el impacto de un principio jurídico sobre un elemento meta-jurídico como la eficiencia.

El crecimiento demográfico y la condensación de las poblaciones en el casco urbano crean situaciones muy delicadas, que sólo pueden ser manejadas con un planeamiento bien calibrado. El objetivo teleológico de este trabajo es brindar una herramienta para que, tanto los legisladores como los operadores jurídicos, cuenten con una herramienta para la monumental tarea de mejorar la estructura del sistema.

TÍTULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO

Servicio público

El primer concepto por analizar en este trabajo es el de servicio público. Este ha pasado por diversas modificaciones a lo largo de su historia, hasta llegar a la concepción jurídica actual en el Derecho costarricense.

El servicio público, definido desde el punto de vista de la doctrina costarricense, según lo que se desprende de entrevistas a personajes del Derecho costarricense como doña Marta Vinocur Fornieri

“El servicio público puede ser definido como una actividad de relevancia para una determinada sociedad o país que no es de interés económico para el sector privado y que se establece por imperativo de ley”.¹

Este concepto, como veremos, no es del todo coherente con la realidad de los mercados regulados.

Para la doctrina jurídica, el concepto de servicio público no es pacífico.

“Se ha escrito que “el concepto de servicio público”, además de no haberse perfilado ni siquiera sumariamente por la legislación, constituye uno de los más imprecisos

¹ Marta Vinocur Fornieri, entrevista con el autor, Escazú, San José, Costa Rica, Junio 10, 2014

*dentro del derecho público, pudiendo afirmarse que los conceptos de servicio público son tantos, como autores se han ocupado del mismo”.*²

Existen muchas versiones de la definición de servicio público. Algunos autores han realizado recopilaciones para buscar características comunes. De esta forma, intentan un término consensuado para abordar el problema de la definición. Incluso, se ha llegado a proponer la eliminación del término, por considerarse que no aporta en la diferenciación entre servicio público y otras actividades estatales, y que a partir del término no se ha alcanzado ninguna finalidad práctica o teórica.³

A pesar de esto, se puede expresar la siguiente definición:

Concesión de servicio público

La concesión de servicio público es un acto administrativo o contrato administrativo en el que el Estado delega una de sus potestades-deberes a un particular, para que opere un servicio específico en su nombre y buscando el interés colectivo mientras obtiene un beneficio económico. En la doctrina, el servicio público relacionado con el transporte público constituye la “...*gestión de un servicio público por un particular ajeno a la administración concedente*”.⁴

² Farrando Sarmiento García et al., *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*. (Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1994), pág. 1.

³ Ver *ibíd.*, pág. 1.

⁴ Roberto Dromi, *Renegociación y reconversión de los Contratos Públicos* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996), Pág. 69.ik

Regulación

La regulación no es simplemente la creación de normas e instituciones que supervisan ciertas actividades económicas, sino una actividad continua de seguimiento de una actividad⁵. Esto nos lleva a los fundamentos de dicha regulación. En este sentido, *“... el Estado interviene para actuar cuando verifica la incapacidad del mercado para lograr niveles de crecimiento económico y empleo altos y estables (motivo estabilidad), o cuando el mercado no puede dar lugar a distribuciones de la renta y la riqueza acordes con los niveles de equidad socialmente deseados (redistribución como motivo), o cuando se producen asignaciones ineficientes de los recursos entre los posibles usos alternativos (motivo eficiencia).”*⁶

Regulador

La figura del regulador está estrechamente ligada a los principios al cumplir por parte de la regulación especial de un sector. Su propósito es evitar variaciones excesivas del mercado, intervenir ante posibles distorsiones en el precio o el costo y, en general, garantizar un servicio que sirva a los intereses de su consumidor.

⁵ Santiago Muñoz, Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

⁶ Santiago Muñoz, Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

“La tarea principal del regulador es el control de los precios y la calidad del servicio, y también de asegurarse que los monopolistas residuales no sobrecarguen o hagan trampas en relación con la calidad del servicio provisto a los usuarios”.⁷

Asimismo, el regulador tiene un rol político, en el cual realiza un balance entre los intereses generales de la administración y los intereses específicos del sector regulado (el cual incluye tanto al mismo regulador, como a los usuarios y los operadores del servicio).

“A pesar de parecer suficientemente simple en la práctica, usualmente el rol del regulador es más complejo porque los gobiernos enfrentan una multiplicidad de objetivos. La eficiencia (estimular la reducción de los costos y el servicio al costo) y la equidad son sólo dos de los objetivos que buscan los gobiernos reformistas. Estos gobiernos también tienen fuertes preocupaciones fiscales y de distribución que quieren enfrentar mediante las reformas a los mercados regulados”.⁸

Eficiencia

El término de eficiencia está relacionado con la técnica. Para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *“La eficiencia completa desde el punto de vista de la ingeniería significa que el proceso de producción ha alcanzado la máxima capacidad*

⁷ Texto original: *“The main task of the regulator is to control prices and service quality and to make sure that the residual monopolists in the sector do not overcharge or cheat on the quality of service provided to the users”*. Antonio Estache y Ginés de Rus, Privatization and Regulation of Transport Infrastructure (Washington D.C.: Banco Mundial, 2000). Pág. 10.

⁸ Texto original: *“Though it seems simple enough in practice, it is often more complex because governments face a multiplicity of objectives. Efficiency (stimulating cost minimization and pricing at cost) and fairness are only two of the objectives reforming governments seek. They also have strong fiscal and distribution concerns they want to address through the reforms.”* Antonio Estache y Ginés de Rus, Privatization and Regulation of Transport Infrastructure (Washington D.C.: Banco Mundial, 2000). Pág. 10.

de producción que se puede alcanzar físicamente con la tecnología actual, y dada una cantidad limitada de insumos (Diewert y Lawrence, 1999). Las ganancias de la eficiencia técnica son, entonces, un movimiento hacia las “mejores prácticas”, o la eliminación de ineficiencias técnicas u organizativas. No toda forma de eficiencia técnica tiene sentido económico, y esto está dimensionado por la noción de eficiencia alcativa, la cual implica la maximización de las ganancias por parte de la empresa. Es notable que cuando la medición de productividad está enfocada a nivel de una industria, las ganancias por eficiencia pueden ser causadas por una mejora en la eficiencia de los establecimientos individuales que constituyen la industria, o a un cambio en la producción hacia establecimientos más eficientes”⁹.

Transporte público

“Se definen de esta manera los sistemas de transportación que operan con rutas y horarios predeterminados, y que pueden ser utilizados por cualquier persona a cambio del pago de una tarifa previamente establecida... además puede clasificarse como transporte individual cuando un vehículo sirve a una persona o grupo organizado de usuarios que viajan a un mismo destino o bien de transporte grupal cuando traslada a personas sin ninguna relación entre sí y con destinos diferentes”¹⁰.

⁹ Measuring Productivity Manual (París, Francia: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2001, <https://www.oecd.org/std/productivity-stats/2352458.pdf>).

¹⁰ Rafael Solano, Análisis del corredor de Pavas para la mejora del servicio de transporte público. (San José: Universidad de Costa Rica, Trabajo Final de Graduación, Facultad de Ingeniería, Escuela de Ingeniería Civil, 2013), p. 8.

El servicio de transporte público se divide en varios tipos de servicios que se presentan en el sistema, y que pueden ser categorizados según su localización. En este sentido, están las rutas urbanas, que cubren el servicio de la ciudad, y las rutas suburbanas y regionales, en las que se permiten altas velocidades en pocas paradas a lo largo del trayecto. En este trabajo nos enfocamos principalmente en las rutas urbanas y suburbanas. Los componentes físicos del transporte público están constituidos por el vehículo (unidades de transporte), la infraestructura (derecho de vía, paradas y estaciones, garajes, talleres, sistemas de control y suministro de energía) y la red de transporte (rutas de los sistemas colectivos).

En cuanto a las características, hay dos vertientes, la del operador, o el punto de vista del prestatario, en el cual se incluye el establecimiento de horarios, la asignación de jornadas de trabajo y roles, la supervisión y operación diaria de unidades, la recolección de la tarifa y el mantenimiento. Desde el punto de vista del usuario, este es un usuario cautivo, eventual o potencial, que ve el transporte por medio de elementos como la calidad del servicio, la información proporcionada, el precio, entre otros.

Es importante traer a colación el término del intervalo del servicio de transporte, que expresa el tiempo que transcurre entre la salida de dos vehículos de la misma ruta de transporte, expresada usualmente en minutos, definida como el número de unidades que pasan por un punto dado en la ruta durante un período establecido previamente. Unido a

esto, se toma en cuenta la capacidad, la cual representa el total de personas que pueden viajar por unidad, considerando el total de asientos y los espacios para viajar de pie¹¹.

Contrato de concesión de servicio público

Concesión de servicios como el contrato de la administración, mediante el cual la entidad pública encargada de asegurar el acceso a determinado servicio, acuerda con un tercero su prestación temporal, delegando las potestades administrativas así como las responsabilidades y riesgos relacionados, todo bajo el régimen jurídico administrativo¹².

Asimetría en la información

La asimetría en la información ocurre en la fiscalización del servicio, en tanto que la empresa siempre tendrá la información más veraz en cuanto a su propia operación, por lo que se tendrá una menor certeza de la veracidad de los datos en la medida en que sean aportados por la misma compañía.

“... en la medida en que el regulador usa información facilitada por la empresa y por tanto no siempre es posible saber si los datos disponibles están manipulados. En el mismo sentido, la valoración de los costes de depreciación es problemática, porque

¹¹Rafael Solano, Análisis del corredor de Pavas para la mejora del servicio de transporte público. (San José: Universidad de Costa Rica, Trabajo Final de Graduación, Facultad de Ingeniería, Escuela de Ingeniería Civil, 2013), pp. 8-11.

¹² Contratos Administrativos - Contratos Especiales - Tomo II (Buenos Aires : Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1982). Pág. 134

si una parte de ellos están causados por decisiones de inversión erróneas no deberían ser considerados para medir la rentabilidad empresarial”¹³.

Modelo econométrico

La figura del modelo econométrico proviene del artículo 15 del Reglamento de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, la que advierte:

“Artículo 15.-Uso de modelos para fijar precios, tarifas y tasas. Para fijar los precios, tarifas y tasas, la ARESEP utilizará modelos que consideren, como un todo, a la industria de que se trate. Esos modelos serán aprobados por la ARESEP de acuerdo con la ley”.

El modelo econométrico es el modelo elegido por la ARESEP, el cual contempla una serie de variables relacionadas con el costo y las características de la ruta, para determinar el precio del servicio¹⁴.

¹³ Alejandro Estruch Manjón et al. Economía y Regulación de los Servicios de Red en Derecho de la Regulación (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

¹⁴ Ver Voto 24-2013 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I.

TÍTULO SEGUNDO

ESTADO DE LA CUESTIÓN

Capítulo primero: Antecedentes

a. El Estado moderno

El concepto moderno de Estado no es antiguo. A pesar de que su evolución ha sido vertiginosa y de que la discusión de sus elementos ideológicos ha suscitado guerras y gigantescos cambios en la sociedad, la noción moderna del Estado es relativamente joven. Apenas antes de 1789, el Estado era el Rey, y su autoridad era absoluta e incuestionable. El jurista Jorge Enrique Romero Pérez le llama “antiguo régimen” a esa época en la que la noción de servicio público no existía.

“En él se desconoce la idea del servicio público. Rige la idea de que el gobernante es el Estado, y de que no responde de su gestión ante los particulares. El Rey manda a su modo y no está subordinado a ley alguna¹⁵”.

La Revolución Francesa trae el fin de esta sociedad con una jerarquización aristocrática, y la reemplaza por una sociedad en la que el poder es económico. Esto lleva a la cima de la cúspide social a los comerciantes y empresarios, los cuales se convierten en los detentadores del poder. Este nuevo régimen se preocupaba por la fundamentación de sus

¹⁵ Jorge Romero. Apuntes sobre el Servicio Público (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1978), p. 13.

estructuras, los ideales de justicia y bienestar y, por encima de todo, la seguridad jurídica necesaria para fomentar la libertad económica.

“Forja, así, lo que se da en llamar el Estado de derecho, mediante el cual quien ejerza el Poder Ejecutivo, se ve constreñido por la ley. Es esta la instancia suprema que regula la actividad global del Estado”.

Este Estado de derecho estaría regido por la razón, y sus decisiones debían ser fundamentadas y discutidas. La experiencia en este tipo de conflictos fue gestando los principios generales de lo que es ahora conocido como Derecho Administrativo.

El Estado se fue paulatinamente transformando en lo que es ahora, una organización colectiva en busca del bien común de sus miembros. Este bien común varía de lugar en lugar, y no es estático. El que regía la Francia de la Revolución no es el mismo que el que busca la Costa Rica actual.

b. Arrets Blanco y Terrier.

La noción de servicio público nace en Francia, directamente de la necesidad de ordenar un asunto específico de responsabilidad civil del Estado. El llamado *arret* Blanco es una célebre decisión judicial que dio origen al Derecho Administrativo francés.

“Este “arret”, (sic) se refería a lo siguiente: la empleada, Inés Blanco de la fábrica estatal de tabacos de Burdeos, sufrió un accidente en su trabajo. El Tribunal de Conflictos debía decidir sobre la competencia del Estado, es decir, del servicio público. El mismo afirmó que los litigios por causa de los servicios públicos cualquiera

que sea su objeto (sic), quedan sustraídos a los tribunales ordinarios y sujetos a régimen jurídico administrativo; precisando que la responsabilidad del Estado no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil, ya que tiene sus reglas especiales, que cambian según las necesidades del servicio y de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.¹⁶”

Los conceptos de servicio público y derecho administrativo comparten un origen, gestado desde una necesidad de delimitar la jurisdicción necesaria para tener al Estado como parte en un asunto de responsabilidad patrimonial. Esta delimitación continuó su desarrollo con subsiguientes decisiones judiciales. Al inicio, el *arret* Blanco establece una jurisdicción especial para los asuntos de daños y perjuicios contra la esfera estatal, “... *sin embargo, aquellas orientadas contra la administración local y establecimientos públicos se mantenían atribuidas a los tribunales ordinarios. Con el arret Terrier, se elimina esta división, y todas las querellas se ventilan en la jurisdicción administrativa¹⁷”.*

El citado *arret* Blanco es de 1873. La evolución del concepto de servicio público es constante, dada su relativa novedad en la doctrina jurídica internacional.¹⁸

¹⁶ Jorge Romero. Derecho Administrativo General (San José: EUNED, 2009), p. 83.

¹⁷ Jorge Romero. Derecho Administrativo General (San José: EUNED, 2009), p. 84.

¹⁸ Texto original: “*Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés;...*” Francia. Tribunal des Conflits (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Blanco (00012). Sentencia del 8 de febrero de 1873 (consultado el 6 de abril del 2015).

Desde sus inicios, el concepto de servicio público evolucionó en contraste con el principio de derecho privado. Incluso, en el *arret Terrier*, se afinó aún más la delimitación jurisdiccional, trascendiendo del elemento objetivo y limitándolo¹⁹.

“También, cabe destacar el hecho de que el comisario indicado, Romieu, se refirió a la diferencia que estableció Maurice Hauriou, relativa a los actos de gestión, que aunque ya contenida en el arret Blanco, este comisario la amplía, al decir que todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos generales o locales, constituye una operación administrativa, que por naturaleza corresponde a la jurisdicción administrativa, salvo si el Estado o las entidades locales actúan en las mismas condiciones que un mero particular, en cuyo caso, están sujetos a las mismas reglas y jurisdicción que este.”²⁰

El servicio público entrañaba la necesidad de una jurisdicción especial, con reglas específicas dirigidas a alcanzar un balance entre la potestad de imperio del Estado y el interés de los particulares. Esto se hizo necesario por la diversidad de actividades industriales que ejercía el Estado y las nuevas relaciones jurídicas que esto generaba. El proceso de cambio experimentado por el concepto es causado por la misma transformación del concepto de Estado, el cual se iba convirtiendo en servidor de la ciudadanía. Así, la idea de servicio público ha servido de base para *“...dar un nuevo*

¹⁹ Extracto: *“...en vue de l'incompétence du conseil de préfecture, des conclusions directes devant le Conseil d'Etat pour être statué sur le bien-fondé de sa réclamation; Considérant qu'étant donné les termes dans lesquels a été prise la délibération du conseil général allouant des primes pour la destruction des animaux nuisibles et a été voté le crédit inscrit à cet effet au budget départemental de l'exercice 1900, le sieur X... peut être fondé à réclamer l'allocation d'une somme à ce titre ; que du refus du préfet d'admettre la réclamation dont il l'a saisi il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître et dont ce conseil est valablement saisi par les conclusions subsidiaires du requérant;...”* Francia. *Conseil d'Etat statuant au contentieux*. (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Terrier (07496). Sentencia del 6 de febrero de 1903 (consultado el 8 de abril del 2015).

²⁰ Jorge Romero. *Derecho Administrativo General* (San José: EUNED, 2009), p. 84.

fundamento a la legitimación del Estado, que viene así caracterizado ya no por su poder de mando en relación de los ciudadanos (sic) (la puissance public) sino, en cambio, por su estar al servicio de los ciudadanos²¹”.

El *arret Vosges* del Consejo de Estado del 31 de julio de 1912, se agrega un método de calificación para la aplicación de la jurisdicción administrativa, el de la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común²². Esto significa que no sólo se debe investigar la capacidad en la que el Estado se obliga, sino que también es necesario determinar si existen, dentro de una relación comercial, cláusulas exorbitantes del derecho común. Estas estipulaciones exorbitantes son cláusulas que están fuera del rango de normas de igualdad entre las partes de un contrato, y le dan a una de las partes ventajas o condiciones de superioridad. En el derecho privado son ilegales, a menos que una de las partes sea efectivamente el Estado o un sujeto privado en representación del Estado. En ambos casos, al aplicarse la jurisdicción administrativa, las situaciones se resuelven con base en reglas diferentes a las del derecho privado. Esto se hace necesario al existir una inherente inequidad entre las partes contratantes.

A raíz del *arret Blanco*, varios juristas franceses se dieron a la tarea de proporcionar análisis y definiciones uniformes, dándole forma al Derecho Administrativo. Esta fundamentación normativa fue pionera en Europa, lo cual no impidió que surgieran

²¹ Dominico Sorace. El Estado y los servicios públicos, la perspectiva europea (Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006), p. 16.

²² Extracto: “*Considérant que le marché passé entre la ville et la société, était exclusif de tous travaux à exécuter par la société et avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ; qu'ainsi ladite demande soulève une contestation dont il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître ; que, par suite, la requête de la société n'est pas recevable;...*” Francia. Conseil d'Etat statuant au contentieux. (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Vosgues (30701). Sentencia del 31 de julio de 1912 (consultado el 8 de abril del 2015).

corrientes similares (e independientes) en otros países. Sin embargo, el Derecho Costarricense definitivamente se inclina más por la utilización de los términos de la doctrina francesa, llamada *service public "à la française"*. A continuación, hago una reseña de los aportes más relevantes de esa discusión.

c. León Duguit.

Para León Duguit, toda la actividad del Estado constituye servicio público. Para él, la dimensión Administración-Administrado debe verse como una relación de obligaciones de prestación por parte de la administración a sus administrados. El Estado se halla al servicio de los ciudadanos. Para Duguit, la concepción misma de la soberanía nacional está obsoleta, y la reemplaza por una noción del Estado como mero coordinador de servicios públicos.

El autor francés Duguit conceptualiza al Estado como la cooperación de servicios públicos, simplificando la definición a la máxima pureza conceptual.²³ En esta visión, el Estado es meramente un coordinador de los servicios requeridos a su estructura por parte de la ciudadanía.

Duguit razona que el Estado moderno requiere de una tecnificación que sobrepasa la concepción de la soberanía. Una fundamentación existencial del Estado como prestador de servicios requeridos por la población en general es el concepto que se traduce de esta forma de pensamiento. *"En opinión de Duguit el servicio público se define como: "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los*

²³ Dominico Sorace. El Estado y los servicios públicos, la perspectiva europea (Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006), p. 16.

*gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”.*²⁴

Duguit representa la noción en gestación, con una pureza conceptual quizás demasiado rígida para un concepto en tan rápida evolución. Sin embargo, es de notar que muchos de sus escritos han sido recuperados por la doctrina europea más reciente en la consolidación del concepto de Estado como prestador de servicios a sus ciudadanos.²⁵

d. Gastón Jèze

Gastón Jèze suaviza la posición de Duguit debilitando la noción rígida de un Estado prestador de servicios públicos. En lugar de esto, se limita a precisar que, para el ordenamiento, es *“... un procedimiento por medio del cual se satisfacen necesidades de interés general, a través de la utilización de un régimen jurídico especial, estos son susceptibles de modificarse en cualquier momento, esto con el fin de la protección permanente del interés general,...”*²⁶

Jèze no contradice la noción conceptual de Duguit de un Estado cuyo sentido existencial es prestar servicios a la población, pero la suaviza, incorporando la posibilidad de que en cualquier momento se realicen cambios al sistema, con el objetivo de defender el interés general de forma permanente. El régimen, según Jèze, se caracteriza por la subordinación

²⁴ Jorge Murillo y Juan Pablo Salguero. Deficiencias y limitaciones en el modelo de regulación tarifario de los servicios públicos competencia de la ARESEP (San José: Trabajo Final de Graduación, Universidad de Costa Rica, 2003), p. 17.

²⁵ Dominic Sorace. El Estado y los servicios públicos, la perspectiva europea (Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006), p. 16.

²⁶ Dominic Sorace. El Estado y los servicios públicos, la perspectiva europea (Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006), p. 19.

de los intereses privados al interés general. La organización del servicio puede ser modificada en aras de encontrar una satisfacción más plena del interés general.²⁷

e. Maurice Hauriou

Este jurista trajo a la luz la diferenciación entre la *puissance public* y el interés general. La *puissance public* es el poder estatal en su dimensión de Estado depositario de potestades de la colectividad, mientras que el interés general es el interés mismo, separado de la influencia de poder ejecutivo del Estado.

Hauriou también se aventura a una distinción entre los actos de autoridad y los actos de gestión, partiendo de la teoría de la *puissance public*.

“En el acto de autoridad, la administración pública emergía al campo del derecho como poder público, en razón de aquella posición superior dentro de la sociedad que le otorgaba el ejercicio de su potestad. En el acto de gestión, por el contrario, la administración pública no hacía uso de prerrogativa pública alguna, caminaba por el terreno normal de las transacciones particulares y se desenvolvía como un individuo cualquiera²⁸”.

f. Arrets bac de Eloka y Naliato

²⁷ Dominic Sorace. El Estado y los servicios públicos, la perspectiva europea (Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006), p. 20.

²⁸ R. Pantoja. El Derecho Administrativo: Clasicismo y modernidad (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994) de, p. 65.

La gestión mixta de los servicios públicos como concepto jurisdiccional y normativo surgió poco después, en el *arrets* bac de Eloka. En este, se ventiló un conflicto de daños por parte del propietario de un transbordador portuario en contra de la colonia francesa de Costa de Marfil, la cual operaba el servicio de trasbordo. El *arret* determinó que la colonia no estaba actuando en sus atribuciones de *puissance public*, sino que estaba actuando como una compañía privada. En razón de esto, la cuestión debía ser zanjada en los tribunales ordinarios, no en la jurisdicción administrativa²⁹. Es interesante porque ya vemos al Estado actuando como sujeto privado. La figura fue denominada “servicios públicos comerciales o industriales”³⁰ El *arret* Naliato acuña por primera vez el término de servicios públicos sociales. El señor Naliato había sufrido un accidente en una colonia de vacaciones organizada por un establecimiento público, ante lo cual el Tribunal de Conflictos, un 4 de julio de 1985, decidió que era competente la jurisdicción ordinaria en vista de que las relaciones con los usuarios eran privadas.³¹ A pesar de las algunas diferencias con el sistema costarricense, lo importante es notar que fue muy recientemente que el Derecho se encargó de establecer diferentes vías jurisdiccionales para regular situaciones en las

²⁹ Extracto: “...d'autre part, qu'en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte-d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire ; que, par suite, en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué, que celui-ci ait eu pour cause, suivant les prétentions de la Société de l'Ouest africain, une faute commise dans l'exploitation ou un mauvais entretien du bac...” Francia. Tribunal des conflits (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso bac de Eloka (00706). Sentencia del 22 de junio de 1921 (consultado el 8 de abril del 2015).

³⁰ Jorge Romero. Derecho Administrativo General (San José: EUNED, 2009), p. 85.

³¹ Extracto: “Considérant que le déclinatoire de compétence présenté le 26 janvier 1982, par le préfet, commissaire de la République de la Haute Corse, a été remis au procureur général près la cour d'appel de Bastia avant que la cour d'appel n'ait statué ; que c'est à la suite d'une erreur non-imputable à l'administration que la cour d'appel a omis de statuer sur ce déclinatoire, tout en se prononçant, par ailleurs, sur sa compétence ; qu'il en résulte que l'arrêté de conflit élevé par le préfet est recevable ; Cons. que le village de vacances de Caprone, qui appartient à la commune de Puteaux, a été créé par une délibération du conseil municipal qui en assure l'organisation et le fonctionnement ; qu'il ne possède pas de personnalité juridique distincte de celle de la commune et constitue un service public, directement placé sous l'autorité du maire ; que, dès lors, les juridictions de l'ordre administratif sont seules compétentes pour connaître des litiges nés des conditions de son fonctionnement ;...” Francia. Tribunal des Conflits (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Naliato (02306). Sentencia del 4 de julio de 1983 (consultado el 8 de abril del 2015).

que la administración actúa como un sujeto privado. La evolución de los principios mismos del Derecho Administrativo está en constante evolución, siguiendo la línea del bien común que persigue la sociedad en la que son evaluados y aplicados.

g. Principios clásicos del servicio público (según Romero Pérez)

El jurista costarricense Jorge Enrique Romero Pérez identifica 4 principios clásicos del servicio público, a partir de la doctrina francesa, los cuales pueden ser correlacionados con los principios aplicados en Costa Rica por la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

i. Principio de continuidad

El principio de continuidad es, en principio, tan simple como su nombre expresa: el servicio público debe respetar una continuidad temporal ininterrumpida. Al ser brindado por el Estado como un bien de interés público, es decir, al ser el servicio público considerado una actividad económica obligatoria para el Estado y con una protección especial por parte de la legislación, es imperativo que no deje de prestarse por ningún motivo.

Fue mencionado en el *arret Winkel*, del Consejo de Estado, de 1909, en el cual se afirma que la continuidad es esencial al servicio público, y en caso de verse interrumpido, debe restablecerse de inmediato³².

Esta continuidad se debe lograr por los medios al alcance de la administración, lo cual significa que el Estado realizará las acciones e intervenciones necesarias para cumplir este principio.

Esta continuidad espacial es un concepto jurídico, y como tal es importante adaptarlo a la realidad, aunque en sí no admite errores ni interrupciones, mientras que la realidad es impredecible.

“Asimismo, dentro de este principio citado, de la continuidad, es necesario que la administración intervenga para asegurar que el servicio público se preste efectivamente. Se trata, pues, de otro modo de intervención estatal. Se tiende así, a lograr el funcionamiento regular y puntual de este servicio³³”.

El principio de continuidad es considerado como constitucional rector del servicio público, según la Sala Constitucional:

³² Extracto: *“Considérant que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par l'application de la loi pénale ; que, par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale. Qu'en se mettant en grève les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration ; que, dans le cas d'abandon collectif ou concerté du service public, l'administration est tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats;”* Francia. Conseil d'Etat statuant au contentieux. (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Winkel (37317). Sentencia del 7 de julio de 1909 (consultado el 8 de abril del 2015).

³³ Jorge Romero. Apuntes sobre el Servicio Público (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1978), p. 19.

“La continuidad supone que la prestación de los servicios no se debe interrumpir, diversos mecanismos jurídicos del ordenamiento administrativo pretenden asegurar este principio, tales como la prohibición de la huelga y de paro en los servicios públicos esenciales, la teoría de la imprevisión para hacerles frente a los trastornos económicos que pueden suspender o paralizar los servicios públicos, el carácter inembargable de los bienes dominicales destinados a la prestación de un servicio público, etc.. Cualquier actuación –por acción u omisión- de los funcionarios o imprevisión de estos en la organización racional de los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica³⁴”. (SC 7532/2004 de 13 julio).

En concordancia con lo analizado a partir del trabajo de Romero Pérez, la Sala Constitucional acuña el principio de continuidad en los mismos lineamientos doctrinarios de su antecedente en el derecho francés. Incluso hace la mención de la necesidad tanto del ordenamiento como de los funcionarios de hacer lo que esté a su alcance para garantizar la continuidad de los servicios públicos.

Capítulo Segundo. Principio de igualdad

El principio de igualdad es más un principio de no discriminación. Originado en la Revolución Francesa y rodeado de altos ideales de amor fraterno entre todos los seres humanos, la concepción de la igualdad contenía un elemento práctico clarísimo, *todos los ciudadanos son iguales ante la ley*. En este sentido, también surge la igualdad de una

³⁴ Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (versión electrónica - base de datos SCIJ). Sentencia 7532/2004, de 13 de julio de 2004 (consultado 9 de abril del 2015).

ficción jurídica de la *igualdad ante la ley*. Respetando la única individualidad de cada ser humano, se crea un concepto de que la ley no podrá favorecer más a un ciudadano que a otro en igualdad de condiciones. Esa igualdad de condiciones y ese favorecimiento son determinados por la estructura normativa, dirigida siempre hacia la aplicación de la ley de forma uniforme.

Para efectos del servicio público, el principio de igualdad se limita a componer un principio de no discriminación, en el que en igualdad de condiciones, no se le puede negar a nadie el servicio.

“Con esta idea se quiere decir, que el servicio público se debe dar a los ciudadanos “neutralmente”, sin referencia a criterios discriminadores, violadores de la ley y del principio de tratamiento en pie de igualdad a los ciudadanos...³⁵”.

El concepto mantiene aún sus características principales en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

“La igualdad o universalidad en el acceso demanda que todos los habitantes tienen derecho a exigir, recibir y usar el servicio público en igualdad de condiciones y de conformidad con las normas que los rigen, consecuentemente, todos los que se encuentran en una misma situación pueden exigir idénticas ventajas³⁶”. (SC 7532/2004 de 13 julio).

³⁵ Jorge Romero. Apuntes sobre el Servicio Público (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1978), p. 20.

³⁶ Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (versión electrónica - base de datos SCJ). Sentencia 7532/2004, de 13 de julio de 2004 (consultado 9 de abril del 2015).

Asimismo, el principio de *regularidad* invocado por los magistrados constitucionales parece entrar dentro del espectro de la igualdad. Para que todos sean tratados de la misma forma ante la ley, es necesario que las leyes tiendan a esa regularidad, es decir, que el marco jurídico se encargue de lograr resolver o prevenir conflictos sin otorgar privilegios exorbitantes.

“La regularidad implica que el servicio público debe prestarse o realizarse con sujeción a ciertas reglas, normas o condiciones preestablecidas³⁷”. (SC 7532/2004 de 13 julio).

Este “principio rector del servicio público” que los magistrados proponen como “regularidad” parece hacer un traslape conceptual entre todos los términos. Con “regularidad” no se refieren a la continuidad del servicio.

“No debe confundirse la continuidad con la regularidad, el primer concepto supone que debe funcionar sin interrupciones y el segundo con apego a las normas que integran el ordenamiento jurídico³⁸”. (SC 7532/2004 de 13 julio).

La regularidad puede ser vinculada al principio general de respeto al ordenamiento, y por lo tanto, no agrega al concepto. Es evidente que el ordenamiento debe ser respetado, desde el punto de vista del concepto mismo de la ley.

Capítulo tercero. Principio de adaptación

³⁷ Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (versión electrónica - base de datos SCIJ). Sentencia 7532/2004, de 13 de julio de 2004 (consultado 9 de abril del 2015).

³⁸ Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (versión electrónica - base de datos SCIJ). Sentencia 7532/2004, de 13 de julio de 2004 (consultado 9 de abril del 2015).

El principio de adaptación requiere que el Estado tome las acciones necesarias para que el servicio público se desenvuelva de la mejor forma posible, atendiendo a posibles cambios en circunstancias materiales o sociales. La adaptabilidad se refiere directamente al ordenamiento, es decir, el principio establece una obligación, por parte de los funcionarios del Estado, de realizar las modificaciones legales tendientes a mantener la vigencia del servicio a lo largo del tiempo. El principio es general, por lo que cualquier limitación o interpretación puede ser variada posteriormente. Lo importante de este principio es su lógica intrínseca. Es imposible pensar en un servicio cuya continuidad es ininterrumpida que al mismo tiempo no requiera una constante y continua adaptación. Como habíamos expresado anteriormente, la legislación establece ficciones jurídicas que son alcanzables sólo mediante procedimientos que permitan una flexibilidad suficiente para adaptarse y amoldarse a una realidad que es siempre impredecible.

“... DE SOTO, analiza por separado esta idea de la modificación adaptativa. Califica este principio como una aplicación del principio de continuidad. En el fondo, se trata de lo mismo, ya se habla de corolario o de aplicación.

De acuerdo con DE SOTO, este principio se aplica en dos casos:

- i) cuando cambia el hecho o las circunstancias en que el servicio público operaba; o,*

- ii) *cuando varía el derecho o la norma reguladora del ejercicio de determinado servicio.*³⁹

Este principio de adaptación propone una necesidad por parte de la administración de adecuar la regulación en aras del cumplimiento óptimo del fin público perseguido, lo cual se traduce también en la potestad administrativa de variar las condiciones que regulan el servicio.

“A su vez Maurice HAURIUO, en el comentario que hace a la sentencia Etat c/Ville (sic) de Tolouse, expresa que “debe reputarse un principio de interpretación que las partes en un contrato administrativo, especialmente el particular, han aceptado las posibilidades de modificación que el interés público puede hacer sufrir a las condiciones originarias de la operación administrativa y, por consiguiente, del contrato mismo, que no es otra cosa que un incidente de la misma”⁴⁰”.

Esta flexibilidad es necesaria para que la administración pueda cumplir sus fines. Esta flexibilidad puede considerarse como una discrecionalidad del funcionario, el cual cuenta con una capacidad de elección limitada por la esfera poder-deber de la administración.

Capítulo cuarto: Principio de gratuidad

El principio de gratuidad es muy de vital importancia para este trabajo, al constituir el concepto precursor del principio de servicio al costo. Esto porque se relaciona con un

³⁹ Jorge Romero. Apuntes sobre el Servicio Público (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1978), p. 21.

⁴⁰ Jorge Romero. Apuntes sobre el Servicio Público (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1978), p. 21.

concepto jurídico indeterminado. Si la gratuidad fuera absoluta, no habría discusión sobre el modelo tarifario, pero este no es el caso.

Antes de la aparición del Derecho Administrativo, los servicios públicos eran una potestad del soberano, algo así como un favor que le hacía a su pueblo.

“En la concepción del Estado-gendarme, el cual intervenía en la economía solo en lo estrictamente necesario y en aquellas zonas en las que los empresarios privados no deseaban participar con fines de lucro, los servicios públicos que daba la administración eran, prácticamente, gratuitos. Al ampliarse la zona de los servicios públicos y con ello la intervención estatal en el sistema económico, configurando así el denominado “Estado empresario”, el usuario se ve obligado a pagar el servicio, aunque sea en una parte del costo efectivo del mismo. En aquel Estado-gendarme lo esencial venía dado por las tareas a él asignadas de la defensa nacional, la administración del derecho y las funciones de policía. Al asumir, el Estado aquellas labores económicas y sociales que el empresario privado desatiende, ya sea por no remunerativas o por otra razón, da lugar a los servicios públicos tradicionales⁴¹”.

La gratuidad del servicio público es relativa. Antes del régimen de derecho administrativo, el Estado gendarme proporcionaba lo que ahora se denomina “servicios existenciales”, tales como la autoorganización y reunión de medios, servicios militares y diplomáticos, regulación de los derechos y actividades complementarias y la resolución de conflictos⁴².

Esto cambió paulatinamente, y se desarrolló la necesidad tanto de transferir la carga del

⁴¹ Jorge Romero. Apuntes sobre el Servicio Público (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1978), p. 23.

⁴² Farrando Sarmiento García et al., *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*. (Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1994), p. 6-9.

costo del servicio a los usuarios. Esta carga se puede transferir por medio de la carga tributaria o por medio de la tarifa⁴³.

Continuando con la correlación planteada entre los principios clásicos de los servicios públicos y los principios citados en la jurisprudencia nacional, la tutela constitucional equipara el principio de gratuidad a un principio de eficiencia, relacionado con los costos de operación del servicio. Sin embargo, se debe advertir que la Sala Constitucional no enumera este principio como específico de los servicios públicos, sino como uno de los principios constitucionales del funcionamiento de la administración.

“La Constitución Política, en su parte orgánica, recoge o enuncia algunos principios rectores de la función y organización administrativas, que como tales deben orientar, dirigir y condicionar a todas las administraciones públicas en su cotidiano quehacer. Dentro de tales principios destacan la eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad (artículos todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas’, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de buena marcha del Gobierno ’y el 191 al recoger el principio de eficiencia de la administración’). Estos principios de orden constitucional, han sido desarrollados por la normativa infraconstitucional, así, la Ley General de la Administración Pública los recoge en los artículos 4°, 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, y manda que deben orientar y nutrir toda organización y función administrativa. La eficacia como

⁴³ Jorge Romero. Apuntes sobre el Servicio Público (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1978), p. 24.

principio supone que las organizaciones y la función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligada a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2º, de la Constitución Política). La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros⁴⁴”. SC 5995/2012 de 11 de mayo).

Sin embargo, entre los principios rectores de los servicios públicos, específicamente, no enumera la Sala Constitucional ni la eficiencia, ni la gratuidad, ni el servicio al costo. En lugar de esto, se establece un derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos.

“Nuestra constitución política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, célere, eficaz y eficiente. Esta última obligación se desprende de la relación sistemática de varios preceptos constitucionales, tales como el 140, inciso 8, el cual le impone al Poder Ejecutivo el deber de ³Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y

⁴⁴ Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (versión electrónica - base de datos SCIJ). Sentencia 5995/2012, de 11 de mayo de 2012 (consultado 10 de abril del 2015).

dependencias administrativas', el 139, inciso 4), en cuanto incorpora el concepto de 'buena marcha del Gobierno' y el 191 en la medida que incorpora el principio de 'eficiencia de la administración'⁴⁵". SC 5995/2012 de 11 de mayo).

Es evidente que existe una concordancia de nuestro derecho constitucional en relación con los primeros tres principios; sin embargo, cuando se trata del principio de gratuidad, que versa sobre la materia de aplicación de tarifas, se pierde la determinación conceptual y se utilizan conceptos jurídicos indeterminados como la eficiencia para delimitar el concepto.

⁴⁵ Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (versión electrónica - base de datos SCIJ). Sentencia 5995/2012, de 11 de mayo de 2012 (consultado 10 de abril del 2015).

TÍTULO SEGUNDO

Historia del principio de servicio al costo en el marco del régimen del servicio público en Costa Rica.

Capítulo primero. El servicio público en el Estado Liberal

La aparición de los primeros servicios públicos se dio en el Estado Liberal (1870-1928), y surgieron por iniciativa privada, gracias al interés del Estado en encontrar empresas (usualmente extranjeras) que pudieran brindar los servicios públicos de los que gozaban las ciudades más cosmopolitas del mundo. En este sentido, el Estado se encargó de la construcción de caminos, alcantarillados, saneamiento de las poblaciones, alumbrado y electrificación. Estas labores de infraestructura eran sufragadas por el Estado, y su costo se pagaba mediante ventas de tierras del Estado o impuestos. En consonancia con los principios del Estado liberal, la prioridad estatal era invertir en proyectos de servicios básicos.

Para lograr la satisfacción y construcción de estas obras, la llamada “Generación del Olimpo” otorgó diversas concesiones a empresas privadas para explotar y operar servicios públicos, como la producción y distribución de la energía eléctrica y motriz. La primera compañía eléctrica de Costa Rica es de 1883, y se inició con capital nacional. La Compañía Eléctrica de Costa Rica, “...que iluminaría un pequeño sector de San José el 9 de agosto de

1884, siendo la segunda ciudad en América, después de Nueva York en contar con este servicio⁴⁶”.

Este desarrollo veloz de los servicios públicos se dio gracias a un Estado preocupado por mantener al país en la cúspide del desarrollo tecnológico mundial, y para su ejecución se requería de convenios con operadores privados, que eran los que tenían la capacidad financiera y tecnológica para desarrollar este tipo de servicios.

El Estado se encargaba de construir la infraestructura y después la concesionaba a un operador privado para que brindara el servicio, de acuerdo con el modelo liberal. Al inicio, eran las municipalidades las encargadas de contratar el servicio de suministro del servicio de alumbrado eléctrico, y establecían contrataciones que debían ser aprobadas por el Ejecutivo. La infraestructura era costeadada por el Estado, pero el suministro en sí debía ser financiado de alguna forma más sostenible, por lo que se decidió cobrar un impuesto de alumbrado eléctrico, relacionado con la propiedad que recibía el servicio.

Capítulo segundo: El Servicio Nacional de Electricidad

Con los años, la regulación insuficiente causó deficiencias en los servicios públicos (principalmente de suministro eléctrico), lo cual generó un debate nacional que desembocó en la Ley 77, la cual nacionalizó las fuerzas eléctricas que pudieran obtenerse de las aguas de dominio público en el territorio de la República o de cualquier otra fuente

⁴⁶ P. Rodríguez. Desarrollo y Regulación de los Servicios Públicos en Costa Rica (San José: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2000), p. 36.

de energía. Dichas fuerzas fueron declaradas inalienables y del dominio del Estado. Esa misma ley decretó la fundación del Servicio Nacional de Electricidad⁴⁷.

Este organismo tenía la facultad de otorgar concesiones de fuerza eléctrica y contaba con la potestad-deber de adquirir, construir plantas eléctricas y encargar los estudios eléctricos y de contratos vigentes o por realizarse.

La entidad era al mismo tiempo precursora del Instituto Costarricense de Electricidad (de ahora en adelante, ICE) y de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (en adelante, ARESEP). Esta cuenta con facultades generales de supervisión, las cuales son numerosas y tiene jurisdicción sobre un amplio espectro de la oferta del servicio público⁴⁸, mientras que al ICE se le encargan labores más relacionadas con la generación eléctrica y el suministro de diversos servicios públicos⁴⁹.

El clima político y económico de esa época era propicio para una guerra abierta entre el Gobierno y las empresas eléctricas, las cuales ya para 1929 estaban en proceso de formalizar una fusión. En este sentido, el poder público expresaba una constante preocupación ante los intentos de las compañías por evadir la voluntad de tanto legisladores como gobernantes, de no permitir la monopolización y el abuso. El 27 de junio de 1930, la Ley número 21 “... estableció las sanciones y penalizó los monopolios eléctricos. *Días antes de la emisión de esta ley, la Compañía Nacional de Electricidad y The*

⁴⁷ Costa Rica. Ley sobre Explotación de Fuerzas Eléctricas 77/1928, de 31 de julio. Colección de leyes y decretos, Semestre 2, Tomo 1, página 70.

⁴⁸ Costa Rica. Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de 5 de setiembre de 1996. La Gaceta núm. 169 del 5 de setiembre de 1996.

⁴⁹ Costa Rica. Ley del Instituto Costarricense de Electricidad. Colección de leyes y decretos de 1949, semestre 1, tomo 1, página 257.

Costa Rica Electric Light & Traction Company Limited, publicaron avisos de suspensión de servicios de la primera y traspaso a la segunda, sin autorización de la Junta. Esta consideró que el traspaso iba contra el artículo 23 de la Constitución Política, que prohibía los monopolios y contra la ley 18 de 9 de junio de 1915 que se acercaba a la misma directriz. La Junta procedió entonces, a comunicarle a la Compañía Nacional de Electricidad que debía continuar otorgando el servicio y se dirigió al Poder Ejecutivo a fin de que en caso de desobedecer a la Compañía, se sirviera ordenar el uso de la Fuerza Pública, pues el servicio que prestaba era vital para la seguridad nocturna en edificios y pasajes capitalinos⁵⁰”.

Como se desprende de este párrafo, la voluntad de las empresas eléctricas de constituir un monopolio y la férrea determinación del Estado de impedirlo, hicieron que la relación se tornara completamente hostil. Además, es interesante observar cómo se empieza a generar una noción de un servicio público que es esencial, tanto que el mismo prestador está obligado a brindarlo a pesar de que no quiera hacerlo. Esta máxima es precursora del principio de continuidad del servicio público en la legislación costarricense.

Esta pugna dio como resultado el principio de servicio al costo. El criterio utilizado para establecer esta regulación no es claro. Es evidente que el legislador requería de una solución rápida a una situación que estaba tornándose insostenible, y la decisión fue simple. Mediante un inventario de los bienes de la compañía, se podía establecer de cierta forma el costo de inversión en el que había incurrido la compañía para dar el servicio, lo cual daba un criterio para establecer las tarifas.

⁵⁰ P. Rodríguez. Desarrollo y Regulación de los Servicios Públicos en Costa Rica (San José: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2000), p. 65.

En síntesis, las nociones relacionadas con el servicio público no contaron con un análisis orgánico de las implicaciones que estas tendrían, ni tomaron en cuenta los grandes avances logrados por el Derecho Administrativo francés al respecto. En su inicio, la regulación se establecía mediante la figura del contrato entre partes, el Estado por una parte y la Compañía eléctrica por otra. Esta falta de una regulación integral generó una permisividad, resabio del Estado Liberal, infundió confianza a las compañías eléctricas para volverse monopolísticas, y el Estado reaccionó mediante una ley que no fue debidamente planificada.

A continuación de la aprobación de la ley 21, las Compañías y el Gobierno se enfrascaron en una amarga lucha por el control del mercado eléctrico. La Junta del SNE solicitó información sobre los gastos de las compañías, sus activos, monto pagado por dividendos, depreciación de propiedades, costo original de todas las propiedades de la empresa y el factor de caída. Esta información no fue entregada a satisfacción de la Junta, lo cual generó una ruptura de relaciones entre la Junta y las compañías. La discusión continuó, sin éxito, con constantes ofertas por una y otra parte para resolver el conflicto. La situación era delicada porque las compañías no podrían renovar su concesión si el Gobierno no las autorizaba, y al mismo tiempo, el servicio eléctrico era tan esencial para todas las actividades de la ciudadanía que la posibilidad de no renovar la concesión y enfrentar el cierre de las compañías no era atractiva. Estos conflictos continuaron por largos años, evidenciando un conflicto preocupante entre el Estado y las compañías, y deteriorando la relación entre ambas partes.

Capítulo tercero: El tránsito a la regulación moderna de los servicios públicos

Para el año 1936, la situación entre la Junta del SNE y las compañías eléctricas seguía sin resolverse. Independientemente de la visión regulatoria que pueda tener cualquier persona, la situación parecía resumirse en que las compañías eléctricas no estaban generando suficiente rentabilidad siquiera para atraer inversión extranjera y renovar sus plantas, y el Gobierno consideraba que la rentabilidad sí existía, pero no podían explicar por qué y tampoco podían hacer la inversión ellos mismos.

El estancamiento en la negociación entre las compañías eléctricas y el SNE era evidente, y llevaba muchos años. Para 1940, en la Administración del Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, la preocupación por la falta de luz en la regulación eléctrica y las deficiencias que esta ocasionaba en un servicio tan esencial como era el fluido eléctrico, ocasionaron que el mandatario decidiese solicitar al Presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, el envío de un experto en la materia.

Así es como en la Sesión 716 del 8 de julio de 1940 se recibe en las oficinas del SNE al ingeniero norteamericano Julius A. Krugg, del Tennessee Valley Authority. Él era un ingeniero que había diseñado una planta de 88.880 kilowatts y que esperaba que aumentase a más de un millón de kilovatios instalados. Además, él creía que el negocio eléctrico debía reglamentarse de manera eficaz.

Es notable el hecho de que, a pesar de que el SNE durante muchos años insistía en que las compañías podían cobrar tarifas menores, el informe del ingeniero Krugg dice que las tarifas y el manejo en general de los costos por parte de las compañías ha sido “eficaz y

económico”, desmintiendo la visión de que las compañías eléctricas abusarían de los abonados. Además, es notable agregar que, a pesar de que las compañías eléctricas nunca aceptaron los márgenes de ganancias establecidos por el SNE, el informe del ingeniero Krugg confirma que las ganancias obtenidas entran dentro del rango normal para este tipo de negocios, y no fueron abusivas en el cobro de sus servicios⁵¹.

Esto nos permite descartar la visión inicial que dio vida al SNE, la cual partía de las manifestaciones de don Alfredo González Flores, en el sentido de expresar que las compañías eléctricas monopolizarían el servicio y abusarían de los usuarios, brindando un mal servicio a un alto costo. El celo mostrado por el SNE al luchar contra esto se convirtió en un gran obstáculo para el desenvolvimiento de un mercado saludable, y generó problemas de escasez y especulación en los servicios. Es evidente que en un mercado regulado en el que la posibilidad de autorizar el servicio depende del Estado, cualquier intento de abuso o monopolización sería prontamente detenido por las autoridades, sin necesidad de imponer pesadas cargas de revelar información empresarial o de cumplimiento esquemas tarifarios ruinosos. El informe del ingeniero Krugg desmiente muchas de las afirmaciones realizadas durante años por los funcionarios que intentaban controlar el mercado eléctrico desde las potestades de la *puissance public*.

Este informe desembocó en la promulgación de la Ley No. 258, del 18 de agosto de 1941, que efectivamente le dio completo control al SNE para la regulación de los servicios eléctricos, el otorgamiento de concesiones, fijación de tarifas, establecimiento de normas

⁵¹ P. Rodríguez. Desarrollo y Regulación de los Servicios Públicos en Costa Rica (San José: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2000), p. 109.

de calidad y resolución de conflictos entre empresas y entre estas y los usuarios. El principio de servicio al costo surgió a la luz de la legislación como un concepto más sólido, en el que se intentaba que el capital invertido en el negocio de la electricidad tuviera un rédito anual justo⁵².

Es decir, desde el principio de su aplicación tal y como lo conocemos ahora, el servicio al costo no fue un término que pudiera generar predictibilidad en el sistema, pues la capacidad del órgano regulador de modificar las variables utilizadas para calcular el costo le daban un poder sobre las empresas reguladas muy difícil de controlar.

Hasta la creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) el criterio rector para fijar las tarifas estaba contenido en la Ley No. 258 del Servicio Nacional de Electricidad. Esta establecía, en su artículo 51:

“Artículo 51.- La Junta Eléctrica () procurará que las tarifas, precios y condiciones que se aplican a los servicios de energía eléctrica sean los más favorables para el público consumidor dentro del principio de servicio al costo que se tratará de establecer hasta donde fuere posible, permitiendo al capital invertido apenas un rédito anual justo. Con tal objeto se le faculta para convenir o contratar normas variables de tarifas eléctricas o para el ajuste de ellas conforme se alteren las condiciones económicas que afecten el costo de tales servicios de utilidad pública. Cuando el caso fuere de convenir, contratar o aprobar el alza de cualquier tarifa o precio vigente de los servicios de energía*

⁵² Costa Rica. Ley 258/1941 del Servicio Nacional de Electricidad SNE, del 18 de agosto. Colección de leyes y decretos de 1941, semestre 2, tomo 2, página 471.

eléctrica, antes de dictar la resolución respectiva la Junta Eléctrica someterá el asunto a conocimiento del Poder Ejecutivo, sin cuya venia no podrán subirse los precios existentes de la energía eléctrica⁵³". (LSNE, 258/1941, de 18 de agosto).

El esquema tarifario de los servicios públicos siempre ha generado una amplia discusión técnica. En todos los mercados regulados, se utilizan métodos diferentes para aproximarse a este principio. Por ejemplo, a partir de la nacionalización de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, realizado de forma gradual en los años 60, y unido a la creación del Instituto Costarricense de Electricidad, que requería de préstamos para desarrollo de infraestructura y capacidad por parte de los organismos internacionales, se varió el esquema de ganancias de la electricidad.

"A principios de los años 60, el factor de corrección varió de 4,90% a 10,70%, cobrado a los clientes mediante el aumento en el valor de la tarifa mensual, que causó bastante malestar entre ellos. El SNE siguiendo la "autorización de hecho" que impuso la Asamblea Legislativa, permitió y autorizó aumentos mensuales, pero eso sí, escalonados y progresivos en las tarifas de los abonados que recibían energía eléctrica del ICE. (...). El director del SNE en el período, don Jorge Mandas Chacón, explica:

"La autorización de este organismo para la aplicación del factor de corrección, tiene base en la circunstancia de que la Asamblea Legislativa había aprobado con anterioridad a nuestra autorización, el Contrato del Empréstito del ICE con

⁵³ Costa Rica. Ley del Servicio Nacional de Electricidad 258/1941, 18 de agosto. Colección de leyes y decretos, año 1941, semestre 2, tomo 2, página 471.

el B.I.R.F., es decir, al aceptar la Asamblea Legislativa el rédito del 7,5% anual para desarrollo, que el mencionado Banco exigía, autorizaba de hecho un aumento en las tarifas eléctricas, pero este organismo, tenía la obligación ante todo, de que el abonado eléctrico saliera lo menos afectado posible. Con ese fin, mediante nuestra intervención, no se permitió que el aumento se hiciera de una sola vez, como se había proyectado, sino que se dispuso un sistema de aumentos progresivos mensuales, repartidos en un lapso de dos años, a efecto de que los consumidores pudieran ajustarse de forma paulatina a los nuevos incrementos tarifarios y evitar un impacto fuerte, violento y contraproducente a la economía de los abonados eléctricos”.

Sin el ajuste tarifario – como consolidación del 7,5% anual para el desarrollo-, los organismos internacionales no hubieran dado el crédito necesario, pues no se consideraba una empresa consolidada aquella que no tuviera un 7,5% anual sobre sus activos fijos⁵⁴”.

Fuera de estos ajustes, específicos a cada uno de los mercados regulados, no hay cambios sustantivos en el derecho regulatorio asociado al cálculo de tarifas.

Capítulo cuarto. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Durante los años 80, a partir de los parámetros establecidos por la globalización económica y los organismos financieros internacionales, los países latinoamericanos realizaron importantes esfuerzos por reducir el gasto público, la inflación y restablecer el

⁵⁴ P. Rodríguez. Desarrollo y Regulación de los Servicios Públicos en Costa Rica (San José: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2000), pp. 145-146.

crecimiento económico, inclinándose por las soluciones de mercado. Como parte de este esfuerzo, se gestó un proyecto para dotar a Costa Rica de una legislación regulatoria más moderna. Este proyecto fue elaborado por el licenciado Leonel Fonseca Cubillo, e incluyó el concepto del servicio al costo como una idea filosófico-jurídica que daba respaldo a la fijación de tarifas. Asimismo, la concepción estableció una entidad totalmente técnica, sin injerencia del Poder Ejecutivo en la toma de sus decisiones, la independencia total de las instituciones y empresas reguladas (financiera y funcional), la creación de un cuerpo asesor-consultor que cuestionara las peticiones de las empresas y los mismos informes de los funcionarios de la autoridad reguladora, velando por el estricto apego a los principios legales y técnicos; *“... control efectivo de inversiones, deudas, ingresos y gastos de las instituciones reguladas, de manera que en realidad se cumpla con el “principio de servicio al costo”; eliminación de funciones menores que en realidad corresponden a las empresas reguladas, eliminación de burocracia; responsabilidad sobre nuevos campos de acción, actualmente arbitrariamente en manos de las mismas instituciones prestatarias del servicio: Seguros-INS, Seguros-CCSS, Ferrocarriles-INCOFER⁵⁵”*.

Es evidente la intención innovadora del proyecto de Ley de ARESEP, que era generar *eficiencia* en el manejo de los recursos por parte de las empresas reguladas, para garantizar que el servicio fuera dado de una forma eficiente en cuanto al costo, y con buenos resultados de calidad.

⁵⁵ P. Rodríguez. Desarrollo y Regulación de los Servicios Públicos en Costa Rica (San José: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2000), p. 211.

Podemos ver, además, que el proyecto está dirigido principalmente a la regulación de las empresas estatales. La rentabilidad de la empresa estatal siempre ha sido un elemento de consideración puesto que se considera a las empresas como parte del Estado, es decir, que tienen que funcionar en beneficio de todos los costarricenses. Así, incluso en 1993, coyunturalmente con la discusión sobre el proyecto de la ARESEP, se dio una discusión sobre los superávits de las empresas estatales y su impacto en el cálculo de tarifas.

“El SNE logró probar que las tarifas y precios fijados por él, no producían exagerados superávits o excedentes financieros pues debería tomarse en cuenta que tales resultados son anteriores a la deducción del servicio de la deuda y el cuantioso programa de inversiones que este tipo de empresas tienen obligadamente que hacer año tras año para satisfacer la demanda de sus consumidores. Aunque con el transcurso de los años esto vino a revertirse, ya que por razones macroeconómicas y fiscales se les dictaron directrices a los entes estatales –ICE, Electricidad y Telecomunicaciones, AyA, RECOPE- que les impiden invertir los recursos captados mediante el cobro de tarifas a las necesidades de las inversiones y proyectos necesarios para satisfacer la demanda presente y futura del país. Situación que llega a la acumulación de grandes montos que han sido colocados en bonos del Estado⁵⁶”.

⁵⁶ P. Rodríguez. Desarrollo y Regulación de los Servicios Públicos en Costa Rica (San José: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2000), p. 222.

TÍTULO TERCERO

Análisis normativo del principio de servicio al costo y su aplicación en el transporte público

Capítulo Primero: Derecho de la regulación

La evolución del Derecho costarricense en materia de servicios públicos ha sido eminentemente experimental, es decir, se han incorporado elementos técnicos dentro del marco jurídico de los servicios públicos, sin que haya existido una consiguiente evolución de los términos jurídicos relacionados con él. Es así como un concepto meramente técnico como el servicio al costo llega a ser un principio de los servicios públicos, cuando en realidad su naturaleza técnica lo hace un término más apropiado para ser una opción más en la fijación de las tarifas.

El Derecho de la Regulación es una rama reciente del Derecho, desarrollado principalmente en Europa y en Estados Unidos a partir de las crecientes necesidades de regulación especial que plantean los diferentes regímenes especiales aplicados a las actividades económicas consideradas como de interés público, tal y como lo es el transporte público urbano.

Las primeras nociones de “regulación” son gestadas en la sociedad británica de los siglos XVIII y XIX, dirigidas a atender la demanda de servicios provocada por la urbanización e industrialización. La regulación estatal estaba dirigida a traer armonía entre los intereses públicos y privados, para evitar abusos de eventuales monopolios, así como imponer

obligaciones mínimas en materia de calidad y seguridad de las instalaciones, asegurar la atención de la demanda razonable de los servicios y controlar los precios y las tarifas, todo esto por medio del otorgamiento de potestades de inspección y supervisión al Gobierno para garantizar el cumplimiento de estas condiciones.

Desde un punto de vista económico, el Estado cumple una función reguladora importante, traducida en la intervención en la economía, de forma directa, para suministrar bienes y servicios, que el mercado espontáneamente no puede brindar, o para intervenir en los mercados para evitar distorsiones que puedan generar injusticias o problemas macroeconómicos. La intervención reguladora suele estar cimentada sobre razones de equidad o de eficiencia, principalmente. Con respecto a la equidad, la intervención se da para equilibrar el ingreso o para controlar el costo de un servicio, y desde el punto de vista de eficiencia, se realiza para establecer condiciones que maximicen la producción de determinado bien a partir de una cantidad limitada de recursos⁵⁷.

En relación con esto, nos advierte la Procuraduría General de la República:

“Cabe recordar, al efecto, que la función de regulación implica una intervención del Estado en la economía. El mecanismo de regulación depende de los servicios de que se trate. (...) ... esta obligación de regular no es válida para todos los servicios, para todas las instalaciones de infraestructura de una nación, sino que para aquellos de gran impacto político, social o económico. En particular, la función adquiere más relevancia cuando se ha traspasado a las empresas privadas la construcción de

⁵⁷ Jorge Murillo y Juan Pablo Salguero. Deficiencias y limitaciones en el modelo de regulación tarifario de los servicios públicos competencia de la ARESEP (San José: Trabajo Final de Graduación, Universidad de Costa Rica, 2003), pp. 155-157

instalaciones de infraestructura y/o la operación de los servicios correspondientes. Se hace también importante si las instalaciones o servicios comprometen el uso de los bienes públicos que el Estado debe administrar, si los recursos necesarios son de gran magnitud y los proyectos respectivos tienen largos períodos de recuperación del capital, si hay externalidades importantes y, finalmente, si los mercados respectivos no son competitivos. Es decir, la regulación es una función administrativa que, encargada a un organismo especializado, se refiere a servicios públicos estratégicos y esenciales para la vida de la sociedad y del Estado, con independencia de que sean explotados por entes públicos o entes privados. En nuestro medio, los servicios expresamente señalados. Cabe recordar que la regulación no es sólo fijación de tarifas, existen otros mecanismos de regulación a que se refiere el artículo 5 y que podrían derivar en el ejercicio de una potestad sancionadora. Por consiguiente, la sujeción a la Autoridad Reguladora debe derivar expresamente de la ley⁵⁸”.

La necesidad de sujeción al imperativo legal provee una defensa de los particulares en actividades económicas no reguladas frente a la injerencia en influencia del Estado. Es importante recalcar la potestad interventora y sancionadora que establece la Procuraduría, lo cual claramente es indicativo de un régimen especial donde el Estado cuenta con una responsabilidad aumentada por la ley frente a la actividad económica específica.

Esta es una excelente descripción de Poder Regulatorio, tal y como lo advierte la jurista Nidia Cicero: *“El poder regulatorio es la potestad que detenta el Estado para regular toda*

⁵⁸ Costa Rica. Procuraduría General de la República. Dictamen No. 233-2000, del 25 de setiembre de 2000.

actividad que tenga incidencia social o afecte a terceros, con el fin de proteger el interés público. Esta potestad se materializa en el dictado de normas y disposiciones que, con mayor o menor intensidad, según los casos, regulan la actividad privada estableciéndole límites en pos (...) del interés de toda la comunidad”⁵⁹.

A mayor abundamiento, se va a proporcionar una definición aceptada por el Banco Mundial del término *regulación*: *“Es el conjunto de medidas de supervisión y control de las actividades económicas de las empresas privadas y las empresas públicas independientes por parte de un Gobierno, en aras de la eficiencia económica, la equidad, la salud pública y la seguridad. La regulación puede simplemente consistir en la promulgación de leyes, dejando que la supervisión corra a cargo de los procedimientos jurídicos normales, o bien ponerse en manos de organismos especiales establecidos con ese fin; también puede alentarse la autorregulación mediante reconocimiento de órganos voluntarios y, en algunos casos, la delegación de facultades de ellos...”⁶⁰.*

Para el Derecho de la Regulación, el principio al costo se enmarca dentro de las reglas técnicas de un marco más amplio, el cual es el método de cálculo de tarifas por beneficio de retorno a las empresas (*rate of return*)⁶¹ completamente seguro.

Este sistema no está exento de detractores, como por ejemplo *“... la Escuela de Chicago, entre otros grupos de economistas, alertó contra esta situación desde los años cincuenta: advirtió de que la regulación permitía a las empresas situarse fuera del mercado; señaló*

⁵⁹ Nidia Cicero. Servicios Públicos – Control y Protección (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996), pp. 20-21.

⁶⁰ Leonel Fonseca. Apuntes sobre regulación de los servicios públicos (San José: Editorial Copieco, 1997), p. 14.

⁶¹ Santiago Muñoz, Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

*también que los monopolios naturales no debían impedir el acceso a las infraestructuras de otros reguladores, y además que la situación era desincentivadora de la innovación y el desarrollo*⁶².

El cumplimiento de los fines generales de Derecho Administrativo para el servicio público, continuidad, regularidad y adaptabilidad, está inmerso en un complejo balance de intereses de los reguladores, los usuarios y los concesionarios, así como sujeto a las reglas de la eficiencia técnica, por lo que es importante enmarcarse en un marco normativo integral para afrontar estos retos.

En el transporte público, uno de los elementos de derecho regulatorio más importantes es el del desarrollo de la regulación sobre calidad y seguridad. Esto va de la mano con los principios del servicio público de continuidad, regularidad y adaptabilidad, revisados en el título primero.

Para esta rama del Derecho, lo que se da en nuestro país para el transporte público es una *gestión privada de un sector económico relevante*⁶³. No es el Estado el que brinda los servicios de transporte público, sino que delega esta potestad en empresas privadas que están sujetas, en virtud de la *puissance public*, a regulaciones especiales para garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales y doctrinarios de los servicios públicos.

La operación del servicio de transporte público en autobús debe regularse bajo este régimen especial, por la complejidad de la red que está creando. El transporte público,

⁶² Santiago Muñoz, Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

⁶³ Santiago Muñoz, Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

para que sea dado de forma óptima y ordenada, debe estar debidamente armonizado y sincronizado. Esto difícilmente sería posible si se abriera el mercado a la competencia desregulada, pues cada operador podría tratar de operar solamente las rutas más rentables para obtener la mayor ganancia. Esto da un fundamento fáctico a la concesión del transporte público, más allá del imperativo legal.

Reiteramos la necesidad de ver el servicio al costo como una herramienta más para la fijación de tarifas. La potestad tarifaria del Estado se mantiene gracias al imperativo legal que establece que el transporte público es un servicio público, y a las estipulaciones establecidas en el contrato de gestión de servicio público por parte de un particular, que se analizará después. Si se omitiera de la ley el servicio al costo, no significaría esto que la regulación dejaría de existir. En lugar de esta opción rígida en donde la potestad de la administración de variar la tarifa es casi ilimitada, se pueden establecer *“... diversas formas de intervención pública sobre los precios, que son trasunto de otro tipo de intervenciones regulatorias que, como hemos venido exponiendo, sirven para cubrir los defectos o fallos que el mercado plantea o no es capaz de cumplir”*⁶⁴.

Lo importante es superar el mito de que el servicio al costo es la única forma de regular el mercado del transporte público. En este sentido, la figura del servicio al costo se ha convertido en lo que se podría llamar una *concepción prescriptivista* de la metodología⁶⁵. Esta noción prescriptivista constriñe, por diversas razones políticas o ideológicas, a los

⁶⁴ Santiago Muñoz, Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

⁶⁵ Minor Salas. La Metodología Jurídica como “Cazadora de Mitos” (En Curso: Práctica de Investigación Dirigida, Universidad de Costa Rica)

operadores jurídicos a pensar que las cosas sólo pueden ser de la forma en la que están delineadas en las leyes vigentes.

Se enumerará algunos sistemas filosóficos de regulación de tarifas, para ampliar la perspectiva en cuanto a las posibilidades de regular el mercado de transporte público:

Capítulo segundo. *Rate of return (ROR)*

Esta filosofía establece que, si se fija una tarifa adecuada por parte del regulador, los operadores encontrarán financiación fácilmente para la implantación y mantenimiento de los servicios. Es decir, la tarifa se fija de previo mediante el uso de un criterio denominado *ratemaking power*, que se elabora sobre cálculos económicos que parten de considerar el valor de los activos que se emplean por la compañía en la prestación de los servicios y los gastos en los que incurren, para posteriormente establecer el *rate of return* o margen de retorno que será suficiente para que cada compañía satisfaga sus expectativas de ganancia. Este procedimiento es la base filosófica del servicio al costo⁶⁶.

“... se encuentra con el problema principal de discrecionalidad de las agencias reguladoras y también con las dificultades derivadas de la obtención de información de las empresas respecto a sus costes reales. Por otra parte, este sistema de fijación de precios obliga a las agencias a llevar a cabo un seguimiento muy próximo a la actividad económica de la empresa, lo que conlleva el riesgo de que sean

⁶⁶ Leonel Fonseca Cubillo, entrevista con el autor, San José, Costa Rica, 10 de Junio, 2015.

“capturadas” por los operadores del mercado y la regulación se acomode a sus intereses en cuanto a los cálculos de costes⁶⁷.

Es interesante notar que este principio no es igual al servicio al costo. Tal y como nos lo explican las resoluciones de la ARESEP, que serán discutidas después, el servicio al costo costarricense formula la tarifa a partir de un modelo de costos en el cual el empresario debe, posterior a la elaboración del modelo, brindar la información sobre cada uno de los rubros, para de esa forma calcular un costo y establecer una ganancia marginal a partir de este⁶⁸.

Capítulo tercero. *Price cap* o regulación por incentivos

El *price cap* o regulación por incentivos se basa en un precio medio establecido para determinado servicio. Este se obtiene a partir del análisis del valor de mercado de los servicios regulados. Una vez obtenido el precio medio, se establece un máximo (*cap*), que permanece inalterado hasta que termina el período. Los precios medios y *caps* son revisados periódicamente.

Este método no toma en cuenta la rentabilidad de la empresa. El precio es fijo durante el período de vigencia del *cap*, por lo que cualquier mejora en la administración y la eficiencia es un beneficio directo para el prestador del servicio.

Este sistema otorga una gran flexibilidad tanto a la empresa como al regulador, porque permite una rápida adaptación de las variables de demanda y de costos. Esto, además,

⁶⁷ Santiago Muñoz, Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

⁶⁸ Costa Rica. Dictamen 257/1995 de la Procuraduría General de la República en respuesta al Ministerio de Ambiente y Energía, 14 de Noviembre (consultado 9 de junio del 2015). Disponible en: <http://vlex.co.cr/vid/dictamen-na-492935562>

deja que el organismo regulador se concentre de forma más directa en la supervisión de la calidad del servicio y en la atención de las quejas de los usuarios. Además, hay una alta eficiencia administrativa, pues al depender la empresa de la calidad del servicio que presta, es importante para esta no reducir excesivamente los costos. Existe una garantía de recuperación de costos, siempre y cuando la empresa prestadora del servicio esté cumpliendo tanto con la calidad como con su propia eficiencia administrativa.

“Si se satisfacen estos principios la regulación por incentivos aumenta la eficiencia, porque minimiza costes, mejora la calidad, incentiva la aparición de nuevos servicios y promueve una inversión eficiente; también contribuye a la maximización del bienestar, ya que cuando los aumentos de eficiencia se trasladan a los precios aumenta el excedente del consumidor; finalmente, el price cap también mejora la eficiencia administrativa, por tratarse de una regulación con bajos costes de gestión, y fomenta la transparencia, siempre que los mecanismos de la regulación sean conocidos y de fácil control”⁶⁹.

Es evidente que este tipo de regulación no está exento de críticas. Es importante una cuidadosa elaboración de la tarifa, para evitar la creación de precios ineficientes, es decir, alejados de los costes. También es significativo que existan canales de comunicación ágiles entre el regulador y los usuarios, para evitar empobrecimientos de la calidad en el servicio.

⁶⁹ Alejandro Estruch Manjón et al. Economía y Regulación de los Servicios de Red en Derecho de la Regulación (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

Capítulo cuarto. La potestad de fijación de tarifas.

El transporte público es un servicio público bajo el régimen jurídico del Derecho Administrativo. Esto sucede por imperativo legal. De acuerdo con la definición del servicio público en Costa Rica y su evolución, es necesario que exista una declaración normativa para considerar a una determinada actividad económica como servicio público. En términos generales, la regulación especial se da en razón de que existe un interés por parte de la administración de organizar la gestión de un servicio económico.

El bienestar común está íntimamente ligado a los servicios públicos. La administración debe velar por el correcto funcionamiento y disponibilidad de los servicios públicos, por medio de la “... *asignación de recursos productivos, la estabilidad del sistema económico, la creación de infraestructura económica y social y la distribución equitativa del ingreso*”.⁷⁰

Esta declaratoria de una actividad económica como servicio público se conoce como *acto de publicatio*. Es necesaria la identificación del servicio público de forma normativa, lo cual no se reduce a la expresión literal de *servicio público*, sino a la voluntad expresa del legislador de considerar una actividad como de interés público.⁷¹ Este acto de declaración es denominado como *publicatio*, el acto mediante el cual el Estado determina que una actividad estará sujeta al régimen de servicio público, lo cual saca la actividad de la esfera privada y le atribuye los principios del derecho público.

*“Al tenor de lo expuesto, el tratadista español Ariño Ortiz, expone la concepción original de la publicatio con base en las siguientes consideraciones: **“El acto de***

⁷⁰ Nidia Cicero. Servicios Públicos – Control y Protección (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996). Pág. 19-20.

⁷¹ Ver *ibíd.*

declaración de una actividad como “servicio público”, es lo que Villar Palasí ha llamado publicatio, “acto de publicatio”, y significa que tal actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares sin previa concesión. (...). La titularidad de la actividad o función en que el servicio público consiste corresponde primariamente al Estado, a la administración, una vez que ha producido su publicatio. **Esto naturalmente, sólo puede llevarse a cabo por ley formal pues implica la negación de una de las libertades económicas – la libertad de industria y la libertad de empresa”.**⁷² (El subrayado y destacado son del original).

En nuestro ordenamiento, esta declaratoria está contenida en el artículo 5 inciso f de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

“Artículo 5.- Funciones

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

*f) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.”*⁷³

(LARESEP 7593/1996, de 5 de setiembre)

⁷² Jorge Murillo y Juan Pablo Salguero. Deficiencias y limitaciones en el modelo de regulación tarifario de los servicios públicos competencia de la ARESEP (San José: Trabajo Final de Graduación, Universidad de Costa Rica, 2003) . Pág. 78.

⁷³ Costa Rica. Ley 7593/1996 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), 5 de mayo. Gaceta número 169 del 5 de setiembre de 1996.

El establecimiento de las tarifas y la fiscalización del transporte público urbano en autobús es, entonces, competencia de la ARESEP. La estructura tarifaria se incluye en el contrato de concesión correspondiente, una vez realizados los estudios técnicos y recibida toda la información. El Consejo de Transporte Público, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, es el representante del Estado para la realización y firma de este contrato de concesión.

“Sobre el contrato de concesión. Refrendo. *El transporte remunerado de personas en vehículos automotores colectivos, en este caso en autobuses (el cual se lleva a cabo por calles, carreteras y caminos dentro del territorio nacional), es un servicio público regulado, controlado y vigilado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes a través de su órgano competente, el cual, actualmente lo constituye el Consejo de Transporte Público. Lo anterior se colige de las leyes no. 3503 y 7969. Este servicio puede ser explotado a través de la concesión, como acto final de un procedimiento licitatorio, o bien, de manera excepcional, mediante un permiso de operación. En relación con el primero, según lo impone el numeral 12 de la Ley 3503, se formalizará por un contrato en el cual deben consignarse las pautas que se establezcan por la autoridad concedente para la prestación del servicio público delegado. Dentro de este marco, se fija la cantidad de unidades autorizadas, horarios, frecuencias, carreras, recorridos, tarifas, paradas terminales e intermedias, entre otros detalles (precepto 13 de la Ley 3503). Estas pautas definen la forma cómo debe llevarse a cabo la actividad, a las que está sujeto el operador, so pena de incurrir en incumplimientos que incluso pueden desembocar en la*

cancelación del derecho. Por su parte, cuando se otorga un permiso de operación, acorde con los preceptos 3 y 25 de la citada Ley, la autorización se otorga por un plazo máximo de tres años, surgiendo de inmediato el deber de la administración de iniciar las acciones que permitan otorgar la concesión de esa ruta sobre la cual se ha dado un permiso. Claro está, de culminarse este proceso antes de esos tres años, cesaría esta figura y sería sustituida por una concesión. Ahora bien, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos del año 1996 (Ley 7593), en su artículo 64 (numeración antes de la reforma de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones), modificó los numerales 4, 10 y 12 de la Ley 3503. En dichas reformas, el legislador involucró a la ARESEP en el tema del transporte público. Por tal razón, dispuso que el control de los servicios de transporte público concesionados o autorizados, lo ejercerá el Consejo juntamente con la Autoridad Reguladora, para garantizar la aplicación correcta de los servicios y el pleno cumplimiento de las disposiciones contractuales correspondientes (mandato 2 párrafo segundo de la Ley 3503). También le otorgó a la ARESEP la función de refrendar los contratos de concesión suscritos por el CTP (artículo 12 ibídem).”⁷⁴

Tenemos una fiscalización dual, en la que tanto la ARESEP como el Consejo de Transporte Público, de forma conjunta, supervisan el servicio. A pesar de esto, la fijación directa de las tarifas le compete a la ARESEP, la cual establece diferentes esquemas tarifarios para cada uno de los mercados regulados.

⁷⁴ Costa Rica. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia núm. 1427-2012

Capítulo quinto. Fijación de tarifas

La tarifa proviene del vocablo árabe “*tarif*”, y significa *publicar, dar a conocer, divulgar*. En el sentido más lego, la tarifa es una simple lista de precios, pero su etimología también implica la divulgación de la lista. Cabanellas la define como “*Lista o catálogo de precios o derechos que han de pagarse por determinados objetos, mercaderías, trabajos o servicios*”⁷⁵.

En el caso del transporte público, la tarifa establece una lista de precios (a diferencia de las tasas). Para efectos de pureza conceptual, hacemos la diferencia entre la fijación de precios y tasas; esta es una retribución a los servicios públicos cuya utilización es legalmente obligatoria para el administrado, mientras que el precio es una retribución a los servicios públicos que es facultativa⁷⁶. En el servicio público de transporte remunerado de personas en modalidad de autobús, el uso del servicio es facultativo, por lo que nos encontramos ante una tarifa de precios.

Nos advierte la Procuraduría:

“... los precios públicos que constituyen las tarifas que se cobran por la prestación de algunos servicios públicos no inherentes al Estado, que generalmente son explotados por particulares mediante la modalidad de una concesión de servicio público, no son fijados por el sólo poder de imperio de la administración o del Estado, sino que su

⁷⁵ Guillermo Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Volumen III (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989), p. 17.

⁷⁶ Jorge Murillo y Juan Pablo Salguero. Deficiencias y limitaciones en el modelo de regulación tarifario de los servicios públicos competencia de la ARESEP (San José: Trabajo Final de Graduación, Universidad de Costa Rica, 2003), p. 171.

determinación se encuentra sujeta asimismo a criterios de tipo económico, de modo que en su monto se procura además recuperar el costo del servicio, obtener un margen moderado de ganancia para el concesionario, sin lesionar gravemente los derechos e intereses de los usuarios y respetando los principios generales del servicio público; de aplicación tanto en la prestación directa por el Estado, como por el concesionario particular.⁷⁷”

La fijación de tarifas es tarea de la ARESEP como del CTP. En este sentido, la ARESEP debe velar por numerosos principios, además de los principios clásicos de continuidad, regularidad y adaptabilidad de los servicios públicos. El artículo 31 de la Ley de ARESEP nos enumera:

“Artículo 31.- Fijación de tarifas y precios

Para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, la Autoridad Reguladora tomará en cuenta las estructuras productivas modelo para cada servicio público, según el desarrollo del conocimiento, la tecnología, las posibilidades del servicio, la actividad de que se trate y el tamaño de las empresas prestadoras. En este último caso, se procurará fomentar la pequeña y la mediana empresa. Si existe imposibilidad comprobada para aplicar este procedimiento, se considerará la situación particular de cada empresa.

Los criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica definidos en el Plan Nacional de Desarrollo, deberán ser

⁷⁷ Costa Rica. Procuraduría General de la República. Dictamen No. 073-92, del 28 de abril de 1992.

elementos centrales para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos. No se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestadoras del servicio público.

La Autoridad Reguladora deberá aplicar modelos de ajuste anual de tarifas, en función de la modificación de variables externas a la administración de los prestadores de los servicios, tales como inflación, tipos de cambio, tasas de interés, precios de hidrocarburos, fijaciones salariales realizadas por el Poder Ejecutivo y cualquier otra variable que la Autoridad Reguladora considere pertinente”⁷⁸.

En este artículo podemos observar que la ARESEP tiene amplias facultades para incluir diversos elementos valorativos a la hora de establecer las tarifas, y al mismo tiempo, debe respetar principalmente el esquema de costos de cada actividad, según el postulado del servicio al costo. Esta organización jurídica establece un orden de prioridades en el que el costo del servicio es la variable más importante, y los demás principios son secundarios. El principio de servicio al costo es infranqueable, a pesar de que puedan existir eventuales razones para preferir otros sistemas. Tanto los principios clásicos de los servicios públicos como los principios reconocidos en las leyes y en la jurisprudencia, necesariamente pasan a segundo plano por imperativo legal. El elemento más importante sigue siendo el costo del servicio en el cálculo de la tarifa.

⁷⁸ Costa Rica. Ley 7593/1996 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), 5 de mayo. Gaceta número 169 del 5 de setiembre de 1996.

Retomando lo ya indicado en el capítulo anterior, el servicio al costo hizo su primera aparición en la legislación del servicio público en Costa Rica por medio de la ley número 21 de 1930.

“En adelante, se denegó el traspaso para la Compañía Nacional de Electricidad, y fue obligada a seguir prestando el servicio, como se estableció en el Contrato. Además, se estipuló que las empresas que quisieran renovar contratos debían aceptar un avalúo pericial por parte del SNE sobre sus bienes físicos (propiedades, plantas y líneas), cuyo objetivo era calcular y regular las tarifas al consumidor⁷⁹”.

El origen del principio no era la eficiencia o la calidad del servicio, sino el control. El Estado requería de un criterio para poder disminuir las tarifas eléctricas, y las compañías eléctricas del momento se resistían a esta lógica. En ese entonces, como se vio en el capítulo anterior, sus costos de operación y sus ingresos no eran suficientes para realizar las inversiones en infraestructura requeridas para darle sostenibilidad a un servicio en creciente demanda, por lo que surgieron grandes complicaciones pocos años después, mencionadas en el capítulo anterior.

La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) incorpora este principio de forma integral, y alega su idoneidad para la operación de todos los servicios públicos.

El principio de servicio al costo está consagrado en los artículos 3 inciso b y 82 inciso a de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

⁷⁹ P. Rodríguez. Desarrollo y Regulación de los Servicios Públicos en Costa Rica (San José: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2000), p. 65.

“Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

(...)

b) Servicio al costo. Principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31⁸⁰”.

Este artículo establece la norma general para la comprensión del cálculo de tarifas. Es una base técnica. Normativamente, el principio está establecido de forma literal, mediante el uso del vocablo “principio” dentro de la misma definición. El contenido del principio se configura mediante el establecimiento de un sistema de cálculo de tarifas que contemple *únicamente* los costos necesarios para prestar el servicio, y que al mismo tiempo permita el desarrollo adecuado de la actividad y una retribución competitiva.

Es importante establecer la importancia de la palabra *únicamente* dentro del planteamiento. Este *únicamente* es bastante claro en el sentido de que, como vimos en el capítulo anterior, solamente se pueden tomar en cuenta los costos operativos y la inversión en los activos para calcular la tarifa. Esto es así en detrimento de otros métodos de cálculo de tarifas, donde el criterio para su establecimiento sea diferente. Tanto es así,

⁸⁰ Costa Rica. Ley 7593/1996 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), 5 de mayo. La Gaceta número 169 del 5 de setiembre de 1996.

que en el dictamen C-257 del 14 de noviembre de 1995, la Procuraduría General de la República rechaza el criterio de una “tarifa piso” para establecer una tarifa mínima entre el Instituto Costarricense de Electricidad y los generadores de electricidad privada. Esto se rechazó debido a la supuesta incertidumbre de si en el futuro los costos se desvincularían de esta “tarifa piso” y, por ende, terminaríamos pagando electricidad más cara.

“Acercas de este punto, el ICE remite al criterio de un consultor internacional, para quien el establecimiento de una tarifa piso resulta poco confiable por las incertidumbres que afectan los parámetros físicos o económicos que entran en el cálculo de los costos de generación. Por lo que "utilizar una fórmula de ajuste de aplicación limitada y aplicable entre dos límites poco confiables es, entonces, poco recomendable". En el acápite de Conclusiones de su oficio, el ICE agrega que las tarifas a costo marginal sirven para informar a los agentes económicos acerca de la escasez relativa de los recursos, por lo que para ser efectiva debe tener una relación directa con los costos de producción. Una tarifa piso atenta contra esa función, porque en caso de que los costos disminuyan por debajo de la "tarifa piso", el precio por pagar correspondería al "piso" y no a los "costos".⁸¹

Tanto la ley como las continuadas interpretaciones de los órganos creadores de derecho insisten, en que el principio de servicio al costo está diseñado para ligar invariablemente el establecimiento de la tarifa de los servicios públicos, al costo de producirlos.

⁸¹ Costa Rica. Dictamen 257/1995 de la Procuraduría General de la República en respuesta al Ministerio de Ambiente y Energía, 14 de noviembre (consultado 9 de junio del 2015). Disponible en: <http://vlex.co.cr/vid/dictamen-na-492935562>

Este criterio de cálculo de tarifas, establecido por la Ley, es eminentemente técnico. El hecho de establecer un elemento técnico de previo a realizar un estudio para determinar cuál es la forma óptima para calcular las tarifas dentro de cada uno de los sectores regulados, se reitera en el dictamen citado.

“Conclusión:

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

1. La fijación de una ‘tarifa piso’ sería ilegal en la medida en que la tarifa no corresponda a los criterios legalmente establecidos para esa fijación y, por ende, no se adapte a los costos de producción.

2. Constituye una potestad discrecional del SNE de ejercicio unilateral, el establecimiento y adaptación de la fórmula de ajuste que debe regir en los diversos contratos de compra venta de energía en que es parte el ICE. El ejercicio de esa potestad debe respetar, empero, el Ordenamiento Jurídico.

3. El concepto de ‘criterio económico nacional’ empleado por el legislador remarca que la fijación del precio de compra de energía eléctrica por parte del ICE debe tomar en consideración la situación económica nacional y los efectos que sobre ella tendrán las tarifas fijadas.

4. En ausencia de una definición legal sobre el punto, corresponde al SNE establecer qué elementos concretiza el ‘criterio económico nacional’, lo cual debe hacerlo en estricto apego a los principios y normas de las Ciencias Económicas.

5. El precio de compra-venta de la energía eléctrica debe fundarse exclusivamente en los criterios técnicos establecidos por la Ley N° 7200 de 18 de octubre de 1990 y su Reglamento Ejecutivo. Situación que justifica, incluso, la ausencia de control del Poder Ejecutivo en los precios indicados.

6. Por consiguiente, carece el SNE de potestad para introducir criterios no técnicos en la citada fijación⁸².

En suma, el establecimiento de la tarifa a partir del costo no es el único limitante para su cálculo, sino también criterios de calidad y eficiencia. Según lo revisado hasta ahora, la necesidad de control por parte del Estado dio como origen el servicio al costo, y no estaba relacionado con la calidad del servicio.

La metodología tarifaria general establecida por la ley de la ARESEP, tiene como fundamento la facilitación del control por parte del regulador. Esto se une nominalmente a fines de calidad y eficiencia.

“En la literatura sobre esta metodología generalmente se reconoce que las principales ventajas de esta metodología se fundamenta (sic) en su fácil aplicación, la posibilidad de basarse en datos auditados, la consistencia metodológica y su uso bastante extendido en muchos países, basándose sobre todo en el experiencia de las comisiones reguladoras de los Estados Unidos. La principal desventaja que se le reconoce a esta metodología es que no incentiva la eficiencia en las empresas reguladas, de tal manera que se incentiva un incremento de costos y en las

⁸² Costa Rica. Dictamen 257/1995 de la Procuraduría General de la República en respuesta al Ministerio de Ambiente y Energía, 14 de noviembre (consultado 9 de junio del 2015). Disponible en: <http://vlex.co.cr/vid/dictamen-na-492935562>

inversiones más allá del punto en que resultan eficientes. Esto es así porque en algunas ocasiones esta metodología se aplica de tal forma que se les reconocen a las empresas reguladas todos los costos en que efectivamente incurre para suministrar el servicio público, sin analizar su eficiencia. En nuestro caso, esto no es así, porque en cada fijación tarifaria se analizan las diferentes partidas de gasto e inversión, así como la justificación de su magnitud y evolución. Otra desventaja que se le atribuye a esta metodología se deriva del hecho de que por su aplicación requiere de una gran cantidad de información (ingresos, gastos, inversiones, etc.), la cual por su misma naturaleza está en poder de regulado”⁸³.

La misma ARESEP reconoce las grandes limitaciones de este sistema de cálculo tarifario, y pretende evadir esas deficiencias por medio de una fiscalización férrea a las empresas reguladas. Sin embargo, no hay profundidad en cuanto al éxito de esta forma de defender el servicio al costo como cálculo de tarifas.

En el transporte público remunerado de personas en modalidad autobús, se sigue este criterio general de servicio al costo como fórmula para calcular las tarifas. Este esquema tarifario toma en cuenta las siguientes variables:

- Depreciación mensual por vehículo.
- Rentabilidad mensual por vehículo.
- Costo mensual accesorios y repuestos.
- Costo de personal de operación y mantenimiento.

⁸³ Costa Rica. Metodologías Tarifarias Aplicadas en los Servicios Públicos Regulados por la Autoridad Reguladora. Resumen con base en oficios 499-DEN-2000 / 284-DTE-2000 / 685-DASTRA-2000/ 616-DJE-2000. Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2007.

- Costos administrativos mensuales por vehículo.
- Costo de combustible.
- Costo de aceites y lubricantes por kilómetro.
- Carreras realizadas
- Extensión de la ruta
- Porcentaje recorrido fuera de la ruta
- Flota efectiva en operación

Las variables en el cálculo de la tarifa son muchas, lo cual genera muchas posibilidades de aumentar la inversión más allá del punto de eficiencia para hacer crecer la tarifa. Al estar la tarifa directamente ligada al costo, de acuerdo con cierto porcentaje de ganancia garantizado al operador, cualquier incremento en el costo resultará invariablemente en un aumento de la ganancia en números absolutos.

Este sistema de regulación es conocido en términos económicos como Regulación de Margen de Retorno. El efecto consiguiente de un mayor incentivo a una mayor inversión, que sobrepasa el punto de eficiencia, es conocido como el efecto Averch-Johnson.

La principal propuesta de efecto Averch-Johnson es que si una empresa regulada es requerida de escoger un precio de costo de sus servicios basado en un punto máximo de retorno y en el retorno de la inversión realizada, esta empresa va a tener un incentivo

para elegir un esquema de inversión y gasto mayor al que tendría de no estar ligado su retorno de inversión al costo del servicio⁸⁴.

Esto es, si una empresa realiza un servicio en el que su margen de retorno está ligado a los costos incurridos para prestar ese servicio, existirá un incentivo para que esa compañía aumente sus costos, de forma que aumentará su retorno en números absolutos. El margen, al ser un porcentaje, no varía. Al no variar, la entidad tiene un incentivo para aumentar el costo de su operación en números absolutos, lo cual le dará una mayor rentabilidad.

La regulación de la tasa de retorno (fundamento filosófico-doctrinario del servicio al costo) tiene numerosas ventajas. Permite la limitación de los precios, la mejora del bienestar de los consumidores, y es fácil de aplicar y calcular. Sin embargo, junto a estos aspectos favorables, también existe un catálogo de críticas. Al estarse creando de previo una rentabilidad para la industria, es difícil determinar cuál rentabilidad es justa. El regulador siempre tendrá la capacidad arbitraria de establecer la rentabilidad adecuada. Unido a esto, está *“... la ausencia de incentivos para la eficiencia que implica esta regulación. En efecto, si los costes de la empresa aumentan la ROR permite recuperarlos en su totalidad, porque si los costes suben los precios también lo hacen para garantizar la*

⁸⁴ Law, Stephen. (25 de julio, 2014). *Assesing the Averch-Johnson-Wellisz Effect for Regulated Cities. International Journal of Economics and Finance*, 6, 27. 10 de junio del 2015, De <http://ccsenet.org/journal/index.php/ijef/article/viewFile/35967/21634> Base de datos.

*rentabilidad “normal” de la empresa. Por esto se suele aludir a la ROR como una regulación por incentivos de bajo poder*⁸⁵.

*Asimismo, existen asimetrías de la información, “en la medida en que el regulador usa información facilitada por la empresa y, por tanto, no siempre es posible saber si los datos disponibles están manipulados. En el mismo sentido, la valoración de los costes de depreciación es problemática, porque si una parte de ellos está causada por decisiones de inversión erróneas no deberían ser considerados para medir la rentabilidad empresarial”*⁸⁶.

Estas asimetrías de la información han generado, desde el inicio de la historia de la regulación en Costa Rica, profundas diferencias entre el organismo regulador y las empresas prestatarias de los servicios públicos. Esta hostilidad evidente genera una deficiente cooperación entre los agentes del sistema, e impide que se alcancen grandes acuerdos sobre la organización y la armonización del transporte público.

⁸⁵ Alejandro Estruch Manjón et al. Economía y Regulación de los Servicios de Red en Derecho de la Regulación (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

⁸⁶ Alejandro Estruch Manjón et al. Economía y Regulación de los Servicios de Red en Derecho de la Regulación (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

TÍTULO CUARTO

Contrato de concesión de ruta Pavas-San José

Capítulo primero. Contrato de concesión en Costa Rica.

La Ley de Contratación Administrativa regula los contratos que el Estado suscribe con los particulares. Es la base legal por medio de la cual se realizan los contratos de concesión, y es el elemento jurídico de mayor relevancia para el presente trabajo. En Costa Rica, representa la base de la regulación del servicio público, más que cualquier otra norma.

La Ley regula todos los aspectos relacionados con la contratación desplegada por los órganos de los diferentes poderes de la República. Proyecta una facultad universal de regular toda la actividad contractual desplegada por personas físicas o jurídicas, cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos.

“ARTÍCULO 1.- Cobertura.

Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas”⁸⁷. LCA 7494/1995.

⁸⁷ Costa Rica. Ley 7494/1995 de la Contratación Administrativa, de 8 de junio. La Gaceta número 110, alcance 20.

El artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa permite que el Estado utilice cualquier figura contractual en la consecución de sus fines. Esto le otorga flexibilidad formal al Estado para elegir el medio más adecuado de perseguir los fines contractuales establecidos en cada caso.

“Artículo 3.-Régimen jurídico.

La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo.

Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo.

En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa”⁸⁸. LCA 7494/1995.

El Derecho Administrativo contiene principios que le otorgan una coherencia interna específica. El contrato de concesión de servicio público cae dentro de este bloque de legalidad administrativa, por lo que se delimitarán los aspectos que más impacto tienen en la formación de la voluntad administrativa, así como en la ejecución del contrato.

En la doctrina, el contrato de concesión es denominado contrato de tercera generación.

“A este tipo de contratos de tercera generación, se los puede denominar acertadamente

⁸⁸ Costa Rica. Ley 7494/1995 de la Contratación Administrativa, de 8 de junio. La Gaceta número 110, alcance 20.

*contratos “de Estado” o “contratos de administración”. En rigor, se transforman en contratos de composición. En términos reales se suma el contratista por incorporación, no es el Estado en sí mismo el que actúa, pero se produce una fusión del interés del contratista, del concesionario, al Estado, por el reemplazo o la sustitución que de este último se lleva a cabo”.*⁸⁹

En el caso que nos compete, la legislación no delimita claramente el fenómeno en el cual el empresario se sumerge dentro de la función administrativa de otorgar el servicio de concesión. El servicio se otorga con fundamento en un contrato, que establece las potestades y los límites de ambas partes, pero el contrato en sí también incorpora toda la regulación relacionada con la administración pública.

El marco regulatorio específico que rige estos contratos, está establecido en la Ley de Contratación Administrativa. Los principios ahí recogidos son fundamentales para la ejecución del contrato. La Ley establece un principio de eficacia y eficiencia, el cual nos advierte que todos los actos relativos a la actividad de contratación deberán estar orientados al cumplimiento de los fines de la administración. Se deberá procurar alcanzar dicho fin de la forma más eficiente posible. Por lo tanto, se establece un criterio interpretativo abierto en el artículo 4. En la jurisprudencia, el concepto es utilizado como una pieza más dentro del principio de legalidad en la contratación administrativa. El principio de legalidad establece las reglas mediante las cuales se crea la voluntad administrativa contractual (estas reglas son denominadas por los jueces “bloque de

⁸⁹ Roberto Dromi, *Renegociación y reconversión de los Contratos Públicos* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996). Pág. 9.

legalidad”) y por medio de este se pretende alcanzar la eficiencia requerida por la ley. La finalidad de este bloque de legalidad, y del principio general de legalidad en la contratación administrativa, es la disminución de la arbitrariedad y la apreciación de los criterios técnicos en la selección del oferente.

“La sujeción de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico significa que la norma se erige en el fundamento previo y necesario de su actividad, y en su fenómeno reflejo, la seguridad jurídica del administrado. De consiguiente, cualquier actuación de la administración discordante con el bloque de legalidad, constituye una infracción del ordenamiento jurídico”⁹⁰.

La finalidad de este principio es optimizar la eficiencia del Estado al momento de elegir al contratista, mediante la incorporación de criterios técnicos y la eliminación de la arbitrariedad de los funcionarios públicos.

La jurisprudencia ha manifestado que la definición de servicio público no sólo requiere de la vocación pública del servicio que se presta, es decir, de su alcance universal. Precisa que es necesaria también la norma que manifieste que el servicio es responsabilidad, deber y prerrogativa del Estado, para que pueda ser considerado tal (en caso de que se cumpla la vocación pública del servicio, pero no la estructura normativa que lo considera como prerrogativa y deber del Estado, estamos frente a un servicio de interés público). Como vemos en la sentencia 11518-2000 de la Sala Constitucional, el título de *servicio público* lo otorga la administración una vez que determina que el servicio es de utilidad y

⁹⁰ Voto 182-2012 del Tribunal Contencioso Administrativo.

conveniencia de todos⁹¹. Hecho esto, el empresario puede brindarlo, pero bajo una estricta supervisión gubernamental. El empresario presta el servicio en nombre de la administración, por lo que conceptualmente *es la administración*. Esto es importante principalmente para efectos de reclamos por parte de los usuarios, los cuales serían analizados por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Esta delegación de las potestades del Estado en un particular se denomina *gestión privada de servicio público*⁹².

Capítulo segundo: Objeto público de la concesión de servicio público

La concesión administrativa puede distinguirse en varias modalidades reconocidas por la doctrina, entre las cuales cabe advertir la concesión de obra (contrato de construcción con la posibilidad de cobrar la obra directamente al usuario), la concesión de dominio público (permite usar o usufructuar un bien público), concesiones industriales (se permite ejercer una actividad industrial reservada al dominio público) y la concesión de servicio⁹³. El transporte remunerado de personas en modalidad autobús recae en la última.

En cuanto a los sujetos del contrato de concesión administrativa, es necesario que una de las partes en el contrato sea el Estado. El criterio legal que rige en Costa Rica es subjetivo,

⁹¹ “El artículo 12 de la precitada Ley General fija, a su vez, las bases para la creación de los servicios públicos, estableciendo implícitamente que debe hacerse mediante ley formal, en la cual debe indicarse **el sujeto y el fin** del servicio. En tal caso “el ente encargado podrá prestarlo de acuerdo con sus propios reglamentos sobre los demás aspectos de la actividad, bajo el imperio del Derecho”. Dicho de otro modo, sólo mediante una ley emanada de la Asamblea Legislativa se puede establecer un servicio público, definir cuál es el órgano, ente o entidad encargada de prestarlo (atribución de competencia); cuál es el fin o la necesidad social que satisface, lo que a su vez determinaría quiénes serían los usuarios o beneficiarios del mismo. Las cuestiones relativas a forma o modo de la prestación, requisitos, horarios, lugares, etc., podrían ser determinados mediante reglamento autónomo de la respectiva institución, aunque también la ley podría ocuparse de ello”. Voto 11518-2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁹² Santiago Muñoz, Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica, (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

⁹³ Ricardo Madrial. El transporte remunerado de personas desde la óptica constitucional costarricense (San José: Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad de Costa Rica, 2003).D

tal y como queda demostrado por el texto del artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa; esta y, por ende, todo el marco regulatorio de derecho administrativo, es aplicable al contrato de concesión de servicio público por el simple hecho de ser este un contrato en el que la administración es parte.

“ARTÍCULO 74.-

Supuestos y régimen.

La administración podrá gestionar, indirectamente y por concesión, los servicios de su competencia que, por su contenido económico, sean susceptibles de explotación empresarial. Esta figura no podrá ser utilizada cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad.

La administración siempre conservará los poderes de supervisión e intervención, necesarios para garantizar la buena marcha de los servicios. La concesión de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter indefinido. Según la naturaleza del servicio, en el reglamento se fijará su duración, que no podrá exceder de veinticinco años.

(...)”⁹⁴. LCA 7494/1995.

En el contrato de concesión, la administración funge como parte, también como fiscalizador y como socio, es un contrato que esquivaba un análisis previo integral. En

⁹⁴ Costa Rica. Ley 7494/1995 de la Contratación Administrativa, de 8 de junio. La Gaceta número 110, alcance 20.

general, se parte del supuesto de que la concesión significa, en definitiva, la gestión de un servicio público por un particular ajeno a la administración⁹⁵.

El objeto en el contrato de concesión de servicio público es la misma prestación del servicio. En este sentido, nos advierte la Procuraduría:

“Tal sucede con el primero de los deberes impuestos al concesionario, consistente en el deber de prestar el servicio objeto de la concesión. Las distintas leyes sobre concesiones de servicios públicos no sólo imponen al concesionario el deber, sino que establecen que si el concesionario lo incumpliera (antes o después de la apertura al público del servicio)- el concedente no sólo podrá requerir al concesionario para que cumpla, sino que también podrá sustituirle y realizar cuanto se hubiera omitido por el concesionario y a costa de este, pudiendo llegar a imponer como sanción por incumplimiento de la obligación en cuestión la caducidad de la concesión por incumplimiento del concesionario”⁹⁶.

En el contrato de concesión, el objeto público es la prestación misma del servicio, lo cual debe hacerse de forma continuada en el tiempo. El Estado delega el ejercicio de su poder-deber en un particular, de acuerdo con las reglas establecidas en un contrato de concesión. El particular, en cumplimiento del acuerdo de concesión, está obligado a alcanzar o cumplir el objeto público del contrato, el cual es la prestación del servicio. Su fracaso llevará ligada la caducidad de la concesión.

⁹⁵ Ver MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN. El Incumplimiento en la Concesión de Servicio Público. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid, 1981. Pág. 69.

⁹⁶ Dictamen C-028-82 del 16 de febrero de 1982. Procuraduría General de la República.

Los contratos de concesión están regidos por el derecho administrativo, el cual tiene reglas bien establecidas para lograr la creación de la voluntad del Estado. El imperativo está estipulado en la Constitución, en el artículo 182:

ARTÍCULO 182.- Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo (Constitución Política de Costa Rica).

En la resolución 998-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se realiza un análisis histórico-teleológico de esta norma:

“El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darles solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de “los contratos sin licitación”, que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la oposición (Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente), de donde nació la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente Castro Sibaja”⁹⁷.

⁹⁷ Voto 998-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

A todo lo largo y ancho de la doctrina administrativa, hay un conflicto en la definición de lo que es el contrato de concesión. Para parte de la doctrina es un contrato administrativo clásico, entendido este como que el Estado se obliga frente a un operador privado, y otros afirman que el contrato de concesión es un acto unilateral del Estado, por ser este el que fija las condiciones para otorgar el servicio, así como las tarifas y, en general, ejerce controles estrictos sobre el concesionario.⁹⁸ Como es usual en estas discusiones, existe una tercera opción que *“...se ofrecerá como alternativa aglutinante a las dos anteriores. Esta tercera posición demostrará los componentes ficticios del antagonismo anterior y fijará la importancia del momento del nacimiento de las relaciones concesionales, constatando además la existencia de un cierto proceso de contratación, que se comprobará más tarde”*⁹⁹.

En el Derecho español, históricamente, se ha visto a la concesión como un contrato de la administración.

“En efecto, por la Real Orden de 10 de octubre de 1845, se aprueba la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas. En su art. 5.º (sic) se determina que estas obras públicas pueden realizarse por contrata, por empresa o por administración. La celebración por empresa se refiere a la concesión:

“En las obras por empresa, la administración contrata con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas; y

⁹⁸ Ver Miguel Domínguez y Berrueta de Juan. El incumplimiento en la Concesión de Servicio Público (Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1981). Págs. 19-32, y Luis E. Chase Plate et al. Contratos Administrativos – Contratos Especiales – Tomo II (Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L, 1982). Págs. 115-137.

⁹⁹ Miguel Domínguez y Berrueta de Juan. El incumplimiento en la Concesión de Servicio Público (Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1981). Pág. 21.

cuando estas no sean suficientes, estipulando concesiones en compensación de la industria de los empresarios o del capital que adelanten, de lo cual resultará a su favor, en los más de los casos, un privilegio por tiempo determinado”.

El criterio económico parece ser la razón determinante de la elección de un sistema o de otro”¹⁰⁰.

La concesión es un acto contractual de la administración. Muchos teóricos niegan la posibilidad de que la administración pueda obligarse de la misma forma que se exige a un ente privado; sin embargo, es indudable que de la concesión nacen derechos del concesionario que deberán ser debidamente indemnizados, en caso de que la administración los anule o irrespete.

En su libro, *Contratos administrativos*, los juristas de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo nos advierten:

“Un examen atento del objeto de la concesión de servicios impide aceptar la teoría del acto mixto, siendo la del contrato de derecho público, la única tesis admisible en cuanto a la naturaleza de esta concesión. A diferencia de lo que señalan muchos autores, que consideran que en la concesión el particular adquiere derecho a la organización y el funcionamiento del servicio, creemos que los aspectos relativos a la organización y el funcionamiento del servicio no pueden ser objeto de un contrato de concesión. Si estamos frente a una actividad que debe ser asegurada por la

¹⁰⁰ Miguel Domínguez y Berrueta de Juan. El incumplimiento en la Concesión de Servicio Público (Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1981). Pág. 24

administración, es ineludible que las reglas de su organización y funcionamiento sólo pueden ser fijadas por esta.

El objeto del contrato no es la organización y el funcionamiento de un servicio público, sino la prestación del servicio por parte del particular. La organización y funcionamiento del servicio es siempre de exclusiva competencia de la entidad pública, ya lo preste por sí o por medio de concesionarios. La entidad pública no puede despojarse de su incumbencia en este aspecto. Por ello, nunca puede existir concesión del servicio en su integridad, sino que lo que se transfiere es solamente la ejecución del servicio, dentro de las normas de organización y funcionamiento que fija la administración.

b) Las reglas de organización y funcionamiento son fijadas siempre por la administración, sea que esta preste el servicio por sí o por medio de concesionario. La situación reglamentaria del concesionario o el acto reglamentario dentro del pretendido acto complejo de la concesión, no proviene del contrato, sino del estado de subordinación jurídica en que se encuentra frente al servicio por parte de la administración de sus potestades reglamentarias en materia de organización y funcionamiento del servicio. Los aspectos reglamentarios no dependen de la voluntad de las partes, plasmada en el acuerdo, sino de los poderes de imperio que posee el Estado.

c) En consecuencia, sobre lo único que puede versar el acuerdo de voluntades es sobre todos aquellos aspectos que escapan a la organización y funcionamiento del

servicio y que constituyen en general la ecuación económica de la concesión. Sobre los primeros aspectos regirán los principios generales que regulan la actividad administrativa. Sobre los segundos versa exclusivamente, y como una figura jurídica homogénea, de carácter contractual, la concesión de servicios.

d) El contrato de concesión de servicios se regula fundamentalmente por el Derecho Público. Sin perjuicio de entender que la distinción entre contratos de Derecho Público y contratos de Derecho Privado es relativa y se refiere a la mayor o menor posibilidad de aplicación de uno y otro derecho en cada clase de contrato, en la concesión de servicios es donde se aprecia más claramente, dentro de la amplia variedad de contratos que celebra la administración en la actualidad, la aplicación preponderante del Derecho Público”¹⁰¹.

Estos rasgos nos permiten llegar a una definición de la **concesión de servicios como el contrato de la administración, mediante el cual la entidad pública encargada de asegurar el acceso a determinado servicio, acuerda con un tercero su prestación temporal , delegando las potestades administrativas así como las responsabilidades y riesgos relacionados, todo bajo el régimen jurídico administrativo.**

Esto nos permite enumerar las siguientes características sobre el contrato de concesión de servicio público:

“a) Es un contrato de la administración y no un acto unilateral ni un acto mixto.

¹⁰¹ Contratos Administrativos - Contratos Especiales - Tomo II (Buenos Aires : Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1982). Pág 134

b) Es un contrato en el cual se aplica el Derecho Público preponderantemente sobre el Derecho Privado.

c) La concesión sólo es admisible en aquellos servicios o cometidos estatales respecto de los cuales no está impuesta la prestación exclusiva por entidades estatales.

d) El objeto del contrato es solamente la ejecución del servicio, con prescindencia de los aspectos de organización y funcionamiento, de los cuales la administración no puede despojarse.

e) La concesión debe ser un contrato con plazo, no siendo admisible en el derecho moderno, una concesión a perpetuidad.

f) Para poder prestar eficazmente el servicio, el concesionario está dotado de poderes jurídicos en ciertas áreas, similares a aquellos de que dispondría la administración si prestara directamente el servicio.

g) En el aspecto económico, la concesión se presta bajo la exclusiva cuenta y riesgo del concesionario, a quien pertenecerán también las eventuales ganancias que la ejecución del servicio produzca y quien soportará las pérdidas que deriven del álea económico normal.

h) La administración concedente mantiene en todo momento poderes de vigilancia y control sobre la gestión del concesionario, en sus distintos aspectos.

i) Al concesionario se lo retribuye, no con una suma que pague la administración, como ocurre en otros contratos, sino con el precio que pagan los usuarios del servicio”¹⁰².

Como veremos más adelante, en Costa Rica, el párrafo g no aplica en nuestra legislación. En nuestro país, en todos los contratos de la administración, el concesionario siempre tiene derecho a un equilibrio económico en el contrato, por lo que legalmente no debe soportar pérdidas. Siempre tiene que existir una rentabilidad para el concesionario, o de lo contrario esta está legitimado a solicitar una indemnización por parte del Estado. Así está estipulado en el artículo 31 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos:

“(…) No se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestadoras del servicio público”¹⁰³.

Estas reglas básicas de Derecho deben ser cumplidas y tomadas en cuenta para la elaboración de las reglas de establecimiento de tarifas, sean estas basadas en el principio de servicio al costo, el *Rate of Return* o el sistema de incentivos (*price cap*). Todas estas formas de cálculo de tarifas son susceptibles de cumplir con los fines de la ley, porque como ya se determinó anteriormente, son criterios técnicos que sirven para realizar un cálculo de la tarifa y ninguno excluye de forma expresa los requerimientos legales necesarios.

¹⁰² *Ibíd.* Pág 136.

¹⁰³ Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, artículo 31.

El objeto de esta explicación es aclarar el funcionamiento del contrato de concesión en Costa Rica, y demostrar que el marco jurídico del transporte público no sólo requiere de flexibilidad sino de cumplimiento de la totalidad del ordenamiento.

Capítulo tercero: Eficiencia de la ruta Pavas-San José

El problema evidente en el análisis del principio al costo desde el punto de vista jurídico es su dimensión eminentemente técnica. Desde un punto de vista técnico, existen numerosos defensores de este principio en el Sector Público; sin embargo, desde un punto de vista jurídico, su implementación y su obligatoriedad legal (tal y como está establecida actualmente) no han sido analizadas.

Es necesario adentrarnos en algunos aspectos técnicos que han sido analizados en la ruta Pavas-San José para determinar algunos hechos clave en este análisis. Específicamente, procuraremos analizar la eficiencia del sistema. Desde un punto de vista jurídico, la eficiencia tiene el significado que le dé la técnica, pues estamos ante un término que tiene que ver con uso de materiales y producción, tal y como se definió anteriormente.

Desde 1984, el Ingeniero Leonardo Castro Rodríguez presentó en la Universidad de Berkeley un informe denominado “Un estudio de alternativas de tránsito para el Área Metropolitana de San José”. Este es el primer intento para avanzar en la eficiencia real del sistema, desde el punto de vista de la planificación urbana. En 1992, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes contrató un grupo de especialistas para realizar el “Plan Maestro del transporte urbano en la Gran Área Metropolitana”, en el cual se define la inversión en transporte público como prioritaria. Este plan propone un sistema

intersectorial, para evitar el congestionamiento de autobuses en el centro de la ciudad. En 1999, se presenta un informe denominado “Reorganización del transporte público en el Área Metropolitana de San José”, en el cual se recomienda un nuevo sistema de organización, dejando de lado el sistema actual, el cual congestiona todas las rutas al centro de la ciudad, por un sistema de rutas radiales e intersectoriales, para descongestionar el centro y crear más espacio para todas las unidades rodantes. El estudio más reciente es del 2007, denominado “Estudio de oferta y demanda de transportes de la GAM”, en el cual se encuentra una propuesta que incluye un tren interurbano y un sistema de rutas con servicios radiales troncalizados y servicios intersectoriales¹⁰⁴. Todos los planes comparten algunas características comunes, entre las cuales destacamos que ninguno ha sido implementado siquiera parcialmente (con éxito) y todos requieren de una mayor sincronización del servicio.

El cantón de Pavas contaba con una población de 71.384 personas de acuerdo con el Censo Nacional del 2011. El 75% de los traslado de las personas se realiza por medio del transporte público en autobús. En respuesta a la alta demanda, concentrada principalmente en la ruta 104 desde el Estadio Nacional, se propone la realización de una ruta primaria y de cinco secundarias. La utilización de este esquema, y la implementación del uso de buses articulados para la ruta, lograría una disminución de costos para la implementación del sistema.

¹⁰⁴ Rafael Solano, Análisis del corredor de Pavas para la mejora del servicio de transporte público. (San José: Universidad de Costa Rica, Trabajo Final de Graduación, Facultad de Ingeniería, Escuela de Ingeniería Civil, 2013), pp. 3-7.

“Para el transportista, el sistema lograría disminuir los costos de operación, ya que las unidades de transporte público al poseer carriles exclusivos se ven poco afectadas por la congestión de los vehículos particulares; de la misma manera, al reducir los tiempos de viajes y la cantidad de unidades en las carreteras, se disminuyen los costos

(...)

Costa Rica es un país que posee como meta alcanzar la carbono neutralidad; el desarrollo de sistemas de transporte público masivos, como el que se propone en este trabajo, ayudarían a proteger el ambiente mediante el ahorro de combustibles y la disminución de la contaminación”¹⁰⁵.

Capítulo cuarto: El principio de adaptabilidad y el servicio al costo

El principio de adaptabilidad, descrito en el primer capítulo de este trabajo, proviene del análisis de la doctrina francesa clásica y se puede definir como la necesidad de adaptar las condiciones y reglas aplicables a los servicios públicos de acuerdo con los cambios circunstanciales que surgen en la sociedad. En este sentido, existe una corriente de reforma de los sistemas reguladores, la cual está haciendo su aparición en la doctrina especializada. Este cambio de paradigma está dirigido a cambiar la visión de la regulación como mero control de las empresas que brindan el servicio, a un sistema en el que el Estado se consagra como defensor de los usuarios y promotor de la eficiencia económica,

¹⁰⁵Rafael Solano, Análisis del corredor de Pavas para la mejora del servicio de transporte público. (San José: Universidad de Costa Rica, Trabajo Final de Graduación, Facultad de Ingeniería, Escuela de Ingeniería Civil, 2013), pp. 96-100.

la cual no sólo repercute en una prestación de los servicios regulados más eficiente desde un punto de vista energético y de insumos, sino que además puede generar un mayor beneficio económico para el operador, a un menor costo para el usuario.

“En lugar de la obsesiva ideal del control a posteriori de los costes, a efectos de su reconocimiento o no en tarifa, una regulación conforme al mercado tratará de ofrecer incentivos que empujen a las empresas a operar más eficientemente, obteniendo así una mayor cuota de mercado o un mayor beneficio. El objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella. Por tanto, los aspectos fundamentales a los que se tiene que orientar son dos: garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate, y establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer. En la medida en que, para obtener estos fines, sea necesario e imprescindible intervenir en la actividad y en las decisiones empresariales, estará justificada la regulación¹⁰⁶”.

Como vemos, este es un ejemplo de la aplicación del principio de la adaptabilidad, en el que se concede un cambio en el enfoque de qué debe cumplir la regulación en relación con el regulado y al usuario, por existir nuevas necesidades económicas en el mercado y existir en la actualidad, además, una importante necesidad de cumplir objetivos de eficiencia en cuanto al uso de los recursos en la prestación del servicio. Al establecerse los

¹⁰⁶ Gaspar Ariño. Principios de derecho Público Económico (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003), p. 589.

primeros marcos regulatorios, la congestión vial no era tan aguda como lo es ahora, y la cantidad de usuarios se ha elevado sustancialmente. Esto genera que exista una necesidad apremiante de revisar el modelo tarifario para incentivar la eficiencia tanto del uso de unidades como del uso de la superficie de rodamiento. Como ya se determinó anteriormente, el servicio al costo no es el método idóneo para la promoción de la eficiencia del operador del servicio, por lo que es importante flexibilizar la visión de la ley para permitir al menos el ensayo de otros métodos de cálculo tarifario.

TÍTULO QUINTO

JURISPRUDENCIA

Capítulo primero. Equilibrio económico del contrato

1. Voto 180-F-2011 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

a. Equilibrio económico del contrato

En este voto, la Alta Cámara consideró que el concesionario de la ruta tiene un derecho general al equilibrio económico del contrato, el cual debe ser debidamente solicitado a la ARESEP mediante el procedimiento establecido en la ley o reglamento correspondientes:

“Para el recurrente, a la actora le asiste el derecho a que se mantenga el equilibrio de la ecuación financiera de la concesión, derecho que, en criterio de esta Sala, surgió a partir de la fijación de tarifas dispuesta en la resolución no. RRG-6761-2007, emitida por el Regulador General a las 11 horas 15 minutos del 9 de julio de 2007 y publicada en La Gaceta no. 138 de 18 de julio de 2007 (que como se indicó, lo fue en el ejercicio por parte del Regulador General, de la potestad de revocación de los actos administrativos dispuesta en el artículo 152 de la LGAP). Sobre el particular, esta Sala ha indicado que “...el concesionario tiene un derecho general, abstracto al equilibrio económico, más no posee un derecho subjetivo al aumento tarifario.”, que se constituye “...en una expectativa de derecho, una situación jurídica de ventaja, que pretende sea declarada y con ello, busca precisamente constituir un derecho a percibir una tarifa mayor a la vigente. ...” (Resolución no. 577-F-2007 de las 10 horas 20 minutos del 10 de agosto de 2007). En este sentido, el Tribunal fue

*claro en señalar, que todo concesionario ostenta un derecho al equilibrio económico financiero en el curso de la ejecución de su contrato, como máxima que se desprende del marco del Constitución Política, y contenido de manera expresa en la letra del artículo 31 de la Ley no. 7593. “...Sin embargo, pese a que el equilibrio financiero se constituye como un derecho del contratista, dentro de estos, el concesionario de transporte remunerado de personas, ello no supone un derecho subjetivo al incremento tarifario. En efecto, si bien el citado equilibrio es una máxima de equidad en las cargas contractuales, el aumento tarifario se encuentra sujeto al cumplimiento de exigencias y trámites que determinan la pertinencia o no de ese incremento. No otra cosa puede desprenderse de la relación de los ordinales 30 y 33 de la Ley número 7593 en cuanto imponen el deber de satisfacción de requisitos y motivación de las peticiones tarifarias. [...] De ese modo, la tarifa se constituye en un mecanismo para llegar al equilibrio económico, mas no es una consecuencia o efecto automático de dicho derecho. En este sentido, trata de un derecho de carácter general cuya concreción pende de la configuración de los presupuestos fácticos que en cada caso permite el ajuste económico. En esos términos, en materia de transporte público, la Ley número 3503 dispone que la variación en las tarifas requiere de la variación sustancial. No obstante, esa sola variación no genera *per se*, y en todos los casos, el derecho al incremento, sino solo a una expectativa al ajuste tarifario”. Incluso, se apoya en dos resoluciones judiciales, una, la de esta Cámara, y la otra, de la Sala Constitucional, no. 5153 de las 10 horas 39 minutos del 17 de junio de 1998, en que se establece que, tratándose de la prestación de un servicio público*

por parte de una concesionaria, no se está frente a la existencia de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, porque debe ajustarse a una serie de regulaciones, “...en cuenta el establecimiento de una tarifa, que no depende del mercado, sino de la fijación que realiza la autoridad administrativa”. A partir de lo anterior, el fallo no incurre en la violación alegada, por lo que el cargo debe rechazarse”¹⁰⁷.

El rango de acción otorgado a la ARESEP como órgano técnico encargado de la fijación de tarifas está delimitado por los imperativos legales relacionados con el ejercicio de esa actividad. Este marco jurídico afecta también al administrado, quien debe seguir los procedimientos solicitados tanto por el ordenamiento mismo como por la ARESEP, para poder optar a ejercer derechos tan fundamentales al contrato como, por ejemplo, el equilibrio financiero del contrato.

El equilibrio financiero del contrato y el método de cálculo de la tarifa se separan conceptualmente en esta resolución. De acuerdo con lo analizado hasta ahora en este trabajo, el procedimiento específico de establecimiento de la tarifa está supeditado a diversos métodos técnicos para su promulgación. El enlace entre la tarifa y el costo del servicio generarían, en teoría, el mencionado equilibrio financiero del contrato. Al establecerse la tarifa por encima del costo, según la información técnica analizada, el monto de la tarifa por persona debería siempre ser mayor al costo por persona. Este procedimiento es convertido a números concretos por parte de la ARESEP, la cual es la encargada de establecer las tarifas, como advierte la resolución.

¹⁰⁷ Voto 180-F de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

La tarifa sería un estado previo al equilibrio económico, una herramienta mediante la cual el equilibrio económico se podría cumplir.

2. Voto 577 – F – 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

a. Equilibrio económico del contrato

El concepto de equilibrio económico del contrato, entendido como un derecho general, el cual puede considerarse subjetivo en favor del concesionario sólo si cumple con los requisitos formales y económicos establecidos por la Autoridad Reguladora.

Es interesante, también, el concepto jurisprudencial de servicio público impropio, el cual se constituye cuando un servicio público es brindado por un tercero por delegación expresa de la administración. Este servicio, a pesar de ser brindado y financiado en su totalidad por un tercero de carácter privado, se considera público por el gran impacto social que genera y por los intereses de la colectividad intrínsecos a la actividad.

“Derecho al equilibrio financiero. El Estado está llamado a satisfacer los intereses públicos, mediante el despliegue de una serie de actividades y conductas que permitan ofrecer la prestación de servicios esenciales. Es precisamente esa satisfacción su finalidad intrínseca, propia de su dimensión teleológica. Desde este plano, el marco normativo le impone, como derivado de una percepción positiva del principio de legalidad, un deber prestacional de los servicios públicos, actividades que guardan una especial vinculación de utilidad con el interés público y que por tal, deben ser objeto de una cobertura eficiente, igualitaria, continua y adaptable (doctrina del numeral 4 de la Ley General de la Administración Pública). Para ello, es

claro que no en pocas ocasiones, no cuenta con los medios económicos y materiales que le permitan realizar de manera directa las conductas requeridas. Por ende, el Ordenamiento Jurídico le ofrece alternativas viables que permiten cumplir con este cometido, entre otras, la contratación administrativa. En este sentido, surge la figura de la concesión de servicios, contrato mediante el cual, la administración concede a un tercero la ejecución de una actividad que en principio le incumbe asegurarla. Se trata de los denominados servicios públicos impropios. En estos supuestos, se está frente a relaciones bilaterales con efectos trilaterales, pues si bien el contrato administrativo se suscribe entre el Estado y el concesionario, esa relación jurídico administrativa tiene incidencia directa en la esfera jurídica de los destinatarios del servicio. Esto es evidente si se considera que la vinculación con el contratista lo es para la satisfacción de necesidades de la colectividad. En la suscripción del contrato convergen el Estado y el operador del servicio, pero ya en el ámbito de su ejecución, la relación es triangular pues se incluye dentro del marco de sus efectos al usuario, quien recibe el servicio, debe pagar al concesionario por esa prestación y la administración concedente debe fiscalizar la actividad y fijar el precio o tarifa. Más simple, el concesionario opera el servicio delegado por el Estado acorde con lo dispuesto por el concedente, quien controla y fiscaliza la prestación eficiente en beneficio del usuario (finalidad). Este último a su vez constituye el parámetro de satisfacción y a la postre, objeto primordial del contrato, pero en contraprestación, debe pagar el precio fijado por la administración. Por su parte, esta debe procurar la armonía de las partes comprometidas, procurando siempre la prosecución del

interés público en los términos del canon 113 de la Ley General de la Administración Pública. El régimen jurídico de esta vinculación administrativa se sustenta sobre dos principios esenciales. Primero, la delegación no supone la desvinculación del Estado del servicio. Todo lo contrario, siendo una actividad que en tesis de principio le corresponde ejecutar, debe mantener una vigilancia, fiscalización y control de la prestación del servicio, lo que se concreta en varios niveles. Por un lado, es competencia del órgano o entidad pública la definición de los criterios bajo los cuales debe prestarse el servicio, lo que incluye el régimen de explotación propiamente, dentro de este, el detalle de cómo debe ejecutarse el servicio y los aspectos remunerativos. Por otro, en el marco de sus potestades de tutela, debe propiciar la ejecución debida y oportuna del servicio a fin de asegurar que se ajuste a los términos que ha establecido para ello, de modo que cumpla con su finalidad de satisfacer necesidades colectivas. Esta última dimensión le permite imponer sanciones por el incumplimiento de las condiciones pactadas, por prestación deficiente o bien reorientar la conducta del concesionario a su debido cauce. Segundo, es necesario asegurar al concesionario el beneficio económico que ha sido convenido. Es claro que el particular ingresa en la relación jurídico administrativa para obtener un lucro, en este caso, producto de la explotación de un servicio público. De lo anterior se desprende que incumbe al concedente fijar todo lo relacionado con la organización y funcionamiento del servicio, en lo cual, le acude la potestad de modificación unilateral del contrato. Como derivado, el concesionario debe prestar el servicio acorde con esas reglas. Ahora bien, esta potestad de

establecer las condiciones de la concesión puede referirse a aspectos técnicos, comerciales o económicos. Parte de esos referentes es precisamente la tarifa del servicio. Como en todo contrato administrativo, el concesionario tiene un derecho a que se mantenga el equilibrio de la ecuación financiera de la concesión. Sobre el particular, el tema ya ha sido de extenso desarrollo por parte de la Sala Constitucional, entre muchos otros, en los votos 998-98 y 6432-98. En este último puntualizó en lo relevante: “Desde este punto de vista y siguiendo lo ya dicho por la Sala en sus sentencias Nos. 785-90 y 1801-90, los reajustes de precios no son de carácter contractual, de tal forma que las partes puedan libremente pactarlos o no, sino que están reconocidos en todo contrato que se celebre con el Estado (en sentido lato), para obtener la compensación de los mayores costos causados en la ejecución del objeto convenido, derecho que nace a la vida jurídica desde el momento en que se presenta la oferta respectiva. En síntesis, los reajustes de precios no constituyen una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino, más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, es el pago integral del precio, para que no exista, ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado...” Una de las características que diferencian la concesión de servicios de otros contratos administrativos es que el precio no está a cargo de la administración, sino de los usuarios, quienes pagarán directamente al concesionario la tarifa que de antemano ha fijado el concedente, la que en orden a la convergencia de los diversos

intereses en juego, debe ser justa y equilibrada, de manera que se permita al operador obtener una ganancia, y al usuario pagar lo debido por un servicio de calidad. Por ende, cuando se den variaciones importantes que impliquen una distorsión que atente contra los niveles de utilidad que fueron establecidos de antemano, debe ser ajustada, a fin de que se permita la suficiencia económica para prestar el servicio, reinvertir para mantener o mejorar su calidad y obtener el lucro pactado. Así visto, el reajuste procura restituir el valor real de la obligación; ergo, su naturaleza no es indemnizatoria, sino restitutoria. Entonces, el concesionario tiene un derecho general, abstracto al equilibrio económico, más no posee un derecho subjetivo al aumento tarifario. Lo anterior debido a que este efecto pende del cumplimiento de una serie de condiciones, y dentro de ellas, la más relevante, que los términos económicos inicialmente previstos, se hayan alterado de manera que para mantener esa armonía, sea necesario el aumento del precio, pues si no existe esa condición, se generaría un beneficio ilegítimo para el operador, en perjuicio del usuario. La tarifa debe ser un medio de retribución, justo y razonable, que permita amortizar la inversión que se ha realizado para la prestación debida del servicio público, y además, permitir la reinversión en la actividad de manera tal que el servicio continúe siendo eficiente, así como un margen de utilidad. Los postulados que subyacen en el concepto mismo de servicio público justifican y exigen que la tarifa funja como un medio que permita mantener un nivel de calidad apto en el servicio¹⁰⁸”.

¹⁰⁸ Voto 577-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Es interesante notar cómo se asocia también la relación del usuario con el equilibrio económico del contrato, en el sentido de que el usuario debe recibir un servicio de calidad a un precio justo. Es decir, el concesionario no es el único que tiene derecho a un equilibrio en la relación obligacional creada por el servicio público, sino también el usuario tiene derecho a que el monto que paga como retribución por el servicio de transporte sea razonable, en el sentido de que sea un servicio de calidad a un precio acorde con su conveniencia.

Capítulo segundo. Modelo econométrico

La potestad de fijar las tarifas le corresponde, indudablemente, a la ARESEP.

“En los contratos de concesión de servicio público (dentro de estos el de transporte remunerado de personas), de conformidad con lo estatuido por los artículos 5, 30 y 31 de la Ley no. 7593, corresponde a la ARESEP fijar las tarifas que deben pagar los usuarios por su prestación. Ese cálculo, ha de realizarse conforme al principio del servicio al costo, en virtud del cual, según lo puntualizado por el numeral 3 inciso b) de la Ley no. 7593, deben contemplarse únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad.”¹⁰⁹

La ARESEP tiene las potestades legales para establecer las tarifas; sin embargo, esta potestad se ve limitada por el artículo 3 inciso b, de la ley 7593 (Ley de Creación de la

¹⁰⁹ Voto 577-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos), el cual obliga a la ARESEP a contemplar **únicamente** los costos necesarios para prestar el servicio.

Es interesante cómo los magistrados denominan “retribución” y no precio al monto determinado por la ARESEP por ser pagado por los usuarios. Además, según el discurso legal costarricense, el esquema tarifario de servicio al costo permite una retribución (precio) competitiva, lo cual es correcto desde el punto de vista legal, pero es falso desde el punto de vista real, fáctico y técnico.

Esta capacidad poder-deber de la ARESEP para fijar tarifas se ve limitada aún más bajo criterios legales, que como hemos visto a lo largo de este trabajo, nunca han sido revisados bajo la perspectiva de la pericia técnica, a pesar de ser aplicables a actividades económicas con un alto grado de complejidad.

“Para tales efectos, el ordinal 32 ibidem establece una lista enunciativa de costos que no son considerados en la cuantificación económica”¹¹⁰.

La finalidad, al menos en el papel, del servicio al costo, es alcanzar un precio justo, un equilibrio entre los intereses de los varios actores de la dinámica, para que no sólo exista un servicio competitivo sino que también haya justicia para el empresario que presta el servicio. Además, se incluyen cláusulas para fomentar la pequeña empresa.

“Para tales efectos, el ordinal 32 ibidem establece una lista enunciativa de costos que no son considerados en la cuantificación económica. A su vez, el numeral 31 de ese mismo cuerpo legal establece pautas que también precisan la fijación, como es el

¹¹⁰ Voto 577-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

fomento de la pequeña y mediana empresa, ponderación y favorecimiento del usuario, criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, eficiencia económica, entre otros. El párrafo final de esa norma expresa que no se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestatarias, postulado que cumple un doble cometido. Por un lado, se insiste, dotar al operador de un medio de retribución por el servicio prestado que permita la amortización de la inversión realizada para prestar el servicio y obtener la rentabilidad que por contrato le ha sido prefijada. Por otro, asegurar al usuario que la tarifa que paga por el transporte obtenido sea el producto de un cálculo matemático en el cual se consideren los costos necesarios y autorizados, de manera tal que se pague el precio justo por las condiciones en que se brinda el servicio público. Este aspecto lleva a que el proceso tarifario constituya una armonía entre ambas posiciones, al punto que se satisfagan los derechos de los usuarios, pero además el derecho que se deriva del contrato de concesión, de la recuperación del capital y una ganancia justa. Por ende, si bien un principio que impregna la fijación tarifaria es el de mayor beneficio al usuario, ello no constituye una regla que permita validar la negación del aumento cuando técnicamente proceda, siendo que en esta dinámica debe imperar un equilibrio justo de intereses, lo que logra con un precio objetivo, razonable y debido. En su correcta dimensión implica un servicio de calidad a un precio justo. Con todo, el incremento tarifario dista de ser un fenómeno automático. Está sujeto a un procedimiento y su viabilidad pende de que luego del análisis técnico, se deduzca una insuficiencia económica. En este sentido, la ARESEP se constituye en la autoridad pública que,

mediante sus actuaciones, permite la concreción de esos postulados que impregnan la relación de transporte público. Sus potestades excluyentes y exclusivas le permiten establecer los parámetros económicos que regularan el contrato, equilibrando el interés del operador y de los usuarios”.

Asimismo, al analizar más a fondo la jurisprudencia, se encuentra que para que el concesionario pueda solicitar un aumento, debe realizarse de previo un análisis técnico que deduzca una insuficiencia económica. Esto significaría que ya cuando el empresario dejó de percibir lucro por su actividad, es decir, cuando sus costos son mayores a sus ingresos y existe una insuficiencia económica para hacer frente a sus responsabilidades pecuniarias, entonces puede solicitar un aumento para que se equilibre el interés del operador y de los usuarios.

Vemos, entonces, que el equilibrio económico del contrato en la concesión de servicio de transporte por autobús es secundario para la legislación. El concesionario tiene derecho a solicitar un re-equilibrio de la relación, lo cual significa que para su operación, trabajar bajo un esquema en el que los costos operativos son mayores a los ingresos sería usual. El derecho no protege su lucro, y tampoco protege su equilibrio económico. Lo que hace es restablecer un equilibrio roto previamente, por lo que la situación financiera del concesionario sería constantemente precaria.

“VI.- Procedimiento tarifario en transporte público. Generalidades. *La fijación de las tarifas que rigen en las relaciones de concesiones o permisos de transporte colectivo remunerado de personas en vehículos modalidad buses y microbuses, se*

encuentra regulado en la Ley que rige esa actividad, no. 3503 del 10 de mayo de 1965 y por la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, no. 7593 y su reglamento, Decreto Ejecutivo no. 29732-MP. A tono con lo dispuesto por el canon 30 de la Ley no. 3503, corresponde a la otrora Comisión Técnica de Transportes (hoy en día, Consejo de Transporte Público conforme a la Ley no. 7969 del 22 de diciembre de 1999), establecer las tarifas para este servicio y a la Autoridad Reguladora, aprobarlas, improbarlas o modificarlas. El procedimiento podía iniciarse de dos maneras, la primera, por acción directa del MOPT, al menos una vez al año. Además, por solicitud del operador, quien al efecto debía demostrar, en lo medular, que la variación en la estructura de costos ha producido una alteración de al menos un 5% en el equilibrio económico del servicio. En ese último caso, los operadores o agrupaciones organizadas tenían que presentar la gestión de revisión tarifaria ante la Comisión Técnica de Transportes, quien luego del examen de rigor, emitía una recomendación dirigida a la ARESEP. En la actualidad, ante la emisión de la Ley no. 7969 del 22 de diciembre de 1999 y la Ley de Protección al Ciudadano de Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, no. 8220 del 4 de marzo del 2002, las peticiones de esa naturaleza se tramitan directamente en la entidad reguladora. La recomendación del MOPT queda entonces reservada para las fijaciones que se inicie de oficio, no así las que se originen a gestión de parte, las que pueden plantearse de manera directa ante la ARESEP. Es decir, conforme al marco regulatorio, la Comisión Técnica realizaba un cálculo preliminar, que remitía a la ARESEP, la cual luego del procedimiento establecido en su Ley Constitutiva y Reglamento respectivo (Decreto

Ejecutivo No. 29732-MP), fijaba la tarifa definitiva, vigente a partir de su publicación en el Diario Oficial (artículo 34). Desde luego que las peticiones trasladadas a la Autoridad Reguladora deben satisfacer las exigencias de forma y fondo que disponen su Ley Constitutiva y Reglamento, encontrarse justificadas y haber cumplido condiciones establecidas por la ARESEP en fijaciones anteriores (numeral 33 Ley no. 7593)”.

La decisión de modificar la tarifa le corresponde a ARESEP, la cual recibe información técnica, sea del Ministerio de Obras Públicas y Transportes o del concesionario, en caso de que exista un desequilibrio en la ecuación financiera del contrato.

“Es decir, el análisis económico que se realiza a través del sistema de cálculo es el que debe determinar y fundamentar el acto tarifario. Ciertamente, la aplicación de ese modelo puede arrojar resultados diferentes a los obtenidos en la sede ministerial, (o bien distintos a lo pretendido por el gestionante en las fijaciones iniciadas por petición de parte), lo que como en este caso, puede ocurrir por la actualización de costos al momento de realizar o “correr” la fórmula, o bien, producto de la valoración distinta de algunas variables. No obstante, cuando el examen refleje la necesidad del incremento y se han satisfecho los requisitos pertinentes, no existe discrecionalidad para dictar el rechazo, alegando razones ajenas a la técnica. Ergo, en ese tanto opera una reducción a cero de las potestades inicialmente discrecionales, siendo que una vez realizado el cálculo, es el resultado de esa operación la que determina y precisa el contenido de la decisión. Así se desprende del canon 57 inciso c) de la Ley no. 7593, cuando señala que corresponde al

Regulador General resolver las solicitudes de tarifas, de conformidad con los estudios técnicos de las unidades internas de la ARESEP. Lo opuesto comportaría un riesgo de que por cuestiones ajenas a la técnica, no se otorgue un aumento cuando se ha logrado comprobar que existe un desequilibrio financiero que debe ser ajustado, o bien, que se mantenga una tarifa que acorde con el análisis económico, otorga al operador un beneficio excesivo en perjuicio del usuario. Cabe resaltar que siendo que la tarifa procura compensar la inversión inicial, otorgar la utilidad pactada pero además, un componente para reinventir en la calidad del servicio, mantenerla en su debido nivel económico propicia la eficiencia del servicio”¹¹¹.

Si el operador logra probar un desequilibrio aplicando el modelo utilizado por ARESEP, entonces el Regulador está inmediatamente obligado a otorgar el aumento correspondiente, a pesar de que a raíz de cálculos propios el mismo modelo econométrico pueda arrojar resultados diferentes a los demostrados por la empresa. Esta afirmación no es liviana, puesto que el modelo econométrico parece tener una claridad muy deficiente y además, parece ser propenso a manipulaciones y manejos antojadizos, tanto por parte de ARESEP como por parte de las empresas.

Es extraño que se establezca una fórmula matemática (la cual debería contar con procedimientos que garanticen que, si se ingresan los mismos valores, se va a tener el mismo resultado) en la que pueden existir profundas diferencias dependiendo de quién aplique la fórmula, si el empresario o ARESEP.

¹¹¹ Voto 577-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En esta sentencia, los magistrados de la Sala realizan una enumeración de las variables incluidas en el modelo econométrico promulgado por el MOPT en 1999.

*“Sobre las variables del cálculo tarifario. En la especie, según se desprende de los autos, mediante acuerdo no. 25 de la sesión 3335 del 26 de agosto de 1999, la Comisión Técnica de Transportes realizó una revisión ordinaria de oficio, de los pliegos tarifarios de todos los concesionarios y permisionarios del transporte remunerado de pasajeros modalidades de autobús, microbús y buseta. Lo anterior, según fundamentó ese órgano administrativo, debido a la escalada de aumentos que derivaban del rápido crecimiento del precio de los hidrocarburos, variación en la remuneración de la mano de obra (salarios) y el cambio en la relación cambiaria del colón respecto del dólar americano, elementos que constituyeron un disparador de costos que excedía el 5% previsto en el artículo 31 de la Ley no. 3503. En lo que interesa de ese acto, se optó por realizar un agrupamiento de las rutas de transporte público de acuerdo con varios criterios, creando para ello, estratos en los que se colocaban a las rutas que contaban con características operativas similares. En tal valoración, la empresa actora fue ubicada dentro del estrato número dos, correspondiente al transporte urbano metropolitano, con trayectos cuyo recorrido se comprendía entre los 5,01 kms y 10 kms. Para tal estrato, los indicadores que se aplicaban al modelo econométrico para obtener la tarifa de referencia fueron los siguientes: **Datos iniciales**, que comprendía información acerca de pasajeros transportados por mes, número de autobuses titulares y de reserva técnica, número de carreras por mes, distancia de la ruta, valor del vehículo nuevo, tarifa actual;*

datos generales; km/ por bus mensual, km/ por pasajeros mensual; **costos variables;** costo de combustible por km, costo de aceite por km, costo de rodamiento por km, total de costos por km, **costos fijos;** valor del vehículo nuevo, precio de llantas, coeficiente de depreciación por año, depreciación de bus mensualmente, depreciación de equipo por mes, depreciación total mensual, coeficiente de rentabilidad de la flota, rentabilidad de la flota por mes, rentabilidad del bus mensual, rentabilidad proveeduría/mes, rentabilidad planta y equipos/ mes, costo total capital, gasto repuestos/ bus/mes, gastos personales/bus/mes, gasto administración/bus/mes, costo fijo por mes, costo fijo por kilómetro, índice de pasajeros por kilómetro; **cálculo de la tarifa;** colones por pasajero. Luego de esa aplicación, se obtenía una tarifa promedio del estrato. En definitiva, la Comisión Técnica concluyó que el impacto de la evaluación al costo para las rutas colocadas en ese estrato era de un aumento relativo del **7,51%**. Para la revisión de cada una de las rutas en forma individual, se fijaron varios pasos de valoración, dentro de los cuales en lo relevante, se consideró la tarifa única por pasajero, la tarifa máxima establecida para cada ruta. Este proceso valoraba la razonabilidad de los incrementos, contrastando la tarifa vigente con la tarifa promedio para cada estrato. En este criterio, si la vigente era mayor a la del estrato, se mantenía la primera. Luego, se evaluaba el ingreso informado, que no debía exceder el tope de los ingresos de cada estrato y, por último, se ponderaba la sostenibilidad y continuidad del servicio. Una vez realizado lo anterior, la Comisión Técnica recomendó que a la empresa actora no correspondía otorgarle aumento. Por su parte, la ARESEP en su

análisis, acogió el procedimiento utilizado por el MOPT en cuanto a sus criterios, a la vez que procedió a actualizar en el modelo econométrico las variables del precio del diesel y de la relación cambiaria del colón respecto del dólar, producto de lo cual, variaron las tarifas de referencia y aumentos relativos propuestos por el MOPT. En definitiva, la ARESEP acogió las recomendaciones de la Comisión Técnica en lo relativo a la improcedencia del aumento tarifario a la empresa accionante. Ante la oposición formulada por la demandante en sede jurisdiccional, el Juzgado estimó que tal acto estaba dictado conforme a derecho, siendo que la tarifa de la operadora era superior a la de referencia y además, sus ingresos superaban los ingresos promedio del estrato, lo que justificaba denegar el aumento ya que la empresa estaba obteniendo ganancias mayores. De ahí, concluyó que no existía desequilibrio financiero, y no se había demostrado la insuficiencia económica, sino que por el contrario, recibía ganancias más arriba que las indicadas en el estrato. Este criterio fue prolijado por el Tribunal, quien agregó que no se había logrado acreditar que esos mayores ingresos le proporcionarían menos o igual utilidad que a los otros autobuseros, a fin de justificar el aumento¹¹²”.

La ley, tal y como correctamente la interpretan y aplican los magistrados de la Sala, genera una situación de conflicto entre las partes. El concesionario de la ruta, al estar constantemente constreñido a probar una situación de precariedad financiera para solicitar que se respete el principio de equilibrio económico del contrato, constantemente

¹¹² Voto 577-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

genera una situación en la que difícilmente el regulador o la autoridad supervisora del sistema de transporte pueda trabajar en forma cooperativa con el concesionario.

“No ha logrado probar la accionante que la incidencia de la variabilidad en los referentes que dieron paso a la revisión tarifaria, le hayan colocado en un estado de desequilibrio financiero, presupuesto elemental para poder acceder a un aumento como el que pretende¹¹³”.

3. Voto 355-F-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

b. Modelo econométrico

Este método de cálculo utiliza información sobre los costos de las compañías concesionarias para establecer el monto de la tarifa, de acuerdo con un cálculo directamente basado en la estructura de costos proporcionada. El modelo econométrico toma en cuenta solamente variables relacionadas con los costos del servicio y con las características de la ruta.

“Previamente esta Cámara estableció en el fallo no. 577-2009 mencionado supra, que la Autoridad Reguladora es la competente para el establecimiento del cálculo tarifario y en consecuencia puede crear los modelos que estime pertinentes para conseguir ese fin, siguiendo el procedimiento establecido por ley. Lo anterior tiene fundamento en el artículo 6 inciso d) de la Ley no. 7593, del cual se desprende que la fijación de las tarifas es competencia exclusiva de la ARESEP, cuando dispone esa norma: “...Corresponden a la Autoridad Reguladora las siguientes obligaciones:...d)

¹¹³ Voto 577-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Fijar las tarifas y los precios de conformidad con los estudios técnicos...”, a su vez, el canon 31 de ese cuerpo normativo, define los parámetros que ha de seguir la ARESEP para el ejercicio de la potestad tarifaria. Podría decirse entonces, si bien es cierto, esa autoridad cuenta con una potestad discrecional técnica para establecer los modelos de cálculo, conforme al trámite previsto por ley, no sucede lo mismo en la fijación de las tarifas. Como parte del principio de legalidad, las tarifas deben establecerse a tono con los métodos definidos al efecto, mediante el procedimiento que contiene la Ley no. 7593 (audiencia pública). Así, una vez fijado el modelo de revisión tarifaria (que debe publicarse en el diario oficial), en tesis de principio, es esta la herramienta de cálculo que debe utilizarse, y por ende, el instrumento que determina si existe o no distorsión financiera que deba enmendarse. Ello otorga certeza jurídica y constituye un parámetro de control objetivo de la actividad regulatoria de precios, quedando la ARESEP constreñida a sus resultados. Se trata de una autolimitación normativa, reducción de la discrecionalidad por autodenormatividad. Lo contrario sumiría a los destinatarios de sus regulaciones en inseguridad jurídica, ignorando las reglas por las cuales serán conocidas y resueltas sus gestiones, lo cual resultaría evidentemente contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad, igualdad, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso. En materia de transporte remunerado de personas, el único procedimiento de fijación tarifario vigente (a la fecha de los hechos) es el llamado “modelo econométrico”, el cual fue establecido por la Comisión Técnica de Transportes (hoy Consejo de Transporte Público) y adoptado posteriormente por la ARESEP mediante resolución

RRG-963-99 de las 8 horas 30 minutos del 5 de octubre de 1999. Es decir, no se había promulgado formalmente ningún otro método –ni complementario, ni sustitutivo-diferente a aquel. En razón de lo anterior, al decidir la solicitud de la aquí actora con base en una metodología distinta a la puntualizada, en este caso, a las “herramientas complementarias”, la ARESEP utiliza un procedimiento distinto para este caso en particular, lo cual equivale a quebrantar el principio de inderogabilidad singular de las normas, plasmado concretamente en el artículo 13 de la LGAP. A pesar de que la Autoridad Reguladora denomine a los criterios técnicos alternos utilizados “herramientas complementarias”, cual si fueran instrumentos que coadyuvan a verificar el contenido de las variables del econométrico, tesis prohijada en la sentencia recurrida, lo cierto es que dichas herramientas consideran variables distintas de los parámetros establecidos en el sistema econométrico, que en definitiva, generan el efecto de suplantación, considerando que las herramientas distorsionan datos, no coadyuvan al sistema econométrico, al ser meramente comparativo de información económica, no sobre parámetros de servicio al costo y equilibrio económico. Lo anterior, conforme lo expresado en la supracitada resolución de referencia de esta Sala, y la normativa que rige la materia, es contrario a derecho, por cuanto en la especie existe una imposibilidad legal por parte de la Autoridad Reguladora de aplicar otros factores que no forman parte del modelo econométrico vigente a ese momento, para determinar la procedencia o no del reajuste de tarifa solicitada por la concesionaria. Por ende, en criterio de esta Cámara, se tiene claro que el único modelo por aplicar en este caso en particular, es

el econométrico debidamente instaurado, con base en el cual se arrojó la necesidad de un ajuste de la tarifa en las rutas 74, 75, 76 y 81 de un 9,37%, por lo que debió la Autoridad Reguladora autorizar el reajuste en la tarifa conforme a los resultados obtenidos al correr el modelo econométrico y no incluir otros criterios complementarios para evaluar la solicitud del operador, adoptados mediante un procedimiento administrativo anormal -circular no. 1-2002- diverso al establecido expresamente por la legislación. Al emplearse métodos complementarios a los establecidos en el modelo econométrico se quebrantaron no solo las normas acusadas sino los enunciados constitucionales mencionados , por lo que efectivamente existe un vicio en el motivo del acto que genera la nulidad de la resolución impugnada por la parte actora. De esta forma, la actuación inesperada de la ARESEP, al variar el método de calificación tarifario, violentó los derechos de la operadora del servicio, lo cual obliga a esta Cámara a declarar con lugar el agravio planteado en ese sentido¹¹⁴”.

El modelo econométrico es, según la jurisprudencia analizada, el único procedimiento aprobado hasta ahora por la ARESEP para fijar tarifas de servicios públicos. Es no sólo el método amparado en la legislación, sino que se incorpora al contrato de concesión como herramienta de cálculo de la tarifa acordada entre las partes mediante la audiencia pública.

La Sala reconoce la potestad de la ARESEP de fijar el método de cálculo de la tarifa; sin embargo, obliga a la ARESEP a precisar este procedimiento de forma previa. Es evidente

¹¹⁴ Voto 355-F-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

que el método de cálculo de la tarifa tiene repercusiones inmediatas sobre los derechos de los concesionarios, por lo cual se debe establecer un sistema mediante el cual la ARESEP no pueda establecer montos abusivos en contra de los intereses de las empresas que prestan el servicio.

La finalidad del modelo econométrico es garantizar un consenso entre las partes de la relación jurídica en cuanto a la tarifa, en la medida de lo posible. Por existir un fuerte impacto en el interés público relacionado con la prestación del servicio, se debe establecer alguna forma de realizar el cálculo de la tarifa que brinde seguridad tanto al usuario como al concesionario y a la administración. La legislación costarricense aborda esta situación por medio de la audiencia pública, en la que se pueden hacer los reclamos relacionados con la estructura del contrato de concesión que regirá la ruta por el plazo establecido en el contrato.

Los procedimientos establecidos de forma complementaria al modelo econométrico no se rechazan por parecer erróneos o inexactos, lo cual es en cierta forma inevitable debido a la siempre presente asimetría de la información, sino que se rechazan por no haber sido comunicados al contratista ni fundamentados por parte de la ARESEP de forma oficial, es decir, que no se han explicado y fundamentado mediante los métodos legales correspondientes.

La ARESEP, al aplicar procedimientos complementarios, está haciendo un uso erróneo de su discrecionalidad. Así como el concesionario debe cumplir ciertos requisitos para que el derecho subjetivo a la modificación de la tarifa sea ejercitado, también la ARESEP tiene

que seguir ciertos pasos legales para que a la luz del ordenamiento se pueda considerar un método de cálculo como aplicable a una ruta en particular. Bien aclaran los magistrados en este punto que existe una diferencia entre la capacidad de elegir de la ARESEP y la forma en la que esta capacidad se manifiesta.

4. Voto 380-F-2009

a. Funcionamiento general de la administración

Esta sentencia analiza la forma en la que el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo cambió las reglas del juego, en cuanto a la posibilidad del administrado de reclamar por abusos por parte de la administración. Ya la posibilidad de reclamar no se limita los efectos del acto administrativo, ni se tiene que centrar la atención a un solo acto de la administración, sino que el administrado puede impugnar el funcionamiento general de la administración, en el tanto afecte sus derechos subjetivos, sean personales o patrimoniales.

Esto es de suma importancia para este trabajo porque de esta forma podemos evitar la rigidez de considerar solamente actos o publicaciones específicas de la administración, y nos permite crear una posibilidad hipotética de que se cuestione a la administración en cuanto a su actuación de forma general, por ejemplo, en cuanto a su deficiente supervisión, organización y fiscalización del transporte público.

“Mediante el CPCA, Ley no. 8508, se realizó una reforma sustancial al proceso contencioso administrativo, a efectos de ajustarlo a las necesidades actuales de los justiciables y concretar en esta jurisdicción los principios de tutela judicial efectiva, a

tono con el Derecho de la Constitución. Se pasa de un sistema preeminentemente objetivo regulado por la ya derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (en la cual, en ciertos escenarios, se tutelaba la situación jurídica subjetiva, como lo es el caso del ordinal 24 de dicho cuerpo normativo), a un proceso de naturaleza mixta, que si bien no abandona el control objetivo (pues ejerce control de legalidad sobre la función administrativa), incorpora dentro de su espectro de cobertura una tutela de las situaciones jurídicas y en general de las relaciones jurídico administrativas, incorporando así la dimensión subjetiva de la justicia administrativa. Esto se corresponde a plenitud con lo preceptuado por el numeral 49 de la Carta Magna. En efecto, dentro del control de legalidad referido, el objeto de análisis no será ya solo un acto, como mera manifestación formal de poder público, sino el funcionamiento administrativo, concepto cuya amplitud comprende cualquier forma de manifestación de la conducta administrativa, sea formal o material y desde luego, activa u omisiva. Pero además, al tener por objeto la tutela el nacimiento, extinción y modificación de las situaciones jurídicas de toda persona, introduce el complemento debido para evitar zonas exentas de control de las diversas manifestaciones del poder público¹¹⁵”.

1. ¹¹⁵ Voto 380-F-2009 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

5. Voto 399-F-2012

a. Modificaciones a la tarifa no son de carácter contractual

Es importante recalcar el carácter no contractual de los incrementos. La variación de las tarifas es una potestad de la administración, específicamente de ARESEP, la cual determina periódicamente cuál es la tarifa de acuerdo con sus modelos de cálculo y con las variaciones del mercado.

“De previo a cualquier análisis, procede efectuar algunas precisiones respecto al tema de reajuste de precios. Es importante destacar que tales reajustes no son de carácter contractual, en el sentido que las partes no pueden libremente pactarlos, sino que por el contrario están reconocidos en todo contrato que se celebre con el Estado (en sentido lato), para obtener la compensación de los mayores costos causados en la ejecución del objeto convenido, derecho que nace a la vida jurídica desde el momento en que se presenta la oferta respectiva. Los reajustes de precios no constituyen una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino más bien, son un procedimiento jurídico de la restitución de la ecuación financiera del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino para que no existan ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido para el Estado. Así el reajuste procura restituir el valor real de la obligación, ergo, su naturaleza no es indemnizatoria, sino restitutoria, por lo que el concesionario tiene un derecho general y abstracto al equilibrio económico, pero no posee un derecho subjetivo al aumento tarifario ya que este pende del cumplimiento de una serie de condiciones, dentro de ellas, la más relevante, que los términos

económicos inicialmente previstos, se hubieran alterado de manera que para mantener esa armonía, sea necesario el aumento del precio, pues si no existe esa condición, se generaría un beneficio ilegítimo para el operador, en perjuicio del usuario. La tarifa debe ser un medio de retribución, justo y razonable, que permita amortizar la inversión que se ha realizado para la prestación debida del servicio público, y además, permitir la reinversión en la actividad de manera tal que el servicio continúe siendo eficiente, así como un margen de utilidad. El incremento tarifario dista de ser un fenómeno automático, ya que está sujeto a un procedimiento y su viabilidad pende de que luego del análisis técnico, se deduzca una insuficiencia económica que afecta el equilibrio financiero del concesionario¹¹⁶”.

¹¹⁶ Voto 399-F-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

TÍTULO SEXTO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez realizado el análisis del servicio al costo, se concluye que su utilización no incentiva la eficiencia en el transporte público. Específicamente, se llama la atención a las nuevas corrientes de utilización de las rutas y los planes de sectorización, los cuales pretenden disminuir los costos de los operadores por medio de una utilización más eficiente de los recursos. La utilización eficiente de los recursos significa una disminución de la cantidad de insumos necesarios para alcanzar un mismo objetivo, lo cual sería gravoso para los operadores.

Al ser el esquema tarifario un incentivo para la sobreinversión, es decir, al premiarse al concesionario que invierte más y gasta más en su operación, se está creando un incentivo perverso que impulsa al concesionario a preferir un sistema ineficiente. El beneficio obtenido a partir de un costo mayor es mayor, por estar el cálculo de la tarifa ligado a un porcentaje sobre una estructura de costos. Al elevarse los costos de prestación del mismo servicio, con la misma calidad, regularidad, continuidad y menor eficiencia, la ganancia para el operador del servicio aumenta, sin crear necesariamente una mejoría en el servicio.

Unido a esto, los planes de sectorización, y en general, todos los planes propuestos hasta ahora de reorganización del servicio público en modalidad autobús, promueven la reducción de costos para el operador. Esto genera que no exista interés por parte del operador de incorporar dichos planes, y genera una hostilidad importante al cambio hacia

un modelo más eficiente, tal y como sucedió en los años 30 con las compañías eléctricas y el Servicio Nacional de Electricidad.

La implementación de un plan de reorganización del transporte público ya es de por sí una tarea monumental de ingeniería y planificación urbanística, y el servicio al costo se erige como un obstáculo muy difícil de franquear. No necesariamente sea el servicio al costo la causa de que no se haya aprobado o implementado aún un esquema de reorganización del sistema de transporte público; sin embargo, sí constituye un obstáculo en el sentido de que otorga incentivos para el uso excesivo de recursos para la prestación del servicio. En transporte público, priva el principio de eficiencia al ser los fines mismos de la regulación un mejor manejo de recursos, menor contaminación, menores tiempos de traslado y una mejor calidad en el servicio para los usuarios.

Se recomienda que se excluya a los transportes públicos de la aplicación del servicio al costo como principio de cálculo tarifario. Esto se puede lograr mediante una ley que establezca que para el servicio de transporte público urbano en modalidad autobús, podrá la ARESEP elegir libremente entre los diversos procedimientos de cálculo de tarifas, no teniendo la obligación de acatar la limitante de aplicar el servicio al costo.

BIBLIOGRAFÍA

Entrevistas con expertos

Marta Vinocur Fornieri, entrevista con el autor, Escazú, San José, Costa Rica, Junio 10, 2014

Leonel Fonseca Cubillo, entrevista con el autor, San José, Costa Rica, Junio, 2014.

Libros

Alejandro Estruch Manjón et al. Economía y Regulación de los Servicios de Red en Derecho de la Regulación (Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

Antonio Estache y Ginés de Rus, Privatization and Regulation of Transport Infrastructure (Washington D.C.: Banco Mundial, 2000)

Contratos Administrativos - Contratos Especiales - Tomo II (Buenos Aires : Asociación Argentina de Derecho Administrativo, 1982)

Dominico Sorace. El Estado y los servicios públicos, la perspectiva europea (Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006)

Farrando Sarmiento García et al., *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*. (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1994)

Gaspar Ariño. *Principios de derecho Público Económico* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003)

Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Volumen III* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989)

Jorge Murillo y Juan Pablo Salguero. *Deficiencias y limitaciones en el modelo de regulación tarifario de los servicios públicos competencia de la ARESEP* (San José: Trabajo Final de Graduación, Universidad de Costa Rica, 2003)

Jorge Romero. *Apuntes sobre el Servicio Público* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1978)

Jorge Romero. *Derecho Administrativo General* (San José: EUNED, 2009)

Leonel Fonseca. Apuntes sobre regulación de los servicios públicos (San José: Editorial Copieco, 1997)

Luis E. Chase Plate et al. Contratos Administrativos – Contratos Especiales – Tomo II (Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L, 1982)

Measuring Productivity Manual (París, Francia: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2001, <https://www.oecd.org/std/productivity-stats/2352458.pdf>)

Miguel Domínguez y Berrueta de Juan. El incumplimiento en la Concesión de Servicio Público (Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1981)

Minor Salas. La Metodología Jurídica como “Cazadora de Mitos” (En Curso: Práctica de Investigación Dirigida, Universidad de Costa Rica)

Nidia Cicero. Servicios Públicos – Control y Protección (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996)

P. Rodríguez. Desarrollo y Regulación de los Servicios Públicos en Costa Rica (San José: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2000)

Rafael Solano, Análisis del corredor de Pavas para la mejora del servicio de transporte público. (San José: Universidad de Costa Rica, Trabajo Final de Graduación, Facultad de Ingeniería, Escuela de Ingeniería Civil, 2013)

Ricardo Madrial. El transporte remunerado de personas desde la óptica constitucional costarricense (San José: Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad de Costa Rica, 2003).

Roberto Dromi, *Renegociación y reconversión de los Contratos Públicos* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996)

R. Pantoja. El Derecho Administrativo: Clasicismo y modernidad (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994)

Santiago Muñoz, Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica,
(Madrid: Portal Derecho S.A., 2009)

Artículos

Stephen Law, “Assesing the Averch-Johnson-Wellisz Effect for Regulated Cities”,
International Journal of Economics and Finance, 6 (2014), 27.

Leyes

Costa Rica. Ley sobre Explotación de Fuerzas Eléctricas 77/1928, de 31 de julio. Colección
de Leyes y Decretos, Semestre 2, Tomo 1, página 70.

Costa Rica. Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de 5 de setiembre de
1996. La Gaceta núm. 169 del 5 de setiembre de 1996.

Costa Rica. Ley del Instituto Costarricense de Electricidad. Colección de leyes y decretos de 1949, semestre 1, tomo 1, página 257.

Costa Rica. Ley 258/1941 del Servicio Nacional de Electricidad SNE, del 18 de agosto. Colección de leyes y decretos de 1941, semestre 2, tomo 2, página 471.

Costa Rica. Ley 7494/1995 de la Contratación Administrativa, de 8 de junio. La Gaceta número 110, alcance 20.

Dictámenes oficiales

Costa Rica. Procuraduría General de la República. Dictamen No. 233-2000, del 25 de setiembre del 2000.

Costa Rica. Dictamen 257/1995 de la Procuraduría General de la República en respuesta al Ministerio de Ambiente y Energía, 14 de Noviembre (consultado 9 de junio del 2015).

Disponible en: <http://vlex.co.cr/vid/dictamen-na-492935562>

Costa Rica. Procuraduría General de la República. Dictamen No. 073-92, del 28 de abril de 1992.

Metodologías Tarifarias Aplicadas en los Servicios Públicos Regulados por la Autoridad Reguladora.

Resumen con base en oficios 499-DEN-2000 / 284-DTE-2000 / 685-DASTRA-2000/ 616-DJE-2000. Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 2007.

Costa Rica. Procuraduría General de la República (versión electrónica - base de datos SINALEVI). Dictamen C-028-82 del 16 de febrero de 1982 (consultado 10 de abril del 2015).

Jurisprudencia

Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (versión electrónica, base de datos SCIJ) voto 998-98 (consultado el 10 de abril del 2015)

Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I (versión electrónica, base de datos SCIJ) voto 24-2013 (consultado el 10 de abril del 2016)

Costa Rica. Tribunal Contencioso Administrativo (versión electrónica, base de datos SCIJ) voto 182-2012 (consultado el 10 de abril del 2016)

Costa Rica. Sala Constitucional (versión electrónica, base de datos SCIJ) voto 11518-2000 (consultado el 10 de abril del 2016)

Costa Rica. Sala Primera de Casación (versión electrónica, base de datos del SCIJ) voto 180-F-2011 (consultado el 27 de mayo del 2016)

Costa Rica. Sala Primera de Casación (versión electrónica, base de datos del SCIJ) voto 577-F-2007 (consultado el 27 de mayo del 2016)

Costa Rica. Sala Primera de Casación (versión electrónica, base de datos del SCIJ) voto 380-F-2009 (consultado el 27 de mayo del 2016)

Costa Rica. Sala Primera de Casación (versión electrónica, base de datos del SCIJ) voto 399-F-2012 (consultado el 27 de mayo del 2016)

Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (versión electrónica - base de datos SCIJ). Sentencia 5995/2012, de 11 de mayo de 2012 (consultado 10 de abril del 2015).

Francia. Tribunal des Conflits (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Blanco (00012). Sentencia del 8 de febrero de 1873 (consultado el 6 de abril del 2015).

Francia. Conseil d'Etat statuant au contentieux. (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Vosgues (30701). Sentencia del 31 de julio de 1912 (consultado el 8 de abril del 2015).

Francia. Conseil d'Etat statuant au contentieux. (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Terrier (07496). Sentencia del 6 de febrero de 1903 (consultado el 8 de abril del 2015).

Francia. Tribunal des conflits (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso bac de Eloka (00706). Sentencia del 22 de junio de 1921 (consultado el 8 de abril del 2015).

Francia. Tribunal des Conflits (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Naliato (02306). Sentencia del 4 de julio de 1983 (consultado el 8 de abril del 2015).

Francia. Conseil d'Etat statuant au contentieux. (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Vosgues (30701). Sentencia del 31 de julio de 1912 (consultado el 8 de abril del 2015).

Francia. Conseil d'Etat statuant au contentieux. (versión electrónica – base de datos Legifrance). Caso Winkel (37317). Sentencia del 7 de julio de 1909 (consultado el 8 de abril del 2015).