

SESIÓN EXTRAORDINARIA

N.º 55-2014

22 de setiembre de 2014

San José, Costa Rica

SESIÓN EXTRAORDINARIA N.º 55-2014

Acta de la sesión extraordinaria número cincuenta y cinco-dos mil catorce, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el lunes veintidós de setiembre de dos mil catorce, a partir de las catorce horas. Asisten los siguientes miembros: Dennis Meléndez Howell, quien preside; Sylvia Saborío Alvarado; Edgar Gutiérrez López; Pablo Sauma Fiatt y Adriana Garrido Quesada; así como los (as) señores (as): Grettel López Castro, Reguladora General Adjunta; Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna a.i.; Juan Manuel Quesada Espinoza, Intendente de Energía; Enrique Muñoz Aguilar, Intendente de Transporte; Carol Solano Durán, Directora General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Constancia de participación mediante video conferencia.

Se deja constancia que la directora Adriana Garrido Quesada participa mediante el sistema de video conferencia, desde Marsella, Francia, de acuerdo con su oficio del 11 de setiembre 2014, dirigido al Presidente de esta Junta Directiva.

ARTÍCULO 2. Lectura de la Agenda.

El señor *Dennis Meléndez Howell* da lectura a la Agenda. Seguidamente, la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 01-55-2014

Aprobar la agenda de esta sesión. A la letra dice:

- 1. Propuestas de metodologías tarifarias ordinarias sobre: i) Servicio de distribución de energía eléctrica brindado por operadores públicos y cooperativas de electrificación rural; ii) Servicio de transmisión de energía eléctrica en operadores públicos y iii) Servicio de generación de energía eléctrica brindado por operadores públicos y cooperativas de electrificación rural.*
- 2. Propuesta metodología para la determinación de Tarifas de referencia para plantas de generación privada solares fotovoltaicas nuevas. Oficio 116-CDR-2014 del 12 de setiembre de 2014.*
- 3. Recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Calvo, contra la resolución 987-RCR-2012. Expediente ET-166-2012. Oficio 649-DGAJR-2014 del 25 de agosto de 2014*
- 4. Recurso de reposición o revocatoria contra la resolución RJD-006-2014 y gestiones de nulidad absoluta contra las resoluciones RJD-036-2013 y RJD-006-2014, interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad. Expedientes OT-013-2013 y OT-341-2013. Oficio 640-DGAJR-2014 del 22 de agosto de 2014.*
- 5. Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por El Ángel S.A., contra la RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014. Expediente OT-122-2013. Oficio 678-DGAJR-2014 de 3 de setiembre del 2014.*

6. *Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Gilberth Fernández Solís, contra la resolución 008-RIT-2013 del 22 de enero de 2013. Expediente ET-207-2012. Oficio 664-DGAJR-2014 del 29 de agosto de 2014.*
7. *Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., contra la resolución RRG-032-2014. Expediente AU-274-2012. Oficio 650-DGAJR-2014 del 26 de julio del 2014.*

ARTÍCULO 3. Propuestas de metodologías tarifarias ordinarias sobre: i) Servicio distribución de energía eléctrica brindado por operadores públicos y cooperativas de electrificación rural; ii) Servicio de transmisión de energía eléctrica en operadores públicos y iii) Servicio de generación de energía eléctrica brindado por operadores públicos y cooperativas de electrificación rural.

A partir de las catorce horas y diez minutos ingresan los señores Guillermo Monge Guevara, Marco Otoya Chavarría, Mike Osejo Villegas y la señora Samantha Wegmann Quesada, funcionarios del Centro de Desarrollo de la Regulación, a participar en el tema objeto de este artículo.

En cumplimiento de lo resuelto en el acuerdo 06-54-2014 del acta de la sesión 54-2014, celebrada el 18 de setiembre de 2014, la Junta Directiva conoce el tema relacionado con las propuestas de metodologías tarifarias ordinarias sobre: i) Servicio distribución de energía eléctrica brindado por operadores públicos y cooperativas de electrificación rural; ii) Servicio de transmisión de energía eléctrica en operadores públicos y iii) Servicio de generación de energía eléctrica brindado por operadores públicos y cooperativas de electrificación rural.

Seguidamente, la directora **Adriana Garrido Quesada** manifiesta que, dado que no es sino hasta hoy que el Centro de Desarrollo de la Regulación ha remitido, mediante el oficio 124-CDR-2014, una versión que contempla las observaciones planteadas en la sesión anterior no ha podido corroborar su contenido. En ese sentido, propone postergar para una próxima sesión, el conocimiento de dicho documento de forma que pueda verificar las modificaciones sugeridas, básicamente en el replanteamiento de algunas fórmulas de los modelos propuestos, y la revisión de la consistencia en su notación.

Analizado el asunto, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 02-55-2014

Continuar, en una próxima oportunidad, con el conocimiento de las propuestas de metodologías tarifarias ordinarias sobre: i) Servicio distribución de energía eléctrica brindado por operadores públicos y cooperativas de electrificación rural; ii) Servicio de transmisión de energía eléctrica en operadores públicos y iii) Servicio de generación de energía eléctrica brindado por operadores públicos y cooperativas de electrificación rural, con el propósito de que el Centro de Desarrollo de la Regulación someta una versión ajustada conforme a las observaciones y sugerencias formuladas en esta oportunidad.

Se retiran los señores Marco Otoya Chavarría y Mike Osejo Villegas.

ARTÍCULO 4. Propuesta metodología para la determinación de Tarifas de referencia para plantas de generación privada solares fotovoltaicas nuevas.

La Junta Directiva conoce el oficio 116-CDR-2014 del 12 de setiembre de 2014, mediante el cual la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, remite la propuesta metodológica para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada solares fotovoltaicas nuevas.

La señora **Samantha Wegmann Quesada** explica los principales extremos del documento, entre los cuales destaca los siguientes antecedentes:

- *“Existen 5 metodologías para generación privada para diferentes fuentes.*
- *Se utiliza el modelo general empleado para plantas hidro nuevas y eólicas.*
- *Limitaciones iniciales a superar:*
 - *No existen datos confiables en fuentes públicas sobre costos de inversión y operación de plantas fotovoltaicas.*
 - *A partir del 2011, los precios de electricidad con fuente fotovoltaica experimentaron una reducción abrupta. Por ello, era necesario obtener información de referencia posterior al 2011.*
- *La limitación se superó, mediante proyecto de cooperación técnica con GIZ. En ese marco se contrató el estudio “Determinación de la tarifa retributiva para instalaciones FV en Costa Rica”.*
- *Ese estudio fue elaborado por un consorcio español-alemán (ECLAREON/BSW).*
 - *ECLAREON es una empresa que hace análisis de mercado sobre generación fotovoltaica.*
 - *BSW es la asociación alemana de generadores fotovoltaicos”.*

El señor **Guillermo Monge Guevara** comenta, en cuanto a la justificación de la propuesta, los siguientes aspectos: i) Incorporación de más energías renovables al SEN; ii) gran potencial de generación fotovoltaica; iii) El ICE puede contratar hasta un máximo de 177 MW a generadores privados de electricidad; iv) Establecer tarifas de referencia para incentivar la inversión privada, y v) Reducción de los precios de la electricidad en el mediano plazo.

La señora **Samantha Wegmann Quesada** señala en lo tocante al objetivo planteado, que es *“Definir un modelo tarifario que estimule la inversión privada asociada con plantas de generación solar fotovoltaica con potencias iguales o menores que 20 MW, capaces de operar dentro de un rango aceptable de costos y de eficiencia operativa”*. Asimismo, *“Sustituir la mayor cantidad posible de energía generada con fuentes térmicas por energía renovable y diversificar la matriz energética”*.

En lo atinente al alcance comenta que *“tarifas para las ventas de energía al ICE por parte de generadores privados que produzcan con plantas solares fotovoltaicas nuevas, en el marco de lo que establece el Capítulo 1 de la Ley 7200, y para aquellas compraventas de energía eléctrica proveniente con condiciones similares a las anteriores, que sean jurídicamente factibles y que deban ser reguladas por ARESEP”*. Por otra parte, que *“no es aplicable a generación fotovoltaica en contexto de generación distribuida”*.

Seguidamente explica el modelo general, entre lo cual se refiere a las siguientes variables: expectativas de venta (E); costos de explotación (CE); factor de condiciones inversión (FC), y monto de la inversión unitaria (M).

Ante un comentario de la directora Garrido Quesada, el señor **Dennis Meléndez Howell** señala que ciertamente la tarifa de energía solar es más costosa, pero al mismo tiempo, es una energía que aprovecha más en los momentos en que más se necesita. De tal forma, se requiere una banda más amplia que la simple banda de las fuentes hídricas. Se está permitiendo que empiece a generarse elementos especulativos que puedan llevar a que el precio de la energía por fuentes hídricas sea mayor. Apunta que es otro tipo de tecnología.

Ante una consulta del señor **Dennis Meléndez Howell** sobre el cálculo del factor planta más alto que se da; la señora **Wegmann Quesada** señala que es 19,5%, mientras en otras alcanzan el 18.6%, 18.4%, el más alto es el de un sistema privado en Liberia. Según el estudio de ECLAREON/BSW, se tiene una degradación de los paneles solares de 0,05% anual.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** indica que en una presentación anterior, se dijo que esos paneles solares se iban deteriorando, que la vida útil era de alrededor de 10 años y no 20.

El señor **Guillermo Monge Guevara** explica que la vida útil probada en laboratorio, es cerca de 25 años o más, y que la eficiencia de los paneles se reduce gradualmente debido a un efecto de degradación de las celdas fotovoltaicas. En el modelo se estableció una vida útil de 20 años, porque ese es el límite que establece la Ley 7200. De no ser por esa limitación, se habría establecido una vida útil de 25 años.

Respecto a una consulta de la señora **Sylvia Saborío Alvarado** en torno a la degradación anual; el señor **Guillermo Monge Guevara** indica que se considerará un porcentaje de degradación de 5% anual a lo largo de 20 años y el valor promedio resultante es el que se usa para definir el factor de planta de referencia.

La señora **Samantha Wegmann** indica que los inversores tienen una vida útil estimada de 10 años, pero el panel solar tiene 25 años de vida útil.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** consulta qué tan importante dentro del costo son los inversores; a lo que el señor **Guillermo Monge Guevara** responde que su participación relativa en el costo de inversión total es baja; agrega que su vida útil es de 15 años y que por tanto, están considerados dos inversores en el lapso de 20 años de vida útil.

Ante una consulta de la señora **Adriana Garrido Quesada** en cuanto al flujo de caja, la señora **Samantha Wegmann Quesada** señala que se utiliza la tasa de interés para la deuda y el CAPM como la tasa de rentabilidad, se ha tratado de estandarizar, de manera que para las variables utilizadas se dispuso 5 años.

El señor **Dennis Meléndez Howell** consulta sobre el valor de rescate; a lo cual la señora **Wegmann Quesada** responde que, para estos casos, no se tiene valor de rescate. Se supone que se paga todo lo que se tenga que recuperar en ese plazo y, los otros cinco años, pasarían a ser plantas existentes donde ya no se considera recuperación por inversión.

Continúa su exposición y se refiere a otras condiciones de inversión, como la rentabilidad sobre aportes al capital se determina mediante CAPM, el cual se obtiene de fuentes confiables y rigurosas de análisis financiero del mercado. Indica que la primera opción es Bloomberg.

El señor **Dennis Meléndez Howell** consulta por qué en este caso sí se puede usar Bloomberg y en el caso de las metodologías ordinarias de electricidad no. La señora **Wegmann Quesada** indica que más adelante en la presentación se trata ese tema.

La señora **Adriana Garrido Quesada** sugiere que se procure que el método de fijación tarifaria promueva en los proveedores la búsqueda de las mejores condiciones de financiamiento; para ello, supone que para efectos tarifarios no deberían considerarse los costos del financiamiento, sino una tasa de rentabilidad de la industria para el capital total aplicado; razona que en este caso se podría utilizar la tasa que para el sector específico da Bloomberg.

El señor **Dennis Meléndez Howell** consulta qué parte del financiamiento es con capital propio; a lo cual la señora **Wegmann Quesada** indica que, según la información que se tiene de otras fijaciones, es aproximadamente un 70% deuda, 30% capital propio.

En cuanto a la tasa de rentabilidad, el señor **Dennis Meléndez Howell** comenta que al ser igual a 9%, eso incentiva una mayor cantidad de capital propio. Obviamente, las limitaciones propias de cada inversionista, va a establecer un límite hasta dónde puede buscar financiamiento, pero les interesaría invertir todo lo que puedan de capital propio.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** manifiesta que, en alguna oportunidad anterior, se comentó acerca de cómo debería tratarse el costo de capital en las distintas metodologías tarifarias. Desde su punto de vista, no se debería diferenciar entre capital propio y endeudamiento. El capital tiene un costo directo o de oportunidad y debería, como tal, tratarse en forma unitaria.

Agrega que, no ha entendido la lógica de separar los costos de capital, sobre todo si se están haciendo supuestos para el sector como un todo que no se aplican a nadie en particular. Se debería revisar el tema para determinar si no sería mejor adoptar una fórmula neutral entre capital propio y endeudamiento, para no crear incentivos que pueden resultar perversos.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** se refiere al objetivo planteado en la propuesta, en dos sentidos; por una parte, se dice “incentivar” este tipo de generación, pero consulta, a quién le corresponde decir qué se debe incentivar y qué no. Desde su óptica, debe existir una política energética y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos responder a ella.

Comenta que es cierto que se pretende actuar en detrimento del consumo de combustibles, pero el punto es, hasta dónde incentivar, sobre todo si ese incentivo implica subsidio. De tal manera, se debería empezar con una metodología totalmente neutral, porque de lo contrario se empieza mal, máxime si no se tiene idea de la magnitud de los incentivos.

Ese es su primer aporte respecto a la metodología general, pero tiene dos asuntos más. El primero relacionado con el número de horas. Entiende que se está multiplicando 365 días al año, y pregunta si es eso lo que corresponde o si son las horas de sol. Le parece que hay que justificar cómo va a repercutir ese aspecto en la tarifa.

El otro tema, es que en la fórmula inicial se está considerando la rentabilidad después de impuestos, porque incluye la tabla de impuesto sobre la renta. Sobre el particular, consulta si a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos le corresponde definir la rentabilidad después de impuestos o antes de impuestos, porque ello va a afectar las tarifas. Considera que la rentabilidad debería definirse antes de impuestos.

La señora *Sylvia Saborío Alvarado* comparte lo expuesto por el director Sauma Fiatt, en cuanto a que si se quiere hacer un subsidio debe hacerse explícito, o sea definir la tarifa real sin subsidio y de ahí hacerle un incremento si se sabe exactamente de cuánto es, si eso es lo que se quiere.

El señor *Pablo Sauma Fiatt* indica que no es subsidio, que es un incentivo, pero al final termina siendo un subsidio.

La señora *Sylvia Saborío Alvarado* consulta por qué se sigue diferenciando por tecnología. Explica que se estaba en una trayectoria de convergencia, donde al consumidor no le preocupa de donde viene la energía, lo que importa es el costo unitario y es hacia ese mínimo costo que se debería apuntar, desde el punto de vista regulatorio.

El señor *Dennis Meléndez Howell* manifiesta que cuando se decidió incluir en las metodologías hídricas todas las demás metodologías, se dijo en ese momento que se hacía mientras no hubiese una tecnología específica para las diferentes fuentes, previendo que existía la posibilidad de establecer una metodología distinta para cada una. Añade que, cada tecnología, tiene sus ventajas y desventajas; consecuentemente, no se les puede dar el mismo trato. En el Plan Nacional de Desarrollo Energético, se presenta como uno de los objetivos clasificar las fuentes de energía, incluso se en la portada del Plan lo que se indica son las plantas de generación solar de Miravalles.

Subraya que el Plan Nacional de Desarrollo, plantea que la generación solar tiene la ventaja de generar energía eléctrica en las horas pico del medio día, lo que no producen otras tecnologías como el caso de energía eólica e incluso la generación hidro.

La definición exacta de cuánto se quiere de energía solar, lo determina el Instituto Costarricense de Electricidad según los contratos. Evidentemente, en estos momentos, la tecnología solar sigue siendo más cara que otras; sin embargo, tiene la característica de que es más útil en momentos de mayor demanda, durante el verano y horas pico. Esas son algunas consideraciones que se pueden hacer, de porqué se quieren tener eventualmente diferentes bandas tarifarias para diferentes tecnologías. Al final de cuentas, dentro de lo que se ve, las bandas están muy cercanas, entre un 6.5 y la otra llega hasta 15.

La señora *Sylvia Saborío Alvarado* señala que existe una convergencia tecnológica, porque el mercado va induciendo a eso. Esas son las grandes fuerzas que existen detrás de este tema, por lo que consulta, por qué no fijar tarifas de valle y pico, según el horario en que el ICE compra y vende. Si al ICE le sirve, paga más por esas horas, pero no por la tecnología. El argumento que está dando el señor Meléndez Howell, es así, llegar a las horas pico pero a través de una tecnología.

El señor *Dennis Meléndez Howell* aclara que, lo que se está haciendo, es abrir un poco la banda para que, eventualmente, puedan entrar tecnologías como ésta, si es que efectivamente ese es el precio al que van a entrar. Se supone que se van a ofrecer diferentes tarifas por kilovatio. Ahora se está bajando a 6 aproximadamente y, por el momento, no se sabe cómo va a ir evolucionando.

El señor *Guillermo Monge Guevara* manifiesta que, en relación a si debería establecerse o no una sola banda de precios para todas las fuentes de generación privada, que se debe considerar que la energía tiene distintas calidades y características según la fuente; y que por tanto, no se puede considerar que en todos los casos se trata de un bien uniforme. Menciona que por ejemplo la eólica y la solar tienen grados altos de variabilidad en lapsos cortos de tiempo, que la solar

depende del patrón de nubosidad, y que la hidroeléctrica se puede almacenar en alguna medida cuando hay posibilidad de construir embalses.

Además, menciona que hay que considerar que la mayor parte de la oferta de generación privada proviene de plantas hidroeléctricas que tienen costos promedio significativamente distintos a los de la generación con otras fuentes, y que conviene evitar el establecer una banda de precios común con un techo mayor del que resulta razonable para la generación hidro. Analizado estos aspectos, se considera que en este momento el establecimiento de metodologías separadas por fuente, es una mejor opción que la definición de una única banda tarifaria para todas las fuentes.

La señora *Sylvia Saborío Alvarado* consulta si cuando se habla de comprar, se refiere a despacho económico o cuándo es que el ICE toma esa decisión.

Sobre el particular, el señor *Monge Guevara* responde que el ICE toma la decisión cuando se establece el contrato.

La señora *Adriana Garrido Quesada* consulta si dentro de un contrato, los productores de energía solar, podrían plantear una oferta de precios diferenciada por estación y horario, a lo que el señor *Monge Guevara* indica que los contratos son por toda la energía que pueda producir.

El señor *Meléndez Howell* indica que esa consideración ya está contemplada por la variabilidad, en el factor de planta, pues cuanto mayor sea la variabilidad, probablemente el factor de planta va a ser más bajo. Añade que el empresario tiene que ofrecer un precio promedio acorde.

La señora *Adriana Garrido Quesada* estima que ya se podría ir avanzando, ir visualizando precios de compra para el ICE, según la estación y los picos.

El señor *Dennis Meléndez Howell* indica que, en alguna oportunidad, se le manifestó que para el ICE le resulta complicado incluir todas las tecnologías. El ICE puede ser que esté de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo Energético y tenga interés en que se generen algunas plantas de energía solar y podría ser que no calcen dentro de esa banda.

La señora *Sylvia Saborío Alvarado* agrega que se está suponiendo, a raíz de lo expresado por el señor Meléndez Howell, que el ICE está “expuesto”. En su criterio, el ICE es el que define los precios a los que va a comprar, y se ha argumentado mucho que lleva ventaja en determinar esos precios a que compra.

El señor *Dennis Meléndez Howell* manifiesta que, en resumidas cuentas, puede ser que al ICE le interese comprar cierta tecnología, aunque sea relativamente más cara. En primer lugar, para introducir la tecnología y, en segundo, porque tiene características que pueden ser interesantes para el ICE.

El señor *Pablo Sauma Fiatt* señala que donde se tiene mayor información es para la hidro. El tema podría ser que no hay que pagarla más alta, pues el techo podría ser el de la hidro y a ver qué sucede, sea porque se realicen o no proyectos. De tal forma, los inversores determinarían dónde invierten y conociendo sus costos reales, definir el tema del piso y el techo lo podría dar hidro.

La señora *Sylvia Saborío Alvarado* se refiere a otro tema que tiene que ver con los contratos de venta y de compra de energía de parte del ICE. Actualmente estos contratos contemplan una sola

fuelle de energía solar, eólica, bagazo, etc. Sin embargo, con excepción de la geotermia, las fuentes renovables no son constantes, sino estacionales. Esto hace que los generadores tengan que recuperar en una temporada la inversión de todo el año, lo cual introduce potencialmente ineficiencias al sistema.

Si los contratos con el ICE no fueran por fuente, sino por venta de electricidad venga de donde venga, bagazo con filo de agua o bagazo con eólico, o bagazo con solar, dentro del mismo tope de 20 megas que permite la Ley 7200. Eso incorporaría eficiencias al sistema.

El señor **Dennis Meléndez Howell** señala que sería trasladarle la función del CENCE a los generadores, que si es generador con qué fuente produce y vende. El problema que se está presentando, es que todas se instalaron térmicas o eólicas y resulta que terminan generando una gran producción térmica.

La señora **Adriana Garrido Quesada** señala que, regresando a la propuesta, desde el punto de vista práctico, estima importante ponerle un tope o control a las condiciones del financiamiento (costos y plazos) de los prestatarios de servicios. Una vía puede ser ir tomando el capital como capital único, al cual se le reconoce un rendimiento de proyecto como un todo

La señora **Wegmann Quesada** continúa exponiendo lo relativo al cálculo del CAPM con Bloomberg, dentro de lo cual menciona que se considera “*sólo empresas con 100% de sus ingresos provenientes de generación de electricidad con fuentes renovables*”. Asimismo, “*para la simulación realizada para esta presentación, la muestra es de 60 empresas, después de eliminar valores extremos*”.

El señor **Guillermo Monge Guevara** señala que la mejor opción es Bloomberg, pues ofrece mayor cantidad y diversidad de información financiera.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** agrega que Bloomberg considera un riesgo país. Consulta ¿cuál es el riesgo país implícito y la ventaja de utilizar Bloomberg?

El señor **Guillermo Monge Guevara** señala que ese riesgo se establece en comparación con países que se considera que no tienen riesgo país. Indica que para cada empresa, la base de datos de Bloomberg incluye una valoración de riesgo país en el cálculo del CAPM.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** comenta que para los inversionistas el referente es el riesgo país. El señor **Monge Guevara** agrega que en Bloomberg se incluye la valoración de riesgo país para cada una de las empresas para las cuales se ofrecen datos sobre costo de capital propio.

El señor **Dennis Meléndez Howell** señala que, por el momento, es consistente con lo que se ha venido haciendo con otras metodologías al utilizar el CAPM. Ciertamente, se podría repensar todas las metodologías e ir a una sola banda, pero como se lo señalaron, con la banda hídrica probablemente muchos proyectos solares estarían quedando fuera en este momento. No todos pueden ofrecer dentro de esa banda, pero sí valdría la pena hacer el concurso con una banda suficientemente amplia que son capaces de dar un precio más bajo. Es irrelevante si la banda va un poco más arriba o más abajo, el mercado es quien va a definir la tarifa en la que se va a vender la electricidad.

El señor **Guillermo Monge Guevara** indica que más que el techo es muy importante el piso, por eso se ha dejado un piso bien bajo y, al definir el criterio de factor de planta para el techo, se utiliza el promedio de los datos de irradiación alta.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** consulta cómo se comparan los precios unitarios de solar con los de otros países.

La señora **Samantha Wegmann Quesada** se refiere a la comparación de banda simulada con datos de subastas en América Latina de 2011 y años posteriores, para el caso de Uruguay, El Salvador y en Guatemala.

Ante una consulta de la directora **Saborío Alvarado** respecto al grado de obsolescencia que muestran los paneles solares en la industria; el señor **Guillermo Monge Guevara** señala que tener un límite inferior es consecuente con que la metodología siga vigente con el cambio tecnológico, por supuesto hay que hacer un monitoreo para que sigan bajando los precios.

La directora **Saborío Alvarado** además consulta sobre el grado de obsolescencia que muestran los paneles solares en la industria; a lo cual el señor **Guillermo Monge Guevara** señala que tener un límite inferior es consecuente con que la metodología siga vigente el cambio tecnológico, por supuesto hay que hacer un monitoreo para que sigan bajando los precios.

La directora **Saborío Alvarado** además consulta sobre el grado de obsolescencia que muestran los paneles solares en la industria; a lo cual el señor **Guillermo Monge Guevara** señala que tener un límite inferior de la banda de precios que sea considerablemente bajo permitiría que la metodología siga vigente por un tiempo considerable, aun cuando se hiciera sentir el efecto de cambios tecnológicos que presionaran los costos de inversión hacia abajo. Y que eso no obsta que se debe continuar monitoreando la evolución de los precios de esta industria.

La señora **Adriana Garrido Quesada** consulta qué sucede con la misma metodología, dentro de un año, para los contratos vigentes.

El señor **Dennis Meléndez Howell** manifiesta que los contratos existentes son los que el ICE estableció las cláusulas e incluso, si cambia la metodología, probablemente mientras eso se mantenga dentro de las bandas establecidas no hay ningún problema, pueden seguir funcionando los mismos precios. Si las bandas van disminuyendo, llega el momento en que “*pegan al techo*” así es como está establecido en los contratos, no se puede dar efecto retroactivo a las metodologías.

Ante una inquietud de la directora **Garrido Quesada** respecto a la definición de bandas; el señor **Dennis Meléndez Howell** explica que se tendría que definir eventualmente al cambiar una metodología, si ese aspecto efectivamente está dentro de los términos que no varía las condiciones de los contratos de los generadores, lo cual sería un asunto legal. Lo que más tranquiliza, es tener una banda suficientemente ancha, porque ahí se sabe que el precio no lo va a determinar las fórmulas que se realicen en ARESEP, sino las subastas.

La señora **Garrido Quesada** cuestiona por qué no hacer un ejercicio y aplicar Bloomberg a todo el capital invertido, indicando cero financiamientos, rentabilidad antes de impuestos, y observar qué sucedería con las bandas.

El señor **Dennis Meléndez Howell** manifiesta que, simplemente, es ver si la banda es 16.5, 17 o 18. En su criterio, todos esos elementos sí pueden afectar, pero lo que va a velar es el mercado. Mientras la banda sea suficientemente amplia, por más que al final sea más alta o más baja, no va a estar determinado por esos factores.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** indica que, le parece interesante realizar un análisis de sensibilidad del modelo a los supuestos de financiamiento propio o de endeudamiento.

El señor **Guillermo Monge Guevara** se refiere al tema e indica que en este modelo y en los presentados anteriormente a Junta Directiva, se han realizado análisis de sensibilidad de las variables del modelo. En cuanto al tema del apalancamiento, menciona que se puede establecer el apalancamiento promedio en el mercado, pero que también se puede definir un valor de apalancamiento en función de una política regulatoria.

El señor **Meléndez Howell** añade que se puede suponer cero apalancamiento, lo cual da un margen, si se supone que le va a dar a los inversionistas la misma rentabilidad que tiene la entidad financiera eso estimula al inversionista, porque va a recibir un pago en una rentabilidad equivalente a la tasa activa que es la que les cobran a los inversionistas

El señor **Pablo Sauma Fiatt** manifiesta su duda sobre el modelo y consulta si lo revisaron los consultores externos que se contrataron.

El señor **Monge Guevara** comenta que los consultores hicieron un cálculo con un modelo que ellos tenían, que es distinto al que se utiliza en ARESEP; y que sin embargo, los resultados que obtuvieron no son muy distintos a los calculados con el modelo de ARESEP.

La señora **Samantha Wegmann Quesada** se refiere a la propuesta de acuerdo en los siguientes términos:

- *Someter al trámite de audiencia pública la siguiente propuesta “Metodología para la Determinación de Tarifas de Referencia para Plantas de Generación Privada Solares Fotovoltaicas Nuevas” (...).*
- *Instruir al Departamento de Gestión Documental la apertura del expediente para el trámite respectivo.*
- *Solicitar a la Dirección General de Atención al Usuario que proceda a publicar la convocatoria a audiencia pública en periódicos de amplia circulación y en el diario oficial La Gaceta.*
- *Instruir a la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación para que, una vez realizado el proceso de audiencia pública, proceda al trámite del respectivo expediente, incluyendo el análisis de oposiciones y la elaboración de la propuesta final del modelo los cuales deberán ser remitidos a esa Junta Directiva oportunamente.*

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** expresa que no está en condiciones de votar la propuesta en esta oportunidad, pues considera que requiere tener una nueva discusión alrededor del tema. Además, le parece importante considerar las manifestaciones del director Sauma Fiatt respecto a los impuestos. Asimismo, solicitaría que se realice un análisis de sensibilidad a los supuestos del modelo de formas de financiamiento.

La directora **Adriana Garrido Quesada** comenta la posibilidad de poner precios diferentes de acuerdo con la estación. Indica que resulta muy difícil determinar una tarifa única, para la generación solar para todo el año, con una estacionalidad tan fuerte.

El señor *Dennis Meléndez Howell* le correspondería al ICE determinarlo, pero mientras que se mantengan dentro de la banda, es posible.

El señor *Guillermo Monge Guevara* explica, respecto a lo comentado por la directora Garrido Quesada, que en realidad la estructura tarifaria se utiliza para generar señales de precios a los generadores, con el fin de incentivarlos a ofrecer más energía en los períodos en que la energía tiene más valor.

El señor *Edgar Gutiérrez López* considera importante modificar la redacción del objetivo de la propuesta.

Ante una consulta del señor *Pablo Sauma Fiatt* sobre alguna institución que genere estadísticas que en ARESEP no se tienen; el señor *Guillermo Monge Guevara* informa que existen varias empresas que se dedican a obtener información sobre irradiación mediante modelos especializados, y que así obtienen valores que son una aproximación confiable de los valores reales. Para el estudio contratado a la firma Eclareon, se utilizó la mejor fuente de información disponible.

El directivo *Sauma Fiatt* expresa que otro punto es buscar la forma de que la empresa que se contrató como experta en la materia, se refiera a la propuesta sin costo adicional.

El señor *Monge Guevara* aclara que todos los criterios de diseño se discutieron detalladamente con esa empresa, y que ningún criterio técnico contradice lo que indica el estudio. Pero que por otra parte hay que considerar que ellos no son expertos en aspectos regulatorios.

Analizado el asunto, según lo expuesto por la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación, así como en los comentarios y observaciones planteados por los miembros de la Junta Directiva, el señor *Dennis Meléndez Howell* somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 03-55-2014

Continuar, en una próxima sesión, con el análisis de la propuesta metodológica para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada solares fotovoltaicas nuevas, con el propósito de que el Centro de Desarrollo de la Regulación someta una versión ajustada conforme a las observaciones y sugerencias formuladas en esta oportunidad.

Se retira el señor Guillermo Monge Guevara y la señora Samanta Wegmann Quesada.

ARTÍCULO 5. Recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Calvo, contra la resolución 987-RCR-2012. Expediente ET-166-2012.

A partir de las dieciséis horas y veinte minutos ingresan los(as) señores (as): Edwin Espinoza Mekbel, Henry Payne Castro, Eric Chaves Gómez, Melissa Gutiérrez Prendas, Oscar Roig Bustamante, Daniel Fernández Sánchez y Adriana Martínez Palma, funcionarios de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a exponer éste y siguientes artículos.

La Junta Directiva conoce el oficio 649-DGAJR-2014 del 25 de agosto de 2014, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio sobre el recurso de

apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Calvo, contra la resolución 987-RCR-2012. Expediente ET-166-2012.

Los señores *Edwin Espinoza Mekbel* y *Henry Payne Castro* explican los antecedentes, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el asunto, según lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre la base del oficio 649-DGAJR-2014, el señor *Dennis Meléndez Howell* somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 04-55-2014

1. Rechazar por inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Calvo S.A., contra la resolución 987-RCR-2012, por ser extemporáneo.
2. Agotar la vía administrativa.
3. Notificar a las partes la presente resolución.
4. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.
5. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 8 de octubre de 2012, la empresa Autotransportes Hermanos Calvo S.A. (*en adelante TRANSCALVO*) solicitó un ajuste a las tarifas para la ruta 738 descrita como: Siquirres-Quebrador-Cocal-San Alberto-El Carmen-Imperio-La Perla y ramales y viceversa. (*Folios del 1 al 138*).
- II. Que el 9 de noviembre de 2012, el Comité de Regulación mediante la resolución 987-RCR-2012, resolvió rechazar ad portas la petición de incremento tarifario y archivar la gestión. (*Folios del 240 al 246*).
- III. Que el 20 noviembre de 2012, TRANSCALVO inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución 987-RCR-2012. (*Folios del 236 al 239*).
- IV. Que el 13 de mayo de 2014, la Intendencia de Transportes (*en adelante IT*) mediante la resolución 042-RIT-2014, rechazó por el fondo el recurso de revocatoria presentado por TRANSCALVO contra la resolución 987-RCR-2012, emplazándola ante el superior jerárquico. (*Folios del 252 al 263*).
- V. Que el 26 de mayo de 2014, la IT mediante el oficio 444-IT-2014, rindió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP sobre el recurso de apelación presentado por TRANSCALVO contra la resolución 987-RCR-2012. (*Folios 272 y 273*).
- VI. Que el 27 de mayo de 2014, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 311-SJD-2014, remitió el recurso de apelación planteado por TRANSCALVO contra la

resolución 987-RCR-2012 para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. (Folio 274).

- VII.** Que el 25 de agosto de 2014, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante el oficio 649-DGAJR-2014, rindió criterio sobre el recurso de apelación interpuesto por TRANSCALVO contra la resolución 987-RCR-2012.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 649-DGAJR-2014 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) NATURALEZA

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

b) TEMPORALIDAD

La resolución recurrida fue notificada a la empresa recurrente el 14 de noviembre del 2012 (folios 245 y 246) y la impugnación fue planteada el 20 de noviembre del 2012 (folio 236).

Conforme el artículo 346 inciso 1 de la LGAP, el citado recurso se debe interponer en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 19 de noviembre del 2012. En razón de lo anterior, se tiene que el recurso de apelación fue interpuesto fuera del plazo otorgado por ley.

c) LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que TRANSCALVO está legitimada para actuar -en la forma en lo que ha hecho- ya que es parte en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida; de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 de la Ley 7593 en concordancia con los artículos 275 y 276 de la LGAP.

d) REPRESENTACIÓN

El señor José Francisco Calvo Aguilar, actuó en su calidad de apoderado generalísimo sin límite de suma para representar a TRANSCALVO en este procedimiento, -según consta en la certificación de personería jurídica visible a folio 44- por lo cual está facultado para actuar en su nombre.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

Siendo que el recurso interpuesto, fue presentado fuera del plazo legal establecido, el recurso de apelación debe rechazarse por inadmisibile, por ser extemporáneo.

No obstante lo anterior, del análisis de los argumentos planteados por la recurrente, este órgano asesor no encuentra razones para modificar el acto recurrido.

V. **CONCLUSIÓN**

Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto por TRANSCALVO contra la resolución 987-RCR-2012, resulta inadmisibile, puesto que fue presentado fuera del plazo legal establecido.

[...] ”

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1.- Rechazar por inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Calvo S.A., contra la resolución 987-RCR-2012, por ser extemporáneo. 2.- Agotar la vía administrativa. 3.- Notificar a las partes la presente resolución. 4.-Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión 55-2014, del 22 de setiembre de 2014, cuya acta fue ratificada el 9 de octubre de 2014; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 649-DGAJR-2014 de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

- I. Rechazar por inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por Autotransportes Hermanos Calvo S.A., contra la resolución 987-RCR-2012, por ser extemporáneo.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 6. Recurso de reposición o revocatoria contra la resolución RJD-006-2014 y gestiones de nulidad absoluta contra las resoluciones RJD-036-2013 y RJD-006-2014, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad. Expedientes OT-013-2013 y OT-341-2013.

Ingresa la señorita Adriana Arguello Arias y la señora Karla Montero Víquez, funcionarias de la Intendencia de Energía, a exponer en el tema objeto de este artículo.

La Junta Directiva conoce el oficio 640-DGAJR-2014 del 22 de agosto de 2014, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio sobre el recurso de reposición o revocatoria contra la resolución RJD-006-2014 y gestiones de nulidad absoluta

contra las resoluciones RJD-036-2013 y RJD-006-2014, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad. Expedientes OT-013-2013 y OT-341-2013.

La señorita **Adriana Martínez Palma** explica los antecedentes, así como las conclusiones y recomendaciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

Por otra parte, la señorita **Adriana Arguello Arias** comenta los principales extremos del análisis técnico realizado por la Intendencia de Energía, en torno a los argumentos expuestos por el recurrente.

Analizado el asunto, según lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre la base del oficio 640-DGAJR-2014, así como en lo indicado por la Intendencia de Energía en esta oportunidad, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 05-55-2014

1. Rechazar de plano por inadmisibles, el recurso de reposición o revocatoria interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la resolución RJD-006-2014, por extemporáneo.
2. Declarar sin lugar las gestiones de nulidad absoluta interpuestas por el Instituto Costarricense de Electricidad contra las resoluciones RJD-036-2013 y RJD-006-2014, ya que cumplen con los elementos exigidos por el Ordenamiento Jurídico.
3. Dar por agotada la vía administrativa.
4. Notificar a las partes la resolución que ha de dictarse.
5. Trasladar el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda.
6. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 3 de diciembre de 1998, mediante la Ley N° 7848 publicada en el Alcance N° 88 del diario oficial La Gaceta N° 235, la República de Costa Rica aprobó el Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central y su Primer Protocolo.
- II. Que el 31 de octubre de 2011, por medio de la Ley N° 9004, publicada en diario oficial La Gaceta N° 224 del 22 de noviembre del 2011 y ratificada mediante el Decreto Ejecutivo N° 36955-RE, publicado en el diario oficial La Gaceta N° 56 del 19 de marzo de 2012, se aprobó el Segundo Protocolo al Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central.
- III. Que el 22 de mayo de 2013, la Junta Directiva de la Aresep mediante la resolución RJD-036-2013, publicada en el Alcance Digital N° 98 del diario oficial La Gaceta N° 102 del 29 de mayo del 2013, aprobó el “*Reglamento de Armonización Regulatoria entre el Mercado Eléctrico Nacional y el Mercado Eléctrico de América Central*” (en adelante *Reglamento de Armonización*). (Expediente OT-013-2013).

- IV. Que el 23 de enero de 2014, la Junta Directiva de la Aresep mediante la resolución RJD-006-2014, publicada en el diario oficial La Gaceta N° 34 del 18 de febrero de 2014, aprobó el *“Reglamento de Detalle de Desarrollo de los Procesos Comerciales, Operativos y de Planificación de la Armonización Regulatoria entre el Mercado Eléctrico Nacional y el Mercado Eléctrico Regional”* (en lo sucesivo *Reglamento de Detalle*). (Expediente OT-341-2013, folios 251 al 315).
- V. Que el 17 de febrero de 2014, el ICE inconforme con lo resuelto interpuso recurso de reposición o revocatoria contra la resolución RJD-006-2014 y gestiones de nulidad absoluta contra las resoluciones RJD-036-2013 y RJD-006-2014. (Expediente OT-341-2013, folios 234 al 249).
- VI. Que el 18 de febrero de 2014, la Secretaría de Junta Directiva mediante el memorando 100-SJD-2014, remitió para el análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de reposición o revocatoria contra la resolución RJD-006-2014 y gestiones de nulidad absoluta contra las resoluciones RJD-036-2013 y RJD-006-2014. (Expediente OT-341-2013, folio 316).
- VII. Que el 3 de marzo de 2014, la DGAJR mediante oficio 155-DGAJR-2014 solicitó a la Intendencia de Energía referirse a los argumentos y alegatos de carácter jurídico y técnico esbozados por el ICE. (Expediente OT-341-2013, folio 317).
- VIII. Que el 16 de junio de 2014, la Intendencia de Energía mediante el oficio 0754-IE-2014, remitió a la DGAJR, el informe 0751-IE-2014. (Expediente OT-341-2013, folios 322 al 328).
- IX. Que el 22 de agosto de 2014, mediante el oficio 640-DGAJR-2014, la DGAJR rindió el criterio sobre el recurso de reposición o revocatoria contra la resolución RJD-006-2014 y las gestiones de nulidad absoluta contra las resoluciones RJD-036-2013 y RJD-006-2014, interpuestos por el ICE.
- X. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 640-DGAJR-2014 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:
“[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

I. NATURALEZA DEL RECURSO Y GESTIONES DE NULIDAD

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-006-2014, es el ordinario de reposición o revocatoria, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 a 352 de la LGAP.

Además el recurrente interpuso gestiones de nulidad absoluta, a las cuales les resulta aplicable lo establecido en los numerales 158 al 179 de la LGAP.

2. TEMPORALIDAD DEL RECURSO Y GESTIONES DE NULIDAD

La resolución impugnada le fue notificada al recurrente el 11 de febrero de 2014 (folios 297, 308 y 309) y el recurso y las gestiones de nulidad absoluta fueron presentadas el 17 de febrero de 2014 (folios 234 a 249).

Conforme el artículo 346.1 de la LGAP, el recurso de reposición o revocatoria debe interponerse en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 14 de febrero de 2014. Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado por Ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta de forma extemporánea.

En cuanto a las gestiones de nulidad absoluta interpuestas, es preciso indicar que éstas fueron presentadas en manera conjunta con el recurso que nos ocupa, en fecha 17 de febrero de 2014, y considerando que la resolución RJD-036-2013 le fue notificada al ICE el 29 de mayo de 2013 y la resolución RJD-006-2014 le fue notificada el 11 de febrero de 2014 (folios 499 y 500 del expediente OT-013-2013 y folios 297, 308 y 309 del expediente OT-341-2013, respectivamente), de conformidad con lo que dispone el numeral 175 de la LGAP en cuanto a que el plazo para solicitar la nulidad de un acto administrativo es de un año, debe concluirse que las gestiones de nulidad absoluta se presentaron en tiempo.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que el ICE, está legitimado para actuar -en la forma en la que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 36 de la Ley 7593 en concordancia con el artículo 275 de la LGAP, ya que es parte en los procedimientos en que recayeron las resoluciones recurridas.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Luis Pacheco Morgan, actúa en su condición de Gerente de Electricidad con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del ICE, según consta en la certificaciones notariales visibles a folios 144 y 249, por lo cual está facultado para actuar en nombre del citado instituto.

[...]

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

El recurso de reposición o revocatoria fue interpuesto cuando el plazo de los tres días hábiles para impugnar el acto administrativo había expirado, este devino en extemporáneo y así debe declararse, de conformidad con el numeral 346.1 de la LGAP.

No obstante lo anterior, del análisis de los argumentos planteados por el recurrente y lo indicado por la Intendencia de Energía en el informe técnico 0751-IE-2014, este órgano asesor no encuentra razones para modificar el acto recurrido.

V. EN CUANTO A LAS GESTIONES DE NULIDAD

Previo a analizar los elementos de los actos administrativos cuestionados, es necesario realizar las siguientes precisiones:

Fundamenta el ICE su posición en cuanto a las nulidades alegadas, en que el Reglamento de Armonización que ya fue aprobado, contiene errores y que el Reglamento de Detalle parte de esos mismos errores y omisiones de fondo, por lo que considera necesario plantear correcciones desde la normativa de origen.

- I.-** *En este sentido, señala que mediante el Reglamento de Armonización se crea un mercado mayorista y que las características de la industria eléctrica nacional son de un mercado eléctrico regulado; y que en nuestro ordenamiento jurídico no se considera esa figura de mercado mayorista, en el cual se dan transacciones comerciales entre agentes (mediante contratos y mercado spot). En virtud de ello manifiesta que es necesario modificar la definición de Mercado Eléctrico Nacional (artículo 4) y la definición de Agentes del MEN (artículo 5).*

Sobre lo anterior, la Intendencia de Energía en el informe técnico 0751-IE-2014, manifestó:

- a. *«El propósito del Reglamento de Armonización es regular la participación de los actores de la industria eléctrica costarricense, para el cumplimiento de las disposiciones regionales a la luz del Tratado Marco del Mercado Eléctrico Regional.*

Dicho reglamento incluyó una definición de Mercado Eléctrico Nacional (MEN) por cuanto en el Tratado Marco y los reglamentos emitidos a nivel regional, nombran los mercados eléctricos nacionales. Así las cosas, se vio la necesidad de reglamentar el MEN y se definió de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 4. Mercado Eléctrico Nacional -MEN-.

Se entenderá como Mercado Eléctrico de Costa Rica o Mercado Eléctrico Nacional, al ámbito en el cual se realizan las transacciones de prestación de servicios y compra o venta de electricidad a través de quienes se dedican a las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización. A este Mercado Eléctrico Nacional se le denominará indistintamente Mercado Mayorista de Electricidad.”

Desde el punto de vista económico un mercado es aquel donde se reúnen compradores y vendedores para efectuar sus operaciones comerciales, según las personas que interactúan en el mismo puede ser un mercado minorista o mayorista. En el caso de los mercados mayoristas son aquellos abastecidos por fabricantes o productores. Considera esta Intendencia que esas definiciones genéricas aplican para el MEN.

- b. *Respecto al tema de comercialización minorista, es importante retomar que la misma puede ser tanto mayorista como minorista, ya que la legislación nacional (artículo 5 de la Ley 7593) no hace referencia a qué tipo de comercialización se refiere. Claro está que el artículo 5 del reglamento cuestionado, señala que como requisito para ser agente MEN se debe contar con las respectivas concesiones o autorizaciones, la cual especificaría y*

limitaría el tipo de servicio público que está autorizado a prestar. Así las cosas, considera esta Intendencia innecesario la inclusión de la palabra minorista en el articulado».

- 2.- *De igual forma, manifiesta el recurrente que se opone a la redacción del artículo 8 del Reglamento de Armonización, con relación a la figura del contrato marco, en virtud de que en ésta figura los agentes del MEN pueden contratar la representación de agentes regionales (ICE y sus empresas) para hacer transacciones en el mercado mayorista del MER. Por lo que se debe asignar a los agentes nacionales las responsabilidades del MER que les corresponde, ya que los cargos del MER son reconocidos en las tarifas del ICE que fija el Ente Regulador.*

En igual sentido, considera que no es posible vía reglamento modificar la regulación nacional dada por Ley, siendo el ICE y sus empresas el único agente MER. Sin embargo, también indica que “El ICE considera que sí es necesario identificar a los agentes nacionales para poder asignarles las responsabilidades del MER que les correspondan”.

En cuanto a lo anterior, la Intendencia de Energía en el informe técnico supracitado, indicó:

- a. *«En ningún momento se está modificando la regulación nacional, el artículo 7 del Reglamento de Armonización establece claramente como agentes del MER al ICE y sus empresas, tanto las ya formalizadas como aquellas que se lleguen a formalizar con una participación de 51% del capital accionario ICE.*
- b. *El Contrato Marco que hace referencia el artículo 8 es un contrato bilateral, en el cual una de las partes es el agente regional reconocido por la legislación nacional (ICE y sus empresas); es decir que ante la suscripción del mismo, el agente regional es quien participa en el MER, representando a los agentes nacionales que por legislación no pueden participar de manera directa.*
- c. *Respecto a las responsabilidades se reitera lo ya expresado en la resolución RJD-036-2013 en la respuesta a la posición presentada: “(...) Según la reglamentación regional, las desviaciones de energía son transacciones comerciales, las cuales solo pueden ser asignadas a agentes habilitados en el MER. Según la Ley 9004 en su artículo 3, el único agente habilitado para hacer directamente transacciones comerciales en el MER es el ICE y sus empresas, por lo tanto los otros agentes no podrán ser cargados o abonados por desviaciones. Sin embargo, el presente reglamento abre la posibilidad de que mediante la firma de un contrato marco, el agente MER puede trasladar estos cargos y abonos a agentes MEN. (...)”»*
- 3.- *Manifiesta el ICE, que no existe marco jurídico para que se traslade la actividad de optimización del despacho nacional de generación a los agentes del mercado nacional, utilizando la actividad de comercialización mayorista; que lo procedente es que este instituto continúe realizando de forma centralizada la optimización de la demanda nacional. Sobre el mismo particular, señala que se opone a la elaboración de la Programación Nacional Indicativa, ya que estaría ejecutando una actividad contraria a la Ley, por cuanto en esta programación se determinarían excedentes del ICE para que terceros los comercialicen en el MER, en virtud de ello considera innecesario la programación del artículo 23 del Reglamento de Armonización e inviable los artículos 13 y 14 del Reglamento de Detalle, por lo que solicita eliminarlos. Argumenta también que el*

Ente Regulador no se pronunció sobre el inciso i. Liquidación, compras y ventas al MEN y garantías para transacciones en el MER.

En cuanto a ello, la Intendencia de Energía en el informe técnico citado, señaló:

- a. *«El artículo 23 del Reglamento de Armonización no autoriza a terceros a comercializar los excedentes de la generación nacional, sino que establece la obligatoriedad de publicación por parte del OS/OM de la Programación Nacional Indicativa, esto con el fin promover la transparencia de la información entre los agentes del MEN y agentes del MER.*

Así las cosas, esta Intendencia no considera conveniente la eliminación del artículo 23 y por lo tanto los artículos 13 y 14 del Reglamento de Detalle que hace referencia el recurrente, ya que el fin del primero es la publicación de información para promover la transparencia, en cumplimiento de los principios designados al OS/OM en el artículo 10 del Reglamento de Armonización.

- b. *Por otro lado, se indica que esta Autoridad Reguladora dio respuesta al inciso i. indicado, en la Resolución RJD-006-2014, la cual se observa a folios 260 a 263, del expediente OT-341-2013».*

- 4.- *Continúa argumentando el recurrente, que el modelo de mercado se fundamenta en un compendio de disposiciones-normas legales que modelan la figura de comprador único, así como que señala la Ley 9004 (Segundo Protocolo del Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central) que reserva sólo para el ICE y sus empresas la posibilidad de realizar transacciones en el MER y que la Autoridad Reguladora excedió sus competencias legales, pretendiendo llevar a cabo ciertas modificaciones a través de un reglamento atribuyéndose una potestad de los legisladores, por lo que Aresep carece de competencia para instaurar vía reglamento la creación de un mercado diferente al ya existente por voluntad legislativa, el cual consiste en un mercado de comprador único.*

Sobre lo anterior, la Intendencia de Energía en el informe técnico referenciado, remite a lo señalado en párrafos precedentes, apartado 2.

Con fundamento en el anterior análisis técnico, y en virtud de las gestiones de nulidad interpuestas es preciso indicar que:

En tesis de principio, la validez del acto administrativo se logra verificar normalmente, con el cumplimiento y presencia en forma perfecta de todos los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales o materiales. Estos elementos a que hacemos referencia, tanto la doctrina nacional como la misma LGAP, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales, se encuentran el sujeto, el procedimiento y la forma; y entre los sustanciales resaltan el motivo, contenido y fin.

Así las cosas, las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 de la LGAP. Más específicamente, en lo concerniente a la nulidad absoluta del acto administrativo, establece dicha Ley en sus artículos 166 y 167 respectivamente, que deben de faltarle totalmente al acto administrativo del que se trate, uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente, o bien, que la imperfección impida la realización del fin del acto.

Ahora bien, una vez analizado lo anterior es preciso indicar que los actos administrativos impugnados cumplen con todos los elementos, a saber:

- a) Fueron dictados por el órgano competente, Junta Directiva de la Autoridad Reguladora (artículos 129 y 180 LGAP -Sujeto-).*
- b) Fueron emitidos por escrito como corresponde (artículos 134 y 136 LGAP -Forma-).*
- c) De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la Ley (artículo 129 LGAP-Procedimiento-).*
- d) Los actos contenían un motivo legítimo y existente -emisión de normativa- (artículos 133 LGAP, 12 de la Ley 9004,5, 25 y 53 inciso n) de la Ley 7593 y sus reformas y 108 del Reglamento de Armonización -Motivo-).*
- e) El dictado de los actos se encuentra dispuesto de conformidad con los artículos 131 y 132 LGAP (-Fin y contenido respectivamente-).*

En virtud de todo lo anteriormente desarrollado, no se observa que los actos administrativos recurridos se encuentren viciados de nulidad alguna, tal y como lo alega el recurrente.

VI. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición o revocatoria interpuesto por el ICE contra la resolución RJD-006-2014, resulta inadmisibles por extemporáneo.*
- 2. Desde el punto de vista formal, las gestiones de nulidad absoluta interpuestas por el ICE contra las resoluciones RJD-013-2013 y RJD-006-2014, resultan admisibles.*
- 3. Que los actos administrativos de los cuales se alega nulidad absoluta, cumplen con los elementos exigidos por el Ordenamiento Jurídico, para su validez y eficacia.*

[...] ”

- II.** Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-**Rechazar de plano por inadmisibles, el recurso de reposición o revocatoria interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la resolución RJD-006-2014, por extemporáneo. **2.-**Declarar sin lugar las gestiones de nulidad absoluta interpuestas por el Instituto Costarricense de Electricidad contra las resoluciones RJD-036-2013 y RJD-006-2014, ya que cumplen con los elementos exigidos por el Ordenamiento Jurídico. **3.** Agotar la vía administrativa. **4.-** Notificar a las partes la presente resolución. **5.-**Trasladar el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III.** Que en sesión 55-2014, del 22 de setiembre de 2014, cuya acta fue ratificada el 9 de octubre de 2014; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 640-DGAJR-2014, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

- I. Rechazar de plano por inadmisibile, el recurso de reposición o revocatoria interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad contra la resolución RJD-006-2014, por extemporáneo.
- II. Declarar sin lugar las gestiones de nulidad absoluta interpuestas por el Instituto Costarricense de Electricidad contra las resoluciones RJD-036-2013 y RJD-006-2014, ya que cumplen con los elementos exigidos por el Ordenamiento Jurídico.
- III. Dar por agotada la vía administrativa.
- IV. Notificar a las partes la resolución que ha de dictarse.
- V. Trasladar el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

A partir de las dieciséis horas y cuarenta minutos, se retiran las señoras Karla Montero Víquez y Adriana Arguello Arias.

ARTÍCULO 7. Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por El Ángel S.A., contra la resolución RJD-027-2014. Expediente OT-122-2013.

La Junta Directiva conoce el oficio 678-DGAJR-2014 del 3 de setiembre de 2014, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio respecto al recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por El Ángel S.A. contra la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y la consulta presentada por dicha empresa sobre la aplicación de las resoluciones RJD-152-2011 y RJD-027-2014. Expediente OT-122-2013.

Los señores *Henry Payne Castro* y *Oscar Roig Bustamante* exponen los antecedentes, argumentos del recurrente, conclusiones y recomendaciones del caso.

La señora *Adriana Garrido Quesada* expresa una preocupación en torno a cómo se consideraron las oposiciones presentadas. Consulta si la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, cotejó el contenido y si se consideraron bien dentro del documento.

La señora *Carol Solano Durán* señala que se revisó cuáles fueron la posiciones y las respuestas que dio el Centro de Desarrollo de la Regulación y si se incluyó en la resolución de la Junta Directiva que es el acto recurrido. En otras palabras, agrega que el documento del CDR que, a su vez fue fundamento de la resolución recurrida, se le da respuesta a las inquietudes de esas empresas.

Analizado el asunto, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre la base de su oficio 678-DGAJR-2014, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO

- I. Que el 26 de abril de 2010, la Junta Directiva mediante resolución RJD-004-2010, aprobó la “*Metodología tarifaria según la estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con bagazo de caña para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad y su fórmula de indexación*”. Dicha resolución fue publicada en La Gaceta N° 98 del 21 de mayo de 2010. (Expediente ET-189-2009).
- II. Que el 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva mediante resolución RJD-009-2010, aprobó la “*Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley N° 7200) que firmen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad*”. Dicha resolución fue publicada en La Gaceta N° 109 del 07 de junio de 2010. (Expediente ET-135-2008).
- III. Que el 10 de agosto de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-152-2011 publicada en La Gaceta N° 168 del 1 de setiembre de 2011, y modificada mediante las resoluciones RJD-161-2011, del 26 de octubre de 2011, publicada en La Gaceta N° 230 del 30 de noviembre de 2011, y RJD-013-2012, del 29 de febrero de 2012, publicada en La Gaceta N° 74 del 17 de abril de 2012, aprobó la “*Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas*”.(Expediente OT-029-2011).
- IV. Que el 9 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante resolución RJD-162-2011, aprobó el “*Modelo y estructura de costos de una planta de generación de electricidad con biomasa distinta de bagazo de caña de azúcar y su fórmula de indexación*”. Dicha resolución fue publicada en La Gaceta N° 233 del 5 de diciembre de 2011. (Expediente OT-038-2011).
- V. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante resolución RJD-163-2011, aprobó el “*Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas*”. Dicha resolución fue publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011. (Expediente OT-028-2011).
- VI. Que el 5 de julio de 2013, la Secretaría de Junta Directiva mediante el oficio 473-SJD-2013, comunicó el Acuerdo 02-048-2013 en el cual se dispuso –entre otras cosas-: “*1. Someter a audiencia pública, la propuesta de modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables*”... (Folios 01 y 02).
- VII. Que el 15 de julio del 2013 se publicó en la Gaceta N° 135 y el 16 del mismo año, se publicó en los diarios de circulación nacional La República, La Nación y, la convocatoria a audiencia pública para exponer la propuesta de modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Folios de 70 al 72).
- VIII. Que el 12 de agosto de 2013, se llevó a cabo la audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia en los siguientes lugares: ARESEP, Tribunales de Justicia de Limón

centro, Heredia centro, Ciudad Quesada, Liberia centro, Puntarenas centro, Pérez Zeledón y Cartago centro y en forma presencial en Bribri de Limón. (Folios del 435 al 438).

- IX.** Que el 20 de marzo de 2014, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-027-2014, aprobó la “*Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables*”. Dicha resolución fue publicada en el Alcance N°10 de La Gaceta N°65 del 2 de abril de 2014. (Folios del 514 al 619).
- X.** Que el 7 de abril de 2014, El Ángel S.A. (*en lo sucesivo El Ángel*) interpuso recurso de reposición y gestión de nulidad contra la resolución RJD-027-2014. (Folios del 442 al 454).
- XI.** Que el 8 de abril de 2014, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 199-SJD-2014, remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (en adelante DGAJR), el recurso de reposición interpuesto por El Ángel contra la resolución RJD-027-2014. (Folio 620).
- XII.** Que el 13 de mayo de 2014, El Ángel mediante documento titulado “*Aplicación de las resoluciones RJD-152-2011 y RJD-027-2014*”, solicitó a la Junta Directiva –entre otras cosas- que se aplique la metodología y las tarifas al Proyecto Hidroeléctrico El Ángel según lo establecido en las resoluciones RJD-152-2011 y RJD-027-2014. (Folios del 623 al 630).
- XIII.** Que el 14 de mayo de 2014, la Secretaría de Junta Directiva mediante el memorando 282-SJD-2014, remitió a la DGAJR la solicitud planteada por El Ángel indicada en el punto anterior. (Folio 632).
- XIV.** Que el 1 de agosto de 2014, la Intendencia de Energía mediante el oficio 1002-IE-2014, emitió criterio sobre la consulta presentada por El Ángel referida a la aplicación de las resoluciones RJD-152-2011 y RJD-027-2014. (folios del 1872 al 1880 del OT-29-2011, folios del 935 al 943 del ET-169-2010).
- XV.** Que el 1 de agosto de 2014, el Intendente de Energía mediante el oficio 1003-IE-2014, remitió al Ángel y al ICE el oficio IE-1002-2014 (sic), en el que se indicó: “*del cual se pueden extraer las siguientes conclusiones: (...) 4- Tomando como punto de partida la definición de planta nueva de la RJD-027-2014, es posible interpretar que la energía que se genere con esta nueva central eléctrica, estaría dentro del alcance de la metodología tarifaria de referencia. 5- Ha de entenderse, claro está, que la compraventa de dicha energía podría darse bajo esas condiciones, en el tanto se cumpla con las condiciones y requerimientos legales que al efecto establece el ordenamiento jurídico.* (Folios del 1879 y 1880 del OT-29-2011, folios 935 y 936 del ET-169-2010).
- XVI.** Que el 3 de setiembre de 2014, la DGAJR mediante el oficio 678-DGAJR-2014, respondió el recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por El Ángel S.A. contra la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y la consulta presentada por dicha empresa sobre la aplicación de las resoluciones RJD-152-2011 y RJD-027-2014.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 678-DGAJR-2014 arriba citado, que sirven de sustento al presente acuerdo, se extrae lo siguiente:

“(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

1. NATURALEZA

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

2. TEMPORALIDAD

La resolución impugnada fue publicada el 2 de abril de 2014 (Alcance N° 10 de La Gaceta N° 65) y el recurso fue interpuesto el 7 de abril de 2014 (folio 442).

El último día para impugnar era el 7 de abril de 2014, según el plazo de tres días hábiles para recurrir que otorga el artículo 346 inciso 1 de la LGAP, por lo cual, del análisis comparativo entre la fecha de publicación del acto y la interposición del recurso se concluye que este fue interpuesto dentro del plazo.

3. LEGITIMACIÓN

El recurrente se encuentra legitimado para actuar dentro del expediente ya que es parte en el procedimiento dentro del cual recayó la resolución recurrida, al tenor de lo establecido en los artículos 36 de la Ley 7593 en concordancia con los artículos 275 a 280 de la LGAP.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Domingo Argentini Alfayate, actuó en su condición de vicepresidente, con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, -según consta en la certificación notarial visible a folio 168- por lo cual, está facultado para actuar en nombre de El Ángel.

III. ANÁLISIS POR LA FORMA DE LA GESTIÓN DE NULIDAD

1. NATURALEZA

La empresa recurrente presentó gestión de nulidad absoluta contra la resolución RJD-027-2014, a la cual le resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 158 a 175 de la LGAP.

2. TEMPORALIDAD

La resolución impugnada fue publicada el 2 de abril de 2014 (en el Alcance N°10 de La Gaceta N° 65) y la gestión fue interpuesta el 7 de abril de 2014 (folio 442).

El último día para gestionar es hasta el 7 de abril de 2015, según el plazo de un año para interponer dicha gestión de conformidad con el artículo 175 de la LGAP, por lo cual, del análisis comparativo entre la fecha de publicación del acto y la interposición de la gestión se concluye que esta fue interpuesta dentro del plazo.

3. LEGITIMACIÓN

El recurrente se encuentra legitimado para actuar dentro del expediente ya que es parte en el procedimiento dentro del cual recayó la resolución recurrida, al tenor de lo establecido en los artículos 36 de la Ley 7593 en concordancia con los artículos 275 a 280 de la LGAP.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Domingo Argentini Alfayate, actuó en su condición de vicepresidente, con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma, -según consta en la certificación notarial visible a folio 168- por lo cual, está facultado para actuar en nombre El Ángel.

(...)

V. ANÁLISIS POR EL FONDO

A. En cuanto a los argumentos A, A.1, A.2, A.4 del recurso y la solicitud presentada por El Ángel el 13 de mayo de 2014.

El recurrente argumentó que: la resolución impugnada es nula por rechazar sin justificación alguna la propuesta de definición de planta nueva que planteó en su posición; la propuesta de modificación sometida a audiencia si incluía la definición de “planta nueva”, por lo que los temas abordados en la posición de El Ángel relacionados a dicha definición debieron ser analizados y contestados; la posición de El Ángel se presentó en relación con una de las propuestas sometidas a consulta por Aresep, por lo que está en el alcance del procedimiento y de la metodología y las definiciones de los reglamentos técnicos deben ser claras y dejar lo menos posible a la interpretación en cuanto al concepto de planta nueva.

Además indicó en la solicitud presentada el 13 de mayo de 2014, que el PHEA debe considerarse como “una planta nueva”.

Las posiciones presentadas por El Ángel fueron consideradas por la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación en el oficio 29-CDR-2013 (sic) que fue el fundamento de la resolución recurrida.

Aunado a lo anterior, se le debe indicar al recurrente que de conformidad con el artículo 17, incisos 1 y 2 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF), la Intendencia de Energía mediante el oficio 1003-IE-2014 respondió la consulta presentada por El Ángel -sobre la aplicación de la resolución RJD-152-2011 y RJD-027-2014-, remitiendo al solicitante y al ICE el oficio IE-1002-2014 (sic) y las conclusiones de dicho oficio (ver folios del 935 al 943 del expediente ET-169-2010), las cuales son:

(...)

1. *Para los efectos de la Ley 7200, se define la generación autónoma o paralela como la energía producida por centrales eléctricas de capacidad limitada, las cuales transforman la energía primaria en energía eléctrica, siendo éstas parte de los activos de una empresa generadora.*
 2. *Según la RJD-027-2014, “Se entiende por planta nueva, aquella cuya inversión en capital físico no ha sido utilizada aún en ningún proceso de producción de electricidad. En consecuencia, las plantas nuevas por definición no podrían haber generado energía que fuera vendida en el marco de algún contrato de compraventa de electricidad o para fines de autoconsumo.”*
 3. *En el caso específico del PHEA, después del terremoto, construyeron una nueva central eléctrica en su totalidad.*
 4. ***Tomando como punto de partida la definición de planta nueva de la RJD-027-2014, es posible interpretar que la energía que se genere con esta nueva central eléctrica, estaría dentro del alcance de la metodología tarifaria de referencia.***
 5. *Ha de entenderse, claro está, que la compraventa de dicha energía podría darse bajo esas condiciones, en el tanto se cumpla con las condiciones y requerimientos legales que al efecto establece el ordenamiento jurídico.*
- El resaltado no es del original.*

(...)

Se desprende de lo anterior, que la solicitud planteada por el recurrente el 13 de mayo de 2014, fue atendida mediante el oficio 1003-IE-2014.

Ahora bien, el recurrente alegó en su recurso que la definición de planta nueva contenida en la resolución recurrida, no contempla el caso fortuito y fuerza mayor.

Al respecto, se le indica al recurrente que el artículo 30 de la Ley 7593 dispone:

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

Los prestadores de servicios públicos, las organizaciones de consumidores legalmente constituidas y los entes y órganos públicos con atribución legal para ello, podrán presentar solicitudes de fijación o cambios de tarifas. La Autoridad Reguladora estará obligada a: “ recibir y tramitar esas peticiones, únicamente cuando, al presentarlas, cumplan los requisitos formales que el Reglamento establezca. Esta Autoridad podrá modificar, aprobar o rechazar esas peticiones. De acuerdo con las circunstancias, las fijaciones de tarifas serán de carácter ordinario o extraordinario.

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

De acuerdo con las circunstancias, las fijaciones tarifarias serán de carácter ordinario o extraordinario. Serán de carácter ordinario aquellas que contemplen factores de costo e inversión, de conformidad con lo estipulado en el inciso b) del artículo 3, de esta ley. Los prestadores deberán presentar, por lo menos una vez al año, un estudio ordinario. La Autoridad Reguladora podrá realizar de oficio,

modificaciones ordinarias y deberá otorgarles la respectiva audiencia según lo manda la ley.

Serán fijaciones extraordinarias aquellas que consideren variaciones importantes en el entorno económico, por caso fortuito o fuerza mayor y cuando se cumplan las condiciones de los modelos automáticos de ajuste. La Autoridad Reguladora realizará, de oficio, esas fijaciones.” El resaltado no es del original.

Al respecto, se debe indicar al recurrente que la resolución recurrida modificó parcialmente las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables, por lo que no resultaba procedente incluir en la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas” supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; dado que estos resultarían aplicables en una fijación extraordinaria, tal y como lo indica el artículo 30 citado.

En virtud de lo anterior, no lleva razón el recurrente en su argumento.

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 defecto de algún requisito o, que el acto impugnado sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendiéndose como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o, bien cuya omisión causare indefensión y no es el caso bajo examen.

En cuanto a la validez de la resolución impugnada, se le debe comunicar a la gestionante, que de conformidad con el artículo 158 de la LGAP, la resolución cumple con todos los elementos para su validez. Lo anterior se verifica con el cumplimiento y presencia, en forma perfecta, de 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 fin.

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

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

Así las cosas, y con fundamento en lo anterior, al no presentarse vicio alguno en los elementos del acto administrativo, que implique su nulidad y en lo que se refiere a los aspectos meramente procedimentales, no se observan vicios o defectos (errores) que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso, de conformidad con el artículo 223 de la LGAP, según el cual:

“1. Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento.

2. Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión”.

Así, en cuanto a la gestión de nulidad interpuesta, El Ángel no lleva razón en lo que argumenta, ya que la resolución que impugna, no es un acto administrativo absolutamente nulo, porque contiene todos los elementos (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP, ya que:

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

Así las cosas, no deviene en nula la resolución RJD-027-2014, pues los elementos constitutivos del acto están presentes y en consecuencia, no hay base jurídica para concluir que sea absolutamente nula.

Por lo anterior, no lleva razón el recurrente en cuanto a los argumentos A, A.1, A.2 y A.4.

A.3. La resolución impugnada de la Aresep no analizó las posiciones presentadas por otras organizaciones en la audiencia pública.

El recurrente alegó que la ARESEP no analizó las posiciones presentadas en la audiencia pública por ACOPE e Hidroeléctrica Platanar en cuanto al concepto de planta nueva.

Las posiciones presentadas por ACOPE e Hidroeléctrica Platanar fueron consideradas por la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación en el oficio 29-CDR-2013 (sic), el cual sirvió de fundamento para el dictado de la resolución recurrida (folios 600 y 553, respectivamente), por lo que no lleva razón el recurrente en su argumento.

A.5 Daños que se le están causando a El Ángel.

A.5.1 La Aresep ha dejado de aplicar los principios establecidos en el artículo 31 de la Ley 7593, lo que ha llevado a un desequilibrio financiero a El Ángel.

El recurrente argumentó que desde el 25 de enero de 2012 le solicitó a la ARESEP que se le aplicara la metodología para plantas hidroeléctricas nuevas establecida en la resolución RJD-152-2011, sin embargo, dicha solicitud no ha sido resuelta, es por ello que al no reconocérsele como una planta nueva, opera con una tarifa ruinosa y no se le garantiza el equilibrio financiero, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 7593.

Al respecto, cabe aclararle al recurrente que en la justificación de la resolución recurrida se indica: “Durante el proceso de análisis de los cambios a realizar para cumplir con el acuerdo 04-39-2012, se identificaron varias situaciones asociadas con variables presentes en algunas de las metodologías de plantas privadas de generación

eléctrica, cuyas definiciones se considera conveniente modificar para estandarizar en todas las metodologías de generación privada, o bien, mejorarlas”, por lo que mediante el acto impugnado no procedía darle respuesta a sus pretensiones particulares respecto a la aplicación de dicha metodología a su caso particular.

Adicionalmente, en cuanto al daño alegado por el recurrente, cabe indicar que el artículo 196 de la LGAP es claro en indicar que: el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo, así las cosas, se observa que El Ángel no demuestra si el supuesto daño alegado se debe efectivamente al accionar de la ARESEP.

Reiterando el artículo supracitado, se tiene que el daño alegado, este debe ser efectivo, evaluable e individualizable. Asimismo, en aplicación supletoria y como complemento de la norma supra citada, el artículo 1045 del Código Civil señala que: Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

Sin embargo, no cabría responsabilidad si no se ha demostrado por parte del recurrente el nexo de causalidad entre la acción u omisión de la ARESEP y el posible daño causado. En este sentido, la sentencia N.º 252-F-01, de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, indicó:

[...] El nexo causal como presupuesto de responsabilidad. La diversa tipología de las causas. Establecida en este caso, la anormalidad e ilicitud del comportamiento omisivo, resta por establecer si esa patológica inacción administrativa fue o no causa de la lesión reclamada, y en concreto, del fallecimiento de don Carlos Picado González, pues para la estimación de la demanda resulta imprescindible comprobar la existencia del nexo causal, en su tradicional noción de causa-efecto. Al respecto cabe recordar que en la producción del daño, suelen concurrir con frecuencia múltiples factores, dentro de los cuales es preciso determinar aquellos que directa o indirectamente son causa eficiente y adecuada del mal causado (sobre la causa próxima, adecuada y eficiente, puede consultarse la sentencia ya citada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. N.º 252-F-01, de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001). En esa confluencia de elementos fácticos o jurídicos que rodean la situación dañosa, habrá necesidad de establecer la acción u omisión apta que provocó la consecuencia; desplazando aquéllas que no han tenido ninguna influencia en el resultado (causas extrañas), de las que, de no haber tenido lugar, hubiesen evitado el menoscabo. Se trata de una especie de análisis objetivo, a través de la cual se pueda afirmar que con tal acción u omisión es lógico o probable que se produzca el daño específico. [...]

El recurrente argumentó que el hecho de no habersele reconocido como planta nueva le afectó su equilibrio financiero, sin embargo, no se desprende el nexo causal entre la afectación al equilibrio financiero alegada y el accionar de ARESEP al emitir la resolución RJD-027-2014, ni se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 196 de la LGAP.

Con fundamento en lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón el recurrente en cuanto a este argumento.

Adicionalmente, se le indica al recurrente que el 1 de agosto de 2014 la Intendencia de Energía (en adelante IE) mediante el oficio IE-1002-2014 emitió criterio sobre la consulta interpuesta por El Ángel, sobre la aplicación de las resoluciones RJD-152-2011 y RJD-027-2014, indicando:

(...)

“5. Criterio de la IE

Es importante empezar con que la Ley 7200 regula la generación de centrales eléctricas de limitada capacidad para la venta al ICE.

Lo anterior es importante toda vez que las centrales eléctricas se definen como los centros de producción de electricidad. La energía eléctrica proviene de la transformación de otros tipos de energía, tales como energía química en las baterías, energía radiante en los paneles fotovoltaicos y energía cinética en los procesos de producción que utilizan motores o turbinas primarias para aprovechar el potencial disponible de recursos naturales. En el caso de las centrales eléctricas que representan los centros de producción de energía eléctrica de los sistemas de potencia, en la mayoría de los casos, la entrada al Sistema de Potencia Eléctrico se hace a través de la energía mecánica transferida al eje de máquina primaria en forma de energía cinética. A partir de esta entrada, cada generador síncrono de la central se encarga de convertir esta energía cinética en energía electromagnética.

Como se observa de la definición, las centrales eléctricas son los aparatos que transforman la energía primaria en energía eléctrica. Siendo esos aparatos parte de los activos de una empresa generadora.

En concordancia con lo anterior, se debe considerar que el único activo que no era nuevo en el Proyecto Hidroeléctrico El Ángel es el terreno, el cual fue reconocido mediante tarifas del contrato compra-venta de energía firmado el 23 de diciembre de 1992 con el ICE. Sin embargo la definición de planta nueva, según la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014, no se refiere al terreno.

La definición de planta nueva que brinda esta resolución, se puede analizar paso a paso:

“Se entiende por planta nueva, aquella cuya inversión en capital físico no ha sido utilizada aún en ningún proceso de producción de electricidad.” En el momento en que se construye de nuevo la planta o la central eléctrica y se tiene un nuevo generador, se está cumpliendo con esta afirmación, ya que este nuevo capital físico no ha sido utilizado en ningún otro proceso de producción.

“... las plantas nuevas por definición no podrían haber generado energía que fuera vendida en el marco de algún contrato de compraventa de electricidad o para fines de autoconsumo.” Al ser el PHEA un proyecto completamente nuevo, no ha generado energía que fuera vendida en ningún otro contrato, dado que la electricidad que se habría podido vender al ICE antes del incidente, corresponde a energía proveniente de otra central, la cual quedó destruida tras el terremoto de

Cinchona. Tampoco se ha utilizado la energía generada para fines de autoconsumo.”

(...)

Finalmente, la IE mediante el oficio 1003-IE-2014 respondió la consulta presentada por El Ángel remitiendo a este y al ICE el oficio IE-1002-2014 (sic), dicho oficio fue notificado el 1 de agosto de 2014. (Folios 942 y 943 del expediente ET-169-2010, folios 1877 y 1878 del expediente OT-29-2011).

B. Ilegalidad de la Aresep al no incorporar criterios ambientales en la metodologías de fijación tarifaria.

En referencia al argumento presentado por el recurrente, citamos lo indicado en la resolución RJD-152-2011 “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”:

“El costo ambiental estaría incorporado en el precio determinado por la fórmula general, pasando a formar parte integral del precio final. La aprobación del mecanismo y metodología correspondiente al componente ambiental, así como su respectivo monto, deberá ser tramitada por los procedimientos establecidos en el marco legal vigente (convocatoria y realización de audiencia pública).”

Según lo señalado en el párrafo anterior, para la inclusión del factor ambiental es necesario formular una metodología concreta y justificada, que deberá someterse al trámite previsto en el artículo 36 de la Ley 7593, de manera que se respete el principio de participación ciudadana en la toma de decisiones del Ente Regulador (audiencia pública).

Por lo tanto, hasta que no se establezca esta metodología, no podría incorporarse el factor ambiental en una fijación tarifaria, en concordancia con la resolución RJD-152-2011 modificada por las resoluciones: RJD-161-2011, RJD-013-2012 y RJD-027-2014. De conformidad con lo anterior, no lleva razón el recurrente en cuanto a este argumento.

C. La información para establecer los valores del Beta Desapalancado es muy amplia, lo que causa inseguridad jurídica.

Al respecto, cabe indicarle al recurrente que mediante la resolución RJD-152-2011 en cuanto al Beta Desapalancado se estableció lo siguiente:

“El valor de la beta desapalancada (β_d) se obtendrá de la información publicada por el Dr. Aswath Damodaran, profesor de la Universidad de Nueva York (EUA), en la dirección de internet citada en el punto anterior. Se utilizará el promedio aritmético de los valores disponibles dentro de los últimos doce meses para los que se cuente información, en el momento en que se calcule la fijación tarifaria. Si esta fuente dejara de estar disponible, se recurrirá a otra que sea pública y confiable.”

La resolución RJD-027-2014 en cuanto al mismo tema estableció:

(...)

“Los valores de esta variable y el Beta desapalancado se obtendrán de la información publicada por el Dr. Aswath Damodaran, en la dirección de Internet <http://www.stern.nyu.edu/~adamodar> o, alternativamente, del “Ibbotson® Cost of Capital Yearbook”. Si alguna de estas fuentes dejara de estar disponible, se recurrirá a otra que sea pública y confiable.

3. La fuente de información elegida para las variables descritas en los puntos 1 y 2, será utilizada de manera consistente, en cuanto a extensión de la serie histórica (5 años), la frecuencia de las observaciones (una observación por año, correspondiente al promedio publicado) y el cálculo del promedio (promedio aritmético de las 5 observaciones correspondientes a los 5 años más recientes para los que se disponga de información). En el caso de que, para alguna(s) de las variables citadas, no sea posible para ARESEP contar con una serie histórica reciente que complete 5 observaciones anuales, se utilizará la serie histórica menor a 5 años pero que sea igual para todas las variables...”

(...)

Por otra parte, en la respuesta a la posición presentada por El Ángel en la audiencia pública, en cuanto a la “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, se indicó:

(...)

Respuesta

La presente propuesta metodológica sigue los criterios que la teoría establece en términos del enfoque regulatorio por tasa de retorno y, particularmente, en lo que al cálculo del CAPM se refiere. Los datos que se emplean son utilizados y tomados directamente de Damodaran como fuente de información, sin modificar tales valores. Los promedios estimados para las variables que entran en el cálculo del CAPM pretenden considerar una tasa de retorno que de corto plazo congruente con la información anual presentada en el caso particular de Damodaran.

Es necesario y pertinente que la propuesta metodológica considere que, la selección de la fuente de información financiera a utilizar para el cálculo del CAPM y las variables que lo componen (Prima por riesgo (PR), Riesgo país (RP) y Beta desapalancada (bd)) se podrá obtener de la información publicada ya sea por el Dr. Aswath Damodaran o, alternativamente, del “Ibbotson® Cost of Capital Yearbook”. Dejando abierta la posibilidad de que si alguna de estas fuentes dejara de estar disponible, se recurrirá a otra que sea pública y confiable. Esto permite emplear la fuente de información financiera que refleje más adecuadamente el sector que se tarifa.

Lo anterior, siempre y cuando se justifique y argumente la razón técnica para ello. En cada fijación, es deber de la ARESEP presentar la justificación técnica sobre la selección de la fuente de información a utilizar, de conformidad con la Ley General de Administración Pública, y el valor del índice a emplear para que sea de conocimiento de todos los actores involucrados.

Si bien el Ibbotson, así como otras fuentes de información rigurosa y fiable que desarrollan y presentan información requerida para el cálculo del CAPM son de pago, la ARESEP pondrá disposición la información que se utilice en cada fijación tarifaria para que sea de conocimiento público. Tal y cómo se presenta en la metodología en el caso de emplear el Ibbotson se indica que será el valor puntual para el CAPM.

(...) El resaltado no es del original.

En conclusión, la resolución RJD-027-2014 indicó la fuente de información a utilizar para la determinación del valor del beta desapalancado, a su vez dejó abierta la posibilidad de emplear otra fuente de información en el tanto fuera pública y confiable tal y como se dispuso en su oportunidad en la resolución RJD-152-2011.

Adicionalmente, en la respuesta a la posición sobre este apartado, se le indicó al recurrente que la utilización de la fuente de información mencionada, deberá estar justificada técnicamente por la ARESEP y que la misma deberá estar disponible en cada fijación tarifaria para que sea de conocimiento público.

Por lo anterior, no lleva razón el recurrente.

VI. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición presentado por El Ángel, contra la resolución RJD-027-2014, resulta admisible puesto que fue presentado en tiempo y forma.*
- 2. Desde el punto de vista formal, la gestión de nulidad presentada por El Ángel, contra la resolución RJD-027-2014, resulta admisible puesto que fue presentada en tiempo y forma.*
- 3. De conformidad con el artículo 17 incisos 1 y 2 del RIOF, la Intendencia de Energía mediante el oficio 1003-IE-2014 respondió la consulta presentada por El Ángel - sobre la aplicación de la resolución RJD-152-2011 y RJD-027-2014-.*
- 4. No resultaba procedente incluir en la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas” supuestos de caso fortuito o fuerza mayor; dado que estos resultarían aplicables en una fijación extraordinaria, tal y como lo indica el artículo 30 de la Ley 7593.*
- 5. La resolución recurrida no es un acto administrativo absolutamente nulo, porque contiene todos los elementos (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP.*
- 6. Las posiciones presentadas por ACOPE e Hidroeléctrica Platanar fueron consideradas por la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación en el oficio 29-CDR-2013 (sic), el cual sirvió de fundamento para el dictado de la resolución recurrida.*

7. *Sobre el argumento del daño, no se desprende el nexo causal entre la afectación al equilibrio financiero alegado por el recurrente y el accionar de ARESEP al emitir la resolución RJD-027-2014, ni se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 196 de la LGAP.*
8. *Para la incorporación del factor ambiental en las tarifas, es necesario formular una metodología concreta, que deberá someterse al trámite previsto en el artículo 36 de la Ley 7593.*
9. *La resolución RJD-027-2014 indicó la fuente de información a utilizar para la determinación del valor del beta desapalancado, a su vez dejó abierta la posibilidad de emplear otra fuente de información en el tanto fuera pública y confiable tal y como se dispuso en su oportunidad en la resolución RJD-152-2011.*
10. *La información del beta deberá estar justificada técnicamente por la ARESEP y disponible en cada fijación tarifaria para que sea de conocimiento público.*

(...)”.

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos anteriores, lo procedente es: **1-** Declarar sin lugar, el recurso de reposición interpuesto por la empresa El Ángel S.A. contra la resolución RJD-027-2014 de 20 de marzo de 2014. **2-** Declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por El Ángel S.A. contra la resolución RJD-027-2014 de 20 de marzo de 2014. **3-** Indicarle a El Ángel S.A. que la Intendencia de Energía mediante los oficios 1002-IE-2014 y 1003-IE-2014, dio respuesta a su consulta sobre la aplicación de las resoluciones RJD-152-2011 y RJD-027-2014 presentada el 13 de mayo de 2014. **4-** Agotar la vía administrativa. **5-** Notificar a las partes el presente acuerdo. **6-** Devolver el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda.
- III. Que en la sesión 55-2014, del 22 de setiembre de 2014, cuya acta fue ratificada el 9 de octubre de 2014; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 678-DGAJR-2014 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y 1002-IE-2014 y 1003-IE-2014 de la Intendencia de Energía, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:
LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA
DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

RESUELVE:

ACUERDO 06-55-2014

- I. Declarar sin lugar, el recurso de reposición interpuesto por El Ángel S.A. contra la resolución RJD-027-2014 de 20 de marzo de 2014.
- II. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por El Ángel S.A. contra la resolución RJD-027-2014 de 20 de marzo de 2014.

- III. Indicarle a El Ángel S.A. que la Intendencia de Energía mediante los oficios 1002-IE-2014 y 1003-IE-2014, dio respuesta a su consulta sobre la aplicación de las resoluciones RJD-152-2011 y RJD-027-2014 presentada el 13 de mayo de 2014.
- IV. Agotar la vía administrativa.
- V. Notificar a las partes el presente acuerdo.
- VI. Devolver el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda.

NOTIFIQUESE.**ARTÍCULO 8. Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Gilberth Fernández Solís, contra la resolución 008-RIT-2013. Expediente ET-207-2012.**

La Junta Directiva conoce el oficio 664-DGAJR-2014 del 29 de agosto de 2014, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio sobre el Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Gilberth Fernández Solís, contra la resolución 008-RIT-2013 del 22 de enero de 2013. Expediente ET-207-2012.

El señor *Edwin Espinoza Mekbel y Adriana Martínez Palma* explican los antecedentes, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el asunto, según lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre la base del oficio 664-DGAJR-2014, el señor *Dennis Meléndez Howell* somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 07-55-2014

1. Declarar sin lugar el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por Gilberth Fernández Solís, contra la resolución 008-RIT-2013.
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Notificar al recurrente la presente resolución.
4. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.
5. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO

- I. Que el 28 de noviembre de 2012, el señor Gilberth Fernández Solís, por medio de su apoderado especial, señor Marlon Rodríguez Acevedo, presentó ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos una “*Solicitud de fijación de tarifas para las rutas 137 y 185 descrita como: San Isidro del General, Los Chiles-Quizarrá-Santa Elena y San isidro-Miraflores y viceversa*”. (Folios 1 al 55).

- II.** Que el 4 de diciembre de 2012, la Intendencia de Transporte (en lo sucesivo IT), mediante el oficio 0108-IT-2012, solicitó al recurrente información indispensable para dar admisibilidad a su solicitud tarifaria, otorgándole un plazo de 10 días hábiles. (Folios 56 al 58).
- III.** Que el 20 de diciembre de 2012, el apoderado especial de Gilberth Fernández Solís presentó ante la IT, una solicitud de ampliación de plazo para cumplir con lo indicado en el oficio 0108-IT-2012, indicando: *«Para efectos de aportar los acuerdos vigentes, y en vista de que las entidades correspondientes no las emitieron dentro del plazo otorgado por la ARESEP, se solicita con base en el artículo 258 de la Ley General de la Administración Pública, la ampliación del plazo para cumplir con lo solicitado. Asimismo, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 2º de la Ley N°8220 “Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos”, esta empresa da consentimiento para que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes otorgue la información requerida por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, para efectos de la gestión tarifaria presentada».* (Folio 59).
- IV.** Que el 22 de enero de 2013, la IT, mediante la resolución 008-RIT-2013, resolvió entre otras cosas: *«Rechazar ad portas la solicitud de fijación de tarifas presentada por el señor Gilberth Fernández Solís; para las rutas 137, descrita como: San Isidro de El General- Los Chiles-Quizarrá y 185, descrita como: San Isidro-Miraflores y viceversa y archivar la gestión.* (Folios 106 al 114).
- V.** Que el 24 de enero de 2013, el apoderado especial de Gilberth Fernández Solís remitió información para resolver estudio tarifario, en respuesta al oficio 0108-IT-2012. (Folios 60 al 96).
- VI.** Que el 8 febrero de 2013, el apoderado especial de Gilberth Fernández Solís interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y nulidad concomitante contra la resolución 008-RIT-2013. (Folios 103 al 105).
- VII.** Que el 13 de mayo de 2014, la IT, mediante la resolución 043-RIT-2014, resolvió entre otras cosas: *«Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Marlon Rodríguez Acevedo en su condición de apoderado especial del señor Gilberth Fernández Solís, portador de la cédula de identidad número 1-0599-0938, permisionario de las rutas 137 y 185, en contra de la resolución 008-RIT-2013 dictada a las 14:20 horas del 22 de enero de 2013 por el Intendente de Transporte por considerar que la misma se encuentra ajustada a derecho por lo que se mantiene firme la misma».* Asimismo emplazó a las partes ante la Junta Directiva. (Folios 116 al 126).
- VIII.** Que el 23 de mayo de 2014, la IT, mediante el oficio 0439-IT-2014, rindió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP sobre el recurso de apelación presentado por el apoderado especial de Gilberth Fernández Solís contra la resolución 008-RIT-2013. (Folios 133 al 134).
- IX.** Que el 27 de mayo de 2014, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 310-SJD-2014, remitió las gestiones planteadas por el apoderado especial de Gilberth Fernández Solís contra la resolución 008-RIT-2013, para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. (Folio 135).

- X. Que el 29 de agosto de 2014, mediante el oficio 664-DGAJR-2014, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió el criterio sobre el recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Gilberth Fernández Solís contra la resolución 008-RIT-2013.
- XI. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 664-DGAJR-2014 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. NATURALEZA DEL RECURSO Y LA GESTIÓN DE NULIDAD

El recurso interpuesto contra la resolución 008-RIT-2013, es el ordinario de apelación, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

Además el recurrente interpuso gestión de nulidad, a la cual le resulta aplicable lo establecido en los numerales 158 al 179 de la LGAP.

2. TEMPORALIDAD DEL RECURSO Y LA GESTIÓN DE NULIDAD

La resolución recurrida fue notificada al recurrente el 5 de febrero del 2013 (folio 112) y la impugnación fue planteada el 8 de febrero del 2013 (folio 103).

Conforme el artículo 346.1 de la LGAP, el recurso de apelación debe interponerse en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 8 de febrero de 2013. Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y 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 otorgado por Ley.

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta, es preciso indicar que ésta fue presentada de manera conjunta con el recurso que nos ocupa, en fecha 8 de febrero de 2013, y considerando que la resolución 008-RIT-2013 le fue notificada al recurrente el 5 de febrero de 2013, de conformidad con lo que dispone el numeral 175 de la LGAP en cuanto a que el plazo para solicitar la nulidad de un acto administrativo es de un año, debe concluirse que la gestión de nulidad se presentó en tiempo.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que el señor Gilberth Fernández Solís está legitimado para actuar -en la forma en lo que ha hecho- ya que es parte en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida; de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la LGAP.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Marlon Rodríguez Acevedo, actúa en calidad de apoderado especial del señor Gilberth Fernández Solís, según consta en la certificación notarial visible a folios 7 y 8 del expediente administrativo, por lo cual está facultado para actuar en su nombre.

[...]

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

De los argumentos planteados por el recurrente, mediante los cuales fundamenta su inconformidad por el rechazo a su gestión tarifaria, es preciso indicar:

Que efectivamente tal y como se señala -argumento 1- el 28 de noviembre del 2012, el señor Gilberth Fernández Solís mediante su apoderado especial señor Marlon Rodríguez Acevedo, solicitó ante este Ente Regulador un ajuste tarifario para las rutas 137 y 185. La IT al analizar la solicitud referenciada, mediante el oficio 0108-IT-2012 le requirió aportar de conformidad con lo establecido en la resolución RRG-6570-2007 (requisitos para la admisibilidad de una solicitud tarifaria), la siguiente información faltante:

« 1. Solicitud de explicación sobre morosidad con el pago de las obligaciones con la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), según declaración jurada rendida ante notario público, señala de estar al día con el pago de las cargas sociales con la CCSS; pero al consultar vía web al sistema Centralizado de Recaudación, el día 3 de diciembre de 2012, señala que el señor Gilberth Fernández Solís se encuentra en estado moroso. 2. Deberá estar jurídica y técnicamente sustentada en los modelos de fijación de precios vigentes al momento de la solicitud. Comprende corrida del modelo o procedimiento de fijación vigente, incluyendo un medio digital de uso común (Word, excel, etc.) con el detalle de las fuentes de información y de los cálculos efectuados (...). 3. Indicación de los acuerdos vigentes otorgados por el ente público competente en la materia, que detallen el acto administrativo, los horarios y distancias autorizadas para prestar el servicio público. Preferiblemente aportar copia del documento certificado por la Secretaría del Consejo de Transporte Público o notario público que indique que es el acuerdo vigente. 4. Indicación de los acuerdos vigentes otorgados por el ente público competente en la materia, que detallen los horarios para prestar el servicio público. Preferiblemente aportar copia del documento certificado por la Secretaría del Consejo de Transporte Público o notario público que indique que es el acuerdo vigente. 5. Estados financieros auditados o certificados, para el periodo fiscal 2010-2011.»

Además, de igual forma se le previno en el mismo oficio:

«1. (...) Estar al día con el informe de quejas y el informe del pago del canon. 2. De existir unidades con año modelo alterados, con respecto a lo que consta en el Registro Público, se tomará el modelo que indica el Registro. 3. De existir unidades con RTV vencido o desfavorable a la fecha de la audiencia, serán excluidas del estudio. 4. En el caso de que la solicitud planteada y la pretensión no se ajusten a los cálculos presentados en el desarrollo de la propuesta, se

podrán considerar esas inconsistencias o incongruencias como una falta de fundamentación. 5. De existir otros ingresos, presentar el detalle e incluir si es el caso, la flota, indicando el número de placa (...). 6. Certificación del detalle de los corredores comunes vigentes, emitido por el ente público competente, o por notario público. Preferiblemente aportar copia del documento certificado por la Secretaría del Consejo de Transporte Público o notario público que indique que es el acuerdo vigente. 7. Croquis detallado de todos los trayectos recorridos en la ruta, con indicación de los corredores comunes. 8. Las unidades autorizadas deben estar inscritas a nombre de Gilberth Fernández Solís o en su defecto, contar con la autorización del Consejo de Transporte Público para su arrendamiento y aportar los respectivos contratos autenticados (...). 9. Para considerar en el análisis una solicitud de fijación tarifaria por corredor común, sea por acción directa del petente o del propio operador de la ruta del corredor, tiene que haber sido publicada para audiencia, cumplir con el criterio de ruta corta según acuerdo de Junta Directiva de esta Autoridad Reguladora N°025-061-98 y cumplir con los requisitos de admisibilidad y específicos que se soliciten en cada caso.»

En el oficio en referencia, de conformidad con lo que estipula el numeral 287 de la LGAP, la IT le otorgó al señor Gilberth Fernández Solís un plazo de 10 días hábiles para completar la información solicitada. En este sentido, consta a folio 56 del expediente administrativo sello de recibido de «Rodríguez Asesores Asociados» en fecha 6 de diciembre de 2012, en razón de lo cual el plazo para aportar lo requerido vencía el 20 de diciembre del 2012.

Es en esa misma fecha, que el recurrente solicita una ampliación del plazo para presentar lo prevenido, indicando:

«Para efectos de aportar los acuerdos vigentes, y en vista de que las entidades correspondientes no las emitieron dentro del plazo otorgado por la ARESEP, se solicita con base en el artículo 258 de la Ley General de la Administración Pública, la ampliación del plazo para cumplir con lo solicitado. Asimismo, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 2º de la Ley N°8220 “Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos”, esta empresa da consentimiento para que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes otorgue la información requerida por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, para efectos de la gestión tarifaria presentada». El resaltado no pertenece al original.

De la anterior transcripción, es claro que la solicitud de ampliación de plazo se efectuó en razón de que el recurrente aún no contaba con los acuerdos vigentes certificados por el Consejo de Transporte Público. Sin embargo, no consta en el expediente administrativo a esa fecha -20 de diciembre del 2012- que se hayan aportado los demás requerimientos prevenidos por parte de la IT, mediante el oficio 0108-IT-2012, ni que se haya hecho referencia a éstos en la solicitud ya indicada.

*Es hasta el 24 de enero del 2013 (fuera del plazo otorgado, que vencía el 20 de diciembre de 2012), que consta en autos documentación remitida por el recurrente en atención al oficio 0108-IT-2012 para resolver la gestión tarifaria; en este sentido no es cierto como lo señala el recurrente **-argumento 2-** que a esa fecha aún no se le había*

resuelto su solicitud de ampliación de plazo, en virtud de que a la misma se le dio respuesta en la resolución aquí recurrida -008-RIT-2013- la cual fue dictada el 22 de enero de 2013.

Ahora bien, en cuanto a esa solicitud de ampliación de plazo, estipula en artículo 258 de la LGAP:

«1. Los plazos de esta Ley y de su reglamentos son improrrogables, sin embargo, los que otorgue la autoridad directora de conformidad con la misma, podrán ser prorrogados por ella hasta en una mitad más si la parte interesada demuestra los motivos que lo aconsejen como conveniente o necesario, si no ha mediado culpa suya y si no hay lesión de intereses o derechos de la contraparte o de tercero. 2. La solicitud de prórroga deberá hacerse antes del vencimiento del plazo, con expresión de los motivos y de prueba si fuere del caso (...)»

Con fundamento en el anterior numeral, es imperativo para el solicitante de una ampliación o prórroga de un plazo en sede administrativa, demostrar los motivos que hacen conveniente o necesario acoger lo solicitado y aportar prueba de ello, requerimientos que no se acreditan en la solicitud visible a folio 59, la cual como ya se indicó es únicamente referida a acuerdos vigentes certificados por el Consejo de Transporte Público, siendo omisa con el resto de documentación prevenida. Es necesario señalar como se desprende de la normativa citada, que la autoridad de que se trate tiene la facultad -previo análisis del cumplimiento de los requerido- de otorgar o no la prórroga solicitada.

En cuanto a los -argumentos 3 y 4-, donde indica el recurrente que supone que la resolución recurrida fue dictada sin percatarse que había pendiente de resolver una solicitud de ampliación de plazo, y que por ello considera que hay una falta o defecto en el acto administrativo que constituye un vicio en éste, por lo que debe decretarse su nulidad, se debe señalar lo siguiente:

Consta del folio 106 al 114 del expediente administrativo, la resolución 008-RIT-2013, donde la IT en los «Resultandos IV y VI» y el «Considerando I» hace referencia a la solicitud de ampliación de plazo y procede a resolverla, en el siguiente sentido:

«Resultando IV. Que el oficio 0108-IT-2012/118239, le fue notificado el 6 de diciembre de 2012 y el 20 de diciembre de 2012, el señor Marlon Rodríguez Acevedo, apoderado especial de Gilberth Fernández Solís, indicó que para efectos de aportar los acuerdos vigentes y en vista de que las entidades correspondientes no las emitieron dentro del plazo otorgado por la ARESEP, se solicita con base en el artículo 258 de la Ley General de la Administración Pública, la ampliación del plazo para cumplir con lo solicitado. Asimismo, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N°8220 “Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos”, señala que dan consentimiento para que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes otorgue la información requerida por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, para efectos de la gestión tarifaria presentada. VI. Que el 21 de diciembre de 2012, cumplido el plazo brindado para remitir la información faltante, el señor Gilberth Fernández Solís, operador de las rutas en análisis no presentó la información requerida.

Considerando I. Que del oficio 0051-IT-2013/1311 del 14 de enero de 2013, que sirve de base para la presente resolución, conviene extraer lo siguiente: "(...) Al analizar la solicitud de ampliación del plazo, para presentar la información atinente a los acuerdos que detallen el acto administrativo, los horarios y las distancias autorizadas para prestar el servicio público, otorgado por el ente público competente en la materia, solicitada mediante oficio 0108-IT-2012/118239, se informa, que de conformidad con lo estipulado en el artículo 258 de la Ley General de la Administración Pública, y considerando que en su nota fechada y recibida 20 de diciembre (folio 59), no se indica razón alguna que demuestre la pertinencia, conveniencia o necesidad de dicha prórroga, ni tampoco se incluyen documentos probatorios para tal efecto; no es posible acceder su solicitud, adicionalmente a lo indiciado, debido a que existe documentación solicitada que no depende su entrega del Consejo de Transporte Público, ejemplo de ello es la explicación sobre la morosidad con el pago de las obligaciones con la Caja Costarricense del Seguro Social, ya que según la declaración jurada (folios 7-8) estar al día pero en el Sistema Centralizado de Recaudación señalada encontrarse moroso, el aporte de la copia digital de la corrida del modelo tarifario y los Estados Financieros auditados o certificados para el periodo fiscal 2010-2011, cuyo cumplimiento debía haberse realizado como límite día 21 de diciembre y no fueron aportados, razón por la cual no está cumpliendo con requisitos indispensables para la admisibilidad de toda petición tarifaria, según se establece mediante la resolución RRG-6570-2007 publicada en la Gaceta N°108 del 6 de junio de 2007. Se recomienda rechazar ad portas la solicitud presentada para las rutas 137 y 185 (...) y archivar la petición ya que no cumple con los requisitos indicados.»

En razón de lo anterior se observa, que la solicitud de ampliación de plazo -a diferencia de lo que alega el recurrente- fue resuelta por parte de la IT, y que la decisión de rechazar ad portas la gestión no radicó o giró en torno a la información del CTP sobre la cual se solicitó ampliación del plazo para aportarla, sino que hubo información requerida que no dependía de una respuesta del CTP que no fue suministrada en el plazo requerido.

En virtud de todo lo anteriormente desarrollado, no son de recibo los argumentos esgrimidos por el recurrente, por lo cual no lleva razón en su recurso.

V. EN CUANTO A LA GESTIÓN DE NULIDAD

Con fundamento en el anterior análisis, y en virtud de la gestión de nulidad interpuesta es preciso indicar que:

En tesis de principio, la validez del acto administrativo se logra verificar normalmente, con el cumplimiento y presencia en forma perfecta de todos los elementos que lo constituyen, tanto formales como sustanciales o materiales. Estos elementos a que hacemos referencia, tanto la doctrina nacional como la misma LGAP, los distingue entre formales y sustanciales. Entre los elementos formales, se encuentran el sujeto, el procedimiento y la forma; y entre los sustanciales resaltan el motivo, contenido y fin. Así las cosas, las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 de la LGAP. Más específicamente, en lo concerniente a la nulidad absoluta

del acto administrativo, establece dicha Ley en sus artículos 166 y 167 respectivamente, que deben de faltarle totalmente al acto administrativo del que se trate, uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente, o bien, que la imperfección impida la realización del fin del acto.

Ahora bien, una vez analizado lo anterior es preciso indicar que el acto administrativo impugnado cumple con todos los elementos, a saber:

- a) Fue dictado por el órgano competente, Intendente de Transporte (artículos 129 y 180 LGAP -Sujeto-).*
- b) Fue emitido por escrito como corresponde (artículos 134 y 136 LGAP -Forma-).*
- c) De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la Ley (artículo 129 LGAP-Procedimiento-).*
- d) El acto contenían un motivo legítimo y existente (artículos 133 LGAP-Motivo-).*
- e) El dictado del acto se encuentra dispuesto de conformidad con los artículos 131 y 132 LGAP (-Fin y contenido respectivamente-).*

Fundamenta el recurrente su gestión de nulidad, en virtud de que no se le resolvió su solicitud de ampliación del plazo, por lo que considera se le violentaron sus derechos y que el acto recurrido contiene vicios.

En este sentido, se recalca lo indicado en párrafos precedentes, que consta a folios 106 al 114 del expediente administrativo, la resolución 008-RIT-2013, donde expresamente la IT analizó la solicitud de ampliación planteada.

En virtud de todo lo anteriormente desarrollado, no se observa que el acto administrativo recurrido se encuentre viciado de nulidad alguna, tal y como lo alega el recurrente.

VI. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por el apoderado especial de Gilberth Fernández Solís contra la resolución 008-RIT-2013, fueron interpuestos en tiempo y forma, por lo que resultan admisibles.*
- 2. Que la solicitud de ampliación de plazo realizada se efectuó en razón de que el recurrente aún no contaba con los acuerdos vigentes certificados por el Consejo de Transporte Público, únicamente, sin referirse al resto de documentación que le fue prevenida por la IT.*
- 3. Que el ordenamiento jurídico -artículo 258 LGAP-, establece como requisitos para que la Administración valore prorrogar o ampliar un plazo, demostrar los motivos que hacen conveniente o necesario acoger lo solicitado y aportar prueba de ello, requerimientos que no se acreditan en la solicitud objeto de análisis.*

4. *Que en la resolución 008-RIT-2013, la IT analizó la solicitud de ampliación de plazo presentada.*
5. *Que en la misma resolución 008-RIT-2013, la IT fundamentó y motivó su decisión de rechazar ad portas la gestión en virtud de que el recurrente no cumplió en el plazo requerido, con toda la información solicitada.*
6. *Que el acto administrativo del cual se alega nulidad, cumple con los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico, para su validez y eficacia.*

[...] ”

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1.-Declarar sin lugar el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por Gilberth Fernández Solís, contra la resolución 008-RIT-2013. 2.-Agotar la vía administrativa. 3.-Notificar al recurrente la presente resolución. 4.-Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión 55-2014, del 22 de setiembre de 2014, cuya acta fue ratificada el 9 de octubre de 2014; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 664-DGAJR-2014 de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

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

- I. Declarar sin lugar el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por Gilberth Fernández Solís, contra la resolución 008-RIT-2013.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.
- III. Notificar al recurrente la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

Se retiran los señores Henry Payne Castro, Edwin Espinoza Mekbel, Daniel Fernández Sánchez y Oscar Roig Bustamante.

ARTÍCULO 9. Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., contra la resolución RRG-032-2014. Expediente AU-274-2012.

Se deja constancia que el señor Edgar Gutiérrez López se abstiene de conocer este artículo, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 7593, dada su relación de parentesco

con el señor Edgar Gutiérrez Valituti, en su condición de Gerente de Administración y Finanzas de RECOPE.

Asimismo, el señor Dennis Meléndez Howell se abstiene de conocer el presente recurso por haber emitido la resolución final y haber conocido el recurso en primera instancia.

En ausencia del Regulador General, comparece en este acto la señora Grettel López Castro, en su condición de Reguladora General Adjunta, según el acuerdo que consta en el artículo segundo del acta de la sesión ordinaria número ciento sesenta y uno, celebrada por el Consejo de Gobierno el 20 de agosto del dos mil trece, publicado en La Gaceta 211 del 1 de noviembre del 2013, nombramiento que quedó ratificado por la Asamblea Legislativa en la sesión ordinaria número 69, celebrada el 19 de setiembre de 2013, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47 de la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, nombramiento que a la fecha se encuentra vigente.

De conformidad con el artículo 57 inciso a) sub inciso 6 e inciso b) sub inciso 3) de la misma ley, la señora Grettel López Castro, Reguladora General Adjunta, sustituye al señor Dennis Meléndez Howell, Regulador General, durante sus ausencias temporales, por lo que en este punto específico, asume la Presidencia de la Junta Directiva.

La Junta Directiva conoce el oficio 650-DGAJR-2014 del 26 de julio de 2014, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio sobre el recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., contra la resolución RRG-032-2014. Expediente AU-274-2012.

La señora **Melissa Gutiérrez Prendas** explica detalladamente el análisis de la gestión, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el asunto, según lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre la base del oficio 650-DGAJR-2014, la señora **Grettel López Castro** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 08-55-2014

1. Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Recope contra la resolución RRG-032-2014.
2. Intimar por segunda vez a Recope, para que dentro del plazo máximo de 10 días, proceda a cancelar los daños ocasionados a la señora Ruby Murillo Herrera, en la suma de ¢842. 472,00 (ochocientos cuarenta y dos mil cuatrocientos setenta y dos colones con cero céntimos). Dentro del plazo establecido Recope, deberá acreditar en este expediente la realización del pago.
3. Dar por agotada la vía administrativa.
4. Notificar a las partes.
5. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 18 de setiembre de 2012, la señora Ruby Murillo Herrera, planteó queja ante la Autoridad Reguladora, contra la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., (Recope), por daños causados al vehículo placas 575987 debido al uso del combustible con el componente METHYLCYCLOPENTADIENYL, MANGANESE TRICARBONYL (MMT). (Folios 1 al 13)
- II. Que el 14 de marzo de 2013, mediante el oficio 280-IE-2013, la Intendencia de Energía (IE) realizó la valoración inicial de la queja presentada por la señora Ruby Murillo Herrera contra Recope, concluyendo: “*que hay mérito suficiente para iniciar el procedimiento administrativo ordinario*”. (Folios 58 al 60)
- III. Que el 6 de junio de 2013, mediante la resolución RRG-098-2013, el Regulador General resolvió, entre otras cosas: *Ordenar el inicio del procedimiento administrativo contra la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., para investigar su posible responsabilidad y los eventuales daños causados al vehículo de la señora Ruby Murillo Herrera producto del uso del aditivo conocido como “METHYLCYCLOPENTADIENYL, MANGANESE TRICARBONYL”, conocido por sus siglas en inglés como MMT en la gasolina [...]*. (Folios 82 al 88)
- IV. Que el 10 de setiembre de 2013, mediante la resolución ROD-76-2013, el órgano director del procedimiento, realizó la formulación de cargos y el señalamiento de fecha y hora de la comparecencia oral y privada. (Folios 93 al 102)
- V. Que el 8 de octubre de 2013, se inició la comparecencia oral y privada, en esa oportunidad se recibió prueba documental, en dicha comparecencia se le ordenó a Recope que en el plazo de tres días hábiles debía analizar el catalizador del vehículo en marras. (Folios 117 al 121)
- VI. Que el 9 de octubre de 2013, Recope interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra el acto que le ordenó analizar el catalizador del vehículo en marras, dictado en la comparecencia. (Folios 104 al 116)
- VII. Que el 5 de noviembre de 2013, se continuó la comparecencia oral y privada, en la cual se recibió más prueba documental. (Folios 135 al 177)
- VIII. Que el 19 de noviembre de 2013, mediante el oficio OD-134-2013, el órgano director del procedimiento, rindió el informe de instrucción a la Comisión de Procedimientos Administrativos. (Folios 178 al 180)
- IX. Que el 24 de enero de 2014, mediante la resolución RRG-032-2014, el Regulador General resolvió: “*1) Acoger la queja planteada por la señora Ruby Murillo Herrera contra la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., por daños causados a un vehículo de su propiedad producto del uso del aditivo “methylcyclopentadienyl, manganese tricarbonyl”, o MMT [...] 2) Ordenar a la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., que cancele a la señora Ruby Murillo Herrera la suma de ₡ 842 472,00 [...] por los daños causados a un vehículo de su propiedad*”. (Folios 213 al 237)

- X. Que el 29 de enero de 2014, Recope interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de nulidad, contra la resolución RRG-032-2014. (Folios 204 al 212)
- XI. Que el 14 de julio de 2014, mediante resolución RRG-265-2014 el Regulador General resolvió el recurso de revocatoria interpuesto. (Folios 286 al 307)
- XII. Que el 21 de julio de 2014, Recope se refirió al emplazamiento conferido en la resolución RRG-265-2014. (Folio 308 al 315)
- XIII. Que el 29 de julio de 2014, mediante el oficio 463-SJD-2014, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria el recurso de apelación interpuesto. (Folio 316)
- XIV. Que el 26 de agosto de 2014, mediante el informe 650-DGJR-2014, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió criterio jurídico sobre el recurso de revocatoria y nulidad concomitante interpuesto. (Correrá agregado a los autos)

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 650-DGAJR-2014 de la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria, que sirve de sustento a la presente resolución, conviene extraer lo siguiente:

“ (...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza de las Gestiones

El recurso interpuesto contra la resolución RRG-032-2014 es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227).

Con respecto a la gestión de nulidad contra la resolución RRG-032-2014, le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 158 a 179 de la Ley 6227.

b) Temporalidad de las Gestiones

El acto administrativo RRG-032-2014, que impugna la recurrente le fue notificado el 27 de enero de 2014 (folios 235 y 237). El 29 de enero de 2014, se interpuso el recurso de apelación contra dicha resolución (folios 204 al 212). Conforme los artículos 343 y 346 de la Ley 6227, el citado recurso se debe interponer dentro del plazo de 3 días a partir de la notificación del mismo, plazo que vencía el 30 de enero de 2014.

Del análisis comparativo que precede, se puede concluir que el recurso de apelación fue interpuesto dentro del plazo legal establecido por la normativa de cita.

El plazo para la interposición de la gestión de nulidad, de conformidad con los artículos 175 y 179 de la Ley 6227 es de un año, por lo tanto se concluye que la gestión se presentó dentro del plazo legal.

c) Legitimación

Respecto a la legitimación, se tiene que Recope es parte del procedimiento, es por ello que está legitimada para actuar *–en la forma en que lo ha hecho–* de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 276 de la Ley 6227.

d) Representación

Se aprecia a folios 314 del expediente administrativo, escrito donde consta que el señor Edgar Gutiérrez Valituti, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la recurrente, otorgó poder especial administrativo al abogado Walter Sánchez Arias, quién en tal condición interpuso las gestiones en estudio. Así entonces, la misma fue presentada por medio del representante legal debidamente acreditado.

III. SOBRE LOS ALEGATOS DE LA RECURRENTE

Los argumentos de la recurrente se detallan de la siguiente forma:

1. Alega que el órgano decisor expresamente aceptó que el aditivo MMT “*puede*” causar daños a los motores de los vehículos, es decir, no necesariamente el aditivo causa daño siempre, en el cien por ciento de los casos a los motores de los vehículos.
2. Indica que la responsabilidad objetiva, a la que hace referencia el órgano decisor, no opera de pleno derecho y sin necesidad de prueba.
3. Señala que la resolución impugnada, resuelve el asunto a contrapelo de los elementos de convicción que arroja la prueba evacuada, por ende, carece de motivación, razón por la cual, deviene en absolutamente nula.

Además, en escrito presentado el 21 de julio de 2014, visible a folios 308 al 313, Recope añade que el vicio denunciado en el acto impugnado radica en la falta de elementos probatorios, lo cual es un vicio que determina su nulidad absoluta, y no relativa como se resolvió en la resolución RRG-265-2014.

IV. SOBRE EL FONDO

En primer término, alega la recurrente que el órgano decisor en la resolución RRG-032-2014, expresamente aceptó que el aditivo MMT “*puede*” causar daños a los motores de los vehículos, es decir, no necesariamente el aditivo causa daño siempre, en el cien por ciento de los casos a los motores de los vehículos.

En cuanto a éste argumento, la resolución recurrida, indicó: (...) *el prestador del servicio público expresamente aceptó su responsabilidad ya que ha aceptado que importó combustibles que contenían el aditivo MMT el cual puede causar daños a los motores de los vehículos (...)*

De igual forma, la resolución RRG-265-2014, la cual resolvió el recurso de revocatoria, indicó al respecto:

“(...)”

Así las cosas, observando lo expuesto por el citado oficio del CELEQ, se desprende que efectivamente se logró determinar la presencia de manganeso en el catalizador del vehículo propiedad de la señora Murillo Herrera, y del análisis del elenco

probatorio que consta en autos, se logra determinar que esta presencia está asociada a los daños mecánicos que sufrió el vehículo en marras. Lo anterior, en razón de que el hecho de que el catalizador no estuviera obstruido, no quiere decir, que el vehículo no presentara sensibilidad mecánica a ser susceptible de presentar los daños asociados al uso de gasolina con MMT, aditivo presente en su catalizador.-Folio 290-

(...)”

Se considera que la relación de causalidad fue considerada y analizada en las resoluciones que preceden y no se evidencia razón para apartarse de lo ya resuelto, por lo que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

Como segundo punto, indica la recurrente que la responsabilidad objetiva, a la que hace referencia el órgano decisor, no opera de pleno derecho y sin necesidad de prueba. Sobre el particular, en las resoluciones que anteceden en este procedimiento, se ha expuesto ampliamente el elenco probatorio que se resguarda en el expediente, así en el Considerando III de la resolución RRG-032-2014, entre otras cosas indicó:

“(...)”

El reporte del taller mecánico sobre los daños encontrados en el vehículo de la señora Murillo Herrera es consistente con los que describe la literatura por uso de combustible con manganeso. Véase que al vehículo placa 575987 Mazda 3, modelo 2005, se le dañó el catalizador lo que provocó altas emisiones de gases; lo cual fue corroborado por el Taller Mecánico Carlos Quesada en los reportes que constan a folios 6 y 20, en las facturas que constan del folio 89 al 90 en relación con la compra del catalizador y con el costo del taller por el servicio de cambio de esa pieza. De igual forma fue comprobado con la en [Sic] la serie fotográfica que consta del folio 69 al 81 sobre el cambio del catalizador y los daños encontrados por el CELEQ al analizar el catalizador dañado según se observa del folio 146 al 151 de los autos.

Tomando en cuenta lo indicado en los párrafos precedentes cabe concluir que siendo RECOPE el ente que ostenta la administración del monopolio estatal -por mandato de la Ley 7356- en la importación y distribución a granel de los combustibles, se constituye en el único responsable de que los combustibles que se distribuyan en el país estén acordes a la normativa y a las disposiciones técnicas y ello resulta ser el nexo causal necesario para responsabilizarlo por los daños que causen los combustibles importados que, como en este caso, contenía un aditivo dañino para los vehículos.

[...]

En este caso el prestador del servicio público expresamente aceptó su responsabilidad ya que aceptó haber importado combustibles que contenían el aditivo MMT, el cual como se vio líneas atrás, según la literatura del tema, puede causar daños en los motores.

[...] –Folio 232 y 233-.

(...)”

Por otro lado, la resolución RRG-265-2014, se refirió al argumento de la recurrente de la siguiente forma:

“(…)

...nótese que el órgano decisor realizó una relación entre (causa-efecto) el daño encontrado en el vehículo de la promovente, reportado por el taller mecánico y los daños que puede causar el uso de combustible con MMT, según lo descrito por la literatura. Se desprende de lo expuesto, que RECOPE es responsable de los daños causados.

(…)

En ese sentido, del análisis de lo argumentado y de las pruebas que constan en autos, efectuados en la resolución recurrida, se cuenta con elementos probatorios que permiten estimar el daño en el patrimonio (vehículo) sufrido por la promovente como consecuencia de los hechos que aquí se acreditan.-Folio 292-

(…)”

Así las cosas, del análisis detallado del expediente que se hizo en primera instancia, resulta claro que “no lleva razón el recurrente por cuanto se logró determinar mediante prueba idónea la responsabilidad objetiva de RECOPE” -RRG-265-2014 folio 293-. De forma tal que a criterio de este órgano asesor, no lleva razón la recurrente en este argumento.

Como último punto, señala la recurrente que la resolución impugnada, sea la RRG-032-2014, resuelve el asunto a contrapelo de los elementos de convicción que arroja la prueba evacuada, por ende, a su criterio carece de motivación, razón por la cual, deviene en absolutamente nula.

Este punto es retomado en el escrito presentado por la recurrente, el 21 de julio de 2014 (folios 308 al 315). En esa oportunidad, la recurrente indicó que el vicio denunciado en el acto impugnado radica en la falta de elementos probatorios, lo cual es un vicio que genera la nulidad absoluta de la resolución RRG-032-2014, y no relativa como se resolvió en la resolución RRG-265-2014.

Al respecto la resolución que resolvió el recurso de revocatoria, -RRG-265-2014-, realizó un análisis detallado sobre los elementos del acto administrativo, en lo que interesa:

“(…)

De conformidad con lo dispuesto por la Ley 6227, para la validez de un acto administrativo, el mismo debe cumplir con una serie de elementos esenciales, entiéndanse como tales: motivo legítimo, contenido y fin.

Concerniente a la nulidad absoluta, debe indicarse que la resolución recurrida, es un acto administrativo, a lo sumo, relativamente nulo, por cuanto éste contiene todos los elementos, tanto formales como sustanciales (sujeto, forma, procedimiento, motivo, fin y contenido), exigidos por la Ley 6227. Ello por cuanto, analizada la misma con ocasión de este recurso, se aprecia que efectivamente este asunto merecía un mayor detalle en la motivación, que permita conocer a las partes, las razones por la cuales se consideró que existe responsabilidad de RECOPE.

Al respecto se observa que:

a) La resolución final fue dictada por el órgano competente, es decir por el Regulador General. (Artículos 129 y 180, sujeto)

b) Fue emitido por escrito como corresponde. (Artículos 134 y 136, forma)

c) De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley. (Artículo 214 y siguientes de la Ley 6227, procedimiento)

d) Contiene un motivo legítimo y existente, en el cual se sustentó acoger la queja planteada por la señora Ruby Murillo Herrera. (Artículo 133, motivo)

e) Pese a que se establecieron en su parte considerativa, las razones que sustentaron las decisiones del órgano competente, también es cierto que pudo haberse dado mayor detalle a las partes, sobre las razones que sustentan la declaración de responsabilidad de RECOPE. Es por ello, que pese a que existió contenido, podría, a lo sumo, pensarse que el mismo se encuentra viciado. (Artículos 131, fin y 132, contenido)

Por ello, se concluye que la resolución recurrida, es, a lo sumo, un acto relativamente nulo conforme lo establecido en el artículo 167 de la Ley 6227.-Folios de 293 al 294-

(...)"

Del análisis expuesto, queda claro que el vicio encontrado provocó una nulidad relativa que fue subsanada a cabalidad en la resolución RRG-265-2014 en el punto "V. Análisis de la resolución recurrida". Así las cosas, este órgano asesor recomienda confirmar lo resuelto en la resolución citada.

La inconsistencia que apuntó la resolución RRG-265-2014, en el sentido de que lo decidido pudo haberse sustentado de mejor forma, no vició el acto administrativo de nulidad absoluta como argumenta la recurrente. Ello por cuanto, la resolución que resolvió el recurso de revocatoria -RRG-265-2014-, vino a fortalecer la motivación del acto, sin que ello derivase en un cambio sustancial de lo que ya se había resuelto mediante la resolución recurrida -RRG-032-2014-.

Precisamente, la naturaleza del recurso de revocatoria es que quien emitió el acto, pueda revisarlo a la luz de las objeciones de quien se muestra inconforme con el mismo. Esa competencia, se materializa en la posibilidad que tiene el órgano decisor de confirmar, modificar o revocar lo inicialmente decidido.

No es cierto, como indica la recurrente que lo resuelto impide la realización del fin del acto administrativo. El fin del procedimiento administrativo siempre fue la búsqueda de la verdad real. El mismo fue cumplido al dictarse la resolución recurrida.

En virtud de lo anterior, no lleva razón la recurrente en su argumento.

V. CONCLUSIONES

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

1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Recope contra la resolución RRG-032-2014, resulta admisible, por haberse interpuesto en tiempo y forma.

2. El fondo del procedimiento fue resuelto a cabalidad en la resolución RRG-032-2014 y los argumentos presentados por la recurrente fueron analizados y resueltos en la resolución RRG-265-2014, que resolvió el recurso de revocatoria, no encontrando razones para apartarse de lo dispuesto en ambas resoluciones.

3. La valoración de la prueba que se hizo en las resoluciones RRG-032-2014 y RRG-265-2014 es conforme a los principios de verdad real y sana crítica.

4. El fin del procedimiento administrativo fue cumplido al dictarse la resolución recurrida.

5. El acto final de este procedimiento es un acto válido, por cuanto en las resoluciones RRG-032-2014 y RRG-265-2014 se encuentran presentes todos los elementos del acto administrativo.

(...)”

- II.** Que de conformidad con los resultandos y los considerandos que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, lo procedente declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por Recope contra la resolución RRG-032-2014, tal y como se dispone.
- III.** Que en sesión extraordinaria 55-2014 de 22 de setiembre de 2014 y ratificada el 9 de octubre de 2014, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 650-DGAJR-2014 del 26 de julio de 2014, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución:

POR TANTO:

Con fundamento en las facultades conferidas en la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593),

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

1. Declarar sin lugar por el fondo el recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Recope contra la resolución RRG-032-2014.
2. Intimar por segunda vez a Recope, para que dentro del plazo máximo de 10 días, proceda a cancelar los daños ocasionados a la señora Ruby Murillo Herrera, en la suma de ¢842 472,00 (*ochocientos cuarenta y dos mil cuatrocientos setenta y dos colones con cero céntimos*). Dentro del plazo establecido Recope, deberá acreditar en este expediente la realización del pago.
3. Dar por agotada la vía administrativa.
4. Notificar a las partes.

NOTIFÍQUESE.

Se retira el señor Eric Chaves Gómez, la señora Melissa Gutiérrez Prendas y la señorita Adriana Martínez Palma

A las diecisiete horas y veinticinco minutos finaliza la sesión.

*En ausencia del señor Regulador General Dennis Meléndez Howell, con motivo de sus vacaciones desde el 8 al 29 de octubre del 2014 inclusive, comparece en este acto la señora **GRETTEL LÓPEZ CASTRO**, en su condición de Reguladora General Adjunta, según el acuerdo que consta en el artículo segundo del acta de la sesión ordinaria número ciento sesenta y uno, celebrada por el Consejo de Gobierno el 20 de agosto del dos mil trece, publicado en La Gaceta 211 del 1 de noviembre del 2013, nombramiento que quedó ratificado por la Asamblea Legislativa en la sesión ordinaria número 69, celebrada el 19 de setiembre de 2013, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47 de la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, nombramiento que a la fecha se encuentra vigente. De conformidad con el artículo 57 de la misma ley, la Reguladora General Adjunta sustituye al Regulador General durante sus ausencias temporales. La presente acta se firma el 13 de octubre de 2014.*

GRETTEL LÓPEZ CASTRO
Presidenta de la Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva