

SESIÓN ORDINARIA

N.º 59-2016

17 de noviembre de 2016

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA N.º 59-2016

Acta de la sesión ordinaria número cincuenta y nueve, dos mil dieciséis, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el jueves diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, a partir de las catorce horas. Asisten los siguientes miembros: Roberto Jiménez Gómez, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt, Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Grettel López Castro, Reguladora General Adjunta; Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna; Robert Thomas Harvey, Asesor del Despacho del Regulador General; Herley Sánchez Víquez, Asesora del Despacho del Regulador General y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Constancia de inasistencia

Se deja constancia de que la directora Adriana Garrido Quesada no participa en esta oportunidad, en vista de que convalece de una operación, situación que informó oportunamente.

ARTÍCULO 2. Aprobación del Orden del Día

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura al Orden del Día de esta sesión. La señora Sonia Muñoz Tuk solicita excluir el conocimiento del punto 3.6 "*Incidentes de nulidad contra lo actuado por la Junta Directiva en las resoluciones RJD-070-2014 y RJD-045-2016*", en vista de que no contó con el tiempo suficiente para analizarlo.

Analizado el planteamiento, somete a votación el Orden del Día y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 01-59-2016

Aprobar el Orden del Día de esta sesión, en el entendido de que se excluye el conocimiento del punto 3.6 "*Incidentes de nulidad contra lo actuado por la Junta Directiva en las resoluciones RJD-070-2014 y RJD-045-2016*", para una próxima sesión.

A la letra el Orden del Día ajustado dice:

1. *Aprobación del Orden del Día*
2. *Aprobación del acta de la sesión 58-2016*
3. *Asuntos resolutivos*

- 3.1 *Continuación del análisis de la propuesta de resolución relacionada con la adición a los requisitos de admisibilidad establecidos en la resolución RRG-6570-2007, para remitir al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC). Oficio 1771-IT-2016 del 16 de noviembre de 2016.*

- 3.2 *Continuación del análisis del recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, Cámara de Transportistas de San José, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, Servicios de Transportes Heba de Guápiles S.A. y Autotransportes Sabana Cementerio S.A., contra la resolución RJD-035-2016. Expediente OT-230-2015. Oficios 870-DGAJR-2016 del 22 de setiembre de 2016, 1021-DGAJR-2016 del 2 de noviembre de 2016, 997-RG-2016 del 3 de noviembre de 2016 y 1025-RG-2016 del 14 de noviembre de 2016.*
- 3.3 *Informe en torno al Concurso N°22-2016 Miembro titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL)*
- 3.4 *Análisis a la solicitud de prórroga presentada por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. Expediente OT-157-2014. Oficios 985-DGAJR-2016 del 26 de octubre de 2016, 0721-IA-2016 del 26 de setiembre de 2016 y PRE-2016-00878 del 9 de setiembre de 2016.*
- 3.5 *Análisis del informe final 09703-2016-DRH, remitido por la Defensoría de los Habitantes en relación con la denuncia presentada por el señor Carlos Marín Arce. Oficio 1058-DGAJR-2016 del 11 de noviembre de 2016*
4. *Asuntos varios de los Miembros de Junta Directiva*
5. *Correspondencia recibida*

Solicitud del Diputado Antonio Álvarez Desanti, Presidente de la Asamblea Legislativa, relacionada con el nombramiento del miembro del Consejo de la Sutel. Oficio PAL-AAD-453-2016 del 11 de noviembre de 2016.

ARTÍCULO 3. Aprobación del acta de la sesión 58-2016

Los miembros de la Junta Directiva conocen el borrador del acta de la sesión ordinaria 58-2016, celebrada el 10 de noviembre de 2016.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que se abstiene de aprobar dicha acta, dado que no presidió la sesión en esa oportunidad.

La Junta Directiva resuelve, con los votos de los señores (as): Grettel López Castro, quien presidió dicha sesión, Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt y Sonia Muñoz Tuk:

ACUERDO 02-59-2016

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 58-2016, celebrada el 10 de noviembre de 2016, cuyo borrador se distribuyó con anterioridad entre los miembros de la Junta Directiva para su revisión, con la salvedad presentada por el señor Roberto Jiménez Gómez, de que no presidió en dicha sesión.

ARTÍCULO 4. Continuación del análisis de la propuesta de resolución relacionada con la adición a los requisitos de admisibilidad establecidos en la resolución RRG-6570-2007, para remitir al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC)

Conforme a lo dispuesto en el acuerdo 06-57-2016, del acta de la sesión 57-2016 celebrada el 3 de noviembre de 2016, la Junta Directiva conoce el oficio 1771-IT-2016 del 16 de noviembre de 2016, mediante el cual la Intendencia de Transporte, presenta la propuesta de resolución relacionada con la adición a los requisitos de admisibilidad establecidos en la resolución RRG-6570-2007, para remitir al Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), la cual contiene los ajustes sugeridos en la sesión 57-2016.

En vista de que la propuesta citada ya se le incorporaron las observaciones señaladas en la sesión anterior, el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva, resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 03-59-2016 (ESTE ACUERDO SE DEROGÓ CON RECURSO DE REVISIÓN EN LA SESIÓN 60-2016)

1. Aprobar la propuesta de adición a la resolución “Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”, aprobada por el Regulador General mediante resolución RRG-6570-2007 del 29 de mayo de 2007 y publicada en La Gaceta N° 108 del miércoles 6 de junio de 2007”, cuyo texto se copia a continuación:

ADICIÓN A LA RESOLUCIÓN RRG-6570-2007 DENOMINADA “SIMPLIFICACIÓN DE TRÁMITES DE LAS SOLICITUDES TARIFARIAS QUE SE PRESENTAN ANTE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS”**EXPEDIENTE OT-232-2015****RESULTANDO QUE:**

- I. Mediante las resoluciones RRG-6570-2007, RRG-7635-2007, RRG-8148-2008, RJD-135-2009 y RJD-136-2009, todas dictadas por Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), se establecieron los requisitos de admisibilidad que deben cumplir entre otros, los prestadores del servicio de transporte público, modalidad autobús, de conformidad con lo establecido en el artículo 57, inciso c) de la Ley 7593 (antes de la reforma del 2008), donde se facultaba al Regulador General resolver las fijaciones tarifarias y de precios y por ende establecer dichos requisitos.
- II. El 30 de octubre de 2014, mediante el acuerdo 15-64-2014, adoptado en la Sesión Ordinaria 64-2014 la Junta Directiva de la Aresep dispuso: “*Solicitar a la Intendencia de Transporte que, en la sesión del 6 de noviembre de 2014, eleve a conocimiento de esta Junta Directiva una propuesta de análisis de los requisitos de admisibilidad de las solicitudes tarifarias*”.
- III. La Intendencia de Transporte (IT) el 29 de octubre de 2015, mediante el oficio 1573-IT-2015, presenta una propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007.

- IV. El 5 de noviembre de 2015, mediante el acuerdo 05-56-2015 del acta de la Sesión Ordinaria 56-2015, la Junta Directiva ordena, entre otras cosas, someter al trámite de consulta pública de conformidad con lo establecido en el artículo 361 de la LGAP, la propuesta en análisis (folios 1 a 2).
- V. El 24 de noviembre de 2015, se publica en el diario oficial La Gaceta N° 228, la invitación a las partes interesadas a realizar sus observaciones acerca de la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007, confiriéndoles un plazo de 10 días hábiles (folio 4).
- VI. El 7 de diciembre de 2016, la Asociación Cámara Nacional de Transporte (Canatrans), representada por la señora Maritza Hernández Castañeda, cédula de identidad número 5-195-073, en su calidad de Presidenta, presenta su posición a la consulta pública sobre la adición a resolución sobre simplificación de trámites (folios 05 al 19); en la que manifiesta los siguientes argumentos:

Aspectos de forma

- a. Exigencias de la Ley 8220:

A.1 Considera que existen incongruencias con la simplificación de trámites y el “Plan de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites Aresep 2015”.

A.2 Incumplimiento de la obligación de sujetar los trámites o requisitos a su fuente normativa previa.

A.3 Creación de requisitos sin seguir el procedimiento establecido en la Ley N° 8220.

- b. Exigencias de la Ley N°6227; indicando que la publicación de la consulta pública no contiene la totalidad de la resolución que fundamenta la misma.

Aspectos de fondo

- a. Violación por el fondo de las Leyes N° 8220 y 6227 en caso de dictar el acto tal y como se ha propuesto.
- b. Omisión de normas que regulen la transición.

- VII. La IT el 24 de febrero de 2016, mediante el oficio 362-IT-2016, remite a la Junta Directiva, el informe sobre las observaciones realizadas en el proceso de consulta pública. (folios 21 al 32).
- VIII. El 25 de febrero del 2016, en la Sesión Ordinaria 12-2016, la Junta Directiva, acoge las recomendaciones de la IT contenidas en el oficio 362-IT-2016, y lo ratifica en la Sesión Ordinaria 03-2016.
- IX. El 21 de abril de 2016, mediante el oficio 673-IT-2016, la IT elabora el informe técnico de costo-beneficio, respecto a la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007 denominada: “Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presenten ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos” (folios 33 a 45).

- X. La IT el 21 de abril de 2016, mediante memorando 671-IT-2016, remite a la Directora General de la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU), en su carácter de Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep, la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007, para su valoración y trámite correspondiente, ante la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica, del Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Lo anterior de conformidad con la Ley 8220 y su reforma mediante la Ley 8990 u su reglamento Decreto Ejecutivo N° 370045-MP-MEIC y su reforma (folios 46 a 216).
- XI. El 4 de mayo de 2016, mediante el oficio 1796-DGAU-2016, la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep, envía a la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007 (folios 236 a 237).
- XII. El 17 de mayo de 2016, mediante correo electrónico, la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica, previene a la Aresep aportar la propuesta a la modificación de la resolución RRG-6570-2007 a fin de continuar con la revisión desde el punto de vista de Mejora Regulatoria. (Folio 217).
- XIII. El 17 de mayo de 2016, por el mismo medio electrónico, la IT responde la prevención indicada en el antecedente anterior y adjunta el acuerdo 06-12-2016 de la Junta Directiva de la Aresep, en el cual se indica lo que se pretende adicionar a la resolución RRG-6570-2007 (folio 218).
- XIV. El 18 de mayo de 2016, mediante correo electrónico, la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica, acusa recibido del correo enviado por la Intendencia de Transporte, y previene a la Aresep aportar la propuesta de resolución a la modificación de la resolución RRG-6570-2007, de previo a continuar con el proceso de revisión al que los faculta la Ley 8220 y su reglamento. (Folio 219).
- XV. El 23 de mayo de 2016, mediante el memorando 863-IT-2016, la IT remite a la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep, documentación para su valoración y trámite correspondiente ante la Junta Directiva y la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica (folio 221 a 234).
- XVI. El 24 de mayo de 2016, mediante el oficio 2074-DGAU-2016, la DGAU solicita a la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica, un plazo prudencial para la remisión de la propuesta de adición que va a contener la resolución RRG-6570-2007 (folios 238 a 239).
- XVII. El 24 de mayo de 2016, mediante el oficio 2075-DGAU-2016, la Oficial de Simplificación de Trámites de Aresep, remite a la Junta Directiva para su consideración la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007, elaborada por la IT (folios 242 a 244).
- XVIII. El 25 de mayo de 2016, mediante el memorando 409-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva (SJD), traslada a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007 denominada:

“Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”, que corre agregado al expediente.

- XIX.** El 30 de mayo de 2016, mediante correo electrónico, la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica, da por recibido el oficio 2074-DGU-2016 (folio 235).
- XX.** El 22 de junio de 2016, mediante el oficio 527-DGAJR-2016, la DGAJR emite criterio respecto a la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007 (folios 245 a 263).
- XXI.** El 22 de junio de 2016, mediante el memorando 462-SJD-2016, la SJD traslada a la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep, para su valoración, el oficio 527-DGAJR-2016 (folio 264).
- XXII.** El 21 de julio de 2016, mediante el oficio 1147-IT-2016, la IT remite a la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep, la “Respuesta al oficio 527-DGAJR-2016, Análisis de proyecto de resolución sobre la Adición a la Resolución RRG-6570-2007 “Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”, así como el “borrador de resolución con las observaciones indicadas en el criterio 527-DGAJR-2016”. Lo anterior, en respuesta a la solicitud de criterio técnico, realizada por la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep (folios 275 a 288).
- XXIII.** El 27 de julio de 2016, mediante el oficio 2747-DGAU-2016, la Directora General a.i. de DGAU, señala a la Junta Directiva lo siguiente:“(…) *De acuerdo a lo expuesto, y habiéndose aclarado los aspectos técnicos por parte de la Intendencia de Transportes con referencia a las reformas planteadas, se determina que no existe contradicción entre lo dispuesto en la metodología tarifaria vigente para el sector transporte, y la propuesta de reforma a la resolución RRG-6570-2007 bajo estudio, siendo que ambos instrumentos se complementarían en aras de contar con información consistente y necesaria tanto en la fase de admisibilidad en un estudio tarifario, como en la fase de la aplicación de dicha metodología de forma objetiva y bajo los principios que rigen la regulación de los servicios públicos (...)*”, y remite *“nuevamente el proyecto de resolución de cita, con las demás observaciones sugeridas por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para la consideración de los miembros de Junta Directiva, a efectos de aprobar su envío para estudios, a la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (...)*”(folios 266 a 274).
- XXIV.** El 28 de julio de 2016, mediante el oficio 545-SJD-2016, la SJD traslada al Regulador General para su valoración, el oficio 2747-DGAU-2016 e indica que el proyecto de resolución remitido debe ser aprobado por la Junta Directiva, a efecto de enviarse al Ministerio de Economía, Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica para que se continúe con el trámite del caso, conforme al punto II del acuerdo 06-12-2016 (folio 265).
- XXV.** El 25 de agosto de 2016, mediante el acuerdo 03-45-2016 del acta de la Sesión Ordinaria 45-2016, ratificada el 1 de setiembre de 2016, la Junta Directiva de Aresep dispuso por unanimidad, entre otras cosas “(…) 3. *Solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, evaluar el oficio 2747-DGAU-2016 del 27 de julio 2016, y*

que determine si la vía propuesta de modificaciones a la resolución RRG-6570-2007, desde el punto de vista legal, es el procedimiento correcto y se eleve un informe sobre el particular, en una próxima oportunidad, para los efectos pertinentes”, el cual corre agregado al expediente.

- XXVI.** El 9 de setiembre de 2016, mediante el oficio 642-SJD-2016, la SJD remite a la DGAJR, para su atención, lo dispuesto por la Junta Directiva en el acuerdo 03-45-2016 del acta de la Sesión Ordinaria 45-2016, ratificada el 1 de setiembre de 2016, que corre agregado al expediente.
- XXVII.** El 5 de octubre de 2016, mediante oficio 910-DGAJR-2016, la DGAJR remite a la SJD el criterio sobre la evaluación del oficio 2747-DGAU-2016 y el análisis del procedimiento seguido en la propuesta de modificaciones a la resolución RRG-6570-2007, relacionada con la adición a los requisitos de admisibilidad denominada *“Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”*, conforme a lo dispuesto en el punto 3 del acuerdo 03-45-2016 de la sesión ordinaria 45-2016, de la Junta directiva (folios 289 al 313).
- XXVIII.** El 6 de octubre de 2016, mediante oficio 703-SJD-2016, la SJD le remite el criterio 910-DGAJR-2016 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria a la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep para su análisis (folio 314).
- XXIX.** El 27 de octubre de 2016, mediante oficio 3614-DGAU-2016, la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep remite a la SJD donde se indica que se traslada a la Intendencia de Transporte las observaciones realizadas por la DGAJR para su consideración (Folios 315 a 317).
- XXX.** El XXX de XXX 2016, mediante el oficio / resolución XXX, la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía Industria y Comercio, emitió el criterio positivo respecto a la adición a la Resolución RRG-6570-2007 denominada *“Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”*.
- XXXI.** Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO QUE:

- I. La Aresep dentro de sus competencias debe regular y fiscalizar todo lo relativo al servicio público del Transporte Remunerado de Personas, modalidad autobús, con la finalidad de que el servicio se brinde por parte de los operadores, bajo las condiciones de calidad, equidad y continuidad correctos y que las tarifas autorizadas se justifiquen a partir de esos términos, de conformidad con lo establecido en los artículos 4 y 5 inciso f) y 6 de la Ley 7593.
- II. La formulación y promulgación de las definiciones, requisitos y condiciones a que se sometán los procesos tarifarios del servicio público de transporte, modalidad autobús,

deben ser establecidos por la Aresep, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 7593.

- III. La Junta Directiva de la Aresep se encuentra facultada para establecer los requisitos de admisibilidad a que se someterán los trámites de tarifas, en razón de lo establecido en el artículo 6 y 21 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF) que señala *“Establecer los requisitos de admisibilidad a que se someterán los trámites de tarifas, quejas, refrendos, concesiones, aprobaciones de cánones y precios de los servicios públicos”*..
- IV. Conforme a lo establecido en la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos Ley 8820 y su reforma, la Administración Pública debe orientar sus actuaciones a la simplificación de las diversas gestiones a favor de los ciudadanos. Bajo esa lógica jurídica, la Aresep, se encuentra obligada a cumplir fielmente con las disposiciones legales pertinentes y ajustar sus requisitos de admisibilidad en el Transporte Remunerado de Personas, modalidad Autobús, a fin de que las peticiones tarifarias se puedan presentar de forma sencilla y con la mayor transparencia, en los requisitos establecidos y publicitados.
- V. Se hace necesario contar con información veraz, que permita a la IT, garantizar la precisión de las tarifas y equilibrar las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestadores, según lo expuesto en el Formulario de evaluación costo-beneficio que consta en el expediente.
- VI. El artículo 14, inciso c), de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y el artículo 7 del Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Decreto 29732-MP y sus reformas, faculta a este Ente Regulador, a solicitar a los prestadores estudios actualizados de demanda de servicios, los cuales, deben contener el fundamento técnico e incluir los supuestos y las metodologías empleadas.
- VII. Mediante el acuerdo 3.1 de la Sesión 74-2014 del 4 de diciembre de 2014, dictado por la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, se aprobaron los procedimientos y machotes del informe que utilizará la Dirección Técnica del Consejo Transporte Público para fijar los niveles de ocupación para establecer los diseños de rutas en el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, específicamente el documento denominado FORM-CTP-DING-11 *“Herramienta cálculo de horarios y flota”*, en relación con el artículo 7.17 de la Sesión Ordinaria 36-2015, celebrada el 24 de junio de 2015 denominado *“Manual para la evaluación y calificación de la calidad del servicio público de transporte remunerado de personas”*, se señaló:

“Otra de las variables que se toman en cuenta para cálculo del intervalo es el factor de ocupación, el cual se utiliza básicamente para considerar los tiempos de recorrido, la longitud y el congestionamiento vial al que deben de someterse la ruta, de manera que se le garantice al usuario un nivel de comodidad aceptable. Este valor oscila entre 0.60-0.80 y va a ser directamente proporcional al volumen de movilización que presente el período. Para definir el valor correspondiente al factor de ocupación, se

establece al período que presenta la mayor movilización, que por lo general es en hora pico, el valor máximo de 0.80; los valores para el resto de períodos del día se definen a partir de establecer una relación lineal entre los valores involucrados, es decir hallar una incógnita a partir de la proporcionalidad de tres valores conocidos”.

- VIII. La revisión del factor de ocupación tiene como objetivo asegurar la congruencia entre la cantidad de pasajeros y el esquema operativo autorizado por el CTP, basados en los procedimientos de la herramienta aprobados en el acuerdo 3.1 de la Sesión Ordinaria 74-2014 de la Junta Directiva del CTP, celebrada el 4 de diciembre del 2014, denominado como: “FORM-CTP-DING-11. Herramienta Cálculo de Horarios y Flota 1.2 del CTP”; permitiendo evaluar si existe un adecuado balance entre la oferta (esquema operativo) y la demanda (volumen mensual de pasajeros), para que no se generen excesos de oferta u ociosidad de equipo y se satisfagan en forma efectiva las necesidades de movilización de los usuarios considerando la optimización de los recursos, para determinar la tarifa más eficiente según las condiciones autorizadas por el CTP.
- IX. La “*Metodología de Fijación Ordinaria de Tarifas para el Servicio de Transporte Remunerado de Personas, modalidad Autobús*” aprobada por la Junta Directiva de la Aresep, en la Sesión Ordinaria 12-2016 del 25 de febrero del 2015 y ratificada en la Sesión Ordinaria 13-2016 del 29 de febrero del 2016, mediante la resolución RJD-35-2016, publicada en el Alcance N° 35 a La Gaceta N°46 del 7 de marzo del 2016, en lo relativo al cálculo de volumen de pasajeros movilizados por cada ruta, ramal o fraccionamiento, se establece:

“(…)

4.7.1 Procedimiento para el cálculo del volumen mensual de pasajeros

Esta metodología establece el cálculo del volumen de pasajeros movilizados para cada ruta, ramal o fraccionamiento, en función de dos fuentes de información: en primera instancia se tendría el acuerdo de pasajeros movilizados de la Junta Directiva del CTP con el estudio técnico que sustenta dicho acuerdo, (fuente que es obligatoria y su presentación será parte de los requisitos de admisibilidad de la fijación tarifaria), y luego, en el caso de que la Aresep, en el ejercicio de sus competencias regulatorias, cuente con un estudio de demanda de volumen de pasajeros comparable al del CTP, de acuerdo a lo dictado por la ciencia y la técnica. De este modo, se utilizarán los resultados del estudio existente que no tengan una antigüedad mayor a tres años. La actualización de estos datos se realizará según se establezca en la sección 4.13.2, en el apartado correspondiente al volumen de pasajeros.

En aquellos casos que con una base comparable (estadísticamente), se tengan disponibles tanto los estudios de demanda del CTP como los de Aresep, se escogerá el dato que represente el mayor volumen de pasajeros para la ruta, ramal o fraccionamiento para utilizar en el cálculo tarifario. En caso de la fijación de tarifa para una ruta nueva, el valor de pasajeros movilizados por mes y por ruta corresponderá a la cantidad utilizada en el acuerdo respectivo del CTP.

(…)”

- X. El artículo 17 inciso d) de la Ley 3503 (Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores), en lo que interesa, establece:

“ (...)

Artículo 17.- (...)

d) Llevar la contabilidad de los ingresos y gastos de operación, de conformidad con las normas contables generalmente aceptadas; poner esa contabilidad a disposición del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y suministrar los datos estadísticos e informes sobre los resultados económicos y financieros de la operación del servicio, así como los comprobantes que ambas instituciones requieran. El concesionario deberá presentar esta información, por lo menos, una vez al año y cuando lo dispongan el Ministerio de Obras Públicas y Transportes o la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. (La negrita no es del original).

(...)”

- XI. Del oficio 362-IT-2016 del 24 de febrero de 2016 correspondiente al Informe sobre observaciones recibidas en el proceso de consulta pública sobre la adición a la resolución RRG-6570-2007, denominada “*Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos*”, en relación con las manifestaciones presentadas por Canatrans, resumidas en el Resultado VI de esta resolución, y que fueron analizadas en el citado informe ampliamente, conviene extraer las siguientes conclusiones:

“(...)”

CONCLUSIONES

Por las anteriores consideraciones de hecho y derecho se concluye que:

- 1) Lleva razón la Asociación Cámara Nacional de Transportes en cuanto a las oposiciones a la adición de la resolución RRG-6570-2007 del 29 de mayo de 2007 y publicada en La Gaceta N°108 del miércoles 6 de junio de 2007, denominada “Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos” en relación a los siguientes puntos: A. 2 “Incumplimiento de la obligación de sujetar los trámites o requisitos a su fuente normativa previa”, en lo que concierne al no haber llevado a consulta la motivación que en su momento planteó la Intendencia de Transporte.*
- 2) En relación a los demás argumentos no le asiste la razón a Canatrans, oposiciones esgrimidas en los puntos A.1 (cuestiones de forma) y A y B (cuestiones de fondo) no le asiste la razón.*

(...)"

Fundamentado al respecto, cabe indicar que en los considerandos anteriores se desarrolló ampliamente las fuentes normativas previas que dan sustento o amparan los requisitos o trámites que en este acto se están requiriendo adicionar a la resolución RRG-6570-2007, con lo que se cumple con lo dispuesto en las conclusiones del oficio 362-IT-2016 del 24 de febrero de 2016 arriba citado.

- XII. Fundamentado en los resultandos y considerandos precedentes, y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es adicionar los siguientes requisitos de admisibilidad a la resolución RRG-6570-2007, denominada "*Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos*", para tramitar aquellas solicitudes tarifarias presentadas por los operadores del servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, y que hayan aportado la información operativa completa (flota, carreras, frecuencias, demanda) necesaria para proceder con el análisis tarifario:

"3. Indicar el acuerdo de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, con no más de tres años de emitido, que detalle la cantidad de pasajeros considerada por dicho Ente para autorizar el esquema operativo vigente de la (s) ruta (s) para las cuales se solicita revisión tarifaria e indicar que el nivel de ocupación media por viaje de esa(s) ruta (s) se encuentra dentro del rango de 60% que corresponde a la ocupación en hora valle y 80% que corresponde a la ocupación en hora pico. Dicho acuerdo debe incluir la cantidad de pasajeros efectivamente movilizadas por mes, por ruta, ramal y fraccionamiento tarifario, separando pasajeros regulares y adultos mayores. El rango de fecha de los datos utilizados para el estudio no podrá exceder de tres años a la fecha de solicitud tarifaria. La verificación del nivel de ocupación tiene como objetivo asegurar que exista congruencia entre la cantidad de pasajeros y el esquema operativo autorizado por Consejo de Transporte Público y se realizará únicamente en las peticiones tarifarias sustentadas en información completa, entendiéndose toda la información necesaria para la determinación de las tarifas del servicio según la metodología vigente. En casos de que el nivel de ocupación se encuentre fuera del rango establecido, debe presentar una justificación formal de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público que respalde y justifique el nivel de ocupación fuera del rango establecido de 60% y 80%.

- XIII. En la sesión XXX, del XXX, cuya acta fue ratificada el XXX; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos sobre la base del oficio XXXXX acuerda dictar la presente resolución.

POR TANTO:

Fundamentado en el artículo 11 de la Constitución Política, la Ley General de la Administración Pública, la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y su Reglamento, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y el artículo 6 inciso 21) del Reglamento Interno de

Organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF), y de acuerdo con el análisis efectuado,

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

- I. Adicionar a la resolución denominada “*Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos*”, aprobada por la Junta Directiva mediante resolución RRG-6570-2007 del 29 de mayo de 2007 y publicada en La Gaceta N° 108 del miércoles 6 de junio de 2007, al “*Por Tanto III*” a los requisitos de admisibilidad de las peticiones tarifarias propuestas por los prestadores de los servicios públicos de transporte remunerado de personas en la modalidad autobús, el siguiente inciso 3:
 - “3. Indicar el acuerdo de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, con no más de tres años de emitido, que detalle la cantidad de pasajeros considerada por dicho Ente para autorizar el esquema operativo vigente de la (s) ruta (s) para las cuales se solicita revisión tarifaria e indicar que el nivel de ocupación media por viaje de esa(s) ruta (s) se encuentre dentro del rango de 60% que corresponde a la ocupación en hora valle y 80% que corresponde a la ocupación en hora pico. Dicho acuerdo debe incluir la cantidad de pasajeros efectivamente movilizados por mes, por ruta, ramal y fraccionamiento tarifario, separando pasajeros regulares y adultos mayores. El rango de fecha de los datos utilizados para el estudio no podrá exceder de tres años a la fecha de solicitud tarifaria. La verificación del nivel de ocupación tiene como objetivo asegurar que exista congruencia entre la cantidad de pasajeros y el esquema operativo autorizado por Consejo de Transporte Público y se realizará únicamente en las peticiones tarifarias sustentadas en información completa, entendiéndose toda la información necesaria para la determinación de las tarifas del servicio según la metodología vigente. En casos de que el nivel de ocupación se encuentre fuera del rango establecido, debe presentar una justificación formal de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público que respalde y justifique el nivel de ocupación fuera del rango establecido de 60% y 80%.”
- II. Tener como respuesta a los opositores que participaron en la consulta pública, publicada en La Gaceta N° 228 del 24 de noviembre de 2015, lo señalado en el oficio N° 362-IT-2016/116833, que consta en el expediente OT-232-2015.
- III. Instruir a la Intendencia de Transporte, para que proceda a notificar el oficio N° 362-IT-2016/116833, donde consta la respuesta a la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la posición planteada en la consulta pública.
- IV. Instruir a la Secretaría de Junta Directiva, para que proceda a realizar la respectiva publicación de la adición a la resolución RRG-6570-2007, en el Diario Oficial La Gaceta.

- V. Instruir a la Secretaría de Junta Directiva, para que proceda a realizar la notificación de la presente resolución a las partes y la debida comunicación al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) y al Consejo de Transporte Público (CTP).

Conforme a lo que ordena el artículo 245 de la Ley General de la Administración Pública, contra la presente resolución cabe el recurso ordinario de reposición o reconsideración, el cual deberá interponerse en el plazo de tres días contados a partir del día siguiente a la notificación, y el recurso extraordinario de revisión, el cual deberá interponerse dentro de los plazos señalados en el artículo 354 de la citada ley. Ambos recursos deberán interponerse ante la Junta Directiva de la Aresep, a quien corresponde resolverlos.

Rige a partir de su publicación en el Diario Oficial La Gaceta.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

2. Instruir a la Oficial de Simplificación de Trámites para que continúe con las gestiones correspondientes ante la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio”.

ARTÍCULO 5. Continuación del análisis del recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, Cámara de Transportistas de San José, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, Servicios de Transportes Heba de Guápiles S.A. y Autotransportes Sabana Cementerio S.A., contra la resolución RJD-035-2016. Expediente OT-230-2015

A las catorce horas con treinta y cinco minutos ingresa al salón de sesiones, la señora Carol Solano Durán, Directora General de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a participar en la presentación del tema objeto de este artículo.

De conformidad con lo resuelto en el acuerdo 04-58-2016 de la sesión 58-2016, celebrada el 10 de noviembre de 2016, la Junta Directiva continúa con el análisis de los oficios 870-DGAJR-2016 del 22 de setiembre de 2016 y 1021-DGAJR-2016 del 2 de noviembre de 2016, mediante los cuales la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refiere al recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por las recurrentes arriba citadas, contra la resolución RJD-035-2016. Expediente OT-230-2015.

Asimismo, se conocen los oficios 997-RG-2016 del 3 de noviembre de 2016 y 1025-RG-2016 del 14 de noviembre de 2016, por cuyo medio los señores Román Navarro Fallas y Robert Thomas Harvey, Asesores del Despacho del Regulador General, rinden criterio conforme a lo dispuesto en el acuerdo 05-56-2016, numeral 2), del acta de la sesión 56-2016, celebrada el 27 de octubre de 2016.

La señora **Grettel López Castro** explica que en dicha sesión, la Junta Directiva acordó solicitar un criterio jurídico a los señores Román Navarro Fallas y Robert Thomas Harvey en torno al rezago

tarifario y equilibrio financiero. En la sesión 58-2016 únicamente se contaba con el criterio del señor Román Navarro, razón por la cual la Junta Directiva acordó, por unanimidad, resolver el recurso hasta tanto se contará con el dictamen del señor Robert Thomas Harvey, dictamen que fue presentado el pasado lunes 14 del mes en curso.

Seguidamente el señor **Robert Thomas Harvey** indica que, en consonancia con lo solicitado en el acuerdo 05-56-2016 numeral 2) de la sesión 56-2016, se abocó a analizar los argumentos de las recurrentes y la metodología en lo que concierne al rezago tarifario y al equilibrio financiero. En su análisis, encontró que el rezago tarifario si está definido de manera clara, no así el equilibrio financiero, el cual está definido en el Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos que, dicho sea de paso, no se menciona en la metodología.

Indica que se hace necesario conocer las razones de carácter jurídico, los criterios, los objetivos y los medios previstos en la resolución RJD-035-2016, en relación con los conceptos Rezago tarifario y Equilibrio financiero. Agrega que, el acto administrativo debe estar fundamentado y, en su criterio, no lo está.

Aclara que, en su criterio escrito, no indica que no se pueda establecer un rezago tarifario; lo que advierte es que no tiene fundamentación en la metodología actual y tampoco se señala que es la única forma de alcanzar el objetivo que se está buscando.

Por último, sugiere que una vez que se defina, se redefina o se desarrolle el concepto de equilibrio financiero; se incorpore en la metodología, si es que se va a mantener.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** considera que una vez conocidos los criterios, el recurso se debe someter a votación, por lo que solicita a los miembros del cuerpo colegiado exponer sus argumentos, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

El señor **Edgar Gutiérrez López** razona su voto de la siguiente manera:

“Razono mi voto, sobre el tema en discusión (recurso de reposición y nulidad sobre metodología para fijación ordinaria de tarifas, modalidad autobús).

Dejo manifiesta mi aprobación, con la salvedad que adelante señalo, a las consideraciones jurídicas desarrolladas por la DGAJR contenidas en los oficios 870-DGAJR-2016 y 1021-DGAJR-2016, en consecuencia, mi voto afirmativo para el rechazo a las alegaciones señaladas por los recurrentes en el recurso de reposición y nulidad relacionados, por ello apruebo que se declare sin lugar ambos recursos.

Me aparto del criterio jurídico externado por la DGAJR en lo que respecta al análisis y recomendación que realiza y propone en torno al tema específico identificado en el punto 31 “sobre rezago tarifario”. Sobre este particular, manifiesto mi total aceptación al criterio jurídico externado por el Licenciado Román Navarro Fallas, asesor jurídico del Regulador General, en su oficio 997-RG-2016, criterio que analiza, a mi juicio con detalle el rezago tarifario y equilibrio financiero. Conuerdo con su apreciación y desarrollo jurídico sobre el tema, así como su conclusión y recomendación, de que no se observa invalidez o disconformidad sustancial de la cláusula con el ordenamiento jurídico. Razón por la cual, señala que la cláusula debe de conservarse y no procede la sanción de nulidad.

En ese sentido la petición de los recurrentes producto del recurso de reposición y nulidad debe rechazarse en todos sus extremos.

Pido que el dictamen contenido en el oficio 997-RG-2016 suscrito por el Licenciado Román Navarro Fallas quede agregado en la presente acta en el acuerdo correspondiente”.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** razona su voto y da lectura a lo que se copia a continuación:

“1.- Las recurrentes presentaron en su acción recursiva 32 alegatos en contra de las diferentes partes de la Metodología bajo estudio.

*2.-Dentro de las alegaciones presentadas está aquella que rotularon **19. Sobre la discrecionalidad en la aplicación de la metodología.***

*Indican las recurrentes que en el ítem 4.13.2, a), 8, se señaló que, la Aresep podrá realizar los análisis pertinentes básicos y exhaustivos que demuestren el cumplimiento del equilibrio financiero del operador, entre ellos análisis intertemporales de rentabilidad, solvencia y liquidez. También el número **23.** Indican las gestionantes que la nueva Metodología aprobada, no respeta el principio del equilibrio financiero de los contratos, tiene rango constitucional y superior a la legislación común, al formular una nueva Metodología de fijación tarifaria, la misma debe de garantizar que se llegue a resultados justos y equitativos. **24.** Indicaron las recurrentes, que la nueva Metodología tarifaria aprobada, no respeta ni el principio de equilibrio financiero de los contratos, ni el principio de servicio al costo.*

Agregaron las recurrentes que, para tales efectos, en cualquier momento se podrá recurrir al análisis de los estados financieros detallados, para verificar tal condición, sin que se regulen de forma explícita las reglas o guías para utilizar este mecanismo. Por tanto, queda a discrecionalidad del funcionario analista. En conclusión, o se utiliza la Metodología o se utilizan los estados financieros, pero no puede quedar al libre arbitrio de los funcionarios la decisión.

3.-Toda la gestión regulatoria tiene su razón de ser para la consecución del interés público. Sobre este particular considera la suscrita que las Metodologías tarifarias se crean para determinar expresamente la forma en que se realizarán las futuras fijaciones, el procedimiento y las valoraciones que se deberán tener en cuenta. Esa determinación permite dar seguridad jurídica a los prestadores de los servicios públicos y a los usuarios sobre las reglas aplicables a las futuras fijaciones de tarifas.

Las Metodologías tarifarias, deben establecer todos y cada uno de los parámetros que tienen una implicación directa en la tarifa resultante. No puede ser discrecional que el funcionario de turno determine parámetros que tienen un impacto directo en la tarifa a fijar. En ese sentido, debo oponerme a cualquier discrecionalidad que genere incerteza e inseguridad jurídica sobre las futuras fijaciones tarifarias. Sería evidentemente inaceptable, y constituiría una lotería de parámetros, que quede a valoración del funcionario de turno.

4.-Así mismo, no es de recibo la discrecionalidad de parámetros tarifarios, porque eso implica que el prestador del servicio no podría conocer de antemano el cálculo de la tarifa resultante y en consecuencia no podría preparar ni siquiera una solicitud tarifaria, con lo cual, se estaría impidiendo en la práctica la posibilidad de presentar solicitudes tarifarias establecidas en la propia Ley 7593.

5.-El artículo 17 de la Ley General de la administración Pública LGAP dice:

“La discrecionalidad estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario.”

El artículo 16.1 de la LGAP.

“En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a las reglas a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. 2. El juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.”

El artículo 17 de la LGAP establece un límite a la discrecionalidad: los derechos de los particulares. Eso implica que la Administración puede aplicar la discrecionalidad a favor de los administrados, pero no puede aplicar la discrecionalidad en contra de dichos administrados y sus derechos. Los que podrían asumirse como la fijación tarifaria y el equilibrio financiero.

Recordemos que don Eduardo Ortiz Ortiz, elaboró el proyecto de la LGAP de forma lógica y ordenada, lo cual le ha permitido a dicha Ley una vida de casi 40 años sin ningún tipo de reforma integral, como sí ha sucedido en ese periodo en materia de los procesos civiles, penales e incluso el propio contencioso administrativo.

Don Eduardo abordó la discrecionalidad como una forma de que la Administración tuviera la opción de satisfacer el interés público de la mejor manera, pero que como dice el artículo 17 de la LGAP, no pudiese ir más allá y transgredir los derechos de los administrados. Asimismo, don Eduardo estableció otro límite, y es que la Administración no tiene discrecionalidad en aspectos técnicos y por eso en el artículo 16 de la LGAP estableció que “en ningún caso” los actos de la Administración podrán dictarse contra las “reglas de la ciencia y la técnica”, con lo cual, cuando estamos ante las reglas de la ciencia y la técnica no existe discrecionalidad por parte de la Administración.

Ese límite lo comenta don Eduardo, precisamente en el Tomo I de su tesis sobre el Derecho Administrativo, de forma brillante:

“Se desprende de lo dicho que la técnica, entendida como conjunto de conocimientos exactos aplicables a procesos de acaecimiento necesarios según la ley de la causalidad, excluye la discrecionalidad siempre que sus reglas, no el criterio de la Administración, deban guiar la conducta administrativa en forma determinante. La Administración, como se dijo, carece de la potestad de hacer empíricamente lo que debe hacer técnicamente.”

6.-Si bien es cierto la Metodología establece que en los casos de información incompleta o no existente, o no se dispone de información de algún elemento necesario para el cálculo de la tarifa, se utilizará información relacionada o ajustada al elemento en cuestión. También lo es, que no contempla el procedimiento para realizar esos análisis pertinentes, básicos y exhaustivos que demuestren el cumplimiento del equilibrio financiero del operador, entre muchos los análisis inter temporales de rentabilidad, solvencia, liquidez. Más aún que este principio está contenido en el artículo 31 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, cuando establece

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

7.-La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria DGAJR felizmente hace el planteamiento en una recomendación adicional, acerca de la necesidad que se incluya la definición de estos procedimientos, requisitos, así como la forma en que se fijarán las tarifas en caso que los análisis demuestren que existe un desequilibrio financiero del operador. Procedimiento del cual adolece la metodología sub examine.

8.-Es importante tener en cuenta que el oficio 003-CMTB-2016 del 17 de febrero de 2016, suscrito por los integrantes de la Comisión Autónoma Ad Hoc para temas de transporte remunerado de personas modalidad autobús, suscrito por ocho personas, en la página 2, da como respuesta a la FNTA por sus siglas Foro Nacional de transporte público modalidad autobús, en la audiencia pública objetó sobre el tema del equilibrio financiero básicamente lo siguiente:

“La propuesta no asegura el cumplimiento del equilibrio financiero de los prestadores del servicio, además conlleva a): i) una invasión de competencias del órgano rector, ii) desmejora de los servicios, iii) envejecimiento de la flota, iv) retroceso en los planes de modernización e vi) introduce elementos que pueden convertirse en instrumentos de discrecionalidad en el cálculo.”

Para sorpresa y asombro de la suscrita, la comisión Ad Hoc contesta en menos de dos renglones lo siguiente: “El planteamiento del FNTA es de carácter general y no presenta argumentos que sustenten las afirmaciones realizadas.” Esto se consigna como estribillo en la mayoría de las respuestas a los diferentes opositores.”

9.- Hago más las todas y cada una de las argumentaciones que la DGAJR vierte en su criterio del 22 de setiembre de 2016, oficio 870-DGAJR-2016 en todo lo concerniente al argumento 31 de ese criterio referido al rezago tarifario.

11.- Coincido con el criterio externado por el Lic. Robert Thomas Harvey, en el sentido que el rezago tarifario así como está expresado en la metodología puede limitar o retardar el disfrute pleno de los derechos, como es el de recibir sin dilación, la tarifa que resulte de la aplicación de la Metodología. A mi entender limitando en el tiempo la tarifa. Aunado a lo anterior, y no menos grave, la dilación podría causar al regulado un desequilibrio financiero, el cual podría ser achacado como responsabilidad por parte de la administración.

12.-No se indica en la resolución RJD-035-2016 el fundamento o motivo jurídico y técnico para disponer que el prestador del servicio público reciba en tramos trimestrales iguales, la tarifa que resulte de aplicar la Metodología, y si afecta negativamente o no, el equilibrio financiero del prestador, el cual es un principio contenido en la ley 7593.

Por esto carece de fin, uno de los requisitos indispensables para la validez del acto administrativo, y nuestra LGAP en su numeral 130, párrafo segundo establece que la ausencia de uno de estos requisitos viciará el acto.

Si bien es cierto esta situación podría causar una nulidad relativa del acto administrativo, el cual es el acuerdo de esta junta directiva hoy bajo valoración de nosotros mismos, también debemos sopesar el artículo 167 de la LGAP que establece:

“Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta”.

El artículo 169 de la LGAP dice:

“No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución.”

El numeral 170 del mismo cuerpo legal reza:

“El ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar...”

Por esta valoración es que considero que se debe declarar la nulidad absoluta de lo relacionado con el rezago tarifario establecido en la Metodología.

13.-La suscrita comparte la motivación de la Recomendación Adicional del Criterio de la Asesoría Jurídica y Regulatoria, en cuanto a que efectivamente es necesario como allí se plantea una modificación de la metodología para asegurar que no se produzca un desequilibrio financiero de un prestador del servicio público por la aplicación de la metodología de industria.

Considero que la metodología no debería aplicarse hasta tanto no se haya hecho la modificación que corresponda para tener los mecanismos que aseguren que no se va a presentar un desequilibrio. Con esto se protegería a la institución de una posible condenatoria en sede contenciosa administrativa, al no tener en este momento la convicción en grado de certeza del potencial daño”.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que razona su voto en los mismos términos que lo presentó el señor Edgar Gutiérrez López.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** considera que es muy importante contar con tarifas justas y apropiadas para todos los usuarios de autobuses, así como mejorar la calidad, que es un aspecto en el cual se ha venido trabajando y se debe continuar como prioridad.

Comenta que en los meses que tiene de estar como Regulador General, su preocupación ha sido cómo asegurar el equilibrio financiero establecido en la Ley 7593. Dicho equilibrio lo indica la metodología de forma muy general y no detalla las reglas exactas y precisas bajo las cuales se tendrían que aplicar; aspecto que lleva a la necesidad de hacer un procedimiento o una regla general que establezca cómo y cuándo una empresa regulada, de cualquier sector, podría entrar en riesgo de equilibrio financiero y se le deban hacer los ajustes para que salga del desequilibrio.

Señala que, para el caso específico, esta argumentación es muy importante sobre todo si se entiende que se cuenta con una metodología que es de carácter general, sectorial con valores promedios de la industria, por lo que se requiere tener las reglas de juego bien claras en cuanto al tema de equilibrio financiero y, en ese sentido, le parece correcto lo que recomienda la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en desarrollar procedimientos claros y precisos para definir el equilibrio financiero; sobre todo por la carencia que la metodología en cuestión tiene. Acota que es importante precisar que los parámetros que se vayan a utilizar, sean los anteriores que en el proceso de mejora continua se actualizarán estudios técnicos.

En otras ocasiones, se ha indicado que debido a que se ha mejorado en gran medida la eficiencia; la eficacia es posible que, en este caso, pese a que se utilizan índices de la década de los 80 o 70, esto vaya a favor del prestador del servicio, tal y como lo manifestó la señora Muñoz Tuk, en el sentido de que, si no se tienen los estudios, se deberían hacer de forma rigurosa y seria, o bien; se haga con fundamento de no afectar al prestador del servicio. De tal manera, lamenta que no se hubiese actualizado paralelamente la metodología; sin embargo, siguen vigentes los parámetros e indicadores que se utilizan en la actualidad, los cuales espera estén en un proceso de mejora continua y actualizada.

Asimismo, apunta que todos los estudios tienen que basarse en fundamentos técnicos y rigurosos. Se va a solicitar en la aplicación de esta metodología, el mayor rigor, transparencia y equidad, aspecto que solicitan los prestadores del servicio; es decir, disminuir al máximo la discrecionalidad, para lo cual, está de acuerdo en desarrollar mecanismos y estudios para definir los parámetros, los cuales los llevarán a cabo terceros -universidades y otros centros- en donde el rigor técnico va a prevalecer.

Por otra parte, se utilizarán criterios técnicos, cuyas guías permitan establecer de forma clara quiénes lo tengan que aplicar, cuándo una empresa requiere un ajuste por equilibrio financiero, aspecto que es una preocupación fundamental que la Aresep debe tener al momento de aplicar la metodología y, sobre todo, con fundamentación técnica de acuerdo al estado de la ciencia y el arte.

Manifiesta que acepta en su totalidad, el criterio emitido por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. En cuanto a la discrecionalidad, en el caso del rezago tarifario, señala que eliminando ese aspecto se continúa con la posibilidad a través de una audiencia pública, de incluir ese elemento y así definir las reglas claramente para contemplar el equilibrio financiero para todos los regulados, por un lado y, por otra parte, cómo se va a entender la gradualidad y los rezagos tarifarios. De esta forma, acota, se podrían subsanar muy bien esos elementos, sin perder la posibilidad de ajustar gradualmente según corresponda y sin afectar financieramente a los prestadores del servicio.

Seguidamente la señora **Carol Solano Durán** da lectura a las recomendaciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria:

- I. Declarar parcialmente con lugar, el recurso de reconsideración (reposición) interpuesto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, Cámara de Transportistas de San José, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, Servicios de Transportes Heba De Guápiles S.A. y Autotransportes Sabana Cementerio S.A., contra la resolución RJD-035-2016, únicamente en cuanto al argumento 31 de este criterio referido al rezago tarifario. En todos los demás extremos, se declara sin lugar el recurso interpuesto.*
- II. Declarar la nulidad parcial de la resolución RJD-035-2016, únicamente en cuanto al punto 7 de la sección a. "Procedimiento para obtención con variables aproximadas", del apartado "4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente". En todo lo demás, se mantiene incólume la resolución RJD-035-2016.*
- III. Agotar la vía administrativa.*

- IV. *Notificar a las partes, la presente resolución.*
- V. *Publicar en el Diario Oficial La Gaceta, la presente resolución.*
- VI. *Trasladar el expediente a la Dirección General Centro Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.*

El señor **Roberto Jiménez Gómez** manifiesta que, lamenta no lograr un acuerdo unánime en el tema, ya que el rezago tarifario, es una situación particular y muy específica que no afectaría para nada la metodología. El razonamiento que se ha hecho con la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, así como con los asesores del Despacho del Regulador General; de reconocer ese punto, da la posibilidad junto con la operacionalización del equilibrio financiero, normar de forma general los rezagos tarifarios que existen y que no es solo para esta metodología, sino para todos los sectores. Considera que se podrían sacar esos dos elementos y hacer un proceso de audiencia pública, para reglamentar el rezago tarifario y el equilibrio financiero, incluso, cualquier otro aspecto que sea de carácter general. Asimismo, apunta, que la Aresep siempre tendrá la discrecionalidad en el tema de gradualidad del rezago tarifario, pero que esté reglamentada y conocida por todas las partes, con el fin de proteger al usuario, y tener lineamientos o directrices claros para los operadores.

La señora **Carol Solano Durán** agrega que, el hecho que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria indique en su criterio que la figura del rezago tarifario en los términos planteados en la resolución recurrida, es una práctica que no tiene asidero legal y que imponer los ajustes tarifarios en tractos puede poner en riesgo el equilibrio financiero del servicio, razón por la cual, se recomienda declarar la nulidad; aclara que es en los términos en cómo está planteado, lo cual no impide que la Aresep pueda reconocer en tractos o establecer gradualidades de otra manera; sin embargo, la forma a como está redactado en la metodología, le parece que atenta contra el equilibrio financiero.

En cuanto a la gradualidad, explica que el aspecto del rezago está en un apartado de excepción; es decir, únicamente cuando no hay información completa, deben cumplirse dos condiciones: i) que la empresa no tenga la información y ii) que no se haya presentado ante la Aresep a solicitar tarifa en el último año. Agrega que estos aspectos no solucionan el problema de gradualidad, por el contrario, crea una discriminación entre las empresas que tienen información completas y las que no; razón por la cual, se discutió en otras ocasiones que lo ideal sería, establecer un procedimiento para definir cómo se está garantizando el equilibrio financiero cuando la empresa según lo que Aresep define y pruebe, que la metodología por sus circunstancias particulares, no le garantice un equilibrio financiero; también se debe establecer un procedimiento general para la gradualidad. Si la Junta Directiva aprueba esta recomendación, no implica que la Aresep no pueda definir gradualidad.

Además, aclara que respecto del criterio presentado por el señor Román Navarro, en cuanto a las modificaciones que propone, serían sustanciales, por lo tanto, no lo podría hacer la Junta Directiva, se tendría que someter al proceso de audiencia pública.

El señor **Robert Thomas Harvey** comenta que el dictamen emitido por el señor Navarro Fallas, es muy respetable. En este parece indicar que, si se anula lo relativo al rezago tarifario, la Aresep pierde la competencia para modular las tarifas, lo cual no es cierto, ya que, la competencia de la Aresep está en la ley, por lo tanto, la única forma de perderla sería que deroguen la norma. Agrega que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y su persona, lo que están cuestionando es que carece de fundamento técnico y jurídico la forma en que está planteado el rezago tarifario.

Luego de conocidos los razonamientos de los votos, el señor **Roberto Jiménez Gómez** y la señora **Sonia Muñoz Tuk** manifiestan estar de acuerdo en acoger la totalidad de las recomendaciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de conformidad con los oficios 870-DGAJR-2016 del 22 de setiembre de 2016 y 1021-DGAJR-2016 del 2 de noviembre de 2016, y por las razones expuestas anteriormente.

Por su parte, los directores **Edgar Gutiérrez López** y **Pablo Sauma Fiatt** manifiestan que están de acuerdo con las recomendaciones emitidas por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de rechazar las alegaciones señaladas por los recurrentes en el recurso de reposición y nulidad relacionados, y declarar sin lugar ambos recursos; pero se apartan del criterio jurídico externado por dicha Dirección, en lo que respecta a declarar parcialmente con lugar el argumento 31 sobre el rezago tarifario, esto de conformidad con los razonamientos expuestos anteriormente.

En razón de que el resultado de la votación muestra un empate, el señor **Roberto Jiménez Gómez**, Presidente de la Junta Directiva, ejerce su voto de calidad, según lo establece el inciso f), numeral 3 del artículo 49, de la Ley General de la Administración Pública; en el artículo 54 de la Ley 7593 y, artículo 7, inciso 3) del Reglamento de Sesiones de la Junta Directiva de la Aresep; por lo tanto, la Junta Directiva, resuelve, por mayoría, tres votos contra dos:

A) En cuanto al recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos contra la resolución RJD-035-2016

RESULTANDO

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

- VI. Que el 10 de marzo de 2016, la Asociación Cámara Nacional de Transportes, Cámara de Transportistas de San José, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, Servicios de Transportes Heba De Guápiles S.A. y Autotransportes Sabana Cementerio S.A. (en adelante las recurrentes), interpusieron recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta contra la resolución RJD-035-2016. (Folios 507 a 573).
- VII. Que el 14 de marzo de 2016, mediante el memorando 208-SJD-2016, la SJD remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por las recurrentes, contra la resolución RJD-035-2016. (Folio 696).
- VIII. Que el 15 de junio de 2016, mediante el oficio 513-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remitió al Centro de Desarrollo de la Regulación una *“Solicitud de criterio en cuanto al recurso de reposición con alegato de nulidad concomitante interpuesto por Foro Nacional de Transporte Público, contra la resolución RJD-035-2016.”* (Folios 900 y 901).
- IX. Que el 5 de setiembre de 2016, mediante el oficio 210-CDR-2016, el Centro de Desarrollo de la Regulación remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, las respuestas a la solicitud planteada mediante el oficio 513-DGAJR-2016. (Folios 984 al 999).
- X. Que el 22 de setiembre de 2016, mediante el oficio 870-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió criterio respecto al recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por las recurrentes, contra la resolución RJD-035-2016. (Correrá agregado a los autos).
- XI. Que el 28 de octubre de 2016, mediante oficio 735-SJD-2016, la SJD trasladó a la DGAJR, el acuerdo 05-56-2016 del acta de la sesión ordinaria 56-2016, celebrada el 27 de octubre de 2016, en el cual se indica lo siguiente:

“ 3- Solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, ampliar los argumentos: 19. Sobre la discrecionalidad en la aplicación de la metodología; 23. Sobre los principios de equilibrio financiero y servicio al costo y, 24. Sobre las violaciones concretas a los principios de equilibrio financiero y servicio al costo y el contrato de concesión, contenidos en el criterio jurídico 870-DGAJR-2016 del 22 de setiembre de 2016, en torno al recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, Cámara de Transportistas de San José, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, Servicios de Transportes Heba de Guápiles S.A. y Autotransportes Sabana Cementerio S.A., contra la resolución RJD-035-2016.”

- XII. Que el 2 de noviembre de 2016, mediante el oficio 1021-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remitió a la Junta Directiva la ampliación solicitada al oficio 870-DGAJR-2016 (Correrá agregado a los autos).
- XIII. Que mediante acuerdo 05-56-2016, numeral 2, de la sesión 56-2016, celebrada el 27 de octubre de 2016, la Junta Directiva acordó: *“Solicitar a los señores Román Navarro Fallas y*

Robert Thomas Harvey, Asesores Legales del Regulador General, rendir criterio jurídico a esta Junta Directiva en torno al rezago tarifario y equilibrio financiero, de acuerdo con lo establecido en la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús” y en el escrito recursivo planteado contra dicha metodología”. (Correrá agregado a los autos).

- XIV. Que mediante los oficios 997-RG-2016 y 1025-RG-2016 del 3 y 14 de noviembre de 2016, respectivamente, los señores Román Navarro Fallas y Robert Thomas Harvey, rinden los criterios jurídicos solicitados en torno al rezago tarifario y equilibrio financiero. (Correrá agregado a los autos)
- XV. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los oficios 870-DGAJR-2016 y 1021-DGAJR-2016, arriba citados, que sirven de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza:

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-035-2016, es el ordinario de reposición, en los términos que señala el artículo 345 inciso 2 de la LGAP.

Por su parte, la gestión de nulidad se encuentra establecida en los artículos 158 al 176 de la LGAP.

b) Temporalidad:

La resolución recurrida fue notificada a las recurrentes el 7 de marzo de 2016 (folios 491, 493 a 496), y la impugnación fue planteada el 10 de marzo de 2016 (folios 507 a 573).

Conforme al artículo 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de reposición debe interponerse en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 10 de marzo de 2016. Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado por Ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo legal.

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta contra la resolución RJD-035-2016, según el artículo 175 de la LGAP, fue interpuesta dentro del plazo legal.

c) Legitimación:

Respecto de la legitimación se tiene que las recurrentes, están legitimadas para recurrir -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 7593, en relación con el artículo 275 de la LGAP.

d) Representación:

Siendo que el recurso fue presentado por diferentes personas jurídicas, se analiza la representación de cada una de ellas, de la siguiente manera:

1. La señora Maritza Emilia Hernández Castañeda, actúa en su condición de presidenta con facultades de apoderada generalísima sin límite de suma, de la Asociación Cámara Nacional de Transportes, esto de conformidad con la certificación digital visible a folio 564. Por lo cual, la señora Hernández Castañeda está facultada para actuar en representación de dicha asociación.
2. El señor Alex Francisco Álvarez Abrahams, actúa en su condición de presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, de la Asociación Cámara de Transportistas de San José, esto de conformidad con la certificación digital visible a folio 565. Por lo cual, el señor Álvarez Abrahams está facultado para actuar en representación de dicha asociación.
3. El señor Marco Tulio Víquez Ugalde, es vicepresidente de la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, actuando, en ausencia del presidente, con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, esto de conformidad con la certificación digital visible a folios 568 y 569. Por lo cual, el señor Víquez Ugalde, está facultado para actuar en representación de dicha asociación.
4. El señor Miguel Badilla Castro, actúa en su condición de presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, esto de conformidad con la certificación digital visible a folio 566. Por lo cual, el señor Badilla Castro, está facultado para actuar en representación de dicha asociación.
5. El señor Jorge Francisco Arredondo Espinoza, actúa en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, esto conforme certificación de poder digital visible a folio 567. Por lo cual, el señor Arredondo Espinoza, está facultado para actuar en representación de dicha asociación.
6. El señor Miguel Ángel Badilla Castro, actúa en representación de Servicios de Transporte Heba de Guápiles S.A., en su condición de tesorero con facultades que otorga el artículo 1253 del Código Civil, esto de conformidad con la certificación de personería jurídica visible a folios 570 y 571. Por lo cual, el señor Badilla Castro, está facultado para actuar en representación de dicha sociedad.
7. El señor Alex Francisco Álvarez Abrahams, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de Autotransportes Sabana Cementerio S.A., esto conforme la certificación de personería jurídica visible a 572. Por lo cual, el señor Álvarez Abrahams, está facultado para actuar en representación de dicha sociedad.

En virtud de lo anterior, el recurso de reposición y la gestión de nulidad, interpuestos por las recurrentes, resultan admisibles por la forma.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

1. Sobre las respuestas a las posiciones presentadas durante el proceso de audiencia pública.

Indicaron las recurrentes, que las respuestas a las posiciones contra la propuesta del modelo tarifario no constan en la resolución recurrida, lo que es un vicio en la motivación del acto, tanto de la resolución como de la notificación. Indicaron, que debieron haber sido notificados de los oficios 003-CMTB-2016 y 006-CMTB-2016 junto con la resolución, caso contrario, se afecta su derecho a recurrir por cuanto disminuye el plazo para proceder al estudio de los fundamentos de la decisión, lo que produce indefensión.

Al respecto de este argumento, se le indica a las recurrentes, que si bien en la resolución recurrida –RJD-035-2016- no hay una transcripción total de las respuestas dadas a las posiciones presentadas durante el proceso de la audiencia pública, en el Resultando VI de la mencionada resolución, se indicó lo siguiente:

“(...)

Que el 17 de febrero de 2016, la Comisión Autónoma Ad Hoc para temas de Transporte remunerado de Personas Modalidad Autobús, mediante el oficio 003-CMTB-2016, remitió a la junta directiva para su análisis el informe de respuesta a las posiciones presentadas en la audiencia pública del 14 de diciembre 2015, de la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús” (folios 326 a 328, expediente OT-230-2015).

(...).” (Folio 371).

Además, en el Por Tanto II y III, de la misma resolución, se indicó:

“(...)

II. Tener como respuesta a los opositores que participaron en la audiencia pública realizada el 14 de diciembre de 2015, lo señalado en los oficios 003-CMTB-2016 y 006-CMTB-2016, que constan en el expediente OT-230-2015 y agradecer la valiosa participación de todos en este proceso.

III. Instruir a la Comisión Ad Hoc notificar los oficios donde constan las respuestas a las oposiciones presentadas en la audiencia pública.

(...).” (Folio 490).

Si bien, no hay una transcripción total de estos oficios, se le remite a los administrados al análisis de los mismos. Aunado a lo anterior, dichos oficios fueron notificados a las recurrentes el 9 de marzo de 2016, visible a folio 808. Siendo que, las recurrentes ejercieron su derecho de impugnar, no se observa que se les haya causado indefensión, ni que la resolución recurrida tenga un vicio por este motivo.

Por todo lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

2. Sobre la aprobación de una metodología compuesta por generalidades, con ningún fundamento técnico y sin darle valor a las posiciones.

2.1. Indicaron las recurrentes, que se ha recomendado a la Junta Directiva aprobar una metodología que carece de fundamento técnico y legal, y que no se le da ningún valor a las posiciones presentadas por los opositores.

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

Las recurrentes manifestaron, que no se le dio ningún valor a las posiciones presentadas por los opositores, sin embargo, se le indica a las recurrentes que por medio de los oficios 003-CMTB-2016 y 006-CMTB-2016 –notificados a las recurrentes- la Comisión Ad Hoc que elaboró la metodología recurrida, analizó cada una de las posiciones presentadas por los opositores, y ofreció una respuesta a cada una de ellas.

El descontento de las recurrentes, va en el sentido de que ninguno de sus argumentos fueron acogidos, pero se le indica que, si durante el proceso de audiencia pública se presentan posiciones, esto no implica que este Ente Regulador deba acogerlas, dado que las mismas deben estar justificadas, tanto técnica como jurídicamente y estar apegadas a los principios regulatorios. Aunado a lo anterior, en el análisis de las posiciones, se le indicó a cada opositor, las razones del por qué fueron o no acogidos sus argumentos.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

2.2. Indicaron además que, ninguna de las posiciones fue de recibo por parte de la Comisión Ad Hoc, lo que privó en la recomendación final fueron los criterios internos de los funcionarios de la entidad. Las recurrentes, consideran que como administrados participantes, no están recibiendo una respuesta clara a los planteamientos técnicos y jurídicos.

Al respecto de este argumento, se le remite a las recurrentes al análisis del argumento 2.1 de este criterio.

Además, se les indica que la Junta Directiva acogió en la resolución recurrida, el análisis realizado por la Comisión Ad Hoc nombrada para los efectos, sobre las posiciones presentadas en este proceso.

2.3. El proceso de audiencia pública se convirtió en un mero ejercicio formal, en un evento intrascendente del cual simplemente se dio vuelta a la página y se pasó a la siguiente etapa.

Respecto a este punto, debe indicarse a las recurrentes que, lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 7593, con respecto a la audiencia pública es una manifestación del principio de participación ciudadana, establecido en el artículo 9 de la Constitución Política. En el caso concreto, mediante el acta N° 114-2015 (visible a folios 277 al 290), se constata la celebración de la audiencia pública de Ley.

Sobre el tema referente a la audiencia pública, la Sala Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido:

“(...) En la Ley de la ARESEP y su reglamento, el legislador dispuso un procedimiento administrativo especial, que es la audiencia pública cuya característica principal es la de dar transparencia en las decisiones del Ente Regulador y la posibilidad de dar participación a los consumidores y usuarios dentro del trámite.

Asimismo, al dar la oportunidad de que participen en ella vecinos, organizaciones sociales, el sector estatal y el privado, instituciones de defensa al ciudadano y otras instituciones gubernamentales se logra obtener un mayor provecho, lo cual facilita un mejor intercambio de información de los participantes, constituyéndose la audiencia en un instrumento trascendental en la toma de decisiones y un instrumento de transparencia en un sistema democrático como el nuestro.” (Resolución 016649-2009, en este mismo sentido puede observarse el voto 003762-2011).

Tomando en consideración el objeto de la audiencia pública, definido claramente por el Tribunal Constitucional como un instrumento trascendental de transparencia en la toma de las decisiones administrativas, como la posibilidad real y efectiva de dar participación a la ciudadanía en defensa de sus intereses y que no se trata de un simple requisito formal, se observa a folios 277 y 278 del expediente administrativo -OT-230-2015- el acta N° 114-2015, de la cual se extrae que claramente se le explicó a los participantes, que:

“Primeramente les voy a explicar cuáles son los fines y los objetivos de una audiencia pública, cómo se va a desarrollar esta actividad y cómo los interesados pueden participar en ella. El primer fin o el primer objetivo principal es escuchar las diferentes justificaciones de índole técnica, económica, financiera por las cuales en este caso la Autoridad Reguladora está planteando la propuesta. Como segundo objetivo principal tenemos el recibir por parte de los usuarios o cualquier otra persona con interés legítimo según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley número 7593, sus manifestaciones ya sean a favor o en contra de dicha propuesta. En sí lo que nos interesa son los argumentos o los motivos por los cuales se toma una u otra postura. Todo esto implica que el día de hoy no se va a resolver, si se va a aprobar o no la propuesta; lo que venimos hacer es a escuchar los diferentes puntos de vista para que posteriormente la Autoridad Reguladora pueda resolver de una mejor manera.”

En este mismo sentido, en el desarrollo de la citada audiencia se recibieron y se admitieron posiciones, las cuales fueron incorporadas al expediente mediante el memorando 4389-DGAU-2015 (folios 274 a 276).

Partiendo de lo anterior, es preciso señalarle a las recurrentes que tanto la propuesta de metodología sometida a audiencia pública, como las observaciones recibidas no son vinculantes para la Administración, por cuanto hasta ese momento la Autoridad Reguladora cuenta con toda la información para poder tomar una decisión.

En cuanto a las posiciones presentadas en la audiencia pública, si bien es cierto la Autoridad Reguladora, estaba en la obligación de analizarlas, como efectivamente lo hizo, mediante los oficios 003-CMTB-2016 y 006-CMTB-2016, mismos que fueron acogidos por la Junta Directiva en la resolución recurrida (folios 326 a 328 y 340 respectivamente), no estaba obligada a acogerlas, en virtud de la potestad discrecional que reviste el actuar de esta administración.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar, que las recurrentes en el transcurso del procedimiento han tenido la oportunidad de manifestar su inconformidad con la metodología recurrida, precisamente en ejercicio de su derecho de defensa, haciendo uso de los remedios procesales que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, con la interposición de los recursos ordinarios respectivos.

Por lo demás, el debido proceso se ha respetado en el trámite de la metodología recurrida, ya que se desprende del estudio de los autos, que se ha cumplido con el procedimiento establecido para su promulgación, sea: se abrió el expediente, se convocó a audiencia pública, se emitió el acta de la audiencia, se emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias, se respondieron las posiciones presentadas, se emitió el acto final (la resolución recurrida) y se publicó en el Diario Oficial, por lo que no se aprecia violación al principio del debido proceso alegado. La metodología recurrida, fue elaborada de conformidad con las competencias exclusivas y excluyentes del Ente Regulador.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón las recurrentes en su argumento.

- 2.4. Indicarón las recurrentes, que lo más grave de todo es que en las diferentes respuestas a los planteamientos, se les indica que las posiciones de Aresep incorporan los diferentes insumos con los que ha contado la Aresep (estudios contratados), sin mencionar en ningún lugar, cuáles son esos estudios, cuál parte de ellos y cómo se utilizaron, y por qué los mismos no forman parte del expediente.**

Sobre este argumento, se les indica a las recurrentes, que el mismo será desarrollado en la respuesta al argumento 4 de este criterio, por lo tanto se les refiere al análisis del mismo.

3. Sobre el incumplimiento de las órdenes de la Contraloría General de la República (en adelante CGR).

Indicaron las recurrentes, que ellas hicieron un planteamiento similar en la audiencia pública y que la respuesta de la Comisión Ad Hoc iba en el sentido de que a criterio de la Aresep, se

estaban cumpliendo la disposiciones de la CGR, y que por medio de ejemplos se indicó que se llevaron a cabo las actualizaciones solicitadas por el Ente Contralor. Sin embargo, a criterio de las recurrentes, lo que se tiene es una simple remisión a una promesa de estudios que a futuro contrate o avale la Aresep, es decir, una expectativa, lo cual es insuficiente para dar cumplimiento a las disposiciones vinculantes del Ente Contralor.

Al respecto, esta asesoría remite a las recurrentes a lo indicado por la CGR en el informe DFOE-EC-IF-13-2015, denominado: "Informe de auditoría sobre el proceso de fijación de cánones y la definición de metodologías tarifarias en la actividad transporte (modalidad autobús) en la Autoridad Reguladora de los Servidito Públicos (Aresep).", en su parte dispositiva, numeral 4.7:

"(...)
Ordenar a las instancias competentes de la ARESEP, la formulación de una metodología tarifaria para el servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, la cual considere los mecanismos y los procedimientos para la actualización, con la periodicidad requerida, de las diferentes variables y parámetros que se utilicen, incluyendo los datos de la demanda de las rutas en las que se presta el servicio de transporte remunerado de personas bajo esa modalidad, todo lo anterior de acuerdo con el criterio de ese organismo regulador.
(...)." (El subrayado no es del original).

Como se desprende de lo anterior, el requerimiento de la CGR, iba en el sentido de que se formulara y oficializara los mecanismos y procedimientos, por medio de los cuales se fijan y actualizan las tarifas para el servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, lo cual se cumplió por parte de este Ente Regulador, por medio de la resolución recurrida -RJD-035-2016-, que contiene la "Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús".

Aunado a lo anterior, la Comisión Ad Hoc -que formuló la metodología y dio respuesta a las posiciones de los opositores durante el proceso de audiencia pública-, por medio del oficio 003-CMTB-2016, sección 3, numeral 3, indicó lo siguiente:

"(...)
La propuesta sometida a audiencia pública, de acuerdo al criterio de la Aresep, cumple con las disposiciones finales que emitió la CGR, en el informe No. DFOE-EC-IF-13-2012 del 19 de octubre del 2012 (...)

En ese sentido, la propuesta de metodología establece los mecanismos, que a criterio de este Ente Regulador cumple con lo dispuesto por la CGR (...)
(...)." (Folio 328).

Se desprende de lo anterior, que la solicitud de la CGR, versaba sobre, la formulación de una metodología tarifaria por parte de Aresep que dejara explícitos los procedimientos para su actualización, si bien, muchos de los planteamientos no satisfacen a las recurrentes, esto no quiere decir que la Aresep haya hecho caso omiso a los requerimientos de la CGR, que sus planteamientos sean errados, que estén faltos de sustento técnico o legal, simplemente se trata de una apreciación de las recurrentes, como ellos mismos lo indicaron en su argumentación.

La Comisión Ah Hoc, por medio del mismo oficio, demuestra a las recurrentes, con ejemplos, la forma en que se están solventando los requerimientos exigidos por la CGR, tal y como se muestra a continuación:

“(...) así por ejemplo, en la sección 4.5.3 “Costo por consumo de aceite de motor”, (Folios 46 y 47), se indica lo siguiente:

“El valor del coeficiente de consumo de aceite de motor, estará sujeto a variación de acuerdo con los estudios técnicos ejecutados, contratados o avalados por la Aresep. El valor de este coeficiente técnico se actualizará como mínimo una vez cada cinco años, a partir de la entrada en vigencia de esta metodología.

El plazo establecido permite la revisión periódica de la metodología de manera que se incorpore los cambios en el entorno financiero, así como los cambios tecnológicos y legales atinentes al servicio objeto de la presente metodología. En el momento que se decida incorporar en la metodología un nuevo coeficiente, este debe ser sometido al mecanismo de participación ciudadana que se considere pertinente”.

Para citar otro ejemplo se puede mencionar la sección 4.6.2 “Rentabilidad del capital asociado a los activos fijos”, (Folio 59), que indica lo siguiente:

*“El valor del cuadro 23 anterior estará sujeto a variación de acuerdo con los estudios técnicos ejecutados, contratados o avalados por la Aresep. El valor de coeficiente se actualizará como mínimo una vez cada cinco años, a partir de la entrada en vigencia de esta metodología. El plazo establecido permite la revisión periódica de la metodología de manera que se incorpore los cambios en el entorno financiero, así como los cambios tecnológicos y legales atinentes al servicio objeto de la presente metodología. En el momento que se decida incorporar en la metodología un nuevo coeficiente, este debe ser sometido al mecanismo de participación ciudadana que se considere pertinente.”
(...)” (Folio 328).*

En virtud de todo lo anterior, se concluye que la Aresep no incumplió con los requerimientos de la CGR, al plasmar en la resolución recurrida -RJD-035-2016- la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”, la cual incorpora procedimientos claros y verificables para la actualización de las tarifas y deja abierta la posibilidad de hacer variaciones en los parámetros, coeficientes y variables de la metodología recurrida, cuando Aresep cuente con estudios técnicos ejecutados, contratados o avalados por ella misma.

Por todo lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

4. Sobre los estudios técnicos contratados por la Aresep

Indicaron las recurrentes, que la Aresep utilizó una serie de estudios técnicos contratados para la elaboración de la metodología recurrida, sin indicarle a los administrados, cuáles son estos estudios, que parte de ellos y como se utilizaron.

Al respecto de este argumento, se les reitera a las recurrentes, la respuesta ofrecida en razón de su posición en el proceso de la audiencia pública, la cual se encuentra en el oficio 003-CMTB-2016, sección 3, numeral 4, que en relación al tema indicó:

“(…)

*Si bien es cierto de acuerdo al artículo 7 de la Ley N 7593 , la Aresep está facultada para contratar insumos o estudios necesarios para el desarrollo de sus labores, la existencia de estos insumos no es de carácter vinculante para el desarrollo de metodologías o normativas técnicas, y queda a criterio de la Junta Directiva como órgano decisor el validar o no la incorporación de estos insumos según las recomendaciones técnicas y legales de los equipos que participan en el desarrollo de metodologías.
(…)” (Folio 328).*

Aunado a lo indicado por la Comisión Ad hoc, se le indica a las recurrentes, que los estudios técnicos contratados por la Aresep conforman una base para la toma de decisiones, a la hora de establecer metodologías tarifarias. Sin embargo, lo que esté plasmado en ellos no es vinculante para el desarrollo de las metodologías, y es por ello que se cuenta con equipos técnicos que analizan no solo estos insumos, sino también el contexto en que se desenvuelven los mercados regulados, para realizar recomendaciones a la Junta Directiva, quien es la encargada de avalar y aprobar dichas recomendaciones.

Las metodologías tarifarias definidas, no se pueden apartar de la realidad nacional y por ello los estudios técnicos contratados o referencias de otros países son adecuados a las condiciones locales.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en cuanto a este argumento.

5. Sobre el tope del 10% del autobús en el reconocimiento de costos de repuestos y accesorios.

5.1. Indicaron las recurrentes, que la metodología utiliza el marco teórico de la herramienta denominada Highway Development and Management (en adelante HDM-IV), al imponer un tope del valor del 10% del autobús en el reconocimiento de costos de repuestos y accesorios, es decir, se usa el mismo coeficiente del modelo vigente (brasileño) pero reducido a una fracción en función de la antigüedad de la flota.

Al respecto, se le reitera a las recurrentes, lo indicado por la Comisión Ad Hoc en el informe que da respuestas a las posiciones, que en lo que interesa señaló:

“(…)

El modelo Highway Development and Management (HDM-IV) es una herramienta que se ha desarrollado desde 1969 como parte de un esfuerzo del Banco Mundial, el Banco Asiático de Desarrollo, el Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido, la Administración Nacional de Carreteras de Suecia y el TRRL (Transport and Road Research Laboratory) para ayudar a los países en vías de desarrollo a planear y

mejorar las condiciones de la infraestructura carretera.

Actualmente es utilizado en más de treinta países alrededor del mundo, donde ha sido ajustado a diferentes configuraciones de vehículos (automóviles, camiones de carga, autobuses, entre otros) y a las condiciones de las vías de cada país (a través del índice de rugosidad). Como parte de los usos este modelo permite estimar costos relacionados con el efecto en los usuarios de las carreteras, como lo son los costos de operación de vehículos (consumo de combustible, mantenimiento y reparaciones, entre otros). Dado lo anterior, el modelo HMD-IV es un insumo que puede ser utilizado para estimar costos de operación de los autobuses. (...).” (Folio 328).

Se desprende de lo anterior, que el modelo en cuestión, HDM-IV, es una herramienta utilizada actualmente, no solo por varios países alrededor del mundo, sino que cuentan con una gran trayectoria de más de 40 años, el cual permite estimar costos relacionados con la operación de estos vehículos, específicamente costos relacionados con el consumo de combustibles, mantenimientos y reparaciones.

Sin embargo, dado que se trata de un modelo definido en un contexto diferente al de Costa Rica, es que se hace necesario adecuar este modelo a la realidad nacional, para que el mismo represente las peculiaridades en que se desarrolla este sector, lo cual se hace evidente en el Anexo 4 de dicha metodología, en el cual se incluye un apartado denominado: “Derivación de coeficientes a partir del modelo HDM-IV”, en el cual se derivan coeficientes incluyendo información propia de nuestro país como lo es: el índice de rugosidad de la red vial nacional, de acuerdo al informe de Lanamme, UCR (2013).

Con respecto, a que se impone un 10% del valor del autobús en el reconocimiento de costos de repuestos y accesorios, se le aclara a las recurrentes, que como se indicó en el párrafo anterior, es necesario adecuar los modelos a la realidad nacional y además, la experiencia en la regulación del sector ha permitido introducirle algunas modificaciones al modelo que sirve de base para la metodología recurrida, lo cual fue analizado y explicado por la Comisión Ad Hoc, en el informe que da respuestas a las posiciones -003-CMTB-2016-, que en lo que interesa señaló:

“(...

La propuesta de metodología sometida a audiencia pública realiza parte de sus cálculos y la estimación de coeficientes de mecánicos, repuestos y accesorios a partir de una derivación del modelo de HDM-IV, en el Anexo 4 se incluye lo necesario para dicha derivación, donde además de incluir la derivación para los autobuses y las condiciones generales de las vías nacionales, se utiliza la edad promedio de la flota y el kilometraje promedio mensual recorrido por las unidades que conforman la flota del servicio.

En relación al tope del 10%, el valor preexistente el modelo de regulación económica que hasta la fecha ha utilizado, se constituye un punto de partida, sobre el estado del conocimiento sobre la regulación de este servicio en el contexto nacional, es precisamente donde al revisar las mejores prácticas, la validez y la competitividad de los modelos que han sido aplicados, y con los insumos disponibles para el desarrollo

de esta metodología, se hace necesario establecer el mencionado, hasta tanto no se disponga de otros insumos técnicos desarrollados para el contexto nacional, que reflejen las prácticas locales de mantenimiento y operación en el sector. (...).” (El subrayado no es del original, folio 328).

Sobre este argumento, se le indica a las recurrentes, que como bien fue expuesto por la Comisión Ad Hoc, en el oficio que da respuestas a las posiciones, es debido a la experiencia que se ha adquirido en el sector transporte remunerado de personas modalidad autobús, que la Aresep tomó la decisión de establecer el tope de este 10%.

Además, en relación con este tope del 10%, se le recuerda a las recurrentes, que este es el valor utilizado en el modelo tarifario anterior, por lo tanto, constituye un punto de partida, que se hace necesario establecer, hasta tanto no se disponga de otros insumos técnicos desarrollados para el contexto nacional, que reflejen las prácticas locales de mantenimiento y operación en el sector.

Se concluye de lo anterior, que la base de la metodología recurrida es el modelo HDM-IV, muy utilizado a nivel mundial, el cual, ha sido modificado en algunos aspectos para adecuarlo a las condiciones nacionales del sector, que ha sido posible, dada la experiencia con que se cuenta en la dinámica del sector de transporte remunerado de personas modalidad autobús. Además, se reitera que en el Anexo 4 de la metodología recurrida, visible a folio 489, se incluye lo necesario para hacer las derivaciones del coeficiente de gasto anual en repuestos y accesorios y necesidades de mecánicos para adecuarlo a las condiciones generales de la realidad nacional.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

5.2. Indicarón las recurrentes, que en la respuesta a la oposición en el proceso de audiencia pública, la Aresep le respondió que hay un estudio que toma en cuenta la rugosidad. Esta fuente debería citarse e incorporarse al expediente.

Llevaron razón las recurrentes, en cuanto a que la Aresep indicó que el estudio que utilizó, toma en cuenta entre otros factores, el índice de rugosidad, sin embargo no lleva razón en cuanto a que no se le indicó la fuente de este estudio, dado que la Comisión Ad Hoc, textualmente aclaró: “El modelo Highway Development and Management (HDM-IV) es una herramienta que se ha desarrollado desde 1969 (...) es utilizado en más de treinta países alrededor del mundo, donde ha sido ajustado a diferentes configuraciones de vehículos (automóviles, camiones de carga, autobuses, entre otros) y a las condiciones de las vías de cada país (a través del índice de rugosidad).” (Folio 328).

*Además, en el Anexo 4, de la resolución RJD-035-2016 –resolución recurrida- se indicó en el numeral 1 la “**Determinación de coeficiente de gasto anual en repuestos y accesorios**” y se hace un desarrollo de como de la fórmula establecida en el modelo HDM-IV para el índice de rugosidad, ecuación 99, se obtiene una ecuación adaptada a las condiciones de Costa Rica, considerando información de las siguientes referencias: Lanamme y de Bennett and Greenwood (2001), visible a folios 489 y 490.*

En razón de lo anterior, no llevan razón las recurrentes en cuanto a este argumento.

5.3. El uso o derivación hecha por Aresep del modelo HDM-IV resulta más en suposiciones, las cuales llevarán a experimentar, mediante su aplicación sucesiva, si es o no adecuada.

El argumento de las recurrentes, va en la línea de un descontento general con la metodología recurrida, no se desprende con exactitud en que aspectos considera que la citada metodología no le satisface, por lo tanto esta asesoría no puede referirse de forma específica a algunos aspectos de la misma.

Sin embargo, se le indica a las recurrentes, que los sectores regulados evolucionan rápidamente, hay mejoras en los equipos que se utilizan, la tecnología avanza, el recurso humano se vuelve más experto y eficiente, entran agentes, salen agentes, hay nuevas reglas, los usuarios exigen nuevas necesidades, por lo tanto, en cumplimiento de sus funciones exclusivas y excluyentes, la Aresep considera estas condiciones del mercado y define modelos que representen esta realidad, equilibrando las necesidades, tanto de los usuarios como de los prestadores de los servicios públicos.

Es por ello, que las metodologías tarifarias tienen que ser aplicadas por algunos periodos de tiempo, para ganar experiencia y analizar el impacto que ellas ocasionan en la prestación del servicio, tanto del lado del usuario como del prestador, con lo cual se pueda evaluar la conveniencia de crear, mantener, desechar o modificar estas metodologías.

En ese sentido, es que la resolución recurrida, en la cual se aprueba la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”, deja abierta la posibilidad de realizar variaciones en los parámetros del modelo, cuando se cuenten con estudios técnicos ejecutados, contratados y avalados por Aresep.

En virtud de la falta de exactitud y precisión en el planteamiento del argumento por parte de las recurrentes, se recomienda rechazar su argumento.

6. Sobre el no reconocimiento de las horas extra del costo del salario de los mecánicos

Indicaron las recurrentes, que en relación con este tema, en la respuesta a la posición durante el proceso de audiencia pública, en ninguno momento se les aclaró la razón de no considerar en el cálculo el salario base más las horas extra del costo del salario de los mecánicos. Indicaron además, que se les explicó como la acumulación de kilometraje y de horas se distribuyen en jornadas de trabajo que van desde las 4 a.m. a las 12 medianoche, para poder cumplir adecuadamente con los niveles de continuidad y seguridad para el usuario y que estas respuestas denotan que hay un error y una gran omisión, de acuerdo con la realidad operativa de las empresas costarricenses.

Sobre este punto, se le indica a las recurrentes, que en relación con su argumento sobre el no reconocimiento de las horas extra en el salario de los mecánicos, la Comisión Ad Hoc se refirió al mismo en el oficio que da respuestas a las posiciones -003-CMTB-2016, respuesta al punto 5 “Sobre reconocimiento de los costos de salarios de mecánicos, repuestos y

accesorios”, argumento 2 de las recurrentes-, lo cual se comprueba en la siguiente transcripción:

“(…)

En la propuesta de metodología sometida a audiencia pública se considera la cantidad de horas de mano de obra necesarias para las labores de mantenimiento a partir del kilometraje recorrido de las unidades, tal y como se indica en la sección 4.4.2.c “Costo por salario de los mecánicos”

“El coeficiente de necesidades de mecánicos es derivado del modelo HDM-IV (...) y está relacionado con la cantidad de horas de mano de obra, obtenidas a partir del kilometraje acumulado que en promedio tiene la flota autorizada en la ruta (...)”.

De esta manera, la cantidad de horas mensuales equivalente a la jornada ordinaria de ocho horas (valor definido en el Decreto de salarios mínimos del MTSS) y se obtiene a partir de la cantidad de horas de mano de obra necesarias en un año cuando se considera el kilometraje acumulado al cabo de 52 semanas laborables con un máximo de 48 horas. Por lo tanto no se considera necesario incluir horas extras.

(...)” (Folio 328).

Por lo anterior, no llevan razón las recurrentes en cuanto a este argumento, dado que se desprende de la transcripción anterior, que la Comisión Ad Hoc les aclaró la razón, de no considerar en el cálculo el salario base de los mecánicos más las horas extra.

Adicional a lo anterior, por medio del oficio 210-CDR-2016, la Dirección General Centro Desarrollo de la Regulación (en adelante CDR), amplió las razones para no considerar las horas extra de los mecánicos, y al respecto indicó:

“(…)

Para cada actividad que realice el empleado y el empleador deben convenir la jornada de trabajo (número de horas que se labora por día o por semana) y el horario de trabajo (período de tiempo dentro del cual se distribuye la jornada, estableciéndose la hora de entrada y salida del centro de trabajo, así como las horas de los tiempo (sic) de descanso entre jornada). La jornada no puede ser aumentada sin el consentimiento de los empleados, mientras que el horario si puede ser modificado por el empleador. Dado lo anterior, para contabilizar la cantidad de horas extras, es necesario establecer un horario y una jornada.

En general, en el caso de la actividad del transporte remunerado de personas, el horario de trabajo (y en particular para las labores de mantenimiento) lo establece el prestador del servicio de acuerdo a su organización y preferencias, por ejemplo puede decidir que todas las labores se realicen durante la noche, o algunas pocas durante la noche y concentrar la mayoría durante el día, además de tener que considerar la continuidad del servicio.

El costo mensual del salario de los mecánicos tal y como lo establece la metodología vigente en la sección 4.4.2.c, se calcula a partir de tres factores: i) el salario mínimo para una jornada ordinaria de ocho horas; ii) la cantidad necesaria de mecánicos por autobús y iii) el factor de cargas sociales. La cantidad necesaria de mecánicos se determina según el modelo técnicamente sustentado HDM-IV, "Highway Development and Management IV", modelo de gestión y administración de carreteras, que permite determinar la cantidad horas de mecánicos (horas de trabajo de mantenimiento) a partir del kilometraje acumulado que en promedio tiene la flota autorizada en la ruta.

Es por lo anterior que ante la ausencia de una definición de las horas en las que se debe realizar el mantenimiento, la metodología vigente calcula la cantidad necesaria de horas equivalentes a jornadas ordinarias de ocho horas diarias (transformación que se realiza a través de la ecuación 14), siendo así innecesario expresar un mecanismo de reconocimiento de horas extra sobre el salario de los mecánicos. Reiterando, la metodología considera la cantidad de horas necesarias para realizar las labores, independientemente de los horarios y jornadas en que se realice. (...)." (Folios 984 al 999).

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

7. Sobre el reconocimiento del costo de salarios de mecánicos y repuestos y accesorios cuando una empresa adquiere autobuses nuevos en el primer año, resultando más atractivo invertir en autobuses viejos.

7.1. Las recurrentes indicaron, que la respuesta que se le dio en relación con este argumento, en el proceso de audiencia pública, no tiene relación con el argumento, el hecho de que los costos se determinen sobre una base mensual equivalente en ningún modo impide que sean reconocidos desde el primer año de operación. Se castiga con cero el reconocimiento por este rubro, a las empresas que adquieren buses nuevos.

Al respecto, se le reitera a las recurrentes, lo indicado en el oficio 210-CDR-2016, el cual indicó:

"(...)

"La propuesta sometida a audiencia pública, está basada en el concepto de estructura productiva modelo contenido en el artículo 31 de la Ley N° 7593, cuya estructura es la misma para todo el sector, sin embargo utiliza las condiciones propias de cada servicio relacionadas con la inversión (cantidad y edad de la flota) y la operación (carreras y distancias), lo que arroja resultados particulares para cada servicio en la aplicación de la metodología. La estructura productiva modelo está basada en la determinación de los costos del servicio, sobre una base mensual, de esta manera aquellos costos que están sobre una base periódica mayor (un semestre o incluso un año), se deben ajustar a la base mensual equivalente. Dado la forma como se han realizado las revisiones y fijaciones tarifarias, existe imposibilidad material de realizar mes a mes, sino por el contrario lo normal es que transcurra al menos un año entre cada una de ellas, lo cual es

congruente con lo establecido en la Ley (artículo 30). Así mismo, este tratamiento de los costos sobre una base mensual se aplica en forma consistente en la propuesta de metodología sometida a audiencia pública, como por ejemplo el reconocimiento de depreciación y rentabilidad de la flota.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, se está en desacuerdo con el argumento presentado por el opositor, puesto que los costos señalados, son reconocidos una vez que las unidades superen el primer año.”

Como se observa, en la respuesta brindada en el informe del oficio 03-CMTB-2016, se explicó cómo y cuándo dentro de la metodología sometida a audiencia pública en su oportunidad, se reconocen los costos de salarios de mecánicos, repuestos y accesorios para el primer año de operación de los autobuses que se adquieren nuevos.

(...)”. (Folio del 984 al 999).

Adicional a la respuesta brindada por el CDR, es importante indicar que las recurrentes incluyen un cuadro visible a folio 516, en el cual se visualiza que la retribución por mantenimiento, accesorios y salarios de los mecánicos para el primer año de operación, es de 0%.

Por su parte, la ecuación 17, visible a folio 400, calcula el kilometraje anual acumulado para la edad promedio de la flota autorizada, la cual está en función de la variable EPF (edad promedio de la flota autorizada); calculada como el promedio simple de los años de fabricación de la flota menos el año en el que se realiza la fijación tarifaria.

Aplicando estas ecuaciones, bajo el supuesto de que se tienen autobuses nuevos, es decir, una edad promedio de la flota de 2016 y que se realiza la fijación tarifaria en el mismo año, esta diferencia arroja un resultado de cero. Haciendo cero este kilometraje anual acumulado, el cual es un valor insumo a utilizar, como un multiplicador, en la ecuación 16 (coeficiente de consumo estandarizado de partes por cada 1000km), haciendo cero esta variable, que a su vez es insumo, como multiplicador de la ecuación 15 (número de horas de mano de obra para mantenimiento) y así sucesivamente, hasta llegar a la ecuación 13 (folio 399), la cual indica el costo mensual de los salarios de los mecánicos. Es decir, esta variable se hace cero cuando los autobuses son del mismo año en que se realiza la fijación tarifaria (autobuses nuevos).

Lo mismo sucede, para el caso del costo en repuestos y accesorios (CRA_r) (ecuación 27, a folio 406), cuando la edad promedio de la flota es igual al año en que se realiza la fijación tarifaria, la variable CRA_r es cero.

Lo anterior tiene sentido, dado que se supone que una unidad nueva no requiere mantenimientos y por ende no es necesario incurrir en costos de mantenimiento y accesorios, ni en el salario de los mecánicos.

Por otro lado, en la resolución recurrida, al empresario se le está reconociendo el valor de la unidad dentro de la inversión, en el valor de las unidades, por lo tanto, no es cierto que la aplicación de la metodología recurrida desincentiva la adquisición de autobuses nuevos.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en su argumento.

7.2. Las recurrentes indicaron que cualquier acto de este tipo debe contar con los motivos jurídicos y técnicos que lo sustenten. No existe debida fundamentación en relación con propuestas específicas adoptadas por el Ente Regulador, por lo que se desconoce la razón por la cual se ha inclinado por ellas y no por otras posibles, o se ha desechado la norma actual para asumir un cambio en el tratamiento del ítem respectivo. Desde el punto de vista jurídico, este proceder violenta las reglas que regulan la discrecionalidad administrativa, convirtiendo lo actuado en arbitrario, violentando el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Las recurrentes indicaron que en las propuestas sometidas a audiencia pública, hubo muchos cambios, hasta llegar a este procedimiento.

Sobre este argumento, se le indica a las recurrentes, que este tema ya se analizó en el argumento 4 de este criterio, por lo que se le remite al análisis del mismo.

Sin embargo, la metodología plasmada en la resolución recurrida, fue sometida al proceso de audiencia pública, por lo tanto las recurrentes conocían de la misma y tuvieron la oportunidad para referirse a ella, principalmente en aquellos aspectos que consideraban que la propuesta no era adecuada.

Aunado a lo anterior, específicamente en la sección 4.4.5. "Costos en repuestos y accesorios", se incluyó todo un desarrollo del procedimiento a seguir para el cálculo de la variable "costos en repuestos y accesorios" y se indicó que muchos de los coeficientes que se toman en cuenta son tomados del modelo HDM-IV, el cual era de conocimiento de las recurrentes.

Además de todo lo anterior, las recurrentes no proponen un procedimiento diferente, el cual pueda ser valorado por este Ente Regulador, que mejore lo aprobado hasta este momento, su argumento se basa en inconformidades generales, sin hacer ningún tipo de propuesta. Sin embargo, se le recuerda que lo establecido en la metodología recurrida está sujeto a cambios, producto de la mejora continua, la misma establece, en cuanto a este tema, lo siguiente:

"(...)

El procedimiento de determinación del valor del coeficiente de consumo estandarizado de partes por cada 1.000 Km estará sujeto a variación de acuerdo con los estudios técnicos ejecutados, contratados o avalados por la Aresep.

(...)." (El subrayado no es del original, folio 408).

No se omite indicarle a las recurrentes, que se le remite al análisis del argumento 1 en cuanto a la indefensión y al argumento 7.2 y 19 en cuanto a la discrecionalidad.

Por todo lo anterior, considera este órgano asesor que las recurrentes no llevan razón en su argumento.

8. Sobre el salario de los conductores

- 8.1. Indicaron las recurrentes, que el procedimiento para el establecimiento de la cantidad de conductores propuesto por la Aresep, no incluye aspectos como: el tiempo de café de 15 minutos, el kilometraje improductivo, el tiempo de entrega de la recaudación, llenado de combustible, calentamiento de la unidad, y revisión general de agua, sistema de frenos, presión de aceites, etc., pago de extras por jornada, pagos de diferentes tipos de jornada, jornadas de capacitación y asistencia a juicios y otros temas de presentación obligatoria.**

Sobre este argumento, la Comisión Ad Hoc que elaboró la propuesta metodológica, por medio del oficio 003-CMTB-2016, se refirió a cada una, de la siguiente forma:

Sobre el tiempo de café indicó:

“(…)

El procedimiento para de determinación de choferes contenido en la propuesta de metodología, considera el trabajo efectivo de 7,5 horas de acuerdo a la normativa vigente (artículo 137 Código de trabajo y artículo 18 del Decreto Ejecutivo 27298-MTSS), donde no se establece como una obligación para el patrono conceder el tiempo de café dentro de la jornada laboral, ese tiempo puede ser concedido en forma voluntaria por el patrono, pero es considerado como tiempo efectivo trabajado.

(…)” (Folio 328).

Queda demostrado de lo anterior, que la inconformidad por parte de las recurrentes quedó resuelta por la Comisión Ad Hoc y además, el planteamiento de esta Comisión es válida en cuanto a que este tiempo de café que están solicitando las recurrentes, no es una obligación que deba ser considerada dentro del cálculo tarifario, sin embargo el patrono está en todo su derecho de conceder este tiempo a sus colaboradores, pero considerándolo dentro de su tiempo efectivo de trabajo.

Sobre el kilometraje improductivo, el tiempo de entrega de la recaudación, llenado de combustible, calentamiento de la unidad, y revisión general de agua, sistema de frenos, presión de aceites:

“(…)

Como lo indica el procedimiento, se parte de la programación del servicio, donde se conoce cuantos vehículos de la flota total están en operación en cada franja horaria (en general, la flota total no es requerida en todas las franjas horarias), razón por la cual es factible, que de ser necesario, el prestador del servicio asigne los conductores necesarios para la operación y cuáles de ellos para atender otras actividades, como por ejemplo jornadas de capacitación; asistencia a juicios y otros temas de presentación obligatoria.

De la misma manera, como el procedimiento considera el total de conductores por franja horaria, el mismo procedimiento contempla que se labora la hora completa dejando ventanas de tiempo al inicio o al término de cada franja horaria en una jornada de ocho

horas, donde es factible incluir el tiempo requerido para actividades como las señaladas por el opositor (entrega de la recaudación, llenado de combustible, revisiones general de las unidades al inicio de la operación; así como el tiempo necesario cuando el autobús recorre el kilometraje improductivo, entendido como el recorrido adicional necesario para iniciar o terminar un ciclo de operación).

(...)." (El subrayado no es del original, folio 328)

Se le indica a las recurrentes, que la metodología aprobada por medio de la resolución RJD-035-2016, en el Por Tanto I, sección 4.10 **"Procedimiento para la determinación de la cantidad de choferes"**, incluyó un desarrollo amplio para esta determinación de choferes, la cual incluye una serie de pasos, que entre otras cosas consideran: cantidad de vehículos utilizados por franja horaria, identificación del número máximo de vehículos utilizados por franja horaria, la jornada ordinaria de trabajo permitida por la legislación nacional, cálculo de horas de trabajo normales, cálculo de horas extra, cálculo del coeficiente de personal para cubrir días no laborados, días de descanso semanal, feriados, incapacidades, ausencias y vacaciones.

En relación al pago de horas extra por jornada y pago de diferentes tipos de jornada, se les indica que están consideradas en la resolución recurrida, en los siguientes puntos del procedimiento (Folios 88 y 89):

"(...)

4. Incluir la jornada ordinaria de trabajo efectiva permitida por el Código de Trabajo. En este caso el valor es de 7,5 horas. (Ver Campo B del Formulario 2). El tiempo de trabajo efectivo considera una reducción de media hora en la jornada ordinaria de ocho horas, según el artículo 137 Código del Trabajo y artículo 18 de Reglamento de condiciones laborales y de salud ocupacional de los choferes de autobuses, Decreto Ejecutivo N°27298-MTSS.

5. Calcular el coeficiente de utilización de horas normales (ver campo C del Formulario 2) corresponde al cociente entre el Campo A y B. Para eso se divide la duración de operación del día de mayor de utilización entre la jornada ordinaria efectiva (Campo A entre Campo B del Formulario 2).

6. Calcular la cantidad de horas extra en los casos que el resultado sea superior a dos (ver Campo D del Formulario 2). Para esto se le debe restar dos al Campo C, y si este valor da negativo entonces se le asigna el valor de cero.

7. Calcular la cantidad de horas normales (ver Campo E del Formulario 2). Para esto se le restan al coeficiente de utilización de horas normales la cantidad de horas extra (Campo C menos Campo D del Formulario 2).

8. Calcular el coeficiente de utilización con horas extras (ver Campo F del Formulario 2), expresando la cantidad de horas extras como horas normales. Para esto se debe multiplicar la cantidad de horas extras (Campo D) por 1,5 (correspondiente al 50% adicional sobre salario según artículo 139 del Código de Trabajo) y sumarle la cantidad de horas normales (Campo E). Este coeficiente de utilización con horas extras representa las jornadas ordinarias equivalentes necesarias por vehículo para brindar el servicio en el día de mayor utilización.

(...)"

Es decir, tomando en cuenta los días en que operan las unidades, los horarios y cantidad de carreras, la demanda de las mismas (ocupación), el procedimiento contempla la necesidad de choferes para todas estas carreras, considerando además la jornada laboral ordinaria de 7,5 horas, como lo indica la legislación vigente y aspectos como: tiempos de descanso, incapacidades, feriados, etc. Es decir, el procedimiento abarca todos estos requerimientos. Por lo tanto, la pretensión de las recurrentes está contemplada en la metodología aprobada por medio de la resolución RJD-035-2016.

En virtud de lo anterior, considera este órgano que no llevan razón las recurrentes en cuanto a este argumento.

8.2. Agregaron las recurrentes que, “(...) la metodología no remunera a los choferes que no están operando en la ruta en cada franja, lo que implica la afirmación de los técnicos de Aresep de que para atender otras actividades se pueden emplear los choferes desocupados en cada periodo, no es cierta puesto que en ese caso siempre se les debe remunerar salarialmente de acuerdo con el Código de Trabajo.” (folio 522).

Tal y como se desarrolló en el argumento anterior (argumento 8.1), el procedimiento plasmado en la resolución recurrida para la determinación de la cantidad de choferes, toma en cuenta la mayor cantidad de vehículos utilizados en una franja horaria, es decir, la metodología recurrida contempla cubrir todas las carreras y a partir de ahí, determina la cantidad de choferes, por lo tanto el modelo parte de que los choferes laboran las 7,5 horas establecidas en la normativa vigente.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

8.3. La fórmula como está planteada hace imposible que alguna empresa pague horas extras, pues para que lo haga, el cociente de toda la empresa debe superar dos jornadas diarias de 8 horas en promedio por bus, lo cual es prácticamente imposible. Quien confeccionó este método, dejó sin considerar otra dimensión mayor de la realidad empresarial, que es el faltante nacional de choferes, ampliamente documentado y publicado por el Ministerio de Trabajo, que convierte en una falacia la otra absurda presunción de esta propuesta, de que los choferes solo pueden y deben trabajar por turnos de 8 horas ordinarias.

Sobre este argumento, se le indica a las recurrentes que, el método establecido, en el Por Tanto I, sección 4.10, numeral 6, establece el cálculo de la cantidad de horas extra en los casos que el resultado sea superior a dos, por lo tanto el tema de las horas extra está contemplado. La recurrente no aporta mayor argumento que pueda ser analizado por esta asesoría. Al no conocerse su pretensión específica en cuanto a este tema, lo que procede es rechazar su argumento.

La metodología recurrida, está desarrollada partiendo del esquema operativo aprobado por el Consejo de Transporte Público (en adelante CTP), donde se conoce cuantos vehículos de la

flota total están en operación en cada franja horaria, razón por la cual es factible, que de ser necesario, el prestador del servicio asigne los conductores necesarios para la operación.

Por otra parte, indicaron las recurrentes, que la metodología recurrida no contempla un faltante de choferes que hay a nivel nacional, según indicación que fue publicada por el Ministerio de Trabajo.

Sobre este punto, debe indicársele a las recurrentes que, junto con su escrito, no aporta prueba que respalde su decir, ni indica mediante cual comunicado el Ministerio de Trabajo realizó dicha aseveración. Por lo tanto, su fundamentación resulta insuficiente, además que no aportó prueba idónea que pudiera ser valorada y ponderada por este órgano asesor, en los términos que señalan los artículos 285, 293.2, 297 incisos 2 y 3 de la LGAP y supletoriamente el artículo 317 del Código Procesal Civil.

Por lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en este argumento.

9. Sobre la solicitud de insumos para el cálculo de choferes

Las recurrentes solicitaron eliminar las regulaciones relacionadas con los insumos en el cálculo de choferes, por carecer de sustento legal y técnico, ya que la programación del servicio es un procedimiento interno y dinámico de cada operador, que no puede estar sujeto a regulación o condicionamientos de la Administración, no así los esquemas de horarios y flota autorizados en los contratos de concesión, con base en estudios técnicos que toman en cuenta los horarios para el diseño de la flota.

*Este argumento es el mismo presentado en la audiencia pública, al cual la Comisión Ad Hoc ofreció la siguiente respuesta, por medio del oficio 003-CMTB-2016, en el punto 8 “**Sobre el salario de los choferes**”, en respuesta al argumento 3 de las recurrentes:*

“(…)

Tal y como se indicó anteriormente, la propuesta de metodología establece que cuando no se dispone de la información de programación del servicio señalada, se debe homologar la cantidad de vehículos por franja horaria con la cantidad de carreras por franja horaria derivado del esquema operativo autorizado, por lo tanto no corresponde lo solicitado por el FNTA.

(…)”. (Folio 328).

De lo anterior, se logra desprender que la metodología recurrida establece un procedimiento alternativo, cuando no se dispone de la información de programación del servicio, y por lo tanto, el Ente Regulador debe contar con la información necesaria para homologar la cantidad de vehículos con la cantidad de carreras (choferes) por franja horaria.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón los recurrentes en su argumento.

10. Sobre el costo del personal administrativo

Indicaron las recurrentes, que la metodología recurrida no reconoce a las empresas, los costos inherentes a la implementación de las políticas de modernización del transporte remunerado de personas, que los prestadores obligatoriamente deben asumir y por tanto, se han visto en la necesidad de contar con estructuras administrativas-financieras-operativas-técnicas óptimas, para lo cual se requiere que las empresas contraten personal especializado para “gerenciar” los nuevos requerimientos que contemplan los contratos de concesión. La ausencia del reconocimiento de este costo, viola el principio constitucional de equilibrio financiero del contrato y el principio de servicio al costo.

Se le indica a las recurrentes, que el procedimiento para el cálculo de los costos en personal administrativo, se establece en el Por Tanto I, numeral 4.4.3. de la resolución recurrida, en el cual se dispone -a grandes rasgos- que el costo mensual de personal administrativo, se determina como una proporción del costo del personal de operación y mantenimiento, y esta proporción, que equivale al 10%, es tomada de información proveniente del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (1997).

Aunado a lo anterior, la metodología recurrida incluye en el Por tanto I, numeral 4.4.2 de la resolución recurrida la sección “4.4.2 Costos en personal de operación y mantenimiento”, el cual incluye lo correspondiente al salario de choferes, despachadores o chequeadores y los mecánicos.

De esta manera, la citada metodología contempla 3 categorías salariales que son: mantenimiento, operación y administrativos.

Sin embargo, el Ente Regulador, consciente de que las condiciones de los mercados regulados son cambiantes, deja abierta la posibilidad de realizar modificaciones a la metodología recurrida y textualmente se indicó:

“(…)

El valor del coeficiente de personal administrativo estará sujeto a variación de acuerdo con los estudios técnicos ejecutados, contratados o avalados por la Aresep. Este coeficiente técnico se actualizará como mínimo una vez cada cinco años, a partir de la entrada en vigencia de esta metodología. El plazo establecido permite la revisión periódica de la metodología de manera que se incorpore los cambios en el entorno financiero, así como los cambios tecnológicos y legales atinentes al servicio objeto de la presente metodología. En el momento que se decida incorporar en la metodología un nuevo coeficiente, este debe ser sometido al mecanismo de participación ciudadana que se considere pertinente.

(…)”. (Folio 402).

En virtud de lo anterior, y siendo que la fundamentación resultó insuficiente, además que no aportaron prueba idónea que pudiera ser valorada y ponderada por este órgano asesor, en los términos que señalan los artículos 285, 293.2, 297 incisos 2 y 3 de la LGAP y supletoriamente

el artículo 317 del Código Procesal Civil, ni criterios técnicos, se recomienda rechazar el argumento.

11. Sobre los costos variables

Indicaron las recurrentes, que no se debería seguir utilizando de forma generalizada para todas las rutas del país, el rendimiento promedio de combustible de 0,42 litros/km, que es un coeficiente originario de Brasil de los años 80, con condiciones de inversión, infraestructura, organización y operación totalmente diferentes a las de la realidad nacional. Teniendo en cuenta además, lo que requirió claramente la CGR; sobre todo cuando ya se tiene un estudio que detalla por tipo de ruta y adaptado a Costa Rica, que ya fue utilizado por la misma Aresep.

Al respecto de este argumento, se le reitera a las recurrentes, lo indicado por la Comisión Ad Hoc, en el oficio 003-CMTB-2016, en respuesta al punto 4, argumento primero de las recurrentes, que indicó:

“(…)

La propuesta sometida a audiencia pública, de acuerdo al criterio de la Aresep, cumple con las disposiciones de la CGR, ya que no solo incorpora lo pertinente de diferentes insumos con los que ha contado la Aresep (estudios contratados), si no que contempla también la necesidad de realizar revisiones y actualizaciones de diferentes parámetros, coeficientes y variables, con el fin de que se incorporen los cambios en el entorno financiero, los cambios tecnológicos y legales atinentes al servicio objeto de la presente metodología.

(…)” (Folio 328).

Como se ha mencionado en repetidas oportunidades, en el oficio 003-CMTB-2016, muchos de los coeficientes utilizados en el modelo, son los mismos que han sido utilizados en el pasado y se utilizan como punto de partida; sin embargo, la misma metodología recurrida indicó la posibilidad de hacer modificaciones, dentro de un proceso de mejora continua, cuando la Aresep cuente con los insumos idóneos para realizarlo.

Adicional a ello, la Comisión Ad Hoc, en el mismo oficio 003-CMTB-2016, indicó:

“(…)”

Si bien es cierto de acuerdo al artículo 7 de la Ley N 7593, la Aresep está facultada para contratar insumos o estudios necesarios para el desarrollo de sus labores, la existencia de estos insumos no es de carácter vinculante para el desarrollo de metodologías o normativas técnicas y, queda a criterio de la Junta Directiva como órgano decisor el validar o no la incorporación de estos insumos según las recomendaciones técnicas y legales de los equipos que participan en el desarrollo de metodologías.

(…)” (Folio 328).

Por tanto, esta asesoría concluye que la metodología recurrida incorpora lo pertinente de otros estudios para la realización de sus funciones y además deja abierta la posibilidad de que se

realicen cambios a dicha metodología, siguiendo los procedimientos establecidos. Aunado a ello, se está utilizando para el coeficiente de consumo de combustible el mismo coeficiente que se ha venido usando años atrás.

12. Sobre el reconocimiento de consumo de llantas

Las recurrentes solicitaron en la audiencia pública, que se modificara la cantidad de llantas nuevas y reencauches permitidos, ya que la Ley de Tránsito exige que las llantas delanteras no pueden ser reencauchadas.

Agregaron además las recurrentes, que este rubro tal y como lo reconoce la metodología recurrida, viene de un estudio técnico originario de Brasil de los años 80, con condiciones de inversión, infraestructura, organización y operación totalmente diferentes a las de Costa Rica y el mismo no se actualizó, según lo requirió con toda claridad la CGR, sin considerar tipos de ruta, de llanta, marcas, etc.

La Comisión Ad Hoc, en el análisis de las posiciones durante el proceso de audiencia pública, en relación con este tema, indicó:

“(…)

Si bien la Ley de Tránsito N° 9078 en la sección V “Inspección vehicular” solicita que se cumpla con el Manual de procedimientos para la revisión técnica, en este manual no se encuentra mayor detalle sobre lo solicitado por el opositor. Por lo tanto no tiene ningún asidero legal este argumento.

La propuesta sometida a audiencia pública, de acuerdo al criterio de la Aresep, no solo incorpora lo pertinente de diferentes insumos con los que ha contado la Aresep (estudios contratados), si no que contempla también la necesidad de realizar revisiones y actualizaciones de diferentes parámetros, coeficientes y variables, con el fin de que se incorporen los cambios en el entorno financiero, los cambios tecnológicos y legales atinentes al servicio objeto de la presente metodología.

(…)” (Folio 328)

Esta asesoría revisó lo dispuesto en la Ley de Tránsito, el “Manual de Procedimientos para la Revisión Técnica de Vehículos Automotores en las Estaciones de RTV” y el “Reglamento para la Revisión Técnica Integral de Vehículos Automotores que Circulen por las Vías Públicas” referente a lo indicado por las recurrentes, sin embargo no se encontró la disposición indicada por las recurrentes, respecto a la prohibición de utilizar llantas delanteras reencauchadas.

Aunado a lo anterior, las recurrentes en su recurso indicaron: “en lo referente a la utilización de llantas nuevas en la parte delantera, efectivamente la nueva Ley de Tránsito no incluyó esta norma” (folio 530).

En virtud de todo lo anterior, considera este órgano asesor, que no llevan razón las recurrentes en cuanto a su argumento.

13. Sobre el reconocimiento del costo de lubricantes, grasas y filtros

Indicaron las recurrentes que se debe actualizar el índice que reconoce el costo de lubricantes, grasas y filtros, pues como parte fundamental de este rubro deben considerarse los filtros, según estudios técnicos. Hasta tanto no estén los estudios respectivos no podrá implementarse el modelo, pues se estaría quebrantando el principio de equilibrio financiero. Añaden además, que deben de “considerarse los filtros”.

Por su parte, esta asesoría entiende, que las recurrentes indicaron que esto no está considerado dentro de la metodología recurrida, lo cual no es cierto, dado que en el apartado “4.5 Costos variables”, la citada metodología es clara en indicar que los costos variables (dentro de los que se encuentran los filtros), están compuestos por consumo de combustible, llantas, aceite de motor, aceite de caja de cambios, aceite diferencial, líquido de frenos y grasa, y están relacionados con los coeficientes de consumo específico de cada insumo, el kilometraje mensual recorrido en la ruta y el precio de cada insumo.

Adicional a lo anterior, en el Por Tanto I, sección 4.5.8, la resolución recurrida indicó, en cuanto a este tema lo siguiente:

“(…)

El costo mensual en consumo de filtros de combustible (CCFC_r), se obtiene de multiplicar el coeficiente de consumo de filtros de combustible (ajustado por el coeficiente asociado a las condiciones de la superficie de rodamiento del recorrido de la ruta), los kilómetros recorridos por la ruta en el período de un mes y el precio del filtro de combustible. El kilometraje recorrido al mes en la ruta se obtiene al multiplicar la distancia de la ruta (ajustada por el coeficiente de kilometraje improductivo) y la cantidad de carreras mensuales.

(…)”. (Folio 418).

De todo lo anterior, se desprende que la metodología recurrida contempla los costos que se relacionan con el consumo de filtros, lubricantes y grasas y además deja abierta la posibilidad de hacer modificaciones para que la citada metodología se ajuste a las condiciones del mercado, en caso de ser necesario.

Por todo lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

14. Sobre el procedimiento para determinar la rentabilidad

Manifestaron las recurrentes, que el procedimiento para la determinación de la rentabilidad aprobado en la metodología recurrida, no tiene una verdadera motivación o fundamentación técnica, privan los criterios subjetivos o indeterminados, con frases como “se considera razonable...” (folio 531).

A criterio de esta asesoría, la determinación de la rentabilidad aprobada por medio de la resolución recurrida, es clara en cuanto a los elementos necesarios para su cálculo y además fue sometida al procedimiento establecido en el artículo 36 de la Ley 7593.

Específicamente, en el Por Tanto I, sección 4.6 “**Rentabilidad del capital invertido**” –de la resolución recurrida, RJD-035-2016-, se encuentra el desarrollo del procedimiento para la determinación de esta rentabilidad, se ofrece un desglose de cada uno de los elementos que conforman dicho cálculo, se indican las fuentes de información de dónde se deben obtener los datos, además contempla si una variable lleva implícito otro cálculo adicional, el mismo es también desarrollado dentro de la metodología recurrida.

Por todo lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

15. Sobre el valor actual de la unidad (Tipo 1)

Las recurrentes, solicitaron que el valor en dólares de la unidad Tipo 1 se actualice semestralmente bajo el mismo procedimiento que se aplicó en la resolución RIT-008-2014 y que para obtener su valor en colones, se utilice el tipo de cambio a la fecha de la audiencia pública, con el fin de respetar los derechos adquiridos.

El anterior argumento, es el mismo que se presentó durante el proceso de audiencia pública. En ese sentido, la Comisión Ad Hoc, analizó dicho argumento en el oficio 003-CMTB-2016, indicó:

“(…)

La propuesta sometida a audiencia pública evita las dificultades inherentes a la estimación de precios que inicialmente fueron obtenidos en distintas monedas y se estandariza el tipo de moneda a utilizar, permitiendo además que las partes interesadas tengan pleno conocimiento del precio que se empleará en las fijaciones tarifarias, ver sección 2.3 (Folios 15 al 17). Por lo anterior, en aras de mantener las condiciones anteriores a la entrada en vigencia de la metodología, el valor en colones para las unidades Tipo 1 (autorizadas en acuerdos de flota anteriores a la entrada en vigencia de la metodología), se obtiene al multiplicar el valor en dólares (el correspondiente a la última resolución de actualización del valor del autobús, antes de la entrada en vigencia de la metodología) por un tipo de cambio fijo (el día del informe técnico que da sustento a la última resolución que establezca el valor en colones), reflejando transparencia en el valor a utilizar en la revisión tarifaria.

(…)” (Folio 328).

Aunado a lo anterior, en la sección 2.3. de la metodología aprobada por medio de la resolución RJD-035-2016, “**De los cambios propuestos en las variables**”, se establece en cuanto a este tema lo siguiente:

“(…)

Se definen dos tipos de reglas de cálculo tarifario para la aplicación de esta metodología. La primera regla considera definir un valor tarifario de las unidades para cada tipo de vehículo utilizado en la ruta, el cual corresponderá al valor en dólares establecido en la resolución 008-RIT-2014 del 05 de febrero de 2014 o

cualquier otra que la sustituya antes de la entrada en vigencia de esta metodología, multiplicado por el tipo de cambio utilizado en el informe técnico que da sustento a dicha resolución.

(...)." (El subrayado no es del original, folio 382).

Del subrayado, se comprueba que, el procedimiento aprobado toma en cuenta lo establecido en la resolución 008-RIT-2014, es decir, la pretensión de las recurrentes está satisfecha.

Por otro lado, se desprende de lo indicado con anterioridad, que el procedimiento aprobado para el reconocimiento del valor actual de la unidad Tipo 1, -el cual se encuentra en la sección 4.9.1 de la resolución recurrida-, evita inconsistencias a la hora de unificar el valor de las unidades, cuando éstas hayan sido obtenidas en monedas diferentes, y por medio del tipo de cambio con fecha del día del informe técnico que da sustento a la resolución que se dictará, se obtiene un valor en colones, lo cual refleja transparencia, dado que las partes interesadas tendrán conocimiento del precio que se considerará en la fijación tarifaria.

Por lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

16. Sobre la demanda implícita

Sobre este argumento, las recurrentes transcriben su oposición presentada en la audiencia pública y la respuesta que le dio la Comisión Ad Hoc, al respecto. Reiteran que, su solicitud es que se incorpore dentro del expediente cualquier propuesta metodológica, los estudios o referencias técnicas que dieron base a las presunciones que sustentaron el criterio de demanda implícita. Señalan que una estimación de este tipo, no se puede simplificar al grado en que lo están haciendo, y mucho menos con supuestos como que existen 3 horas de mayor volumen de viajes, con una ocupación del 100%; además de presumir, que en el resto de horarios se alcance un 60% de ocupación en ambos sentidos, que por razones de calidad y nivel de servicio tampoco es posible cumplir.

Continúan señalando que, la suposición de que los buses en hora pico van al 100% de la capacidad, es un vicio en el motivo del acto, por cuanto es un hecho público y notorio que nuestras ciudades funcionan como dormitorios, por lo cual el flujo es diametralmente opuesto al otro, en cuanto a la ocupación en las horas pico.

Sobre este argumento, se le aclara a las recurrentes, que estas presunciones que se toman, relacionadas a las 3 horas con la mayor cantidad de viajes, un factor de ocupación del 100% en horas pico y un factor del 60% en el resto del periodo, se utilizan solamente en casos donde se cuenta con información incompleta o no existente, es decir, según lo señala el apartado 4.13.2 "Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente", de la resolución recurrida.

En los casos, donde se cuenta con información completa, el procedimiento establecido en la metodología recurrida, para el cálculo del volumen mensual de pasajeros, estableció en su apartado 4.7.1 "Procedimiento para el cálculo del volumen mensual de pasajeros", lo siguiente:

“(...)

Esta metodología establece el cálculo del volumen de pasajeros movilizados para cada ruta, ramal o fraccionamiento, en función de dos fuentes de información: en primera instancia se tendría el acuerdo de pasajeros movilizados de la Junta Directiva del CTP con el estudio técnico que sustenta dicho acuerdo, (fuente que es obligatoria y su presentación será parte de los requisitos de admisibilidad de la fijación tarifaria), y luego, en el caso de que la Aresep, en el ejercicio de sus competencias regulatorias, cuente con un estudio de demanda de volumen de pasajeros comparable al del CTP, de acuerdo a lo dictado por la ciencia y la técnica. De este modo, se utilizará los resultados del estudio existente que no tengan una antigüedad mayor a tres años (...)

*En aquellos casos que con una base comparable (estadísticamente), se tengan disponibles tanto los estudios de demanda del CTP como los de Aresep, se escogerá el dato que represente el mayor volumen de pasajeros para la ruta, ramal o fraccionamiento para utilizar en el cálculo tarifario.
(...)” (Folio 430).*

Por otra parte, la metodología recurrida prevé la posibilidad de que a la hora de realizar un estudio tarifario no se cuente con información completa, y para ello estableció el procedimiento para calcular el volumen de pasajeros a falta de información, el cual se encuentra visible en el apartado 4.13.2 “Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente”, literal b, mediante el siguiente procedimiento:

“(...)

- 2. Identificar el periodo horario que corresponde al periodo de máxima cantidad de viajes. Se determina a partir de identificar los periodos con la mayor cantidad de carreras (suma de viajes en ambos sentidos) para cada ruta “r” y/o ramal “l” del conjunto de rutas. Para este caso se consideran las tres horas que cuenten con la mayor cantidad de viajes.*

(...)

- 4. Se utiliza un factor de ocupación de la flota en periodo de máxima cantidad de viajes (periodo pico) para cada ruta “r” y/o ramal “l” del conjunto de rutas de 1,00. Para el resto del periodo se utilizará un factor de ocupación de 0,60.*

(...)” (El subrayado no es del original, folio 470).

Como se desprende de lo anterior, la metodología recurrida establece ambas posibilidades, la determinación del volumen de pasajeros cuando se tiene información completa y cuando no se cuenta con la misma.

En el caso particular de la transcripción anterior, este es un procedimiento que viene a solventar los casos en que no se cuenta con información completa. La Comisión Ad Hoc, mediante el oficio 003-CMTB-2016, en el punto 41 “Sobre la demanda implícita”, le indicó a las recurrentes lo siguiente:

“(...)

Posteriormente, en el inciso b se describe el procedimiento para determinar el volumen de pasajeros mensuales implícitos en el esquema operativo autorizado, con lo cual se prevé que esto solo aplique en casos que no tengan los datos de estudios de demanda actualizados y avalados por el CTP o en su defecto por la misma Aresep, es decir aquellos casos de excepción.

De esta manera, con el fin de saldar el problema de información incompleta en el cálculo de la demanda implícita, el parámetro del 100% se sustenta en el hecho de que a falta de criterios objetivos de que la demanda debería estar entre el 60% y 80% (según el procedimiento de demanda implícita en la sección 4.13.2.b -Folio 102- en que se consideran valores mínimos para los periodos no pico que se estimaron según los valores utilizados por el Ente Rector en sus procedimientos aprobados en el acuerdo 3.1 de la sesión ordinaria 74-2014 de la Junta Directiva del CTP, celebrada el 4 de diciembre del 2014, denominado como FORM-CTP-DING-11. Herramienta Cálculo de Horarios y Flota 1.2 del CTP); se recurre al nivel de ocupación máxima de la unidad de transporte, que es el 100%.

(...).” (El subrayado no es del original, folio 328).

De lo anterior, queda claro que la Comisión que elaboró la propuesta metodológica, estimó un factor de ocupación del 100% en hora pico y un 60% en el resto del periodo, para los casos de información incompleta, según los valores aprobados en el acuerdo 3.1 de la sesión ordinaria 74-2014 de la Junta Directiva del CTP, por lo tanto, se encuentra motivado dicho valor utilizado.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

17. Sobre la necesidad de un protocolo de estimación de demanda de pasajeros

Indicaron las recurrentes, la necesidad que ha tenido el sector de que exista un método para cuantificar la movilización de pasajeros (demanda), que debe estar incluido en el modelo tarifario (protocolo de demanda). Las recurrentes agregaron que, presentaron una propuesta de protocolo de estimación de demanda durante el proceso de audiencia pública, el cual no fue tomado en cuenta por la Comisión Ad Hoc que formuló la metodología recurrida.

Se le indica a las recurrentes, que la elaboración de un protocolo de demanda no está considerado dentro del alcance de la metodología recurrida, por medio de la resolución RJD-035-2016.

Sin embargo, las recurrentes no quedan en indefensión, dado que, la metodología recurrida, por medio de la resolución recurrida, indicó en la sección 4.7.1:

“(...)

Esta metodología establece el cálculo del volumen de pasajeros movilizados para

cada ruta, ramal o fraccionamiento, en función de dos fuentes de información: en primera instancia se tendría el acuerdo de pasajeros movilizados de la Junta Directiva del CTP con el estudio técnico que sustenta dicho acuerdo, (fuente que es obligatoria y su presentación será parte de los requisitos de admisibilidad de la fijación tarifaria), y luego, en el caso de que la Aresep, en el ejercicio de sus competencias regulatorias, cuente con un estudio de demanda de volumen de pasajeros comparable al del CTP, de acuerdo a lo dictado por la ciencia y la técnica. De este modo, se utilizará los resultados del estudio existente que no tengan una antigüedad mayor a tres años.

(...). (El subrayado no es del original, folio 430).

*Aunado a lo anterior, la Comisión Ad Hoc, por medio del oficio 003-CMTB-2016, en el punto 2 “**Sobre la necesidad de un protocolo de estimación de demanda de pasajeros**”, en respuesta al argumento 1 de las recurrentes, indicó:*

“(...

Según lo anterior, queda en manifiesto que lo que corresponde a la Aresep es hacer estudios de demanda de manera comparable con el estudio de volumen de pasajeros del CTP, con lo cual no debería haber discrepancias en el diseño de estudios de demanda. El protocolo de demanda de pasajeros está fuera del alcance de esta metodología dado que la propuesta no desconoce las potestades del Ente Rector y más bien considera el dato de volumen de pasajeros movilizados proveniente del CTP como fuente primaria de información.

(...)” (El subrayado no es del original, folio 328).

Se comprueba de lo anterior, que la metodología aprobada en la resolución RJD-035-2016, no es omisa en cuanto a la determinación de la demanda, dado que establece como fuente principal de información del número de pasajeros movilizados, los estudios técnicos que realice la Junta Directiva del CTP, y además contempla la posibilidad de que la Aresep, realice contrataciones de estudios de demanda de volumen de pasajeros que sean comparables con los datos del CTP.

Por todo lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en cuanto a este argumento.

18. Procedimiento para el cálculo del volumen de pasajeros

Indicaron las recurrentes, que en el Considerando II se consigna que: “En aquellos casos en que las autoridades competentes coincidan para una misma ruta, ramal o fraccionamiento con estudios de volumen de pasajeros que sean comparables temporalmente (que compartan como mínimo un rango igual de tiempo y considerando las mismas épocas del año)” (folio 537 y 538), y que esto no forma parte del texto aprobado, es decir, de la parte dispositiva de la norma.

Sobre este punto, este órgano asesor le indica a las recurrentes que a folio 385, en la parte resolutive (dispositiva) de la resolución recurrida, párrafo tercero, se encuentra visible la frase que indican las recurrentes.

Así las cosas, no llevan razón las recurrentes en cuanto a este argumento.

19. Sobre la discrecionalidad en la aplicación de la metodología

Indicaron las recurrentes, que en el ítem 4.13.2., a), 8, se señaló que, la Aresep podrá realizar los análisis pertinentes básicos y exhaustivos que demuestren el cumplimiento del equilibrio financiero del operador, entre ellos análisis intertemporales de rentabilidad, solvencia, liquidez.

Agregarón las recurrentes, que para tales efectos, en cualquier momento se podrá recurrir al análisis de los estados financieros detallados, para verificar tal condición, sin que se regulen de forma explícita las reglas o guías para utilizar este mecanismo. Por tanto, queda a discrecionalidad del funcionario analista. En conclusión, o se utiliza la metodología o se utilizan los estados financieros, pero no puede quedar al libre arbitrio de los funcionarios la decisión.

Al respecto de este argumento, llevan razón las recurrentes, en cuanto a que la metodología recurrida indicó que se puede recurrir al análisis de los Estados Financieros, tal y como se muestra:

(...)

De conformidad con la Ley N° 7593 y sus reformas, y para todos y cada uno de los casos en que se señala el uso de variables aproximadas, a fin de establecer un cálculo tarifario que permita cumplir a cabalidad -entre muchos- con el objetivo fundamental del capítulo 4 de la mencionada Ley y el artículo 31; la Autoridad Reguladora podrá realizar los análisis pertinentes básicos y exhaustivos que demuestren el cumplimiento del equilibrio financiero del operador, entre muchos los análisis intertemporales de rentabilidad, solvencia, liquidez. Para tales efectos, en cualquier momento se podrá recurrir al análisis de los estados financieros detallados, para verificar tal condición, los cuales deben ser presentados, de oficio, todos los años, por los operadores del servicio.

(...)." (El subrayado no es del original, folios 469 y 470).

Sin embargo, en lo que no llevan razón las recurrentes, es en cuanto a la discrecionalidad por parte del Ente Regulador para realizar lo anterior, por cuanto la transcripción arriba realizada, se encuentra dictada dentro del apartado 4.13.2 "Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente", es decir, la metodología recurrida establece que si en el momento de su aplicación, no se dispone de información de algún elemento necesario para el cálculo respectivo, se utilizará información relacionada o ajustada al elemento en cuestión, por lo tanto se trata de un procedimiento para obtener datos para realizar cálculos en los casos en que exista información incompleta, el cual se llamará "procedimiento para obtención de datos con variables aproximadas".

Queda claro entonces, que el Ente Regulador utilizará estos análisis, cuando deba calcular variables aproximadas, ante la falta de la información real para verificar el cumplimiento del equilibrio financiero.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

Ahora bien, en cuanto a la falta de determinación en la metodología recurrida, del procedimiento para “realizar los análisis pertinentes básicos y exhaustivos que demuestren el cumplimiento del equilibrio financiero del operador, entre muchos los análisis intertemporales de rentabilidad, solvencia, liquidez. Para tales efectos, en cualquier momento se podrá recurrir al análisis de los estados financieros detallados para verificar tal condición (...)” establecidos en el apartado 4.13.2., visible a folios 469 y 470.

Considera este órgano asesor, la necesidad de que se valore por parte del CDR una modificación a la metodología vigente que incluya la definición de estos procedimientos, requisitos, así como la forma en que se fijarán las tarifas en caso de que el resultado de los análisis pertinentes básicos y exhaustivos, demuestren un desequilibrio financiero del operador. O bien, siendo que el artículo 31 de la Ley 7593 establece que la Autoridad Reguladora deberá garantizar el equilibrio financiero, considera esta asesoría que sería conveniente que la Junta Directiva, instruya a la Administración, para que le proponga, la definición de un procedimiento para realizar los análisis pertinentes que demuestren el cumplimiento del equilibrio financiero de los operadores, así como la forma en que se fijarán las tarifas en caso de que el resultado de los análisis pertinentes, demuestren un desequilibrio financiero de los operadores.

20. Sobre los requisitos de admisibilidad

Indicaron las recurrentes, que la Aresop defiende que el modelo deja lo relativo a los requisitos de admisibilidad a otros procedimientos ajenos al modelo, pero que sin embargo, al contrario de lo manifestado por la entidad, se crean de forma autónoma en el modelo elementos que funcionan como requisitos de admisibilidad. Aunado a lo anterior manifestaron las recurrentes que, en el modelo tiene efecto jurídico propio e independiente de otros procedimientos posteriores, que se traduce en la creación de requisitos de admisibilidad definidos sin que se cumpla con los tramites que al respecto norma la Ley N° 8220 Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, en especial la necesidad de realizar la evaluación de costo beneficio y el trámite previo respectivo ante el Ministerio de Economía.

Sobre este punto, se le indica a las recurrentes, que la metodología aprobada por medio de la resolución recurrida -RJD-035-2016-, indicó que para el cálculo del volumen mensual de pasajeros, se va a considerar como principal fuente de información el acuerdo de pasajeros movilizados de la Junta Directiva del CTP con el estudio técnico que sustenta dicho acuerdo, y adicionalmente se indica en la metodología recurrida, que esta fuente de información es obligatoria y que “(...) su presentación será parte de los requisitos de admisibilidad de la fijación tarifaria”.

Sin embargo, la metodología recurrida no establece lo anterior como un requisito de admisibilidad, solamente indica que “su presentación será parte de los requisitos de admisibilidad de la fijación tarifaria” y los menciona en el tanto es información base para la aplicación de la citada metodología. En ese sentido, la metodología recurrida se limita a aclarar que la presentación de dicho acuerdo, será parte de los requisitos de admisibilidad que establezca la Aresep en el momento procesal oportuno.

Al respecto, tomen nota las recurrentes que los requisitos de admisibilidad, están siendo tramitados en otro procedimiento administrativo, por medio del expediente OT-232-2015 “Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”, y por lo tanto el argumento de las recurrentes queda fuera del alcance del análisis de este proceso.

En cuanto a la supuesto incumplimiento de los trámites ante la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía Industria y Comercio, se le indica a las recurrentes que el 4 de mayo de 2016, mediante el oficio 1796-DGAU-2016, la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep, envió a la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, la propuesta de adición presentada por la Intendencia de Transporte a la resolución RRG-6570-2007 “Simplificación de Trámites de las Solicitudes Tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”.

De lo anterior se desprende, la realización del trámite –pendiente de resolución definitiva- ante la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, con ello se cumple lo dispuesto en la Ley 8220 y su reforma mediante la Ley 8290 y su reglamento Decreto Ejecutivo N° 37045-MP-MEIC y su reforma.

En virtud de lo anterior, este órgano asesor recomienda se rechazar el argumento de las recurrentes.

21. Sobre los elementos que debe contener una metodología tarifaria

Indicaron las recurrentes, que un modelo tarifario o metodología debe ser una abstracción que considere a la industria como un todo, cubriendo la totalidad de los costos reales en condiciones normales de productividad y organización. Deben partir de la realidad imperante en la industria respectiva a nivel nacional, debe fundamentarse e inspirarse en esa realidad. Sin embargo, lo aprobado no satisface la realidad costarricense, dado que la mayor parte de la estructura y coeficientes de la metodología recurrida procede de un modelo de un contexto geográfico y temporal totalmente ajeno a la realidad nacional.

Aunado a lo anterior, las recurrentes afirmaron que la metodología recurrida no satisface la realidad nacional, al basarse en coeficientes de un modelo de otro contexto.

Sobre este punto, tal y como lo indicaron las recurrentes, los modelos son abstracciones de la realidad, y las metodologías tarifarias aprobadas y aplicadas por la Aresep, deben cubrir los costos necesarios para darle continuidad al servicio público y que el mismo se preste en condiciones de calidad.

Continuando con el análisis de este argumento, la Comisión Ad Hoc, indicó en el oficio 003-CMTB-2016, en respuesta al punto 58 de las recurrentes, lo siguiente:

“(...) la propuesta de “Metodología para fijación ordinaria de tarifarias para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús” sometida a audiencia pública, fue elaborada de conformidad con las competencias exclusivas y excluyentes del Ente Regulador y con apego a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica aplicables, en estricto apego a lo dispuesto por la Ley 6227, en sus numerales del 15 al 17.

(...) la propuesta objeto de análisis se encuentra basada en una estructura de costos que modela la industria propia del servicio de conformidad con el principio de servicio al costo dispuesto en la Ley 7593, y en la misma se incorpora y contempla la necesidad de realizar revisiones y actualizaciones de diferentes parámetros, coeficientes y variables, con el fin de que se incorporen los cambios en el entorno financiero, los cambios tecnológicos y legales atinentes al servicio.

Finalmente, tal y como ya se ha esbozado el concepto de estructura productiva modelo contenido en el artículo 31 de la Ley 7593, no necesariamente corresponde a una única estructura productiva modelo para un servicio regulado, sino que puede existir una segmentación del mercado de acuerdo a las condiciones y características propias de la prestación del servicio y/o consideraciones particulares de cada servicio.

La propuesta de metodología considera la misma estructura productiva para todo el sector, sin embargo las condiciones propias de cada servicio relacionadas con la inversión (cantidad y edad de la flota) y la operación (carreras y distancias), arrojan resultados particulares para cada servicio en la aplicación de la metodología. (...).” (Folio 328).

Como se desprende de la transcripción anterior, la Comisión Ad Hoc le indicó a las recurrentes en el oficio supra citado, que la Aresep tiene las competencias exclusivas y excluyentes, en este caso, en la elaboración de metodologías, todo en apego a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica aplicables, en estricto apego a lo dispuesto por la LGAP, en sus numerales del 15 al 17.

Aunado a lo anterior, como se indicó en el análisis del argumento 11 de este criterio, la metodología recurrida, no solo incorpora lo pertinente de diferentes insumos con los que ha contado la Aresep, si no que contempla también la posibilidad de realizar revisiones y actualizaciones de diferentes parámetros, coeficientes y variables, con el fin de que se incorporen los cambios en el entorno financiero, los cambios tecnológicos y legales atinentes al servicio objeto de la presente metodología.

Debido a lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

22. Sobre el modelo aprobado, la modernización de transporte, el Plan Nacional de Desarrollo y las políticas sectoriales.

Indicaron las recurrentes, que la metodología viola las políticas públicas de transporte remunerado de personas modalidad autobús y el Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018.

Añadieron que cualquier propuesta de modelo debe responder a una visión técnica, operativa y de equilibrio económico financiero, concordante con los compromisos contractuales de concesión, y con la planificación nacional y sectorial a que la misma Aresep debe sujetar sus actuaciones.

Antes de iniciar el análisis del presente argumento, resulta necesario transcribir el artículo 1 de la Ley 7593:

(...)

Artículo 1.- Transformación

Transfórmase el Servicio Nacional de Electricidad en una institución autónoma, denominada Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en adelante y para los efectos de esta Ley llamada Autoridad Reguladora. La Autoridad Reguladora tendrá personalidad jurídica y patrimonio propio, así como autonomía técnica y administrativa. Se regirá por las disposiciones establecidas en esta Ley, sus Reglamentos y las leyes que la complementen.

La Autoridad Reguladora no se sujetará a los lineamientos del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de las atribuciones que se le otorgan en esta Ley; no obstante, *estará sujeta al Plan Nacional de Desarrollo, a los planes sectoriales correspondientes y a las políticas sectoriales que dicte el Poder Ejecutivo.*

(Así reformado por el artículo 41 aparte b) de la Ley N° 8660 del 8 de agosto de 2008)
(Los énfasis son propios).

De lo anterior se colige, que es imperativo y no facultativo para el Ente Regulador sujetarse al Plan Nacional de Desarrollo, a los planes sectoriales correspondientes y a las políticas sectoriales que dicte el Poder Ejecutivo, sin que ello implique una intromisión a sus competencias técnicas.

Además, la Ley 7593, acepta la planificación elaborada por el Estado a través del Poder Ejecutivo, cuando esa programación incluye competencias, cometidos y fines de carácter nacional o sectorial.

La planificación, es vinculante para el sector público –principio de la planificación- y consiste en una programación a corto, mediano y largo plazo de la actuación administrativa para orientarla al logro de determinados fines, objetivos y metas.

Teniendo lo anterior presente, se analizan los argumentos de las recurrentes en el orden en que fueron presentados:

22.1 Las recurrentes hacen alusión al artículo 27 de la LGAP, el cual a la letra indica:

“Artículo 27.-

1. Corresponderá a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República las atribuciones que les señala la Constitución y las leyes, y dirigir y coordinar la

Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo.
(...)"

En este punto, las recurrentes parecen cuestionar las competencias propias de la Autoridad Reguladora, en ese sentido, el Dictamen C-416-2014 del 24 de noviembre de 2014, de la Procuraduría General de la República, indicó:

"IV.- LA COMPETENCIA DE LA ARESEP PARA FIJAR TARIFAS DEL SERVICIO DE TRANSPORTE REMUNERADO DE PERSONAS COMPRENDE LA DEFINICIÓN DE MODELOS TARIFARIOS.

Tal y como hemos apuntando en los apartados anteriores, no existe duda alguna respecto de la competencia exclusiva de la ARESEP para fijar tarifas en tratándose del servicio de transporte remunerado de personas, en sus diversas modalidades, salvo el aéreo.

(...)

Sobre el particular, es criterio de la Procuraduría General de la República que lleva razón la ARESEP en cuanto afirma que la **potestad tarifaria conferida en materia de transporte público es exclusiva y excluyente y que la definición y establecimiento de metodologías o modelos tarifarios forma parte de esa competencia exclusiva**. En cuanto a la exclusividad de la potestad tarifaria conferida a la ARESEP, la Procuraduría ha indicado:

"La regulación confiada a la Autoridad Reguladora (artículo 5 de la Ley N. 7593) comprende el control de precios o tarifas de los servicios, que deben ser la remuneración razonable del servicio, que cubra los costos de éste y permita la inversión y una utilidad razonable.

La función de la ARESEP es exclusiva y excluyente de cualquier intervención respecto de los servicios que enumera el artículo 5 antes citado. Lo cual significa que ningún otro organismo, público o privado, puede intervenir en la fijación de las citadas tarifas. La tarifa es el precio, definido unilateralmente por el Ente regulador, que remunera la prestación del servicio público por parte de los usuarios. Una remuneración que debe responder a la financiación del servicio, por ende, al principio de equilibrio financiero. (...)." Dictamen C-003-2002, del 7 de enero del 2002. Lo subrayado no es del original. Y en el mismo sentido puede verse el dictamen C-114-2000, del 18 de mayo del 2000.

No obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley 3503 y 57 de la Ley 7969 y como se indicó en el Dictamen C-114-2000 –anteriormente transcrito-, es factible que el CTP realice los estudios que estime convenientes para determinar el costo del servicio de transporte, a partir de los cuales puede proponer las tarifas correspondientes a la ARESEP. Sin embargo, insistimos, ello no significa que la fijación de tarifas constituya una labor conjunta entre el CTP y la ARESEP." (El subrayado no es del original).

De lo anterior, se puede concluir que en cuanto al establecimiento de metodologías, la Autoridad Reguladora tiene las competencias exclusivas y excluyentes, para poder desarrollarlas e implementarlas, lo anterior no se contrapone con lo dispuesto en el artículo 27 de la LGAP, que señalaron las recurrentes.

22.2 En este apartado, las recurrentes hacen alusión al “Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo”, Decreto Ejecutivo N° 38536-MP-PLAN, en cuanto a la agrupación de instituciones por sector.

Al respecto, se le indica a las recurrentes, que el artículo 2 de dicho Decreto, indica lo siguiente:

“Artículo 2º—De la organización sectorial del Poder Ejecutivo. Un sector es una agrupación de instituciones públicas centralizadas y descentralizadas con acciones afines y complementarias entre sí en áreas del quehacer público, regido por una o un Ministro Rector establecido con el fin de imprimir un mayor grado de coordinación, eficacia y eficiencia en la Administración Pública (...).”

Respecto a este punto, debe indicarse que el Modelo no deja sin efecto lo establecido en el mencionado artículo, por lo que no encuentra este órgano asesor relación alguna entre el artículo citado y la resolución recurrida.

22.3 Las recurrentes mencionan el artículo 2 de la Ley 3503, “Ley Reguladora Transporte Remunerado Personas Vehículos Automotores” el cual indica:

“Artículo 2.- Es competencia del Ministerio de Transportes lo relativo al tránsito y transporte automotor de personas en el país. Este Ministerio podrá tomar a su cargo la prestación de estos servicios públicos ya sea en forma directa o mediante otras instituciones del Estado, o bien conceder derechos a empresarios particulares para explotarlos.

El Ministerio de Obras Públicas y Transportes ejercerá la vigilancia, el control y la regulación del tránsito y del transporte automotor de personas. El control de los servicios de transporte público concesionados o autorizados, se ejercerá conjuntamente con la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, para garantizar la aplicación correcta de los servicios y el pleno cumplimiento de las disposiciones contractuales correspondientes.

A fin de cumplir con esta obligación, el Ministerio podrá:

- a) Fijar itinerarios, horarios, condiciones y tarifas.*
- b) Expedir los reglamentos que juzgue pertinentes sobre tránsito y transporte en el territorio costarricense.*
- c) Adoptar las medidas para que se satisfagan, en forma eficiente, las necesidades del tránsito de vehículos y del transporte de personas.*
- d) Realizar los estudios técnicos indispensables para la mayor eficiencia, continuidad y seguridad de los servicios públicos.*

Para atender estas funciones, en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes existirán los órganos internos necesarios.

(Así reformado por el artículo 64 de la Ley N° 7593 de 9 de agosto de 1996).

“Artículo 30 ().- La Comisión Técnica de Transportes fijará las tarifas aplicadas al servicio público de transporte automotor. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos las aprobará, improbará o modificará.*

Las tarifas deberán cubrir la totalidad de los costos reales, en condiciones normales de productividad y organización. Permitirán una amortización adecuada y un razonable beneficio empresarial, reconociendo otros elementos complementarios justificados.

(Así reformado por el artículo 64 de la Ley N° 7593 de 9 de agosto de 1996).

(Nota de SINALEVI: Según el Dictamen N° 037 de 25 de febrero del 2000, este artículo se encuentra derogado tácitamente por el artículo 57 de la Ley 7969 de 22 de diciembre de 1999, en cuanto que la fijación de las tarifas es competencia exclusiva de la ARESEP).*

(...). (Tomado de la página de la Procuraduría General de la Republica, www.pgrweb.go.cr)

De lo anterior se desprende, que las condiciones operativas de las concesiones son competencia del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (en adelante MOPT), sin embargo, como se ha indicado con anterioridad, la creación de metodologías y la fijación tarifaria, es competencia exclusiva y excluyente de la Autoridad Reguladora.

En consecuencia, no se depende de lo indicado por las recurrentes en que aspectos la metodología recurrida trasgrede el artículo 2 de la Ley 3503.

22.4 Indican las recurrentes que entre las políticas públicas vinculantes y obligatorias del sector transportes, están las contenidas en el Decreto Ejecutivo N° 28337-MOPT, donde se contempla la política pública de la modernización del transporte público en el Área Metropolitana de San José y de conformidad con el Decreto Ejecutivo N° 34992- MOPT las políticas de modernización y sectorización será de aplicación a nivel nacional.

Sobre el particular, debe tenerse presente que la resolución recurrida -RJD-035-2015-, establece los siguientes objetivos:

“Objetivos:

- 1. Sistematiza y formaliza un nuevo procedimiento de fijación tarifaria ordinaria para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, que sea transparente y sin márgenes de discrecionalidad.***
- 2. Contar con procedimientos de cálculo de tarifas que sean unívocos, claros y verificables.***

3. *Establecer un marco regulatorio adecuado que asegure el cumplimiento del principio de servicio al costo, propicie la sostenibilidad financiera del servicio en el largo plazo y satisfaga los derechos de los usuarios, en términos de tarifas y calidad del servicio”. (folio 377)*

Aunado a lo anterior, en la resolución recurrida en la sección “4.12.2 Datos de variables de inversión”, se indica:

“f. Antigüedad máxima de las unidades autorizadas

Se considerará, en el cálculo tarifario, únicamente las unidades autorizadas por el CTP y que cumplan con la antigüedad máxima establecida en el Decreto N° 29743-MOPT “Reglamento de Vida Máxima Autorizada para las Unidades de Transporte”, publicado en la Gaceta N° 169, del 5 de setiembre del 2001, o la normativa que eventualmente lo sustituya. No se considerarán en el cálculo tarifario aquellas unidades con una antigüedad mayor a 15 años, según el decreto mencionado”.

En consecuencia, este órgano asesor concluye, que la metodología recurrida utiliza como insumo la flota autorizada por el MOPT, ente que ostenta la competencia necesaria para autorizar la flota que se deba tomar en cuenta, al momento de la fijación tarifaria.

Concuerda este órgano asesor La Autoridad Reguladora no desconoce lo establecido en los Decretos Ejecutivos N° 28337-MOPT “Reglamento sobre políticas y estrategias para la modernización del transporte colectivo remunerado de personas por autobuses urbanos para el Área Metropolitana de San José y zonas aledañas que la afecta directa o indirectamente” y el 34992-MOPT, “Reglamento para el otorgamiento de permisos de operación en el servicio regular de transporte remunerado de personas en vehículos automotores colectivos”, los cuales a la fecha de emisión de este criterio se encuentran vigentes, según se verificó en el Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).

En consecuencia, no se desprende de lo indicado por las recurrentes en que aspectos la metodología recurrida transgrede los Decretos Ejecutivos N° 28337-MOPT y N° 34992-MOPT.

22.5 Indican las recurrentes que el citado Decreto Ejecutivo, se refuerza con la promulgación del Decreto Ejecutivo N° 37738-MOPT por cuanto contempla la modernización del transporte público a través de la sectorización del transporte público.

Con respecto a lo indicado por las recurrentes en relación al Decreto Ejecutivo N° 37738-MOPT “Oficialización del Plan Nacional de Transportes de Costa Rica 2011-2035 como Política Pública Sectorial del Plan de Transportes”, este órgano concuerda con lo esbozado por las recurrentes en el sentido de ser este Decreto una política pública para el sector Transporte, no obstante a ello, no se desprende de lo indicado por las recurrentes, la disconformidad de la metodología aquí recurrida, con el citado Decreto Ejecutivo.

22.6 Indican las recurrentes que el Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018 Alberto Cañas Escalante (en adelante PND), integra y reafirma la política nacional de la Modernización del Transporte Público Remunerado de Personas Modalidad

Autobús, el cual es vinculante para la Aresep de conformidad con el artículo 1 de la Ley 7593.

Sobre este punto, concuerda este órgano asesor con lo manifestado por las recurrentes, en cuanto a que la Autoridad Reguladora está sujeta, entre otras cosas, al mencionado PND, esto es así, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 7593, -como bien se ha indicado líneas arriba- .

No obstante a ello, no indican las recurrentes en qué forma la metodología aquí recurrida, incumple tanto el PND, como la política nacional de Modernización del Transporte Público Remunerado de Personas Modalidad Autobús.

22.7 Las recurrentes manifestaron, que el “VII Plan Nacional de Energía 2015-2030”, incluye la mejora de transporte público con el fin de reducir el transporte privado. En este Plan, se mencionan expresamente los contratos de concesión, donde se incluyó la renovación de la flota, y remite al Eje 6 del citado Plan.

El Eje 6 indica:

Objetivo específico	Acción	Metas de corto plazo	Plazo	Ministro rector	Ejecutores
6.3.1 Facilitar las condiciones para la migración paulatina de Euro III – hacia Euro VI en las unidades de transporte público y la incorporación de nuevas tecnologías	6.3.1.2 Establecer un cronograma de renovación de flota en coordinación con los concesionarios del servicio público para que esta no genere un impacto significativo en la tarifa a los usuarios	Cronograma de renovación de flota ya establecido	Julio-2018	MOPT	MOPT CTP ARESEP Concesionarios de transporte público

(Fuente: VII Plan Nacional de Energía 2015-2030, pág. 120)

Sobre este punto, concuerda este órgano asesor con lo manifestado por las recurrentes, en cuanto a que la Autoridad Reguladora está sujeta entre otras cosas, al VII Plan Nacional de Energía 2015-2030, esto es así, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 7593.

No obstante a ello, no indican las recurrentes en qué forma la metodología aquí recurrida, incumple dicho Plan.

22.8 Manifiestan las recurrentes, que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 7593, la Aresep está sujeta al PND, a los Planes sectoriales y a las Políticas Públicas del Poder Ejecutivo, de manera que la Aresep no puede obviar lo establecido en los

Decretos Ejecutivos N° 28337-MOPT y N° 37738-MOPT, así como el VII Plan Nacional de Energía 2015-2030, donde se contempla los compromisos que señalan los contratos de concesión, en los cuales se establecen una serie de compromisos económicos financieros que deben acatar los concesionarios y que no están siendo contemplados en la metodología.

Sobre este punto, concuerda este órgano asesor con lo manifestado por las recurrentes, en cuanto a que la Autoridad Reguladora está sujeta entre otras cosas, al PND, a los Planes sectoriales y a las Políticas Públicas del Poder Ejecutivo, de manera que la Aresep no puede obviar lo establecido en los Decretos Ejecutivos N° 28337-MOPT y N° 37738-MOPT, así como el VII Plan Nacional de Energía 2015-2030, esto es así, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 7593, -como se indicó líneas arriba- .

Con respecto a que la Aresep está obviando algunos de los compromisos financieros y económicos que establecen los contratos de concesión, las recurrentes no precisan cuales de estos compromisos se están dejando por fuera del alcance de la metodología recurrida. Sin embargo, se le refiere a las recurrentes al análisis de los argumentos 24 y 26.3 de este criterio, en los cuales se analizan en detalle, los compromisos indicados por las mismas.

22.9 indicaron las recurrentes que resulta útil recordar, el Decreto Ejecutivo N° 39437 – MINAE referente a la Política Sectorial para los precios de gas licuado de petróleo, búnker, asfalto y emulsión asfáltica, como conclusión en la regulación del transporte público y especialmente en la emisión de un modelo de cálculo tarifario, se debe responder adecuadamente a las políticas respectivas dictadas por el Poder Ejecutivo.

Sobre este argumento, se les reitera a las recurrentes lo indicado líneas arriba, en cuanto a que la Autoridad Reguladora está sujeta entre otras cosas, al Decreto Ejecutivo N° 39437 – MINAE, esto es así, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 7593.

Sin embargo, no indican las recurrentes en qué forma la metodología aquí recurrida, incumple el Decreto Ejecutivo N° 39437 – MINAE.

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

23. Sobre los principios de equilibrio financiero y servicio al costo

Indicaron las recurrentes, que el principio de equilibrio financiero de los contratos, tiene rango constitucional y superior a la legislación común. Al formular una nueva metodología de fijación tarifaria, la misma debe garantizar que se llegue a resultados justos y equitativos. Para alcanzar ese objetivo, es fundamental reconocer todas las obligaciones y deberes que se le impongan a los prestadores del servicio de transporte público, porque dichas obligaciones deben reconocerse por ser un servicio público que opera bajo el principio de servicio al costo, o sea, el pago integral de las prestaciones que indica el contrato, y en caso de que el resultado no fuere ese, el transportista tendría el derecho de impugnar el sistema, para intentar llegar al equilibrio de la ecuación financiera por otros medios lícitos disponibles.

Sobre este punto, se le indica a las recurrentes, que en la ecuación 1, contenida dentro de la resolución recurrida (visible a folio 387), la cual establece que la tarifa para una ruta (T_r) se calcula como el cociente entre los costos totales mensuales (CT_r) y el volumen mensual de pasajeros movilizadas en la ruta (P_r), tal y como se muestra a continuación:

$$T_r = \frac{CT_r}{P_r}$$

Y por otra parte, a folio 389, se determina la ecuación 2, la cual establece que los costos totales incluyen: los costos fijos mensuales (CF_r), los costos variables (CV_r) y la rentabilidad mensual del capital para la operación (RT_r), tal y como se muestra a continuación:

$$CT_r = CF_r + CV_r + RT_r$$

En la metodología recurrida, se hace un análisis de los costos necesarios para la prestación del servicio público y además le reconoce al operador una retribución sobre el capital invertido, por lo tanto, no se desprende el descontento de las recurrentes.

Así las cosas, las recurrentes no precisan las variables contempladas en la metodología recurrida que pongan en riesgo el equilibrio financiero. Por otro lado, al momento de realizar una fijación tarifaria, las recurrentes estarán en su derecho de utilizar los remedios procesales oportunos, en caso de no estar satisfechos con los montos de las variables y procedimientos utilizados en la aplicación de la metodología aquí recurrida.

En cuanto a que la metodología tarifaria debería reconocer el pago integral de las prestaciones indicadas en el contrato de concesión, se le indica a las recurrentes, que cada uno de los rubros contenidos en los contratos serán analizados en el argumento 24 de este criterio, a saber: políticas de modernización del transporte público, disposición de estaciones terminales, evaluación de la calidad equipos de conteo de pasajeros y pago electrónico.

De tal manera, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes.

24. Sobre las violaciones concretas a los principios de equilibrio financiero y servicio al costo y el contrato de concesión

Indicaron las recurrentes, que la nueva metodología tarifaria aprobada, no respeta el principio de equilibrio financiero de los contratos, ni el principio de servicio al costo, especialmente teniendo en cuenta el contrato de concesión.

Siendo que dicho argumento, se fragmenta en diferentes alegatos, se analizan de manera individual para mayor claridad:

24.1 La metodología recurrida no reconoce a las empresas, los costos inherentes a la implementación de las políticas de modernización del transporte remunerado de personas, que los prestadores obligatoriamente deben asumir.

Sobre este punto, debe indicarse que el contrato de concesión (aprobado por la Junta Directiva del CTP mediante el artículo 5.1 de la sesión ordinaria 67-2014 del 12 de noviembre del 2014), en el artículo IV: Previsiones para la modernización del transporte público en la modalidad autobús, indicó:

(...)

Los parámetros operativos, incluyendo la disminución de la flota de autobuses autorizada, podrán ser modificados por EL CONCEDENTE por causas de utilidad pública, interés público, eficiencia y adaptabilidad del servicio y las políticas de modernización del transporte público, de conformidad con las facultades que le otorga el Artículo 8 de la Ley N° 3503, el Artículo 7 de la Ley N° 7969, así como demás normativa que rige la materia; LA CONCESIONARIA estará sujeta y quedará obligada a observar y cumplir con esos cambios. EL CONCEDENTE podrá implementar los esquemas operativos según lo requiera la modernización del sistema de transporte público, lo cual será de acatamiento obligatorio para LA CONCESIONARIA, todo con base en los estudios técnicos que correspondan. En razón de lo anterior, ante la disminución de flota amparada en estudios técnicos, LA CONCESIONARIA no será objeto de indemnización alguna y así lo acepta en este acto LA CONCESIONARIA.

(...)"

Se desprende de lo anterior, que estas políticas de modernización deben ser incorporadas por el CTP por medio de los esquemas operativos y que la disminución de la flota responde a los estudios técnicos que este ente realice. La Aresep por su parte, debe tomar estos esquemas operativos y con base en ellos hacer los cálculos tarifarios, tal y como está establecido en la metodología recurrida.

Es por ello, que si el CTP reproduce estas políticas de modernización en sus esquemas operativos, las mismas serán reflejadas en las tarifas, puesto que Aresep toma la información de las variables operativas directamente de los acuerdos del CTP.

Sobre este punto, debe indicarse que el contrato de concesión (aprobado por la Junta Directiva del CTP mediante el artículo 5.1 de la sesión ordinaria 67-2014 del 12 de noviembre del 2014), en el artículo V. "Sobre la flota autorizada", señala el cronograma de sustitución de la flota para alcanzar la modernización de la flota, por lo que en realidad este punto no es una obligación impuesta por la Aresep.

En la metodología recurrida, específicamente en la sección 4.9 "Procedimiento para la determinación del valor de las unidades de transporte", se indica que esta Autoridad obtendrá las valoraciones de las unidades de transporte Tipo 1 (las autorizadas antes de la entrada en vigencia de la metodología recurrida) de la resolución 008-RIT-2014, y el valor de las unidades Tipo 2 (las autorizadas después de la entrada en vigencia de la metodología recurrida) se obtendrá del Ministerio de Hacienda, con lo cual se garantiza que el valor de las citadas unidades este actualizado al momento del estudio tarifario. Además, dicho valor será para aquellas unidades que autorice el CTP al prestador, en el cumplimiento del cronograma de sustitución.

Las recurrentes, no indicaron cuales aspectos de la modernización del transporte remunerado de personas que se señalan en los contratos de concesión, no se están considerando en la

metodología recurrida. Por lo tanto, considera este órgano que lo relacionado con la sustitución de flota y con el valor de las unidades, que se indican en los contratos, en cuanto a la modernización del transporte remunerado de personas, está contemplado dentro de la metodología recurrida.

Así las cosas, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes, por cuanto el valor de la unidad de transporte que se utilizaría en la aplicación de la metodología recurrida para el estudio tarifario, estaría actualizado.

24.2 No contempla la metodología, la obligación contractual que impuso el MOPT-CTP, de obligar a los concesionarios a disponer de estaciones terminales en el Centro de San José, lo cual implica un enorme costo y su no reconocimiento implicaría que los empresarios que brindan el servicio pongan en peligro todo su patrimonio empresarial.

La obligación mencionada, está estipulada en el artículo VI inciso u) del contrato de concesión para las empresas contempladas en el Decreto Ejecutivo N° 28337-MOPT, denominado "Obligaciones de la concesionara" indicó:

"(...)
LA CONCESIONARIA se obliga a que en un plazo de siete años y como un requisito para optar por una eventual renovación de la concesión, deberá contar con al menos una estación terminal, sujeto su cumplimiento, a que durante el mes de noviembre del año 2017, deberá aportar un estudio de pre factibilidad o un proyecto de alianza público privada al CONCEDENTE (...)"

En dicho punto, se obliga a que en un plazo de siete años, y para optar por una eventual renovación de la concesión, deberá contar el concesionario con al menos una estación terminal, cuando el destino final sea el cantón Central de San José. Se desprende de lo anterior, que la obligación de contar con estas terminales es competencia del CTP, y no es hasta en noviembre del 2017 que las empresas de autobuses deberán presentar el estudio de pre factibilidad. Es decir, no es un costo en el que deban incurrir en este momento, como una disposición del CTP.

Al respecto se le indica a las recurrentes, que en la sección 4.4.9. "Costos de infraestructura de apoyo al servicio de transporte público" de la metodología recurrida, la cual a la letra indica:

4.4.9 Costos de infraestructura de apoyo al servicio de transporte público

El costo mensual de infraestructura de apoyo al servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús (CIASr), será incluido dentro de los costos del servicio, corresponderá al costo de alquileres en terminales, paradas de autobús así como cualquier obra de apoyo al servicio que la normativa del CTP solicite para brindar el servicio. Se determinará una vez que se haya definidos sus componentes, características y cantidades por ruta y los procedimientos de reconocimiento este costo. Todos los elementos indicados serán establecidos en la resolución que la Aresep emita al respecto, considerando el mecanismo de participación ciudadana pertinente, donde además de indicar la frecuencia de revisión o actualización, se indicará el momento en que entrará a

regir el reconocimiento de ese costo como parte de esta metodología según lo establezca el ente competente". (Folio 409)

De lo anterior se desprende, que la metodología recurrida, prevé la incorporación de los costos de alquileres de terminales, paradas de autobús, así como cualquier obra de apoyo al servicio que la normativa del CTP solicite para brindar el servicio; su reconocimiento efectivo en la tarifa será una vez que se definan los componentes, características, cantidad por rutas y procedimientos de reconocimiento.

Adicionalmente, se indica que este costo, es un reconocimiento que no se contemplaba con el modelo econométrico utilizado antes de la aprobación de la metodología recurrida, es decir, es un costo nuevo que será efectivo en el momento en que así lo disponga la Aresep por medio de una resolución, con base en la normativa que disponga el CTP.

Así las cosas, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes.

24.3 No se contempla las inversiones que deben realizar los concesionarios con motivo de la implementación de las revisiones anuales en materia de evaluación de la calidad del servicio, y no solo se refieren al costo de los estudios, sino también a los gastos administrativos y operativos que ellos conllevan y las respectivas inversiones.

Sobre este punto debe indicarse que no llevan razón las recurrentes por cuanto, en la sección 4.4.8. "Costos de los estudios de calidad del servicio", se incorpora el reconocimiento del costo de un estudio por año, de acuerdo a las tarifas para el pago de peritos que eventualmente establezca el CTP. Textualmente la metodología recurrida indicó:

"(...)

El costo mensual de los estudios de calidad del servicio (CECSr), será incluido dentro de los costos del servicio, según lo establecido en el artículo 21 del Decreto Ejecutivo N° 28833-MOPT del 26 de julio del 2000, "Reglamento para la Evaluación y Calificación de la Calidad del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas" y sus reformas, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 158 del 18 de agosto de 2000, reconociendo un estudio por año por ruta, de acuerdo con las tarifas vigentes para el pago de peritos, establecidas por el Consejo de Transporte Público. Para obtener el costo mensual de los estudios de calidad del servicio, se divide el costo anual entre doce. El reconocimiento tarifario se dará una vez que dichos estudios de calidad de servicio sean establecidos como parte de los requisitos de admisibilidad de las solicitudes de fijación tarifaria y se establezcan las tarifas por el pago de peritos.

(...)." (Folio 409).

En virtud de lo anterior, se concluye que la metodología recurrida reconoce los costos relacionados con los estudios de calidad y es clara en que las tarifas para el pago de los peritos que realicen estos estudios, serán establecidas por el CTP. Por lo que, es recomendación de este órgano asesor, rechazar el argumento de las recurrentes.

24.4 Con la reducción escalonada (en relación inversa con la antigüedad de la flota) que hace la metodología, con los coeficientes de los costos de repuestos y mecánicos, será imposible cumplir con los planes de mantenimiento exigidos al operador por los contratos de concesión y el manual de calidad, para asegurar un servicio eficiente y seguro al usuario.

Dichas obligaciones están estipuladas en el artículo VI. h) "Obligaciones de la concesionaria" del contrato, en dicho apartado se establece que las unidades de la flota deben estar en excelentes condiciones mecánicas y de carrocería.

Sobre este punto, la metodología recurrida en las secciones 4.4.2.c "Salario de mecánicos", 4.4.5. "Repuestos y accesorios" y 4.9 "Procedimiento para la determinación del valor de las unidades de transporte", contempla lo indicado por las recurrentes. Con respecto a la flota "La IT solicita al CTP el listado oficial y actualizado de la flota autorizada de autobuses", de lo anterior se desprende que esta Autoridad no tiene injerencia respecto a la flota autorizada, por cuanto dicha competencia recae en el CTP.

Aunado a lo anterior se remite a la recurrente al análisis del argumento 24.1 de este criterio.

Así las cosas, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes.

24.5 La metodología, contempla un conjunto de costos que corresponden a la misma estructura que ha venido aplicando la Aresep, con modificaciones en el precio de los combustibles, valor del autobús, método de depreciación, tasa de rentabilidad y cantidad de flota, horarios y pasajeros transportados; pero solo incorpora para reconocimiento adicional, los costos de equipo de conteo de pasajeros, pago electrónico, estudios de calidad, infraestructura de apoyo y filtros de combustible. Sin embargo, estos rubros quedan a modo de promesa a plazo indefinido, pues según se afirma, su valor seguirá siendo cero hasta que la Aresep disponga "en un futuro incierto" de los estudios para su incorporación real al modelo, lo cual contradice la Ley 7593, que indica que el modelo debe reconocer todos los costos de operación máxime los que son exigidos contractualmente por el ente rector a todos los operadores de servicio.

Respecto al reconocimiento del costo del sistema automatizado de pago electrónico y seguridad, la resolución recurrida indica:

"4.4.7 Costos del sistema automatizado de pago electrónico y seguridad

El costo mensual del sistema automatizado de pago electrónico y seguridad (CSPER), se determinará una vez que se haya definidos sus componentes, características y cantidades por ruta, los procedimientos de reconocimiento de la depreciación (método, factores, vida útil y valor de rescate) y la rentabilidad, los costos asociados a la administración del sistema, sistema de información al usuario, así como la determinación del valor de dichos componentes. Todos los elementos indicados serán establecidos en la resolución que la Aresep emita al respecto, considerando el mecanismo de participación ciudadana pertinente, donde además de indicar la frecuencia de revisión o actualización, se indicará el momento en que entrará a regir el reconocimiento de ese costo como parte de esta metodología". (Folio 409)

De lo anterior, se desprende que en la metodología recurrida, se contempla lo que corresponde a los equipos y sistemas para el control de la cantidad de pasajeros movilizados.

En el caso del equipo de conteo de pasajeros (barras electrónicas y lectores de cédulas), la metodología recurrida indica:

“4.11.2 Precio del sistema automatizado de conteo de pasajeros

La determinación del precio del sistema automatizado de conteo de pasajeros para cada unidad de transporte se realizará una vez al año, entre los meses de agosto a octubre y estará a cargo de la IT, bajo la responsabilidad y dirección de un profesional en estadística. Este profesional tendrá a su cargo el planeamiento, coordinación, ejecución y validación de los resultados, de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia y la técnica aplicables. El plazo entre agosto y octubre se considera suficiente para poder realizar el estudio que comprendería los valores de estos equipos, en sus etapas de diseño, búsqueda y recolección de información, procesamiento de datos y obtención de los resultados finales, de conformidad con la práctica estadística de obtención de información en este tipo de segmento de mercado. En el caso del sistema automático de pago electrónico y seguridad, se hará efectivo su reconocimiento en la tarifa, una vez que se hayan definido los componentes, características y cantidades por ruta, así como los procedimientos de reconocimiento de costos (depreciación y rentabilidad de activos, administración del sistema de información a los usuarios, entre otros) los cuales serán incluidos en la metodología tarifaria siguiendo el debido proceso”. (Folio 461)

De lo anterior se desprende, que no será en un futuro incierto el reconocimiento del sistema automatizado de conteo de pasajeros, como lo indican las recurrentes, por cuanto la metodología recurrida dispone que el estudio, debe realizarse una vez al año, entre los meses de agosto y octubre.

Aunado a lo anterior, los contratos de concesión, relacionados con este tema indicaron:

“(…)

LA CONCESIONARIA se obliga, en cumplimiento de las Políticas de Modernización de Transporte Público, impulsadas dentro del Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Nacional de Transporte, a utilizar los sistemas de cobro y de control de volumen de pasajeros transportados, que deberá desarrollar y aprobar previamente el CONCEDENTE, en coordinación con la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y de conformidad con los convenios que suscriban con otras instituciones, así como adoptar y poner en práctica los protocolos técnicos y normativa para la regulación del servicio y cálculo de tarifas que establezcan el CTP y la Aresep, previos procesos de consulta para resguardar los derechos de los regulados y los usuarios, para estandarizar, actualizar y adecuar dichos sistemas a los esquemas operativos y organizativos que se establezcan en el transporte público, además de dar acceso irrestricto al CTP y a la Aresep a dichos sistemas, equipos y programas (...)”

Se desprende de lo anterior, que contar con estos equipos es una obligación incluida dentro de los contratos de concesión, pero ahí mismo se indica que en cuanto sean aprobados, tanto por el CTP como por la Aresep. Por lo que se entiende que no es un gasto obligatorio al día de hoy, pero que está contemplado dentro de la metodología, su reconocimiento.

Con respecto a los costos de los estudios de calidad, se remite a las recurrentes a la sección 4.4.8. "Costos de los estudios de calidad del servicio" de la metodología recurrida y al análisis del argumento 24.3 de este criterio.

En lo referente a la estructura de apoyo, se remite a las recurrentes a la sección 4.4.9 "Costos de infraestructura de apoyo al servicio de transporte público" de la metodología recurrida y al análisis del argumento 24.2 de este criterio.

En cuanto a los costos de los filtros de combustible, se remite a las recurrentes a la sección 4.11.3 "Determinación del precio y coeficiente de consumo de filtros de combustibles", en la cual se detalla la forma en la cual se determinará dicho precio.

La situación a la cual hace mención las recurrentes respecto a que el valor del costo del equipo de conteo de pasajeros, pago electrónico, estudios de calidad, infraestructura de apoyo y filtros de combustible, queda a modo de promesa a plazo indefinido, y su valor será cero, es una situación excepcional, por cuanto aplica únicamente en los casos en que no se tenga el dato del precio o costo respectivo, a la fecha de aplicación de esta metodología, según se desprende del punto a.4., de la sección "4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente".

Aunado a lo anterior se reitera, que estas obligaciones están incluidas dentro de los contratos de concesión, pero ahí mismo se indica que serán de acatamiento obligatorio, en el momento en que las condiciones sean establecidas, tanto por el CTP como por la Aresep.

Así las cosas, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes.

25. Sobre los elementos y principios que debe incorporar y respetar un modelo tarifario

Indicaron las recurrentes, que un modelo tarifario debe contener todos los elementos necesarios para desarrollar la actividad de que se trate, en las condiciones idóneas de conformidad con las necesidades y posibilidades del grupo o comunidad que tenga acceso al servicio, y que en el caso de un servicio público regulado como es el transporte, están plasmadas en un contrato de concesión o permiso respectivo; situación que fue ignorada en aspectos fundamentales de la metodología recurrida.

Respecto a este argumento, debe indicarse que las recurrentes se limitan a enlistar una serie de artículos de la Ley 7593, pero son omisas en cuanto a cómo la metodología recurrida es contraria a los mismos. Sobre un argumento similar, esbozado por las recurrentes en la oposición, la Comisión Autónoma Ad Hoc mediante el oficio 003-CMTB-2016, visible a folio 328, en respuesta al argumento 58 "Sobre normas y principios que rigen los modelos tarifarios", indicó:

“Sobre lo argumentado, debe señalarse que la propuesta de “Metodología para fijación ordinaria de tarifarias para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús” sometida a audiencia pública, fue elaborada de conformidad con las competencias exclusivas y excluyentes del Ente Regulador y con apego a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica aplicables, en estricto apego a lo dispuesto por la Ley 6227, en sus numerales del 15 al 17.”

Aunado a lo anterior debe indicarse que visible a folios 378 a 382, se desarrolla el marco legal de la metodología recurrida y se desarrolla el fundamento legal que respalda la resolución recurrida.

Continuando con el análisis de este argumento, conviene aclararle a las recurrentes que las condiciones económicas plasmadas en los contratos de concesión otorgados por el CTP, están contempladas en la metodología recurrida, tal y como se analizó en los argumentos 22, 24 y 26.3.

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

26. Sobre las decisiones que generan discrecionalidad del funcionario

Indicaron las recurrentes que entre los objetivos de la resolución recurrida es que la metodología sea transparente y sin márgenes de discrecionalidad, sin embargo aporta una serie de ejemplos en los cuales se mantiene la discrecionalidad, al respecto indica:

26.1 El procedimiento para el cálculo del volumen de pasajeros: indicaron las recurrentes, que en la metodología aprobada, se indicó que para una misma ruta, ramal o fraccionamiento con estudios de pasajeros que sean comparables, se escogerá el dato que represente el mayor volumen de pasajeros para la ruta.

Sobre este argumento, se indica que la metodología recurrida establece para el cálculo del volumen de pasajeros, lo siguiente:

“(…)

Esta metodología establece el cálculo del volumen de pasajeros movilizados para cada ruta, ramal o fraccionamiento, en función de dos fuentes de información: en primera instancia se tendría el acuerdo de pasajeros movilizados de la Junta Directiva del CTP con el estudio técnico que sustenta dicho acuerdo, (fuente que es obligatoria y su presentación será parte de los requisitos de admisibilidad de la fijación tarifaria), y luego, en el caso de que la Aresep, en el ejercicio de sus competencias regulatorias, cuente con un estudio de demanda de volumen de pasajeros comparable al del CTP, de acuerdo a lo dictado por la ciencia y la técnica. De este modo, se utilizará los resultados del estudio existente que no tengan una antigüedad mayor a tres años. La actualización de estos datos se realizará según se establezca en la sección 4.13.2, en el apartado correspondiente al volumen de pasajeros.

En aquellos casos que con una base comparable (estadísticamente), se tengan disponibles tanto los estudios de demanda del CTP como los de Aresep, se escogerá el

*dato que represente el mayor volumen de pasajeros para la ruta, ramal o fraccionamiento para utilizar en el cálculo tarifario.
(...)." (Folio 430).*

Se desprende de lo anterior, que la primer fuente de información para obtener el dato del volumen de pasajeros son los informes técnicos del CTP, y en segunda instancia estudios con los que cuente Aresep que sean comparables con los informes del CTP, y además, la metodología recurrida establece qué hacer en caso de que se tengan estas dos fuentes de información e indicó que cuando esta situación se presente, se escogerá el dato que represente el mayor volumen de pasajeros para la ruta.

Por lo tanto, queda demostrado que no hay discrecionalidad al elegir entre un estudio y otro, en caso de que ambos estudios sean comparables, se escoge el dato mayor, según lo dispone la propia metodología recurrida.

En virtud de lo anterior, esta asesoría considera que no llevan razón las recurrentes en sus argumentos.

26.2 Revisión Técnica Vehicular: indicaron las recurrentes que la respuesta dada a la oposición en relación con este tema, es discrecional, pues se indicó que "La valoración de los casos especiales tipificados en el argumento del opositor, corresponden a situaciones específicas que deberán ser valorados al momento de aplicación de la metodología".

Se le indica a las recurrentes, que en el artículo 4 b), 24, 30 y 146 w) de la "Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial" Ley N°9078, se establece que los vehículos de transporte público deben cada seis meses efectuar la inspección técnica vehicular y se establece una multa en caso de incumplimiento. Adicional a ello, en la metodología recurrida en la sección 4.12.2 "Datos de variables de inversión" literal e. "Inspección técnica de las unidades autorizadas", indica:

"Se considerarán en el cálculo tarifario únicamente las unidades con la inspección técnica vehicular (IVE) con resultado satisfactorio y vigente al día de la audiencia pública. Durante el proceso de la revisión tarifaria, todas las unidades de la flota autorizada deberán tener la inspección técnica vehicular con resultado satisfactorio, de acuerdo al artículo 30 de la Ley N°9078 y sus reglamentos. Dicha verificación se realizará mediante consulta directa con la(s) empresa(s) autorizada(s) para realizar la inspección técnica vehicular."

La metodología recurrida no promueve la práctica de llevar la unidad a inspección técnica vehicular en forma anticipada, como lo indican las recurrentes, por cuanto la misma es clara que al momento de la audiencia pública las unidades deben contar con la revisión técnica vehicular al día y con resultado positivo.

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

26.3 La respuesta dada a la oposición respecto al tema de cargas sociales: indicaron las recurrentes que en la respuesta a la oposición en el tema de cargas sociales se les dijo que “(...) la instancia correspondiente deberá siempre verificar el reconocimiento de todos los extremos laborales establecidos en nuestro marco jurídico. Dicha obligación está contemplada en la propuesta de metodología sometida a audiencia pública.” A raíz de esto, las recurrentes argumentan no saber quién es la instancia que va a revisar lo anterior y quien decidirá si se está cumpliendo o no con la normativa.

Se le indica a las recurrentes, que la Aresep tiene la obligación de velar porque los prestadores de los servicios públicos cumplan con la normativa vigente en cuanto a las cargas sociales, lo cual está establecido en el artículo 6, inciso c de la Ley 7593, “Velar por el cumplimiento, por parte de las empresas reguladas, de las obligaciones en materia tributaria, el pago de las cargas sociales, y el cumplimiento de las leyes laborales.”

Debido a lo anterior, la Intendencia encargada de analizar la solicitud tarifaria, por medio de sus técnicos, tiene la obligación de verificar este cumplimiento por medio de los controles que considere oportunos, además el estado de la situación, es decir, si el prestador está al día con las obligaciones o no, será comunicado oportunamente, por lo que el prestador no se verá en estado de indefensión.

Por lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

27. Sobre los defectos de la fundamentación del acto

Argumentaron las recurrentes, que no existe una debida fundamentación en relación con las propuestas específicas adoptadas por el Ente Regulador, por lo que se desconoce la razón por la cual se ha inclinado por el modelo HDM-IV y no por otros posibles, o se ha desechado la norma actual. Desde el punto de vista jurídico, este proceder violenta las reglas que regulan la discrecionalidad administrativa, convirtiendo lo actuado en arbitrario.

Sobre este punto, se le indica a las recurrentes que dicho argumento resulta reiterado, por lo que se les remite al análisis del argumento 5 de este criterio, en el cual se desarrollan las razones por las cuales se utilizó dicho modelo.

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

28. Sobre el plazo para la revisión periódica de la metodología (5 años)

Indicaron las recurrentes, que en materia de coeficientes y otros ítems del modelo, se establecen los plazos en que los valores técnicos se actualizarán, (cada 5 años). Claramente, estos valores requieren actualizaciones, lo cual es el punto central de las peticiones hechas por la CGR, partiendo de que arrastran una desactualización importante al punto de poder estar obsoletos ante la realidad nacional. Sin embargo, no existe evidencia del fundamento técnico que ampare la escogencia de ese plazo máximo, pues bien pudo ser de un año o tres años.

Al respecto de este argumento, se le indica a las recurrentes, lo expuesto por el CDR en el oficio 210-CDR-2016, que en lo que interesa indicó:

“(…)

En el caso particular de la “Metodología para fijación ordinaria de tarifas para el servicio remunerado de personas, modalidad autobús”, con el fin de mantener en la medida de lo posible actualizada la metodología y bajo un enfoque de proceso de mejora continua, se estableció como criterio general que como mínimo una vez cada cinco años se deben revisar y actualizar: i) los procedimientos de cálculo; ii) los coeficientes técnicos de consumo iii) y otros valores.

Nótese que la metodología vigente lo que establece es una condición de mínimo, facultándose poder realizar la actualización antes del vencimiento del plazo en una o más ocasiones. Esto está acorde con el artículo 31 de la Ley N°7593, en que indica que “(...) 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 (...)”. La metodología establece que el plazo mínimo, es para que se incorporen oportunamente los cambios en el entorno financiero, tecnológico y legal en que se brinda el servicio.

Como antecedente se observa que el mismo tema fue discutido durante el proceso de desarrollo, elaboración y aprobación del “Modelo de Ajuste Extraordinario para el Servicio de Transporte Remunerado de Personas Modalidad Autobús”, establecido mediante la resolución RJD-120-2012 del 5 de noviembre del 2012 (publicada en el diario oficial Alcance Digital N°174 La Gaceta 214 del 6 de noviembre del 2012). (...).” (Folios del 984 al 999).

Tal y como se desprende de la transcripción anterior, el plazo dado para la actualización de las variables (5 años), es un plazo considerado mínimo, lo cual no indica que esta actualización no pueda realizarse antes de cumplido ese plazo, en el momento en que se considere necesario o cuando se tenga nueva información a incorporar en el modelo tarifario.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en su argumento.

29. Sobre el corredor común

Indicaron las recurrentes, que en la definición de corredor común, se interpreta que “ruta corta” se refiere a “ruta urbana” y “ruta más larga” se refiere a “ruta interurbana”. Sin embargo, dicha exclusión de conceptos no se explica ni fundamenta.

Respecto a este argumento, se le indica a las recurrentes que la metodología recurrida en el Por Tanto I, sección 4.12.2 “Datos de variables de inversión”, literal j “Corredores comunes”, indica:

“(…)

i. Se debe entender que el término “ruta corta” del acuerdo 025-061-98 se refiere al concepto de “ruta urbana”, definida esta como una ruta con recorrido en un sentido igual o menor a 25 kilómetros.

ii. Se debe entender que el término “ruta más larga” corresponde al concepto de “ruta interurbana”, definida esta como una ruta con recorrido en un sentido mayor a 25 kilómetros.
(...)” (Folio 466)

Se desprende de lo anterior, que la metodología recurrida aclara que el término ruta corta se refiere a ruta urbana y que el término ruta más larga, se refiere a la ruta interurbana.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes en este argumento.

30. Sobre los seguros

Indicaron las recurrentes, que los seguros son un costo real y necesario, por tanto es procedente de reconocerlo, indicó que el mismo argumento fue presentado en la audiencia pública, pero que la respuesta de la Comisión no cubre el punto medular de la objeción. Además, señalan las recurrentes, que lo dicho por la Comisión es tan solo parcialmente cierto y en gran parte incorrecto, dado que confunde la naturaleza jurídica de los seguros y los conceptos de responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva, en la figura de los seguros.

Respecto a este argumento, si bien es cierto, llevan razón las recurrentes con respecto a que la responsabilidad objetiva es diferente a la subjetiva, debe indicarse que esto no incide directamente en el fondo del argumento.

De un análisis del argumento, se desprende que su finalidad es el reconocimiento de las coberturas de seguros voluntarios, aparte de los contemplados por los seguros de ley. Teniendo eso claro, se procede a su análisis.

Resulta relevante analizar la diferencia entre un seguro voluntario y un seguro obligatorio, al respecto el doctor en derecho Francisco Soto Nieto, en su estudio “El Seguro Obligatorio y el Seguro Voluntario. Diferenciaciones y Coincidencias”, indicó

“I. Seguro de Suscripción Obligatoria. Naturaleza

(...)

Es la Ley, a la vez, la que, **imponiendo** al propietario de un vehículo de motor de habitual estacionamiento (...) la obligación de suscripción del seguro, está pensando en las víctimas y en la facilitación de unas garantías de prestación y atendimento mínimos. Y para la consecución del aspirado fin se ha instrumentado la institución del seguro. Como escribe Reglero Campos, la concreta técnica jurídica utilizada para alcanzar los fines propuestos ha sido precisamente la de un seguro de **carácter obligatorio** para un determinado colectivo de personas, y que pertenece a la familia de los seguros de

responsabilidad civil; las diferencias con el modelo clásico no permiten sustraer esta modalidad asegurativa del tipo a que pertenece.

(...)

III. Seguro Voluntario de Responsabilidad Civil. Caracteres

La existencia del Seguro voluntario de responsabilidad civil precede y secunda al Seguro de Suscripción Obligatoria. Este surge de modo singular y excepcionante; mas no sólo supone la existencia del primero sino que cuenta con él tanto para que le preste la normativa precisa fuera de su específico esquema regulador, como para que —**ello en función de voluntariedad**— le complemente en su ámbito de cobertura y, en su caso, permita llegar a una reparación integral exhaustiva de los daños sufridos por el perjudicado. (...) En el área que nos ocupa la quinta esencia de tal seguro radica en su conexión con siniestros provenientes de la circulación de vehículos de motor, y en su radical **génesis voluntaria, fruto de la previsión del asegurado ansioso de cubrir todos los flancos de donde pudiera derivarse un compromiso patrimonial por su parte.** (Estudios y comentarios sobre la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, 1997, págs. 413-442)

De lo anterior se desprende que, el seguro obligatorio es una imposición por parte del Estado, es visto como una obligación ineludible para quienes deseen transitar por un territorio. Por otro lado, el seguro voluntario se reviste de una génesis voluntaria, flexible, quedando a la libre escogencia del asegurado, la cobertura que desea obtener en caso de un siniestro.

La legislación costarricense, impone a los concesionarios de servicio público para transporte de personas la suscripción de diferentes seguros, estos se encuentran estipulados en el artículo 19 de la Ley N° 3503, Ley Reguladora Transporte Remunerado Personas Vehículos Automotores, el cual a letra indica:

“Artículo 19.- Los propietarios de vehículos de servicio público para transporte de personas, están obligados a obtener del Instituto Nacional de Seguros una póliza por cada vehículo, que cubra su **responsabilidad pecuniaria por lesión o muerte de terceros**, excepto los trabajadores suyos, **y por daños a la propiedad ajena**, de acuerdo con los reglamentos de esta ley, los cuales deberán ser consultados de previo y en lo conducente, con el Instituto Nacional de Seguros.

Las pólizas de responsabilidad pecuniaria contempladas en este artículo tendrán vigencia por un año, y su vencimiento coincidirá con la fecha en que haya de verificarse la revisión del vehículo correspondiente por la Inspección del Tránsito. No se expedirá, renovará o restituirá la licencia de circulación, mientras no se compruebe la existencia de la póliza de responsabilidad civil prescrita por este artículo”. (Subrayado y resaltado no es del original)

Aunado a dicho artículo, está el artículo 42 de la Ley de Tránsito por vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial, Ley N°9078, el cual indica:

“ARTÍCULO 42.- Requisitos documentales de circulación para vehículos de transporte público

(...)

Asimismo, los vehículos de transporte público deberán contar con una póliza voluntaria de responsabilidad civil que ampare daños a la propiedad de terceros y lesión y muerte de personas”.

Al respecto, el contrato de concesión dispone que:

“(…)

h) La flota autorizada para la prestación del servicio deberá cumplir con la normativa vigente que regula la materia en cuanto a Revisión Técnica al día, pólizas de seguros, derechos de circulación al día, tarjetas de capacidad y tarjeta de tarifa emitida por el CONCEDENTE. El CONCESIONARIO deberá contar con unidades en excelentes condiciones mecánicas y de carrocería. La póliza de seguro cobertura A y C o equivalente deberá cubrir lo siguiente:

i. Cobertura A: cubre la Responsabilidad Civil Extracontractual por lesión y/o muerte de personas, que hubieren ocasionado, en forma accidental, las personas aseguradas con motivo de la propiedad, uso o mantenimiento del vehículo asegurado, al ser declaradas responsables civiles mediante sentencia en firme. También cubrirá los casos donde se produzca un arreglo extrajudicial o judicial o la aplicación de una solución alternativa de conflictos, siempre que se cumpla con las disposiciones vigentes para ese efecto.

ii. Cobertura C: cubre la Responsabilidad Civil Extracontractual por daños y/o perjuicios a la propiedad de terceros que hubieren ocasionado, en forma accidental, las personas aseguradas con motivo de la propiedad, uso o mantenimiento del vehículo asegurado, al ser declaradas responsables civiles mediante sentencia en firme. Cubrirá los casos donde se produzca un arreglo extrajudicial o judicial o la aplicación de una solución alternativa de conflictos”.

Se concluye de lo anterior, que es obligación de los prestadores del servicio público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, el suscribir pólizas que protejan la propiedad de terceros, así como en caso de lesión y muerte de personas. Esto es propio de los seguros obligatorios, por cuanto buscan la protección de las víctimas y la facilitación de unas garantías de prestación y atendimento mínimos en caso de un siniestro.

En ese sentido, la metodología recurrida reconoce el costo de dichos seguros, en el apartado 4.4.4. “Gastos administrativos” visible a folio 402.

En caso de que el concesionario desee proteger su patrimonio con pólizas adicionales, queda a su libre escogencia y voluntad el suscribirlas o no, por cuanto no existe normativa que lo obligue a la suscripción de mayores coberturas.

Por lo tanto, en virtud del principio de legalidad, consagrado en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la LGAP, la Autoridad Reguladora se encuentra en la obligación

de reconocer únicamente los seguros establecidos en el contrato de concesión y en la legislación nacional como obligatorios para los prestadores de este servicio público.

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

31. Sobre el rezago tarifario

Indicaron las recurrentes, que el rezago tarifario, tal y como está definido en la metodología recurrida, presenta una situación particular:

- 31.1. *El procedimiento tarifario no es un procedimiento sancionador, utilizarlo así lo desnaturaliza, y es contrario a los principios de legalidad, de debido proceso y de denegación de justicia. Este no es el lugar para crear tipos sancionatorios.*
- 31.2. *Esto no es consistente con los objetivos previstos en la ley y en el mismo modelo en relación con el modelo tarifario, ya que el motivo sería inducir a una conducta determinada en el operador, por medio de una medida (sanción) tarifaria en lugar de propiciar el equilibrio financiero o cumplir con los otros criterios dados en la ley, que pasan a un segundo plano de forma ilegal.*
- 31.3. *El reajuste de precios es un derecho del prestador del servicio y su ejercicio no debe ser estorbado, restringido como tampoco puede ser exigido, y menos castigado su no ejercicio.*
- 31.4. *El principio del artículo 31 es claro, está prohibido otorgar tarifas que no equilibren financieramente la concesión, que es justamente el efecto de hacerlo en tractos, resultando violado el principio constitucional y la normal legal.*

Dado que las 4 ideas se refieren al mismo tema, se va a dar una respuesta general al argumento planteado por las recurrentes.

Al respecto, se le indica a las recurrentes que no es algo nuevo que la metodología recurrida señale que las revisiones tarifarias deben realizarse al menos una vez al año, dado que lo anterior está establecido en el artículo 30 de la Ley 7593.

Ahora bien, en cuanto el rezago tarifario, la metodología recurrida indicó a folio 469, lo siguiente:

“(…)

7. *Rezago tarifario: Se considera que un operador entra en rezago tarifario cuando éste no ha realizado una solicitud de ajuste tarifario en un periodo mayor a un año a partir de su última petición. De conformidad con la Ley N° 7593, los operadores de los servicios públicos deben solicitar ajustes tarifarios, al menos una vez al año, derivado de la presentación de su situación operativa, pecuniaria y conexas. Para estos efectos aportan información de diversa naturaleza. Este es un derecho otorgado por Ley. Para los casos de incumplimiento del artículo 30 de la Ley N° 7593, se procederá a reconocer el*

aumento resultante en la tarifa (en colones) en tractos trimestrales iguales, distribuidos por el plazo que resta a la concesión o permiso. El empresario deberá aportar la tabla de recuperación sugerida de ese rezago, la cual será fijada en la resolución correspondiente cuando se establezca (eficacia) dicho reconocimiento.

(...).”

El objetivo del rezago tarifario, según lo expresó el CDR en el oficio 210-CDR-2016, versa en el sentido de que “no se debe prolongar situaciones de rezago que posteriormente deriven en tarifas superiores. Por lo que establece un procedimiento para los casos en que el operador incumpla con lo estipulado en el artículo 30 de la Ley N°7593.”

Aunado a lo anterior, debe indicarse que no llevan razón las recurrentes, en cuanto a que este procedimiento es una sanción. Las sanciones están tipificadas en los artículos 38 y 41 de la Ley 7593, las cuales no contemplan el incumplimiento de presentar una solicitud tarifaria ordinaria al menos una vez al año.

Sobre este punto, debe tenerse presente que en virtud del Principio de Reserva de Ley, implica que la Ley, entendida como la norma emanada del órgano legislativo mediante los procedimientos ordinarios de formación de las leyes, es la única fuente creadora de los delitos y las penas. Esto es lo que doctrinariamente se denomina LEX SCRIPTA (Lex formal) – (Amado, 2008)-, y se encuentra consagrada en el artículo 39 de la Constitución Política.

En virtud de lo anterior, resultaría improcedente el establecimiento de una sanción en el texto de una metodología tarifaria, si la misma no se encuentra tipificada en una Ley.

En cuanto a la garantía de propiciar el equilibrio financiero, la metodología recurrida, establece dentro de sus objetivos, a folio 377 lo siguiente:

“(...

3. Establecer un marco regulatorio adecuado que asegure el cumplimiento del principio de servicio al costo, propicie la sostenibilidad financiera del servicio en el largo plazo y satisfaga los derechos de los usuarios, en términos de tarifas y calidad del servicio.

(...).”

Es decir, por medio de la aplicación de la metodología recurrida se establece la tarifa por pasajero de la ruta “r” (que puede ser mayor, menor o igual que las tarifas vigentes de la ruta “r”) en un periodo de tiempo determinado. La aplicación de este ajuste tarifario en tractos, es contrario al objetivo de propiciar una sostenibilidad financiera, en razón de que si no se otorga el ajuste completo determinado en la aplicación del modelo tarifario, no se cumple con la igualdad establecida en la ecuación 1 (folio 387), que se presenta a continuación:

“(...

4.1 Fórmula general de la metodología

La presente metodología sigue un proceso de cálculo de la tarifa, por pasajero, de cada ruta de transporte remunerado de personas, de conformidad con una serie de elementos técnicos (coeficientes y costos) de carácter general. La expresión más general de las tarifas calculadas por pasajero se obtiene de la siguiente ecuación:

$$T_r = \frac{CT_r}{P_r} \quad \text{con } Pr > 0 \quad \text{Ecuación 1}$$

Donde:

T_r = Tarifa por pasajero de la ruta "r".

CT_r = Costos totales mensuales de la ruta "r" (ver ecuación 2).

P_r = Volumen mensual de pasajeros movilizados en la ruta "r" (ver ecuación 53).

r = Ruta de transporte remunerado de personas.

La tarifa que deberá pagar un usuario para una ruta (T_r) estará determinada por el costo total mensual de brindar el servicio, incluyendo una rentabilidad o retribución mensual sobre la base tarifaria, en donde también se contabiliza la cantidad de pasajeros mensuales que utilizan y pagan el servicio en esa ruta por mes.

(...)"

En sentido estricto, de lo anterior se desprende que cualquier tarifa (T_r) multiplicada por el volumen mensual de pasajeros (P_r) que no sea igual a los costos totales mensuales (CT_r), daría como resultado una desigualdad entre los ingresos requeridos y los costos mensuales de brindar el servicio ($T_r * P_r \neq CT_r$), con lo cual no se alcanzaría el equilibrio financiero.

Sobre el equilibrio financiero, mediante el oficio 704-DGAJR-2016, esta Dirección General, indicó:

"(...) el principio de equilibrio financiero implica que las tarifas no pueden ser fijadas en montos o porcentajes que provoquen una situación de déficit o de superávit para el prestador del servicio público. Además, implica el equilibrio financiero, un equilibrio entre el costo real del servicio y la tarifa a cargo del usuario, respetando el criterio de equidad. Lo anterior, con el fin de garantizar la continuidad del servicio y una retribución competitiva que permita la adecuada prestación en condiciones de calidad, confiabilidad, continuidad y eficiencia, en el presente y en el futuro.
(...)."

Así las cosas, la aplicación de unas condiciones diferentes a los prestadores que no realicen una petición tarifaria en al menos un año, es un trato discriminatorio entre los mismos. En razón de que en este caso particular, establecer tarifas en tractos supondría apartarse de la igualdad establecida en la ecuación 1 supra citada.

Si bien es cierto, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, tiene la potestad de fijar las tarifas de los servicios públicos, esa competencia se ejerce de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 3 y 31 de la Ley 7593.

La fijación de las tarifas debe responder al principio de servicio al costo y equilibrio financiero, tal como lo señala el artículo 3 de la Ley 7593. De manera que la tarifa debe contemplar los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y que garanticen el adecuado desarrollo de la actividad.

El principio de equilibrio financiero procura armonizar los intereses de los consumidores, usuarios y prestadores de los servicios, así como el equilibrio entre las necesidades de estos. Cumpliendo con los objetivos fundamentales que el legislador le ha confiado, esta Autoridad debe velar porque los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima los servicios públicos, sean cumplidos. Además de lo anterior, debe observar lo dispuesto en el artículo 31 de la misma Ley:

“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 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.

De igual manera, al fijar las tarifas de los servicios públicos, se deberán contemplar los siguientes aspectos y criterios, cuando resulten aplicables:

a) Garantizar el equilibrio financiero.

b) El reconocimiento de los esquemas de costos de los distintos mecanismos de contratación de financiamiento de proyectos, sus formas especiales de pago y sus costos; efectivos; entre ellos, pero no limitados a esquemas tipo B: (construya y

opere, o construya, opere y transfiera, BOO), así como arrendamientos operativos y/o arrendamientos financieros y cualesquiera otros que sean reglamentados.

c) La protección de los recursos hídricos, costos y servicios ambientales”.

Sobre este artículo, la Procuraduría General de la República, en la Opinión Jurídica OJ-030-2011, del 6 de junio 2011, indicó:

“De lo dispuesto en el artículo 3 citado en conexión con el 31, ha derivado la Procuraduría que la fijación de la tarifa debe mantener el equilibrio financiero del servicio (artículo 31, in fine), lo que implica que las tarifas no pueden ser fijadas en montos o porcentajes que provoquen una situación de déficit o de superávit para la entidad operadora del servicio. Si se produjera un déficit o superávit no sólo se violentaría el principio de equilibrio financiero sino también el de eficiencia económica. Afirmación que se ha fundado en que un concesionario de servicio público no puede ser eficiente si las tarifas que recibe como contraprestación no le aseguran una remuneración por los costos reales y totales del servicio y un porcentaje necesario para invertir en la mejora del propio servicio. Tal sería el caso de una fijación que no llegue a cubrir los costos del servicio, que afecte la competitividad del prestatario o no permita el desarrollo de su actividad. Pero, también se ha indicado que si la fijación de las tarifas permite un superávit presupuestario, se podría lesionar los intereses y derechos de los usuarios, ya que se le estaría exigiendo una contraprestación por un monto superior al requerido para mantener el servicio en condiciones de eficacia y eficiencia y, por ende, el equilibrio que el legislador consideró. En este sentido, hemos indicado:

“En segundo término, las tarifas no deben exceder el costo y el porcentaje de inversión necesaria porque la eficiencia económica no puede ir en detrimento de los derechos de los usuarios, uno de los cuales es que el servicio sea al costo, tal como lo establece el artículo 3º de la Ley 7593. Y es que una tarifa que exceda los costos del servicios puede conducir a una situación de ineficiencia económica, ello en el tanto en que el concesionario no tendría razones suficientes para buscar maximizar los recursos y ser eficiente. Puesto que la Administración reconocería mayores precios que los que los costos justifican, el proveedor de servicio perdería incentivo para procurar economías pero sobre todo perdería el estímulo necesario para propiciar una prestación del servicio con altos estándares de calidad y al menor precio posible. Como se indicó en el dictamen C-207-2001 26 de julio de 2001, el equilibrio entre el costo real del servicio y la tarifa a cargo del usuario entraña respetar el criterio de equidad”. Opinión Jurídica, OJ-66-2009 de 23 de julio de 2009”.

Por lo tanto, considera este órgano asesor, que la figura del rezago tarifario, en los términos planteados en la resolución recurrida, es una práctica que no tiene asidero legal y que imponer los ajustes tarifarios en tractos provoca el incumplimiento de la igualdad establecida en la ecuación 1 de la metodología recurrida, por lo que corresponde declarar la nulidad del punto 7, de la sección a. “Procedimiento para obtención con variables aproximadas”, del apartado “4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente”, por consistir lo anterior en un vicio en el motivo y contenido de la resolución RJD-035-2016.

Conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la LGAP, y que son: la falta o imperfección (vicio) de algún elemento del acto o que el acto impugnado sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendida como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final adoptada en aspectos importantes, o bien, cuya omisión causare indefensión al administrado, lo cual no se considera que haya ocurrido en la especie fáctica del caso sub exámine.

En el caso en concreto, como se indicó líneas arriba, la figura del rezago tarifario, es disconforme con el ordenamiento jurídico. En virtud de esto, resulta necesario declarar la nulidad del punto 7, de la sección a. "Procedimiento para obtención con variables aproximadas", del apartado "4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente", la cual es una sección que se utiliza en casos de excepción, por lo que su anulación no afecta la aplicación de la metodología recurrida.

32. Sobre el servicio durante Semana Santa

Indicaron las recurrentes, que los días Jueves y Viernes Santo, no deben considerarse como días feriados y menos como días ordinarios, como ha sido considerado en la resolución recurrida. Dado que, por medio del acuerdo 6.1 de Sesión Ordinaria 24-2013 del 20 de marzo de 2013 del CTP, se les solicitó a los concesionarios, informar a los usuarios la forma en que operarán estos días.

Al respecto de este argumento, conviene transcribir lo indicado por el CDR en el oficio 210-CDR-2016, el cual en lo que interesa indicó:

"(...)

La metodología vigente, en cuanto a la definición de los esquemas operativos autorizados para las rutas, consideró lo que se encontraba vigente al momento de su elaboración y aprobación, así como las prácticas habituales del CTP para la definición de dichos esquemas operativos. Dentro de estas últimas los esquemas operativos son expresados en diversas formas, que se pueden agrupar de la siguiente manera:

- i) como cantidad de servicios por sentido de viaje en períodos de una hora o mayores para cada día de la semana (por ejemplo de lunes a viernes, sábado y domingo).*
- ii) como frecuencia del servicio por sentido de viaje en períodos de una hora o mayores, para cada día de la semana.*
- iii) como horas y minutos "exactas" de salida del servicio, por sentido de viaje, por día de la semana.*
- iv) otras formas mixtas de las anteriores donde se puede (sic) omite indicar sentido de viaje; donde se puede (sic) omite indicar los días de semana en que aplican; donde se puede diferenciar por época del año (seca y lluviosa) y en algunos casos donde se indica que los horarios de domingo (o incluso sábado y domingo) aplican para los días feriados.*

La metodología vigente es por industria, está basada en el concepto estructura productiva modelo contenido en el artículo 31 de la Ley N° 7593, cuya estructura es la misma para todo el sector, sin embargo utiliza las condiciones propias de cada servicio relacionadas con la inversión (cantidad y edad de la flota) y la operación (distancias y carreras -cantidad de servicio brindado obtenido de los esquemas operativos autorizados mediante acuerdos de horario y frecuencia), lo que arroja resultados particulares para cada ruta.

Dado la anterior, necesariamente al aplicar la metodología se requiere transformar los valores del esquema operativo autorizado para una semana (agrupando en lunes a viernes, sábado, domingo) a un valor mensual (que considera no solo las diferencias entre los días de la semana y el fin de semana, sino también la cantidad de semanas en el año), esta transformación está descrita en la **sección 4.12.Criterios y procedimientos de recopilación de información, 4.12.1 Datos de variables de operación, a. Carreras mensuales**, concretamente en la ecuación 97.

En el acuerdo del artículo 3.4 de la sesión ordinaria 61-2008 del 28 de agosto del 2008 de la Junta Directiva del CTP, ratificado mediante el acuerdo 6.1 de la sesión ordinaria 24-2013 del 20 de marzo de 2013, se reconoce:

i) que debe haber continuidad del servicio durante todo el año (razón por la cual se utilizan los ponderadores de día entre semana y fin de semana y se utiliza la cantidad de días al año para considerar los años bisiestos).

ii) que el prestador de servicio debe informar a los usuarios y al mismo CTP, el esquema operativo que se aplica para cubrir las necesidades de demanda durante los días jueves y viernes santo.

Según lo señalado anteriormente, ante una aplicación de la metodología vigente, no es posible diferenciar el servicio, ya que el mismo CTP en el acuerdo 6.1 mencionado, solicita a los operadores informar el esquema operativo que se debe brindar los días jueves y viernes de Semana Santa, y lo que corresponde aplicar lo indicado en la sección 4.12.1.a.

(...)." (Folios del 984 al 999).

Aunado a lo anterior, los feriados se encuentran regulados en el artículo 148 del Código de Trabajo, el cual indica:

"ARTICULO 148.-

Se considerarán días feriados y, por lo tanto, de pago obligatorio los siguientes: el 1 de enero, el 11 de abril, el Jueves y Viernes Santos, el 1 de mayo, el 25 de julio, el 15 de agosto, el 15 de setiembre, y el 25 de diciembre. Los días 2 de agosto y 12 de octubre también se considerarán días feriados pero su pago no será obligatorio."

Se desprende de lo anterior, que los días Jueves y Viernes Santo, son considerados como días feriados. La metodología recurrida indica en la sección 4.10 que “los días feriados se considera como domingo” (folio 456).

Adicionalmente, deben considerar las recurrentes que compete al CTP definir el esquema operativo de las rutas, mediante acuerdos de su Junta Directiva, que son considerados dentro de la metodología recurrida. Adicionalmente, el acuerdo citado en su argumento, es claro en indicar que aplica para el año 2013, tal y como se muestra a continuación:

“(…)
2.- Instruir a todos los permisionarios y concesionarios de transporte remunerado de personas en rutas regulares, que deberán informar al Consejo de Transporte Público y a los usuarios el servicio, de manera previa, el sistema operativo que se aplicará para cubrir las necesidades de demanda durante los días **jueves y viernes santos del año 2013.**

(…)” (el resaltado y subrayado no es del original)

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

V. SOBRE GESTIÓN DE NULIDAD

En cuanto a la nulidad alegada, conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la LGAP, y que son: la falta o imperfección (vicio) de algún elemento del acto o que el acto impugnado sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendida como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final adoptada en aspectos importantes, o bien, cuya omisión causare indefensión al administrado, lo cual no se considera que haya ocurrido en la especie fáctica del caso sub exámine.

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

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

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

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

Así las cosas, con fundamento en lo analizado en este criterio, al no presentarse vicio en los elementos del acto administrativo, excepto en lo indicado en el apartado IV "Análisis por el Fondo", argumento 31 "Sobre el rezago tarifario" de este criterio, únicamente en cuanto al punto 7 de la sección a. "Procedimiento para obtención con variables aproximadas", del apartado "4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente", lo que corresponde a un vicio en el motivo y contenido de la resolución RJD-035-2016.

Ahora bien, continuando con el análisis de la gestión de nulidad de la resolución RJD-035-2016, en lo que se refiere a los aspectos meramente procedimentales, no se observan omisiones o defectos que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso, de conformidad con el artículo 223 de la LGAP.

De tal manera, en cuanto a la gestión de nulidad interpuesta por las recurrentes, no llevan razón en su argumento, ya que la resolución impugnada -RJD-035-2016- no es un acto absolutamente nulo, salvo lo indicado líneas arriba.

En este sentido, se tiene que la resolución RJD-035-2016:

- Fue dictada por el órgano competente, es decir, por la Junta Directiva (artículos 129 y 180 de la LGAP, sujeto).*
- Fue emitida por escrito como corresponde (artículos 134 y 136 de la LGAP, forma).*
- De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la Ley (artículo 129 de la LGAP, procedimiento).*
- Contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133, motivo), excepto en lo indicado en el apartado IV "Análisis por el Fondo", argumento 31 "Sobre el rezago tarifario" de este criterio, únicamente en cuanto al punto 7 de la sección a. "Procedimiento para obtención con variables aproximadas", del apartado "4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente", lo que corresponde a un vicio en el motivo y contenido de la resolución RJD-035-2016.*
- Estableció en su parte considerativa las razones que sustentaron la decisión del órgano competente (artículos 131, fin y 132, contenido), excepto en lo indicado en el apartado IV "Análisis por el Fondo", argumento 31 "Sobre el rezago tarifario" de este criterio, únicamente en cuanto al punto 7 de la sección a. "Procedimiento para obtención con variables aproximadas", del apartado "4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente", lo que corresponde a un vicio en el motivo y contenido de la resolución RJD-035-2016.*

Así las cosas, no deviene en nulidad absoluta la resolución RJD-035-2016, pues contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), excepto en lo indicado en el apartado IV "Análisis por el Fondo", argumento 31 "Sobre el rezago tarifario" de este criterio, únicamente en cuanto al punto 7 de la sección a. "Procedimiento para obtención con variables aproximadas", del apartado "4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente", que

corresponde a un vicio en el motivo y contenido de la resolución RJD-035-2016, lo cual constituye una nulidad parcial de la citada resolución.

En lo referente a los aspectos meramente procedimentales, no se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso.

VI. CONCLUSIONES

Conforme el análisis realizado, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- 1. El recurso de reposición planteado contra la resolución RJD-035-2016, resulta inadmisibles por haberse interpuesto extemporáneamente.*
- 2. La gestión de nulidad planteada contra la resolución RJD-035-2016, resulta admisible por haber sido planteada en tiempo y forma.*
- 3. Las posiciones planteadas en la audiencia pública, fueron analizadas por la Comisión Ad Hoc, mediante los oficios 003-CMTB-2016 y 006-CMTB-2016 y fueron notificados el 9 de marzo de 2016 y siendo que, las recurrentes ejercieron su derecho de impugnar, no se observa que se les haya causado indefensión, ni que la resolución recurrida tenga un vicio por este motivo.*
- 4. La Aresep se apegó al procedimiento establecido en la Ley 7593, para aprobar la metodología recurrida y sometió la propuesta al proceso de audiencia pública, tal y como lo ordena el artículo 36 *Ibidem*, por lo que el trámite de la metodología recurrida no se separó del procedimiento ahí establecido.*
- 5. Durante el proceso de audiencia pública se presentan posiciones, pero esto no implica que el Ente Regulador deba acogerlas, dado que las mismas deben estar justificadas, tanto técnica como jurídicamente y estar apegadas a los principios regulatorios.*
- 6. La Junta Directiva acogió en el Por Tanto II, de la resolución recurrida, el análisis realizado por la Comisión Ad Hoc nombrada para los efectos, sobre las posiciones presentadas en este proceso.*
- 7. El artículo 36 de la Ley 7593, regula lo relativo a la audiencia pública, como una manifestación del principio de participación ciudadana, establecido en el artículo 9 de la Constitución Política. En el caso concreto, mediante el acta N° 114-2015, se constata la celebración de la audiencia pública de Ley.*
- 8. La Aresep no incumplió con los requerimientos de la CGR, en razón de que incorporó dentro de la resolución recurrida, procedimientos claros y verificables para la actualización de las tarifas y dejó abierta la posibilidad de hacer variaciones en los parámetros, coeficientes y variables de la metodología recurrida, cuando Aresep cuente con estudios técnicos ejecutados, contratados o avalados por ella misma.*
- 9. Los estudios técnicos contratados por la Aresep conforman una base para la toma de decisiones, a la hora de establecer metodologías tarifarias. Lo que está plasmado en ellos*

no es vinculante para el desarrollo de las metodologías, y es por ello que se cuenta con equipos técnicos que analizan no solo estos insumos, sino también el contexto en que se desenvuelven los mercados regulados, para realizar recomendaciones a la Junta Directiva.

- 10. Las metodologías tarifarias definidas, no se pueden apartar de la realidad nacional y por ello, los estudios técnicos contratados o referencias de otros países son adecuados a las condiciones locales.*
- 11. El modelo HDM-IV, es una herramienta utilizada actualmente por varios países alrededor del mundo y cuenta con una gran trayectoria de más de 40 años. Permite estimar costos relacionados con la operación de estos vehículos, específicamente costos relacionados con el consumo de combustibles, mantenimientos y reparaciones.*
- 12. Debido a la experiencia que se ha adquirido en el sector transporte remunerado de personas modalidad autobús, es que la Aresep tomó la decisión de establecer el tope del 10%, el cual es el valor utilizado en el modelo tarifario anterior. Constituye un punto de partida, que se hace necesario establecer, hasta tanto no se disponga de otros insumos técnicos desarrollados para el contexto nacional, que reflejen las prácticas locales de mantenimiento y operación en el sector.*
- 13. En el Anexo 4 de la metodología recurrida, se incluye lo necesario para hacer las derivaciones del coeficiente de gasto anual en repuestos y accesorios y necesidades de mecánicos para adecuarlo a las condiciones generales de la realidad nacional.*
- 14. El índice de rugosidad, ecuación 99, se obtiene de una ecuación adaptada a las condiciones de Costa Rica, considerando información de las siguientes referencias: Lanamme y de Bennett and Greenwood (2001).*
- 15. La metodología recurrida calcula la cantidad necesaria de horas equivalentes a jornadas ordinarias de ocho horas diarias, siendo así innecesario expresar un mecanismo de reconocimiento de horas extra sobre el salario de los mecánicos.*
- 16. La metodología recurrida considera la cantidad de horas necesarias para realizar las labores, independientemente de los horarios y jornadas en que se realice.*
- 17. Para los casos en que una empresa tiene autobuses nuevos, con una edad promedio de la flota igual al año en que se realiza la fijación tarifaria, esta diferencia arroja un resultado de cero, lo cual implica que tanto el costo mensual de los salarios de los mecánicos, como el costo en repuestos y accesorios, es cero. Una unidad nueva no requiere mantenimientos y por ende no es necesario incurrir en costos de mantenimiento y accesorios, ni en el salario de los mecánicos.*
- 18. La metodología recurrida reconoce el valor de la unidad dentro de la inversión, en el valor de las unidades, por lo tanto, no es cierto que la aplicación de la metodología desincentiva la adquisición de autobuses nuevos.*

19. *El tiempo de café, no es una obligación que deba ser considerada dentro del cálculo tarifario, sin embargo el patrono está en todo su derecho de conceder este tiempo a sus colaboradores, pero considerándolo dentro de su tiempo efectivo de trabajo.*
20. *En el Por Tanto I, sección 4.10 “Procedimiento para la determinación de la cantidad de choferes”, incluyó un desarrollo amplio para esta determinación de choferes, la cual incluye una serie de pasos, que entre otras cosas consideran: cantidad de vehículos utilizados por franja horaria, identificación del número máximo de vehículos utilizados por franja horaria, la jornada ordinaria de trabajo permitida por la legislación nacional, cálculo de horas de trabajo normales, cálculo de horas extra, cálculo del coeficiente de personal para cubrir días no laborados, días de descanso semanal, feriados, incapacidades, ausencias y vacaciones.*
21. *El pago de horas extra por jornada y pago de diferentes tipos de jornada, están consideradas en la resolución recurrida, en la sección 4.10. “Procedimiento para la determinación de la cantidad de choferes”.*
22. *Sobre el faltante de choferes a nivel nacional, las recurrentes no aportaron prueba que respalde su decir, ni indicaron mediante cual comunicado el Ministerio de Trabajo realizó dicha aseveración. Su fundamentación resulta insuficiente, además que no aportó prueba idónea que pudiera ser valorada y ponderada por este órgano asesor, en los términos que señalan los artículos 285, 293.2, 297 incisos 2 y 3 de la LGAP y supletoriamente el artículo 317 del Código Procesal Civil.*
23. *La metodología recurrida establece un procedimiento alternativo, cuando no se dispone de la información de programación del servicio, y por lo tanto, el Ente Regulador debe contar con la información necesaria para homologar la cantidad de vehículos con la cantidad de carreras (choferes) por franja horaria.*
24. *El procedimiento para el cálculo de los costos en personal administrativo, se establece en el Por Tanto I, numeral 4.4.3. de la resolución recurrida, en el cual se dispone -a grandes rasgos- que el costo mensual de personal administrativo, se determina como una proporción del costo del personal de operación y mantenimiento, y esta proporción, que equivale al 10%, es tomada de información proveniente del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (1997).*
25. *La metodología recurrida incorpora lo pertinente de otros estudios para la realización de sus funciones y además deja abierta la posibilidad de que se realicen cambios a la citada metodología, siguiendo los procedimientos establecidos. Aunado a ello, se está utilizando para el coeficiente de consumo de combustible el mismo coeficiente que se ha venido usando años atrás.*
26. *En la Ley de Tránsito, el “Manual de Procedimientos para la Revisión Técnica de Vehículos Automotores en las Estaciones de RTV” y el “Reglamento para la Revisión Técnica Integral de Vehículos Automotores que Circulen por las Vías Públicas” no se encontró la disposición indicada por las recurrentes, respecto a la prohibición de utilizar llantas delanteras reencauchadas.*

27. *La metodología recurrida contempla los costos que se relacionan con el consumo de filtros, lubricantes y grasas y además deja abierta la posibilidad de hacer modificaciones para que la citada metodología se ajuste a las condiciones del mercado, en caso de ser necesario.*
28. *La determinación de la rentabilidad aprobada por medio de la resolución recurrida, es clara en cuanto a los elementos necesarios para su cálculo y además fue sometida al procedimiento establecido en el artículo 36 de la Ley 7593.*
29. *El procedimiento aprobado para el reconocimiento del valor actual de la unidad Tipo 1, evita inconsistencias a la hora de unificar el valor de las unidades, cuando éstas hayan sido obtenidas en monedas diferentes, y por medio del tipo de cambio con fecha del día del informe técnico que da sustento a la resolución que se dictará, se obtiene un valor en colones.*
30. *La Comisión Ad Hoc, que elaboró la metodología recurrida, estimó un factor de ocupación del 100% en hora pico y un 60% en el resto del periodo, para los casos de información incompleta. Lo anterior, según los valores aprobados en el acuerdo 3.1 de la sesión ordinaria 74-2014 de la Junta Directiva del CTP, por lo tanto, se encuentra motivado dicho valor utilizado.*
31. *La metodología recurrida en la resolución recurrida, establece como fuente principal de información para determinar la demanda de la ruta, los estudios técnicos que realice la Junta Directiva del CTP. Además, contempla la posibilidad de que la Aresep, realice contrataciones de estudios de demanda de volumen de pasajeros que sean comparables con los datos del CTP.*
32. *La metodología recurrida indica en el apartado 4.13.2, que se puede recurrir al análisis de los Estados Financieros para comprobar el equilibrio financiero.*
33. *El Ente Regulador utilizará los análisis indicados en el apartado 4.13.2., cuando deba calcular variables aproximadas, ante la falta de la información real para verificar el cumplimiento del equilibrio financiero.*
34. *Los requisitos de admisibilidad, están siendo tramitados en otro procedimiento administrativo, por medio del expediente OT-232-2015 "Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos".*
35. *El 4 de mayo de 2016, mediante el oficio 1796-DGAU-2016, la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep, envió a la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, la propuesta de adición presentada por la Intendencia de Transporte a la resolución RRG-6570-2007 referida a los requisitos de admisibilidad para las fijaciones tarifarias del servicio de buses, con ello se cumple lo dispuesto en la Ley 8220 y su reforma mediante la Ley 8290 y su Reglamento Decreto Ejecutivo N° 37045-MP-MEIC y su reforma.*

36. *De conformidad con el artículo 1 de la Ley 7593, es imperativo y no facultativo para el Ente Regulador sujetarse al Plan Nacional de Desarrollo, a los planes sectoriales correspondientes y a las políticas sectoriales que dicte el Poder Ejecutivo, sin que ello implique una intromisión a sus competencias técnicas.*
37. *La metodología recurrida, hace un análisis de los costos necesarios para la prestación del servicio público y además le reconoce al operador una retribución sobre el capital invertido.*
38. *De conformidad con la sección 4.9 “Procedimiento para la determinación del valor de las unidades de transporte”, la Autoridad Reguladora obtendrá las valoraciones de las unidades de transporte Tipo 1 (las autorizadas antes de la entrada en vigencia de la metodología recurrida) de la resolución 008-RIT-2014, y el valor de las unidades Tipo 2 (las autorizadas después de la entrada en vigencia de la metodología recurrida) se obtendrá del Ministerio de Hacienda, con lo cual se garantiza que el valor de las citadas unidades este actualizado al momento del estudio tarifario.*
39. *La metodología recurrida, prevé la incorporación de los costos de alquileres de terminales, paradas de autobús, así como cualquier obra de apoyo al servicio que la normativa del CTP solicite para brindar el servicio; su reconocimiento efectivo en la tarifa será una vez que se definan los componentes, características, cantidad por rutas y procedimientos de reconocimiento.*
40. *En la sección 4.4.8. “Costos de los estudios de calidad del servicio”, la metodología recurrida reconoce los costos relacionados con los estudios de calidad.*
41. *La Autoridad Reguladora no tiene injerencia respecto a la flota autorizada, por cuanto dicha competencia recae en el CTP.*
42. *El valor del costo del equipo de conteo de pasajeros, pago electrónico, estudios de calidad, infraestructura de apoyo y filtros de combustible, su valor será cero en casos excepcionales, por cuanto aplica únicamente cuando no se tenga el dato del precio o costo respectivo, a la fecha de aplicación de la metodología recurrida.*
43. *Las condiciones económicas plasmadas en los contratos de concesión otorgados por el CTP, están contempladas en la metodología recurrida.*
44. *En cuanto a los estudios sobre el volumen de pasajeros, en la resolución recurrida, no hay discrecionalidad al elegir entre un estudio y otro, por cuanto, en caso de que ambos estudios sean comparables, se escoge el dato mayor.*
45. *La metodología recurrida no promueve la práctica de llevar la unidad a inspección técnica vehicular en forma anticipada, por cuanto la misma es clara que al momento de la audiencia pública las unidades deben contar con la revisión técnica vehicular al día y con resultado positivo.*

46. *La Intendencia encargada de analizar la solicitud tarifaria, por medio de sus técnicos, tiene la obligación de verificar el cumplimiento de la normativa vigente en cuanto a las cargas sociales, por medio de los controles que considere oportunos.*
47. *El plazo para la actualización de las variables (5 años), es un plazo considerado mínimo, lo cual no indica que esta actualización no pueda realizarse antes de cumplido ese plazo, en el momento en que se considere necesario o cuando se tenga nueva información a incorporar en el modelo tarifario.*
48. *La metodología recurrida, en la sección 4.12.2 “Datos de variables de inversión”, literal j “Corredores comunes”, aclara que el término ruta corta se refiere a ruta urbana y que el término ruta más larga, se refiere a la ruta interurbana.*
49. *En virtud del principio de legalidad, consagrado en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la LGAP, la Autoridad Reguladora se encuentra en la obligación de reconocer únicamente los seguros establecidos en el contrato de concesión y en la legislación nacional, como obligatorios para los prestadores de este servicio público del transporte remunerado de personas modalidad autobús.*
50. *Las sanciones que aplica la Autoridad Reguladora, están tipificadas en los artículos 38 y 41 de la Ley 7593, las cuales no contemplan el incumplimiento de presentar una solicitud tarifaria ordinaria al menos una vez al año.*
51. *Cualquier tarifa (T_r) multiplicada por el volumen mensual de pasajeros (P_r) que no sea igual a los costos totales mensuales (CT_r), daría como resultado una desigualdad entre los ingresos requeridos y los costos mensuales de brindar el servicio ($T_r * P_r \neq CT_r$).*
52. *La figura del rezago tarifario, en los términos planteados en la resolución recurrida, es una práctica que no tiene asidero legal y que imponer los ajustes tarifarios en tractos puede poner en riesgo el equilibrio financiero del servicio, por lo que corresponde declarar la nulidad del punto 7, de la sección a. “Procedimiento para obtención con variables aproximadas”, del apartado “4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente”, de la resolución RJD-035-2016.*
53. *Los días Jueves y Viernes Santo son considerados como días feriados, esto de conformidad con el artículo 148 del Código de Trabajo y la sección 4.10 que “los días feriados se considera como domingo”.*
54. *La resolución RJD-035-2016 no deviene en nulidad absoluta, pues contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), excepto en lo indicado en el apartado IV “Análisis por el Fondo”, argumento 31 “Sobre el rezago tarifario” de este criterio, únicamente en cuanto al punto 7 de la sección a. “Procedimiento para obtención con variables aproximadas”, del apartado “4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente”, que corresponde a un vicio en el motivo y contenido de la resolución RJD-035-2016, lo cual constituye una nulidad parcial de la citada resolución.*

(...)

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerando precedente y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar parcialmente con lugar, el recurso de reconsideración (reposición) interpuesto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, Cámara de Transportistas de San José, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, Servicios de Transportes Heba De Guápiles S.A. y Autotransportes Sabana Cementerio S.A., contra la resolución RJD-035-2016, únicamente en cuanto al argumento 31 de este criterio referido al rezago tarifario. En todos los demás extremos, se declara sin lugar el recurso interpuesto, **2.-** Declarar la nulidad parcial de la resolución RJD-035-2016, únicamente en cuanto al punto 7 de la sección a. "Procedimiento para obtención con variables aproximadas", del apartado "4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente". En todo lo demás, se mantiene incólume la resolución RJD-035-2016, **3.-** Agotar la vía administrativa, **4.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **5.-** Publicar en el Diario Oficial La Gaceta, la presente resolución, **6.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria 59-2016, del 17 de noviembre de 2016, cuya acta fue ratificada el 29 de noviembre, del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 870-DGAJR-2016 y 1021-DGAJR-2016 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, así como de los oficios 997-RG-2016 y 1025-RG-2016, suscritos por los señores Román Navarro Fallas y Robert Thomas Harvey, Asesores del Despacho del Regulador General, la Junta Directiva acordó dictar la presente resolución.

POR TANTO:
LA JUNTA DIRECTIVA
DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
RESUELVE:

ACUERDO 04-59-2016

1. Declarar parcialmente con lugar, el recurso de reconsideración (reposición) interpuesto por la Asociación Cámara Nacional de Transportes, Cámara de Transportistas de San José, Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, Asociación Cámara de Empresarios Autobuseros y Transportistas Unidos de la Provincia de Guanacaste, Servicios de Transportes Heba De Guápiles S.A. y Autotransportes Sabana Cementerio S.A., contra la resolución RJD-035-2016, únicamente en cuanto al argumento 31 de este criterio referido al rezago tarifario. En todos los demás extremos, se declara sin lugar el recurso interpuesto.
2. Declarar la nulidad parcial de la resolución RJD-035-2016, únicamente en cuanto al punto 7 de la sección a. "Procedimiento para obtención con variables aproximadas", del apartado "4.13.2 Aplicación de la metodología en casos de información incompleta o no existente". En todo lo demás, se mantiene incólume la resolución RJD-035-2016.
3. Agotar la vía administrativa.
4. Notificar a las partes, la presente resolución.

5. Publicar en el Diario Oficial La Gaceta, la presente resolución.
6. Trasladar el expediente a la Dirección General del Centro Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

b) En cuanto a la recomendación adicional de la DGAJR, contenida en el oficio 1021-DGAJR-2016.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que, con base en la discusión que se desprende en el análisis del presente recurso, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria presenta una recomendación adicional, en el sentido de instruir a la Administración, para que proponga a la Junta Directiva la definición de un procedimiento para realizar los análisis pertinentes que demuestren el cumplimiento del equilibrio financiero de los operadores, así como la forma en que se fijarán las tarifas en caso de que el resultado de los análisis pertinentes, demuestren un desequilibrio financiero de los operadores.

Analizada la recomendación adicional, contenida en el oficio 1021-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 05-59-2016

Instruir a la Administración, para que proponga a la Junta Directiva la definición de un procedimiento para realizar los análisis pertinentes que demuestren el cumplimiento del equilibrio financiero de los operadores, así como la forma en que se fijarán las tarifas en caso de que el resultado de los análisis pertinentes, demuestren un desequilibrio financiero de los operadores.

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

ARTÍCULO 6. Informe en torno al Concurso N.º. 22-2016 Miembro titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL)

A partir de este momento ingresan al salón de sesiones, el señor Rodolfo González Blanco, Director General de la Dirección General de Operaciones y la señora Mayela Sequeira Castillo, Directora de la Dirección de Recursos Humanos, a participar en la presentación del tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce un informe de avance en torno al Concurso N.º 22-2016 Miembro titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel).

La señora **Mayela Sequeira Cantillo** explica una serie de pormenores relacionados con el informe del Concurso 22-2016, dentro de los cuales se refiere a distintos resultados obtenidos durante el proceso, así como a la fase de preselección y evaluación, divulgación, requisitos de admisibilidad establecidos en la ley y que son los fundamentales para esta etapa de preselección.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección de Recursos Humanos, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 06-59-2016

Continuar el análisis del Concurso N°22-2016 Miembro titular del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), en la sesión ordinaria 60-2016, a celebrarse el jueves 24 de noviembre de 2016, con el propósito de que el informe se ajuste a los comentarios y sugerencias formulados en esta ocasión.

A las dieciséis horas con cincuenta y tres minutos se retiran del salón de sesiones, el señor Rodolfo González Blanco y la señora Mayela Sequeira Castillo.

ARTÍCULO 7. Análisis a la solicitud de prórroga presentada por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. Expediente OT-157-2014

A las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos ingresan al salón de sesiones la señora Carol Solano Durán, Directora General de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; el señor Carlos Herrera Amighetti, Intendente de Agua y la señora Ruth Córdoba Hernández, funcionaria de esa Intendencia, a participar en la presentación del tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce los oficios 985-DGAJR-2016 del 26 de octubre de 2016, 0721-IA-2016 del 26 de setiembre de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al análisis de la solicitud de prórroga presentada por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA) en su oficio PRE-2016-00878 del 9 de setiembre de 2016.

La señora **Carol Solano Durán** explica que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria analizó la parte legal y formal, así como la recomendación sobre la procedencia por el fondo que emitió la Intendencia de Agua.

Señala como antecedentes, que el 22 de setiembre de 2014, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-101-2014 aprobó el reglamento técnico denominado: "Prestación de los Servicios de Acueducto, Alcantarillado Sanitario e Hidrantes, AR-PSAYA-2013" y el 17 de marzo de 2016, fue reformado y denominado: "Prestación de los Servicios de Acueducto, Alcantarillado Sanitario e Hidrantes, AR-PSAYA-2015".

El plazo que menciona la reforma al Reglamento de "Prestación de los Servicios de Acueducto, Alcantarillado Sanitario e Hidrantes, AR-PSAYA-2015", venció el 12 de setiembre de 2016; ese mismo día, el AyA, presenta el oficio PRE-2016-00878 ante la Intendencia de Agua (IA), en el cual solicita una prórroga de dos meses, para la presentación del "Plan de implementación" del reglamento de "Prestación de los Servicios de Acueducto, Alcantarillado Sanitario e Hidrantes, AR-PSAYA-2015".

Agrega que, de lo anterior, el 26 de setiembre de 2016, mediante el oficio 0721-IA-2016, la IA consideró que la solicitud de prórroga presentada por el AyA, desde el punto de vista técnico y jurídico, cumple con los supuestos establecidos en el artículo 258 de la Ley General de la

Administración Pública. En ese sentido, la recomendación de la IA, se otorgue prórroga solicita. Asimismo, la IA solicita a esta Junta Directiva que, le delegue el conocimiento de las posibles solicitudes de ampliaciones de plazo para el cumplimiento del reglamento que se presenten por parte de otros prestadores y fundamentada en la Ley General de la Administración Pública, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado, los cuales conceden a la IA, la función de regular y fiscalizar la calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad y la oportunidad necesaria para prestar los servicios de acuerdo, alcantarillado e hidrantes de forma óptima.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme a los oficios 985-DGAJR-2016, 0721-IA-2016 y PRE-2016-00878, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 07-59-2016

1. Otorgar al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA), la prórroga solicitada mediante el oficio PRE-2016-00878. Deberá el AyA presentar ante la Autoridad Reguladora, a más tardar el 12 de diciembre de 2016, el plan de implementación del reglamento de *“Prestación de los Servicios de Acueducto, Alcantarillado Sanitario e Hidrantes, AR-PSAYA-2015”*, requerido en su Transitorio VIII.
2. Rechazar la solicitud de la Intendencia de Agua, para que se le delegue el conocimiento de las posibles solicitudes de ampliación de plazo, para el cumplimiento del reglamento de *“Prestación de los Servicios de Acueducto, Alcantarillado Sanitario e Hidrantes, AR-PSAYA-2015”*, que presenten otros prestadores.
3. Notificar a las partes, el presente acuerdo, en el medio o lugar señalado para ello.

ARTÍCULO 8. Análisis del informe final 09703-2016-DRH de la Defensoría de los Habitantes en relación con la denuncia presentada por el señor Carlos Marín Arce.

La Junta Directiva conoce el oficio 1058-DGAJR-2016 del 11 de noviembre de 2016, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio en torno al análisis del informe final 09703-2016-DRH remitido por la Defensoría de los Habitantes, en relación con la denuncia presentada por el señor Carlos Marín Arce.

La señora **Carol Solano Durán** explica los antecedentes, competencias de la Junta Directiva, normativa aplicada, instrucción del procedimiento, conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 1058-DGAJR-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

RESULTANDO:

- I. Que de conformidad con lo establecido en la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep) y la Ley 8642, Ley General de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), es un órgano de máxima desconcentración de la Aresep, el cual está a cargo de un Consejo, integrado por tres miembros propietarios y un miembro suplente.
- II. Que conforme con lo dispuesto en los artículos 53 y 61 de la Ley 7593, es parte de los deberes y atribuciones de la Junta Directiva de la Aresep, resolver los asuntos de su competencia en materia administrativa, nombrar y remover a los miembros titulares y suplente del Consejo de la Sutel.
- III. Que el 11 de octubre de 2016, se recibió en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el oficio 09703-2016-DHR-[GA], expediente 184782-2015-SI y 220742-2016-SI, emitido por la Defensoría de los Habitantes. Dicho oficio, es el informe final sobre una denuncia del señor Carlos Marín Arce, quien había indicado que desde enero de 2014 presentó solicitud a la Sutel, para obtener licencia Tango India para radioaficionado. Sin embargo, se afirma en el informe, que han pasado más de dos años sin que la Sutel lo convoque a realizar los exámenes, teórico y práctico, previstos en el artículo 56 del Decreto Ejecutivo 34765-MINAET. En dicho informe, la Defensoría de los Habitantes recomendó a la Junta Directiva de Aresep, iniciar la investigación formal del presente caso, en relación con la responsabilidad disciplinaria de los miembros del Consejo Directivo de Sutel, por desaplicación de dicha norma.
- IV. Que el 12 de octubre de 2016, mediante el memorando 718-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió el oficio 09703-2016-DHR-[GA], a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis.
- V. Que el 10 de noviembre de 2016, mediante el oficio 1058-DGAJR-2016 la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió el criterio solicitado.

CONSIDERANDO:

- I. Que el artículo 61 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), faculta a la Junta Directiva de ARESEP a tramitar los procedimientos ordinarios disciplinarios contra los miembros del Consejo de la Sutel, que incurran en presuntos incumplimientos graves en el ejercicio de sus funciones, aplicando cuando corresponda, el procedimiento ordinario establecido en los artículos 214 y siguientes de la Ley 6227, Ley General de la Administración Pública.
- II. Que el artículo 60 inciso a) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), dispone que una de las obligaciones fundamentales de la Sutel es: *“Aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del Sector, lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, la Ley general de telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.”*
- III. Que el Consejo de la Sutel, conforme el artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227), queda sujeto, en general, a todo el ordenamiento jurídico (incluso a los reglamentos), sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.
- IV. Que el artículo 26 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642), que dispone:

“Artículo 26.- Permisos.

Para el uso de las bandas de frecuencias a que se refieren los incisos b), c) y d) del artículo 9 de esta Ley, se requerirá un permiso, el cual será otorgado por el Poder Ejecutivo previa recomendación de la Sutel y el cumplimiento de los requisitos que se definan reglamentariamente.

La vigencia de los permisos será de cinco años, renovable por períodos iguales a solicitud del interesado.

Los permisos para fines científicos o experimentales se otorgarán por una sola vez, por un plazo máximo de cinco años.

Para los efectos de esta Ley, son causales de extinción, caducidad y revocación de los permisos, las señaladas en el artículo 25 de esta Ley, en lo que sean aplicables.”

- V. Que el Decreto Ejecutivo 34765 del 22 de setiembre de 2008, denominado “Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones”, en lo que interesa, dispone:

“Artículo 56.—De los requisitos para obtener un permiso. Todos los aspirantes a obtener un permiso de radioaficionado deberán presentar su solicitud en el formulario correspondiente, a la SUTEL, con los siguientes datos:

a. Nombre completo, número de cédula, calidades generales, dirección exacta donde se instalará la estación, número telefónico, apartado postal, lugar para recibir notificaciones y cualquier otro dato para la fácil ubicación del solicitante.

b. Dos fotografías tamaño pasaporte.

c. Fotocopia de la cédula de identidad.

d. Si es menor de edad debe indicar el nombre del padre o tutor, aportando su nombre y calidades junto a la autorización escrita, en donde conste la firma de éste debidamente autenticada, solicitando la licencia de radioaficionado para el menor.

e. Especificación de las características del equipo a utilizar, indicando marca, modelo, número de serie y potencia, así como también todo el equipo accesorio.

f. En caso de no poseer equipo, un compromiso por escrito de notificar a SUTEL cuando se obtenga, incluyendo los detalles indicados en el párrafo anterior.

Para obtener el permiso de radioaficionado deberá someterse a un examen teórico y uno práctico, debiendo aprobar ambos con una calificación mínima de setenta por ciento. La SUTEL convocará a examen en los meses de febrero, junio y octubre, sin embargo la SUTEL podrá realizar convocatorias en forma

extraordinaria cuando por razones de oportunidad o conveniencia así lo considere necesario.” (Énfasis propios)

- VI. Que el artículo 65 inciso d) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, dispone:

“Causas de cese. Los miembros del Consejo de la Sutel solo podrán ser cesados de sus cargos por alguna de las siguientes causales: (...)

d) Quien infrinja alguna de las disposiciones contenidas en las leyes, los decretos o los reglamentos aplicables a la Sutel o consienta su infracción. (...)

El procedimiento para la remoción de los miembros del Consejo de la Sutel deberá respetar la garantía del debido proceso.

La separación de cualquiera de los miembros del Consejo no lo libera de las responsabilidades legales en que pueda haber incurrido por incumplimiento de alguna de las disposiciones de esta Ley.”

- VII. Que el artículo 61 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, en lo que interesa, dispone:

La Superintendencia de Telecomunicaciones estará a cargo de un Consejo que estará integrado por tres miembros propietarios. (...).

Los miembros serán seleccionados por idoneidad comprobada, mediante concurso público de antecedentes.

Los miembros titulares y el suplente del Consejo, serán nombrados por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, por mayoría de al menos cuatro votos, por períodos de cinco años, los cuales ejercerán sus cargos a tiempo completo y con dedicación exclusiva y podrán ser reelegidos por una sola vez por parte de la Junta Directiva de Aresep.

Los miembros titulares y el suplente del Consejo podrán ser removidos en cualquier momento, por la Junta Directiva por igual número de votos requeridos para su nombramiento, si en el procedimiento ordinario iniciado al efecto, se determinare que han dejado de cumplir con los requisitos necesarios para su nombramiento, que han incurrido en alguna causa de impedimento, de incompatibilidad o por incumplimiento grave en el ejercicio de sus funciones.

La Junta Directiva de la Aresep una vez que haya nombrado a los miembros, titulares y al suplente del Consejo de Sutel, enviará todos los expedientes a la Asamblea Legislativa, la cual dispondrá de un plazo de 30 días para objetar los nombramientos. Si en ese lapso no se produjere objeción, se tendrán por ratificados. En caso de objeción, la Junta Directiva sustituirá al miembro del Consejo objetado y el nuevo designado será objeto del mismo procedimiento.”

- VI. Que los integrantes del Consejo de la Sutel, entre enero de 2014 y octubre de 2016, son los señores Gilbert Camacho Mora, Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez y Maryleana Méndez Jiménez. Además, se encuentra nombrado como miembro suplente el señor Jaime Luis Herrera Santiesteban. Ello, conforme las certificaciones emitidas el 10 de noviembre de 2016, por la Secretaría de Junta Directiva.
- VII. Que en el oficio 09703-2016-DHR-[GA] de la Defensoría de los Habitantes, antes citado, recomendó a la Junta Directiva de Aresep, lo siguiente:
- “Con base en los hallazgos obtenidos en la investigación y, según lo establecido en el artículo 65 en el inciso d) Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660 [sic], iniciar la investigación formal del presente caso en relación con la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios del Consejo Directivo de SUTEL por la desaplicación unilateral del artículo 56 del Decreto Ejecutivo 34765-MINAET, lo anterior en perjuicio de las personas que se encuentran a la espera de que dicha institución realice las pruebas teóricas y prácticas para la obtención del permiso de radioaficionado.”*
- VIII. Que para dar inicio al presente procedimiento, se debe nombrar un órgano director del procedimiento que ostente las competencias establecidas en la Ley 6227, según el criterio de la Procuraduría General de la República, emanado en la opinión jurídica OJ-047-2000.
- IX. Que con fundamento en el artículo 90 inciso e) de la Ley 6227, el criterio C-285-2005 de la Procuraduría General de la República y el artículo 61 de la Ley 7593, la Autoridad Reguladora, puede nombrar como órgano director en este tipo de procedimientos administrativos a funcionarios de la Institución distintos al secretario de Junta Directiva. Ello por cuanto, el secretario de éste órgano colegiado, según sus funciones y competencias, no sería el funcionario idóneo para garantizar el debido proceso, lo cual es fundamental en la instrucción de dichos procedimientos. Además el presunto incumplimiento, es la inaplicación de una norma reglamentaria, razón por la cual es importante que los funcionarios que se nombren, para esta tarea, sean profesionales en derecho.
- X. Que en sesión ordinaria 59-2016 del 17 de noviembre de 2016, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, acordó dictar la presente resolución.
- XI. Que de conformidad con los resultandos y considerandos anteriores, lo procedente es ordenar el inicio de un procedimiento administrativo disciplinario contra los miembros titulares y suplente del Consejo de la Sutel, nombrar órgano director del procedimiento, instruir al órgano director sus competencias, trasladar al órgano director los documentos mencionados y notificar al órgano director del procedimiento y a la Dirección de Recursos Humanos, tal y como se dispone,

POR TANTO

Con fundamento en las competencias otorgadas al órgano decisor del procedimiento en la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227), Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642), y el “Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones” (Decreto Ejecutivo 34765);

**LA JUNTA DIRECTIVA
RESUELVE:**

ACUERDO 08-59-2016

1. Ordenar el inicio de un procedimiento administrativo disciplinario, contra los señores Gilbert Camacho Mora, Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, Maryleana Méndez Jiménez y Jaime Luis Herrera Santiesteban (éste último miembro suplente), en su condición de miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones a fin de que se determine, si existió desaplicación del artículo 56 del Decreto Ejecutivo 34765-MINAET por parte del Consejo de la Sutel. Lo anterior en perjuicio de las personas que se encuentran a la espera de que se realice las pruebas teóricas y prácticas para la obtención del permiso de radioaficionado. Ello, con sustento en los artículos 60, 61 y 65 en el inciso d) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, el artículo 26 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642), el artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública y el oficio 09703-2016-DHR-[GA], emitido por la Defensoría de los Habitantes. De acreditarse esa falta, podría removerse a los miembros del Consejo de la Sutel de su puesto, si se determinare que existió un incumplimiento grave de sus funciones.
2. Nombrar como órgano director del procedimiento, para la instrucción respectiva de este asunto a los señores Marcel Charpentier Ramírez, asesor legal de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, cédula de identidad 113300340, quien actuará como coordinador del órgano y a Robert Thomas Harvey, Asesor Legal de Junta Directiva, cédula de identidad 700481433, ambos funcionarios de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.
3. Instruir al órgano director que debe realizar todos los actos necesarios para averiguar la verdad real de los hechos que dan base al procedimiento, otorgar y vigilar el respeto al debido proceso, conceder el derecho de defensa a los investigados, citar y realizar la comparecencia oral y privada, y emitir un informe de instrucción y recomendaciones; para lo cual tendrá todas las competencias otorgadas en la Ley 6227. Además deberá enviar, el proyecto de resolución final, adjunto a su informe.
4. Indicar al órgano director que en su primera resolución dirigida hacia el investigado, deberá adjuntarle, además una copia de la presente resolución.
5. Trasladar al órgano director los siguientes documentos: el oficio 09703-2016-DHR-[GA], expediente 184782-2015-SI y 220742-2016-SI, en las certificaciones emitidas el 10 de noviembre de 2016, por la Secretaría de Junta Directiva de la Autoridad Reguladora certificación a fin que, previo al inicio del procedimiento, conforme el expediente administrativo. Además deberá, previo a iniciar el procedimiento, integrar al expediente, copia certificada de los documentos atinentes a este procedimiento contenidos en los expedientes 184782-2015-SI y 220742-2016-SI de la Defensoría de los Habitantes.
6. Notificar a los integrantes del órgano director del procedimiento.
7. Comunicar a la Dirección de Recursos Humanos.

8. Instruir a la Secretaría de Junta Directiva para que informe, a la Defensoría de los Habitantes, al menos de lo siguiente:
- a) Acuerdo que conoció la recomendación realizada a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, contenida en el oficio 09703-2016-DHR-[GA], expediente 184782-2015-SI y 220742-2016-SI.
 - b) Indicación que dicha recomendación, se deja atendida de la siguiente forma: La medida adoptada es la orden de inicio de un procedimiento disciplinario contra los funcionarios que integran el Consejo de la Sutel, el plazo queda sujeto a la instrucción del procedimiento, en aras del ejercicio del derecho de defensa y debido proceso y los funcionarios responsables son los señores Marcel Charpentier Ramírez, asesor legal de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y Robert Thomas Harvey, asesor legal de Junta Directiva en su condición de órgano director.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ARTÍCULO 9. Asuntos varios de los Miembros de Junta Directiva

No presentaron asuntos en esta oportunidad.

ARTÍCULO 10. Correspondencia recibida

La Junta Directiva da por recibida la solicitud del Diputado Antonio Álvarez Desanti, Presidente de la Asamblea Legislativa, relacionada con el nombramiento del miembro del Consejo de la Sutel. Oficio PAL-AAD-453-2016 del 11 de noviembre de 2016, el cual se distribuye como asunto de carácter informativo.

A las diecisiete horas con diez minutos finaliza la sesión.

ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ
Presidente de la Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva