

SESIÓN ORDINARIA

N.º 26-2017

2 de junio de 2017

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA N.º 26-2017

Acta de la sesión ordinaria número veintiséis dos mil diecisiete, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el viernes dos de junio de dos mil diecisiete, a partir de las nueve horas con diez minutos. Asisten los siguientes miembros: Roberto Jiménez Gómez, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt, Adriana Garrido Quesada y Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Xinia Herrera Durán, Reguladora General Adjunta, Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna, Robert Thomas Harvey, Asesor Legal de la Junta Directiva; Herley Sánchez Víquez, Asesora del Despacho del Regulador General y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Bienvenida a la señora Xinia Herrera Durán, Reguladora General Adjunta

El señor **Roberto Jiménez Gómez** le da una cordial bienvenida a la señora Xinia Herrera Durán, por ser esta, la primera sesión en la cual participa como Reguladora General Adjunta.

Los señores miembros de la Junta Directiva le externan los mayores éxitos al asumir tan importante cargo en la Institución.

ARTÍCULO 2. Aprobación del Orden del Día

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura al Orden del Día de esta sesión. Se plantea trasladar, luego de la aprobación del acta, el apartado de "Asuntos varios de los miembros de la Junta Directiva". Asimismo, conocer la presentación del Plan Estratégico Institucional, como último punto de agenda.

Somete a votación la agenda con los cambios propuestos y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 01-26-2017

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

1. *Aprobación del Orden del Día.*
2. *Aprobación del acta de la sesión 25-2017.*
3. *Asuntos varios de los miembros de Junta Directiva.*
4. *Asuntos resolutivos.*

3.1 Análisis de Reglamentos.

- 3.1.1 Propuesta final de Reforma al Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (RICA). Expediente OT-61-2017. Oficio 479-DGAJR-2017 del 19 de mayo de 2017.*

- 3.1.2 *Propuesta final de Reforma de los artículos 13 y 28 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF). Expediente OT-60-2017. Oficios 388-DGAJR-2017 del 21 de abril de 2017 y 417-DGAJR-2017 del 2 de mayo de 2017.*
- 3.2 *Recurso de revocatoria (reposición), interpuesto por la Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-045-2017. Expediente OT-082-2015. Oficio 306-DGAJR-2017 del 24 de marzo de 2017.*
- 3.3 *Recurso de reposición interpuesto por Molinos de Viento del Arenal S.A., contra la resolución RJD-045-2017. Expediente OT-082-2015. Oficio 335-DGAJR-2017 del 30 de marzo de 2017.*
- 3.4 *Recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-045-2017. Expediente OT-082-2015. Oficio 331-DGAJR-2017 del 30 de marzo de 2017.*
- 3.5 *Recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L. (CHDJ), contra la resolución RJD-045-2017. Expediente OT-082-2015. Oficio 341-DGAJR-2017 del 30 de marzo de 2017.*
- 3.6 *Recurso de reconsideración (reposición) interpuesto por P.H. Don Pedro, S.A. y P.H. Río Volcán, S.A., contra la resolución RJD-045-2017. Expediente OT-082-2015. Oficio 339-DGAJR-2017 del 30 de marzo de 2017.*
- 3.7 *Recursos de reposición y gestión de nulidad interpuesto por el Embalse S.A., la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE) y P.H. Don Pedro S.A., P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-017-2016 del 8 de febrero de 2016. Oficio 282-DGAJR-2017 del 17 de marzo de 2017.*
- 3.8 *Recurso de apelación, interpuesto por Autotransporte Pozo de Agua S.A., contra la resolución 131-RIT-2015. Expediente ET-073-2015. Oficio 370-DGAJR-2017 del 18 de abril de 2017.*
- 3.9 *Recurso de apelación y gestión de suspensión del acto administrativo, interpuestos por Autotransportes Palmares JAV S.A., contra la resolución 131-RIT-2015. Expediente ET-073-2015. Oficio 373-DGAJR-2017 del 19 de abril de 2017.*
- 3.10 *Recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Cámara de Transportistas de San José, contra la resolución RJD-104-2017. Expediente OT-232-2015. Oficio 402-DGAJR-2017 del 26 de abril de 2017.*
- 3.11 *Recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara Nacional de Transportes, contra la resolución RJD-104-2017. Expediente OT-232-2015. Oficio 428-DGAJR-2017 del 4 de mayo de 2017.*
- 3.12 *Recurso de apelación interpuesto por los señores Estarlín Marín Hidalgo, Rocío Vargas González y otros, contra la resolución RIT-013-2017. Expediente ET-079-2016. Oficio 406-DGAJR-2017 del 27 de abril de 2017.*

3.13 *Recurso de apelación interpuesto por Transportes Unidos Alajuelenses S.A., contra la resolución 140-RIT-2013. Expediente ET-080-2013. Oficio 407-DGAJR-2017 del 27 de abril de 2017.*

3.14 *Recurso de apelación, gestión de nulidad absoluta y gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transvi S.A., contra toda actuación en el expediente y la corrida de la metodología aplicada. Expediente ET-008-2017. Oficio 433-DGAJR-2017 del 5 de mayo de 2017*

3.15 *Plan Estratégico Institucional 2017-2022: metas e indicadores.*

ARTÍCULO 3. Aprobación del acta de la sesión 25-2017

Los miembros de la Junta Directiva conocen el borrador del acta de la sesión ordinaria 25-2017, celebrada el 23 de mayo de 2017.

La señora **Adriana Garrido Quesada** manifiesta que se abstiene de votar el acta, toda vez que no estuvo presente cuando se celebró.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, con los votos de los directores Jiménez Gómez, Gutiérrez López, Sauma Fiatt y Muñoz Tuk:

ACUERDO 02-26-2017

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 25-2017, celebrada el 23 de mayo de 2017, cuyo borrador se distribuyó con anterioridad entre los miembros de la Junta Directiva, para su revisión, con la salvedad presentada por la directora Adriana Garrido Quesada de que no estuvo presente cuando se celebró.

ARTÍCULO 4. Asuntos varios de los miembros de Junta Directiva

La señora **Sonia Muñoz Tuk** solicita se le suministre, vía correo electrónico, información respecto de las fechas en que se celebran las audiencias públicas.

Asimismo, indica que está pendiente de agendar el informe que se le había solicitado a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre el estado de los juicios que están en trámite, mismo que debe contener el detalle de cuál es la pretensión, para conocer si es sobre el tema de las herramientas complementarias, para darle prioridad.

Seguidamente se da un intercambio de opiniones en torno al tema de Equilibrio Financiero; dentro de las cuales, el señor **Pablo Sauma Fiatt** indica que hizo llegar varias observaciones al documento. Asimismo, el señor **Roberto Jiménez Gómez** comenta que el tema del equilibrio financiero se empezó a trabajar desde setiembre o agosto del año anterior; sin embargo, aún faltan aspectos para finalizarlo.

ARTÍCULO 5. Propuesta final de Reforma al Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (RICA). Expediente OT-61-2017.

A las nueve horas con veintidós minutos ingresan al salón de sesiones, la señora Carol Solano Durán, Directora General de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, Daniel Fernández Sánchez, funcionario de esa Dirección. Asimismo, ingresan el señor Rodolfo González Blanco, Director General de la Dirección General de Operaciones, así como las señoras Merari Herrera Campos y Francela García Romero, funcionarias de esa Dirección, a participar en la presentación de este y el siguiente artículo.

Conforme a lo resuelto en el acuerdo 03-13-2017, del acta de la sesión 13-2017 del 21 de marzo de 2017, la Junta Directiva conoce el oficio 479-DGAJR-2017 del 19 de mayo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria presenta la propuesta final de reforma al Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (RICA).

La señora **Carol Solano Durán** explica los principales extremos del informe final, dentro de lo cual señala que se recibieron 55 observaciones. Asimismo, se refiere a la matriz donde se establece el análisis de cada una de las observaciones, de las cuales una se realizó de oficio, 27 se acogieron, 26 se rechazaron y una se rechazó parcialmente.

Detalla las observaciones a los artículos 7 inciso 5); 8; 13, inciso c); 14, incisos 2), 6),7), 9), 10), 15), 30), inciso 44); artículo 16, inciso 4), 23), y artículo 33.

La señora **Adriana Garrido Quesada** sugiere que, en lugar de que se indique tarjeta de débito y crédito, debería ser débito o crédito, ya que, una tarjeta es una o la otra, no ambas a la vez.

La señora **Anayansie Herrera Araya** agrega que, en este punto se indica que la persona debe presentar un comprobante y generalmente se cree que el voucher es un comprobante, y no lo es, solamente es la transacción del pago y no respalda el gasto, razón por la cual es importante aclarar ese aspecto.

La señora **Francela García Romero** apunta que es un tema de más detalle, que se va a considerar en el manual de procedimientos, para definir y detallar cuáles son los supuestos y el típico comprobante que se debe presentar.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** señala que lo importante del voucher es el número de autorización, el cual que aparece al final de los estados de la tarjeta.

La señora **Carol Solano Durán** continúa su explicación e indica que también se modificó el artículo 32.

Sobre el particular, la señora **Anayansie Herrera Araya** externa que le parece inconveniente que una persona diferente al tarjetahabiente custodie la tarjeta, debido a que las compras por internet se pueden hacer sin necesidad de que la persona esté presente, por lo que, el tarjetahabiente podría alegar que se hicieron transacciones de las cuales no tiene conocimiento dado a que hubo periodos donde no tuvo la custodia. Reitera que no es conveniente que la tarjeta esté en poder de otra persona que no sea el tarjetahabiente, este aspecto se había indicado en la asesoría 2-IAS-2015, realizada anteriormente

cuando se hizo una reforma a este reglamento y precisamente fue cuando se le introdujo dichas modalidades de pago.

Adicionalmente, lo importante es que el tarjetahabiente la mantenga y dejar claro que si no va a estar fungiendo ya sea por un permiso sin goce salarial o renuncia, debe cancelarse o eliminarse la tarjeta.

El señor **Robert Thomas Harvey** comenta que ese problema se podría resolver con una tarjeta adicional y así cuando el titular no se encuentre en funciones, otra persona pueda hacer las operaciones que se requieran.

La señora **Adriana Garrido Quesada** considera que el problema es que el tarjetahabiente quiere estar seguro de entregar la tarjeta; es decir, se está deshaciendo de la tarjeta mientras no la necesite, no es tanto que la está entregando para que otro funcionario la use; sino para que esté en una caja fuerte.

La señora **Carol Solano Durán** continúa la exposición e indica que, respecto del artículo 38 sobre la transferencia de fondos, se está ampliando el plazo a la Dirección de Finanzas para hacer las transferencias de un día hábil a dos días hábiles. En cuanto a la conciliación de la cuenta, el artículo 40 establecía que es responsabilidad de la Dirección de Finanzas revisar mensualmente el estado de cuenta de la tarjeta y conciliar los comprobantes de pago. Se le está incluyendo que se haga al menos mensualmente. En cuanto al artículo 42, es sobre la integración de la norma. Asimismo, explica lo concerniente a los Transitorios I y II.

Finalmente, se refiere a las conclusiones arribadas e indica que la Junta Directiva es competente para conocer, discutir y aprobar la propuesta de reforma íntegra del Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (RICA).

La propuesta de reglamento en cuestión, se ha elaborado a través del procedimiento JR-PO-01 y en la Directriz 555-RG-2014, ello a través de la apertura del expediente, el sometimiento a consulta de los funcionarios, el análisis de las observaciones realizadas y la elaboración de un informe final; por lo tanto, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria recomienda someter a conocimiento y discusión de esta Junta Directiva la reforma el Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

La señora **Adriana Garrido Quesada** sugiere revisar aspectos de redacción como establecer tarjeta de débito o de crédito para que sea la sea apropiada. Asimismo, solicita se le aclare qué margen hay para iniciar un proceso de contratación sin contenido presupuestario, como lo solicita la Intendencia de Transporte.

La señora **Francela García Romero** responde que, desde el punto de vista jurídico, es posible, ya que, la Ley de Contratación Administrativa lo regula expresamente. Incluso, la Contraloría General de la República, se ha pronunciado al respecto.

La señora **Adriana Garrido Quesada** requiere se le aclare sobre la posibilidad de no presentar términos de referencia cuando hay ampliaciones. En ese sentido, solicita que se le precise si es que, ante una ampliación de contrato no se elabora un nuevo documento de los "Términos de Referencia", si no que dentro del documento de justificación de la ampliación, se deben incluir dichos términos, si hay modificación de entregables.

La señora **Francela García Romero** responde afirmativamente y explica que el término de referencia es pensando técnicamente en el inicio de una contratación. En este caso, hay un oficio donde se solicita la modificación debidamente, fundamentado en el motivo, obviamente, que encaje en los presupuestos de los artículos referenciados, que son el 208 y 209, que es contrato adicional y modificación del contrato. Asimismo, tiene que cumplir con una serie de requisitos para que pueda ejecutarse; generalmente se modifica el plazo o algunas actividades de la contratación; pero todo está debidamente documentado y todo tiene que estar justificado. Esto es un aspecto que se puede regular en el manual interno y agregarle los detalles que se consideren; ya que, la Ley de Contratación Administrativa, establece que no es necesario el cartel, ni los términos de referencia.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme al oficio 479-DGAJR-2017, así como en las observaciones planteadas por los miembros de la Junta Directiva en esta oportunidad, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

CONSIDERANDO:

- I. Que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), es una institución autónoma con personalidad jurídica, patrimonio propio y presupuesto independiente, que goza de autonomía técnica y administrativa y se rige por la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), sus reglamentos, así como por las demás normas jurídicas complementarias.
- II. Que el artículo 59 párrafos 2 y 3 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) faculta a la Administración para que, por medio de reglamento autónomo, establezca la distribución interna de competencias, las relaciones entre los órganos y la creación de servicios sin que contenga la atribución de potestades de imperio.
- III. Que los artículos 1, 45 y 53 de la Ley 7593 facultan a ésta para establecer su organización interna, a fin de cumplir con sus funciones.
- IV. Que la Aresep cuenta a la fecha con el RICA, publicado en el Alcance 87 al Diario Oficial La Gaceta 211, del 3 de noviembre de 2011 y cuya tercera y última reforma lo es del 23 de junio de 2014.
- V. Que el 3 de noviembre de 2014, se aprobó el Procedimiento para la creación y modificación de normativa administrativa interna (JR-PO-01), en el que se establecen las actividades necesarias para presentar la iniciativa relacionada a la creación y modificación de la normativa administrativa interna, así como las tareas conducentes a su aprobación por parte de la Junta Directiva, según lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 7593 y el artículo 6 del RIOF.
- VI. Que el 3 de marzo de 2017, mediante el oficio 118-DGO-2017, la Dirección General de Operaciones, remitió al Regulador General, como presidente de la Junta Directiva, su propuesta de modificación al “Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (RICA)” y al “Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF)”. Oficio que en lo que interesa, indica:

“(..)

Con la nueva propuesta se tiene como objetivo primordial darle mayor agilidad al proceso de compras institucional, lo que se lograría trasladando algunas funciones que

actualmente realiza la DGAJR, al Departamento de Proveeduría, lo que necesariamente conlleva modificar no sólo el RICA sino también el RIOF y finalmente una vez hechas las reformas mencionadas, la Administración Superior deberá ordenar la elaboración de un nuevo manual de procedimientos de contratación administrativa, que se ajuste a esos cambios funcionales y que responda al Sistema de Gestión de Calidad (SGC), instrumento en el cual se ajusten los plazos de ejecución de cada uno de los procesos que se realizan.
(...)

Se propone modificar las funciones de contratación administrativa, tanto a nivel de RIOF como del RICA, del Regulador General, de la DGAJR, de la DGO, de la Dirección de Finanzas, así como ampliar las competencias del Departamento de Proveeduría, para que asuma, con el traslado de personal idóneo (abogado o abogados expertos en contratación administrativa), las funciones que venía realizando la DGAJR, a excepción de la aprobación interna de los contratos, y la instrucción de los procedimientos administrativos relativos a contratación administrativa, entre otras modificaciones.

En mérito de lo expuesto presentamos el proyecto de modificación del RIOF y del RICA de manera conjunta para garantizar la mayor celeridad procesal, ya que existe un nexo de causalidad entre ambos proyectos, puesto que la reforma que se recomienda para el RIOF es el sustrato necesario para justificar las modificaciones que se recomiendan en el RICA y ambas propuestas persiguen el mismo motivo, contenido y fin.
(...)

1) Motivo:

(...)

- El RICA vigente, fue publicado en la Gaceta N° 211 del 3 de noviembre del año 2011, con el objetivo de regular las competencias y funciones de las dependencias internas de la Autoridad Reguladora, que participan en los procesos de adquisiciones de bienes, obras y servicios contemplados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.
- Que es necesario mantener actualizado el marco normativo interno de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en materia de contratación administrativa con el fin de adecuarlo a las exigencias de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento vigentes, así como a la normativa interna de la Institución, cuando esta sufre modificaciones.
- (...)
- Esta reforma trajo consigo la necesidad de modificar toda aquella normativa que de manera directa e indirecta, estuviera relacionada con la estructura y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de lo que no escapa el RICA, ya que en él se establecen una serie de competencias y funciones de las dependencias internas de la Autoridad Reguladora, que participan en los procesos de adquisiciones de bienes, obras y servicios contemplados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, lo que se realizó en el proceso de reforma que ya había sido analizado y valorado por la Junta Directiva en la sesión ordinaria 24-2015, celebrada el 4 de junio de 2015.
- Asimismo se pretende modificar el RIOF, respecto de las funciones de quienes realizan el proceso de compras, es necesario volver a presentar una propuesta de modificación del RICA, basada en esos cambios.

- Se observó en los últimos años (desde el año 2011 a la fecha), durante la aplicación del RICA, que surgieron una serie de situaciones propias de la aplicación del reglamento, que generan atrasos innecesarios en la ejecución de los procedimientos de contratación administrativa, lo que motivó a hacerlos más expeditos. Lo anterior en apego del principio de legalidad que rige los procedimientos de contratación administrativa, así como al cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia, contemplados en el artículo 4 la Ley de Contratación Administrativa, entendido como que todos los actos relativos a la actividad contractual deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos públicos.
 - Esto implica que para mejorar la eficiencia y eficacia se deben trasladar funciones del procedimiento de contratación administrativa que en el RIOF pertenecen a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para que se realicen en el Departamento de Proveeduría. Quedando únicamente como funciones en la DGAJR en esta materia, las aprobaciones internas de los contratos que así lo requieran, la instrucción de los procedimientos administrativos y la atención de los reclamos administrativos.
- (...)

2) Contenido del RICA:

- En el contenido se recomiendan las siguientes variaciones:

En cuanto a la forma del RICA:

- Suprimir del RICA las funciones del Regulador General en lo concerniente a licitaciones públicas y las contrataciones directas por excepción que alcancen la cuantía de una licitación pública y trasladárselas al Director General de Operaciones.
- Modificar las funciones del Director General de Operaciones, para asumir las funciones que venía realizando el Regulador General, respecto a las licitaciones públicas y las contrataciones directas por excepción que alcancen la cuantía de una licitación pública y trasladar las funciones respecto a las licitaciones abreviadas y las contrataciones directas por excepción que alcance la cuantía de una licitación abreviada, a la Directora de Finanzas.
- Modificar las funciones de la Directora de Finanzas, para asumir las funciones que venía realizando el Director General de Operaciones, respecto a las licitaciones abreviadas y las contrataciones directas por excepción que alcance la cuantía de una licitación abreviada y trasladar sus funciones respecto a las contrataciones directas de escasa cuantía, a la Proveedora.
- Modificar las funciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria para ser asumidas por el Departamento de Proveeduría, a excepción de las aprobaciones internas y la instrucción de los procedimientos administrativos. Lo que incluye el traslado de los profesionales en derecho que corresponda, de la DGAJR al Departamento de Proveeduría.
- Incorporar nuevas abreviaturas, términos y definiciones en el artículo 2, para completar aquellos que no se habían considerado, pese a estar indicados en el reglamento.
- Variar la numeración de los capítulos, artículos y sus incisos, por la incorporación de temas nuevos y ampliación de actividades.

En cuanto al fondo del RICA:

- *Modificar la redacción del artículo 5 sobre preparación del programa de adquisiciones, de manera que se precise el contenido del artículo.*
 - *Modificar la redacción del artículo 7 de manera que se agregan dos tipos adicionales de trámite que no requieren elaboración de un cartel ni términos de referencia.*
 - *Modificar la redacción del artículo 9, que trata sobre la formalización contractual para precisar su contenido a la normativa que rige esta materia.*
 - *Modificar la redacción del artículo 10 para su mejor comprensión.*
 - *Modificar integralmente el artículo 13 sobre las competencias de la unidad decisora, para que esas funciones se realicen en la Dirección General de Operaciones (DGO, DF, Departamento de Proveeduría).*
 - *Modificar el artículo 14 sobre las competencias del Departamento de Proveeduría, para que asuma las funciones que venía realizando la DGAJR, excepto en el tema de la aprobación interna, la instrucción de procedimientos administrativos de contratación y la atención de reclamos administrativos.*
 - *Modificar el artículo 17 sobre las competencias de la DGO, para agregar nuevas competencias de conformidad con las nuevas funciones asignadas.*
 - *Modificar el artículo 18 sobre las competencias del Regulador General, para ajustarlo a los cambios en sus competencias.*
 - *Modificar el artículo 19 sobre las competencias de la Dirección de Finanzas, para agregar nuevas funciones.*
 - *Modificar el artículo 15 sobre las competencias de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para trasladarlas al Departamento de Proveeduría. Manteniendo las de aprobación interna, la instrucción de procedimientos administrativos de contratación y la atención de reclamos administrativos.*
 - *Modificar el artículo 20 sobre la aprobación de contratos y órdenes de compra para adecuarlo a las nuevas competencias de la DGO.*
 - *Adicionar el artículo 31 sobre el uso de la tarjeta de débito y crédito, para agregar que la tarjeta de crédito debe ser pagada al contado, sin permitir la generación de intereses.*
 - *Modificar el artículo 42 sobre integración de normas, para hacerlo más amplio y no restrictivo.*
 - *Modificar el artículo 44 para completar los alcances de la normativa que se aplica.*
- (...)

3) Fin de ambas propuestas:

Se requiere que se modifique el RIOF y el RICA, con la finalidad de renovarlos, de modo que se adecúen a los requerimientos actuales, aprovechando las oportunidades de mejora detectadas por las áreas involucradas en el desarrollo del procedimiento de contratación administrativa (DGO, DGAJR, DEP Y DGEE) y por la actual Administración que dentro sus objetivos se encuentra agilizar los procedimientos de contratación administrativa al máximo.

Asimismo aclaramos que en el proyecto de modificación se detalla la forma en la que se pretenden implementar los cambios respectivos, lo que no va generar cambios abruptos en el proceso, ya que existe la estructura interna necesaria, para hacer frente a las funciones y obligaciones que varían con la propuesta.

(...)

4) Viabilidad económica:

Esta propuesta, resulta financieramente viable desde el punto de vista de costos de operación, ya que el objetivo de regular el procedimiento de contratación administrativa, se llevará a cabo con el personal actual y no supone ningún incremento del presupuesto de la Institución. Ya que se trasladará las plazas de profesionales en derecho que técnicamente correspondan.

Se agrega documento con el proyecto de modificación del RICA para facilitar la labor de análisis, ya que la modificación pretendida es integral y contempla aspectos muy específicos y minuciosos propios del procedimiento de contratación administrativa. (...).

- VII.** Que el 17 de marzo de 2017, mediante el oficio 146-DGO-2017, la Dirección General de Operaciones, remitió al Regulador General, como presidente de la Junta Directiva, modificación al oficio 118-DGO-2017 del 3 de marzo de 2017.
- VIII.** Que el 21 de marzo de 2017, mediante el acuerdo 03-13-2017, del acta de la sesión ordinaria 13-2017, la Junta Directiva resolvió por unanimidad y con carácter de firme: “Ordenar a la Secretaría de Junta Directiva, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y a la Dirección General de Operaciones que, de conformidad con el procedimiento JR-PO-01 de agosto de 2014 “Sobre propuestas de normativa administrativa”, proceda con la propuesta de reforma del Reglamento Interno de Contratación Administrativa (RICA) y el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado RIOF, con el objeto de modificar funciones en materia de contratación administrativa”.
- IX.** Que el 21 de marzo de 2017, mediante el oficio 252-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva, comunicó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y a la Dirección General de Operaciones, el acuerdo 03-13-2017, de la sesión ordinaria 13-2017, de la Junta Directiva, celebrada el mismo día.
- X.** Que el 24 de marzo de 2017, mediante el oficio 310-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remitió a la Secretaría de Junta Directiva, la propuesta de reforma de RICA, con la recomendación de que la Secretaría de Junta Directiva publique en La Gaceta y comunique a todos los funcionarios de la Aresep, la propuesta mencionada.
- XI.** Que el 4 de abril de 2017, la Secretaria de Junta Directiva, sometió, por diez días hábiles, a consulta interna de los funcionarios de Aresep, vía correo electrónico, la propuesta de reforma del RICA, otorgando plazo hasta el 21 de abril de 2017 para recibir observaciones.
- XII.** Que el 20 de abril de 2017, la Secretaria de Junta Directiva, comunicó a los funcionarios de Aresep, vía correo electrónico, la ampliación del plazo de consulta, en razón del cierre institucional durante la Semana Santa dictado por resolución RRG-117-2017 del 6 de abril de 2017, otorgando plazo hasta el 25 de abril de 2017 para recibir observaciones.
- XIII.** Que el 26 de abril de 2017, mediante el oficio 337-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva, remitió a la DGAJR, las observaciones realizadas a la propuesta de reforma del RICA por parte de la Intendencia de Transporte, Dirección General de Operaciones, Gustavo Alvarado Zúñiga, Alejandra Castro Cascante y Luis Valverde Ramírez.

- XIV.** Que el 27 de abril de 2017, mediante el oficio 349-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva, adicionó el oficio 337-SJD-2017, remitiendo las observaciones realizadas por el funcionario Gustavo Alvarado Zúñiga y el detalle de la publicación en el Alcance 70 a La Gaceta 63 del 29 de marzo de 2017 de la propuesta de reforma del RICA.
- XV.** Que el 28 de abril de 2017, mediante el oficio 413-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria solicitó criterio técnico a la Dirección General de Operaciones de las observaciones realizadas al RICA, como Dirección la promovente de la propuesta normativa.
- XVI.** Que el 4 de mayo de 2017, mediante el oficio 212-DGO-2017, la Dirección General de Operaciones emitió el criterio solicitado por oficio 413-DGAJR-2017.
- XVII.** Que el 19 de mayo de 2017, mediante el oficio 479-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, remitió a la Junta Directiva, el informe final con el análisis sobre la propuesta de reforma del RICA.
- XVIII.** Que en atención a los considerandos anteriores, lo procedente es aprobar el Reglamento interno de contratación administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (RICA), tramitada en el expediente OT-061-2017, tal y como se dispone.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593) y sus reformas, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dispone:

ACUERDO 03-26-2017

Aprobar Reglamento interno de contratación administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (RICA), en los siguientes términos:

REGLAMENTO INTERNO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (RICA)

**CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1º- Objetivos. El presente reglamento tiene los siguientes objetivos: 1) Regular las competencias y funciones de las dependencias internas de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, que participan en los procedimientos de adquisición de bienes, obras y servicios dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. 2) Normar el manejo del registro de proveedores físico de la Autoridad Reguladora, en caso de ausencia de Plataforma Electrónica de Compras. 3) Establecer las normas para regular el uso de la tarjeta de débito y crédito institucional de la ARESEP, para realizar compras a proveedores seleccionados mediante el procedimiento de contratación administrativa.

Artículo 2º- Género. Para efectos de este reglamento, cuando se hace alusión al cargo, puesto o condición de una persona, debe entenderse que se hace sin distinción o discriminación de género.

Artículo 3º- Abreviaturas. Para los efectos de este Reglamento, se establecen las siguientes abreviaturas:

- **ARESEP o Institución:** Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, excluida la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel)
- **CGR:** Contraloría General de la República.
- **DEP:** Departamento de Proveeduría.
- **DGEE:** Dirección General de Estrategia y Evaluación.
- **DF:** Dirección de Finanzas.
- **DGAJR:** Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.
- **DGO:** Dirección General de Operaciones.
- **LCA:** Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, publicada en el Alcance N° 20 a La Gaceta N° 110, del 8 de junio de 1995 y sus reformas.
- **RG:** Regulador General.
- **RGA:** Regulador General Adjunto.
- **RIOF:** Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado.
- **RLCA:** Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, publicado en La Gaceta N° 210 del 2 de noviembre del 2006 y sus reformas.
- **POI:** Plan Operativo Institucional.

Artículo 4º-Términos y definiciones. Para los efectos de este Reglamento, se establecen los siguientes términos y definiciones:

1. **Área solicitante:** Unidad dentro de la estructura organizacional de la ARESEP que gestiona ante el DEP, la adquisición de un bien o servicio: Junta Directiva, RG o RGA, Intendentes, Directores Generales, Directores y Auditor Interno, Jefes de Departamento.
2. **Contraparte:** Unidad encargada de ejecutar el contrato respectivo. Puede recaer en el área solicitante o bien en una comisión nombrada al efecto.
3. **Acto final:** Acto administrativo ejecutado por el jerarca o titular subordinado competente donde se selecciona el adjudicatario, una vez realizada la admisibilidad y calificación de las ofertas. En el acto final también se puede declarar el concurso como desierto o infructuoso.
4. **Admisibilidad:** Acto administrativo en el cual se verifica que una oferta cumple con los aspectos esenciales de las bases del concurso.
5. **Cartel de Licitación:** Norma específica de la contratación que contiene las condiciones generales, las especificaciones técnicas, financieras, de calidad y jurídicas, para la adquisición de bienes, obras y servicios en licitaciones públicas y abreviadas, y en contrataciones directas por excepción que alcancen el monto de una licitación pública o abreviada.
6. **Capacitación abierta:** Modalidad de capacitación que consiste en realizar una invitación abierta al público o a determinado sector técnico o profesional, para brindar capacitación sobre determinado tema de interés.

7. **Comprobante de pago:** Documento que emite el proveedor del bien o servicio, acreditando el pago con la tarjeta de débito o crédito institucional.
8. **Contratación directa por excepción:** Contrataciones que por su propia naturaleza se encuentran excluidas de los procedimientos ordinarios de concurso, según lo establecido en la LCA y el RLCA.
9. **Contrataciones directas autorizadas:** Contrataciones que por estar autorizadas por la CGR, se excluyen de los procedimientos ordinarios de concurso, según lo establecido en la LCA y el RLCA.
10. **Contratista:** Persona física o jurídica contratada por la ARESEP para el suministro de algún bien, servicio u obra.
11. **Contrato administrativo:** documento formal que suscribe el representante legal de la ARESEP y el contratista, basados en un acto de adjudicación firme, en un procedimiento de contratación administrativa, donde se definen los deberes y obligaciones de las partes, y la forma de ejecución contractual.
12. **Decisión inicial:** Acto administrativo emitido por el jerarca o titular subordinado competente que ordena el inicio del procedimiento de contratación.
13. **Encargado de la custodia de la tarjeta de débito o crédito:** Funcionario que ha sido designado como tarjetahabiente.
14. **Expediente administrativo:** Legajo físico o expediente electrónico, que contiene todas las actuaciones, internas y externas en el orden cronológico correspondiente a su presentación y relativas a un trámite de contratación administrativa específico.
15. **Manual de procedimientos:** Manual de procedimientos de contratación administrativa de la ARESEP.
16. **Orden de compra:** Documento contractual, físico o digital, unilateral, mediante el cual la ARESEP instrumentaliza la adjudicación de los procedimientos de contratación administrativa, cuando la naturaleza de los bienes obras o servicios contratados por su fácil comprensión, no ameriten la elaboración de un contrato administrativo propiamente dicho
17. **Plataforma de compras electrónica:** Sistema electrónico mediante el cual se automatizan tramitan, gestionan y ejecutan compras institucionales.
18. **Programa de adquisiciones:** Proyección de contrataciones de bienes, obras y servicios durante un periodo presupuestario determinado, para satisfacer las necesidades de la ARESEP.
19. **Reemplazo por deterioro de la tarjeta de débito:** Sustitución de la tarjeta original por concepto de deterioro o que su banda magnética se haya descodificado.
20. **Registro de proveedores:** Registro en el cual se inscriben las personas físicas o jurídicas que se encuentran debidamente acreditadas y evaluadas, y cumplen con los requisitos técnicos y legales necesarios para ser tomados en cuenta en los procesos de contratación administrativa.

- 21. Renovación de la tarjeta de débito:** Expedición de una nueva tarjeta, en sustitución de otra cuya vigencia ha expirado.
- 22. Reposición de la tarjeta de débito o crédito:** Emisión de una nueva tarjeta al ser reportada la anterior, por parte del tarjetahabiente, como robada o extraviada.
- 23. Solicitud de compra:** Acto administrativo por el cual el jerarca o titular subordinado competente promueve el concurso ante el DEP para la adquisición de bienes, obras y servicios.
- 24. Subsanación:** Corrección o aporte de información adicional por parte de los oferentes, una vez presentada la oferta, siempre que la misma se considere insustancial y no implique variación en sus elementos esenciales.
- 25. Tarjeta:** Tarjeta de débito o crédito corporativa emitida por un banco y utilizada como mecanismo para el pago de las compras.
- 26. Tarjetahabiente:** Funcionario autorizado por ARESEP para uso de una tarjeta.
- 27. Términos de referencia:** Son las especificaciones o requerimientos de una contratación directa de escasa cuantía.
- 28. Unidad decisora:** Jerarca o titular subordinado de la ARESEP, con competencia para adoptar la decisión inicial, aprobar y modificar los carteles, dictar el acto final (adjudicación, declaratoria de desierto o infructuoso), resolver los recursos que se presenten, y modificar el contrato.
- 29. Unidades internas:** Son todas aquellas dependencias o grupos de trabajo institucionales, que tienen encomendadas funciones específicas, en el marco del procedimiento de contratación administrativa.

Artículo 5°- Preparación del programa de adquisiciones: Para la preparación del programa de adquisiciones, el área solicitante remitirá al DEP, una proyección de sus necesidades de bienes, obras o servicios para el siguiente período presupuestario, a más tardar en los primeros cinco días hábiles del mes de enero de cada año. Posteriormente DEP remitirá la información a la DGEE, quien realizará la revisión del consolidado de las proyecciones y valorará su concordancia con el POI. Una vez realizadas las recomendaciones y aplicados los ajustes, la DGEE las enviará a la DGO para que lo someta a aprobación del RG para su publicación. El responsable directo de adquisiciones será el DEP.

Artículo 6°- Condiciones para solicitar garantías de participación y cumplimiento. Las garantías de participación sólo se solicitarán si la unidad solicitante lo estima conveniente o necesario, para salvaguardar el interés institucional, lo anterior sin importar el tipo de procedimiento de contratación administrativa que se realice. Con respecto a las garantías de cumplimiento, será obligatorio solicitarlas en las licitaciones públicas y en las abreviadas, y facultativamente en los restantes procedimientos. Los porcentajes de las garantías de participación serán entre el 1% y el 5% sobre el monto cotizado o bien un monto fijo, en caso de que el negocio sea de cuantía inestimable. Los porcentajes de las garantías de cumplimiento serán entre el 5% y el 10% del monto adjudicado.

Artículo 7º- Exclusión de elaborar carteles de licitación y términos de referencia. No será necesaria la elaboración de un cartel ni términos de referencia en los siguientes casos:

1. Contratación de servicios públicos.
2. Suscripciones a revistas y periódicos.
3. Servicios de capacitación abierta.
4. Adquisición de combustibles, lubricantes y productos relacionados.
5. Modificación contractual o por contrato adicional, lo anterior de conformidad con los artículos 208 y 209 del RLCA.

Bastará para efectos de pago, con la presentación de la factura física o electrónica del contratista al que se le contrate el servicio, obra o bien, donde se indique con claridad el concepto de pago. En el caso de capacitaciones, deberá aportarse conjuntamente con la factura física o electrónica, el programa de la capacitación.

Artículo 8º- Divulgación de los carteles. Todo cartel de licitación que se tramite fuera de la plataforma de compras electrónicas, será divulgado, además de en los medios previstos en la LCA y el RLCA y sus reformas, en la página web de la ARESEP. Se podrán tramitar fuera de la plataforma de compras electrónicas aquellas contrataciones que sean expresamente excepcionadas del concurso por la LCA o bien aquellas que requieran autorización por parte de la Contraloría General de la República.

Artículo 9º- Formalización contractual. Únicamente requerirán formalización contractual, las adjudicaciones de obras y servicios de ejecución continuada derivados de licitaciones públicas, y los derivados de un procedimiento de contratación directa, por excepción, cuyo monto alcance el límite inferior de una licitación pública. O bien aquellas contrataciones que por ley se exija la suscripción de un contrato o que por la complejidad del objeto o por seguridad jurídica, así lo recomiende el Departamento de Proveeduría. En todos los demás casos se formalizará la contratación mediante orden de compra, en cuyo caso se hará referencia, a que el contratista y la ARESEP estarán sujetos a cumplir todas las obligaciones establecidas en el cartel, y en ausencia de disposición expresa, se sujetará a las disposiciones de la LCA y el RLCA y sus reformas.

Artículo 10º- Conformación de equipos de trabajo para la ejecución de contrataciones. Para las licitaciones públicas y las abreviadas, o contrataciones directas por excepción, que alcancen el monto de una licitación pública o abreviada que lo requieran, se podrá conformar un equipo o equipos de trabajo con funcionarios de las áreas involucradas en la contratación o bien que por su especialidad resulten de apoyo a la buena marcha del contrato, de manera que funjan como contraparte. El área solicitante recomendará la conformación del equipo, que deberá ser aprobada por el RG o en su ausencia por el RGA.

CAPÍTULO II DE LAS UNIDADES CON COMPETENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 11º-Solicitud de compra y decisión inicial. La solicitud de compra para el inicio del procedimiento de contratación que corresponda, deberá ser gestionada por el área solicitante ante el DEP y la decisión inicial deberá estar suscrita por la unidad decisora.

Artículo 12º- Presentación de solicitud de compra. Cuando la adquisición del bien, obra o servicio se encuentre dentro del conjunto de funciones del área solicitante, podrán presentar solicitud de compra al DEP, los siguientes funcionarios:

- a) El Secretario de Junta Directiva.
- b) El Regulador General.
- c) El Regulador General Adjunto.
- d) Los Intendentes.
- e) Los Directores Generales.
- f) Los Directores.
- g) El Auditor Interno.
- h) Los Jefes de Departamento.

Artículo 13º- Competencias de la unidad decisora: El jerarca o titular subordinado con competencia para adoptar la decisión inicial, aprobar y modificar los carteles, dictar el acto final (adjudicación, declaratoria de desierto o infructuoso), resolver los recursos que se presenten, y modificar el contrato en:

- a) Licitaciones públicas: El Director General de la DGO. En ausencia del Director General de la DGO puede actuar el RG o el RGA. Esto aplica también, para las contrataciones directas vía excepción cuando alcancen el monto de una licitación pública.
- b) Licitaciones abreviadas: El Director de la DF. En ausencia del Director de la DF puede actuar el Director General de la DGO y el RG y o el RGA. Esto aplica también, para las contrataciones directas vía excepción cuando alcancen el monto de una licitación abreviada.
- c) Contrataciones directas de escasa cuantía: Jefe del DEP. En ausencia del Jefe del DEP, puede actuar el Director de la DF. En ausencia del Director de la DF, puede actuar el Director General de la DGO. Esto aplica también, para las contrataciones directas vía excepción cuando alcance el monto de una contratación directa por escasa cuantía.

En caso de que la unidad solicitante sea el mismo funcionario que funge como unidad decisora, según lo dispuesto en los incisos anteriores, el superior jerárquico respectivo se constituirá en la unidad decisora. En caso de que dicha coincidencia de competencias se origine por ausencia temporal del titular, el acto respectivo será asumido por el superior jerárquico del funcionario ausente.

Cuando se trate de adquisiciones de bienes, obras y servicios en los que la Auditoría Interna funja como área solicitante, se mantendrá la independencia funcional y de criterio señalada en la Ley General de Control Interno.

CAPÍTULO III UNIDADES INTERNAS PARTICIPANTES EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 14º- Del Departamento de Proveeduría. Corresponde al DEP la administración de los procedimientos de contratación administrativa de la ARESEP. Para ello, además de las funciones del DEP definidas en el RIOF, éste tendrá los siguientes deberes y obligaciones:

1. Asesorar a lo interno de la ARESEP, sobre los trámites que deben ser cumplidos en relación con los distintos procedimientos de adquisición de bienes, obras y servicios, tanto a nivel técnico como jurídico.
2. Analizar, catalogar, revisar y solicitar la corrección oportuna de los actos administrativos relacionados con el procedimiento de contratación administrativa que se trate, como medida preventiva ante posibles efectos jurídicos específicos.
3. Consolidar, elaborar, someter a aprobación y publicar en el primer mes de cada período presupuestario, la información referente al programa de adquisiciones interno de la ARESEP.
4. Elaborar, con la información que le suministre cada área solicitante en concordancia con el POI aprobado, a inicios del último trimestre de cada año, un cronograma de los concursos más relevantes del próximo período presupuestario, al cual brindará el control y seguimiento respectivo.
5. Recibir, tramitar, registrar, administrar y custodiar, todos los documentos que conforman el Registro de Proveedores, en caso de no existir el registro en una plataforma de compras electrónicas.
6. Elaborar y mantener actualizada una base documental con un conjunto de formatos que incluyan solicitudes de inicio, decisión inicial, carteles, solicitud de modificación contractual, solicitud de inicio de un procedimiento de rescisión y resolución contractual y prórroga de contratos, solicitud de autorización ante la CGR, solicitud de refrendo ante la CGR, solicitud de finiquito, estandarizados y normalizados según las buenas prácticas del Sistema de Gestión de Calidad institucional, que sirvan de guía, para la contratación de bienes, obras y servicios y para los trámites posteriores a la orden de inicio, en la fase de ejecución contractual.
7. Velar para que en los carteles de licitación y términos de referencia siempre se incluyan los requerimientos técnicos y jurídicos mínimos. Para lo que emitirá criterio jurídico dirigido a las unidades solicitantes, para adecuar los documentos preliminares de carteles. Previo a la remisión del cartel y o los términos de referencia para ser aprobados por parte de la unidad decisora.
8. Conducir los procedimientos de contratación administrativa de la ARESEP.
9. Conformar y custodiar los expedientes administrativos físicos y toda clase de documentos propios de los procedimientos de compra que se realicen fuera de una plataforma de compras electrónicas, y velar porque los encargados de cada trámite suban los documentos necesarios en la plataforma electrónica, para conformar adecuadamente el expediente electrónico.
10. Contar con una plataforma de registro de información sobre las contrataciones, su avance y estatus, que permita consultar la trazabilidad de cada una, de manera que permita controlar los plazos asociados de cada una de las etapas del procedimiento de contratación administrativa de conformidad con el Manual de Procedimientos.
11. Ser el contacto oficial entre la ARESEP y los potenciales oferentes, los oferentes y adjudicatarios.
12. Elaborar y gestionar ante la CGR, cualquier solicitud de autorización o trámite que se requiera en los procedimientos de adquisición de bienes, obras y servicios, en coordinación con el área solicitante y el Regulador General.
13. Velar porque no se incurra en fragmentación ilícita en las contrataciones a su cargo.
14. Verificar la existencia de contenido presupuestario suficiente en todo procedimiento de contratación administrativa, con base en la información que aporte el área solicitante.
15. Revisar la solicitud de compra presentada por el área solicitante, de manera que cumpla con los requisitos técnicos y jurídicos, según lo establecido en el Manual de Procedimientos, para que se pueda emitir la decisión inicial.
16. Determinar si proceden las decisiones iniciales, según lo establecido en el plan anual de adquisiciones y las justificaciones asociadas y de conformidad con la normativa vigente

17. Fungir como unidad decisora, de conformidad con las competencias otorgadas en el presente Reglamento.
18. Convocar, conducir y levantar el acta de las audiencias previas al cartel, cuando el área solicitante lo considere necesario para fortalecer el cartel definitivo.
19. Elaborar los carteles de licitación de los procedimientos de contratación y remitirlos a revisión del área solicitante.
20. Preparar la versión final de los carteles de licitación y términos de referencia, para los distintos procedimientos de contratación que se generen.
21. Tramitar la aprobación del cartel de licitación ante la unidad competente y publicarlo cuando corresponda en el diario oficial La Gaceta y en los medios electrónicos correspondientes.
22. Valorar la admisibilidad de los recursos administrativos que se presenten contra los actos en los procedimientos de contratación administrativa, así como emitir los criterios jurídicos, proyectos de resolución y notificar la resolución que se dicte al efecto.
23. Elaborar y tramitar la respuesta a las audiencias que otorgue la CGR en la atención de recursos que le corresponda resolver a ese órgano.
24. Tramitar oportunamente, en coordinación con las áreas solicitantes las modificaciones, prórrogas y aclaraciones que deban realizarse al cartel de la licitación y términos de referencia.
25. Conducir los actos de apertura de ofertas en los procedimientos de contratación.
26. Levantar un acta donde se dejará constancia de la apertura de ofertas físicas que se presenten.
27. Realizar el estudio legal a las ofertas que se reciban en los procedimientos de contratación administrativa y dictaminar desde el punto de vista legal, la procedencia o improcedencia de la subsanación de ofertas.
28. Emitir los dictámenes legales para la admisibilidad o la inadmisibilidad de las ofertas.
29. Gestionar ante las áreas solicitantes, la elaboración de los dictámenes técnicos en relación con la revisión de la admisibilidad o la inadmisibilidad de ofertas, su evaluación y su recomendación para el acto final.
30. Solicitar a los oferentes, cuando la contratación se realice en un expediente físico, la subsanación de las ofertas que corresponda. En los casos en el que el procedimiento de contratación que se tramite en expediente electrónico, la subsanación de las ofertas la deberá realizar el área solicitante, en lo que respecta a aspectos técnicos y en la parte jurídica le corresponderá al asesor legal del DEP.
31. Gestionar ante las áreas solicitantes, la aplicación del sistema de evaluación de ofertas y la recomendación del acto final.
32. Gestionar ante el funcionario competente, el dictado del acto final y comunicarlo.
33. Elaborar, firmar y tramitar las órdenes de compra, o elaborar y formalizar el contrato según corresponda en cada contratación.
34. Realizar las gestiones necesarias para garantizar que en los contratos y órdenes de compra que se generen, se cancele el importe correspondiente de especies fiscales, acorde con la cuantía del negocio y se presente la garantía de cumplimiento respectiva.
35. Remitir a la DGAJR, cuando corresponda, las órdenes de compra y contratos administrativos que requieren de aprobación interna.
36. Elevar a conocimiento y aprobación de la Junta Directiva, los contratos de obras y servicios que corresponda según este reglamento, emitiendo el respectivo criterio jurídico.
37. Gestionar y tramitar ante la Contraloría General de la República el refrendo contralor, cuando ello resulte necesario.
38. Comunicar al área solicitante, la aprobación interna o refrendo contralor, para que ésta proceda a girar la orden de inicio al contratista.

39. Verificar el recibido conforme de los bienes, obras y servicios contratados, mediante la existencia en el expediente de la contratación del respectivo informe emitido por la contraparte institucional.
40. Tramitar ante la DF, los pagos respectivos a los proveedores de bienes, obras y servicios, que han cumplido con la entrega a satisfacción de lo contratado.
41. Velar por la renovación y actualización de las garantías de participación y cumplimiento, presentadas en los procedimientos de contratación administrativa, así como verificar la procedencia de la devolución, previo informe del área solicitante.
42. Gestionar, en coordinación con el área solicitante y dentro de los plazos dispuestos, los trámites atinentes a prórrogas, suspensiones, modificaciones unilaterales, contratos adicionales, suspensión, extinción, resolución y rescisión contractual.
43. Gestionar ante el área solicitante, las solicitudes de reajustes y revisión de costos que presenten los contratistas.
44. Registrar y actualizar los procesos de contratación administrativa en el portal electrónico de la Institución, de conformidad con las obligaciones de transparencia vigentes, así como en los diferentes sistemas informáticos que llegaren a implementarse por mandato legal o normativa interna.
45. Comunicar a la DGO, mediante un informe detallado, de las anomalías que se detecten en los procedimientos de contratación, de conformidad con la LCA y el RLCA.
46. Remitir, mediante un informe detallado al RG, los reclamos administrativos originados en procedimientos de contratación administrativa.
47. Tramitar y adjudicar las compras con fondos de caja chica, que se generen de conformidad con la normativa vigente.
48. Gestionar ante la DGO, la actualización de la normativa interna en materia de contratación administrativa cuando se requiera. En conjunto con su solicitud, enviará una propuesta de mejora o modificación debidamente fundamentada.
49. Recomendar al RG, el inicio del procedimiento administrativo por posible aplicación de cláusulas penales, multas, sanciones, incumplimientos contractuales y contrataciones irregulares, previo conocimiento del informe del área solicitante, garantizando que el informe rendido cumpla con los requisitos mínimos legales necesarios para fundamentar cada causal. Igualmente, recomendar lo pertinente para la aplicación y ejecución de las cláusulas penales y multas, de conformidad con la normativa vigente.
50. Recomendar al RG, la ejecución de garantías de participación y cumplimiento cuando corresponda, previa solicitud del área solicitante. Para lo que brindará su apoyo en el proceso respectivo.
51. Recomendar al RG, el inicio del procedimiento administrativo respectivo, por reclamos administrativos originados en un procedimiento de contratación administrativa, interpuestos por proveedores, lo que hará a través de un informe pormenorizado de los hechos que dieron origen al reclamo.
52. Elaborar el finiquito de contrato y remitirlo al RG, previa solicitud del área solicitante.

Artículo 15º- De la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. Corresponde a la DGAJR, además de las funciones establecidas en el RIOF, cumplir con los siguientes deberes y obligaciones:

1. Realizar la instrucción formal de los procedimientos administrativos de la ARESEP atinentes a contratación administrativa, en materia de incumplimiento contractual, contratación irregular, sancionatorios, reclamos administrativos, así como los relacionados con la ejecución de cláusulas penales y/o multas.

2. Fungir como Unidad Interna de Aprobaciones, por lo cual debe otorgar la aprobación interna de aquellas contrataciones que de conformidad con el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, de la Contraloría General de la República, así lo requieran.

Artículo 16º- Del área solicitante - contraparte. Corresponde al área solicitante, solicitar la adquisición de bienes, obras y servicios, y fungir como contraparte institucional, en los procedimientos de contratación. Para ello, cuenta al menos con los siguientes deberes y obligaciones:

1. Establecer sus necesidades de adquisición de obras, bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones, en la materia de su competencia, lo cual debe ser concordante con lo aprobado en el POI.
2. Definir los objetivos, el plan de acción y la estimación de recursos financieros requeridos anualmente, para las contrataciones que le competen.
3. Realizar los estudios de mercado necesarios para concretar sus necesidades en la adquisición de bienes, obras y servicios que requieran, y valorar la procedencia de realizar la audiencia previa al cartel.
4. Elaborar los términos de referencia que se requieran para la tramitación del procedimiento de contratación administrativa.
5. Valorar, una vez analizada su razonabilidad, la inclusión en los términos de referencia de la garantía de participación, garantía de cumplimiento, multas, cobros, devolución de garantías, cláusula penal y cláusula de retención, indicando su respectivo porcentaje.
6. Supervisar que la contratación, con sus respectivas ampliaciones, no supere el límite máximo previsto para el tipo de procedimiento del concurso.
7. Elaborar la solicitud de compra del procedimiento de contratación respectiva, debidamente justificada, motivada, que abarque todas las situaciones de hecho y de derecho del negocio, y que esté sustancialmente conforme con los requisitos de la LCA y el RLCA. E indicar si requiere la tramitación de audiencia previa al cartel. En los casos de procedimientos por excepción, además de la solicitud de compra de procedimiento, el área solicitante deberá aportar los estudios de razonabilidad del monto, la justificación para fundamentar la excepción y los proveedores recomendados.
8. Emitir recomendaciones de orden técnico sobre los borradores de carteles que sean sometidos a su revisión.
9. Tramitar oportunamente las aclaraciones que deban realizarse al cartel de la licitación y términos de referencia, coordinando con el DEP.
10. Rendir, dentro del plazo que el DEP le señale, los dictámenes técnicos con respecto a la revisión de ofertas, señalando la procedencia o improcedencia de las subsanaciones y la admisibilidad de las ofertas. Así como, solicitar a los oferentes oportunamente y en los casos que se requiera y se apliquen, las subsanaciones de las ofertas, tramitadas bajo un procedimiento ordinario, llevado a cabo en la plataforma de compras electrónica, en el plazo establecido.
11. Aplicar el sistema de evaluación, definido en el cartel de licitación o términos de referencia, y emitir la recomendación del acto final.
12. Brindar oportunamente al DEP, el criterio técnico que le sea solicitado, para la atención de los recursos que se presenten en los procedimientos de contratación administrativa.
13. Fungir como contraparte institucional del contrato, cuando así sea dispuesto en el cartel o en los términos de referencia, y velar por su correcta ejecución. Para ello, deberá informar por escrito al DEP, acerca del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales que se

presenten y solicitar la ejecución provisional de la garantía de cumplimiento, cláusulas penales, multas y sanciones, así como las gestiones de prórroga de entrega de bienes, obras y servicios, para lo cual debe rendir la correspondiente recomendación técnica.

14. Girar la orden de inicio del contrato o ejecución de la contratación en los procedimientos que haya solicitado.

15. Recibir o dar por recibidos los bienes, obras y servicios contratados.

16. Coordinar con el contratista, los aspectos operativos y funcionales durante la fase de ejecución contractual, en los procedimientos que se desempeña como contraparte.

17. Ser el contacto oficial entre la ARESEP y los potenciales oferentes y adjudicatarios.

18. Remitir al DEP, los documentos que se generen en el proceso de ejecución contractual, para mantener actualizado el expediente administrativo. De ser el expediente electrónico, deberá remitir vía correo electrónico los originales escaneados, dejando constancia de que son fieles copias del original.

19. Verificar que las contrataciones a su cargo, cuenten con la disponibilidad de contenido presupuestario durante el periodo de la contratación.

20. Coordinar el pago de las obras, bienes o servicios recibidos a satisfacción con el DEP y la DF, y velar por que se realicen dentro del período presupuestario correspondiente.

21. Determinar, fundamentar y solicitar oportunamente la necesidad de ampliar, disminuir o modificar el objeto de la contratación.

22. Atender las gestiones de reajustes y revisión de precios que presenten los contratistas.

23. Coordinar con el contratista, cuando este lo requiera, la presentación de la solicitud de reajuste de precio, dentro del plazo establecido en el contrato respectivo.

24. Gestionar ante el DEP, el finiquito de los contratos en los cuales funja como contraparte técnica, una vez recibido a satisfacción todos los bienes, obras y servicios contratados.

Artículo 17º- De la Dirección General de Operaciones. Corresponde a DGO, además de las funciones establecidas en el RIOF:

1. Dar el visto bueno al inicio de las contrataciones.

2. Fungir como unidad decisora, de conformidad con las competencias otorgadas en el presente Reglamento.

3. Someter a aprobación del Regulador General el Programa de Adquisiciones.

4. Resolver en apelación, los recursos que se interpongan contra el acto del DEP que excluya a proveedores del Registro de Proveedores en aplicación de las causales e) y f) del artículo 124 del RLCA.

Artículo 18º- Del Regulador General. Corresponde al RG, además de las funciones establecidas en el RIOF, realizar las siguientes funciones:

1. Fungir como unidad decisora, de conformidad con las competencias otorgadas en el presente Reglamento.

2. Atender y resolver, como órgano decisor, las recomendaciones remitidas por el DEP, en materia de procedimientos administrativos relacionados con contratación administrativa, por posible aplicación de sanciones, incumplimientos contractuales y contrataciones irregulares.

3. Atender y resolver, como jerarca superior administrativo, la ejecución provisional o definitiva de garantías de participación y cumplimiento, cuando corresponda.

4. Atender y resolver, como jerarca superior administrativo, los reclamos administrativos originados en el procedimiento de contratación administrativa, interpuestos por proveedores.

5. Firmar los contratos de la ARESEP, como representante legal de la Institución.

Artículo 19º- De la Dirección de Finanzas. Corresponde a la DF, además de las funciones establecidas en el RIOF, realizar las siguientes funciones:

1. Fungir como unidad decisora, de conformidad con las competencias otorgadas en el Presente Reglamento.
2. Reservar a pedido del área solicitante, el contenido presupuestario para atender la erogación relacionada a los procedimientos de contratación administrativa.
3. Firmar las órdenes de compra, confirmando la existencia de contenido presupuestario.
4. Velar porque el presupuesto reservado se use efectivamente en el procedimiento de contratación administrativa, para el que fue reservado.
5. Custodiar las garantías de participación y cumplimiento que sean rendidas, en los procedimientos de contratación administrativa. Para ello, llevará un registro de aquellas contenidas en un título valor y cartas de crédito, e informarán al DEP la cercanía del vencimiento del plazo para evitar que expiren y para que vele por su renovación y actualización oportuna.
6. Tramitar a solicitud del DEP, la devolución de las garantías de participación y cumplimiento.
7. Custodiar los contratos originales firmados producto de un procedimiento de contratación administrativa.
8. Realizar a solicitud del DEP, los pagos respectivos a los proveedores de bienes, obras y servicios.
9. Realizar a solicitud del DEP, los cobros de cláusulas penales y/o multas.
10. Ejecutar las resoluciones que emita el RG en los procedimientos administrativos relacionados con contratación administrativa.

Artículo 20º- De la aprobación de contratos.

1. Corresponde a la Junta Directiva, aprobar los contratos de obras y servicios, originados en licitaciones públicas, contrataciones directas vía excepción y contrataciones autorizadas, cuyo monto supere los límites establecidos para una licitación pública.
2. Corresponde al Director General de la DGO, aprobar las órdenes de compra o contratos de obras y servicios originados en licitaciones abreviadas, contrataciones directas vía excepción y contrataciones autorizadas, cuyo monto supere los límites establecidos para una licitación abreviada.
3. Corresponde al Director de la DF, aprobar las órdenes de compra de obras y servicios originados en contrataciones directas de escasa cuantía, contrataciones directas vía excepción y contrataciones autorizadas, cuyo monto corresponda a los límites establecidos para contratación directa de escasa cuantía.

CAPÍTULO IV DEL REGISTRO DE PROVEEDORES

Artículo 21º- Alcance. Las personas físicas y/o jurídicas que deseen participar en los procedimientos de contratación administrativa que promueva el DEP, a través de una plataforma de compras electrónicas, deberán registrarse previamente en su respectivo Registro de Proveedores. Para aquellas

compras que se realicen fuera de la plataforma de compras electrónicas, los potenciales oferentes podrán incorporarse al Registro de Proveedores de la ARESEP.

Artículo 22°- Procedimiento de registro.

1. El DEP invitará a los interesados en integrar el Registro de Proveedores, mediante publicación en el Diario Oficial La Gaceta, en la página web de la ARESEP y facultativamente en un diario de circulación nacional, al menos una vez al año. No obstante lo anterior, todo interesado o interesada en ser incluido en el Registro de Proveedores, podrá solicitar su incorporación en cualquier momento, sin que exista un tiempo establecido para hacerlo.
2. Los interesados deben completar, según corresponda, el “Formulario para Registro de Proveedores Personas Jurídicas” o “Formulario para Registro de Proveedores Personas Físicas”, el cual puede ser accedido desde la página web de la ARESEP, o bien retirarlo físicamente en el DEP.
3. Los interesados deben presentar el formulario original en forma física en el DEP, adjuntado la documentación requerida.

Artículo 23°- Vigencia del registro. La condición de proveedor activo tiene una vigencia de veinticuatro meses, conforme con lo que señala el artículo 122 del RLCA.

Artículo 24°- Actualización de la información. Los proveedores incluidos en el Registro de Proveedores de la ARESEP, están en la obligación de comunicar por escrito, en forma física o electrónica, al DEP, los cambios que se produzcan en su información, respecto del:

1. Nombre o razón social.
2. Dirección, teléfono, número de fax, correo electrónico.
3. Cambio de giro comercial.
4. Medio señalado para atender notificaciones.

Artículo 25°- Rotación. El DEP deberá garantizar una rotación de los proveedores inscritos en el Registro de Proveedores.

La rotación se realizará de la siguiente manera:

1. Los proveedores se invitarán en estricto orden cronológico, empezando por los proveedores más antiguos según la fecha de registro, tomando en cuenta la recurrencia de invitaciones previas.
2. El número de proveedores a invitar por cada procedimiento, dependerá de las cantidades mínimas establecidas para cada tipo de contratación, de acuerdo con la LCA y su Reglamento.
3. No se permite la participación de proveedores que tengan sanciones de inhabilitación vigentes.
4. Los proveedores catalogados como PYMES para una determinada mercancía, tienen su propio rol, de manera que se deberá rotar entre ellos.
5. La Administración tiene la potestad de decidir si invita a todos los proveedores registrados para un objeto determinado, o bien sólo a algunos de ellos.

Artículo 26°- Procedimiento de exclusión del Registro. En aplicación del artículo 124 del RLCA, los procedimientos de exclusión de proveedores del Registro, serán los siguientes:

1. Para las causales de los incisos a) y b), se tendrá por excluido al proveedor, previa incorporación al Registro de la documentación que fundamente la causal. La exclusión será resuelta por el DEP y comunicada por oficio al lugar señalado por el interesado.
2. Para las causales de los incisos c) y e), se tendrá por excluido al proveedor, previo desarrollo de un procedimiento administrativo que así lo resuelva mediante resolución final en firme.
3. Para las causales de los incisos d) y f), se tendrá por excluido al proveedor, de resolverse así, previa audiencia otorgada al interesado por el DEP, hasta por tres días hábiles, para que se manifieste sobre el particular. Vencido el plazo, el DEP resolverá conforme en derecho corresponda. Sobre lo resuelto, se aplicará el régimen recursivo ordinario previsto en la Ley General de Administración Pública.

Artículo 27°- Intercambio de bases de datos. El DEP podrá acceder o intercambiar las bases de datos de registro de proveedores de otras instituciones de conformidad con el artículo 120 del RLCA.

CAPÍTULO V USO DE LA TARJETA DE DÉBITO Y CRÉDITO INSTITUCIONAL

SECCIÓN I DE LA EMISIÓN Y USO DE LA TARJETA

Artículo 28°- Apertura de la cuenta de débito y crédito, emisión de tarjetas y suscripción de póliza de seguro. La DF gestionará la apertura de una cuenta corriente bancaria exclusiva para el uso de la tarjeta de débito y crédito, y solicitará la emisión de las tarjetas correspondientes. Además, deberá suscribir una póliza de seguros que cubra cualquier tipo de riesgo a los que se pueda verse expuesta una cuenta bancaria y garantizar que la misma se mantenga vigente.

Artículo 29°- Mantenimiento de las tarjetas. La DF gestionará la renovación, reemplazo por deterioro o reposición de la tarjeta cuando sea necesario para lo que deberá cubrir el costo de la comisión correspondiente; en caso de extravío por razones imputables al tarjetahabiente, éste será el responsable de cubrir el costo de la reposición. En caso de robo de la tarjeta, el tarjetahabiente deberá de inmediato presentar la denuncia respectiva ante el Ministerio Público, en cuyo caso el reemplazo será cubierto por la Institución.

Artículo 30°- Personal autorizado para el uso de la tarjeta. Los tarjetahabientes serán el Jefe y los funcionarios del DEP, designados por el Jefe. La designación del funcionario será informada por el DEP, a través de los medios oficiales, a la DGO y a la DF.

Artículo 31°- Uso de la tarjeta. Las tarjetas de débito y crédito, como medios de pago institucional, podrán ser utilizadas para las erogaciones producto de las compras autorizadas que estén relacionadas a procedimientos de contratación administrativa, que tengan como particularidad que la única forma de pago es mediante tarjeta de débito o de crédito. La tarjeta otorgada a cada tarjetahabiente es personal e intransferible. Las compras con la tarjeta son responsabilidad absoluta de cada tarjetahabiente. El Tarjetahabiente podrá realizar los pagos de las compras vía internet o bien en los comercios que sólo acepten esta modalidad. Las compras podrán realizarse en moneda nacional o en dólares de los Estados Unidos de América.

Una vez realizada la compra, el tarjetahabiente deberá adjuntar un comprobante de la transacción o del pago del bien o servicio que se adquirió, a la DF, un día hábil posterior a la compra realizada, quedando a la espera de la liquidación definitiva una vez que se reciba formalmente el bien o servicio y la factura respectiva.

El pago de la tarjeta de crédito deberá cancelarse al contado, dentro de los plazos establecidos por el banco emisor, para no permitir que se incurra en el pago de intereses; asimismo deberá procurarse que la fecha de pago y su liquidación no superen el período presupuestario en el que se generó el gasto.

Artículo 32°- Custodia de la tarjeta. Las tarjetas serán entregadas al tarjetahabiente quien se encargará de su adecuada custodia.

Artículo 33°- Administración de los fondos de la cuenta bancaria. Corresponderá a la DF, controlar el saldo de la cuenta bancaria que respalda la tarjeta de débito, la cual se mantendrá con un mínimo de dos mil dólares, moneda de curso legal de los Estados Unidos de América o su equivalente en colones, en caso de ocupar una suma mayor para realizar el pago el tarjetahabiente solicitará a la DF que gire los fondos adicionales, por transferencia electrónica, para poder realizar la erogación completa, para ello deberá adjuntar la orden de compra o el contrato respectivo que resulte de la contratación. Asimismo la DF deberá monitorear la cuenta constantemente y mantener el saldo respectivo.

La tarjeta de crédito deberá tener un límite de crédito no mayor a dos mil dólares, moneda de curso legal de los Estados Unidos de América o su equivalente en colones.

Artículo 34°- Extravío, robo o hurto de la tarjeta. En los casos de extravío, hurto o robo, el tarjetahabiente debe comunicarlo inmediatamente al Banco emisor por las vías que la entidad bancaria ponga a su disposición. Una vez hecho el reporte al banco, deberá informarlo de inmediato a la DF, indicándose el día y la hora del reporte.

Artículo 35°- Uso indebido de la tarjeta. Si la DF detecta un posible uso diferente al permitido en el artículo 31 de este reglamento, deberá informarlo de inmediato a la DGO, para que eleve el informe respectivo, ante el Despacho del RG, a fin de que se tomen las medidas pertinentes.

Artículo 36°- Desactivar o bloquear la tarjeta. En caso de que por algún motivo el tarjetahabiente haga uso indebido de la tarjeta o deje de laborar, ya sea en forma permanente o temporal para la ARESEP, la DGO deberá proceder a informar inmediatamente a la DF, para que ésta solicite al Banco desactivar o bloquear la tarjeta electrónica, según sea el caso.

SECCIÓN II DEL PROCEDIMIENTO PARA PAGO CON TARJETA DE DÉBITO Y CRÉDITO

Artículo 37°- Traslado de fondos a la cuenta. Una vez autorizada la compra por medio del procedimiento de contratación administrativa o de caja chica correspondiente, y de resultar el monto superior al saldo mínimo establecido en el presente reglamento, el tarjetahabiente solicitará por medio del formulario que al efecto confeccione la DF, el traslado de fondos a la cuenta bancaria, para lo cual adjuntará al formulario, el comprobante de la adjudicación de la compra.

Artículo 38°- Transferencia de fondos. Una vez recibido en la DF la solicitud y el formulario citado en el artículo anterior, realizará la transferencia de fondos en un plazo no mayor a dos días hábiles.

Artículo 39°- Pago. Una vez autorizada la compra por medio del procedimiento de contratación administrativa o caja chica respectivo, y verificando que la cuenta bancaria tenga el disponible para el pago correspondiente, el tarjetahabiente procederá a realizar el pago.

Artículo 40°- Conciliación de la cuenta. Es responsabilidad de la DF revisar al menos mensualmente el estado de cuenta de la tarjeta y conciliar con los comprobantes de pago, así como reportar de inmediato a la DGO cualquier anomalía, para que sea comunicada al Despacho del RG y se tomen las medidas pertinentes.

CAPÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES

Artículo 41°- Uso de medios electrónicos y telemáticos. Dentro de los procesos de compra, se considerará oficialmente comunicada la información generada mediante la página web institucional, así como cualquier mensaje que se transmita en forma electrónica y telemática, por parte de medios o cuentas de correos del DEP autorizados para dichos efectos, así como mediante el uso de una plataforma de compras electrónica.

Artículo 42°- Integración de normas. El presente reglamento se integra con lo que disponga la LCA, el RLCA, el Manual de Procedimientos, el Reglamento de Caja Chica los lineamientos que emita el RG en materia de compras públicas, el RAS, RIOF, los lineamiento de plataforma de compras electrónicas cuyo uso esté vigente en la institución, y cualquier norma jurídica aplicable.

Artículo 43°- Posibles sanciones. Cualquier violación a las reglas dispuestas en este Reglamento se sujetará a lo dispuesto en la LCA y el RLCA, y a la normativa interna vigente de la ARESEP.

Artículo 44°- Derogatoria. Se deroga el Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, publicado el 3 de noviembre de 2011, mediante la Gaceta N° 211 y sus reformas, así como cualquier normativa o disposición vigente a la fecha de entrada en vigencia de este reglamento, que sea contraponga a lo aquí reformado.

Artículo 45°- Vigencia. Rige a partir de su publicación.

Transitorio I.- Los procedimientos de compra iniciados con anterioridad a la publicación de este Reglamento se ajustarán en lo sucesivo a lo aquí dispuesto.

Transitorio II: Los asuntos que, en función de la normativa reformada, se encontraren en atención de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a la fecha de vigencia de esta reforma, serán trasladados, para su atención, al Departamento de Proveeduría excepto los recursos administrativos de contratación administrativa, los que deberán ser finalizados por esa Dirección General.

COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

ARTÍCULO 6. Propuesta final de Reforma de los artículos 13 y 28 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF). Expediente OT-60-2017.

La Junta Directiva conoce los oficios 388-DGAJR-2017 del 21 de abril de 2017 y 417-DGAJR-2017 del 2 de mayo de 2017, mediante los cuales la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria presenta la propuesta de reforma de los artículos 13 y 28 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF).

La señora **Carol Solano Durán** explica que la propuesta tiene como objetivo modificar en el RIOF, lo tocante a las funciones legales en materia de contratación administrativa. La modificación es de dos artículos, el 13 que se refiere a las funciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; y el artículo 28 atinente a las funciones del Departamento de Proveeduría.

Seguidamente se refiere a los antecedentes, motivo y contenido de la reforma del citado Reglamento; así como a la competencia de la Junta Directiva y al procedimiento seguido para la aprobación del reglamento.

Indica que, del proceso de consulta a los funcionarios de la Aresep, se presentaron dos observaciones; una realizada por la señora Alejandra Castro Cascante, funcionaria de la Dirección General de Estrategia y Evaluación (DGEE) y otra por la Dirección de Operaciones. La señora Castro en su observación, hace ver que tiene claro que lo único que se está modificando son los artículos 13 y 28; pero consideró hacer una advertencia de legalidad en cuanto a las funciones de la DGEE; indica que no es el momento procesal oportuno para hacer cambios a otros artículos.

En la observación presentada, la señora Castro Cascante señala que el Capítulo III de la Ley de Control Interno establece que la responsabilidad de control interno es del Jerarca. El artículo 10 de esta Ley, indica que el jerarca institucional es el llamado a encargarse del sistema de control interno. Actualmente en la Aresep esta función no está a cargo directamente del jerarca, sino de la DGEE, la cual depende del Regulador General, según lo establece el artículo 12, inciso 13 y 14 del RIOF.

La señora **Anayansie Herrera Araya** señala que el alcance del artículo 10 de la Ley General de Control Interno es más amplio, y que ya existe una propuesta de la Dirección General de Estrategia y Evaluación y del anterior Regulador para que se valore la ubicación de las funciones de evaluación de control interno y riesgos.

Respecto de la propuesta para el artículo 28, inciso 16, la señora **Anayansie Herrera Araya** señala que su contenido no abarca la revisión legal que se debe realizar en materia de contratación administrativa, porque se refiere solo a una parte de la revisión legal que se realiza al final de la contratación administrativa y no para todas las contrataciones, que es la revisión de los contratos. En este artículo debería tener una redacción más general que abarque la valoración legal en materia de contratación administrativa que se realizará desde la Proveeduría y la especificidad en el RICA.

Por otra parte, la Dirección General de Operaciones propuso incluir un Transitorio, en el sentido de que los recursos administrativos que se estén tramitando cuando este Reglamento entre en vigencia, continúen siendo resueltos por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, hasta su trámite.

La señora **Solano Durán** explica que, de ambas observaciones, solo se acogió la presentada por la Dirección General de Operaciones. La que hizo la señora Castro se rechazó porque el artículo al que se refiere, no se está modificando en esta oportunidad.

Finalmente, se refiere a las conclusiones arribadas e indica la Junta Directiva es competente para conocer, discutir y aprobar la propuesta de reforma de los artículos 13 y 28 del Reglamento Interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF).

La propuesta de reglamento en cuestión, se ha elaborado a través del procedimiento JR-PO-01 y en la Directriz 555-RG-2014, ello a través de la apertura del expediente, el sometimiento a consulta de los funcionarios, el análisis de las observaciones realizadas y la elaboración de un informe final, por lo tanto, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria recomienda someter a conocimiento y discusión de esta Junta Directiva la propuesta de reforma de los artículos 13 y 28 del Reglamento Interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF).

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme a los oficios 388-DGAJR-2017 y 417-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

CONSIDERANDO:

- I. Que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), es una institución autónoma con personalidad jurídica, patrimonio propio y presupuesto independiente, que goza de autonomía técnica y administrativa y se rige por la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), sus reglamentos, así como por las demás normas jurídicas complementarias.
- II. Que el artículo 59 párrafos 2 y 3 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) faculta a la Administración para que, por medio de reglamento autónomo, establezca la distribución interna de competencias, las relaciones entre los órganos y la creación de servicios sin que contenga la atribución de potestades de imperio.
- III. Que los artículos 1, 45 y 53 de la Ley 7593 facultan a ésta para establecer su organización interna, a fin de cumplir con sus funciones.
- IV. Que la Aresep cuenta con un Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF), publicado en el Alcance 101 al diario oficial La Gaceta 105, del 3 de junio de 2013 y cuya última reforma lo es del 21 de agosto de 2014.
- V. Que el 3 de noviembre de 2014, se aprobó el Procedimiento para la creación y modificación de normativa administrativa interna (JR-PO-01), en el que se establecen las actividades necesarias para presentar la iniciativa relacionada a la creación y modificación de la normativa administrativa interna, así como las tareas conducentes a su aprobación por parte de la Junta Directiva, según lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 7593 y el artículo 6 del RIOF.

- VI. Que el 3 de marzo de 2017, mediante el oficio 118-DGO-2017, la Dirección General de Operaciones, remitió al Regulador General, como presidente de la Junta Directiva, su propuesta de modificación al Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (RICA) y al RIOF. Oficio que en lo que interesa, indica:

(...)

Con la nueva propuesta se tiene como objetivo primordial darle mayor agilidad al proceso de compras institucional, lo que se lograría trasladando algunas funciones que actualmente realiza la DGAJR, al Departamento de Proveeduría, lo que necesariamente conlleva modificar no sólo el RICA sino también el RIOF y finalmente una vez hechas las reformas mencionadas, la Administración Superior deberá ordenar la elaboración de un nuevo manual de procedimientos de contratación administrativa, que se ajuste a esos cambios funcionales y que responda al Sistema de Gestión de Calidad (SGC), instrumento en el cual se ajusten los plazos de ejecución de cada uno de los procesos que se realizan.

(...)

Se propone modificar las funciones de contratación administrativa, tanto a nivel de RIOF como del RICA, del Regulador General, de la DGAJR, de la DGO, de la Dirección de Finanzas, así como ampliar las competencias del Departamento de Proveeduría, para que asuma, con el traslado de personal idóneo (abogado o abogados expertos en contratación administrativa), las funciones que venía realizando la DGAJR, a excepción de la aprobación interna de los contratos, y la instrucción de los procedimientos administrativos relativos a contratación administrativa, entre otras modificaciones.

En mérito de lo expuesto presentamos el proyecto de modificación del RIOF y del RICA de manera conjunta para garantizar la mayor celeridad procesal, ya que existe un nexo de causalidad entre ambos proyectos, puesto que la reforma que se recomienda para el RIOF es el sustrato necesario para justificar las modificaciones que se recomiendan en el RICA y ambas propuestas persiguen el mismo motivo, contenido y fin.

(...)

1) Motivo:

(...)

- Se observó en los últimos años (desde el año 2011 a la fecha), durante la aplicación del RICA, que surgieron una serie de situaciones propias de la aplicación del reglamento, que generan atrasos innecesarios en la ejecución de los procedimientos de contratación administrativa, lo que motivó a hacerlos más expeditos. Lo anterior en apego del principio de legalidad que rige los procedimientos de contratación administrativa, así como al cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia, contemplados en el artículo 4 la Ley de Contratación Administrativa, entendido como que todos los actos relativos a la actividad contractual deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos públicos.*
- Esto implica que para mejorar la eficiencia y eficacia se deben trasladar funciones del procedimiento de contratación administrativa que en el RIOF pertenecen a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para que se realicen en el Departamento de Proveeduría. Quedando únicamente como funciones en la DGAJR en esta materia, las aprobaciones internas de los contratos que así lo requieran, la instrucción de los procedimientos administrativos y la atención de los reclamos administrativos.*

(...)

1) Contenido del RIOF:

- *En el contenido se recomiendan las siguientes variaciones:*

En cuanto a la forma del RIOF:

- *Modificar las funciones en materia de contratación administrativa de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria para ser asumidas por el Departamento de Proveeduría, a excepción de las aprobaciones internas y la instrucción de los procedimientos administrativos.*
- *Variar la numeración de los incisos del artículo 13 por la supresión de funciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.*
- *Variar la numeración de los incisos del artículo 28 por la incorporación de temas nuevos y ampliación de actividades.*

En cuanto al fondo del RIOF:

- *Modificar el artículo 14 sobre las competencias del Departamento de Proveeduría, para que asuma las funciones que venía realizando la DGAJR, excepto en el tema de la aprobación interna, la instrucción de procedimientos administrativos de contratación y la atención de reclamos administrativos.*
- *Modificar el artículo 13 sobre las competencias de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para trasladarlas al Departamento de Proveeduría. Manteniendo las de aprobación interna, la instrucción de procedimientos administrativos de contratación y la atención de reclamos administrativos.*

(...)

3) Fin de ambas propuestas:

Se requiere que se modifique el RIOF y el RICA, con la finalidad de renovarlos, de modo que se adecúen a los requerimientos actuales, aprovechando las oportunidades de mejora detectadas por las áreas involucradas en el desarrollo del procedimiento de contratación administrativa (DGO, DGAJR, DEP Y DGEE) y por la actual Administración que dentro sus objetivos se encuentra agilizar los procedimientos de contratación administrativa al máximo.

Asimismo aclaramos que en el proyecto de modificación se detalla la forma en la que se pretenden implementar los cambios respectivos, lo que no va generar cambios abruptos en el proceso, ya que existe la estructura interna necesaria, para hacer frente a las funciones y obligaciones que varían con la propuesta.

(...)

4) Viabilidad económica:

Esta propuesta, resulta financieramente viable desde el punto de vista de costos de operación, ya que el objetivo de regular el procedimiento de contratación administrativa, se llevará a cabo con el personal actual y no supone ningún incremento del presupuesto de la Institución. Ya que se trasladará las plazas de profesionales en derecho que técnicamente correspondan.

(...)"

- VII. Que el 17 de marzo de 2017, mediante el oficio 146-DGO-2017, la Dirección General de Operaciones, remitió al Regulador General, como presidente de la Junta Directiva, modificación al oficio 118-DGO-2017 del 3 de marzo de 2017.
- VIII. Que el 21 de marzo de 2017, mediante el acuerdo 03-13-2017, del acta de la sesión ordinaria 13-2017, la Junta Directiva resolvió por unanimidad y con carácter de firme: *“Ordenar a la Secretaría de Junta Directiva, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y a la Dirección General de Operaciones que, de conformidad con el procedimiento JR-PO-01 de agosto de 2014 “Sobre propuestas de normativa administrativa”, proceda con la propuesta de reforma del Reglamento Interno de Contratación Administrativa (RICA) y el Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado RIOF, con el objeto de modificar funciones en materia de contratación administrativa”*.
- IX. Que el 21 de marzo de 2017, mediante el oficio 252-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva, comunicó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y a la Dirección General de Operaciones, el acuerdo 03-13-2017, de la sesión ordinaria 13-2017, de la Junta Directiva, celebrada el mismo día.
- X. Que el 24 de marzo de 2017, mediante el oficio 309-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remitió a la Secretaría de Junta Directiva, la propuesta de reforma de RIOF, con la recomendación de que la Secretaría de Junta Directiva, sometiera a consulta interna de los funcionarios de Aresep, incluida la Sutel, la propuesta mencionada.
- XI. Que el 24 de marzo de 2017, la Secretaría de Junta Directiva, sometió, por diez días hábiles, a consulta interna de los funcionarios de Aresep y de la Sutel, la propuesta de reforma RIOF, período que transcurrió entre el 27 de marzo y el 7 de abril, ambas fechas de 2017.
- XII. Que el 17 de abril de 2017, mediante el oficio 306-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva, remitió a la DGAJR, la observación realizada a la propuesta de reforma del RIOF por parte de la funcionaria Alejandra Castro Cascante.
- XIII. Que el 21 de abril de 2017, mediante el oficio 326-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva, amplió el oficio 306-SJD-2017. (Sau 11397-2017 pendientes de incorporar al expediente a la fecha)
- XIV. Que el 21 de abril de 2017, mediante el oficio 388-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, remitió a la Junta Directiva, el informe final con el análisis sobre la propuesta de reforma de los artículos 13 y 28 del RIOF.
- XV. Que en atención a los considerandos anteriores, lo procedente es aprobar la reforma de los artículos 13 y 28 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF), tramitada en el expediente OT-060-2017, tal y como se dispone.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593) y sus reformas, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dispone:

ACUERDO 04-26-2017

Reformar el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF), en los siguientes términos:

***Artículo 1:** Refórmese los artículos 13 y 28 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF), para que en adelante se lean de la siguiente manera:*

“Artículo 13. Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria

(...)

6. Derogado.

(...)

10. *Rendir criterio sobre los recursos administrativos que deban conocer las dependencias que forman parte del Despacho del Regulador General, Centro de Desarrollo de la Regulación, Dirección General de Atención del Usuario y de la Dirección General de Operaciones, con la salvedad de los recursos relativos al procedimiento de contratación administrativa, propiamente los recursos de objeción al cartel, revocatoria contra el acto de adjudicación, y sobre el acto que declara desierto o infructuoso el concurso y cualquier otro, cuya atención corresponderá al asesor o asesores legales del Departamento de Proveeduría. (...).”*

“Artículo 28. Departamento de Proveeduría.

(...)

16. *Rendir criterio jurídico sobre los contratos de bienes y servicios que deba aprobar la Junta Directiva, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.*

17. *Administrar y controlar los contratos de bienes muebles e inmuebles y servicios que requiere la Institución para su operación, así como la recepción, almacenamiento y distribución oportuna de los materiales y suministros requeridos en los diferentes departamentos.*

18. *Cooperar con otros funcionarios y dependencias en la consecución del fin público de Aresep.*

19. *Todas aquellas otras funciones que le asigne la Junta Directiva, el Regulador General o el Director General de Operaciones, atinentes al Departamento de Proveeduría.”*

***Artículo 2: Derogatoria:** Se deroga cualquier normativa o disposición vigente a la fecha de entrada en vigencia de esta reforma, que se contraponga a lo aquí reformado.*

Artículo 3: Vigencia: Rige a partir de su publicación.

Artículo 4: Transitorio: Los asuntos que, en función de la normativa reformada, se encontraren en atención de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a la fecha de entrada en vigencia de esta reforma, serán trasladados, para su atención, al Departamento de Proveeduría.

COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

En cuanto a la recomendación adicional emitida por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que, el criterio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria contiene una recomendación adicional, que consiste en remitir la observación planteada por la funcionaria Alejandra Castro Cascante en el proceso de consulta de la modificación al RIOF, a la Dirección General de Estrategia y Evaluación (DGEE) para su valoración y recomendación a la Junta Directiva, en caso de ser procedente dicha observación.

Analizada la recomendación, la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 05-26-2017

Remitir a la Dirección General de Estrategia y Evaluación, la observación planteada por la funcionaria Alejandra Castro Cascante durante el proceso de consulta de la modificación al Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF), para su valoración y posterior recomendación, en lo que corresponda, a esta Junta Directiva.

A las diez horas con quince minutos se retiran del salón de sesiones, el señor (as) Rodolfo González Blanco, Merari Herrera Campos y Francela García Romero.

ARTÍCULO 7. Recurso de revocatoria (reposición), interpuesto por la Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-045-2017. Expediente OT-082-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 306-DGAJR-2017 del 24 de marzo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de revocatoria (reposición), interpuesto por la Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-045-2017.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 306-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-009-2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 07 de junio de 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”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 (expediente ET-135-2008).
- II. 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, aprobó la *“Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”*, la cual fue 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, RJD-013-2012 del 29 de febrero de 2012 y publicada en La Gaceta N° 74 del 17 de abril de 2012 y RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10, a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014 (expediente OT-029-2011).
- III. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10, a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014 (expediente OT-028-2011).
- IV. Que el 8 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-17-2016, la Junta Directiva, luego de haber seguido el procedimiento respectivo, entre otras cosas, aprobó la modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables, publicada en el Alcance Digital N° 17, a La Gaceta N° 31, del 15 de febrero de 2016 (folios 593 al 609 del OT-082-2015).
- V. Que el 22 de febrero de 2016, el señor Esteban José Lara Erramouspe, en su condición personal y como representante de Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., interpuso recurso de reposición, contra la resolución RJD-17-2016 (folios 703 al 708).
- VI. Que el 2 de mayo de 2016, mediante el oficio 315-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, comunicó un error material en la notificación de la resolución RJD-17-2016, en cuanto a la omisión de la comunicación del Voto Salvado de la Directora Sonia Muñoz Tuk (folios 907 al 918).
- VII. Que el 6 de mayo de 2016, Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., interpuso recurso de reposición y gestión de nulidad, contra la resolución RJD-017-2016 (folios 903 al 906).
- VIII. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva, comunicó el acuerdo N° 06-27-2016, que se aprobó en la sesión ordinaria N° 27-2016, el cual dispuso:

“1. Suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, aprobada mediante el acuerdo 01-07-2016, celebrada el 8 de febrero de 2016, publicada en el alcance 17 de La Gaceta 31 del 15 de febrero de 2016, hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología. // 2. Notificar a las partes.” (folios 1089 al 1102).

- IX.** Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva, comunicó el acuerdo N° 07-27-2016, que se aprobó en la sesión ordinaria N° 27-2016, el cual señaló:

“(...) Solicitar a la Comisión ad hoc que, conforme al acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, lleve a cabo un estudio integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, considerando las observaciones y sugerencias planteadas en este tema por los miembros de la Junta Directiva y se eleve a conocimiento la versión ajustada del caso, para los fines pertinentes. (...)” (folios 1089 al 1102).

- X.** Que el 19 de mayo de 2016, mediante la resolución RJD-093-2016, la Junta Directiva, rechazó por inadmisibles, los recursos de reposición, interpuestos por el señor Esteban José Lara Erramouspe en su condición personal y como representante de Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-17-2016 (folios 1216 al 1231).
- XI.** Que el 14 de junio de 2016, por medio del correo electrónico y por instrucciones del señor Regulador General, se integró una fuerza de tarea para realizar un análisis de la sensibilidad, consecuencia de las modificaciones de la metodología, para incluir la estructura de costos de los generadores privados (no consta en el expediente, pero fue verificado por este órgano asesor).
- XII.** Que el 13 de julio de 2016, el señor Esteban José Lara Erramouspe y Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., interpusieron recurso de revocatoria (reposición) y gestión de nulidad, contra la resolución RJD-093-2016 (folios 1195 al 1197).
- XIII.** Que el 9 de junio de 2016, mediante la resolución RJD-109-2016, la Junta Directiva, rechazó por inadmisibles el recurso de reposición y declaró sin lugar la gestión de nulidad, interpuestos por Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la RJD-17-2016 (folios 1235 al 1257).
- XIV.** Que el 25 de agosto de 2016, mediante la resolución RJD-155-2016, la Junta Directiva, rechazó de plano el recurso de revocatoria (reposición) y declaró sin lugar la gestión de nulidad, interpuestos por Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-093-2016 (folios 1303 al 1325).
- XV.** Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 948-RG-2016, remitió a los miembros de la Junta Directiva, el análisis de sensibilidad del factor de antigüedad en la determinación de la tarifa de las plantas privadas existentes y el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016, señalado en el antecedente 14 de este criterio (anexo al criterio 209-DGAJR-2017).
- XVI.** Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 949-RG-2016, remitió a la Intendencia de Energía, el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016, señalado en el antecedente 14 de este criterio (folios 24 al 66 del ET-071-2016).

XVII. Que el 7 de febrero de 2017, mediante el acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, la Junta Directiva de Aresep, acordó, entre otras cosas:

(...)

“1. Levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, que se dio el 12 de mayo del 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016 celebrada el 12 de mayo de 2016”. (No consta en autos, pero fue verificado por este órgano asesor).

(...)

XVIII. Que el 7 de febrero de 2017, mediante la resolución RJD-045-2017, la Junta Directiva, levantó la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, dictada el 12 de mayo de 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016, celebrada el 12 de mayo de 2016 (folios 1454 al 1509).

XIX. Que el 22 de febrero de 2017, Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., interpuso recurso de revocatoria, contra la resolución RJD-045-2017 (folios 1369 al 1374).

XX. Que el 23 de febrero de 2017, mediante el memorando 172-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la DGAJR, el recurso de revocatoria, interpuesto por Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-045-2017 (folio 1375).

XXI. Que el 24 de marzo de 2017, mediante el oficio 306-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de reposición, interpuesto por Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-045-2017 (correrá agregado a los autos).

XXII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

I. Que del oficio 306-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

Al recurso de revocatoria, entendido como recurso de reposición -por el principio de informalismo-, interpuesto contra la resolución RJD-045-2017 (folios al 1369 al 1374), le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

Establece el numeral 345 de la LGAP, que en el procedimiento ordinario, cabrán los recursos ordinarios, únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.

La resolución RJD-045-2017, fue dictada por la Junta Directiva de la Aresep, en virtud del acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, del 7 de febrero de 2017, en el cual se acordó levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-17-2016.

A partir de la naturaleza jurídica del acto aquí recurrido, sea la resolución RJD-045-2017, no resulta un acto susceptible de impugnación, vía recurso de reposición, ya que ese recurso, sólo procede contra el acto final emitido por el superior jerárquico, en única y última instancia, y la resolución recurrida, no cumple con esa condición.

En el caso de marras, el acto final emitido por el superior jerárquico, en única y última instancia, fue la resolución RJD-17-2016, la cual ha sido impugnada en dos ocasiones por la recurrente (folios 703 al 708 y 903 al 906), respecto de las cuales, la Junta Directiva emitió las resoluciones RJD-093-2016 (folios 1216 al 1231) y RJD-109-2016 (folios 1235 al 1257).

Es decir, la resolución RJD-045-2017, únicamente levantó la suspensión de la resolución RJD-17-2016 (modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables) con la finalidad de que esta última, surtiera efectos jurídicos nuevamente, en virtud de ser el acto final del procedimiento, tramitado en el presente expediente.

En consecuencia, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 292.3 de la LGAP, este órgano asesor concluye que, desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-045-2017, es inadmisibile.

2. Temporalidad

Debido a que el recurso de reposición en análisis, es inadmisibile por su naturaleza, no es posible analizar, su temporalidad para efectos de su admisibilidad.

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., es destinataria de la resolución RJD-17-2016 -por lo que está legitimada para actuar en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la LGAP.

4. Representación

El recurso de reposición, fue interpuesto por el señor Edgar Muñoz Montenegro, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., representación que se encuentra acreditada dentro del expediente a folios 1372 y 1373.

Del análisis expuesto se concluye, que el recurso de reposición interpuesto, resulta inadmisibile, por su naturaleza, por lo que, se omitirá el análisis de sus argumentos.

III. CONCLUSIÓN

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

Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición, interpuesto por la Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-045-2017, resulta inadmisibile, por su naturaleza.

[...]"

- 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 reposición, interpuesto por la Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-045-2017, por no cumplir con su naturaleza. **2.-** Agotar la vía administrativa. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 306-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

ACUERDO 06-26-2017

- I. Rechazar por inadmisibile, el recurso de reposición, interpuesto por la Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RJD-045-2017, por no cumplir con su naturaleza.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 8. Recurso de reposición interpuesto por Molinos de Viento del Arenal S.A., contra la resolución RJD-045-2017. Expediente OT-082-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 335-DGAJR-2017 del 30 de marzo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de reposición interpuesto por Molinos de Viento del Arenal S.A., contra la resolución RJD-045-2017.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 335-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-009-2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 07 de junio de 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”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014. (Expediente ET-135-2008).
- II. 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, aprobó la *“Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”*, la cual fue 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, RJD-013-2012 del 29 de febrero de 2012 y publicada en La Gaceta N° 74 del 17 de abril de 2012 y RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10, a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-029-2011).
- III. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10, a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-028-2011).
- IV. Que el 8 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-17-2016, la Junta Directiva, luego de haber seguido el procedimiento respectivo, entre otras cosas, aprobó la modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables, publicada en el Alcance Digital N° 17, a La Gaceta N° 31, del 15 de febrero de 2016. (Folios 593 al 609 y 713 al 742).
- V. Que el 2 de mayo de 2016, mediante el oficio 315-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, comunicó un error material en la notificación de la resolución RJD-17-2016, en cuanto a la omisión de la comunicación del Voto Salvado de la Directora Sonia Muñoz Tuk. (Folios 907 al 918).
- VI. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva, comunicó el acuerdo N° 06-27-2016, que se aprobó en la sesión ordinaria N° 27-2016, el cual dispuso:

“1. Suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, aprobada mediante el acuerdo 01-07-2016, celebrada el 8 de febrero de 2016, publicada en el alcance 17 de La Gaceta 31 del 15 de febrero de 2016, hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología. // 2. Notificar a las partes.” (Folios 1089 a 1102).

- VII. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva, comunicó el acuerdo N° 07-27-2016, que se aprobó en la sesión ordinaria N° 27-2016, el cual señaló:

“(...) Solicitar a la Comisión ad hoc que, conforme al acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, lleve a cabo un estudio integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, considerando las observaciones y sugerencias planteadas en este tema por los miembros de la Junta Directiva y se eleve a conocimiento la versión ajustada del caso, para los fines pertinentes. (...)” (Folios 1089 a 1102).

- VIII. Que el 14 de junio de 2016, por medio del correo electrónico y por instrucciones del señor Regulador General, se integró una fuerza de tarea para realizar un análisis de la sensibilidad, consecuencia de las modificaciones de la metodología, para incluir la estructura de costos de los generadores privados. (No consta en el expediente pero fue verificado por este órgano asesor).
- IX. Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 948-RG-2016, remitió a los miembros de la Junta Directiva, el análisis de sensibilidad del factor de antigüedad en la determinación de la tarifa de las plantas privadas existentes y el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016. (Anexo al criterio 209-DGAJR-2017).
- X. Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 949-RG-2016, remitió a la Intendencia de Energía, el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016. (Folios 24 al 66 del ET-071-2016).
- XI. Que el 7 de febrero de 2017, mediante el acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, la Junta Directiva de Aresep, acordó, entre otras cosas:

(...)

“1. Levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, que se dio el 12 de mayo del 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016 celebrada el 12 de mayo de 2016”. (No consta en autos, pero fue verificado por este órgano asesor).

(...)

- XII. Que el 7 de febrero de 2017, mediante la resolución RJD-045-2017, la Junta Directiva, levantó la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, dictada el 12 de mayo de 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016, celebrada el 12 de mayo de 2016. (Folios 1454 al 1509).
- XIII. Que el 23 de febrero de 2017, Molinos de Viento del Arenal S.A., interpuso recurso de reposición, contra la resolución RJD-045-2017. (Folios 1376 al 1394).

- XIV. Que el 24 de febrero de 2017, mediante el memorando 179-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de reposición, interpuesto por Molinos de Viento del Arenal S.A., contra la resolución RJD-045-2017. (Folio 1670).
- XV. Que el 30 de marzo de 2017, mediante el oficio 335-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de reposición, interpuesto por Molinos de Viento del Arenal S.A., contra la resolución RJD-045-2017. (Correrá agregado a los autos).
- XVI. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 335-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

Al recurso de reposición interpuesto contra la resolución RJD-045-2017 (folios 1376 al 1394), le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

Establece el numeral 345 de la LGAP, que en el procedimiento ordinario, cabrán los recursos ordinarios, únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.

La resolución RJD-045-2017, fue dictada por la Junta Directiva de la Aresep, en virtud del acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, del 7 de febrero de 2017, en el cual se acordó levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-17-2016.

A partir de la naturaleza jurídica del acto aquí recurrido, sea la resolución RJD-045-2017, no resulta un acto susceptible de impugnación, vía recurso de reposición, ya que ese recurso, sólo procede contra el acto final emitido por el superior jerárquico, en única y última instancia, y la resolución recurrida, no cumple con esa condición.

En el caso de marras, el acto final emitido por el superior jerárquico, en única y última instancia, fue la resolución RJD-17-2016.

En ese sentido, la resolución RJD-045-2017, únicamente levantó la suspensión de la resolución RJD-17-2016 (modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables) con la finalidad de que esta última, surtiera efectos jurídicos nuevamente, en virtud de ser el acto final del procedimiento, tramitado en el presente expediente.

En consecuencia, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 292.3 de la LGAP, este órgano asesor concluye que, desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por Molinos de Viento del Arenal S.A., contra la resolución RJD-045-2017, resulta inadmisibile.

2. Temporalidad

Debido a que el recurso de reposición en análisis, es inadmisibile por su naturaleza, no es posible analizar, su temporalidad para efectos de su admisibilidad.

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que Molinos de Viento del Arenal S.A., es destinataria de la resolución RJD-17-2016 -por lo que está legitimada para actuar en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la LGAP.

4. Representación

El recurso de reposición, fue interpuesto por el señor Salomón Lechtman Koslowski, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma, de Molinos de Viento del Arenal S.A., representación que se encuentra acreditada dentro del expediente, a folios 1392 y 1393.

Del análisis expuesto se concluye, que el recurso de reposición interpuesto, resulta inadmisibile, por su naturaleza, por lo que, se omitirá el análisis de fondo de sus argumentos.

III. CONCLUSIÓN

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

Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por Molinos de Viento del Arenal S.A., contra la resolución RJD-045-2017, resulta inadmisibile, por su naturaleza.

[...]

- 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 reposición, interpuesto por Molinos de Viento del Arenal S.A., contra la resolución RJD-045-2017, por no cumplir con su naturaleza. **2.-** Agotar la vía administrativa. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III.** Que en la sesión ordinaria 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 335-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

LA JUNTA DIRECTIVA

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

ACUERDO 07-26-2017

- I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de reposición, interpuesto por Molinos de Viento del Arenal S.A., contra la resolución RJD-045-2017, por no cumplir con su naturaleza.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 9. Recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-045-2017. Expediente OT-082-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 331-DGAJR-2017 del 30 de marzo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-045-2017.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 331-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-009-2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 07 de junio de 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*", la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 (expediente ET-135-2008).
- II. 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, aprobó la "Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas", la cual fue 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, RJD-013-2012 del 29 de febrero de 2012 y publicada en La Gaceta N° 74

del 17 de abril de 2012 y RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10, a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014 (expediente OT-029-2011).

- III. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10, a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014 (expediente OT-028-2011).
- IV. Que el 8 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-17-2016, la Junta Directiva, luego de haber seguido el procedimiento respectivo, entre otras cosas, aprobó la modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables, publicada en el Alcance Digital N° 17, a La Gaceta N° 31, del 15 de febrero de 2016 (folios 593 al 609 y 713 al 742).
- V. Que el 18 de febrero de 2016, la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), interpuso recurso de reposición, contra la resolución RJD-17-2016 (folios 496 al 557).
- VI. Que el 2 de mayo de 2016, mediante el oficio 315-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, comunicó un error material en la notificación de la resolución RJD-17-2016, en cuanto a la omisión de la comunicación del Voto Salvado de la Directora Sonia Muñoz Tuk (folios 907 al 918).
- VII. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva, comunicó el acuerdo N° 06-27-2016, que se aprobó en la sesión ordinaria N° 27-2016, el cual dispuso:

“1. Suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, aprobada mediante el acuerdo 01-07-2016, celebrada el 8 de febrero de 2016, publicada en el alcance 17 de La Gaceta 31 del 15 de febrero de 2016, hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología. // 2. Notificar a las partes.” (folios 1089 al 1102).
- VIII. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva, comunicó el acuerdo N° 07-27-2016, que se aprobó en la sesión ordinaria N° 27-2016, el cual señaló:

““(…) Solicitar a la Comisión ad hoc que, conforme al acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, lleve a cabo un estudio integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, considerando las observaciones y sugerencias planteadas en este tema por los miembros de la Junta Directiva y se eleve a conocimiento la versión ajustada del caso, para los fines pertinentes. (…).” (folios 1089 al 1102).
- IX. Que el 14 de junio de 2016, por medio del correo electrónico y por instrucciones del señor Regulador General, se integró una fuerza de tarea para realizar un análisis de la sensibilidad, consecuencia de las modificaciones de la metodología, para incluir la estructura de costos de los generadores privados (no consta en el expediente, pero fue verificado por este órgano asesor).

- X. Que el 13 de julio de 2016, ACOPE, presentó observaciones al acuerdo 06-27-2016 de la Junta Directiva, en cuanto a la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-17-2016 (folios 1198 al 1215).
- XI. Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 948-RG-2016, remitió a los miembros de la Junta Directiva, el análisis de sensibilidad del factor de antigüedad en la determinación de la tarifa de las plantas privadas existentes y el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016 (anexo al criterio 209-DGAJR-2017).
- XII. Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 949-RG-2016, remitió a la Intendencia de Energía, el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016 (folios 24 al 66 del ET-071-2016).
- XIII. Que el 7 de febrero de 2017, mediante el acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, la Junta Directiva de Aresep, acordó, entre otras cosas:
- (...)
“1. Levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, que se dio el 12 de mayo del 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016 celebrada el 12 de mayo de 2016” (no consta en autos, pero fue verificado por este órgano asesor).
(...)
- XIV. Que el 7 de febrero de 2017, mediante la resolución RJD-045-2017, la Junta Directiva, levantó la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, dictada el 12 de mayo de 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016, celebrada el 12 de mayo de 2016 (folios 1454 al 1509).
- XV. Que el 23 de febrero de 2017, ACOPE, interpuso recurso de reposición, contra la resolución RJD-045-2017 (folios 1406 al 1423).
- XVI. Que el 24 de febrero de 2017, mediante el memorando 180-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de reposición interpuesto por ACOPE, contra la resolución RJD-045-2017 (folio 1671).
- XVII. Que el 30 de marzo de 2017, mediante el oficio 331-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de reposición, interpuesto por ACOPE, contra la resolución RJD-045-2017 (correrá agregado a los autos).
- XVIII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 331-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

Al recurso de reposición interpuesto contra la resolución RJD-045-2017 (folios 1406 al 1423), le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

Establece el numeral 345 de la LGAP, que en el procedimiento ordinario, cabrán los recursos ordinarios, únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.

La resolución RJD-045-2017, fue dictada por la Junta Directiva de la Aresep, en virtud del acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, del 7 de febrero de 2017, en el cual se acordó levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-17-2016.

A partir de la naturaleza jurídica del acto aquí recurrido, sea la resolución RJD-045-2017, no resulta un acto susceptible de impugnación, vía recurso de reposición, ya que ese recurso, sólo procede contra el acto final emitido por el superior jerárquico, en única y última instancia, y la resolución recurrida, no cumple con esa condición.

En el caso de marras, el acto final emitido por el superior jerárquico, en única y última instancia, fue la resolución RJD-17-2016, contra la cual, la recurrente interpuso recurso de reposición (folios 496 al 557), el cual actualmente se encuentra en análisis.

En ese sentido, la resolución RJD-045-2017, únicamente levantó la suspensión de la resolución RJD-17-2016 (modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables) con la finalidad de que esta última, surtiera efectos jurídicos nuevamente, en virtud de ser el acto final del procedimiento, tramitado en el presente expediente.

En consecuencia, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 292.3 de la LGAP, este órgano asesor concluye que, desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por ACOPE, contra la resolución RJD-045-2017, es inadmisibile.

2. Temporalidad

Debido a que el recurso de reposición en análisis, es inadmisibile por su naturaleza, no es posible analizar, su temporalidad para efectos de su admisibilidad.

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que ACOPE, está legitimada para actuar en la forma en que lo ha hecho- por ser parte dentro del procedimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 7593 en relación con el artículo 275 de la LGAP. (Folios 75 al 149, y del 347 al 348).

4. Representación

El recurso de reposición, fue interpuesto por el señor Mario Alvarado Mora, en su condición de apoderado generalísimo con límite de suma hasta quinientos mil colones (₡500.000,00), de ACOPE, representación que se encuentra acreditada dentro del expediente a folio 1423.

Del análisis expuesto se concluye, que el recurso de reposición interpuesto, resulta inadmisibles, por su naturaleza, por lo que, se omitirá el análisis por el fondo de sus argumentos.

III. CONCLUSIÓN

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

Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-045-2017, resulta inadmisibles, por su naturaleza.

[...]"

- II.** Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar por inadmisibles, el recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-045-2017, por no cumplir con su naturaleza. **2.-** Agotar la vía administrativa. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III.** Que en la sesión ordinaria 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 331-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

ACUERDO 08-26-2017

- I. Rechazar por inadmisibile, el recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-045-2017, por no cumplir con su naturaleza.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 10 Recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L. (CHDJ), contra la resolución RJD-045-2017. Expediente OT-082-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 341-DGAJR-2017 del 30 de marzo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L. (CHDJ), contra la resolución RJD-045-2017.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 341-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-009-2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 07 de junio de 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”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014. (Expediente ET-135-2008).
- II. 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, aprobó la *“Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”*, la cual fue 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, RJD-013-2012 del 29 de febrero de 2012 y publicada en La Gaceta N° 74 del 17 de abril de 2012 y RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10, a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-029-2011).
- III. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la*

determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10, a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-028-2011).

- IV. Que el 8 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-17-2016, la Junta Directiva, luego de haber seguido el procedimiento respectivo, entre otras cosas, aprobó la modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables, publicada en el Alcance Digital N° 17, a La Gaceta N° 31, del 15 de febrero de 2016. (Folios 593 al 609 y 713 al 742).
- V. Que el 8 de febrero de 2016, la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L. (CHDJ), interpuso de reposición, contra la resolución RJD-17-2016. (Folios 558 al 576).
- VI. Que el 28 de abril de 2016, mediante la resolución RJD-080-2016, la Junta Directiva, declaró sin lugar, el recurso de reposición, interpuesto por la CHDJ, contra la resolución RJD-17-2016, y agotó la vía administrativa. (No consta en autos a la fecha de este criterio).
- VII. Que el 2 de mayo de 2016, mediante el oficio 315-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, comunicó un error material en la notificación de la resolución RJD-17-2016, en cuanto a la omisión de la comunicación del Voto Salvado de la Directora Sonia Muñoz Tuk. (Folios 907 al 918):
- VIII. Que el 9 de mayo de 2016, mediante el oficio 357-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, comunicó a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, que la Junta Directiva, mediante el acuerdo N° 11-23-2016, de la sesión ordinaria N° 23-2016, celebrada el 21 de abril de 2016, y ratificada el 28 de abril de 2016, declaró sin lugar el recurso de reposición, interpuesto por la CHDJ, contra la resolución RJD-17-2016. (Folio 1087).
- IX. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva, comunicó el acuerdo N° 06-27-2016, que se aprobó en la sesión ordinaria N° 27-2016, el cual dispuso:

“1. Suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, aprobada mediante el acuerdo 01-07-2016, celebrada el 8 de febrero de 2016, publicada en el alcance 17 de La Gaceta 31 del 15 de febrero de 2016, hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología. // 2. Notificar a las partes.” (Folios 1089 a 1102).

- X. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva, comunicó el acuerdo N° 07-27-2016, que se aprobó en la sesión ordinaria N° 27-2016, el cual señaló:

“(…) Solicitar a la Comisión ad hoc que, conforme al acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, lleve a cabo un estudio integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, considerando las observaciones y sugerencias planteadas en este tema por los miembros de la Junta Directiva y se eleve a conocimiento la versión ajustada del caso, para los fines pertinentes. (…).” (Folios 1089 a 1102).

- XI. Que el 14 de junio de 2016, por medio del correo electrónico y por instrucciones del señor Regulador General, se integró una fuerza de tarea para realizar un análisis de la sensibilidad, consecuencia de las modificaciones de la metodología, para incluir la estructura de costos de los generadores privados. (No consta en el expediente pero fue verificado por este órgano asesor).
- XII. Que el 19 de agosto de 2016, la CHDJ, realizó observaciones en cuanto a la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-17-2016. (Folios 1262 al 1268).
- XIII. Que el 12 de setiembre de 2016, mediante el oficio 778-RG-2016, el Regulador General indicó a la CHDJ, que la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-17-2016 y las observaciones de aquella, estaban siendo analizadas por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep). (Folios 1285 y 1286).
- XIV. Que el 12 de octubre de 2016, la CHDJ, hizo referencia a los principios de publicidad, verosimilitud y transparencia, en relación al procedimiento seguido en el presente expediente. (Folios 1301 y 1302).
- XV. Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 948-RG-2016, remitió a los miembros de la Junta Directiva, el análisis de sensibilidad del factor de antigüedad en la determinación de la tarifa de las plantas privadas existentes y el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016. (Anexo al criterio 209-DGAJR-2017).
- XVI. Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 949-RG-2016, remitió a la Intendencia de Energía, el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016. (Folios 24 al 66 del ET-071-2016).
- XVII. Que el 26 de enero de 2017, la CHDJ, solicitó corregir el supuesto error en los cálculos del informe preparado por la *Fuerza de Trabajo*, en relación con la modificación a la Metodología de fijación de tarifas a generadores privados existentes. (Folios 1366 y 1367).
- XVIII. Que el 7 de febrero de 2017, mediante el acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, la Junta Directiva de Aresep, acordó, entre otras cosas:
- (...)
- “1. Levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, que se dio el 12 de mayo del 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016 celebrada el 12 de mayo de 2016”*. (No consta en autos, pero fue verificado por este órgano asesor).
- (...)
- XIX. Que el 7 de febrero de 2017, mediante la resolución RJD-045-2017, la Junta Directiva, levantó la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, dictada el 12 de mayo de 2016, por medio del acuerdo N° 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016, celebrada el 12 de mayo de 2016. (Folios 1454 al 1509).

- XX.** Que el 24 de febrero de 2017, la CHDJ, interpuso recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, contra la resolución RJD-045-2017. (Folios 1424 al 1430).
- XXI.** Que el 28 de febrero de 2017, mediante el memorando 188-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de reposición y la gestión de nulidad, interpuestos por la CHDJ, contra la resolución RJD-045-2017. (Folio 1510).
- XXII.** Que el 30 de marzo de 2017, mediante el oficio 341-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de reposición y la gestión de nulidad absoluta, interpuesto por la CHDJ, contra la resolución RJD-045-2017. (Correrá agregado a los autos).
- XXIII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 341-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

Al recurso de reposición, interpuesto contra la resolución RJD-045-2017 (folios 1424 al 1430), le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

Establece el numeral 345 de la LGAP, que en el procedimiento ordinario, cabrán los recursos ordinarios, únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.

La resolución RJD-045-2017, fue dictada por la Junta Directiva de la Aresep, en virtud del acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, del 7 de febrero de 2017, en el cual se acordó levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-17-2016.

A partir de la naturaleza jurídica del acto aquí recurrido, sea la resolución RJD-045-2017, no resulta un acto susceptible de impugnación, vía recurso de reposición, ya que ese recurso, sólo procede contra el acto final emitido por el superior jerárquico, en única y última instancia, y la resolución recurrida, no cumple con esa condición.

En el caso de marras, el acto final emitido por el superior jerárquico, en única y última instancia, fue la resolución RJD-17-2016, contra la cual la recurrente interpuso un recurso de reposición (folios 558 al 576). Cabe señalar, que respecto a dicho recurso, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-080-2016, lo declaró sin lugar y agotó la vía administrativa.

En ese sentido, la resolución RJD-045-2017, únicamente levantó la suspensión de la resolución RJD-17-2016 (modificación de las metodologías de fijación de tarifas para

generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables) con la finalidad de que esta última, surtiera efectos jurídicos nuevamente, en virtud de ser el acto final del procedimiento, tramitado en el presente expediente.

En consecuencia, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 292.3 de la LGAP, este órgano asesor concluye que, desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por la CHDJ, contra la resolución RJD-045-2017, es inadmisibile.

La recurrente interpuso gestión de nulidad absoluta, contra la resolución RJD-045-2017, la cual se rige por lo dispuesto en los artículos 158 al 179 de la LGAP.

2. Temporalidad

Debido a que el recurso de reposición en análisis, es inadmisibile por su naturaleza, no es posible analizar, su temporalidad para efectos de su admisibilidad.

En cuanto a la gestión de nulidad absoluta, contra la resolución RJD-045-2017, se tiene que fue interpuesta en tiempo.

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que la CHDJ, es está legitimada -para actuar en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 7593, en relación con el artículo 275 de la LGAP.

4. Representación

El recurso de reposición y gestión de nulidad, fueron interpuestos por el señor Ronald Álvarez Campos, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma, de la CHDJ.

Ahora bien, en autos, consta únicamente, una certificación de personería jurídica de la CHDJ (folios 575 y 576), de la cual se desprende, que el nombramiento del señor Álvarez Campos, como Gerente General de dicha empresa, venció el 16 de diciembre de 2016, mientras que las gestiones en análisis, fueron interpuestas el 24 de febrero de 2017. Bajo esa inteligencia, el recurso de reposición y la gestión de nulidad absoluta, resultan inadmisibles por falta de representación.

Del análisis expuesto se concluye, que el recurso de reposición y la gestión de nulidad, interpuestos por la CHDJ, contra la resolución RJD-045-2017, resultan inadmisibles. En el caso del recurso de reposición, por su naturaleza y por falta de representación, y en el caso de la gestión de nulidad absoluta, únicamente por falta de representación, por lo que, se omitirá el análisis de fondo de sus argumentos.

III.CONCLUSIÓN

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

Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición, y la gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la CHDJ, contra la resolución RJD-045-2017, resultan inadmisibles. En el caso del recurso de reposición, por su naturaleza y por falta de representación, y en el caso de la gestión de nulidad absoluta, únicamente por falta de representación.

[...]"

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar por inadmisibles, el recurso de reposición y la gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra la resolución RJD-045-2017. En el caso del recurso de reposición, por su naturaleza y por falta de representación, y en el caso de la gestión de nulidad absoluta, únicamente por falta de representación. **2.-** Reiterar el agotamiento de la vía administrativa, realizado mediante la resolución RJD-080-2016, del 28 de abril de 2016. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 341-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

ACUERDO 09-26-2017

- I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de reposición y la gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra la resolución RJD-045-2017. En el caso del recurso de reposición, por su naturaleza y por falta de representación, y en el caso de la gestión de nulidad absoluta, únicamente por falta de representación.
- II. Reiterar el agotamiento de la vía administrativa, realizado mediante la resolución RJD-080-2016, del 28 de abril de 2016.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 11. Recurso de reconsideración (reposición) interpuesto por P.H. Don Pedro, S.A. y P.H. Río Volcán, S.A., contra la resolución RJD-045-2017. Expediente OT-082-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 339-DGAJR-2017 del 30 de marzo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de reconsideración (reposición) interpuesto por P.H. Don Pedro, S.A. y P.H. Río Volcán, S.A., contra la resolución RJD-045-2017.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 339-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-009-2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 07 de junio de 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”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 (expediente ET-135-2008).
- II. 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, aprobó la *“Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”*, la cual fue 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, RJD-013-2012 del 29 de febrero de 2012 y publicada en La Gaceta N° 74 del 17 de abril de 2012 y RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10, a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014 (expediente OT-029-2011).
- III. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10, a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014 (expediente OT-028-2011).
- IV. Que el 8 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-17-2016, la Junta Directiva, luego de haber seguido el procedimiento respectivo, entre otras cosas, aprobó la modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables, publicada en el Alcance Digital N° 17, a La Gaceta N° 31, del 15 de febrero de 2016 (folios 593 al 609 y 713 al 742).
- V. Que el 19 de febrero de 2016, P.H. Don Pedro S.A., P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., interpusieron recurso de revocatoria y apelación, así como gestión de nulidad, contra la resolución RJD-17-2016 (folios 627 al 684).
- VI. Que el 2 de mayo de 2016, mediante el oficio 315-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, comunicó un error material en la notificación de la resolución RJD-17-2016, en cuanto a la omisión de la comunicación del Voto Salvado de la Directora Sonia Muñoz Tuk (folios 907 al 918).

VII. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva, comunicó el acuerdo N° 06-27-2016, que se aprobó en la sesión ordinaria N° 27-2016, el cual dispuso:

“1. Suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, aprobada mediante el acuerdo 01-07-2016, celebrada el 8 de febrero de 2016, publicada en el alcance 17 de La Gaceta 31 del 15 de febrero de 2016, hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología. // 2. Notificar a las partes.” (folios 1089 a 1102).

VIII. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva, comunicó el acuerdo N° 07-27-2016, que se aprobó en la sesión ordinaria N° 27-2016, el cual señaló:

“(…) Solicitar a la Comisión ad hoc que, conforme al acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, lleve a cabo un estudio integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, considerando las observaciones y sugerencias planteadas en este tema por los miembros de la Junta Directiva y se eleve a conocimiento la versión ajustada del caso, para los fines pertinentes. (…).” (folios 1089 al 1102).

IX. Que el 14 de junio de 2016, por medio del correo electrónico y por instrucciones del señor Regulador General, se integró una fuerza de tarea para realizar un análisis de la sensibilidad, consecuencia de las modificaciones de la metodología, para incluir la estructura de costos de los generadores privados (no consta en el expediente pero fue verificado por este órgano asesor).

X. Que el 21 de junio de 2016, mediante el oficio 456-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, comunicó a P.H. Don Pedro S.A., P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., que mediante el acuerdo 04-29-2016 de la sesión ordinaria 29-2016, del 26 de mayo de 2016, ratificada el 9 de junio de 2016, la Junta Directiva, acordó posponer el conocimiento de su recurso de reposición, apelación y gestión de nulidad, en razón de que mediante el acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, la Junta Directiva, suspendió la aplicación de la RJD-17-2016, hasta tanto no se llevara a cabo un estudio integral de la metodología correspondiente (folio 1258).

XI. Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 948-RG-2016, remitió a los miembros de la Junta Directiva, el análisis de sensibilidad del factor de antigüedad en la determinación de la tarifa de las plantas privadas existentes y el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016 (anexo al criterio 209-DGAJR-2017).

XII. Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 949-RG-2016, remitió a la Intendencia de Energía, el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016 (folios 24 al 66 del ET-071-2016).

XIII. Que el 7 de febrero de 2017, mediante el acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, la Junta Directiva de Aresep, acordó, entre otras cosas:

(...)

“1. Levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, que se dio el 12 de mayo del 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016 celebrada el 12 de mayo de 2016”. (No consta en autos, pero fue verificado por este órgano asesor).

(...)

- XIV.** Que el 7 de febrero de 2017, mediante la resolución RJD-045-2017, la Junta Directiva, levantó la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, dictada el 12 de mayo de 2016, por medio del acuerdo N° 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016, celebrada el 12 de mayo de 2016 (folios 1454 al 1509).
- XV.** Que el 23 de febrero de 2017, P.H. Don Pedro S.A. y P.H. Río Volcán S.A., interpusieron recurso de reconsideración (reposición), contra la resolución RJD-045-2017 (folios 1395 al 1405).
- XVI.** Que el 24 de febrero de 2017, mediante el memorando 181-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de reconsideración (reposición), interpuesto por P.H. Don Pedro S.A. y P.H. Río Volcán S.A., contra la resolución RJD-045-2017 (folio 1672).
- XVII.** Que el 30 de marzo de 2017, mediante el oficio 339-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de reposición, interpuesto por P.H. Don Pedro S.A. y P.H. Río Volcán S.A., contra la resolución RJD-045-2017 (correrá agregado a los autos).
- XVIII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 339-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

Al recurso de reconsideración, entendido como recurso de reposición -por el principio de informalismo-, interpuesto contra la resolución RJD-045-2017 (folios 1395 al 1405), le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

Establece el numeral 345 de la LGAP, que en el procedimiento ordinario, cabrán los recursos ordinarios, únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.

La resolución RJD-045-2017, fue dictada por la Junta Directiva de la Aresep, en virtud del acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, del 7 de febrero de 2017, en el cual se acordó levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-17-2016.

A partir de la naturaleza jurídica del acto aquí recurrido, sea la resolución RJD-045-2017, no resulta un acto susceptible de impugnación, vía recurso de reposición, ya que ese recurso, sólo procede contra el acto final emitido por el superior jerárquico, en única y última instancia, y la resolución recurrida, no cumple con esa condición.

En el caso de marras, el acto final emitido por el superior jerárquico, en única y última instancia, fue la resolución RJD-17-2016, contra la cual, las recurrentes interpusieron recurso de reposición, apelación y gestión de nulidad (folios 627 al 684), los cuales actualmente se encuentran pendientes de resolver por parte de la Junta Directiva.

En ese sentido, la resolución RJD-045-2017, únicamente levantó la suspensión de la resolución RJD-17-2016 (modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables) con la finalidad de que esta última, surtiera efectos jurídicos nuevamente, en virtud de ser el acto final del procedimiento, tramitado en el presente expediente.

En consecuencia, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 292.3 de la LGAP, este órgano asesor concluye que, desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por P.H. Don Pedro S.A. y P.H. Río Volcán S.A., contra la resolución RJD-045-2017, resulta inadmisibile.

2. Temporalidad

Debido a que el recurso de reposición en análisis, es inadmisibile por su naturaleza, no es posible analizar, su temporalidad para efectos de su admisibilidad.

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que P.H. Don Pedro S.A. y P.H. Río Volcán S.A., son destinatarias de la resolución RJD-17-2016 -por lo que están legitimadas para actuar en la forma en que lo han hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la LGAP.

4. Representación

El recurso de reposición, fue interpuesto por el señor José Antonio Benavides Sancho, en su condición de apoderado generalísimo con límite de suma de cien mil dólares estadounidenses (\$100.000,00), de P.H. Don Pedro S.A. y P.H. Río Volcán S.A., representaciones que se encuentran acreditadas dentro del expediente a folios 1402 al 1405.

Del análisis expuesto se concluye, que el recurso de reposición interpuesto, resulta inadmisibile, por su naturaleza, por lo que, se omitirá el análisis de fondo de sus argumentos.

III. CONCLUSIÓN

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

Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición, interpuesto por P.H. Don Pedro S.A. y P.H. Río Volcán S.A., contra la resolución RJD-045-2017, resulta inadmisibles, por su naturaleza.

[...]"

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar por inadmisibles, el recurso de reposición, interpuesto por P.H. Don Pedro S.A. y P.H. Río Volcán S.A., contra la resolución RJD-045-2017, por no cumplir con su naturaleza. **2.-** Agotar la vía administrativa. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 339-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

ACUERDO 10-26-2017

- I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de reposición, interpuesto por P.H. Don Pedro S.A. y P.H. Río Volcán S.A., contra la resolución RJD-045-2017, por no cumplir con su naturaleza.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 12. Recursos de reposición y gestión de nulidad interpuesto por el Embalse S.A., la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE) y P.H. Don Pedro S.A., P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-017-2016 del 8 de febrero de 2016.

La Junta Directiva conoce el oficio 282-DGAJR-2017 del 17 de marzo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno a los recursos de reposición

y gestión de nulidad interpuesto por el Embalse S.A., la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE) y P.H. Don Pedro S.A., P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-017-2016 del 8 de febrero de 2016.

La señora **Carol Solano Durán** y el señor **Daniel Fernández Sánchez** explican los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** comenta que es importante trabajar en una mejora de esta metodología, analizar el tema de los costos ambientales y cualquier otro a considerar.

Por otra parte, hablar claramente con todos los empresarios de este sector, en cuanto a la necesidad de que suministren la información.

Además, que todas las Intendencias, en el uso de sus facultades, tienen que solicitar la información en los términos y condiciones que la Aresop requiere.

La señora **Adriana Garrido Quesada** indica que sería importante separar lo que son costos ambientales de los demás costos, porque en este momento están todos juntos.

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 282-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación:

Los señores Roberto Jiménez Gómez, Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt y la señora Adriana Garrido Quesada votan a favor, mientras que la señora Sonia Muñoz Tuk vota en contra con el siguiente razonamiento:

“El análisis de la eliminación del factor de antigüedad consta en la página 14 a 17 del oficio 282-DGAJR-2017 en el cual, se limita a transcribir las conclusiones que previamente había dado el CDR (oficio 02-CAMMRR-205) y la Fuerza de Trabajo.

El oficio 282-DGAJR-2017 le restó importancia al hecho de no tener la información exacta de las plantas de la muestra, a pesar de que se supone que ese aspecto es uno de las causas para el cambio metodológico. Dice: “El hecho que en el expediente OT-082-2015 no se precisaron la edad exacta en años de las plantas del ICE, no deja “sin motivo”, “ni contenido” la resolución recurrida”.

Sin embargo, igual que antes, ahora también mantengo mi posición que la información exacta y precisa que tomó de base para dictar la resolución, sí es relevante.

Me llama la atención que en el antecedente 13, el oficio 282-DGAJR-2017 toma nota que se presentó por una empresa una solicitud de corrección de un error en el informe de la fuerza de tarea, sin embargo, cuando la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria analiza el asunto, no analiza dicho error y las implicaciones que podría tener”.

El señor **Edgar Gutiérrez López** agrega que, hay que recordar que esto es un asunto muy jurídico, hay un recurso que la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y

Regulatoria para su análisis. Posteriormente, esa Dirección emitió un criterio y de antemano le indica a la Junta Directiva, que no está obligada a tomarlo, no es vinculante.

Indica que la Junta Directiva cuando vota el recurso, resuelve rechazarlo. Ahora bien, cuando hay un miembro que salva el voto, está votando contra la propuesta, pero lo lógico es que el razonamiento de dicho voto, sea en función de los aspectos en los que difiere el miembro del cuerpo colegiado; por lo tanto, debería apartarse de la recomendación que hace la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; por ejemplo, indica que, cuando la directora Muñoz Tuk se refiere a la omisión de un oficio, causa nulidad absoluta, porque así lo considera ella; no debería ser.

Además, la directora Muñoz Tuk se refiere a criterios por los cuales vota en contra; sin embargo, le da la razón a la empresa. Así las cosas, indica que no entiende, y si finalmente viniera con esos agregados, entonces se pregunta qué sucedería.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** indica que ese es su razonamiento.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** comenta que además la señora Muñoz Tuk, está incluyendo un tema que no es de ninguna de las empresas recurrentes; desconoce si es la forma de hacerlo. Está refiriéndose a un oficio emitido por la Fuerza de Tarea que no está en discusión en este momento.

La señora **Carol Solano Durán** aclara e indica que la DGAJR no analizó ese informe de la Fuerza de Tarea porque no le corresponde. A la Dirección le trasladaron los recursos y este es el criterio que emitió. Asimismo, trae a colación que, cuando la Fuerza de Tarea expuso a esta Junta Directiva el informe, se les hizo ver ese error; por lo que procedieron a revisarlo y lo corrigieron y, posteriormente, se lo expusieron al cuerpo colegio, quien llegó a la conclusión que ese error no modificaba las conclusiones del informe y procedió a aprobar dicho informe, aspecto que consta en actas. Aclara, no es un análisis de la DGAJR, si no que fue un trabajo especial de la Fuerza de Tarea, razón por la cual, la DGAJR no lo incluyó.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** manifiesta que, el acuerdo que tomó la Junta Directiva en esa oportunidad fue ampliar el criterio que se vertió en estos recursos, tomando en cuenta el informe de la Fuerza de Tarea, esto para robustecer los argumentos. Entiende que eso era lo que perseguía la ampliación del criterio.

La señora **Carol Solano Durán** reitera que la DGAJR no se refirió a ese error porque la Fuerza de Tarea ya lo corrigió, lo expuso a esta Junta Directiva, se determinó que no afectaba procediéndose a aprobar el informe.

La señora **Adriana Garrido Quesada** comenta que hay varios aspectos de las justificaciones de los votos negativos anteriores de la señora Muñoz Tuk, que no son de análisis en esta oportunidad y considera que ya los estudios han ido profundizando la necesidad de quitar ese Xu, que está muy clara. Dicho factor, solo funciona cuando la canasta de plantas de las cuales se utiliza el costo, está compuesta únicamente por plantas nuevas, de lo contrario sería una sobre estimación. Siendo así, la señora Muñoz Tuk puede tener divergencia respecto de la importancia o necesidad de tener o no, una tabla detallada con las edades o los años de entrada en operación de las plantas; razón por la cual, sería prácticamente ese punto en el cual fundamenta su voto negativo en esta oportunidad, y no correspondería traerse una copia de todo lo que argumentó en los votos negativos anteriores.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** indica que aprecia y respeta los comentarios de la directora Garrido Quesada, pero, ese es el razonamiento del voto negativo que emitió. Agrega que, de haber contado con más tiempo, hubiera hecho referencia a lo que se establece en cada uno de los recursos, que eso sería lo óptimo.

La Junta Directiva resuelve, por mayoría, cuatro votos a uno:

a-. En cuanto al recurso interpuesto por la empresa el Embalse S.A.

RESULTANDO:

- I. Que el 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-009-2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 7 de junio de 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”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente ET-135-2008).
- II. 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, aprobó la *“Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”*, la cual fue 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, RJD-013-2012 del 29 de febrero de 2012 y publicada en La Gaceta N° 74 del 17 de abril de 2012 y RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-029-2011).
- III. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-028-2011).
- IV. Que el 19 de marzo de 2015, la Junta Directiva mediante el acuerdo 05-12-2015 de la sesión ordinaria 12-2015, acordó, entre otras cosas *“Someter al trámite de audiencia pública la siguiente propuesta de “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”*, de conformidad con lo señalado en la propuesta remitida por la Comisión Ad-Hoc mediante el oficio 01-CAMMRR-2015 (...). (Folios 01 al 24).
- V. Que el 1º de abril de 2015, se publicó la convocatoria a la audiencia pública de Ley, en el Alcance Digital N° 23 a La Gaceta N° 64 y el 9 de abril de 2015, en los diarios La Nación y La Extra. (Folios 43 al 46).
- VI. Que el 5 de mayo de 2015, se llevó a cabo la audiencia pública en el auditorio de la Aresep interconectados por el sistema de videoconferencia con los Tribunales de Justicia de los centros de: Cartago, Ciudad Quesada, Heredia, Liberia, Limón, Pérez Zeledón y Puntarenas, además dicha

audiencia se desarrolló en forma presencial en el salón parroquial de Bribri, Limón, Talamanca, según el acta N° 028-2015. (Folios 351 al 358).

- VII. Que el 8 de mayo de 2015, la Dirección General de Atención al Usuario, mediante el oficio 1554-DGAU-2015, remitió a la Comisión Ad Hoc el informe de oposiciones y coadyuvancias e indicó que se recibieron y se admitieron 10 posiciones. (Folios 347 al 348).
- VIII. Que el 20 julio de 2015, la Comisión Ad Hoc, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, remitió a la Secretaría de Junta Directiva la propuesta de *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.”* (Folios 360 al 440).
- IX. Que el 20 de julio de 2015, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 561-SJD-2015, trasladó para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la propuesta de *“Modificación de las Metodologías de Fijación para Generadores Privados de Energía Eléctrica con Recursos Renovables”*, contenida en el oficio 02-CAMMRR-2015. (Folio 359).
- X. Que el 6 de agosto de 2015, la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 762-DGAJR-2015, emitió criterio sobre la propuesta de *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.”* (Folios 4443 al 448).
- XI. Que el 8 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-17-2016, la Junta Directiva entre otras cosas, aprobó la modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables. (Folios 593 al 609).
- XII. Que el 18 de febrero de 2016, El Embalse S.A., interpuso recurso ordinario de reposición o reconsideración y gestión de nulidad contra la resolución RJD-17-2016. (Folios 577 al 588).
- XIII. Que el 19 de febrero de 2016, mediante el memorando 134-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió el recurso de reposición o reconsideración y gestión de nulidad interpuestos por El Embalse S.A., a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis. (Folio 748).
- XIV. El 23 de febrero de 2016, mediante el memorando 144-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió nuevamente el recurso de reposición o reconsideración y gestión de nulidad interpuestos por El Embalse S.A., a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis. (Folio 790).
- XV. Que el 3 de mayo de 2016, mediante el oficio 388-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió el criterio respecto al recurso de reposición o reconsideración y gestión de nulidad interpuestos por El Embalse S.A., contra la resolución RJD-17-2016. (Folios 919 a 932).
- XVI. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva de Aresep, en la sesión ordinaria N° 27-2016, aprobó el acuerdo N° 06-27-2016 que dispuso: *“1. Suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, aprobada mediante el acuerdo 01-07-2016, celebrada el 8 de febrero de 2016, publicada en el alcance 17 de La Gaceta 31 del 15 de febrero de 2016, hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología. // 2. Notificar a las partes.”* (Folios 1089 a 1102).

- XVII. Que el 12 de mayo de 2016, por medio del acuerdo N° 07-27-2016, de la sesión ordinaria N° 27-2016, la Junta Directiva de Aresep, acordó:

“(...) Solicitar a la Comisión ad hoc que, conforme al acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, lleve a cabo un estudio integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, considerando las observaciones y sugerencias planteadas en este tema por los miembros de la Junta Directiva y se eleve a conocimiento la versión ajustada del caso, para los fines pertinentes. (...)”. (Folios 1089 a 1102).

- XVIII. Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 948-RG-2016, remitió a los miembros de la Junta Directiva, el análisis de sensibilidad del factor de antigüedad en la determinación de la tarifa de las plantas privadas existentes y el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016. (No consta en autos).

- XIX. Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 949-RG-2016, remitió a la Intendencia de Energía, el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016. (Folios 24 al 66 del ET-071-2016).

- XX. Que el 26 de octubre de 2016, el Regulador General, remitió al señor Presidente de la República, la abstención solicitada por los tres miembros de la Junta Directiva de la Aresep.

- XXI. Que el 25 de enero de 2017, el señor Presidente de la República resolvió, rechazar la abstención interpuesta por los tres miembros de la Junta Directiva de Aresep.

- XXII. Que el 7 de febrero de 2017, mediante el acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, la Junta Directiva de Aresep, acordó, entre otras cosas:

“(...) 1. Levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, que se dio el 12 de mayo del 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016 celebrada el 12 de mayo de 2016. (...)”

- XXIII. Que el 2 de marzo de 2017, mediante el oficio 198-SJD-2017, la Secretaria de Junta Directiva, trasladó el acuerdo N° 06-10-2017 del acta de la sesión ordinaria 10-2017, celebrada el 28 de febrero de 2017, en donde la Junta Directiva resolvió, por unanimidad y con carácter de firme lo siguiente:

“(...)”

Solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria que, conforme a los comentarios y sugerencias formuladas en esta oportunidad, analice nuevamente los recursos interpuestos por las empresas El Embalse S.A., la Asociación

Costarricense de Productores de Energía (ACOPE) y P.H. Don Pedro, P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-017-2016 del 8 de febrero de 2016, tomando en consideración el informe rendido por la fuerza de Tarea contenido en el oficio 948-RG-2017 (sic) del 25 de octubre de 2016 y eleve a conocimiento de esta Junta Directiva, las recomendaciones del caso, a la mayor brevedad.

(...)”

- XXIV.** Que el 17 de marzo de 2017, mediante el oficio 282-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió la ampliación, entre otros, del criterio 388-DGAJR-2016, referido al recurso de reposición o reconsideración y gestión de nulidad interpuestos por El Embalse S.A., contra la resolución RJD-17-2016. (No consta en autos).
- XXV.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que de los oficios 388-DGAJR-2016 y 282-DGAJR-2017 arriba citados, que sirven de sustento a la presente resolución, se extraen respectivamente:

[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-17-2016, es el ordinario de reposición, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

b) Temporalidad

La resolución recurrida fue notificada a la recurrente el 16 de febrero de 2016 (folio 741) y la impugnación fue planteada el 18 de febrero de 2016 (folios 577 al 588).

Conforme al artículo 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de reposición debe interponerse en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 19 de febrero de 2016. Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado por Ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo legal establecido.

c) Legitimación

Se tiene que El Embalse S.A., se encuentra legitimada para actuar dentro de este procedimiento –en la forma en que lo ha hecho-, de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 342 de la LGAP, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 7593.

d) Representación

El señor José Alberto Rojas Rodríguez, actúa en su condición de presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de El Embalse S.A., -según consta en la certificación registral de personería jurídica visible de folios 585 a 586- por lo que se encuentra acreditado y facultado para actuar en representación de la recurrente.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

A continuación, se realiza el análisis de los argumentos de inconformidad planteados por la recurrente:

1. El modelo tarifario violenta las reglas que disponen los numerales 16 y 160 de la LGAP.

El presente modelo tarifario violenta las reglas que disponen los numerales 16 y 160 de la LGAP, en relación con el artículo 31 de la Ley 7593, porque no incorpora el factor ambiental en la tarifa.

Al respecto, cabe indicar que la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”, aprobada mediante la resolución RJD-152-2011, del 10 de agosto de 2011 y 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, la RJD-013-2012, del 29 de febrero de 2012, publicada en La Gaceta No 74 del 17 de abril de 2012 y la RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014, indicó al respecto:

[...]

5.2.5 El factor ambiental: La ARESEP está de acuerdo con establecer un factor ambiental en las tarifas de los servicios públicos. La legislación lo permite y es recomendable desde el punto de vista técnico. Sin embargo, para este reconocimiento es necesario formular una metodología concreta, bien fundamentada, que deberá someterse al trámite previsto en la legislación (audiencia pública). Se espera que en el corto plazo se inicie un procedimiento separado para incorporar el componente ambiental en la tarifa de generación privada con plantas hidroeléctricas, en el marco de la Ley N° 7200.

[...]

Por otro lado, en el Por Tanto III de la resolución recurrida -RJD-17-2016-, a folios 601 y 603, se señaló, lo siguiente:

[...]

3.4 Del factor ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas

El tema del factor ambiental que ha sido un tema recurrente por parte de los generadores privados, luego de analizar la legislación se llegó a la conclusión de que dentro de los

costos contemplados actualmente se incluye el criterio de sostenibilidad ambiental definido en la Ley 7593, artículo 31 como elemento para fijar las tarifas.

[...]

Por las razones anteriores, se considera que no es necesario la duplicación del criterio ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas; y que por lo tanto debe eliminarse el ítem de la fórmula para evitar que sea contabilizado dos veces.

[...] El subrayado no es del original.

Así las cosas, de acuerdo con la resolución recurrida, se indica que la Junta Directiva con fundamento en el criterio 02-CAMMRR-2015 de la Comisión Ad Hoc, realizó el análisis de la Ley 7200: "Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela", específicamente artículos 8, 10, 11 y 12 y la Ley 8723: "Ley Marco de Concesión para el Aprovechamiento de las Fuerzas Hidráulicas para la Generación Hidroeléctrica", artículo 4, así como el Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC, "Reglamento General sobre los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)" artículos 1 y 112, de los cuales, determinaron que los costos por factores ambientales a los cuales hacen referencia esta normativa, ya se encuentran "contemplados" en el cálculo tarifario, por lo cual, asignarles un componente aparte en la formulación general del modelo, no tiene justificación y que por el contrario, sería un doble reconocimiento.

Aunado a lo anterior, la recurrente no aportó prueba alguna que sustente su argumento, lo que imposibilita a este órgano asesor, pronunciarse al respecto, en virtud de lo que establece el artículo 317 del Código Procesal Civil con relación a los artículos 196, 293.2), 297.3) de la LGAP.

Es por lo anterior, que considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento, toda vez que no se observa violación a lo establecido en los artículos 16 y 160 de la LGAP en relación con el artículo 31 de la Ley 7593.

[...]

La Junta Directiva, con fundamento en el criterio 02-CAMMRR-2015 de la Comisión Ad Hoc, externó con respecto al factor ambiental, lo siguiente:

[...]

3.4. Del factor ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas

El tema del factor ambiental que ha sido un tema recurrente por parte de los generadores privados, luego de analizar la legislación se llegó a la conclusión de que dentro de los costos contemplados actualmente se incluye el criterio de sostenibilidad ambiental definido en la Ley 7593, artículo 31 como elemento para fijar las tarifas. En efecto de la legislación analizada se observa que:

- Ley 7200: Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela

“Artículo 8 - Además de la declaratoria de elegibilidad a que se refiere el artículo 6º, para centrales de limitada capacidad mayores o iguales a dos mil kilovatios (2.000 KW), el interesado deberá aportar al Servicio Nacional de Electricidad una certificación sobre la aprobación de un estudio de impacto ambiental, elaborada por un profesional del ramo. Este estudio deberá ser presentado previamente al Ministro de Recursos Naturales, Energía y Minas, para su aprobación o rechazo, dentro de un plazo de sesenta días naturales, a partir de su presentación.

Artículo 10 - En el estudio de impacto ambiental a que se refiere el artículo 8º de esta ley se incluirán, como mínimo los siguientes aspectos:

- a) Indicación del posible impacto de la actividad sobre el ambiente natural y el humano.*
- b) Los efectos adversos inevitables, si se llevará a cabo la actividad.*
- c) Los efectos sostenidos sobre la flora y la fauna, con señalamiento del impacto sobre la vegetación, los suelos, las especies animales y la calidad del agua y del aire.*
- ch) Señalamiento de áreas específicas por deforestar, si fuere del caso.*
- d) Cantidad posible de desechos.*
- e) Efectos sobre las poblaciones y asentamientos humanos.*
- f) Programas de reforestación, control de erosión de suelos y control de contaminación del agua y del aire; y los planes de manejo de los desechos.*
- g) Planes de contingencia para prevenir, detectar y controlar los efectos nocivos sobre el ecosistema.*

(...)

Artículo 11 - Para amparar el cumplimiento de los programas de control y de recuperación ambiental, el concesionario, al firmar el contrato de suministro, deberá acompañar una garantía incondicional de cumplimiento a favor del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor del proyecto, durante el período de construcción de la obra, que se mantendrá vigente por un año contado a partir de la entrada en operación del proyecto.

La garantía se reducirá a un monto equivalente a un uno por ciento (1%) del valor del proyecto y se mantendrá vigente durante todo el período de la concesión.

Estos porcentajes podrán ser ajustados por el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, de acuerdo con la cuantificación de daños potenciales que se determinen en el estudio de impacto ambiental.

La garantía a que se refiere este artículo podrá ser emitida por cualquiera de los bancos del Sistema Bancario Nacional, o por el Instituto Nacional de Seguros, a satisfacción del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, y podrá ser ejecutada, parcial o totalmente, por el citado ministerio, tan pronto se demuestre que se ha producido un daño y que este no ha sido mitigado por el producto autónomo.

El Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas podrá efectuar correcciones, en forma directa y de oficio, o mediante contrato, en cualquier deterioro o daño ambiental que se origine con motivo de la concesión eléctrica otorgada.

Si al término de la concesión la garantía no ha sido ejecutada, será devuelta parcial o totalmente, según corresponda.

Artículo 12 - Corresponde al Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, fijar las pautas y las condiciones de cualquier naturaleza, tendientes a amparar el cumplimiento de los programas de control y recuperación ambiental de las centrales de limitada capacidad. En caso de que los concesionarios incumplan las condiciones fijadas por el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, el Servicio Nacional de Electricidad, a solicitud de este Ministerio, declarará la caducidad de la concesión.”

- *Ley 8723: Ley Marco de Concesión para el Aprovechamiento de las Fuerzas Hidráulicas para la Generación Hidroeléctrica*

“Artículo 4. Requisitos para la solicitud de las concesiones para el aprovechamiento de las fuerzas hidráulicas para la generación hidroeléctrica

El interesado que pretenda utilizar la fuerza hidráulica de las aguas de dominio público en el territorio nacional, para generar energía hidroeléctrica, deberá presentar la respectiva solicitud de concesión al Minaet, acompañada de la aprobación de la evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (Setena) (...).”

Adicionalmente, en los términos de referencia publicados por el ICE para la convocatoria #2 de compra de bloques de energía, estableció como uno de los principales factores de calificación la evaluación ambiental, tal y como se indica en el siguiente párrafo:

“(…)

- i. Evaluación ambiental (máximo 30 puntos).** *Los proyectos de generación de electricidad deben estar concebidos teniendo presente la variable ambiental, dentro de una actitud de sostenibilidad y manejo racional de los recursos naturales y en apego a la legislación vigente al respecto.*

La obtención de la viabilidad ambiental del proyecto es obligatoria y constituye una condición previa para la firma del contrato según se establece en el Artículo 12 del Reglamento al Capítulo I de la Ley N° 7200 – Decreto Ejecutivo N° 37124-MINAET. A tal efecto, se deberá presentar a la Secretaría Técnica Nacional del Ambiente (SETENA) un Estudio de Impacto Ambiental, acorde con las normas y procedimientos aplicables.”

En los estudios de impacto ambiental, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) estipula que por reglamento lo que procede para otorgar la viabilidad ambiental, es solicitarle al desarrollador la presentación de los instrumentos de Control y Seguimiento, los cuales pueden ser varios como el pago de la garantía, cumplimiento de compromisos ambientales, nombramiento de responsable ambiental, entre otros.

En las resoluciones de Viabilidad Ambiental, se incluyen las siguientes cláusulas:

- El artículo 6 de la Modificación del artículo 45 al Reglamento General sobre los Procedimientos de EIA, del Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC, señala sobre la Cláusula de Compromiso Ambiental Fundamental, lo siguiente: “La Presente Viabilidad (licencia) Ambiental se otorga en el entendido de que el desarrollador del proyecto, obra o actividad cumplirá de forma íntegra y cabal con todas las regulaciones y normas técnicas, legales y ambientales vigentes en el país y a ejecutarse ante otras autoridades del Estado Costarricense. El incumplimiento de esta cláusula por parte del desarrollador no solo lo hará acreedor de las sanciones que implica el no cumplimiento de dicha regulación, sino que además, al constituir la misma, parte de la base fundamental sobre el que se sustenta la VLA, hará que de forma automática dicha VLA se anule con las consecuencias técnicas, administrativas y jurídicas que ello tiene para la actividad, obra o proyecto y para su desarrollador, en particular respecto a los alcances que tiene la aplicación del artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente”.*
- De conformidad con las facultades de control y seguimiento establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Ambiente, que señala: “La Secretaría Técnica Nacional Ambiental establecerá instrumentos y medios para dar seguimiento al cumplimiento de las resoluciones de la evaluación de impacto ambiental. En los casos de violación de su contenido, podrá ordenar la paralización de las obras. El interesado y el autor del estudio serán, directa y solidariamente, responsables por los daños que se causen”.*
- De conformidad con el Artículo 45, de la Resolución y otorgamiento de la Viabilidad (o Licencia) Ambiental del reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-MAG-MOPT, MEIC, S, señala: “Los lineamientos o directrices ambientales de compromiso que enmarcan el otorgamiento de la viabilidad (licencia) ambiental, y que estarán basadas en todo el proceso de EIA, así como una serie de condiciones e instrumentos de control y seguimiento ambiental, que incluyen los siguientes elementos: Desarrollo e implementación de los instrumentos de Control y Seguimiento Ambiental (ICOS), que comprendan 3 aspectos básicos como son: Nombramiento de un responsable ambiental, una Bitácora Ambiental y la garantía ambiental de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica del Ambiente, cuyo monto será fijado por la SETENA”.*

Del Decreto Ejecutivo Número 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC, Reglamento General sobre los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) se indica lo siguiente:

“Artículo 1º.- Objetivo y alcance.

El presente reglamento tiene por objeto definir los requisitos y procedimientos generales por los cuales se determinará la viabilidad (licencia) ambiental a las actividades, obras o proyectos nuevos, que por ley o reglamento, se han determinado que pueden alterar o destruir elementos del ambiente o generar residuos, materiales tóxicos o peligrosos; así como, las medidas de prevención, mitigación y compensación, que dependiendo de su impacto en el ambiente, deben ser implementadas por el desarrollador”.

“Artículo 112. Costos del Proceso de EIA.

De conformidad con el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ambiente, los costos del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, que incluyen: los estudios técnicos, el uso de instrumentos de EIA, aplicación de medidas ambientales (preventivas, correctivas, mitigadoras o de compensación), de control y seguimiento, auditorías ambientales, implementación de los planes de gestión ambiental y demás procedimientos relacionados al proceso, deberán ser asumidos por el desarrollador de la actividad, obra o proyecto”.

Por otra parte, en los términos de referencia publicados por el ICE para la convocatoria #2 de compra de bloques de energía, en el anexo 2, en el formulario 4 y 5, se encuentra como requisito la presentación detallada de los presupuestos de los proyectos dentro de los cuales se estableció el rubro de costos indirectos, entre ellos se tienen los gastos por gestión ambiental como lo son la “mitigación ambiental” y las “ayudas comunales”. Cabe resaltar, que esta información fue provista por el desarrollador y se incluyeron los rubros indicados, rondando entre el 3% y el 0,1% del monto total de la inversión, esto según información del ICE. Además, en los Estados Financieros auditados entregados por Vara Blanca (visibles en el OT-051-2015, folio 14 y 19), como parte de los costos de operación, los generadores privados incluyen la parte de Regencia ambiental, el cual es un requerimiento de SETENA. Lo anterior, es ejemplo de que se está cumpliendo lo establecido en el artículo 31 de la Ley 7593 con el sólo hecho de que los costos ambientales están contemplados en el monto de inversión y operación.

Por las razones anteriores, se considera que no es necesario la duplicación del criterio ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas; y que por lo tanto debe de eliminarse el ítem de la fórmula para evitar que sea contabilizado dos veces.

[...] Folio 373 a 376 del OT-082-2015.

Ahora bien, aunado a lo anterior y reiterando lo ya concluido en los criterios 388-DGAJR-2016, 393-DGAJR-2016 y 435-DGAJR-2016, el recurrente no aportó evidencia de nuevas inversiones en gestiones ambientales que sean diferentes a las ya establecidas por la jurisprudencia y normativa, las cuales están obligados a cumplir, para poder iniciar operaciones dentro del territorio nacional, y a los requisitos establecidos por el ICE, en los términos de referencia publicados, para las convocatorias de compra de bloques de energía.

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

2. Sobre la eliminación parcial del factor Xu y el no reconocimiento de la depreciación.

Indicó la recurrente, que la eliminación parcial del factor Xu, “causa una desigualdad en el trato de la regulación”, debido a que no se le reconoce el gasto por depreciación ni de las revaluaciones de sus activos, en las tarifas.

En cuanto a la división de los costos de explotación (Ca) por el factor de antigüedad (Xu), cabe indicar, que en el Por Tanto III de la resolución recurrida -RJD-17-2016-, a folio 600, se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

...la división incluida no resulta lógica debido al tipo de costos de explotación que se utilizan en la muestra, los cuales son plantas que reflejan su costo dada su edad sin necesidad de modificarlas por antigüedad como sería el caso si la muestra tuviera datos de costos de explotación de plantas nuevas. Es decir, es claro que existe una relación directa entre el costo de explotación de las plantas y su antigüedad (tal como lo indica el ICE en el folio 134 del expediente OT-153-2014), sin embargo, la información que se encuentra disponible para la Autoridad Reguladora para realizar las fijaciones tarifarias presenta el problema de que casi la mayoría son plantas con una vida en operación promedio más alta que las de las plantas existentes.

La muestra utilizada en las fijaciones tarifarias aprobadas en las resoluciones 750-RCR-2012 del 9 de enero de 2012 (expediente ET-153-2011), RIE-040-2013 del 27 de marzo de 2013 (expediente ET-157-2010), RIE-105-2013 del 12 de diciembre 2013 (ET-107-2013) y la RIE-099-2014 del 18 de diciembre 2014 (expediente ET-139-2014), como se menciona anteriormente, se basa en los costos de explotación de plantas del ICE las cuales tienen una vida de operación mayor al promedio de vida en operación de las plantas existentes y la cual tiene implícito la antigüedad de las plantas. De lo que se puede concluir que hay una doble consideración de la antigüedad de las plantas en el costo de explotación.

[...]

Adicionalmente, en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas por la recurrente, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 422), se señaló, en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

La división de los costos de explotación por el factor de antigüedad se da debido a que se supone que los costos de explotación utilizados son de plantas nuevas y deben ser ajustados por la antigüedad de las plantas, sin embargo, la información disponible no es de plantas nuevas.

[...]

Por su parte, 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 (ICE) -RJD-009-2010-, indica con respecto a los costos de explotación y el factor de antigüedad, lo siguiente:

[...]

3.2.1. Concepto:

El costo de explotación representa los costos necesarios para mantener y operar una planta en condiciones normales para nuestro país. No incluye gastos de depreciación y gastos financieros, porque según las premisas del modelo, se trata de tarifar a plantas cuyo costo ya fue cubierto vía tarifas mediante anteriores contratos.

En este caso se trata de información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar.

3.2.2. Fuente de información

El cálculo de este valor se hará mediante la determinación de una muestra de los costos de explotación (operación y mantenimiento) de plantas eléctricas en la medida de lo posible similares a las plantas que se pretende tarifar.

Para esto se recopilarán datos nacionales e internacionales de distintas fuentes; dentro ellas se encuentran documentos de trabajo, informes técnicos, estudios tarifarios y planes de expansión de generación, entre otras; siempre que se trate de fuentes confiables.

Si dada la muestra se requiere actualizar el valor de alguna planta para hacerla comparable con respecto a otra información, la indexación se efectuará utilizando el Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos (IPP - EEUU), con el fin de poder contar con una serie de datos comparable en términos reales. Los datos contenidos en las bases de datos excluyen los valores extremos⁵.

En la base de datos se privilegiará los datos de plantas con capacidad instalada semejante a las plantas a las cual se calcula la tarifa, siempre que exista información confiable y verificable sobre ellas.

[...] En subrayado no es del original.

3.5.1. Concepto:

El factor de antigüedad mide la antigüedad promedio de las plantas, expresadas en función de su valor remanente, dado el tiempo en que las plantas han estado en operación. En este caso se trata de información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar.

3.5.2. Fuente de información

En el cálculo de esta variable se contemplarán valores de antigüedad únicamente de plantas nacionales, considerando la información para los tres últimos años disponibles, según la base de datos de la Autoridad Reguladora. Para estos efectos se considerará un máximo de 40 años de antigüedad, por ser esta la vida útil contable de estos activos.

3.5.3. Cálculo del factor de antigüedad

El factor de antigüedad o factor de utilización promedio que han tenido las plantas de los generadores privados para la venta de electricidad al ICE, se estima por medio de la siguiente fórmula:

$$Xu = ((Vu - Vo) / Vu) * (1 - Vr) + Vr$$

Donde:

Vu = Vida útil de las plantas para generación eléctrica
(40 años)

Vo = Vida en operación promedio

Vr = Valor residual de las plantas (10%)

[...]

Así las cosas, los costos de explotación corresponden “a los costos necesarios para mantener y operar una planta en condiciones normales para nuestro país” y de acuerdo con la metodología vigente, se obtienen de las bases de datos confiables con que dispone la Autoridad Reguladora, correspondientes a las “plantas con capacidad instalada semejante a las plantas a las cuales se calcula la tarifa”, razón por la cual, dichos costos corresponden a datos actualizados y reales.

Por su parte, el factor de antigüedad o factor de utilización promedio (Xu), corresponde a un factor con el cual se busca que la “información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar” lo cual aplicaría, si la muestra de los costos de explotación correspondiera a datos de costos de plantas nuevas.

Aunado a lo anterior, la información con que cuenta la Aresep para determinar los costos de explotación, según la metodología vigente, corresponde en su mayoría, a los costos de plantas de generación hidroeléctrica que posee el ICE, las cuales al no ser plantas nuevas, sus costos son reflejo del mantenimiento y operación de una planta en condiciones normales, por lo que, no es necesario ajustar la información mediante el factor de utilización (como lo solicita la recurrente), en razón de que los costos reales ya tienen incorporado, de forma implícita, el costo de operación al momento del cálculo tarifario.

No obstante lo anterior, se le indica a la recurrente que, en cuanto al argumento del reconocimiento de la depreciación, no es de recibo, en razón de que la resolución RJD-009-2010, en el apartado **3.2.1. Concepto**, citado en el punto 1 del análisis por el fondo de este criterio, indica que el costo anual de explotación “No incluye gastos de depreciación y gastos financieros, porque según las premisas del modelo, se trata de tarifar a plantas cuyo costo ya fue cubierto vía tarifas mediante anteriores contratos”. Así las cosas, el gasto de depreciación para plantas existentes que firmen un nuevo contrato con el ICE, ya fue reconocido y por tanto, pagado vía tarifa, según se indicó en el apartado **3.2.1. Concepto** de la resolución RJD-009-2010.

Adicionalmente, cabe indicarle a la recurrente, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, según oficio 02-CAMMRR-2015, (visible folio 423), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Primero que todo es importante señalar que este tema está fuera del alcance de la modificación propuesta. Sin embargo, la metodología supone que todos los costos de inversión ya fueron cubiertos vía tarifas en los contratos anteriores, con lo cual también se tuvo que recuperar los costos fijos de operación y por lo tanto, no es razonable reconocer depreciación.

Por otra parte, no existe un tratamiento discriminatorio hacia los generadores privados, simplemente, la forma de tarifar es diferente, por un lado, existe un plazo máximo de contrato dentro del cual se deben recuperar todos los costos y por el otro, los costos se recuperan durante toda la vida útil del proyecto. Es decir, no es que no se recuperan, es que ya se recuperaron, al igual que no se supone que el activo ya está totalmente depreciado, ya recupero los gastos por este rubro.

[...]

En suma, se le aclara a la recurrente, que el contenido de la resolución RJD-17-2016, se limitó a modificar algunos temas específicos de tres metodologías tarifarias, a saber:

1. RJD-009-2010: “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”.

Se modificó la fórmula para determinar las tarifas de referencia (TR), eliminando del primer componente de la fórmula, el denominador, correspondiente al factor de antigüedad (Xu).

2. RJD-152-2011: “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”.

Se modificó el texto y las fórmulas referidas al ingreso requerido (IR) y la tarifa de venta (p) eliminando lo relativo al componente del factor ambiental (fa), así como, modifica o incluye texto en el apartado de Expectativas de venta (E), Monto de la Inversión unitaria (M) y la Definición de la banda tarifaria.

3. RJD-163-2011: “Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”.

Se modificó el texto y las formulas del apartado iii. Formulación general del modelo, eliminando lo relativo al componente del factor ambiental (fa), en el apartado v. Ingresos requeridos (IR) eliminó de la fórmula el componente de factor ambiental (fa), al apartado iv. Expectativas de venta (E) se incluyó texto.

En ese sentido, note la recurrente, que en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, el reconocimiento de la depreciación, es un tema que no fue sometido a audiencia pública en esta oportunidad, por lo que se encuentra fuera del alcance de dicha resolución, la cual se limitó a modificar las metodologías aprobadas mediante las resoluciones supraindicadas.

Del análisis anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento, toda vez que no se observa violación del artículo 31 de Ley 7593, del principio de juridicidad, que se desprende del artículo 11 de la Constitución Política y 11 de la LGAP, alegada por la recurrente.

[...]

(...) el informe de la Fuerza de Tarea, señaló sobre la inclusión innecesaria del factor Xu dentro de la fórmula, lo siguiente:

[...]

La inclusión del factor de antigüedad Xu como denominador de los costos de explotación ha generado cuestionamientos a la metodología, en particular porque la tarifa de referencia resultante se convierte en una función exponencial conforme aumenta la edad de las plantas y, consecuentemente, se reduce su vida útil. Adicionalmente, debido a que la información que se utilizaría para su cálculo provendría de plantas con más tiempo en operación que las existentes privadas, y no de plantas nuevas como se había supuesto al desarrollar la metodología, por lo que no sería necesario “avejentar” dichos costos mediante el uso del factor Xu.

Esta característica no deseada de la metodología tarifaria aprobada por medio de la resolución RJD-009-2010 fue advertida por la ARESEP desde el primer año de su aplicación. Es así como el 4 de julio de 2012, mediante el acuerdo de Junta Directiva 15-53-2012 se dispuso:

*“Incorporar a lo dispuesto en el acuerdo 04-39-2012, del acta de la sesión 39-2012, la recomendación de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria contenida en su oficio 441-DGJR-2012, del 18 de junio del 2012, en el sentido de que “existen inconsistencias entre la formulación general del modelo y el manejo de los datos utilizados para el cálculo de los costos de explotación”, por lo que debe ser tomada en consideración por la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, como parte de la revisión que realiza sobre la metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compra venta de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)”.*¹⁵

Estas y otras razones para la exclusión del factor Xu se resumen en el oficio 02-CAMMRR-2015 de la Comisión Ad-Hoc¹⁶, que se mencionan a continuación:

- a) *“(...) la división incluida no resulta lógica debido al tipo de costos de explotación que se utilizan en la muestra, los cuales son plantas que reflejan su costo dada su edad sin necesidad de modificarlas por antigüedad como sería el caso si la muestra tuviera datos de costos de explotación de plantas nuevas.”*
- b) *“(...) existe una relación directa entre el costo de explotación de las plantas y su antigüedad (tal como lo indica el ICE en el folio 134 del expediente OT-153-2014), sin embargo, la información que se encuentra disponible para la Autoridad Reguladora, para realizar las fijaciones tarifarias presenta el problema de que casi la mayoría son plantas con una vida en operación promedio más alta que las de las plantas existentes.”*

[...] Folios 39 a 40 del ET-071-2016. El subrayado no es del original.

Aunado a lo anterior, en el criterio de esta Dirección General, 388-DGAJR-2016, se indicó que la Aresep, en cumplimiento de sus potestades, modificó 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” con el fin de crear y adecuar las herramientas necesarias, para fijar precios y tarifas.

En ese sentido, el informe de la Fuerza de Tarea, remitido por el Regulador Genera mediante el oficio 948-RG-2016, refuerza ese criterio, recomendando la eliminación del factor X_u como divisor de los costos de explotación, tal y como se señala a continuación:

[...]

(...) una razón adicional para eliminar la variable X_u la cual surge del principio de servicio al costo establecido en el artículo 3 de la Ley 7593, ya que mantener el X_u como denominador de los costos de explotación duplicaría el efecto de la antigüedad en dichos costos elevándolos por partida doble ya que dichos costos se habrían calculado a partir de una muestra con una edad promedio superior a la del parque de generación privado existente.

[...] Folios 43 del ET-071-2016. El subrayado no es del original.

Ahora bien, como resultado de los ejercicios de sensibilidad que realizó la Fuerza de Tarea, se señala lo siguiente:

[...]

(...) se comprueba que a mayores antigüedades, mayores serán los costos de explotación²⁵.

[...] Folios 55 del ET-071-2016.

(...) la tarifa sin cambio metodológico, le atribuye cada año una prima cada vez mayor a la tarifa resultante a causa únicamente de la antigüedad de dichas plantas, ya que este es el resultado de la forma de la ecuación actual (...).

[...] Folios 57 del ET-071-2016.

En razón de lo anterior, es claro que existía una debilidad en la formulación matemática, ya apuntado en el informe 02-CAMMRR-2016 y reiterado en el informe de la Fuerza de Tarea, el cual señaló “la necesidad de eliminar el factor X_u como ajuste en los costos de explotación, por considerar que la inclusión de este ajuste era innecesario, dada la información disponible y que la formulación actual implicaba una doble consideración del factor de antigüedad”. En este sentido, cabe agregar que previamente esta Dirección General, en el oficio 441-DGJR-2012, del 18 de junio del 2012, indicó que “existen inconsistencias entre la formulación general del modelo y el manejo de los datos utilizados para el cálculo de los costos de explotación”, de ahí, la necesidad de modificar la formulación contenida en la resolución RJD-009-2010, de manera que se pudiera adecuar la fórmula a la realidad de las plantas que se pretende tarifar.

[...]“

Adicionalmente, sobre el tema del no reconocimiento del gasto por depreciación ni de la revaluación de activos, se indicó, lo siguiente:

“[...]

En ese sentido, se agrega e indica a la recurrente, que en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, el reconocimiento del gasto por depreciación y de la revaluación de activos, es un tema que no fue objeto de la modificación tramitada en el expediente OT-82-2015 y por lo tanto, no fue sometido a audiencia pública en esa oportunidad, por lo que se encuentra fuera del alcance de dicha resolución, la cual se limitó a modificar las metodologías aprobadas en los términos indicados.

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

[...]“

3. En el expediente OT-082-2015, no se tiene información sobre la antigüedad de las plantas hidroeléctricas:

Indicó la recurrente, que en el expediente OT-082-2015, no se tiene información sobre la antigüedad de las plantas hidroeléctricas, por lo que no existe fundamentación (motivo), ni el contenido adecuado que permita analizar las situaciones de hecho y de derecho, que le otorguen validez al acto administrativo.

Al respecto, cabe indicarle a la recurrente, que en el expediente OT-82-2015 a folios 360 al 440, se encuentra el Informe Técnico de la Comisión Ad-Hoc (oficio 02-CAMMRR-2015), donde se expone la propuesta final de modificación al modelo establecido mediante la resolución RJD-009-2010, que en lo que interesa, indica lo siguiente:

[...]

Es decir, es claro que existe una relación directa entre el costo de explotación de las plantas y su antigüedad (tal como lo indica el ICE en el folio 134 del expediente OT-153-2014), sin embargo, la información que se encuentra disponible para la Autoridad Reguladora para realizar las fijaciones tarifarias presenta el problema de que casi la mayoría son plantas con una vida en operación promedio más alta que las de las plantas existentes.

La muestra utilizada en las fijaciones tarifarias aprobadas en las resoluciones 750-RCR-2012 del 9 de enero de 2012 (expediente ET-153-2011), RIE-040-2013 del 27 de marzo de 2013 (expediente ET-157-2010), RIE-105-2013 del 12 de diciembre 2013 (ET-107-2013) y la RIE-099-2014 del 18 de diciembre 2014 (expediente ET-139-2014), como se menciona anteriormente, se basa en los costos de explotación de plantas del ICE las cuales tienen una vida de operación mayor al promedio de vida en operación de las plantas existentes y la cual tiene implícito la antigüedad de las plantas. De lo que se puede concluir que hay una doble consideración de la antigüedad de las plantas en el costo de explotación.

[...].Folios 371 y 372. El subrayado no es del original.

De acuerdo con lo anterior, el oficio 02-CAMMRR-2015, señala las resoluciones tarifarias en las cuales se detallan las muestras utilizadas para determinar los costos de explotación y que provienen de la información con que contaba la Autoridad Reguladora al momento de realizar las fijaciones tarifarias. Si bien es cierto, lleva razón la recurrente en cuanto a que en el expediente OT-82-2015, no se tiene información sobre la antigüedad de las plantas hidroeléctricas, no lleva razón en cuanto a la falta de motivación del acto, en virtud de que la antigüedad de las plantas hidroeléctricas que se usan para determinar los costos de explotación, no fue el motivo de los cambios realizados a las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011, mediante la resolución recurrida.

Adicionalmente, resulta importante traer a colación la respuesta dada por la Aresep, a la medida cautelar solicitada por las empresas Eléctrica Matamoros S.A. e Hidroeléctrica Platanar S.A., tramitada en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda bajo el expediente judicial N° 16-001774-1027-CA, en cuanto a que dichas empresas, consideraron que la resolución RJD-17-2016, contiene vicios de nulidad absoluta en su motivación y contenido, al haberse eliminado el factor de antigüedad (X_u) del cálculo de los costos de explotación, a lo cual se les indicó en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Primeramente, valga aclarar en términos generales, que la eliminación del factor de antigüedad, (X_u) en el cálculo de los costos de explotación (C_a) en la metodología tarifaria de las plantas de generación existentes, es fiel reflejo del ejercicio de las potestades exclusivas y excluyentes, que de conformidad con la Ley N° 7593, le corresponden a la Aresep.

La regulación de los servicios públicos, conlleva necesariamente la elaboración de metodologías, así como, la constante revisión de las que ya se encuentran en aplicación, ello, a fin de ir creando y adecuando a la realidad, las herramientas necesarias para fijar precios y tarifas con sustento en el principio de servicio al costo, mediante el cual, solo se reconozcan los costos necesarios para prestar el servicio y una utilidad razonable al prestador.

El ejercicio de tales competencias no solo es una potestad, sino que son una obligación para la Aresep, de modo que no realizar su labor, podría conllevar un incumplimiento de la Ley. En el tanto dichas potestades se ejerzan conforme a derecho y a la técnica, no deben ni pueden ser cuestionadas, aun y cuando, ello no implique una complacencia a intereses particulares. Las actoras, están tratando de censurar el ejercicio de dichas potestades, solamente por el hecho de que la modificación metodológica efectuada, no beneficia sus intereses.

Ahora bien, además de que es incuestionable que la Aresep puede y debe ejercer las funciones encomendadas, como por ejemplo revisar las metodologías vigentes, también es incuestionable que, si producto de dicho ejercicio, identifica razones técnicas suficientes para generar cambios puede y debe promoverlos.

[...]

Es por lo anterior que la Aresep, en cumplimiento de sus potestades, modificó 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” con el fin de crear y adecuar las herramientas necesarias para fijar precios y tarifas de manera que sólo se reconozcan los costos necesarios para prestar el servicio y una utilidad razonable al prestador.

Así las cosas, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en este argumento.

[...]

La Fuerza de Tarea asignada por el Regulador General, dentro de su informe, detalla con respecto a este tema, lo siguiente:

[...]

La metodología tarifaria adoptada en mayo del año 2010 mediante la resolución RJD-009-2010, marca el cambio del enfoque de fijación de la tarifa desde uno en el cual el precio se establece a partir del costo evitado al Sistema Eléctrico Nacional (SEN) debido a la energía generada por los operadores privados, a un enfoque de pago a partir de los costos de generación de dicha energía con base en una planta modelo o promedio.

El diseño de la nueva metodología se fundamentó en que los costos de explotación de las plantas de generación aumentan con su antigüedad y que la información de costos de explotación que se utilizaría para la aplicación de la metodología, proveniría de plantas de generación privadas hidroeléctricas nuevas⁹.

Por estas razones, se consideró necesario ajustar en la metodología los costos de explotación, costos de mantenimiento y administrativos, de las plantas de forma que reflejaran apropiadamente la edad del parque de generación privado¹⁰.

Consecuentemente, se definió e incluyó en la fórmula de la metodología la variable Xu denominada “factor de antigüedad”, la cual, como se observó, divide a la variable que representa los costos de explotación, tal y como se muestra:

$$TR = \frac{\frac{Ca}{Xu} + (I * Xu * Ke)}{(8760 * Fp)}$$

Debido a que no se ha dispuesto de la información que estaba prevista para la aplicación de la metodología proveniente de plantas de generación privadas y, en apego a lo establecido en la misma, se hace uso de información proveniente de plantas en operación cuya información se encuentra disponible.

[...] Folios 35 a 36 del ET-071-2016. El subrayado no es del original.

Por tal motivo y como lo señaló el oficio 02-CAMMRR-2015, las resoluciones tarifarias, en las cuales se detallan las muestras utilizadas para determinar los costos de explotación, provienen de la información con que contaba la Intendencia de Energía, al momento de realizar las fijaciones tarifarias.

El hecho de que en el expediente OT-082-2015 no se precisaran la edad exacta en años de las plantas del ICE, no deja “sin motivo”, “ni contenido” la resolución recurrida, como lo apuntan las recurrentes, en virtud de que, la razón para que la Junta Directiva tomara la decisión de eliminar el Xu, como cociente de los costos de explotación en la resolución RJD-009-2010, se fundamentó, en que la muestra utilizada en las fijaciones tarifarias aprobadas en diferentes resoluciones (folio 12), en lo referente a los costos de explotación, son datos de plantas reales, que ya tenían implícita la antigüedad de las plantas, por lo que se puede concluir que hay una doble consideración de la antigüedad de las plantas en el costo de explotación. (folio 12)

[...]

En virtud de todo lo anterior, el hecho, de que en el expediente OT-082-2015, no se precisara, la edad exacta en años de las plantas del ICE, no deja “sin motivo”, “ni contenido” la resolución recurrida, como lo apuntaron las recurrentes.

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

[...]

4. Sobre la gestión de nulidad interpuesta

Finalmente, en lo que respecta a la gestión de nulidad interpuesta contra la resolución RJD-17-2016, conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos, residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la LGAP y que son: la falta o imperfección (vicio) de algún elemento del acto o que el acto impugnado sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, entendida como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final adoptada en aspectos importantes, o bien, cuya omisión causare indefensión al administrado, lo cual no se considera que haya ocurrido en la especie fáctica del caso sub exámine.

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

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

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

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

Así las cosas, con fundamento en lo analizado en el presente criterio, al no presentarse vicio alguno en los elementos del acto administrativo impugnado, que implique su nulidad y en lo que se refiere a los

aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan omisiones o defectos que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso, de conformidad con el artículo 223 de la LGAP.

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta por El Embalse S.A., considera este órgano asesor que no lleva razón en sus argumentos, ya que la resolución que impugna, no es un acto nulo, porque contiene todos los elementos del acto (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP, ya que:

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

Así las cosas, no deviene en nula la resolución impugnada, pues contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), y en lo referente a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso.

En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que dicha resolución sea nula y por ende, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en cuanto a su gestión de nulidad.

V. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por El Embalse S.A., contra la resolución RJD-17-2016 resultan admisibles.*
- 2. Los costos por factores ambientales a los cuales hacen referencia la legislación vigente, ya se encuentran “contemplados” en el cálculo tarifario, por lo cual, asignarles un componente aparte en la formulación general del modelo, no tiene justificación y que por el contrario, sería un doble reconocimiento. Adicionalmente, la recurrente no aportó prueba alguna que sustente su argumento, lo que imposibilita a este órgano asesor, pronunciarse al respecto.*
- 3. Los costos de explotación corresponden a los costos que conllevan mantener y operar una planta en condiciones normales dentro de nuestro país, por lo cual, no es necesario ajustar la información mediante el factor de utilización, en razón de que los costos reales ya tienen incorporado, de forma implícita, el costo de operación al momento del cálculo tarifario.*
- 4. El factor de antigüedad o factor de utilización promedio, corresponde a un factor con el cual se busca que la información se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar, lo cual aplicaría, si la muestra de los costos de explotación correspondiera a datos de costos de plantas nuevas.*

5. *El reconocimiento de la depreciación para plantas que firmen un nuevo contrato con el ICE, fue cubierto vía tarifas, mediante contratos anteriores, según se indicó en el apartado 3.2.1. Concepto de la resolución RJD-009-2010.*
6. *El tema de la depreciación, no fue sometido a audiencia pública, por lo que se encuentra fuera del alcance de las modificaciones aprobadas mediante la resolución RJD-17-2016, a las metodologías establecidas por medio de las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011.*
7. *El oficio 02-CAMMRR-2015, señala las resoluciones tarifarias en las cuales se detallan las muestras utilizadas para determinar los costos de explotación y que provienen de la información con que contaba la Autoridad Reguladora al momento de realizar las fijaciones tarifarias.*
8. *Dentro del expediente OT-82-2015, no se detalla la información sobre la antigüedad de las plantas hidroeléctricas, en razón de que dicha información, no fue el motivo de los cambios realizados, mediante la resolución recurrida -RJD-17-2016- a las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011.*
9. *La resolución impugnada contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), y en lo referente a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que la resolución recurrida sea nula.*

[...]"

- II. Que en la sesión ordinaria 26-2017, del 06 de junio de 2017, la Junta Directiva señala, sobre la antigüedad de las plantas hidroeléctricas del ICE, que en los siguientes expedientes, se localiza la fecha de inicio de operación de las mismas, cuya información fue proporcionada por el ICE:
 - ET-153-2011, Recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución 750-RCR-201, oficio No. 0510-144-2012 presentado por el ICE. Folio 447 del expediente ET-153-2011.
 - OT-153-2014, Oposición del ICE-Sector de electricidad a la propuesta de modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados. Folio 132 del expediente OT-153-2014.
 - ET-139-2014, Posición del ICE-Sector electricidad respecto de la propuesta de ajuste tarifario para generadores privados que firmen un nuevo contrato de compra y venta con el ICE, oficio No. 0510-1590-2012 presentado por el ICE. Folio 86 del expediente ET-139-2014.

Cabe agregar que, estas referencias de información, fueron indicadas en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, correspondiente a la "Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables" (folio 600).

- III. Que 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 reposición y la gestión de

nulidad, interpuestos por El Embalse S.A., contra la resolución RJD-17-2016, **2.** Agotar la vía administrativa, **3.**-Notificar a las partes, la presente resolución, **4.**-Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.

- IV.** Que en la sesión ordinaria 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 388-DGAJR-2016 y 282-DGAJR-2017 de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 11-26-2017

- I.** Declarar sin lugar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad, interpuestos por El Embalse S.A., contra la resolución RJD-17-2016.
- II.** Agotar la vía administrativa.
- III.** Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV.** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

VOTO NEGATIVO DE LA DIRECTORA SONIA MUÑOZ TUK

A los efectos del artículo 57 de la Ley General de la Administración Pública, dejo constancia de mi voto contrario al acuerdo adoptado, lo cual sustentó bajo las siguientes consideraciones:

“El análisis de la eliminación del factor de antigüedad consta en la página 14 a 17 del oficio 282-DGAJR-2017 en el cual, se limita a transcribir las conclusiones que previamente había dado el CDR (oficio 02-CAMMRR-205) y la Fuerza de Trabajo.

El oficio 282-DGAJR-2017 le restó importancia al hecho de no tener la información exacta de las plantas de la muestra, a pesar de que se supone que ese aspecto es uno de las causas para el cambio metodológico. Dice: “El hecho que en el expediente OT-082-2015 no se precisaron la edad exacta en años de las plantas del ICE, no deja “sin motivo”, “ni contenido” la resolución recurrida”.

Sin embargo, igual que antes, ahora también mantengo mi posición que la información exacta y precisa que tomó de base para dictar la resolución, sí es relevante.

Me llama la atención que en el antecedente 13, el oficio 282-DGAJR-2017 toma nota que se presentó por una empresa una solicitud de corrección de un error en el informe de la fuerza de tarea, sin embargo, cuando la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria analiza el asunto, no analiza dicho error y las implicaciones que podría tener”.

b-. En cuanto al recurso de ACOPE

RESULTANDO:

- I. Que el 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-009-2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 7 de junio de 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”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente ET-135-2008).
- II. 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, aprobó la *“Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”*, la cual fue 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, RJD-013-2012 del 29 de febrero de 2012 y publicada en La Gaceta N° 74 del 17 de abril de 2012 y RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-029-2011).
- III. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-028-2011).
- IV. Que el 19 de marzo de 2015, la Junta Directiva mediante el acuerdo 05-12-2015 de la sesión ordinaria 12-2015, acordó, entre otras cosas *“Someter al trámite de audiencia pública la siguiente propuesta de “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”*, de conformidad con lo señalado en la propuesta remitida por la Comisión Ad-Hoc mediante el oficio 01-CAMMRR-2015 (...); modificación que afecta las metodologías descritas en los antecedentes 1, 2 y 3 de este criterio. (Folios 01 al 24).
- V. Que el 1° de abril de 2015, se publicó la convocatoria a la audiencia pública de Ley, en el Alcance Digital N° 23 a La Gaceta N° 64 y el 9 de abril de 2015 en los diarios La Nación y La Extra. (Folios 43 al 46).
- VI. Que el 5 de mayo de 2015, se llevó a cabo la audiencia pública en el auditorio de la Aresep interconectados por el sistema de videoconferencia con los Tribunales de Justicia de los centros de: Cartago, Ciudad Quesada, Heredia, Liberia, Limón, Pérez Zeledón y Puntarenas, además dicha audiencia se desarrolló en forma presencial en el salón parroquial de Bribri, Limón, Talamanca, según el acta N° 028-2015. (Folios 351 al 358).

- VII. Que el 8 de mayo de 2015, la Dirección General de Atención al Usuario mediante el oficio 1554-DGAU-2015, remitió a la Comisión Ad Hoc el informe de oposiciones y coadyuvancias e indicó que se recibieron y se admitieron 10 posiciones. (Folios 347 al 348).
- VIII. Que el 20 julio de 2015, la Comisión Ad Hoc mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, remitió a la Secretaría de Junta Directiva la propuesta final de la *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.”* (Folios 360 al 440).
- IX. Que el 20 de julio de 2015, la Secretaría de Junta Directiva mediante el memorando 561-SJD-2015, trasladó para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la propuesta de *“Modificación de las Metodologías de Fijación para Generadores Privados de Energía Eléctrica con Recursos Renovables”*, contenida en el oficio 02-CAMMRR-2015. (Folio 359).
- X. Que el 6 de agosto de 2015, la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante el oficio 762-DGAJR-2015, emitió criterio sobre la propuesta de *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.”* (Folios 443 al 448).
- XI. Que el 8 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-17-2016, la Junta Directiva entre otras cosas, aprobó la modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables. (Folios 593 al 609).
- XII. Que el 18 de febrero de 2016, la Asociación Costarricense de Productores de Energía (en adelante ACOPE), interpuso recurso ordinario de reposición contra la resolución RJD-17-2016. (Folios 496 al 557).
- XIII. Que el 19 de febrero de 2016, mediante el memorando 131-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió el recurso de reposición interpuesto por ACOPE contra la resolución RJD-17-2016, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis. (Folio 746).
- XIV. Que el 4 de mayo de 2016, mediante el oficio 393-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió el criterio respecto al recurso de reposición interpuesto por ACOPE, contra la resolución RJD-17-2016. (Folios 935 a 954).
- XV. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva de Aresep, en la sesión ordinaria N° 27-2016, aprobó el acuerdo N° 06-27-2016 que dispuso: *“1. Suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, aprobada mediante el acuerdo 01-07-2016, celebrada el 8 de febrero de 2016, publicada en el alcance 17 de La Gaceta 31 del 15 de febrero de 2016, hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología. // 2. Notificar a las partes.”* (Folios 1089 a 1102).
- XVI. Que el 12 de mayo de 2016, por medio del acuerdo N° 07-27-2016, de la sesión ordinaria N° 27-2016, la Junta Directiva de Aresep, acordó:

“(…) Solicitar a la Comisión ad hoc que, conforme al acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, lleve a cabo un estudio integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, considerando las observaciones y sugerencias planteadas en este tema por

los miembros de la Junta Directiva y se eleve a conocimiento la versión ajustada del caso, para los fines pertinentes. (...).” (Folios 1089 a 1102).

- XVII.** Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 948-RG-2016, remitió a los miembros de la Junta Directiva, el análisis de sensibilidad del factor de antigüedad en la determinación de la tarifa de las plantas privadas existentes y el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016. (No consta en autos).
- XVIII.** Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 949-RG-2016, remitió a la Intendencia de Energía, el texto final del Estudio Integral de la *“Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”*, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016. (Folios 24 al 66 del ET-071-2016).
- XIX.** Que el 26 de octubre de 2016, el Regulador General, remitió al señor Presidente de la República, la abstención solicitada por los tres miembros de la Junta Directiva de la Aresep.
- XX.** Que el 25 de enero de 2017, el señor Presidente de la República resolvió, rechazar la abstención interpuesta por los tres miembros de la Junta Directiva de Aresep.
- XXI.** Que el 7 de febrero de 2017, mediante el acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, la Junta Directiva de Aresep, acordó, entre otras cosas:

“(…)

1. Levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, que se dio el 12 de mayo del 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016 celebrada el 12 de mayo de 2016.

(…)”

- XXII.** Que el 17 de marzo de 2017, mediante el oficio 282-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió la ampliación, entre otros, del criterio 393-DGAJR-2016, referido al recurso de reposición interpuesto por ACOPE, contra la resolución RJD-17-2016. (No consta en autos).
- XXIII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que de los oficios 393-DGAJR-2016 y 282-DGAJR-2017 arriba citados, que sirven de sustento a la presente resolución, se extrae respectivamente:

“[...]

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-17-2016, es el ordinario de reposición, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

b) Temporalidad

La resolución recurrida fue notificada a la recurrente el 16 de febrero de 2016 (folio 741) y la impugnación fue planteada el 18 de febrero de 2016 (folios 496 al 557).

Conforme al artículo 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de reposición debe interponerse en el plazo de tres días hábiles, contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 19 de febrero de 2016. Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado por Ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo legal establecido.

c) Legitimación

Se tiene que ACOPE es parte de este procedimiento de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 342 de la LGAP, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 7593.

d) Representación

El señor Mario Alvarado Mora, actúa en su condición de apoderado generalísimo con límite de suma de ACOPE -según consta en la certificación notarial visible a folio 556- por lo que se encuentra acreditado y facultado para actuar en representación de la recurrente.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

A continuación, se analizan los argumentos de inconformidad planteados por la recurrente:

1. *Sobre 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”, aprobada mediante la resolución RJD-009-2010, del 7 de mayo de 2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 7 de junio de 2010”, y modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y por la resolución recurrida:*
 - a. ***El componente de costos de explotación en la tarifa de referencia:*** *Indicó la recurrente, que no se justifica la eliminación del factor de antigüedad X_u , dado que la antigüedad promedio real de la base de datos de costos de explotación, es menor a la antigüedad de las plantas de generación privadas, razón por lo cual, considera que es necesario incorporar un factor que permita equiparar los costos de explotación. Aduce, que es de suma importancia mantener el factor de antigüedad (X_u) dentro de la metodología, como denominador del factor*

costo de explotación (Ca) y como método de sensibilización para aproximar los verdaderos costos de explotación de una planta existente. (Folios 501 a 510).

Adicionalmente, la recurrente indicó, que la depreciación es un costo indiscutible de la operación de las empresas. No obstante, la Aresep no reconoce el gasto por depreciación de sus activos en las tarifas a las plantas hidroeléctricas privadas que venden energía al ICE, contradiciendo lo que establecen las Normas Internacionales de Contabilidad y mucho menos, el gasto por depreciación de las revaluaciones de activos, como sí lo permite a otros generadores regulados de carácter público y cooperativo. Indica, que la resolución RJD-17-2016 no reconoce el gasto por depreciación dentro de los costos operativos “-o el Xu que genera un efecto similar en el primer término de la fórmula tarifaria-” pero sí se toma en cuenta para disminuir el total del activo, sobre el cual se aplica la tasa de rentabilidad (folios 508 a 510).

El contraste entre lo pretendido por la recurrente y lo resuelto mediante la resolución recurrida, se muestra en el siguiente cuadro:

Pretensión de la recurrente	Lo vigente (aprobado mediante la resolución recurrida)
<p>La Tarifa de Referencia (TR):</p> $TR = \frac{\left(\frac{Ca}{Xu}\right) + (I * Xu * Ke)}{8760 * Fp}$	<p>Las Tarifas de Referencia (TR):</p> $TR = \frac{Ca + (I * Xu * Ke)}{8760 * Fp}$

Fuente: Elaboración propia.

Al respecto, cabe indicar, que en el Por Tanto III de la resolución recurrida -RJD-17-2016, a folio 600, se señaló con respecto al cociente de los costos de explotación (Ca) por el factor de antigüedad (Xu), lo siguiente:

[...]

(...) la división incluida no resulta lógica debido al tipo de costos de explotación que se utilizan en la muestra, los cuales son plantas que reflejan su costo dada su edad sin necesidad de modificarlas por antigüedad como sería el caso si la muestra tuviera datos de costos de explotación de plantas nuevas. Es decir, es claro que existe una relación directa entre el costo de explotación de las plantas y su antigüedad (tal como lo indica el ICE en el folio 134 del expediente OT-153-2014), sin embargo, la información que se encuentra disponible para la Autoridad Reguladora para realizar las fijaciones tarifarias presenta el problema de que casi la mayoría son plantas con una vida en operación promedio más alta que las de las plantas existentes.

La muestra utilizada en las fijaciones tarifarias aprobadas en las resoluciones 750-RCR-2012 del 9 de enero de 2012 (expediente ET-153-2011), RIE-040-2013 del 27 de marzo de 2013 (expediente ET-157-2010), RIE-105-2013 del 12 de diciembre

2013 (ET-107-2013) y la RIE-099-2014 del 18 de diciembre 2014 (expediente ET-139-2014), como se menciona anteriormente, se basa en los costos de explotación de plantas del ICE las cuales tienen una vida de operación mayor al promedio de vida en operación de las plantas existentes y la cual tiene implícito la antigüedad de las plantas. De lo que se puede concluir que hay una doble consideración de la antigüedad de las plantas en el costo de explotación.

[...]

Adicionalmente, en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas por la recurrente, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 395), se señaló, en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

La división de los costos de explotación por el factor de antigüedad se da debido a que se supone que los costos de explotación utilizados son de plantas nuevas y deben ser ajustados por la antigüedad de las plantas, sin embargo, la información disponible no es de plantas nuevas.

[...]

Por su parte, 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 (ICE) -RJD-009-2010-, indica con respecto a los costos de explotación y el factor de antigüedad, lo siguiente:

[...]

3.2.1. Concepto:

El costo de explotación representa los costos necesarios para mantener y operar una planta en condiciones normales para nuestro país. No incluye gastos de depreciación y gastos financieros, porque según las premisas del modelo, se trata de tarifar a plantas cuyo costo ya fue cubierto vía tarifas mediante anteriores contratos.

En este caso se trata de información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar.

3.2.2. Fuente de información

El cálculo de este valor se hará mediante la determinación de una muestra de los costos de explotación (operación y mantenimiento) de plantas eléctricas en la medida de lo posible similares a las plantas que se pretende tarifar.

Para esto se recopilarán datos nacionales e internacionales de distintas fuentes; dentro ellas se encuentran documentos de trabajo, informes técnicos, estudios tarifarios y planes de expansión de generación, entre otras; siempre que se trate de fuentes confiables.

Si dada la muestra se requiere actualizar el valor de alguna planta para hacerla comparable con respecto a otra información, la indexación se efectuará utilizando el Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos (IPP - EEUU), con el fin de poder contar con una serie de datos comparable en términos reales. Los datos contenidos en las bases de datos excluyen los valores extremos⁵.

En la base de datos se privilegiará los datos de plantas con capacidad instalada semejante a las plantas a las cual se calcula la tarifa, siempre que exista información confiable y verificable sobre ellas.

[...] El subrayado no es del original.

[...]

3.5.1. Concepto:

El factor de antigüedad mide la antigüedad promedio de las plantas, expresadas en función de su valor remanente, dado el tiempo en que las plantas han estado en operación. En este caso se trata de información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar.

3.5.2. Fuente de información

En el cálculo de esta variable se contemplarán valores de antigüedad únicamente de plantas nacionales, considerando la información para los tres últimos años disponibles, según la base de datos de la Autoridad Reguladora. Para estos efectos se considerará un máximo de 40 años de antigüedad, por ser esta la vida útil contable de estos activos.

3.5.3. Cálculo del factor de antigüedad

El factor de antigüedad o factor de utilización promedio que han tenido las plantas de los generadores privados para la venta de electricidad al ICE, se estima por medio de la siguiente fórmula:

$$Xu = ((Vu - Vo) / Vu) * (1 - Vr) + Vr$$

Donde:

***Vu** = Vida útil de las plantas para generación eléctrica (40 años)*

***Vo** = Vida en operación promedio*

***Vr** = Valor residual de las plantas (10%)*

[...]

Así las cosas, los costos de explotación corresponden “a los costos necesarios para mantener y operar una planta en condiciones normales para nuestro país” y de acuerdo con la metodología vigente, se obtienen de las bases de datos confiables con que dispone la Autoridad Reguladora, correspondientes a las “plantas con capacidad instalada semejante a las plantas a las cuales se les calcula la tarifa”, razón por la cual, dichos costos corresponden a datos actualizados y reales.

Por su parte, el factor de antigüedad o factor de utilización promedio (X_u), corresponde a un factor con el cual se busca que la “información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar”, lo cual aplicaría, si la muestra de los costos de explotación correspondiera a datos de costos de plantas nuevas.

Aunado a lo anterior, la información con que cuenta la Aresep para determinar los costos de explotación, según la metodología vigente, corresponde en su mayoría, a los costos de plantas de generación hidroeléctrica que posee el ICE, las cuales al no ser plantas nuevas, sus costos son reflejo del mantenimiento y operación de una planta en condiciones normales, por lo que, no es necesario ajustar la información mediante el factor de utilización (como lo solicita la recurrente), en razón de que los costos reales ya tienen incorporado, de forma implícita, el costo de operación al momento del cálculo tarifario.

Con respecto a lo argumentado por la recurrente, en cuanto a que la antigüedad promedio real de la base de datos de costos de explotación, es menor a la antigüedad de las plantas de generación privadas, este órgano asesor no se referirá al respecto, en razón de que la resolución recurrida modificó parcialmente algunos de los componentes de las metodologías establecidas en las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011 y lo argumentado por la recurrente en cuanto a este punto, corresponde a su aplicación, situación que en la especie fáctica del caso no ha sucedido.

Con respecto al gasto por depreciación, cabe indicarle a la recurrente, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 398), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Primero que todo es importante señalar que este tema está fuera del alcance de la modificación propuesta. Sin embargo, como bien lo señala el opositor, todos los costos de inversión ya fueron cubiertos vía tarifas en los contratos anteriores, con lo cual también se tuvo que recuperar los costos fijos de operación y por lo tanto, no es razonable reconocer depreciación.

Por otra parte, no existe un tratamiento discriminatorio hacia los generadores privados, simplemente, la forma de tarifar es diferente, por un lado, existe un plazo máximo de contrato dentro del cual se deben recuperar todos los costos y por el otro, los costos se recuperan durante toda la vida útil del proyecto. Es decir, no es que no se recuperan, es que ya se recuperaron, al igual que no se supone que el activo ya está totalmente depreciado, ya recupero [sic] los gastos por este rubro.

[...]

En complemento a lo anterior, se le aclara a la recurrente, que el contenido de la resolución RJD-17-2016, se limitó a modificar algunos temas específicos de tres metodologías tarifarias, a saber:

- 1. RJD-009-2010: “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”.**

Se modificó la fórmula para determinar las tarifas de referencia (TR), eliminando del primer componente de la fórmula, el denominador, correspondiente al factor de antigüedad (Xu).

2. RJD-152-2011: “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”.

Se modificó el texto y las fórmulas referidas al ingreso requerido (IR) y la tarifa de venta (p) eliminando lo relativo al componente del factor ambiental (fa), así como, modifica o incluye texto en el apartado de Expectativas de venta (E), Monto de la Inversión unitaria (M) y la Definición de la banda tarifaria.

3. RJD-163-2011: “Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”.

Se modificó el texto y las formulas del apartado iii. Formulación general del modelo, eliminando lo relativo al componente del factor ambiental (fa), en el apartado v. Ingresos requeridos (IR) eliminó de la fórmula el componente de factor ambiental (fa) y se le incluyó texto al apartado iv. Expectativas de venta (E).

En ese sentido, note la recurrente, que en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, el reconocimiento de la depreciación, es un tema que no fue sometido a audiencia pública en esta oportunidad, por lo que se encuentra fuera del alcance de dicha resolución, la cual se limitó a modificar las metodologías aprobadas mediante las resoluciones supraindicadas, en los términos citados.

No obstante lo anterior, se le indica a la recurrente que, el argumento del reconocimiento de la depreciación, no es de recibo, en razón de que la resolución RJD-009-2010, en el apartado 3.2.1. Concepto, indica que el costo anual de explotación “No incluye gastos de depreciación y gastos financieros, porque según las premisas del modelo, se trata de tarifar a plantas cuyo costo ya fue cubierto vía tarifas mediante anteriores contratos”. Así las cosas, el gasto de depreciación para plantas existentes que firmen un nuevo contrato con el ICE, ya fue reconocido y por tanto, pagado vía tarifa, según se indicó en el apartado 3.2.1. Concepto, de la resolución RJD-009-2010.

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

[...]

La Fuerza de Tarea asignada por el Regulador General, dentro de su informe, detalla con respecto a este tema, lo siguiente:

[...]

La metodología tarifaria adoptada en mayo del año 2010 mediante la resolución RJD-009-2010, marca el cambio del enfoque de fijación de la tarifa desde uno en el cual el precio se establece a partir del costo evitado al Sistema Eléctrico Nacional (SEN) debido a la energía generada por los operadores privados, a un enfoque de pago a partir de los costos de generación de dicha energía con base en una planta modelo o promedio.

*El diseño de la nueva metodología se fundamentó en que los costos de explotación de las plantas de generación aumentan con su antigüedad y que la información de costos de explotación que se utilizaría para la aplicación de la metodología, provendría de plantas de generación privadas hidroeléctricas nuevas*⁹.

*Por estas razones, se consideró necesario ajustar en la metodología los costos de explotación, costos de mantenimiento y administrativos, de las plantas de forma que reflejaran apropiadamente la edad del parque de generación privado*¹⁰.

Consecuentemente, se definió e incluyó en la fórmula de la metodología la variable Xu denominada “factor de antigüedad”, la cual, como se observó, divide a la variable que representa los costos de explotación, tal y como se muestra:

$$TR = \frac{Ca}{Xu} + (I * Xu * Ke) \\ (8760 * Fp)$$

Debido a que no se ha dispuesto de la información que estaba prevista para la aplicación de la metodología proveniente de plantas de generación privadas y, en apego a lo establecido en la misma, se hace uso de información proveniente de plantas en operación cuya información se encuentra disponible.

[...] Folios 35 a 36 del ET-071-2016. El subrayado no es del original.

Por tal motivo y como lo señaló el oficio 02-CAMMRR-2015, las resoluciones tarifarias, en las cuales se detallan las muestras utilizadas para determinar los costos de explotación, provienen de la información con que contaba la Intendencia de Energía, al momento de realizar las fijaciones tarifarias.

El hecho de que en el expediente OT-082-2015 no se precisaran la edad exacta en años de las plantas del ICE, no deja “sin motivo”, “ni contenido” la resolución recurrida, como lo apuntan las recurrentes, en virtud de que, la razón para que la Junta Directiva tomara la decisión de eliminar el Xu, como cociente de los costos de explotación en la resolución RJD-009-2010, se fundamentó, en que la muestra utilizada en las fijaciones tarifarias aprobadas en diferentes resoluciones (folio 12), en lo referente a los costos de explotación, son datos de plantas reales, que ya tenían implícita la antigüedad de las plantas, por lo que se puede concluir que hay una doble consideración de la antigüedad de las plantas en el costo de explotación. (folio 12)

En ese sentido, el informe de la Fuerza de Tarea, señaló sobre la inclusión innecesaria del factor Xu dentro de la fórmula, lo siguiente:

[...]

La inclusión del factor de antigüedad Xu como denominador de los costos de explotación ha generado cuestionamientos a la metodología, en particular porque la tarifa de referencia resultante se convierte en una función exponencial conforme aumenta la edad de las plantas y, consecuentemente, se reduce su vida útil. Adicionalmente, debido a que la información que se utilizaría para su cálculo provendría de plantas con más tiempo en operación que las existentes privadas, y no de plantas nuevas como se había supuesto al

desarrollar la metodología, por lo que no sería necesario “avejentar” dichos costos mediante el uso del factor Xu.

Esta característica no deseada de la metodología tarifaria aprobada por medio de la resolución RJD-009-2010 fue advertida por la ARESEP desde el primer año de su aplicación. Es así como el 4 de julio de 2012, mediante el acuerdo de Junta Directiva 15-53-2012 se dispuso:

“Incorporar a lo dispuesto en el acuerdo 04-39-2012, del acta de la sesión 39-2012, la recomendación de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria contenida en su oficio 441-DGJR-2012, del 18 de junio del 2012, en el sentido de que “existen inconsistencias entre la formulación general del modelo y el manejo de los datos utilizados para el cálculo de los costos de explotación”, por lo que debe ser tomada en consideración por la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, como parte de la revisión que realiza sobre la metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compra venta de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)”.¹⁵

Estas y otras razones para la exclusión del factor Xu se resumen en el oficio 02-CAMMRR-2015 de la Comisión Ad-Hoc¹⁶, que se mencionan a continuación:

- a) *“(…) la división incluida no resulta lógica debido al tipo de costos de explotación que se utilizan en la muestra, los cuales son plantas que reflejan su costo dada su edad sin necesidad de modificarlas por antigüedad como sería el caso si la muestra tuviera datos de costos de explotación de plantas nuevas.”*
- b) *“(…) existe una relación directa entre el costo de explotación de las plantas y su antigüedad (tal como lo indica el ICE en el folio 134 del expediente OT-153-2014), sin embargo, la información que se encuentra disponible para la Autoridad Reguladora, para realizar las fijaciones tarifarias presenta el problema de que casi la mayoría son plantas con una vida en operación promedio más alta que las de las plantas existentes.”*

[...] Folios 39 a 40 del ET-071-2016. El subrayado no es del original.

Aunado a lo anterior, en el criterio de esta Dirección General, 388-DGAJR-2016, se indicó que la Aresep, en cumplimiento de sus potestades, modificó 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” con el fin de crear y adecuar las herramientas necesarias, para fijar precios y tarifas.

En ese sentido, el informe de la Fuerza de Tarea, remitido por el Regulador General mediante el oficio 948-RG-2016, refuerza ese criterio, recomendando la eliminación del factor Xu como divisor de los costos de explotación, tal y como se señala a continuación:

[...]

(...) una razón adicional para eliminar la variable Xu la cual surge del principio de servicio al costo establecido en el artículo 3 de la Ley 7593, ya que mantener el Xu como

denominador de los costos de explotación duplicaría el efecto de la antigüedad en dichos costos elevándolos por partida doble ya que dichos costos se habrían calculado a partir de una muestra con una edad promedio superior a la del parque de generación privado existente.

[...] Folios 43 del ET-071-2016. El subrayado no es del original.

Ahora bien, como resultado de los ejercicios de sensibilidad que realizó la Fuerza de Tarea, se señala lo siguiente:

[...]

(...) se comprueba que a mayores antigüedades, mayores serán los costos de explotación²⁵.

[...] Folios 55 del ET-071-2016.

(...) la tarifa sin cambio metodológico, le atribuye cada año una prima cada vez mayor a la tarifa resultante a causa únicamente de la antigüedad de dichas plantas, ya que este es el resultado de la forma de la ecuación actual (...).

[...] Folios 57 del ET-071-2016.

En razón de lo anterior, es claro que existía una debilidad en la formulación matemática, ya apuntado en el informe 02-CAMMRR-2016 y reiterado en el informe de la Fuerza de Tarea, el cual señaló “la necesidad de eliminar el factor X_u como ajuste en los costos de explotación, por considerar que la inclusión de este ajuste era innecesario, dada la información disponible y que la formulación actual implicaba una doble consideración del factor de antigüedad”. En este sentido, cabe agregar que previamente esta Dirección General, en el oficio 441-DGJR-2012, del 18 de junio del 2012, indicó que “existen inconsistencias entre la formulación general del modelo y el manejo de los datos utilizados para el cálculo de los costos de explotación”, de ahí, la necesidad de modificar la formulación contenida en la resolución RJD-009-2010, de manera que se pudiera adecuar la fórmula a la realidad de las plantas que se pretende tarifar.

En virtud de todo lo anterior, el hecho, de que en el expediente OT-082-2015, no se precisara, la edad exacta en años de las plantas del ICE, no deja “sin motivo”, “ni contenido” la resolución recurrida, como lo apuntaron las recurrentes.

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

[...]“

2. Sobre la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”, aprobada mediante la Resolución RJD-152-2011, del 10 de agosto de 2011, y publicada

en La Gaceta N° 168 del 01 de setiembre de 2011, y modificada mediante las resoluciones RJD-161-2011, RJD-013-2012, RJD-027-2014 y la recurrida:

- a. **Inclusión del factor ambiental:** Considera que se debe incluir el factor ambiental (fa) en esta metodología tarifaria. (Folios 511 a 516).

Al respecto, cabe indicar que la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”, aprobada mediante la resolución RJD-152-2011, del 10 de agosto de 2011 y 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, la RJD-013-2012, del 29 de febrero de 2012, publicada en La Gaceta No 74 del 17 de abril de 2012 y la RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65 del 2 de abril de 2014, indicó al respecto:

[...]

5.2.5 El factor ambiental: La ARESEP está de acuerdo con establecer un factor ambiental en las tarifas de los servicios públicos. La legislación lo permite y es recomendable desde el punto de vista técnico. Sin embargo, para este reconocimiento es necesario formular una metodología concreta, bien fundamentada, que deberá someterse al trámite previsto en la legislación (audiencia pública). Se espera que en el corto plazo se inicie un procedimiento separado para incorporar el componente ambiental en la tarifa de generación privada con plantas hidroeléctricas, en el marco de la Ley N° 7200.

[...]

Por otro lado, en el Por Tanto III de la resolución recurrida -RJD-17-2016-, a folios 601 y 603, se señaló, lo siguiente:

[...]

3.4 Del factor ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas

El tema del factor ambiental que ha sido un tema recurrente por parte de los generadores privados, luego de analizar la legislación se llegó a la conclusión de que dentro de los costos contemplados actualmente se incluye el criterio de sostenibilidad ambiental definido en la Ley 7593, artículo 31 como elemento para fijar las tarifas.

[...]

Por las razones anteriores, se considera que no es necesario la duplicación del criterio ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas; y que por lo tanto debe de eliminarse el fa de la fórmula para evitar que sea contabilizado dos veces.

[...] El subrayado no es del original.

Así las cosas, de acuerdo con la resolución recurrida, se indica que la Junta Directiva con fundamento en el criterio 02-CAMMRR-2015 de la Comisión Ad Hoc, realizó el análisis de la Ley 7200: “Ley que

Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela”, específicamente artículos 8, 10, 11 y 12 y la Ley 8723: “Ley Marco de Concesión para el Aprovechamiento de las Fuerzas Hidráulicas para la Generación Hidroeléctrica”, artículo 4, así como el Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC, “Reglamento General sobre los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)” artículos 1 y 112, de los cuales, determinaron que los costos por factores ambientales a los cuales hacen referencia esta normativa, ya se encuentran “contemplados” en el cálculo tarifario, por lo cual, asignarles un componente aparte en la formulación general del modelo, no tiene justificación y por el contrario, el hecho de reconocerlo, sería un doble reconocimiento.

En ese sentido, si bien es cierto lleva razón la recurrente en cuanto que la Junta Directiva de Aresep mediante la resolución RJD-152-2011 instruyó al Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR) para que elaborara una propuesta metodológica para determinar el factor ambiental (fa), esta nunca se realizó. Es hasta la resolución recurrida (RJD-17-2016), que la Junta Directiva dispone que este factor ambiental ya está contemplado en el cálculo tarifario y no es necesario su determinación explícita dentro de la fórmula para determinar la tarifa de venta, con fundamento en lo señalado por la Comisión Ad Hoc en el oficio 02-CAMMRR-2015.

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

[...]

La Junta Directiva, con fundamento en el criterio 02-CAMMRR-2015 de la Comisión Ad Hoc, externó con respecto al factor ambiental, lo siguiente:

[...]

3.4. Del factor ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas

El tema del factor ambiental que ha sido un tema recurrente por parte de los generadores privados, luego de analizar la legislación se llegó a la conclusión de que dentro de los costos contemplados actualmente se incluye el criterio de sostenibilidad ambiental definido en la Ley 7593, artículo 31 como elemento para fijar las tarifas. En efecto de la legislación analizada se observa que:

- *Ley 7200: Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela*

“Artículo 8 - Además de la declaratoria de elegibilidad a que se refiere el artículo 6º, para centrales de limitada capacidad mayores o iguales a dos mil kilovatios (2.000 KW), el interesado deberá aportar al Servicio Nacional de Electricidad una certificación sobre la aprobación de un estudio de impacto ambiental, elaborada por un profesional del ramo. Este estudio deberá ser presentado previamente al Ministro de Recursos Naturales, Energía y Minas, para su aprobación o rechazo, dentro de un plazo de sesenta días naturales, a partir de su presentación.

Artículo 10 - En el estudio de impacto ambiental a que se refiere el artículo 8º de esta ley se incluirán, como mínimo los siguientes aspectos:

- a) *Indicación del posible impacto de la actividad sobre el ambiente natural y el humano.*
- b) *Los efectos adversos inevitables, si se llevará a cabo la actividad.*
- c) *Los efectos sostenidos sobre la flora y la fauna, con señalamiento del impacto sobre la vegetación, los suelos, las especies animales y la calidad del agua y del aire.*
- ch) *Señalamiento de áreas específicas por deforestar, si fuere del caso.*
- d) *Cantidad posible de desechos.*
- e) *Efectos sobre las poblaciones y asentamientos humanos.*
- f) *Programas de reforestación, control de erosión de suelos y control de contaminación del agua y del aire; y los planes de manejo de los desechos.*
- g) *Planes de contingencia para prevenir, detectar y controlar los efectos nocivos sobre el ecosistema.*

(...)

Artículo 11 - Para amparar el cumplimiento de los programas de control y de recuperación ambiental, el concesionario, al firmar el contrato de suministro, deberá acompañar una garantía incondicional de cumplimiento a favor del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor del proyecto, durante el período de construcción de la obra, que se mantendrá vigente por un año contado a partir de la entrada en operación del proyecto.

La garantía se reducirá a un monto equivalente a un uno por ciento (1%) del valor del proyecto y se mantendrá vigente durante todo el período de la concesión.

Estos porcentajes podrán ser ajustados por el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, de acuerdo con la cuantificación de daños potenciales que se determinen en el estudio de impacto ambiental.

La garantía a que se refiere este artículo podrá ser emitida por cualquiera de los bancos del Sistema Bancario Nacional, o por el Instituto Nacional de Seguros, a satisfacción del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, y podrá ser ejecutada, parcial o totalmente, por el citado ministerio, tan pronto se demuestre que se ha producido un daño y que este no ha sido mitigado por el producto autónomo.

El Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas podrá efectuar correcciones, en forma directa y de oficio, o mediante contrato, en cualquier deterioro o daño ambiental que se origine con motivo de la concesión eléctrica otorgada.

Si al término de la concesión la garantía no ha sido ejecutada, será devuelta parcial o totalmente, según corresponda.

Artículo 12 - Corresponde al Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, fijar las pautas y las condiciones de cualquier naturaleza, tendientes a amparar el cumplimiento de los programas de control y recuperación ambiental de las centrales de limitada capacidad. En caso de que los concesionarios incumplan las condiciones fijadas por el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, el Servicio Nacional de Electricidad, a solicitud de este Ministerio, declarará la caducidad de la concesión.”

- *Ley 8723: Ley Marco de Concesión para el Aprovechamiento de las Fuerzas Hidráulicas para la Generación Hidroeléctrica*

“Artículo 4. Requisitos para la solicitud de las concesiones para el aprovechamiento de las fuerzas hidráulicas para la generación hidroeléctrica

El interesado que pretenda utilizar la fuerza hidráulica de las aguas de dominio público en el territorio nacional, para generar energía hidroeléctrica, deberá presentar la respectiva solicitud de concesión al Minaet, acompañada de la aprobación de la evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (Setena) (...)”

Adicionalmente, en los términos de referencia publicados por el ICE para la convocatoria #2 de compra de bloques de energía, estableció como uno de los principales factores de calificación la evaluación ambiental, tal y como se indica en el siguiente párrafo:

“(…)

- i. ***Evaluación ambiental (máximo 30 puntos).*** *Los proyectos de generación de electricidad deben estar concebidos teniendo presente la variable ambiental, dentro de una actitud de sostenibilidad y manejo racional de los recursos naturales y en apego a la legislación vigente al respecto.*

La obtención de la viabilidad ambiental del proyecto es obligatoria y constituye una condición previa para la firma del contrato según se establece en el Artículo 12 del Reglamento al Capítulo I de la Ley N° 7200 – Decreto Ejecutivo N° 37124-MINAET. A tal efecto, se deberá presentar a la Secretaría Técnica Nacional del Ambiente (SETENA) un Estudio de Impacto Ambiental, acorde con las normas y procedimientos aplicables.”

En los estudios de impacto ambiental, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) estipula que por reglamento lo que procede para otorgar la viabilidad ambiental, es solicitarle al desarrollador la presentación de los instrumentos de Control y Seguimiento, los cuales pueden ser varios como el pago de la garantía, cumplimiento de compromisos ambientales, nombramiento de responsable ambiental, entre otros.

En las resoluciones de Viabilidad Ambiental, se incluyen las siguientes cláusulas:

- *El artículo 6 de la Modificación del artículo 45 al Reglamento General sobre los Procedimientos de EIA, del Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC, señala sobre la Cláusula de Compromiso Ambiental Fundamental, lo siguiente: “La Presente Viabilidad (licencia) Ambiental se otorga en el entendido de que el*

desarrollador del proyecto, obra o actividad cumplirá de forma íntegra y cabal con todas las regulaciones y normas técnicas, legales y ambientales vigentes en el país y a ejecutarse ante otras autoridades del Estado Costarricense. El incumplimiento de esta cláusula por parte del desarrollador no solo lo hará acreedor de las sanciones que implica el no cumplimiento de dicha regulación, sino que además, al constituir la misma, parte de la base fundamental sobre el que se sustenta la VLA, hará que de forma automática dicha VLA se anule con las consecuencias técnicas, administrativas y jurídicas que ello tiene para la actividad, obra o proyecto y para su desarrollador, en particular respecto a los alcances que tiene la aplicación del artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente”.

- De conformidad con las facultades de control y seguimiento establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Ambiente, que señala: “La Secretaría Técnica Nacional Ambiental establecerá instrumentos y medios para dar seguimiento al cumplimiento de las resoluciones de la evaluación de impacto ambiental. En los casos de violación de su contenido, podrá ordenar la paralización de las obras. El interesado y el autor del estudio serán, directa y solidariamente, responsables por los daños que se causen”.

- De conformidad con el Artículo 45, de la Resolución y otorgamiento de la Viabilidad (o Licencia) Ambiental del reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-MAG-MOPT, MEIC, S, señala: “Los lineamientos o directrices ambientales de compromiso que enmarcan el otorgamiento de la viabilidad (licencia) ambiental, y que estarán basadas en todo el proceso de EIA, así como una serie de condiciones e instrumentos de control y seguimiento ambiental, que incluyen los siguientes elementos: Desarrollo e implementación de los instrumentos de Control y Seguimiento Ambiental (ICOS), que comprendan 3 aspectos básicos como son: Nombramiento de un responsable ambiental, una Bitácora Ambiental y la garantía ambiental de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica del Ambiente, cuyo monto será fijado por la SETENA”.

Del Decreto Ejecutivo Número 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC, Reglamento General sobre los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) se indica lo siguiente:

“Artículo 1º.- Objetivo y alcance.

El presente reglamento tiene por objeto definir los requisitos y procedimientos generales por los cuales se determinará la viabilidad (licencia) ambiental a las actividades, obras o proyectos nuevos, que por ley o reglamento, se han determinado que pueden alterar o destruir elementos del ambiente o generar residuos, materiales tóxicos o peligrosos; así como, las medidas de prevención, mitigación y compensación, que dependiendo de su impacto en el ambiente, deben ser implementadas por el desarrollador”.

“Artículo 112. Costos del Proceso de EIA.

De conformidad con el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ambiente, los costos del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, que incluyen: los estudios técnicos, el uso de instrumentos de EIA, aplicación de medidas ambientales (preventivas, correctivas,

mitigadoras o de compensación), de control y seguimiento, auditorías ambientales, implementación de los planes de gestión ambiental y demás procedimientos relacionados al proceso, deberán ser asumidos por el desarrollador de la actividad, obra o proyecto”.

Por otra parte, en los términos de referencia publicados por el ICE para la convocatoria #2 de compra de bloques de energía, en el anexo 2, en el formulario 4 y 5, se encuentra como requisito la presentación detallada de los presupuestos de los proyectos dentro de los cuales se estableció el rubro de costos indirectos, entre ellos se tienen los gastos por gestión ambiental como lo son la “mitigación ambiental” y las “ayudas comunales”. Cabe resaltar, que esta información fue provista por el desarrollador y se incluyeron los rubros indicados, rondando entre el 3% y el 0,1% del monto total de la inversión, esto según información del ICE. Además, en los Estados Financieros auditados entregados por Vara Blanca (visibles en el OT-051-2015, folio 14 y 19), como parte de los costos de operación, los generadores privados incluyen la parte de Regencia ambiental, el cual es un requerimiento de SETENA. Lo anterior, es ejemplo de que se está cumpliendo lo establecido en el artículo 31 de la Ley 7593 con el sólo hecho de que los costos ambientales están contemplados en el monto de inversión y operación.

Por las razones anteriores, se considera que no es necesario la duplicación del criterio ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas; y que por lo tanto debe de eliminarse el fa de la fórmula para evitar que sea contabilizado dos veces.

[...] Folio 373 a 376 del OT-082-2015.

Ahora bien, aunado a lo anterior y reiterando lo ya concluido en los criterios 388-DGAJR-2016, 393-DGAJR-2016 y 435-DGAJR-2016, el recurrente no aportó evidencia de nuevas inversiones en gestiones ambientales que sean diferentes a las ya establecidas por la jurisprudencia y normativa, las cuales están obligados a cumplir, para poder iniciar operaciones dentro del territorio nacional, y a los requisitos establecidos por el ICE, en los términos de referencia publicados, para las convocatorias de compra de bloques de energía.

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

b. Factor de planta: *Considera que se debe retornar a la forma previa de calcular el factor de planta. (Folios 517 a 531).*

La recurrente argumenta que el “factor de planta calculado a partir de las mediciones de generación presenta la mejor forma de cálculo de esta variable. Cualquier mezcla a partir de estimaciones y sin claridad en el procedimiento lo único que logra es corromper su cálculo, afectar la rigurosidad del procedimiento y disminuir la robustez de su valor” (folio 531).

Sostiene que Aresep se equivoca al: 1. Mezclar datos reales con otros que presume correctos, 2. Calcular el factor de planta a partir de información no confidencial, y 3. Omitir la forma en que se trata, lo que la recurrente considera una “mezcla de datos” (folios 518 a 520).

En cuanto a este argumento, es preciso indicar que la adición de una fuente de información para determinar el cálculo de las expectativas de venta (E), lo realizó la Aresep, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, para modificar metodologías tarifarias, establecidas en la Ley 7593.

Considera este órgano asesor, que el incluir como fuente de información los “concursos realizados para adquirir energía” con el fin de obtener el dato del factor de planta, por parte del Ente Regulador, no contraría lo dispuesto en los artículos 15 al 17 de la LGAP, referido a la discrecionalidad al dictar actos administrativos.

Por todo lo anterior, desde esta perspectiva, la recurrente no logró demostrar que, para la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”, la modificación sea errónea ni que la Aresep actuara contra la ciencia y la técnica. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 16 y 293 inciso 2) de la LGAP y 317 del Código Procesal Civil.

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

c. Monto de la inversión. (Folios 531 a 537).

La recurrente argumenta, que el monto de la inversión y el cálculo de la tarifa se ven afectados artificialmente con la inclusión de datos sesgados provenientes de los concursos de proyectos realizados por el ICE pues se “inducen a los participantes a subestimar el monto de la inversión para lograr un mayor puntaje en los concursos” (folio 532).

Con el fin de sustentar su argumento, la recurrente, critica la respuesta a su posición presentada en la audiencia pública. También indica que “hay un evidente estímulo para indicar el menor monto posible de inversión, ya que no hay ninguna obligación -ni penalización- posterior al incumplimiento de los parámetros indicados” (folio 535) y “Usualmente los montos ofertados de inversión se sustentan en estudios muy preliminares, ya que no incluyen diseños finales” (folio 536). Adicionalmente, señala que la Aresep actúa en contra de la ciencia y la técnica (folio 532) y pide “valorar en el futuro la inclusión de fuentes que contengan datos más rigurosos y confiables” (folio 534).

De lo manifestado por la recurrente, este órgano asesor no registró prueba incorporada a este trámite para demostrar que se indujera -es decir que haya provocado, causado o diera motivo-, a los participantes para que subestimen el monto de la inversión al participar en dichos concursos.

Aunado a lo anterior, se le reitera a la recurrente lo indicado en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, según oficio 02-CAMMRR-2015: “Independientemente de la puntuación asignada por el ICE a cada uno de los rubros de calificación, en el formulario 1: “Carta de presentación”, el representante del proyecto debe declarar bajo juramento “d) Al firmar este documento garantizo la exactitud y veracidad de toda la información que se incluye en la propuesta” (folio 401) por lo cual, es responsabilidad de cada concursante ser veraz en cuanto a las condiciones de su participación en el concurso.

Así las cosas, la adición de una fuente de información para determinar el cálculo de la inversión unitaria (M), lo realizó la Aresep, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, para modificar metodologías tarifarias, establecidas en la Ley 7593.

Considera este órgano asesor que el incluir como fuente de información los concursos realizados para adquirir energía de los generadores privados, por parte del Ente Regulador, no contraría lo dispuesto en los artículos 15 al 17 de la LGAP, referido a la discrecionalidad al dictar actos administrativos.

Por todo lo anterior, desde esta perspectiva, la recurrente no logró demostrar que, para la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”, se induzca a los participantes a subestimar el monto de la inversión para lograr un mayor puntaje en los concursos ni que la Aresep actuara contra la ciencia y la técnica. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 16 y 293 inciso 2) de la LGAP y 317 del Código Procesal Civil.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no razón la recurrente, en cuanto a este argumento.

d. La banda tarifaria. (Folios 538 a 545).

La recurrente argumenta que el ajuste sobre la amplitud de las bandas tarifarias debe ser simétrica; considera errada la decisión de la Aresep de establecer dicha banda entre 3 desviaciones estándar por debajo de la media y 1 desviación estándar por encima de la media porque: 1. Lo hace “con base en lo ocurrido en los dos concursos del ICE”, 2. “está forzando una distribución de los datos sesgada hacia la izquierda, sin ninguna justificación técnica” (folio 539), 3. Se “renuncia a la información de buena parte de la cola derecha de la distribución, que es precisamente donde se concentra el riesgo de los proyectos constructivos” y “riñe los principios de un verdadero análisis de riesgo”, 4. “Expone algunos argumentos de conveniencia, que se alejan de la rigurosidad técnica, y soslaya el hecho de que una ampliación simétrica también se le pueden aplicar los argumentos de conveniencia indicados por la Autoridad Reguladora” y 5. “Tampoco valora la importancia de un tratamiento que le dé seguridad jurídica a los participantes que ya firmaron contrato con el ICE, y que requieren una tarifa predecible en el tiempo” (folio 540).

Al respecto, argumenta que “se está utilizando el criterio del número de desviaciones estándar de una manera subjetiva” (folio 541) y pide “realizar el ajuste sobre la amplitud del rango de manera simétrica (...) utilizando dos desviaciones estándar hacia arriba y hacia abajo” (folio 542) para excluir valores atípicos para análisis futuros (folio 543); en cuanto a este último punto, la recurrente hace referencia a una figura que no consta a folio 543 por lo cual es imposible analizar este extremo. En síntesis, “solicita a la ARESEP que se realice el ajuste sobre la amplitud de las bandas tarifarias de manera simétrica” (folio 545).

Sobre este tema, la resolución RJD-152-2011, en sus considerandos IV y V señaló: “6. La metodología tarifaria está basada en un modelo con el que se estiman los valores superior e inferior de una banda tarifaria, expresados en dólares por KWh. Esos límites se definen a partir de la estimación del promedio y la desviación estándar de los datos de costo de inversión disponibles para plantas hidroeléctricas centroamericanas con capacidades instaladas iguales o menores que 20 MW. El límite superior está dado por la tarifa correspondiente a un costo de inversión igual al promedio más una desviación estándar; y el límite inferior está dado por la tarifa calculada con un costo de inversión igual al promedio menos la desviación estándar.”, “De conformidad con lo expuesto anteriormente, se ha optado por proponer un esquema de banda tarifaria. Dado que se carece de información detallada sobre niveles de eficiencia en el segmento industrial de interés, se ha empleado un criterio estadístico para definir la banda (en función del promedio y la desviación estándar de los costos de inversión)”.

Al respecto, la resolución recurrida -RJD-17-2016-, a folios 596 a 600, en el Por Tanto III, señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Para fijar tarifas y establecer las metodologías, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, tiene competencias exclusivas y excluyentes y así ha sido señalado por la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-329-2002 y la sentencia 005-2008 de las 9:15 horas del 15 de abril de 2008, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta.

En el caso particular del servicio público de electricidad y en particular, en el segmento de generación de este bien, la Autoridad ha establecido un conjunto de métodos de regulación que permiten establecer precios o tarifas de acuerdo con la fuente de generación del bien, entre otras: las fuentes hídricas, eólicas, térmicas, biomasa, solar. En el mercado, la oferta de generación se da por actores privados, públicos, cooperativas, procurando que se utilicen de la mejor manera posible, distintos procesos de producción que están relacionados con el tamaño de planta en la fuente del recurso, la generación de economías de escala y de ámbito, el uso eficiente de las innovaciones y mejoras tecnológicas y las mejores prácticas gerenciales. Por estos motivos, existe una dinámica en la oferta del mercado que hace que los costos y precios cambien intertemporalmente con estas mejoras. Todos estos elementos, son objeto de estudio, análisis y revisión periódica de las metodologías tarifarias que realiza la Autoridad Reguladora.

De esta manera, la presente propuesta de modificación de las bandas de precios de la energía eléctrica generada por fuentes como la hidroeléctrica y eólica, permite que se capture en el tiempo, estas innovaciones y mejoras, con ello, procurando un beneficio al consumidor, dentro del equilibrio entre los intereses de productores y consumidores y el aseguramiento de la continuidad con calidad en el servicio.

3.2. De las Convocatorias para adquirir bloques de energía

La motivación principal a estas modificaciones ha sido los recientes concursos que ha establecido el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) de acuerdo con la Ley No. 7200 en el cual, se tiene evidencia probada de que los precios convergieron al piso de la banda, aumentando con ello la tendencia de que las mejores tecnológicas y mejores prácticas, así como la competencia y la contestabilidad del mercado, lo que tendrá efectos positivos en el bienestar del consumidor.

[...]

Con esta primera convocatoria, se pudo concluir varias cosas, entre ellas el alto interés existente por parte de los generadores privados representado por la capacidad (KW) ofrecida en total versus la cantidad de energía requerida por el ICE. Por ejemplo, se requerían hasta 40 MW de la fuente hidroeléctrica y se ofrecieron 74 MW, mientras que de eólico se buscaban hasta 100 MW y la oferta fue de 249 MW. Por otra parte, los precios ofrecidos también mostraron una señal de la dirección del mercado.

[...]

En el caso de los generadores privados con fuente eólica se puede observar que la mayoría de los proyectos seleccionados ofertaron el precio del límite inferior vigente en ese momento. Esto era indicio de que había más espacio en la banda tarifaria, específicamente en la banda inferior.

[...]

Con la segunda convocatoria y con la posibilidad de realizar descuentos en una segunda oferta, no queda duda de que los oferentes tienden al límite inferior y que posiblemente de no haber existido éste, el precio hubiera sido menor. Sin embargo, existía imposibilidad de ofrecer un precio inferior a los vigentes según la aplicación de la metodología por cuanto no son precios fijados por la ARESEP. En este caso, la posibilidad de ofrecer descuentos fue principalmente beneficioso al proceso en la fuente hidroeléctrica, ya que varias empresas ofertaron el piso de la banda, mientras que en la primera oferta ninguna eligió ese precio.

De acuerdo con el Artículo 16.1 de la Ley General de la Administración Pública, la información revelada de precios lo es a conveniencia, en este caso, como elemento que permite proponer modificaciones en la metodología citada en marras, con el fin de cumplir con el mandato establecido en la Ley 7593 y en particular con el artículo 4. En dicho caso, la información puede dar elementos que indiquen que las bandas de las tarifas establecidas deben modificarse con el fin de procurar, entre muchas cosas, eficiencia y entrada de más participantes en este segmento de mercado eléctrico, con el fin de darle continuidad al servicio público con la calidad requerida. De esta manera, mayor información de mejor calidad que se incorpore en las metodologías tarifarias hace disminuir las asimetrías de información, lo cual hace más transparente la regulación y el contrato regulatorio entre el agente y el principal.

Así por ejemplo, un menor límite inferior de la banda hace más contestable el mercado (segmento de mercado de generación), es decir, puede permitir mayor entrada de participantes en el mismo; logrando con ello que el consumidor del servicio sea beneficiado con las mejoras en la tecnología y la minimización de costos que empresas estarían dispuestas a brindar con la misma o superior calidad que las incumbentes o con otras potenciales oferentes, en el entendido de que dichos efectos se incorporan en el método de fijación de las tarifas y/o precios del servicio público.

Una banda que incorpore nueva información revelada por los actores y del mercado, tiene el conveniente de que las empresas en la industria revelen convergencia en costos, dada la competencia por precios a la baja, logrando aprovechar márgenes de eficiencia. Es decir, las empresas incumbentes y las empresas entrantes marginales, deberían, al menos, comportarse como sus competidoras en la industria, lo cual necesariamente está en concordancia con el principio de servicio al costo que señala tácitamente la Ley 7593.

De esta manera, la Autoridad Reguladora está proponiendo un proceso dinámico que toma en cuenta la naturaleza del mercado y/o segmento del mercado, procurando que

los beneficios que garanticen el servicio al costo y la continuidad y calidad del servicio, se traslade a los consumidores, manteniendo el equilibrio entre ambos actores.

[...]. *El subrayado no es del original.*

Adicionalmente, cabe indicarle a la recurrente, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, según oficio 02-CAMMRR-2015, (folio 403), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

La amplitud de la banda con una desviación estándar hacia arriba y tres desviaciones estándar hacia abajo es bastante amplia como para los participantes no tengan incertidumbre futura a menos que se acercan a los límites aprobados, de otra manera es posible hacer un análisis financiero del proyecto estable que pueda brindar seguridad jurídica.

La información disponible refleja que el comportamiento de los oferentes en su mayoría fue a disminuir sus precios de oferta por debajo del costo promedio del modelo, si se establece un rango con un límite superior con una desviación estándar sobre este promedio, los casos que requieran precios superiores a este límite es porque existe algún grado de ineficiencia tal que requiere una tarifa mayor a las resultantes del modelo.

[...]

De lo indicado en las citas anteriores, se desprende que el motivo que llevó a la Junta Directiva, a realizar las modificaciones a las metodologías indicadas en la resolución recurrida, con respecto a disminuir el piso de la banda a tres desviaciones estándar, fue el análisis realizado al comportamiento del mercado, a partir de la información que evidenciaron los concursos realizados por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), los cuales mostraron, según indicó la Comisión Ad-Hoc y para el caso de los generadores privados con fuente eólica y fuente hidroeléctrica, ya que dentro de los precios ofertados estaba el piso de la banda, por lo que resultaba necesario ampliar el límite inferior.

Así las cosas, la información proporcionada por los principales proveedores de energía, permitió al Ente Regulador, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, realizar la modificación de la banda tarifaria para que el límite inferior se establezca en tres desviaciones estándar hacia abajo con relación al promedio.

Respecto a que la banda tarifaria vigente riñe con un análisis de riesgo, este órgano asesor no identificó dentro de lo argumentado, que la recurrente demostrara dicha relación; de conformidad con lo establecido en el artículo 293 inciso 2) de la LGAP y 317 del Código Procesal Civil.

En cuanto a que la resolución recurrida “Expone algunos argumentos de conveniencia, que se alejan de la rigurosidad técnica, y soslaya el hecho de que una ampliación simétrica también se le pueden aplicar los argumentos de conveniencia indicados por la Autoridad Reguladora”, este órgano asesor no identificó dentro de lo argumentado, que la recurrente demostrara dicha relación; de conformidad con lo establecido en el artículo 293 inciso 2) de la LGAP y 317 del Código Procesal Civil.

En relación con el tema de la seguridad jurídica, la resolución recurrida es una fuente clave de conocimiento fundado para intuir la banda tarifaria a futuro, por ello, en este sentido son conocidas las reglas tarifarias a aplicar y que están definidas en el ordenamiento jurídico vigente y en los principios que establece la Ley 7593, para fijar tarifas y que repercuten en las posibles tarifas a futuro, de modo que no se observa la falta de seguridad jurídica alegada por la recurrente.

En este sentido, este órgano asesor debe indicar que sobre el procedimiento de fijación tarifaria, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Octava, indicó en su sentencia No. 75-2010, en lo que interesa, que:

“(…), siendo una de las características que diferencian la concesión de servicios de [sic] públicos de otros contratos administrativos, que el pago del precio o tarifa no está a cargo de la Administración, sino que es cubierto por parte de los usuarios, generándose así una relación triangular administración concedente- concesionario - usuario del servicio. (...).

*(...). En la concesión de servicios públicos, el precio no está a cargo de la Administración, sino de los usuarios, quiénes pagarán directamente al concesionario la tarifa que de antemano ha fijado el concedente, la que en orden a la convergencia de los diversos intereses en juego, **debe ser justa y equilibrada**, de manera que permita al operador obtener una ganancia y al usuario pagar lo efectivamente debido por un servicio de calidad, siendo que cuando se presentan variaciones importantes que distorsionen los niveles de utilidad que fueron establecidos de antemano, deberá ser ajustada a fin de que se permita al prestatario obtener la suficiencia económica para prestar el servicio, reinvertir para mantener o mejorar su calidad y obtener el lucro pactado. **El derecho de reajuste de tarifas tiene entonces una naturaleza no indemnizatoria, sino restitutoria, ostentando el concesionario un derecho general y abstracto al equilibrio económico, pero no posee un derecho subjetivo al aumento tarifario propiamente tal, ya que éste pende del cumplimiento de una serie de condiciones, entre ellas la más relevante: que los términos económicos inicialmente previstos se hayan alterado de manera tal que para mantener esa armonía, sea necesario el aumento del precio, pues si no existe esa condición se generaría un beneficio ilegítimo para el operador, en perjuicio del usuario.** (Lo resaltado y subrayado no pertenece al original). (Confirmada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia N° 776-F-S1-2012).*

También la Sala Constitucional ha indicado, que la fijación de las tarifas es una facultad del Estado, al tratarse de la prestación de un servicio público, cuya fijación no puede ser alegada como derecho del prestador del servicio. Para mayor abundamiento, en la sentencia N° 5153-98 de las 10:39 horas del 17 de julio de 1998, indicó:

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

en los Votos N° 4070-98 de las diez horas con treinta y tres minutos del dos de octubre de mil novecientos noventa y ocho y N° 02514-99 de las dieciocho horas con treinta y tres minutos del siete de abril de mil novecientos noventa y nueve).

En igual sentido, se pronunció la Sala Constitucional en el voto 2696-99, en el cual indicó:

“No podemos hablar en esta materia de un derecho adquirido de la contratante a un determinado precio, el que puede ser variado por la autoridad reguladora competente, potenciando una amplia participación de la interesada, que como ya se indicó, tiene a su alcance la posibilidad de intervenir en el proceso de fijación y de presentar los recursos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico para combatir el acto final.”

A mayor abundamiento, pueden consultarse los siguientes votos de la Sala Constitucional: 3680-99, 2699-99, 1999-09185, 9589-99.

En razón de lo anterior, es que se considera que el actuar del Ente Regulador, en cuanto a la modificación del piso de la banda tarifaria, no contraría lo dispuesto en los artículos 15 al 17 de la LGAP, referido a la discrecionalidad al dictar actos administrativos.

Así las cosas, en la resolución recurrida, se refleja el motivo y las justificaciones técnicas que sustentaron el cambio en el piso de la banda tarifaria.

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

- 3.** *Sobre el “Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”, aprobada mediante la Resolución RJD-163-2011, modificación con la RJD-027-2014 y la resolución recurrida:*

- a. Inclusión del factor ambiental:** *Considera que se debe influir el factor ambiental (fa) en esta metodología tarifaria. (Folios 546 a 548).*

Dado que la recurrente reitera los argumentos expuestos respecto a la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”, corresponde el mismo análisis visible en la sección 2a de este apartado

- b. Factor de planta:** *Considera que se debe retornar a la forma previa de calcular el factor de planta. (Folios 548 a 549).*

Dado que la recurrente reitera los argumentos expuestos respecto a la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”, corresponde el mismo análisis visible en la sección 2b de este apartado.

- c. La banda tarifaria.** *(Folios 549 a 551).*

Dado que la recurrente reitera los argumentos expuestos respecto a la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”, corresponde el mismo análisis visible en la sección 2d de este apartado.

V. CONCLUSIONES

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-17-2016 resulta admisible, por haber sido interpuesto en tiempo y forma.*
- 2. Los costos de explotación corresponden a los costos que conlleva mantener y operar una planta en condiciones normales dentro de nuestro país, por lo cual, no es necesario ajustar la información mediante el factor de utilización, en razón de que los costos reales ya tienen incorporado, de forma implícita, el costo de operación al momento del cálculo tarifario.*
- 3. El factor de antigüedad o factor de utilización promedio, corresponde a un factor con el cual se busca que la información se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar, lo cual aplicaría, si la muestra de los costos de explotación correspondiera a datos de costos de plantas nuevas.*
- 4. La resolución recurrida modificó parcialmente algunos de los componentes de las metodologías establecidas en las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011 y lo argumentado por la recurrente en cuanto a la antigüedad promedio real de la base de datos de costos de explotación, es menor a la antigüedad de las plantas de generación privadas, que correspondería a su aplicación, situación que la especie fáctica del caso no ha sucedido.*
- 5. El tema de la depreciación, no fue sometido a audiencia pública, por lo que se encuentra fuera del alcance de las modificaciones aprobadas mediante la resolución RJD-17-2016, a las metodologías establecidas en las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011.*
- 6. La Junta Directiva dispuso que el factor ambiental (fa) ya está contemplado en el cálculo tarifario y no es necesario su determinación explícita dentro de la fórmula para determinar la tarifa de venta, con fundamento en lo señalado por la Comisión Ad Hoc en el oficio 02-CAMMRR-2015.*
- 7. La adición de una fuente de información para determinar el cálculo de las expectativas de venta (E) y el cálculo de la inversión unitaria (M), lo realizó la Aresep, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, para modificar metodologías tarifarias, establecidas en la Ley 7593.*
- 8. El incluir como fuente de información los concursos realizados para adquirir energía de los generadores privados, por parte del Ente Regulador, no contraría lo dispuesto en los artículos 15 al 17 de la LGAP, referido a la discrecionalidad al dictar actos administrativos.*
- 9. El motivo que llevó a la Junta Directiva, a realizar las modificaciones a las metodologías indicadas en la resolución recurrida, con respecto a disminuir el piso de la banda a tres desviaciones estándar, fue el análisis realizado al comportamiento del mercado, a partir de la información que evidenciaron los concursos realizados por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE).*

10. La información proporcionada por los principales proveedores de energía, permitió al Ente Regulador, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, realizar la modificación de la banda tarifaria para que el límite inferior se estableciera en tres desviaciones estándar hacia abajo con relación al promedio.

11. El derecho al reajuste de tarifas tiene entonces una naturaleza no indemnizatoria, sino restitutoria, ya que éste pende del cumplimiento de una serie de condiciones, entre ellas la más relevante: que los términos económicos inicialmente previstos se hayan alterado y sea necesario el aumento del precio, pues de lo contrario se generaría un beneficio ilegítimo para el operador, en perjuicio del usuario.

12. La Sala Constitucional en su jurisprudencia ha establecido que no se está frente a la existencia de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, porque se trata de la prestación de un servicio público por parte de una concesionaria que debe ajustarse a una serie de regulaciones, en cuenta, el establecimiento de una tarifa, que no dependen del mercado, sino de la fijación que realiza la autoridad administrativa.

[...]"

II. Que en la sesión ordinaria 26-2017, del 2 de junio de 2017, la Junta Directiva señala, sobre la antigüedad de las plantas hidroeléctricas del ICE, que en los siguientes expedientes, se localiza la fecha de inicio de operación de las mismas, cuya información fue proporcionada por el ICE:

- ET-153-2011, Recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución 750-RCR-201, oficio No. 0510-144-2012 presentado por el ICE. Folio 447 del expediente ET-153-2011.
- OT-153-2014, Oposición del ICE-Sector de electricidad a la propuesta de modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados. Folio 132 del expediente OT-153-2014.
- ET-139-2014, Posición del ICE-Sector electricidad respecto de la propuesta de ajuste tarifario para generadores privados que firmen un nuevo contrato de compra y venta con el ICE, oficio No. 0510-1590-2012 presentado por el ICE. Folio 86 del expediente ET-139-2014.

Cabe agregar, que estas referencias de información, fueron indicadas en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, correspondiente a la "Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables" (folio 600).

III. Que 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 reposición, interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-17-2016, **2.** Agotar la vía administrativa, **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución, **4.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.

- IV. Que en la sesión ordinaria 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 393-DGAJR-2016 y 282-DGAJR-2017 de cita, acuerda, por mayoría, cuatro votos a favor y uno en contra, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 12-26-2017

- I. Declarar sin lugar, el recurso de reposición, interpuesto por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), contra la resolución RJD-17-2016.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

VOTO NEGATIVO DE LA DIRECTORA SONIA MUÑOZ TUK

A los efectos del artículo 57 de la Ley General de la Administración Pública, dejo constancia de mi voto contrario al acuerdo adoptado, lo cual sustentó bajo las siguientes consideraciones:

“El análisis de la eliminación del factor de antigüedad consta en la página 14 a 17 del oficio 282-DGAJR-2017 en el cual, se limita a transcribir las conclusiones que previamente había dado el CDR (oficio 02-CAMMRR-205) y la Fuerza de Trabajo.

El oficio 282-DGAJR-2017 le restó importancia al hecho de no tener la información exacta de las plantas de la muestra, a pesar de que se supone que ese aspecto es uno de las causas para el cambio metodológico. Dice: “El hecho que en el expediente OT-082-2015 no se precisaron la edad exacta en años de las plantas del ICE, no deja “sin motivo”, “ni contenido” la resolución recurrida”.

Sin embargo, igual que antes, ahora también mantengo mi posición que la información exacta y precisa que tomó de base para dictar la resolución, sí es relevante.

Me llama la atención que en el antecedente 13, el oficio 282-DGAJR-2017 toma nota que se presentó por una empresa una solicitud de corrección de un error en el informe de la fuerza de tarea, sin embargo,

cuando la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria analiza el asunto, no analiza dicho error y las implicaciones que podría tener”.

c-. En cuanto a recursos de P.H. Don Pedro S.A., P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A.

RESULTANDO:

- I. Que el 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-009-2010, publicada en La Gaceta N° 109 del 7 de junio de 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”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014, del 20 de marzo de 2014. (Expediente ET-135-2008).
- II. 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, aprobó la *“Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”*, la cual fue 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, RJD-013-2012 del 29 de febrero de 2012 y publicada en La Gaceta N° 74 del 17 de abril de 2012 y RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65, del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-029-2011).
- III. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245 del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”*, la cual fue modificada por la resolución RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital N° 10 a La Gaceta N° 65, del 2 de abril de 2014. (Expediente OT-028-2011).
- IV. Que el 19 de marzo de 2015, la Junta Directiva mediante el acuerdo 05-12-2015 de la sesión ordinaria 12-2015, acordó, entre otras cosas *“Someter al trámite de audiencia pública la siguiente propuesta de “Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”*, de conformidad con lo señalado en la propuesta remitida por la Comisión Ad-Hoc mediante el oficio 01-CAMMRR-2015 (...). (Folios 01 al 24).
- V. Que el 1° de abril de 2015, se publicó la convocatoria a la audiencia pública de Ley, en el Alcance Digital N° 23 a La Gaceta N° 64 y el 09 de abril de 2015 en los diarios La Nación y La Extra. (Folios 43 al 46).
- VI. Que el 5 de mayo de 2015, se llevó a cabo la audiencia pública en el auditorio de la Aresep interconectados por el sistema de videoconferencia con los Tribunales de Justicia de los centros de: Cartago, Ciudad Quesada, Heredia, Liberia, Limón, Pérez Zeledón y Puntarenas, además dicha audiencia se desarrolló en forma presencial en el salón parroquial de Bribri, Limón, Talamanca, según el acta N° 028-2015. (Folios 351 al 358).
- VII. Que el 8 de mayo de 2015, la Dirección General de Atención al Usuario, mediante el oficio 1554-DGAU-2015, remitió a la Comisión Ad Hoc el informe de oposiciones y coadyuvancias e indicó que se recibieron y se admitieron 10 posiciones. (Folios 347 al 348).

- VIII. Que el 20 julio de 2015, la Comisión Ad Hoc mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, remitió a la Secretaría de Junta Directiva la propuesta de *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.”* (Folios 360 al 440).
- IX. Que el 20 de julio de 2015, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 561-SJD-2015, trasladó para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la propuesta de *“Modificación de las Metodologías de Fijación para Generadores Privados de Energía Eléctrica con Recursos Renovables”*, contenida en el oficio 02-CAMMRR-2015. (Folio 359).
- X. Que el 6 de agosto de 2015, la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 762-DGAJR-2015, emitió criterio sobre la propuesta de *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables.”* (Folios 443 al 448).
- XI. Que el 8 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-17-2016, la Junta Directiva entre otras cosas, aprobó la modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables. (Folios 593 al 609).
- XII. Que el 19 de febrero de 2016, P. H. Don Pedro S.A., P. H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., interpusieron de forma conjunta, recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad, contra la resolución RJD-17-2016. (Folios 627 al 684).
- XIII. Que el 22 de febrero de 2016, mediante el memorando 142-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva, remitió el recurso de reconsideración interpuesto por P. H. Don Pedro S.A., P. H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis. (Folio 788).
- XIV. Que el 12 de mayo de 2016, la Junta Directiva de Aresep, en la sesión ordinaria N° 27-2016, aprobó el acuerdo N° 06-27-2016 que dispuso: *“1. Suspender la aplicación de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, aprobada mediante el acuerdo 01-07-2016, celebrada el 8 de febrero de 2016, publicada en el alcance 17 de La Gaceta 31 del 15 de febrero de 2016, hasta tanto se lleve a cabo un estudio integral de la citada metodología. // 2. Notificar a las partes.”* (Folios 1089 a 1102).
- XV. Que el 12 de mayo de 2016, por medio del acuerdo N° 07-27-2016, de la sesión ordinaria N° 27-2016, la Junta Directiva de Aresep, acordó:
- “(...) Solicitar a la Comisión ad hoc que, conforme al acuerdo 06-27-2016 del acta de la sesión 27-2016, lleve a cabo un estudio integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”, considerando las observaciones y sugerencias planteadas en este tema por los miembros de la Junta Directiva y se eleve a conocimiento la versión ajustada del caso, para los fines pertinentes. (...).”* (Folios 1089 a 1102).
- XVI. Que el 20 de mayo de 2016, mediante el oficio 435-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rindió criterio respecto al recurso de reposición, de apelación y gestión de

nulidad interpuestos por P.H. Don Pedro S.A., P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A. (Folios 1019 a 1068).

- XVII.** Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 948-RG-2016, remitió a los miembros de la Junta Directiva, el análisis de sensibilidad del factor de antigüedad en la determinación de la tarifa de las plantas privadas existentes y el texto final del Estudio Integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016. (No consta en autos).
- XVIII.** Que el 25 de octubre de 2016, el Regulador General, mediante el oficio 949-RG-2016, remitió a la Intendencia de Energía, el texto final del Estudio Integral de la “Modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables (Plantas Existentes)”, según el acuerdo N° 07-27-2016 de la sesión ordinaria N° 27-2016. (Folios 24 al 66 del ET-071-2016).
- XIX.** Que el 26 de octubre de 2016, el Regulador General, remitió al señor Presidente de la República, la abstención solicitada por los tres miembros de la Junta Directiva de la Aresep.
- XX.** Que el 25 de enero de 2017, el señor Presidente de la República resolvió, rechazar la abstención interpuesta por los tres miembros de la Junta Directiva de Aresep.
- XXI.** Que el 7 de febrero de 2017, mediante el acuerdo N° 05-06-2017 de la sesión ordinaria N° 06-2017, la Junta Directiva de Aresep, acordó, entre otras cosas:

“(…)

1. Levantar la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-017-2016, que se dio el 12 de mayo del 2016, por medio del acuerdo 06-27-2016 de la sesión ordinaria 27-2016 celebrada el 12 de mayo de 2016.

“(…)”

- XXII.** Que el 2 de marzo de 2017, mediante el oficio 198-SJD-2017, la Secretaria de Junta Directiva, trasladó el acuerdo N° 06-10-2017 del acta de la sesión ordinaria 10-2017, celebrada el 28 de febrero de 2017, en donde la Junta Directiva resolvió, por unanimidad y con carácter de firme lo siguiente:

“(…)”

Solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria que, conforme a los comentarios y sugerencias formuladas en esta oportunidad, analice nuevamente los recursos interpuestos por las empresas El Embalse S.A., la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE) y P.H. Don Pedro, P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-017-2016 del 8 de febrero de 2016, tomando en consideración el informe rendido por la fuerza de Tarea contenido en el oficio 948-RG-2017 (sic) del 25 de octubre de 2016 y eleve a conocimiento de esta Junta Directiva, las recomendaciones del caso, a la mayor brevedad.

“(…)”

XXIII. Que el 17 de marzo de 2017, mediante el oficio 282-DGAJR-2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió la ampliación, entre otros, del criterio 435-DGAJR-2016, referido al recurso de reposición, de apelación y gestión de nulidad interpuestos por P.H. Don Pedro S.A., P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-17-2016. (No consta en autos).

XXIV. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que de los oficios 435-DGAJR-2016 y 282-DGAJR-2017 arriba citados, que sirven de sustento a la presente resolución, se extrae respectivamente:

“(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza

Del escrito recursivo presentado por las recurrentes, se desprende que lo interpuesto fue un recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad contra la resolución RJD-17-2016.

No obstante lo anterior, en virtud del principio de informalismo, en aplicación del artículo 348 de la LGAP, el recurso de revocatoria se atenderá como un recurso de reposición o reconsideración, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

En lo que respecta al recurso de apelación, por la naturaleza del acto recurrido, este resulta improcedente, en virtud de que contra las resoluciones del jerarca – Junta Directiva- sólo procede recurso de reposición o reconsideración.

Además, las recurrentes interpusieron gestión de nulidad, a la cual le resulta aplicable lo establecido en los artículos 158 al 179 de la LGAP.

b) Temporalidad

La resolución recurrida fue notificada a P. H. Don Pedro S.A. y a P. H. Río Volcán S.A. el 16 de febrero de 2016 (folio 741) y la impugnación fue planteada por ellos, el 19 de febrero de 2016 (folios 627 al 684).

Conforme al artículo 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de reposición debe interponerse en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 19 de febrero de 2016. Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado por Ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo legal.

Por otro lado, en el caso de Enel Green Power Costa Rica S.A. y por su condición de destinatario de la resolución, se tiene que la resolución recurrida fue publicada en el Alcance Digital N° 17 a La Gaceta N° 31 del 15 de febrero de 2016 (folio 593) y la impugnación fue planteada, el 19 de febrero de 2016 (folios 627 al 684). No obstante, conforme al artículo 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de reposición debía interponerse en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión -en este caso la publicación-, plazo que vencía el 18 de febrero de 2016. Siendo que Enel Green Power Costa Rica S.A., interpuso el recurso el 19 de febrero de 2016, se tiene que éste fue interpuesto de forma extemporánea.

En lo que se refiere a la gestión de nulidad interpuesta, es preciso indicar, que ésta fue presentada de manera conjunta con el recurso en análisis, el 19 de febrero de 2016 y considerando que la resolución RJD-17-2016 fue notificada a las recurrentes P. H. Don Pedro S.A. y P. H. Río Volcán S.A., el 16 de febrero de 2016, de conformidad con lo que dispone el artículo 175 de la LGAP, se tiene que la gestión de nulidad se presentó en tiempo.

Para el caso de Enel Green Power Costa Rica S.A. la resolución RJD-17-2016 fue comunicada mediante su publicación, el 15 de febrero de 2016, de conformidad con lo que dispone el artículo 175 de la LGAP, debe concluirse que la gestión de nulidad se presentó en tiempo.

c) Legitimación

Se tiene que P. H. Don Pedro S.A. y P. H. Río Volcán S.A., se encuentran legitimadas para actuar dentro de este procedimiento -en la forma en que lo han hecho-, de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 y 342 de la LGAP en concordancia con el artículo 36 de la Ley 7593.

En el caso de Enel Green Power Costa Rica S.A., se encuentra legitimada para actuar dentro de este procedimiento -en la forma en que lo ha hecho-, de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la LGAP.

d) Representación

El señor José Antonio Benavides Sancho, actúa en su condición de presidente con las facultades de apoderado generalísimo de P. H. Don Pedro S.A., P. H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., -según consta en las certificaciones registrales de personería jurídica visibles de folios 677 a 684- por lo que se encuentra acreditado y facultado para actuar en representación de las recurrentes.

En virtud de lo anterior, se tiene que el recurso de reposición resulta admisible en cuanto a las recurrentes P. H. Don Pedro S.A. y P. H. Río Volcán S.A., por lo que se analizará el fondo del asunto.

En cuanto a Enel Green Power Costa Rica S.A., el recurso de reposición interpuesto, resulta inadmisibile, por haber sido interpuesto de forma extemporánea.

Por la naturaleza de la resolución recurrida, el recurso de apelación interpuesto por las recurrentes contra la resolución RJD-17-2016, resulta improcedente.

La gestión de nulidad interpuesta por las recurrentes contra la resolución RJD-17-2016, resulta admisible y consecuentemente, será analizada por el fondo en el presente criterio.

[...]

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

A continuación, se analizan los argumentos planteados por las recurrentes:

1. Factor de antigüedad (X_u).

Indicaron las recurrentes, que la muestra para determinar los costos de explotación, que utiliza la Aresep, contempla centrales generadoras con diferente vida útil, por lo cual es incorrecto sostener que la división del costo de explotación entre el factor de antigüedad, es lógica, debido al tipo de costos de explotación que se utilizan en la muestra.

El contraste entre lo pretendido por las recurrentes y lo resuelto mediante la resolución recurrida, es visible en el siguiente detalle:

Pretensión de las recurrentes	Lo vigente (aprobado mediante la resolución recurrida)
<p>La Tarifa de Referencia (TR):</p> $TR = \frac{\left(\frac{Ca}{X_u}\right) + (I * X_u * Ke)}{8760 * Fp}$	<p>Las Tarifas de Referencia (TR):</p> $TR = \frac{Ca + (I * X_u * Ke)}{8760 * Fp}$

Fuente: Elaboración propia.

Al respecto, cabe indicar, que en el Por Tanto III de la resolución recurrida -RJD-17-2016-, a folio 600, se señaló con respecto al cociente de los costos de explotación (Ca) por el factor de antigüedad (X_u), lo siguiente:

[...]

(...) la división incluida no resulta lógica debido al tipo de costos de explotación que se utilizan en la muestra, los cuales son plantas que reflejan su costo dada su edad sin necesidad de modificarlas por antigüedad como sería el caso si la muestra tuviera datos de costos de explotación de plantas nuevas. Es decir, es claro que existe una relación directa entre el costo de explotación de las plantas y su antigüedad (tal como lo indica el ICE en el folio 134 del expediente OT-153-2014), sin embargo, la información que se encuentra disponible para la Autoridad Reguladora para realizar las fijaciones tarifarias presenta el problema de que casi la mayoría son plantas con una vida en operación promedio más alta que las de las plantas existentes.

La muestra utilizada en las fijaciones tarifarias aprobadas en las resoluciones 750-RCR-2012 del 9 de enero de 2012 (expediente ET-153-2011), RIE-040-2013 del 27 de marzo de 2013 (expediente ET-157-2010), RIE-105-2013 del 12 de diciembre 2013 (ET-107-2013) y la RIE-099-2014 del 18 de diciembre 2014 (expediente ET-139-2014), como se menciona anteriormente, se basa en los costos de explotación de plantas del ICE las cuales tienen una vida de operación mayor al promedio de vida en operación de las plantas existentes y la cual tiene implícito la antigüedad de las plantas. De lo que se puede concluir que hay una doble consideración de la antigüedad de las plantas en el costo de explotación.

[...]

Adicionalmente, en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas por las recurrentes, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 433), se señaló, en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

La división de los costos de explotación por el factor de antigüedad se da debido a que se supone que los costos de explotación utilizados son de plantas nuevas y deben ser ajustados por la antigüedad de las plantas, sin embargo, la información disponible no es de plantas nuevas.

[...]

Por su parte, 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 (ICE) -RJD-009-2010-, indica con respecto a los costos de explotación y el factor de antigüedad, lo siguiente:

[...]

3.2.1. Concepto:

El costo de explotación representa los costos necesarios para mantener y operar una planta en condiciones normales para nuestro país. No incluye gastos de depreciación y gastos financieros, porque según las premisas del modelo, se trata de tarifar a plantas cuyo costo ya fue cubierto vía tarifas mediante anteriores contratos.

En este caso se trata de información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar.

3.2.2. Fuente de información

El cálculo de este valor se hará mediante la determinación de una muestra de los costos de explotación (operación y mantenimiento) de plantas eléctricas en la medida de lo posible similares a las plantas que se pretende tarifar.

Para esto se recopilarán datos nacionales e internacionales de distintas fuentes; dentro ellas se encuentran documentos de trabajo, informes técnicos, estudios tarifarios y planes de expansión de generación, entre otras; siempre que se trate de fuentes confiables.

Si dada la muestra se requiere actualizar el valor de alguna planta para hacerla comparable con respecto a otra información, la indexación se efectuará utilizando el Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos (IPP - EEUU), con el fin de poder contar con una serie de datos comparable en términos reales. Los datos contenidos en las bases de datos excluyen los valores extremos⁵.

En la base de datos se privilegiará los datos de plantas con capacidad instalada semejante a las plantas a las cual se calcula la tarifa, siempre que exista información confiable y verificable sobre ellas.

[...] *El subrayado no es del original.*

3.5.1. Concepto:

El factor de antigüedad mide la antigüedad promedio de las plantas, expresadas en función de su valor remanente, dado el tiempo en que las plantas han estado en operación. En este caso se trata de información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar.

3.5.2. Fuente de información

En el cálculo de esta variable se contemplarán valores de antigüedad únicamente de plantas nacionales, considerando la información para los tres últimos años disponibles, según la base de datos de la Autoridad Reguladora. Para estos efectos se considerará un máximo de 40 años de antigüedad, por ser esta la vida útil contable de estos activos.

3.5.3. Cálculo del factor de antigüedad

El factor de antigüedad o factor de utilización promedio que han tenido las plantas de los generadores privados para la venta de electricidad al ICE, se estima por medio de la siguiente fórmula:

$$Xu = ((Vu - Vo) / Vu) * (1 - Vr) + Vr$$

Donde:

***Vu** = Vida útil de las plantas para generación eléctrica (40 años)*

***Vo** = Vida en operación promedio*

***Vr** = Valor residual de las plantas (10%)*

[...]

Así las cosas, los costos de explotación corresponden “a los costos necesarios para mantener y operar una planta en condiciones normales para nuestro país” y de acuerdo con la metodología vigente, se obtienen de las bases de datos confiables con que dispone la Autoridad Reguladora, correspondientes a las “plantas con capacidad instalada semejante a las plantas a

las cuales se calcula la tarifa”, razón por la cual, dichos costos corresponden a datos actualizados y reales.

Por su parte, el factor de antigüedad o factor de utilización promedio (X_u), corresponde a un factor con el cual se busca que la “información que se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar”, lo cual aplicaría, si la muestra de los costos de explotación correspondiera a datos de costos de plantas nuevas.

Aunado a lo anterior, la información con que cuenta la Aresep para determinar los costos de explotación, según la metodología vigente, corresponde en su mayoría, a los costos de plantas de generación hidroeléctrica que posee el ICE, las cuales al no ser plantas nuevas, sus costos son reflejo del mantenimiento y operación de una planta en condiciones normales, por lo que, no es necesario ajustar la información mediante el factor de utilización (como lo solicitan las recurrentes), en razón de que los costos reales ya tienen incorporado, de forma implícita, el costo de operación al momento del cálculo tarifario.

Con respecto a la afirmación que hacen las recurrentes, en cuanto a que la antigüedad promedio real de la base de datos de costos de explotación, es menor a la antigüedad de las plantas de generación privadas, este órgano asesor no se referirá al respecto, en razón de que la resolución recurrida modificó parcialmente algunos de los componentes de las metodologías establecidas en las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011 y lo argumentado por las recurrentes en cuanto a este punto, corresponde a su aplicación, situación que la especie fáctica del caso no ha sucedido.

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

“[...]

La Fuerza de Tarea asignada por el Regulador General, dentro de su informe, detalla con respecto a este tema, lo siguiente:

[...]

La metodología tarifaria adoptada en mayo del año 2010 mediante la resolución RJD-009-2010, marca el cambio del enfoque de fijación de la tarifa desde uno en el cual el precio se establece a partir del costo evitado al Sistema Eléctrico Nacional (SEN) debido a la energía generada por los operadores privados, a un enfoque de pago a partir de los costos de generación de dicha energía con base en una planta modelo o promedio.

El diseño de la nueva metodología se fundamentó en que los costos de explotación de las plantas de generación aumentan con su antigüedad y que la información de costos de explotación que se utilizaría para la aplicación de la metodología, provendría de plantas de generación privadas hidroeléctricas nuevas⁹.

Por estas razones, se consideró necesario ajustar en la metodología los costos de explotación, costos de mantenimiento y administrativos, de las plantas de forma que reflejaran apropiadamente la edad del parque de generación privado¹⁰.

Consecuentemente, se definió e incluyó en la fórmula de la metodología la variable X_u denominada "factor de antigüedad", la cual, como se observó, divide a la variable que representa los costos de explotación, tal y como se muestra:

$$TR = \frac{Ca}{X_u} + \frac{(I * X_u * Ke)}{(8760 * Fp)}$$

Debido a que no se ha dispuesto de la información que estaba prevista para la aplicación de la metodología proveniente de plantas de generación privadas y, en apego a lo establecido en la misma, se hace uso de información proveniente de plantas en operación cuya información se encuentra disponible.

[...] Folios 35 a 36 del ET-071-2016. El subrayado no es del original.

Por tal motivo y como lo señaló el oficio 02-CAMMRR-2015, las resoluciones tarifarias, en las cuales se detallan las muestras utilizadas para determinar los costos de explotación, provienen de la información con que contaba la Intendencia de Energía, al momento de realizar las fijaciones tarifarias.

El hecho de que en el expediente OT-082-2015 no se precisaran la edad exacta en años de las plantas del ICE, no deja "sin motivo", "ni contenido" la resolución recurrida, como lo apuntan las recurrentes, en virtud de que, la razón para que la Junta Directiva tomara la decisión de eliminar el X_u , como cociente de los costos de explotación en la resolución RJD-009-2010, se fundamentó, en que la muestra utilizada en las fijaciones tarifarias aprobadas en diferentes resoluciones (folio 12), en lo referente a los costos de explotación, son datos de plantas reales, que ya tenían implícita la antigüedad de las plantas, por lo que se puede concluir que hay una doble consideración de la antigüedad de las plantas en el costo de explotación. (folio 12)

En ese sentido, el informe de la Fuerza de Tarea, señaló sobre la inclusión innecesaria del factor X_u dentro de la fórmula, lo siguiente:

[...]

La inclusión del factor de antigüedad X_u como denominador de los costos de explotación ha generado cuestionamientos a la metodología, en particular porque la tarifa de referencia resultante se convierte en una función exponencial conforme aumenta la edad de las plantas y, consecuentemente, se reduce su vida útil. Adicionalmente, debido a que la información que se utilizaría para su cálculo provendría de plantas con más tiempo en operación que las existentes privadas, y no de plantas nuevas como se había supuesto al desarrollar la metodología, por lo que no sería necesario "avejentar" dichos costos mediante el uso del factor X_u .

Esta característica no deseada de la metodología tarifaria aprobada por medio de la resolución RJD-009-2010 fue advertida por la ARESEP desde el primer año de su aplicación. Es así como el 4 de julio de 2012, mediante el acuerdo de Junta Directiva 15-53-2012 se dispuso:

“Incorporar a lo dispuesto en el acuerdo 04-39-2012, del acta de la sesión 39-2012, la recomendación de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria contenida en su oficio 441-DGJR-2012, del 18 de junio del 2012, en el sentido de que “existen inconsistencias entre la formulación general del modelo y el manejo de los datos utilizados para el cálculo de los costos de explotación”, por lo que debe ser tomada en consideración por la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, como parte de la revisión que realiza sobre la metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compra venta de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)”.¹⁵

Estas y otras razones para la exclusión del factor Xu se resumen en el oficio 02-CAMMRR-2015 de la Comisión Ad-Hoc¹⁶, que se mencionan a continuación:

- a) *“(…) la división incluida no resulta lógica debido al tipo de costos de explotación que se utilizan en la muestra, los cuales son plantas que reflejan su costo dada su edad sin necesidad de modificarlas por antigüedad como sería el caso si la muestra tuviera datos de costos de explotación de plantas nuevas.”*
- b) *“(…) existe una relación directa entre el costo de explotación de las plantas y su antigüedad (tal como lo indica el ICE en el folio 134 del expediente OT-153-2014), sin embargo, la información que se encuentra disponible para la Autoridad Reguladora, para realizar las fijaciones tarifarias presenta el problema de que casi la mayoría son plantas con una vida en operación promedio más alta que las de las plantas existentes.”*

[...] Folios 39 a 40 del ET-071-2016. El subrayado no es del original.

Aunado a lo anterior, en el criterio de esta Dirección General, 388-DGAJR-2016, se indicó que la Aresep, en cumplimiento de sus potestades, modificó 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” con el fin de crear y adecuar las herramientas necesarias, para fijar precios y tarifas.

En ese sentido, el informe de la Fuerza de Tarea, remitido por el Regulador General mediante el oficio 948-RG-2016, refuerza ese criterio, recomendando la eliminación del factor Xu como divisor de los costos de explotación, tal y como se señala a continuación:

[...]

(...) una razón adicional para eliminar la variable Xu la cual surge del principio de servicio al costo establecido en el artículo 3 de la Ley 7593, ya que mantener el Xu como denominador de los costos de explotación duplicaría el efecto de la antigüedad en dichos costos elevándolos por partida doble ya que dichos costos se habrían calculado a partir de una muestra con una edad promedio superior a la del parque de generación privado existente.

[...] Folios 43 del ET-071-2016. El subrayado no es del original.

Ahora bien, como resultado de los ejercicios de sensibilidad que realizó la Fuerza de Tarea, se señala lo siguiente:

[...]

(...) se comprueba que a mayores antigüedades, mayores serán los costos de explotación²⁵.

[...] Folios 55 del ET-071-2016.

(...) la tarifa sin cambio metodológico, le atribuye cada año una prima cada vez mayor a la tarifa resultante a causa únicamente de la antigüedad de dichas plantas, ya que este es el resultado de la forma de la ecuación actual (...).

[...] Folios 57 del ET-071-2016.

En razón de lo anterior, es claro que existía una debilidad en la formulación matemática, ya apuntado en el informe 02-CAMMRR-2016 y reiterado en el informe de la Fuerza de Tarea, el cual señaló “la necesidad de eliminar el factor X_u como ajuste en los costos de explotación, por considerar que la inclusión de este ajuste era innecesario, dada la información disponible y que la formulación actual implicaba una doble consideración del factor de antigüedad”. En este sentido, cabe agregar que previamente esta Dirección General, en el oficio 441-DGJR-2012, del 18 de junio del 2012, indicó que “existen inconsistencias entre la formulación general del modelo y el manejo de los datos utilizados para el cálculo de los costos de explotación”, de ahí, la necesidad de modificar la formulación contenida en la resolución RJD-009-2010, de manera que se pudiera adecuar la fórmula a la realidad de las plantas que se pretende tarifar.

[...]”

2. El componente de costos de inversión en la tarifa de referencia.

Indicaron las recurrentes que el pago de la inversión está subestimado, dado que el componente de la ecuación para el cálculo del costo de la inversión remanente ($I \cdot Ke$) genera flujos en perpetuidad, lo cual es incorrecto ya que la vida de una planta, es finita. Solicita se sustituya el factor Ke por la fórmula de anualidad, la cual considera la vida útil de la planta.

Al respecto, cabe indicarles a las recurrentes, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 413), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Esto queda fuera del alcance de los cambios propuestos. Sin embargo, la fórmula propuesta es para recuperación de capital, el cual según esta metodología ya fue recuperado y la tasa de rentabilidad que se utiliza es una tasa de referencia de retribución de la inversión remanente. El “ X_u ” como multiplicador de la inversión se debe a que lo que se busca es tener la inversión remanente para únicamente reconocer rentabilidad a lo que queda, no la inversión total.

La tasa de rentabilidad se establece en un momento para que la empresa recupere la inversión y su costo de financiación, sin embargo, en esta metodología se supone que ambos rubros ya fueron recuperados y por lo tanto la tasa es utilizada únicamente como referencia de retribución competitiva.

Uno de los principios para establecer tarifas eléctricas es el de servicio al costo y por lo tanto, que exista suficientes ingresos que garanticen la recuperación de los costos mediante el pago de los precios regulados, siendo en este caso el costo de explotación más la retribución competitiva lo único que debe contemplar la tarifa.

[...]

Se le aclara a las recurrentes, que el contenido de la resolución RJD-17-2016, se limitó a modificar algunos temas específicos de tres metodologías tarifarias, a saber:

a. RJD-009-2010: “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”.

Se modificó la fórmula para determinar las tarifas de referencia (TR), eliminando del primer componente de la fórmula, el denominador, correspondiente al factor de antigüedad (Xu).

b. RJD-152-2011: “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”.

Se modificó el texto y las fórmulas referidas al ingreso requerido (IR) y la tarifa de venta (p) eliminando lo relativo al componente del factor ambiental (fa), así como, modifica o incluye texto en el apartado de Expectativas de venta (E), Monto de la Inversión unitaria (M) y la Definición de la banda tarifaria.

c. RJD-163-2011: “Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”.

Se modificó el texto y las formulas del apartado iii. Formulación general del modelo, eliminando lo relativo al componente del factor ambiental (fa), en el apartado v. Ingresos requeridos (IR) eliminó de la fórmula el componente de factor ambiental (fa) y al apartado iv. Expectativas de venta (E) se le incluyó texto.

En ese sentido, noten las recurrentes, que en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, el componente de costos de inversión remanente en la tarifa de referencia, es un tema que no fue sometido a audiencia pública en esta oportunidad, por lo que se encuentra fuera del alcance de dicha resolución, la cual se limitó a modificar las metodologías aprobadas mediante las resoluciones supraindicadas.

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

3. Consideraciones sobre la depreciación de los activos de generación, en la tarifa de referencia.

Las recurrentes indicaron, que es razonable utilizar el factor Xu para compensar la vida útil de las plantas de generación privada que aún no han cumplido 40 años.

Al respecto, cabe indicarles a las recurrentes, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 416), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Primero que todo es importante señalar que este tema está fuera del alcance de la modificación propuesta. Sin embargo, como bien lo señala el opositor, todos los costos de inversión ya fueron cubiertos vía tarifas en los contratos anteriores, con lo cual también se tuvo que recuperar los costos fijos de operación y por lo tanto, no es razonable reconocer depreciación.

Por otra parte, no existe un tratamiento discriminatorio hacia los generadores privados, simplemente, la forma de tarifar es diferente, por un lado, existe un plazo máximo de contrato dentro del cual se deben recuperar todos los costos y por el otro, los costos se recuperan durante toda la vida útil del proyecto. Es decir, no es que no se recuperan, es que ya se recuperaron, al igual que no se supone que el activo ya está totalmente depreciado, ya recupero [sic] los gastos por este rubro.

[...]

Se le aclara a las recurrentes, que el contenido de la resolución RJD-17-2016, se limitó a modificar algunos temas específicos de tres metodologías tarifarias, según se indicó en el punto 2 de este apartado.

En ese sentido, noten las recurrentes, que en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, el reconocimiento de la depreciación, es un tema que no fue sometido a audiencia pública en esta oportunidad, por lo que se encuentra fuera del alcance de dicha resolución, la cual se limitó a modificar las metodologías aprobadas mediante las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011.

*No obstante lo anterior, se le indica a las recurrentes que, en cuanto al argumento del reconocimiento de la depreciación, no es de recibo, en razón de que la resolución RJD-009-2010, en el apartado **3.2.1. Concepto**, citado en el punto 1 del análisis por el fondo de este apartado, indica que el costo anual de explotación “No incluye gastos de depreciación y gastos financieros, porque según las premisas del modelo, se trata de tarifar a plantas cuyo costo ya fue cubierto vía tarifas mediante anteriores contratos”. Así las cosas, el gasto de depreciación para plantas existentes que firmen un nuevo contrato con el ICE, ya fue reconocido y por tanto, pagado vía tarifa, acorde con lo establecido en la resolución RJD-009-2010, en el apartado 3.2.1. **Concepto**, antes citado.*

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

[...]“

Adicionalmente, sobre el tema del no reconocimiento del gasto por depreciación ni de la revaluación de activos, se indicó, lo siguiente:

“[...]

En ese sentido, se agrega e indica a la recurrente, que en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, el reconocimiento del gasto por depreciación y de la revaluación de activos, es un tema que no fue objeto de la modificación tramitada en el expediente OT-82-2015 y por lo tanto, no fue sometido a audiencia pública en esa oportunidad, por lo que se encuentra fuera del alcance de dicha resolución, la cual se limitó a modificar las metodologías aprobadas en los términos indicados.

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

[...]“

4. Sobre la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”, aprobada mediante la resolución RJD-152-2011 y del “Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólica nuevas”, aprobado mediante la resolución RJD-163-2011.

4.1 y 4.2 Sobre el cálculo del factor de planta y monto de inversión unitaria para plantas hidroeléctricas y eólicas nuevas.

Al respecto, indicaron las recurrentes, que el procedimiento de cálculo del factor de planta incorporado en la metodología es correcto, por lo cual, solicitan mantenerlo. Añaden que, el incorporar dentro del cálculo de factor de planta información de los concursos del ICE, para adquirir energía, estaría mezclando erróneamente datos de plantas reales con plantas teóricas cuyo futuro y construcción es incierto. Se tiene además, que los factores de planta de cada uno de los concursantes del ICE son de carácter confidencial, lo que deja a las recurrentes en estado de indefensión y de violación a sus derechos como administrados en este proceso de revisión metodológica.

Agregan, con respecto al “Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólica nuevas”, que es incomprensible que se modifique el segundo párrafo de su propuesta, donde se indica, que se requiere que la planta haya estado 10 meses en operación para ser tomada en cuenta en la base de cálculo, lo cual es correcto, lo incorrecto es agregar: “o lo indicado por el oferente”, solicita se elimine esa frase marcada entre comillas.

En cuanto al monto de inversión unitaria para plantas hidroeléctrica y eólicas nuevas, indican las recurrentes, que la utilización de los datos del monto de inversión de los concursos realizados por el ICE para adquirir energía de los generadores privados, no puede utilizarse dado que no son reales, no corresponden a plantas existentes y la estructura de los concursos, estimula a que los participantes subestimen el monto de inversión, pues con ello logran un mayor puntaje en el proceso de selección.

Al respecto, cabe indicarle a las recurrentes, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 417), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Varios de los datos utilizados para calcular la tarifa son de proyectos teóricos, como por ejemplo los costos de inversión de plantas hidroeléctricas obtenidos del Consejo de Electrificación de América Central-Grupo de Trabajo de Planificación Indicativa Regional (CEAC-GTPIR), que contiene plantas hidroeléctricas de Centroamérica que se encuentran en los planes de expansión y que aún no han sido construidos. De la misma forma, los datos de factor de planta de los proyectos participantes son información que debe provenir de una fuente que conoce su negocio y que asume una responsabilidad al ofertar (los generadores privados) y con estimaciones de caudal o de viento del lugar donde piensan colocar sus proyectos, además es información que no ha sido declarada falsa por la autoridad judicial competente. Si bien es cierto que alguna de la información tanto técnica como económica podría no llegar a ser una realidad, existe una responsabilidad adquirida de actuar con respecto a esto (sic) valores revelados.

Por otra parte, la información requerida para obtener el factor de planta no es confidencial, el ICE nos proporciona la potencia según la elegibilidad, nominal y ofrecida, así como la energía anual ofertada, información con la cual se puede calcular el factor de planta.

[...]

En cuanto a los concursos realizados por el ICE para la compra de energía, cabe indicar que los mismos están regidos por los "Términos de Referencia" para el proceso de selección de proyectos para generación privada al amparo del Capítulo I de la Ley N° 7200, sus Reformas y su Reglamento (Régimen de generación autónoma o paralela) y dentro de los cuales se indica que:

[...]

Este régimen faculta al ICE para suscribir contratos para la compra de energía proveniente de centrales de generación eléctrica de capacidad inferior o igual a 20 MW, cuya fuente primaria corresponda a fuentes no convencionales o el agua, las cuales el interesado se compromete bajo su propio riesgo a diseñar, financiar, construir, inspeccionar, poner en marcha, operar y mantener, vendiendo al ICE los excedentes de energía eléctrica una vez cubiertas sus propias necesidades.

Esta convocatoria se realiza de conformidad con el Reglamento al Capítulo I de la Ley N° 7200, emitido mediante el Decreto Ejecutivo N° 37124-MINAET del 19 de marzo del 2012 y publicado en el Alcance N° 72 a La Gaceta del 5 de junio del 2012, y el "Procedimiento de Selección de Proyectos para venta de electricidad al ICE Ley N° 7200 (Capítulo I)", publicado en el Diario oficial La Gaceta N° 71 del 12 de abril del 2012.

[...] El subrayado no es del original.

Adicionalmente, cabe indicar que dentro de este documento de “Términos de Referencia”, que emite el ICE, se solicita, como parte de sus anexos, el “Formulario N° 1” denominado “Carta De Presentación” dentro del cual se encuentra, entre otras cosas, que el concursante debe firmar declarando bajo fe de juramento, lo siguiente:

[...]

d) Al firmar este documento garantizo la exactitud y veracidad de toda la información que se incluye en la propuesta.

[...]

g) Nos sometemos a la jurisdicción y a los Tribunales de Costa Rica para todo lo relacionado con este proceso de selección.

[...]

Así las cosas, al amparo de la legislación vigente para la venta de energía al ICE, es que la Aresep, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, para modificar metodologías tarifarias, establecidas en la Ley 7593, incluye como fuente de información para determinar las expectativas de venta (E) y el monto de la inversión unitaria (M), la información de factores de planta y los datos sobre costos de inversión, proveniente de los concursos realizados para adquirir energía, como dato adicional a la información real utilizada.

Considera este órgano asesor, que el incluir como fuente de información los concursos realizados para adquirir energía de los generadores privados, con el fin de obtener el dato del factor de planta y el monto de inversión, por parte del Ente Regulador, no contraría lo dispuesto en los artículos 15 al 17 de la LGAP, referido a la discrecionalidad al dictar actos administrativos.

Adicionalmente de lo manifestado por las recurrentes, este órgano asesor no encontró prueba incorporada a este trámite para demostrar que se indujera -es decir que haya provocado, causado o diera motivo-, a los participantes para que subestimen el monto de la inversión al participar en dichos concursos.

Por lo anterior, desde esta perspectiva, las recurrentes no lograron demostrar que, para la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas” y el “Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólica nuevas”, la modificación sea errónea o se induzca a los participantes a subestimar el monto de la inversión para lograr un mayor puntaje en los concursos, ni que la Aresep actuara contra las reglas de la ciencia y de la técnica.

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

4.3 Definición de la franja tarifaria para las metodologías de plantas hidroeléctricas y del modelo de plantas eólicas nuevas.

Indican las recurrentes que no se brinda explicación técnica ni metodológica que fundamente el motivo por el cual, el ajuste a la banda no deba ser simétrico, lo cual es una falta grave, por tal

razón, no se satisface el principio constitucional de participación ciudadana en la toma de decisiones.

Sobre este punto, se le indica a las recurrentes, que la resolución recurrida -RJD-17-2016-, a folios 596 a 600, en el Por Tanto III, señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Para fijar tarifas y establecer las metodologías, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, tiene competencias exclusivas y excluyentes y así ha sido señalado por la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-329-2002 y la sentencia 005-2008 de las 9:15 horas del 15 de abril de 2008, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta.

En el caso particular del servicio público de electricidad y en particular, en el segmento de generación de este bien, la Autoridad ha establecido un conjunto de métodos de regulación que permiten establecer precios o tarifas de acuerdo con la fuente de generación del bien, entre otras: las fuentes hídricas, eólicas, térmicas, biomasa, solar. En el mercado, la oferta de generación se da por actores privados, públicos, cooperativas, procurando que se utilicen de la mejor manera posible, distintos procesos de producción que están relacionados con el tamaño de planta en la fuente del recurso, la generación de economías de escala y de ámbito, el uso eficiente de las innovaciones y mejoras tecnológicas y las mejores prácticas gerenciales. Por estos motivos, existe una dinámica en la oferta del mercado que hace que los costos y precios cambien intertemporalmente con estas mejoras. Todos estos elementos, son objeto de estudio, análisis y revisión periódica de las metodologías tarifarias que realiza la Autoridad Reguladora.

De esta manera, la presente propuesta de modificación de las bandas de precios de la energía eléctrica generada por fuentes como la hidroeléctrica y eólica, permite que se capture en el tiempo, estas innovaciones y mejoras, con ello, procurando un beneficio al consumidor, dentro del equilibrio entre los intereses de productores y consumidores y el aseguramiento de la continuidad con calidad en el servicio.

3.2. De las Convocatorias para adquirir bloques de energía

La motivación principal a estas modificaciones ha sido los recientes concursos que ha establecido el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) de acuerdo con la Ley No. 7200 en el cual, se tiene evidencia probada de que los precios convergieron al piso de la banda, aumentando con ello la tendencia de que las mejores tecnológicas y mejores prácticas, así como la competencia y la contestabilidad del mercado, lo que tendrá efectos positivos en el bienestar del consumidor.

[...]

Con esta primera convocatoria, se pudo concluir varias cosas, entre ellas el alto interés existente por parte de los generadores privados representado por la capacidad (KW) ofrecida en total versus la cantidad de energía requerida por el ICE. Por ejemplo, se requerían hasta 40 MW de la fuente hidroeléctrica y se ofrecieron 74 MW, mientras que

de eólico se buscaban hasta 100 MW y la oferta fue de 249 MW. Por otra parte, los precios ofrecidos también mostraron una señal de la dirección del mercado.

[...]

En el caso de los generadores privados con fuente eólica se puede observar que la mayoría de los proyectos seleccionados ofertaron el precio del límite inferior vigente en ese momento. Esto era indicio de que había más espacio en la banda tarifaria, específicamente en la banda inferior.

[...]

Con la segunda convocatoria y con la posibilidad de realizar descuentos en una segunda oferta, no queda duda de que los oferentes tienden al límite inferior y que posiblemente de no haber existido éste, el precio hubiera sido menor. Sin embargo, existía imposibilidad de ofrecer un precio inferior a los vigentes según la aplicación de la metodología por cuanto no son precios fijados por la ARESEP. En este caso, la posibilidad de ofrecer descuentos fue principalmente beneficioso al proceso en la fuente hidroeléctrica, ya que varias empresas ofertaron el piso de la banda, mientras que en la primera oferta ninguna eligió ese precio.

De acuerdo con el Artículo 16.1 de la Ley General de la Administración Pública, la información revelada de precios lo es a conveniencia, en este caso, como elemento que permite proponer modificaciones en la metodología citada en marras, con el fin de cumplir con el mandato establecido en la Ley 7593 y en particular con el artículo 4. En dicho caso, la información puede dar elementos que indiquen que las bandas de las tarifas establecidas deben modificarse con el fin de procurar, entre muchas cosas, eficiencia y entrada de más participantes en este segmento de mercado eléctrico, con el fin de darle continuidad al servicio público con la calidad requerida. De esta manera, mayor información de mejor calidad que se incorpore en las metodologías tarifarias hace disminuir las asimetrías de información, lo cual hace más transparente la regulación y el contrato regulatorio entre el agente y el principal.

Así por ejemplo, un menor límite inferior de la banda hace más contestable el mercado (segmento de mercado de generación), es decir, puede permitir mayor entrada de participantes en el mismo; logrando con ello que el consumidor del servicio sea beneficiado con las mejoras en la tecnología y la minimización de costos que empresas estarían dispuestas a brindar con la misma o superior calidad que las incumbentes o con otras potenciales oferentes, en el entendido de que dichos efectos se incorporan en el método de fijación de las tarifas y/o precios del servicio público.

Una banda que incorpore nueva información revelada por los actores y del mercado, tiene el conveniente de que las empresas en la industria revelen convergencia en costos, dada la competencia por precios a la baja, logrando aprovechar márgenes de eficiencia. Es decir, las empresas incumbentes y las empresas entrantes marginales, deberían, al menos, comportarse como sus competidoras en la industria, lo cual necesariamente está en concordancia con el principio de servicio al costo que señala tácitamente la Ley 7593.

De esta manera, la Autoridad Reguladora está proponiendo un proceso dinámico que toma en cuenta la naturaleza del mercado y/o segmento del mercado, procurando que los beneficios que garanticen el servicio al costo y la continuidad y calidad del servicio, se traslade a los consumidores, manteniendo el equilibrio entre ambos actores.

[...]. El subrayado no es del original.

Adicionalmente, cabe indicarle a las recurrentes, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, según oficio 02-CAMMRR-2015, (folio 419), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

La amplitud de la banda con una desviación estándar hacia arriba y tres desviaciones estándar hacia abajo es bastante amplia como para los participantes no tengan incertidumbre futura a menos que se acercan a los límites aprobados, de otra manera es posible hacer un análisis financiero del proyecto estable que pueda brindar seguridad jurídica.

La información disponible refleja que el comportamiento de los oferentes en su mayoría fue a disminuir sus precios de oferta por debajo del costo promedio del modelo, si se establece un rango con un límite superior con una desviación estándar sobre este promedio, los casos que requieran precios superiores a este límite es porque existe algún grado de ineficiencia tal que requiere una tarifa mayor a las resultantes del modelo.

Por la justificación incluida en el expediente OT-082-2015, sobre la tendencia de la información revelada hacia la baja, no se considera necesario que la amplitud de la banda sea simétrica, independientemente de que el ICE tenga la potestad de no adjudicar proyectos.

[...]

De lo indicado en las citas anteriores, se desprende que el motivo que llevó a la Junta Directiva, a realizar las modificaciones a las metodologías indicadas en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, con respecto a disminuir el piso de la banda en tres desviaciones estándar, fue el análisis realizado al comportamiento del mercado, a partir de la información que evidenciaron los concursos realizados por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), los cuales mostraron, según indicó la Comisión Ad-Hoc y para el caso de los generadores privados, que los precios convergieron a la baja, por lo que resultaba necesario ampliar el piso de la banda.

Así las cosas, la información proporcionada por los principales proveedores de energía, permitieron al Ente Regulador, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, modificar la banda tarifaria tres desviaciones estándar hacia abajo con relación al promedio.

En razón de lo anterior, es que se considera que el actuar del Ente Regulador, en cuanto a la modificación del piso de la banda tarifaria, no contraría lo dispuesto en los artículos 15 al 17 de la LGAP, referido a la discrecionalidad al dictar actos administrativos.

Así las cosas, en la resolución recurrida, se incluyeron el motivo y las justificaciones técnicas que sustentaron el cambio en el piso de la banda tarifaria.

En cuanto a la supuesta violación del derecho de participación ciudadana, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes, toda vez que en la tramitación del expediente administrativo se verifica el cumplimiento de lo establecido en los artículos 9 de la Constitución Política y 36 de la Ley 7593.

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

4.4 Exclusión del Factor ambiental en el modelo tarifario para Plantas Hidroeléctricas Nuevas.

Indicaron las recurrentes, que la Aresep originalmente conceptualizaba el factor ambiental “fa” como un pago en reconocimiento por los beneficios que la generación renovable aporta al ambiente. No obstante, la resolución recurrida modifica ese concepto y lo cambia por un concepto de costos de mitigación, lo que resulta inexacto desde el punto de vista de la literatura económica y jurídica, así como también contrario a las políticas nacionales y lo dispuesto en la legislación nacional. Agregan, que la Ley 7593, en su artículo 31, es clara en cuanto a que las tarifas deben contemplar los costos ambientales.

Al respecto, cabe indicar que la “Metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas”, aprobada mediante la resolución RJD-152-2011, del 10 de agosto de 2011 y publicada en La Gaceta Nº 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 Nº 230 del 30 de noviembre de 2011, la RJD-013-2012, del 29 de febrero de 2012, publicada en La Gaceta No 74 del 17 de abril de 2012 y la RJD-027-2014 del 20 de marzo de 2014 y publicada en el Alcance Digital Nº 10 a La Gaceta Nº 65 del 2 de abril de 2014, indicó al respecto, lo siguiente:

[..]

5.2.5 El factor ambiental: *La ARESEP está de acuerdo con establecer un factor ambiental en las tarifas de los servicios públicos. La legislación lo permite y es recomendable desde el punto de vista técnico. Sin embargo, para este reconocimiento es necesario formular una metodología concreta, bien fundamentada, que deberá someterse al trámite previsto en la legislación (audiencia pública). Se espera que en el corto plazo se inicie un procedimiento separado para incorporar el componente ambiental en la tarifa de generación privada con plantas hidroeléctricas, en el marco de la Ley Nº 7200.*

[..]

Por otro lado, en el Por Tanto III de la resolución recurrida -RJD-17-2016-, a folios 601 y 603, se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[..]

3.4 Del factor ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas

El tema del factor ambiental que ha sido un tema recurrente por parte de los generadores privados, luego de analizar la legislación se llegó a la conclusión de que dentro de los costos contemplados actualmente se incluye el criterio de sostenibilidad ambiental definido en la Ley 7593, artículo 31 como elemento para fijar las tarifas.

[...]

Por las razones anteriores, se considera que no es necesario la duplicación del criterio ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas; y que por lo tanto debe de eliminarse el fa de la fórmula para evitar que sea contabilizado dos veces.

[...] El subrayado no es del original.

Así las cosas, en la resolución recurrida, se indicó que la Junta Directiva con fundamento en el criterio 02-CAMMRR-2015 de la Comisión Ad Hoc, realizó el análisis de la siguiente normativa: Ley 7200, "Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela", específicamente los artículos 8, 10, 11 y 12 y la Ley 8723: "Ley Marco de Concesión para el Aprovechamiento de las Fuerzas Hidráulicas para la Generación Hidroeléctrica", artículo 4, así como el Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC, "Reglamento General sobre los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)", los artículos 1 y 112. De este análisis, se determinó que los costos por factores ambientales a los que hacen referencia esta normativa, ya se encuentran "contemplados" en el cálculo tarifario, por lo cual, asignarles un componente aparte en la formulación general del modelo, no tiene justificación y por el contrario, el hecho de reconocerlo, sería un doble reconocimiento.

Así las cosas, el factor ambiental (fa) correspondía a un componente incluido, inicialmente dentro de la formulación del modelo, con la premisa, para ambas metodologías, de que para su reconocimiento "es necesario formular una metodología concreta, bien fundamentada, que deberá someterse al trámite previsto en la legislación (audiencia pública)" situación que no se dio y es hasta la fecha de la resolución recurrida (RJD-17-2016), que la Junta Directiva dispone que este factor ambiental ya está contemplado en el cálculo tarifario, por lo cual, no llevan razón las recurrentes, al indicar que la Aresep originalmente conceptualizaba el "fa" como un pago en reconocimiento por los beneficios que la generación renovable aporta al ambiente.

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

4.4.1 Naturaleza y objetivo del factor ambiental y 4.4.2 Obligación legal de incluir el factor ambiental.

Con respecto a la naturaleza y objetivo del factor ambiental, indicaron las recurrentes que el factor ambiental es un mecanismo de valoración económica utilizado para reconocer los beneficios ambientales (externalidades ambientales positivas) que brinda una actividad, y no el

resultado de compensar los costos (asociados con la “permisología” ambiental para la construcción de la planta, esos no incluyen los beneficios que la sociedad recibe.

Adicionalmente, agregan con relación a la obligación legal de incluir el factor ambiental que la Ley 7593 en su artículo 14, establece la obligación de los prestatarios de los servicios públicos de proteger, conservar, recuperar y utilizar racionalmente los recursos naturales relacionados con la explotación del servicio público y el artículo 31, establece como principio para la fijación de tarifas, la “sostenibilidad ambiental” según los planes de desarrollo, los cuales buscan incentivar la generación de energía utilizando fuentes renovables. Añade que el artículo 31, en referencia, establece una definición de “costo ambiental” ligada al daño ambiental y no a buenas prácticas de gestión o los gastos para cumplir requisitos “permisológicos”: “Cualquier afectación del ambiente que puede ser determinada por el daño causado, o por el costo que se debe incurrir para evitarlo o repararlo”.

Al respecto, cabe indicarle a las recurrentes, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 419 y 420), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[..]

En primer lugar, es importante señalar que al igual que los proyectos tienen externalidades positivas, también tienen externalidades negativas como lo señala el opositor (folio 188, OT-082-2015), por lo cual sería necesario primero analizar ambos efectos. Adicionalmente, la tecnología incluye en su costo de inversión componentes de mejora ambiental, que ya estarían reconocidos en las tarifas y por último, en un escenario de bandas tarifarias, el oferente puede incluir un plus en su precio por consideraciones ambientales si así lo considera necesario, de manera que un factor ambiental de la forma conceptualizada por los generadores privados no se requiere de manera explícita. Cabe resaltar, que la propuesta no es de eliminación del factor ambiental, es evitar una duplicación de éste y por lo tanto, no se incumple o se desaplica el artículo 31 de la Ley 7593.

[..]

Del informe técnico incluido en el expediente OT-082-2015 (folio 13 al 16), es claro que existe legislación en cuanto al tema ambiental y que existen una serie de costos de tipo ambiental que son incluidos en las tarifas, inclusive el opositor alega que la legislación lo que contiene son instrumentos de “comando y control”, los cuales son instrumentos de política ambiental y con los que se cumple el criterio de sostenibilidad ambiental incluido en el artículo 31 de la Ley 7593.

[..] (El subrayado es del original).

Con respecto al factor ambiental (fa) se les remite al apartado 4.4 de este criterio.

Así las cosas, no llevan razón las recurrentes, en cuanto a que Aresep definiera el factor ambiental como un mecanismo de valoración económica utilizado para reconocer los beneficios ambientales (externalidades ambientales positivas) que brinda una actividad.

Adicionalmente, con respecto a la obligación legal de incluir el factor ambiental, no llevan razón, dado que, como se ha venido indicando ya se encuentra contemplado en el cálculo tarifario.

Por último, con respecto a lo indicado por las recurrentes en cuanto a que el artículo 31 de la Ley 7593, establece como principio para la fijación de tarifas, la "sostenibilidad ambiental" según los planes de desarrollo, se les remite al análisis realizado en el punto 4.4.4 de este criterio.

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

[...]

La Junta Directiva, con fundamento en el criterio 02-CAMMRR-2015 de la Comisión Ad Hoc, externó con respecto al factor ambiental, lo siguiente:

[...]

3.4. Del factor ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas

El tema del factor ambiental que ha sido un tema recurrente por parte de los generadores privados, luego de analizar la legislación se llegó a la conclusión de que dentro de los costos contemplados actualmente se incluye el criterio de sostenibilidad ambiental definido en la Ley 7593, artículo 31 como elemento para fijar las tarifas. En efecto de la legislación analizada se observa que:

- *Ley 7200: Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela*

"Artículo 8 - Además de la declaratoria de elegibilidad a que se refiere el artículo 6º, para centrales de limitada capacidad mayores o iguales a dos mil kilovatios (2.000 KW), el interesado deberá aportar al Servicio Nacional de Electricidad una certificación sobre la aprobación de un estudio de impacto ambiental, elaborada por un profesional del ramo. Este estudio deberá ser presentado previamente al Ministro de Recursos Naturales, Energía y Minas, para su aprobación o rechazo, dentro de un plazo de sesenta días naturales, a partir de su presentación.

Artículo 10 - En el estudio de impacto ambiental a que se refiere el artículo 8º de esta ley se incluirán, como mínimo los siguientes aspectos:

- c) *Indicación del posible impacto de la actividad sobre el ambiente natural y el humano.*
- d) *Los efectos adversos inevitables, si se llevará a cabo la actividad.*
- c) *Los efectos sostenidos sobre la flora y la fauna, con señalamiento del impacto sobre la vegetación, los suelos, las especies animales y la calidad del agua y del aire.*

- ch) Señalamiento de áreas específicas por deforestar, si fuere del caso.
- d) Cantidad posible de desechos.
- e) Efectos sobre las poblaciones y asentamientos humanos.
- f) Programas de reforestación, control de erosión de suelos y control de contaminación del agua y del aire; y los planes de manejo de los desechos.
- g) Planes de contingencia para prevenir, detectar y controlar los efectos nocivos sobre el ecosistema.

(...)

Artículo 11 - Para amparar el cumplimiento de los programas de control y de recuperación ambiental, el concesionario, al firmar el contrato de suministro, deberá acompañar una garantía incondicional de cumplimiento a favor del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, equivalente al cuatro por ciento (4%) del valor del proyecto, durante el período de construcción de la obra, que se mantendrá vigente por un año contado a partir de la entrada en operación del proyecto.

La garantía se reducirá a un monto equivalente a un uno por ciento (1%) del valor del proyecto y se mantendrá vigente durante todo el período de la concesión.

Estos porcentajes podrán ser ajustados por el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, de acuerdo con la cuantificación de daños potenciales que se determinen en el estudio de impacto ambiental.

La garantía a que se refiere este artículo podrá ser emitida por cualquiera de los bancos del Sistema Bancario Nacional, o por el Instituto Nacional de Seguros, a satisfacción del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, y podrá ser ejecutada, parcial o totalmente, por el citado ministerio, tan pronto se demuestre que se ha producido un daño y que este no ha sido mitigado por el producto autónomo.

El Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas podrá efectuar correcciones, en forma directa y de oficio, o mediante contrato, en cualquier deterioro o daño ambiental que se origine con motivo de la concesión eléctrica otorgada.

Si al término de la concesión la garantía no ha sido ejecutada, será devuelta parcial o totalmente, según corresponda.

Artículo 12 - Corresponde al Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, fijar las pautas y las condiciones de cualquier naturaleza, tendientes a amparar el cumplimiento de los programas de control y recuperación ambiental de las centrales de limitada capacidad. En caso de que los concesionarios incumplan las condiciones fijadas por el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, el Servicio Nacional de Electricidad, a solicitud de este Ministerio, declarará la caducidad de la concesión."

- Ley 8723: Ley Marco de Concesión para el Aprovechamiento de las Fuerzas Hidráulicas para la Generación Hidroeléctrica

“Artículo 4. Requisitos para la solicitud de las concesiones para el aprovechamiento de las fuerzas hidráulicas para la generación hidroeléctrica

El interesado que pretenda utilizar la fuerza hidráulica de las aguas de dominio público en el territorio nacional, para generar energía hidroeléctrica, deberá presentar la respectiva solicitud de concesión al Minaet, acompañada de la aprobación de la evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (Setena) (...)”

Adicionalmente, en los términos de referencia publicados por el ICE para la convocatoria #2 de compra de bloques de energía, estableció como uno de los principales factores de calificación la evaluación ambiental, tal y como se indica en el siguiente párrafo:

“(...

i. Evaluación ambiental (máximo 30 puntos). *Los proyectos de generación de electricidad deben estar concebidos teniendo presente la variable ambiental, dentro de una actitud de sostenibilidad y manejo racional de los recursos naturales y en apego a la legislación vigente al respecto.*

La obtención de la viabilidad ambiental del proyecto es obligatoria y constituye una condición previa para la firma del contrato según se establece en el Artículo 12 del Reglamento al Capítulo I de la Ley N° 7200 – Decreto Ejecutivo N° 37124-MINAET. A tal efecto, se deberá presentar a la Secretaría Técnica Nacional del Ambiente (SETENA) un Estudio de Impacto Ambiental, acorde con las normas y procedimientos aplicables.”

En los estudios de impacto ambiental, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) estipula que por reglamento lo que procede para otorgar la viabilidad ambiental, es solicitarle al desarrollador la presentación de los instrumentos de Control y Seguimiento, los cuales pueden ser varios como el pago de la garantía, cumplimiento de compromisos ambientales, nombramiento de responsable ambiental, entre otros.

En las resoluciones de Viabilidad Ambiental, se incluyen las siguientes cláusulas:

- *El artículo 6 de la Modificación del artículo 45 al Reglamento General sobre los Procedimientos de EIA, del Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC, señala sobre la Cláusula de Compromiso Ambiental Fundamental, lo siguiente: “La Presente Viabilidad (licencia) Ambiental se otorga en el entendido de que el desarrollador del proyecto, obra o actividad cumplirá de forma íntegra y cabal con todas las regulaciones y normas técnicas, legales y ambientales vigentes en el país y a ejecutarse ante otras autoridades del Estado Costarricense. El incumplimiento de esta cláusula por parte del desarrollador no solo lo hará acreedor de las sanciones que implica el no cumplimiento de dicha regulación, sino que además, al constituir la misma, parte de la base fundamental sobre el que se sustenta la VLA, hará que de forma automática dicha VLA se anule con las consecuencias técnicas, administrativas y jurídicas que ello tiene para la actividad, obra o proyecto y para su desarrollador, en*

particular respecto a los alcances que tiene la aplicación del artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente”.

- De conformidad con las facultades de control y seguimiento establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Ambiente, que señala: “La Secretaría Técnica Nacional Ambiental establecerá instrumentos y medios para dar seguimiento al cumplimiento de las resoluciones de la evaluación de impacto ambiental. En los casos de violación de su contenido, podrá ordenar la paralización de las obras. El interesado y el autor del estudio serán, directa y solidariamente, responsables por los daños que se causen”.

- De conformidad con el Artículo 45, de la Resolución y otorgamiento de la Viabilidad (o Licencia) Ambiental del reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-MAG-MOPT, MEIC, S, señala: “Los lineamientos o directrices ambientales de compromiso que enmarcan el otorgamiento de la viabilidad (licencia) ambiental, y que estarán basadas en todo el proceso de EIA, así como una serie de condiciones e instrumentos de control y seguimiento ambiental, que incluyen los siguientes elementos: Desarrollo e implementación de los instrumentos de Control y Seguimiento Ambiental (ICOS), que comprendan 3 aspectos básicos como son: Nombramiento de un responsable ambiental, una Bitácora Ambiental y la garantía ambiental de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica del Ambiente, cuyo monto será fijado por la SETENA”.

Del Decreto Ejecutivo Número 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC, Reglamento General sobre los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) se indica lo siguiente:

“Artículo 1º.- Objetivo y alcance.

El presente reglamento tiene por objeto definir los requisitos y procedimientos generales por los cuales se determinará la viabilidad (licencia) ambiental a las actividades, obras o proyectos nuevos, que por ley o reglamento, se han determinado que pueden alterar o destruir elementos del ambiente o generar residuos, materiales tóxicos o peligrosos; así como, las medidas de prevención, mitigación y compensación, que dependiendo de su impacto en el ambiente, deben ser implementadas por el desarrollador”.

“Artículo 112. Costos del Proceso de EIA.

De conformidad con el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ambiente, los costos del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, que incluyen: los estudios técnicos, el uso de instrumentos de EIA, aplicación de medidas ambientales (preventivas, correctivas, mitigadoras o de compensación), de control y seguimiento, auditorías ambientales, implementación de los planes de gestión ambiental y demás procedimientos relacionados al proceso, deberán ser asumidos por el desarrollador de la actividad, obra o proyecto”.

Por otra parte, en los términos de referencia publicados por el ICE para la convocatoria #2 de compra de bloques de energía, en el anexo 2, en el formulario 4 y 5, se encuentra como requisito la presentación detallada de los presupuestos de los proyectos dentro de los cuales se estableció el rubro de costos indirectos, entre ellos se tienen los gastos por

gestión ambiental como lo son la “mitigación ambiental” y las “ayudas comunales”. Cabe resaltar, que esta información fue provista por el desarrollador y se incluyeron los rubros indicados, rondando entre el 3% y el 0,1% del monto total de la inversión, esto según información del ICE. Además, en los Estados Financieros auditados entregados por Vara Blanca (visibles en el OT-051-2015, folio 14 y 19), como parte de los costos de operación, los generadores privados incluyen la parte de Regencia ambiental, el cual es un requerimiento de SETENA. Lo anterior, es ejemplo de que se está cumpliendo lo establecido en el artículo 31 de la Ley 7593 con el sólo hecho de que los costos ambientales están contemplados en el monto de inversión y operación.

Por las razones anteriores, se considera que no es necesario la duplicación del criterio ambiental en las metodologías de plantas de generación privadas hidroeléctricas y eólicas nuevas; y que por lo tanto debe de eliminarse el fa de la fórmula para evitar que sea contabilizado dos veces.

[...] Folio 373 a 376 del OT-082-2015.

Ahora bien, aunado a lo anterior y reiterando lo ya concluido en los criterios 388-DGAJR-2016, 393-DGAJR-2016 y 435-DGAJR-2016, el recurrente no aportó evidencia de nuevas inversiones en gestiones ambientales que sean diferentes a las ya establecidas por la jurisprudencia y normativa, las cuales están obligados a cumplir, para poder iniciar operaciones dentro del territorio nacional, y a los requisitos establecidos por el ICE, en los términos de referencia publicados, para las convocatorias de compra de bloques de energía.

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

4.4.2 Obligación de dar incentivos a la generación de electricidad con fuentes renovables.

Indicaron las recurrentes que al eliminar el factor ambiental de las metodologías bajo análisis, la Aresep incurre en una contradicción, pues al mismo tiempo que reconoce que desea incentivar la inversión privada en generación con fuentes renovables de energía, omite valorar el componente ambiental que genera el servicio que se brinda. Esta señal produce incertidumbre en el sector y se aparta de las políticas estatales en esta materia. El reconocer mediante el factor ambiental los servicios o beneficios ambientales que presentan las distintas tecnologías de generación eléctrica es un incentivo concreto que la Aresep puede implementar y tiene la obligación legal de implementarlo.

Al respecto, cabe indicarle a las recurrentes, que en la respuesta dada por la Comisión Ad-Hoc a las oposiciones presentadas, mediante el oficio 02-CAMMRR-2015, (visible a folio 420), se señaló en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Por otra parte, el objetivo de incentivar la inversión privada en generación no es la razón adecuada para justificar la inclusión de un factor ambiental adicional en la tarifa.

Adicionalmente, algunos proyectos pueden optar por los mecanismos creados mediante el Protocolo de Kyoto, como son los Mecanismos de Desarrollo Limpio de las Naciones Unidas⁸, como lo hacen otros proyectos a nivel internacional y lo cual fue observado en la fijación tarifaria de plantas eólicas del año 2013, que se aprobó mediante la RIE-080-2013, donde se actualizaron montos de inversión de tres proyectos con su costo actualizado según los documentos de diseño del proyecto presentados con ese objetivo o el Proyecto Hidroeléctrico La Joya.

[...]

Erróneamente el opositor señala que se va a eliminar el factor ambiental. Tal y como se indica en el informe técnico, lo que se busca es evitar una duplicación de estos costos ambientales que actualmente se encuentran incluidos en las tarifas, por lo que no se incumple en ningún momento con el artículo 31 de la Ley 7593, más bien al dejarlo se incumpliría debido a que no sería servicio al costo.

[...]

Por otro lado, cabe agregar, que el artículo 3 de la Ley 7593, establece en lo que interesa, lo siguiente:

[...]

Artículo 3.- Definiciones

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

[...]

*b) **Servicio al costo.** Principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31.*

[...]

Así las cosas y como se ha venido indicando, en apartados anteriores, es hasta la fecha de la resolución recurrida (RJD-17-2016), que la Junta Directiva dispuso que este factor ambiental ya está contemplado en el cálculo tarifario, por lo cual, asignarle un componente aparte en la formulación general del modelo, no tiene justificación y por el contrario, el hecho de reconocerlo, sería un doble reconocimiento a la hora de fijar tarifas y los precios de los servicios públicos, razón por la cual, contravendría lo estipulado en el artículo 3 de la Ley 7593.

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

4.4.3 Reconocimiento de la Autoridad Reguladora de la importancia de incluir el factor ambiental en las tarifas de generación eléctrica.

Indicaron las recurrentes, que la Aresep reconoció la obligación de incluir el factor ambiental en la metodología tarifaria aprobada mediante resolución número RJD-152-2011 apartado 5.2.5. Por otro lado, en la resolución RJD-002-2013 del 18 de febrero de 2013, en cuanto al factor ambiental resolvió lo siguiente: “Solicitar a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para que a la brevedad posible, someta a su conocimiento la propuesta de metodología para incorporar el factor ambiental a las tarifas en cuestión”. Agrega, que en el “Informe acerca del modelo de regulación técnica y económica de los servicios eléctricos utilizado por la (sic) autoridad reguladora de los servicios públicos (ARESEP)” número DFOE-AE-IF-04-2013 del 30 de mayo de 2013 de la Contraloría General de la República, advirtió que la Aresep debe incorporar el criterio de sostenibilidad ambiental en la metodología en varias ocasiones, así como los costos y servicios ambientales, que son diferentes a la sostenibilidad ambiental.

En ese sentido, si bien es cierto llevan razón las recurrentes en cuanto a que la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-152-2011, instruyó a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR) para que elaborara una propuesta metodológica para determinar el factor ambiental (fa), esta no se realizó.

Así las cosas, como ya se ha indicado reiteradamente, es hasta la resolución recurrida (RJD-17-2016), que la Junta Directiva dispone que este factor ambiental ya está contemplado en el cálculo tarifario y no es necesario su determinación explícita dentro de la fórmula para determinar la tarifa de venta, con fundamento en lo señalado por la Comisión Ad Hoc en el oficio 02-CAMMRR-2015.

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

4.4.4 Transgresión al principio de legalidad, inderogabilidad singular de las normas, principio de seguridad jurídica y principio de igualdad.

Indicaron las recurrentes, que de acuerdo con los artículos 11 y 13 del LGAP se deriva el principio de legalidad y el principio de inderogabilidad singular de las normas, los cuales postulan que la Administración Pública debe actuar sometida a todo el ordenamiento jurídico y no lo puede desaplicar para casos concretos. Agrega que, del artículo 31 de la Ley 7593, se desprenden los parámetros a seguir por la Aresep para fijar precios, tarifas y servicios ambientales, lo cual se esperaba que formara parte de la metodología que la Aresep aprobara para el cálculo del “factor ambiental”, lo cual indicó en la resolución RJD-152-2011, saldría en poco tiempo y advertido por el señor Emilio Arias Rodríguez, en su voto salvado.

Adicionalmente, señalaron la obligación legal que tiene la Aresep de desarrollar dicho instrumento, la cual no desaparece eliminando el factor ambiental de la fórmula. Mientras el artículo 31 de la Ley 7593 mantenga su vigencia, la Aresep no puede emitir un acto que conduzca a su desaplicación. En otras palabras, la Aresep no se encuentra autorizada para desconocer en el modelo tarifario propuesto el factor ambiental o como quiera denominarlo

Aresep, lo cual es una desaplicación del artículo 31 de la Ley 7593 y violentaría el principio de inderogabilidad singular de las normas, el cual se arraiga en el numeral 129 de la Constitución.

Añaden que, implicaría una violación al principio de legalidad que se desprende del artículo 11 de la Constitución Política y 11 de la LGAP, ya que toda conducta administrativa debe tener respaldo en el ordenamiento jurídico para que esta se encuentre autorizada, así como el principio de seguridad jurídica por el irrespeto a la obligatoriedad y eficiencia de una norma de nuestro ordenamiento (numeral 31 de la Ley 7593). Siguen indicando, que la omisión de no considerar la sostenibilidad ambiental, ni los costos y servicios ambientales, -como indicó la Contraloría General de la República, ambas cosas son diferentes-, pero deben ser incorporadas en la metodología de tal manera que se reflejen en la tarifa. Así también, la Aresep reconoció que no las está aplicando en la fijación tarifaria. Omisión que fue señalada por el ex regulador Herman Hess. Concluyen que con la resolución impugnada, la Aresep estaría perpetuando su actuar ilegal.

Con el fin de analizar el argumento de las recurrentes, se procede a transcribir el citado artículo 31 de la Ley 7593, el cual a la letra indica:

“Artículo 31.-Fijación de tarifas y precios

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

Los criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica definidos en el Plan nacional de desarrollo, deberán ser elementos centrales para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos. No se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestadoras del servicio público.

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

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

- a) Garantizar el equilibrio financiero.**

b) El reconocimiento de los esquemas de costos de los distintos mecanismos de contratación de financiamiento de proyectos, sus formas especiales de pago y sus costos; efectivos; entre ellos, pero no limitados a esquemas tipo B: (construya y opere, o construya, opere y transfiera, BOO), así como arrendamientos operativos y/o arrendamientos financieros y cualesquiera otros que sean reglamentados.

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

Aunado al artículo anterior, debe retomarse lo indicado líneas arriba, en el punto 4.4 de este apartado, respecto a que en la resolución recurrida, se indicó que la Junta Directiva, con fundamento en el criterio 02-CAMMRR-2015 de la Comisión Ad Hoc, realizó un análisis normativo (Ley 7200, “Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela”, la Ley 8723: “Ley Marco de Concesión para el Aprovechamiento de las Fuerzas Hidráulicas para la Generación Hidroeléctrica”, el Decreto Ejecutivo N° 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC, “Reglamento General sobre los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)” y determinó, que los costos por factores ambientales a los que hacen referencia esta normativa, ya se encuentran “contemplados” en el cálculo tarifario, por lo cual, asignarles un componente aparte en la formulación general del modelo, no tiene justificación y por el contrario, el hecho de reconocerlo, produciría un doble reconocimiento.

Por lo que, no es de recibo que existiera un incumplimiento al principio de inderogabilidad singular de las normas, principio de legalidad, ni el principio de seguridad jurídica, ya que no se está dejando sin efecto lo establecido en el artículo 31 precitado, con respecto a los servicios ambientales, por cuanto estos, están reconocidos como costos en las fijaciones tarifarias.

En virtud de lo anterior, es recomendación de este órgano asesor se rechace el argumento de las recurrentes.

5. La resolución impugnada lo que hace es dejar sin efecto la parte del ordenamiento jurídico que permite la operación y participación de los generadores privados en el mercado nacional al limitar su capacidad de operación y de ingresos forzándolas prácticamente a salir del mercado. Estos actos administrativos de hecho, limitan sensiblemente el ejercicio del derecho a la libre empresa y al comercio.

En primera instancia, resulta necesario acotar que mediante la resolución RJD-17-2016, se estableció una modificación de las Metodologías de Fijación de Tarifas para Generadores Privados de Energía Eléctrica con Recursos Renovables, no se realizó una fijación tarifaria, por lo que no causó ningún efecto económico sobre los administrados, como lo alegan las recurrentes. De forma tal que, de los argumentos expuestos en el recurso analizado, no se desprende que se esté limitando el ejercicio del derecho a la libre empresa o al comercio.

Adicionalmente, este órgano asesor no encontró prueba incorporada al expediente para demostrar que con la resolución impugnada, se obligara a salir del mercado a las empresas o se limitara el comercio o la libre competencia.

6. Gestión de nulidad interpuesta

6.1 Por todos los aspectos señalados, la resolución impugnada carece de fundamentos de hecho y de derecho, por lo cual debe ser declarada nula.

6.2 Uno de los requisitos del acto administrativo, es la existencia del motivo de hecho y de derecho, que sustenten el acto. La ausencia de estos elementos, hace del acto impugnado un acto nulo.

Siendo estos puntos muy similares, se analizan en conjunto.

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

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

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

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

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

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

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta por las recurrentes, no llevan razón en sus argumentos, ya que la resolución que impugnan, no es un acto nulo, porque contiene todos los elementos del acto (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP, ya que:

- *Fue dictado por el órgano competente, es decir, por la Junta Directiva (artículos 129 y 180, sujeto).*
- *Fue emitido por escrito como corresponde (artículos 134 y 136, forma).*

- *De previo a su dictado, se realizaron los trámites sustanciales y se cumplieron los requisitos establecidos en la ley (artículo 129, procedimiento).*
- *Contiene un motivo legítimo y existente (artículo 133, motivo).*
- *Estableció en su parte considerativa las razones que sustentaron la decisión del órgano competente (artículos 131, fin y 132, contenido).*

Así las cosas, no deviene en nula la resolución impugnada, pues contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin) y en lo referente a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso.

En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que dicha resolución sea nula y por ende, considera este órgano asesor que no llevan razón las recurrentes, en cuanto a su gestión de nulidad.

V. CONCLUSIONES

1. *Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por P. H. Don Pedro S.A. y P. H. Río Volcán S.A., contra la resolución RJD-17-2016, resulta admisible.*
2. *Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición interpuesto por Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-17-2016, resulta inadmisibile, por haber sido interpuesto de forma extemporánea.*
3. *Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto por P. H. Don Pedro S.A., P. H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-17-2016 resulta inadmisibile, por la naturaleza de la resolución recurrida.*
4. *Desde el punto de vista formal, la gestión de nulidad interpuesta por P. H. Don Pedro S.A., P. H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-17-2016, resulta admisible.*
5. *Los costos de explotación (Ca) corresponden a los costos que conlleva mantener y operar una planta en condiciones normales dentro de nuestro país, por lo cual, no es necesario ajustar la información mediante el factor de utilización (Xu), en razón de que los costos reales ya tienen incorporado, de forma implícita, el costo de operación al momento del cálculo tarifario.*
6. *El factor de antigüedad o factor de utilización (Xu) promedio, corresponde a un factor con el cual se busca que la información se ajuste, en la medida de lo posible, a la realidad de las plantas que se trata de tarifar, lo cual aplicaría, si la muestra de los costos de explotación correspondiera a datos de costos de plantas nuevas.*
7. *Los temas del componente de costos de inversión en la tarifa de referencia y de la depreciación, no fueron sometidos a audiencia pública, por lo que se encuentra fuera del alcance de las modificaciones aprobadas mediante la resolución RJD-17-2016, a las metodologías establecidas en las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011.*

8. *La adición de una fuente de información para determinar el cálculo de las expectativas de venta (E) y el cálculo de la inversión unitaria (M), lo realizó la Aresep, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, para modificar metodologías tarifarias, establecidas en la Ley 7593.*
9. *El incluir como fuente de información los concursos realizados para adquirir energía de los generadores privados, por parte del Ente Regulador, no contraría lo dispuesto en los artículos 15 al 17 de la LGAP, referido a la discrecionalidad al dictar actos administrativos.*
10. *La modificación del piso de la banda tarifaria a tres desviaciones estándar con respecto al promedio, se motivó en el análisis realizado por la Comisión Ad-Hoc, al comportamiento del mercado, a partir de la información que evidenciaron los concursos realizados por el Instituto Costarricense de Electricidad, los cuales mostraron que, para el caso de los generadores privados, los precios ofertados convergieron a la baja.*
11. *La información proporcionada por los principales proveedores de energía, permitió al Ente Regulador, en función de sus potestades exclusivas y excluyentes, modificar la banda tarifaria tres desviaciones estándar hacia abajo con relación al promedio.*
12. *El actuar del Ente Regulador, en cuanto a la modificación del piso de la banda tarifaria, no contraría lo dispuesto en los artículos 15 al 17 de la LGAP, referido a la discrecionalidad al dictar actos administrativos.*
13. *En la tramitación del expediente administrativo, se verifica el cumplimiento de lo establecido en los artículos 9 de la Constitución Política y 36 de la Ley 7593, en cuanto a la participación ciudadana.*
14. *La Aresep no definió el factor ambiental como un mecanismo de valoración económica utilizado para reconocer los beneficios ambientales (externalidades ambientales positivas) que brinda determinada actividad.*
15. *La Junta Directiva mediante la resolución RJD-152-2011, instruyó a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para que elaborara una propuesta metodológica para determinar el factor ambiental (fa), la cual no se realizó.*
16. *Con fundamento en lo señalado por la Comisión Ad Hoc en el oficio 02-CAMMRR-2015, la Junta Directiva dispuso que el factor ambiental (fa) ya está contemplado en el cálculo tarifario y no es necesario su determinación explícita dentro de la fórmula para determinar la tarifa de venta, ya que el hecho de reconocerlo, produciría un doble reconocimiento.*
17. *No es de recibo que exista un incumplimiento al principio de inderogabilidad singular de las normas, principio de legalidad, ni el principio de seguridad jurídica, ya que no se está dejando sin efecto lo establecido en el artículo 31 de la Ley 7593, con respecto a los servicios ambientales, por cuanto estos ya se encuentran contemplados en el cálculo tarifario.*
18. *La resolución RJD-17-2016 no fijó tarifas, por lo que no causó ningún efecto económico sobre los administrados. Únicamente, se limitó a modificar algunos temas específicos de las*

tres metodologías tarifarias establecidas en las resoluciones RJD-009-2010, RJD-152-2011 y RJD-163-2011.

19. *La resolución impugnada contiene todos los elementos del acto exigidos por la LGAP, para su validez (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin) y en lo referente a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan vicios que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso. En consecuencia, no hay base jurídica para concluir que la resolución recurrida sea nula.*

[...]"

- II. Que en la sesión ordinaria 26-2017, del 2 de junio de 2017, la Junta Directiva señala, sobre la antigüedad de las plantas hidroeléctricas del ICE, que en los siguientes expedientes, se localiza la fecha de inicio de operación de las mismas, cuya información fue proporcionada por el ICE:

- ET-153-2011, Recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución 750-RCR-201, oficio No. 0510-144-2012 presentado por el ICE. Folio 447 del expediente ET-153-2011.
- OT-153-2014, Oposición del ICE-Sector de electricidad a la propuesta de modificación de las Metodologías de fijación de tarifas para generadores privados. Folio 132 del expediente OT-153-2014.
- ET-139-2014, Posición del ICE-Sector electricidad respecto de la propuesta de ajuste tarifario para generadores privados que firmen un nuevo contrato de compra y venta con el ICE, oficio No. 0510-1590-2012 presentado por el ICE. Folio 86 del expediente ET-139-2014.

Cabe agregar, que estas referencias de información, fueron indicadas en la resolución recurrida -RJD-17-2016-, correspondiente a la "Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables" (folio 600).

- III. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.** Rechazar por inadmisibles, el recurso de reposición interpuesto por Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-17-2016, **2.** Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación interpuesto por P.H. Don Pedro S.A., P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-17-2016, **3.** Declarar sin lugar, el recurso de reposición, interpuesto por P.H. Don Pedro S.A. y P.H. Río Volcán S.A., contra la resolución RJD-17-2016, **4.** Declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por P.H. Don Pedro S.A., P.H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-17-2016, **5.** Agotar la vía administrativa, **6.** Notificar a las partes, la presente resolución, **7.** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- IV. Que en la sesión ordinaria 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 435-DGAJR-2016 y 282-DGAJR-2017 de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 13-26-2017

- I. Rechazar por inadmisibile, el recurso de reposición interpuesto por Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-17-2016.
- II. Rechazar por inadmisibile, el recurso de apelación interpuesto por P. H. Don Pedro S.A., P. H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-17-2016.
- III. Declarar sin lugar, el recurso de reposición, interpuesto por P. H. Don Pedro S.A. y P. H. Río Volcán S.A., contra la resolución RJD-17-2016.
- IV. Declarar sin lugar, la gestión de nulidad interpuesta por P. H. Don Pedro S.A., P. H. Río Volcán S.A. y Enel Green Power Costa Rica S.A., contra la resolución RJD-17-2016.
- V. Agotar la vía administrativa.
- VI. Notificar a las partes, la presente resolución.
- VII. Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

VOTO NEGATIVO DE LA DIRECTORA SONIA MUÑOZ TUK

A los efectos del artículo 57 de la Ley General de la Administración Pública, dejo constancia de mi voto contrario al acuerdo adoptado, lo cual sustentó bajo las siguientes consideraciones:

“El análisis de la eliminación del factor de antigüedad consta en la página 14 a 17 del oficio 282-DGAJR-2017 en el cual, se limita a transcribir las conclusiones que previamente había dado el CDR (oficio 02-CAMMRR-205) y la Fuerza de Trabajo.

El oficio 282-DGAJR-2017 le restó importancia al hecho de no tener la información exacta de las plantas de la muestra, a pesar de que se supone que ese aspecto es uno de las causas para el cambio metodológico. Dice: “El hecho que en el expediente OT-082-2015 no se precisaron la edad exacta en años de las plantas del ICE, no deja “sin motivo”, “ni contenido” la resolución recurrida”.

Sin embargo, igual que antes, ahora también mantengo mi posición que la información exacta y precisa que tomó de base para dictar la resolución, sí es relevante.

Me llama la atención que en el antecedente 13, el oficio 282-DGAJR-2017 toma nota que se presentó por una empresa una solicitud de corrección de un error en el informe de la fuerza de tarea, sin embargo, cuando la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria analiza el asunto, no analiza dicho error y las implicaciones que podría tener”

ARTÍCULO 13. Recurso de apelación, interpuesto por Autotransporte Pozo de Agua S.A., contra la resolución 131-RIT-2015. Expediente ET-073-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 370-DGAJR-2017 del 18 de abril de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de apelación, interpuesto por Autotransporte Pozo de Agua S.A., contra la resolución 131-RIT-2015

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 370-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 5 de noviembre de 2012, mediante la resolución RJD-120-2012, publicada en el Alcance Digital N° 174 a La Gaceta N° 214, del 6 de noviembre de 2012, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), aprobó el “Modelo de Ajuste Extraordinario para el Servicio de Transporte Público Remunerado de Personas Modalidad Autobús” (folios 488 al 557, expediente OT-109-2012).
- II. Que el 14 de noviembre de 2012, mediante la resolución RJD-141-2012, publicada en La Gaceta N° 227 del 23 de noviembre de 2012, la Junta Directiva de Aresep, corrigió varios errores materiales contenidos en la resolución RJD-120-2012 (folios 771 al 783, expediente OT-109-2012).
- III. Que el 10 de febrero de 2014, mediante la resolución 010-RIT-2014, publicada en La Gaceta N° 36, del jueves 20 de febrero de 2014, la Intendencia de Transporte (IT), como resultado de un estudio tarifario ordinario, fijó las tarifas para la ruta 544, operada por la recurrente (folios 152 al 154, ET-123-2013).
- IV. Que el 7 de mayo de 2015, mediante la resolución 034-RIT-2015, publicada en el Alcance Digital N° 34 de La Gaceta N° 92, del jueves 14 de mayo de 2015, la IT resolvió el ajuste extraordinario de oficio para las rutas de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, a nivel nacional (folios 2664 al 2731, ET-005-2015).
- V. Que el 12 de agosto de 2015, mediante el oficio 1181-IT-2015, la IT, solicitó la apertura del expediente tarifario, para el inicio del procedimiento para la aplicación del modelo de fijación extraordinario de tarifas de autobús, correspondiente al segundo semestre de 2015 (folio 1).

- VI. Que el 26 y 27 de agosto de 2015, respectivamente, se publicó la convocatoria a audiencia pública en La Gaceta N° 166 (folio 685) y en los diarios de circulación nacional: La Teja y Diario Extra (folios 686 al 687).
- VII. Que el 21 de setiembre de 2015, se realizó la audiencia pública, según consta en el acta N° 83-2015 (folio 719).
- VIII. Que el 24 de setiembre de 2015, mediante el oficio 3122-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias (folios 737 al 738).
- IX. Que el 21 de octubre de 2015, mediante la resolución 131-RIT-2015, publicada en el Alcance Digital N° 88 a La Gaceta N° 209 del 28 de octubre de 2015, la IT, resolvió el ajuste extraordinario de oficio para las rutas de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, a nivel nacional (folios 1008 y 1143 al 1239).
- X. Que el 2 de noviembre de 2015, Autotransporte Pozo de Agua S.A., interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra la resolución 131-RIT-2015 (folios 1039 al 1050).
- XI. Que el 7 de febrero de 2017, mediante la resolución RIT-011-2017, la IT, rechazó el recurso de revocatoria, interpuesto por Autotransporte Pozo de Agua S.A., contra la resolución 131-RIT-2015 (folios 1456 al 1480).
- XII. Que el 8 de febrero de 2017, mediante el oficio 207-IT-2017, la IT, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP (folios 1380 al 1381).
- XIII. Que el 9 de febrero de 2017, mediante el memorando 114-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis, el recurso de apelación, interpuesto por Autotransporte Pozo de Agua S.A., contra la resolución 131-RIT-2015 (folio 1481).
- XIV. Que el 18 de abril de 2017, mediante el oficio 370-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación, interpuesto por Autotransporte Pozo de Agua S.A., contra la resolución 131-RIT-2015 (correrá agregado a los autos).
- XV. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 370-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución 131-RIT-2015, es el ordinario de apelación, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos del 342 al 352 de la LGAP.

2. Temporalidad

La resolución recurrida fue publicada en el Alcance Digital N° 88 a La Gaceta N° 209 del 28 de octubre de 2015 (folio 1008) y la impugnación fue planteada el 2 de noviembre de 2015 (folios 1039 al 1050).

Conforme a los artículos 240 inciso 1), 256 inciso 3) y 346 inciso 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 2 de noviembre de 2015.

Del análisis comparativo entre la fecha de publicación 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 de ley.

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que Autotransporte Pozo de Agua S.A., es prestador del servicio, por lo que está legitimada para actuar -en la forma en lo que ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 31 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 275 de la LGAP.

4. Representación

El recurso de apelación fue interpuesto por el señor Michael Víquez Duarte, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de Autotransporte Pozo de Agua S.A., representación que se encuentra acreditada dentro del expediente a folios 1043 y 1044.

De conformidad con el análisis realizado, se concluye, que el recurso de apelación, resulta admisible por haber sido interpuesto en tiempo y forma.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

A continuación, se presenta el análisis de los argumentos planteados por la recurrente:

- 1. La recurrente afirmó, que le corresponde un ajuste tarifario de 0,83% en razón de la variación de los costos de operación reconocidos entre las resoluciones 010-RIT-2014 (fijación individual para la ruta 544, estudio tarifario ordinario) y 131-RIT-2015 (resolución recurrida, ajuste extraordinario de oficio para las rutas a nivel nacional). Para motivar su planteamiento, la recurrente presentó el siguiente cuadro:***

EMPRESA AUTOTRANSPORTE POZO DE AGUA, S.A.
AJUSTE TARIFARIO FINAL QUE COMBINA EL EFECTO DE VARIACION DE LOS CUATRO PARÁMETROS DE COSTO DESDE LA ÚLTIMA FIJACION TARIFARIA AUTORIZADA A LA EMPRESA

Variable	Valor Anterior 010-RIT-2014	Valor Actual 131-RIT-2015	Variacion Relativa de los Gastos	Peso en la estructura tarifaria	Ajuste a la tarifa
Combustible (Promedio Diario del Diesel)	619.00	502.38	-18.84%	0.2079	-3.92%
Salarios (Decreto Sal. Mínimos)	1,036,730.00	1,098,418.21	5.95%	0.2119	1.26%
Insumos de Mantenim. (Encuesta de Insumos)	56.40	62.06	10.04%	0.2524	2.53%
Gastos Adm (Precios Oficiales)	1,242,439.73	1,382,062.01	11.24%	0.0846	0.95%
			TOTAL	75.68%	0.83%

Cuadro 1. Detalle del ajuste tarifario pretendido, aportado por la recurrente para fundamentar su argumento, visible a folio 1040.

Al respecto, este órgano asesor, procedió a revisar la aplicación del modelo vigente -resolución RJD-120-2012 y su modificación-, en cuanto a lo argumentado y a registrar cronológicamente las fijaciones tarifarias de la ruta 544 -ver sección de Antecedentes-. Esto llevó a revisar las fijaciones tarifarias de la ruta 544, identificándose que el último ajuste tarifario fue otorgado mediante la resolución 10-RIT-2014, tal como lo afirmó la recurrente a folio 1039; este ajuste fue de carácter ordinario.

En este caso particular, dado que la resolución 010-RIT-2014, publicada en La Gaceta el 20 de febrero de 2014, corresponde a la última fijación, de carácter ordinaria, para la ruta 544, y fue previa a la fijación extraordinaria inmediata anterior (resolución 034-RIT-2015) a la resolución recurrida; en apego al numeral 2.10.b.b del modelo vigente -resolución RJD-120-2012 y su modificación- corresponde aplicar la variación relativa en los costos sujetos a ajuste extraordinario según la formulación general descrita en la sección 2.2 de dicho modelo.

La anterior disposición, es visible en el siguiente extracto del “Modelo de Ajuste Extraordinario para el Servicio de Transporte Público Remunerado de Personas Modalidad Autobús”:

“2.10 Aplicación del modelo

(...)

b. Aplicación general

Toda aplicación de este modelo, incluyendo la primera, se regirá por las siguientes reglas:

a. El proceso para aplicar los ajustes en tarifas de autobuses originados en este modelo extraordinario se ejecutará semestralmente (...). A tal efecto, se evaluará el comportamiento de las variables seleccionadas: combustible, salarios, insumos de mantenimiento y gastos administrativos. La variación relativa del costo registrada para estos rubros se aplicará proporcionalmente sobre la totalidad de los costos. (...)

b. Para aquellas rutas que hayan recibido un ajuste tarifario en una fijación ordinaria posterior a la fijación extraordinaria inmediata anterior, la variación relativa en los costos sujetos al ajuste extraordinario, considerará como valores del período anterior los utilizados a la fecha de la audiencia pública de esa fijación ordinaria e incorporados en el cálculo tarifario, contemplando exclusivamente los rubros de costo incorporados en el presente modelo. En caso contrario se aplicará la variación relativa en los costos sujetos a ajuste extraordinario según la formulación general descrita en la sección 2.3”

En relación con el argumento supra citado, se procedió a evaluar si lo actuado se ajusta al “Modelo de Ajuste Extraordinario para el Servicio de Transporte Público Remunerado de Personas Modalidad Autobús”. Así las cosas, de acuerdo con la sección 2.3 indicada, se identificó que la variación relativa en los costos sujetos a ajuste extraordinario (I) que se dispone en el modelo vigente, para determinar el ajuste porcentual a efectuar en cada semestre, se expresa de la siguiente forma:

$$I = \left(\frac{PC_1}{PC_0} - 1 \right) * PPC + \left(\frac{SMT_1}{SMT_0} - 1 \right) * PPS + \left(\frac{CIM_1}{CIM_0} - 1 \right) * PPIM + \left(\frac{CGA_1}{CGA_0} - 1 \right) * PPGA$$

De la anterior ecuación, se detalla lo que representan cada una de las variables que la componen:

“Donde:

I: Variación relativa en los costos sujetos ajuste extraordinario para cada tarifa del pliego tarifario.

*PC₁: Precio promedio semestral por litro de diesel, fijado por la ARESEP, determinado como el promedio simple del valor diario de este combustible **durante el semestre inmediato anterior** al de la aplicación del nuevo ajuste semestral.*

*PC₀: Precio por litro de diesel, utilizado **en la fijación tarifaria inmediata anterior**.*

PPC: Peso relativo promedio del combustible.

SMT₁: Salario mínimo decretado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, vigente para el semestre en que se aplicará el nuevo ajuste semestral, definido como el promedio ponderado de las categorías del personal técnico operativo considerados en el modelo de fijación ordinario.

*SMT₀: Salario mínimo decretado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, definido como el promedio ponderado de las categorías del personal técnico operativo considerados en el modelo de fijación ordinario, **utilizado en la fijación tarifaria inmediata anterior**.*

PPS: Peso relativo promedio de los salarios.

CIM₁: Costo total por kilómetro de la canasta de insumos de mantenimiento, calculado con los precios de los insumos obtenidos de la encuesta correspondiente al **último mes del semestre inmediato anterior** al de la aplicación del nuevo ajuste semestral.

CIM₀: Costo total por kilómetro de la canasta de insumos de mantenimiento, calculado con los precios de los insumos que fueron **considerados en la fijación tarifaria inmediata anterior**.

PPIM: Peso relativo promedio de los insumos de mantenimiento.

CGA₁: Costo total de gastos administrativos, calculado con los valores vigentes a la fecha de inicio del semestre en que se aplicará el nuevo ajuste semestral.

CGA₀: Costo total de gastos administrativos, calculado **con los valores que fueron considerados en la fijación tarifaria inmediata anterior**.

PPGA: Peso relativo promedio de los gastos administrativos.

1: Período actual de aplicación.

0: Período anterior. (...) (El destacado no es del original)

De esta forma, se logra identificar que la “variación relativa en los costos sujetos ajuste extraordinario para cada tarifa del pliego tarifario” (I) se debe calcular para las variables PC_0 , SMT_0 , CIM_0 , CGA_0 : empleando los valores considerados “en la fijación tarifaria inmediata anterior”, es decir para el caso que nos ocupa, son los de la resolución 034-RIT-2015, y para las variables PC_1 , SMT_1 , CIM_1 , CGA_1 : empleando los valores “actuales” al momento de hacer los cálculos que resultan en la resolución 131-RIT-2015.

En consecuencia de lo analizado previamente, la variación de los costos de operación reconocidos debió hacerse entre los valores empleados en las resoluciones 034-RIT-2015 y 131-RIT-2015, tal como ocurrió en esta oportunidad.

Consecuentemente, este órgano asesor comparte lo resuelto mediante la resolución que resolvió el recurso de revocatoria -RIT-011-2017-, a folios 1462 al 1465:

“(…)

Respecto a comparar los costos de operación de la resolución 010-RIT-2014 con los establecidos en la resolución 131-RIT-2015, es importante indicar que la metodología de ajuste extraordinario para el servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, aprobada mediante resolución RJD-120-2012, del 5 de noviembre de 2012, publicada en el Alcance Digital Nº 174 de La Gaceta Nº214 del 6 de noviembre de 2012, establece que la variación en los costos para determinar el ajuste tarifario, se realiza entre la

fijación tarifaria en estudio y la fijación tarifaria inmediata anterior; se extrae lo siguiente de dicha resolución:

“(…)

En virtud de lo indicado en la citada resolución, no es correcto comparar los costos del combustible, salarios, insumos de mantenimiento y gastos administrativos utilizados en la resolución 131-RIT-2015 con los costos de estos rubros utilizados en la resolución 010-RIT-2014, ya que ésta no corresponde a la fijación tarifaria inmediata anterior; lo correcto es comparar dichos costos con la resolución 034-RIT-2015.

(…)

Por lo indicado anteriormente, para el cálculo del ajuste tarifario nacional de autobuses correspondiente al segundo semestre del 2015, las variaciones en los costos del combustible, salarios, insumos de mantenimiento y gastos administrativos, se deben de calcular con base en el valor de estos rubros utilizados en la última fijación extraordinaria inmediata anterior, sea ésta la dictada mediante la resolución 034-RIT-2015 y multiplicarlos por su respectivo peso dentro de la estructura de costos (...)”

En razón de lo anterior, como no corresponde calcular la variación de los costos de operación entre las resoluciones 010-RIT-2014 y 131-RIT-2015, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

- 2. La recurrente indicó que desde la emisión de la resolución 010-RIT-2014, no se le ha concedido ningún ajuste tarifario extraordinario, asignándole tarifas que atentan contra el equilibrio financiero de la empresa, siendo esto contrario a lo ordenado por los artículos 29 y 31 de la Ley 7593.**

Al respecto, luego de la revisión de la sección de Antecedentes de este criterio, se observó que posterior a la emisión de la resolución 010-RIT-2014, se han hecho dos ajustes extraordinarios de tarifa a nivel nacional, mediante las resoluciones 034-RIT-2015 y 131-RIT-2015.

Sobre la resolución 034-RIT-2015, este órgano asesor, revisó el informe técnico que sirvió de base a dicha resolución, oficio 505-IT-2015, del cual se extrae que en dicha oportunidad no se le fijó tarifa a la recurrente porque incumplía con la obligación de tener póliza de seguros (folio 1452, ET-005-2015, archivo “F01452_01452 (ET-005-2015).xlsx”, hoja “Obligaciones”, celda V769).

En esta misma línea, lo resuelto mediante la resolución RIT-011-2017 (que resolvió el recurso de revocatoria), indicó:

“(…)

Por su parte, en la fijación extraordinaria de autobuses del primer semestre del 2015, no se le aplicó el ajuste tarifario de 1,20% definido mediante la resolución 034-RIT-2015 a las tarifas de la ruta 544, por no cumplir el operador con la obligación de contar con las pólizas del INS (folio 1055 del ET-005-2015). Por lo anterior, las tarifas fijadas para la ruta 544 mediante la resolución 034-RIT-2015, se mantuvieron igual a las tarifas establecidas en la resolución 010-RIT-2014 (...)” (folio 1462).

En cuanto a la resolución 131-RIT-2015, es importante tomar nota que esta resolución le fijó tarifa a la recurrente; tal como consta en el folio 1210 (una disminución de 3,9%).

Así las cosas, en relación con lo argumentado, las razones por las que antes de la resolución recurrida, no se le ajustó la tarifa a la recurrente, escapan de ser motivos que sean responsabilidad de la Aresep.

En relación con lo anterior, la recurrente no precisó, ni demostró por qué, al no habersele concedido ajuste tarifario extraordinario desde la emisión de la resolución 010-RIT-2014, la Autoridad Reguladora no actuó conforme a derecho.

Ahora bien, en cuanto a que se le han asignado tarifas que atentan contra el equilibrio financiero de la empresa, la recurrente omitió aportar documentación que fundamente sus argumentos respecto a que las tarifas fijadas se oponen a la garantía del equilibrio financiero que ordena la Ley 7593. Asimismo, se le recuerda a la recurrente que, en caso de considerarlo necesario, puede presentar una solicitud de estudio tarifario ordinario individual, con el fin de que se revise su situación particular (artículo 31 de la Ley 7593).

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

V. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación, interpuesto por Autotransporte Pozo de Agua S.A., contra la resolución 131-RIT-2015, resulta admisible por la forma.*
- 2. Según el modelo vigente, se calcula la variación de los cuatro rubros de costos (salarios, gastos administrativos, combustible e insumos) tomando como base los valores utilizados en la fijación tarifaria extraordinaria inmediata anterior. Excepto en las rutas que hayan recibido un ajuste tarifario, en una fijación ordinaria posterior a la fijación extraordinaria inmediata anterior, lo cual no es este caso.*
- 3. La fijación extraordinaria inmediata anterior a la resolución 131-RIT-2015, es la resolución 034-RIT-2015, excepto para aquellas rutas que hayan recibido un ajuste tarifario, en una fijación ordinaria posterior a la fijación extraordinaria inmediata anterior.*

4. *La recurrente omitió aportar documentación, que fundamente sus argumentos, en cuanto a que se le han asignado tarifas que atentan contra el equilibrio financiero de su representada.*
5. *En la resolución 034-RIT-2015, a la recurrente no se le fijó tarifa, en razón de que incumplía con la obligación de tener póliza de seguros.*
6. *La Ley 7593 faculta a la recurrente a presentar una solicitud de estudio tarifario ordinario individual, con el fin de que se revise su situación particular, en caso de que lo considerarlo necesario.*

[...]"

- 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, interpuesto por Autotransporte Pozo de Agua S.A., contra la resolución 131-RIT-2015. **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 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 370-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 14-26-2017

- I. Declarar sin lugar, el recurso de apelación, interpuesto por Autotransporte Pozo de Agua S.A., contra la resolución 131-RIT-2015.
- 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 Y COMUNÍQUESE.

ARTÍCULO 14. Recurso de apelación y gestión de suspensión del acto administrativo, interpuestos por Autotransportes Palmares JAV S.A., contra la resolución 131-RIT-2015. Expediente ET-073-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 373-DGAJR-2017 del 19 de abril de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de apelación y gestión de suspensión del acto administrativo, interpuestos por Autotransportes Palmares JAV S.A., contra la resolución 131-RIT-2015.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 373-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 5 de noviembre de 2012, mediante la resolución RJD-120-2012, publicada en el Alcance Digital N° 174 a La Gaceta N° 214, del 6 de noviembre de 2012, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), aprobó el "*Modelo de Ajuste Extraordinario para el Servicio de Transporte Público Remunerado de Personas Modalidad Autobús*" (folios 488 al 557, expediente OT-109-2012).
- II. Que el 14 de noviembre de 2012, mediante la resolución RJD-141-2012, publicada en La Gaceta N° 227 del 23 de noviembre de 2012, la Junta Directiva de Aresep, corrigió varios errores materiales contenidos en la resolución RJD-120-2012 (folios 771 al 783, expediente OT-109-2012).
- III. Que el 12 de agosto de 2015, mediante el oficio 1181-IT-2015, la Intendencia de Transporte (IT), solicitó la apertura del expediente tarifario, para el inicio del procedimiento para la aplicación del modelo de fijación extraordinario de tarifas de autobús, correspondiente al segundo semestre de 2015 (folio 1).
- IV. Que el 26 y 27 de agosto de 2015, se publicó la convocatoria a audiencia pública en La Gaceta N° 166 (folio 685) y en los diarios de circulación nacional: La Teja y Diario Extra (folios 686 al 687).
- V. Que el 21 de setiembre de 2015, se realizó la audiencia pública, según consta en el acta N° 83-2015 (folio 719).
- VI. Que el 24 de setiembre de 2015, mediante el oficio 3122-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias (folios 737al 738).
- VII. Que el 21 de octubre de 2015, mediante la resolución 131-RIT-2015, publicada en el Alcance Digital N° 88 a La Gaceta N° 209 del 28 de octubre de 2015, la IT, resolvió el ajuste extraordinario de oficio para las rutas de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, a nivel nacional (folios 1008 y 1143 al 1239).
- VIII. Que el 2 de noviembre de 2015, Autotransportes Palmares JAV S.A., interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de suspensión del acto administrativo, contra la resolución 131-RIT-2015 (folios 1073 al 1079).

- IX.** Que el 7 de febrero de 2017, mediante la resolución RIT-008-2017, la IT, rechazó el recurso de revocatoria y la gestión de suspensión del acto administrativo, interpuesto por Autotransportes Palmares JAV S.A., contra la resolución 131-RIT-2015 (folios 1430 al 1455).
- X.** Que el 8 de febrero de 2017, mediante el oficio 208-IT-2017, la IT, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP (folios 1382 al 1383).
- XI.** Que el 9 de febrero de 2017, mediante el memorando 115-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó, para su análisis, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de apelación y la gestión de suspensión del acto administrativo, interpuestos por Autotransportes Palmares JAV S.A., contra la resolución 131-RIT-2015 (folio 1482).
- XII.** Que el 19 de abril de 2017, mediante el oficio 373-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación y la gestión de suspensión del acto administrativo, interpuestos por Autotransportes Palmares JAV S.A., contra la resolución 131-RIT-2015 (correrá agregado a los autos).
- XIII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 373-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución 131-RIT-2015, es el ordinario de apelación, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos del 342 al 352 de la LGAP.

En relación con la solicitud de suspensión de los efectos del acto, de la resolución 131-RIT-2015, interpuesta por Autotransportes Palmares JAV S.A., es importante indicar que esta se rige por los artículos 136.1.d), 146 al 148 de la LGAP y en forma supletoria, a falta de normativa expresa en la Ley antes mencionada en materia de medidas cautelares, los artículos del 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), de conformidad con el artículo 229 de la LGAP.

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

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

Inclusive, nótese que la procedencia e implementación de una medida cautelar no es ilimitada y que la misma también puede ser rechazada, aunque cumpla con los requisitos señalados, si le impone una “carga indebida” al interés público o a terceras personas, es decir, si por ejemplo, representara un peligro para otras personas, para la gestión sustantiva de una entidad pública determinada, la paralización de la actividad fundamental de la Administración Pública, o bien, la interrupción o suspensión de un servicio público de primera necesidad, para la colectividad en general. Entonces, una medida cautelar, estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del CPCA y deberá entonces, ponderarse la relación entre el posible daño que pueda provocar la actuación de la Administración con la ejecución del acto, en relación con el posible daño que pueda producirse al administrado, en caso de no acogerse la medida cautelar que solicita. En esto consiste precisamente la ponderación de los intereses en juego, de cara a la adopción de la medida cautelar solicitada, lo que la doctrina ha llamado la “bilateralidad del peligro en la demora”.

2. Temporalidad

La resolución recurrida fue publicada en el Alcance Digital N° 88 de La Gaceta N° 209 del 28 de octubre de 2015 (folio 1008) y la impugnación fue planteada el 2 de noviembre de 2015 (folios 1073 al 1079).

Conforme a los artículos 240 inciso 1), 256 inciso 3) y 346 inciso 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 2 de noviembre de 2015.

Del análisis comparativo entre la fecha de publicación 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 de ley.

La resolución 131-RIT-2015 que se pretende suspender, fue publicada en el Alcance Digital N° 88 de La Gaceta N° 209 del 28 de octubre de 2015 y la gestión fue planteada en forma conjunta con el recurso de revocatoria con apelación en subsidio, el 2 de noviembre de 2015.

Si bien es cierto, la interposición de la medida cautelar no se encuentra expresamente regulada en la LGAP, también tenemos que por identidad de causa, participa de las mismas características de su homóloga en sede judicial. De ahí, que no existe un plazo específico al que un destinatario de un acto administrativo, expresado mediante una resolución, esté limitado para solicitar la suspensión de los efectos de aquella, pudiendo interponerla en

cualquier momento durante el proceso, mientras se configuren los presupuestos para su adopción.

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

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que Autotransportes Palmares JAV S.A., es prestador del servicio, por lo que está legitimada para actuar -en la forma en lo que ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 31 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 275 de la LGAP.

4. Representación

El recurso de apelación fue interpuesto por el señor José López Chaves, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de Autotransportes Palmares JAV S.A., representación que se encuentra acreditada dentro del expediente a folios 1078 y 1079.

De conformidad con el análisis realizado, se concluye, que el recurso de apelación y la gestión de suspensión del acto administrativo, resultan admisibles por haber sido interpuestos en tiempo y forma.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

A continuación, se presenta el análisis de los argumentos planteados por la recurrente:

- 1. Solicita la suspensión del acto administrativo contenido en la resolución 131-RIT-2015, en virtud de los daños y perjuicios de difícil reparación, causados con el desplazamiento de la demanda de la ruta N° 202 a la ruta N° 1216, lo que conlleva una total indefensión.***

En tesis de principio, se le indica a la recurrente, que todos los actos administrativos son ejecutables y surten efectos después de ser comunicados (publicación), tal y como sucedió con la resolución recurrida.

No obstante, como medida cautelar de carácter excepcional, temporal, provisional o transitorio, los efectos del acto administrativo pueden ser suspendidos en vía administrativa o judicial, con el fin de evitar perjuicios graves o de imposible reparación al administrado (artículo 148 de la LGAP).

En el caso que nos ocupa, considera este órgano asesor, que la recurrente no fundamentó ni demostró el nexo causal entre la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la ponderación de los daños y perjuicios graves o de imposible o difícil reparación que se le ocasionarían con la ejecución de la resolución recurrida.

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

Al respecto, conviene extraer de la Sentencia N° 378-2009, emitida por el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, de las 08:17 horas del 12 de febrero de 2009, lo siguiente:

“(…)

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

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

Del análisis de los autos no se desprende referencia, ni se aportó prueba idónea alguna por parte de la recurrente, que haga presumir la confluencia de los presupuestos legales para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos solicitados y que son: a) apariencia de buen derecho, b) el peligro en la demora, y c) la ponderación de los daños y perjuicios graves o de imposible o difícil reparación que se le ocasionarían con la ejecución de la resolución recurrida. De las normas supra referidas, se puede inferir que la interposición de los recursos administrativos no tienen efecto suspensivo alguno de la ejecución de los actos administrativos.

En consecuencia, este órgano asesor considera que la gestión de suspensión del acto interpuesta, debe ser rechazada, por la falta de demostración de los daños y perjuicios presuntamente ocasionados, ya que no basta con la sola indicación, por parte de la

recurrente, de que desea la protección cautelar por el supuesto desequilibrio financiero que sufriría por la ejecución de la resolución recurrida, lo que produce irremediablemente que la medida cautelar deba ser rechazada en los términos solicitados.

2. La recurrente manifestó su disconformidad respecto a que, mediante la resolución recurrida, se debió fijar una tarifa superior para la ruta 1216, con respecto a la ruta 202.

La recurrente afirmó, que en este caso no se veló por el principio de protección a la ruta corta (folio 1075), dado que la resolución recurrida fijó la tarifa de la ruta 202 -la cual tiene un recorrido por carrera de 114,6 km- cuarenta colones mayor a la tarifa de la ruta 1216 -la cual tiene un recorrido por carrera de 123 km-, ocasionando lo anterior que "(...) por lógica, habrá un desplazamiento de la demanda de los usuarios de la ruta 202 a la ruta 1216, dado que éste (sic) utilizará el servicio más barato." esto porque ambos servicios tienen como parte de su recorrido la ciudad de Palmares Centro (folio 1074).

Al respecto, la recurrente enfatizó que su disconformidad es "(...) específicamente en cuanto a la fijación realizada para la ruta 1216." (folio 1076) y solicitó "(...)" que se fije una tarifa superior para la ruta 1216, con respecto a la ruta 202, por la cantidad adicional de kilómetros que existe entre una y otra (...)" (folio 1075), particularmente pidió "(...)" que se mantenga en el cuadro tarifario la diferencia porcentual entre las rutas citadas, para que no exista un desplazamiento de la demanda y que la empresa no pierda el control de los ingresos." (folio 1076).

Para abordar el planteamiento de la recurrente, se procede a citar el siguiente extracto de la resolución RJD-120-2012 "Modelo de Ajuste Extraordinario para el Servicio de Transporte Público Remunerado de Personas Modalidad Autobús", en cuanto a su alcance y descripción general:

"1.2. Alcance

El alcance del modelo está delimitado por los siguientes criterios:

- a. Se aplica con periodicidad semestral (i.e. enero-junio y julio-diciembre), iniciando el proceso el primer día hábil de enero y de julio de cada año.*
- b. Se aplica de oficio a todas las rutas que operen en el territorio nacional, con título habilitante vigente para prestar el servicio.*
- c. Se aplica a un subconjunto de los costos totales de operación de las rutas de autobuses, cuyos precios los fijan agentes externos al operador, limitados en este caso a los rubros de combustible, salarios del personal técnico operativo, insumos de mantenimiento y gastos administrativos. Los demás rubros están expresamente excluidos de esta modalidad de ajuste tarifario.*

2. Descripción y formulación general

2.1. Descripción general

El modelo busca determinar el ajuste necesario en las tarifas del servicio de autobús, debido a las variaciones en los rubros de costo originadas en la fijación de precios por parte de agentes externos a la administración del operador. El modelo reconoce cuatro rubros de costos:

1) combustibles, 2) salarios del personal técnico operativo, 3) insumos de mantenimiento y 4) gastos administrativos. El conjunto de estos cuatro rubros constituye un porcentaje de la estructura del costo total considerado en el modelo ordinario de fijación de tarifas para este servicio y excluye elementos tales como la depreciación y la remuneración del capital invertido.

Cada uno de los rubros individuales de costos citados, tiene un peso relativo en la estructura general de costos de la industria. Así, la variación general en el costo de los cuatro rubros originados por agentes externos se obtiene de la suma de las variaciones individuales de los costos asociados a cada rubro, multiplicadas por su peso relativo.

El porcentaje de ajuste general así determinado (positivo o negativo), se multiplica por la tarifa vigente en cada ruta, a fin de obtener el ajuste tarifario en términos absolutos. Este ajuste (positivo o negativo) se suma a la tarifa vigente de cada ruta, a fin de obtener la nueva tarifa.” (OT-109-2012).

De esta forma, se enfatiza que el modelo tarifario vigente al momento del dictado de la resolución recurrida, correspondiente al ajuste extraordinario para el servicio de transporte público remunerado de personas modalidad autobús, se limitó a reconocer la variación de cuatro rubros de costos: combustibles, salarios del personal técnico operativo, insumos de mantenimiento y gastos administrativos.

Al respecto, es de interés el detalle de la operación que consta en la resolución recurrida, donde se observa que para el cálculo del ajuste tarifario nacional de autobuses correspondiente al segundo semestre del 2015, las variaciones en los costos del combustible, salarios, insumos de mantenimiento y gastos administrativos, se calcularon con base en el valor de estos rubros utilizados en la última fijación extraordinaria inmediata anterior, sea ésta la dictada mediante la resolución 034-RIT-2015 y se multiplicaron por su respectivo peso dentro de la estructura de costos, como se detalla en el siguiente cuadro (folios 1146 y 1147):

“

Variable	Valor anterior	Valor actual	Variación relativa de los gastos	Peso en la estructura	Ajuste a la tarifa
Combustible (Promedio Diario del Diésel)	652,30	502,38	-22,98%	0,2079	-4,78%
Salarios (Decreto de Salarios Mínimos) ¹	1.088.189,20	1.098.418,21	0,94%	0,2119	0,20%
Insumos para Mantenimiento ² (Encuesta de Insumos)	61,61	62,06	0,72%	0,2524	0,18%
Gastos Administrativos (Precios Oficiales) ³	1.305.907,55	1.382.062,01	5,83%	0,0846	0,49%
			TOTAL	75,67%	-3,9%

”

Nota: El “valor anterior”, se refiere al utilizado en la resolución 034-RIT-2015

De esta forma, la aplicación de este modelo resultó en un porcentaje de ajuste general de -3,9%, esto es, un decremento tarifario que se aplicó a la tarifa vigente de cada ruta, a fin de obtener el nuevo pliego tarifario.

Ahora, considerando la petitoria de la recurrente, en cuanto a que se fije una tarifa superior para la ruta 1216, con respecto a la ruta 202, a causa de la cantidad adicional de kilómetros que existe entre una y otra, de manera que se mantenga la diferencia porcentual entre dichas rutas; en relación a lo que dispone el “Modelo de Ajuste Extraordinario para el Servicio de Transporte Público Remunerado de Personas Modalidad Autobús”, en cuanto a su alcance y descripción general; de todo lo anterior se abstrae que lo pretendido por la recurrente está fuera de lo que establece dicho modelo y en consecuencia su solicitud es inviable dentro de este trámite tarifario.

De lo anterior se desprende que, para efectos de su aplicación, la herramienta de cálculo vigente para las fijaciones tarifarias extraordinarias para el servicio público de transporte remunerado de personas en la modalidad autobús, no contemplaba la fijación de una tarifa superior para una ruta, con respecto a otra, como consecuencia de la cantidad adicional de kilómetros de recorrido por carrera que pueda existir entre ellas.

Por todo lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

V. 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 suspensión del acto, interpuestos por Autotransportes Palmares JAV S.A., contra la resolución 131-RIT-2015, resultan admisibles, por haber sido presentados en tiempo y forma.*
- 2. La interposición de los recursos no tiene efecto suspensivo alguno de la ejecución de los actos administrativos, de conformidad con el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública.*
- 3. La procedencia e implementación de una medida cautelar estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo.*
- 4. La gestión de suspensión de los efectos del acto administrativo interpuesta, debe ser rechazada, por la falta de demostración de la confluencia de los presupuestos legales (la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación) para el otorgamiento de la medida cautelar, ya que no basta con la sola indicación*

de que desea la protección cautelar sino que debe demostrarse previamente la potencialidad de la necesidad de la misma.

5. *El kilometraje de cada una de las rutas de autobús no es considerado como una de las variables del “Modelo de Ajuste Extraordinario para el Servicio de Transporte Público Remunerado de Personas Modalidad Autobús” (RJD-120-2012, herramienta de cálculo vigente para las fijaciones tarifarias extraordinarias para el servicio público de transporte remunerado de personas en la modalidad autobús).*

[...]

- 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 suspensión de los efectos del acto administrativo, interpuestos por Autotransportes Palmares JAV S.A., contra la resolución 131-RIT-2015. **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 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 373-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 15-26-2017

- I. Declarar sin lugar, el recurso de apelación y la gestión de suspensión de los efectos del acto administrativo, interpuestos por Autotransportes Palmares JAV S.A., contra la resolución 131-RIT-2015.
- 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 Y COMUNÍQUESE.

A las once horas con cuarenta y nueve minutos se retira del salón de sesiones, el señor Daniel Fernández Sánchez.

ARTÍCULO 15. Recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Cámara de Transportistas de San José, contra la resolución RJD-104-2017. Expediente OT-232-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 402-DGAJR-2017 del 26 de abril de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Cámara de Transportistas de San José, contra la resolución RJD-104-2017.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 402-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que mediante las resoluciones RRG-6570-2007, RRG-7635-2007, RRG-8148-2008, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 inciso c) de la Ley 7593 (*previo a la reforma de 2008*), donde se facultaba al Regulador General a resolver las fijaciones tarifarias y de precios, y por ende, a establecer dichos requisitos, así como por medio de las resoluciones RJD-135-2009 (*modificada parcialmente por la resolución RJD-170-2009 del 7 de julio de 2009*) y RJD-136-2009, se establecieron los requisitos de admisibilidad que deben cumplir entre otros, los prestadores del servicio de transporte público remunerado de personas, modalidad autobús.
- II. Que el 30 de octubre de 2014, mediante el acuerdo N° 15-64-2014, adoptado en la sesión ordinaria N° 64-2014, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (*en adelante Aresep*), dispuso: "*Solicitar a la Intendencia de Transporte que, en la sesión del 6 de noviembre de 2014, eleve a conocimiento de esta Junta Directiva una propuesta de análisis de los requisitos de admisibilidad de las solicitudes tarifarias*". (No consta en autos pero fue verificado por este órgano asesor).
- III. Que el 29 de octubre de 2015, mediante el oficio 1573-IT-2015, la Intendencia de Transporte (IT), presentó una propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007 –*Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos*–. (No consta en autos).
- IV. Que el 5 de noviembre de 2015, mediante el acuerdo N° 05-56-2015 de la sesión ordinaria N° 56-2015, la Junta Directiva ordenó, entre otras cosas, someter al trámite de consulta pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007. (Folios 1 y 2).
- V. Que el 24 de noviembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial La Gaceta N° 228, la consulta pública, acerca de la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007. (Folios 3 y 4).

- VI. Que el 25 de febrero de 2016, mediante el acuerdo N° 06-12-2016 de la sesión ordinaria N° 12-2016, y ratificada en la sesión ordinaria 13-2016 del 29 de febrero de 2016, la Junta Directiva, acogió las recomendaciones de la IT, contenidas en el oficio 362-IT-2016. (Folios 21 al 32 y 71 y 72).
- VII. Que el 21 de abril de 2016, la IT, emitió el informe técnico de costo-beneficio, respecto de la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007. (Folios 34 al 45).
- VIII. Que el 21 de abril de 2016, mediante el memorando 671-IT-2016, la IT remitió a la Directora General de la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU), en su carácter de Oficial de Simplificación de Trámites de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007, para su valoración y trámite correspondiente, ante la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC). (Folios 46 al 216).
- IX. Que el 23 de mayo de 2016, mediante el memorando 863-IT-2016, la IT remitió a la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep, documentación para su valoración y trámite correspondiente, ante la Junta Directiva de dicha Autoridad Reguladora y la Dirección de Mejora Regulatoria y Reglamentación Técnica del MEIC. (Folios 221 al 234).
- X. Que el 24 de mayo de 2016, mediante el oficio 2075-DGAU-2016, la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep remitió para consideración de la Junta Directiva, la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007, elaborada por la IT. (Folios 242 al 244).
- XI. Que el 22 de junio de 2016, mediante el oficio 527-DGAJR-2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), emitió criterio, respecto de la propuesta de adición a la resolución RRG-6570-2007. (Folios 245 al 263).
- XII. Que el 21 de julio de 2016, mediante el oficio 1147-IT-2016, la IT remitió a la Oficial de Simplificación de Trámites de la Aresep, la *“Respuesta al oficio 527-DGAJR-2016, Análisis de proyecto de resolución sobre la Adición a la Resolución RRG-6570-2007”*, así como el borrador de resolución con las observaciones indicadas en el criterio 527-DGAJR-2016. (Folios 275 al 288).
- XIII. Que el 27 de julio de 2016, mediante el oficio 2747-DGAU-2016, la DGAU señaló a la Junta Directiva, que no existía contradicción entre lo dispuesto en la metodología tarifaria vigente para el sector transporte, y la propuesta de reforma a la resolución RRG-6570-2007. (Folios 266 al 274).
- XIV. Que el 25 de agosto de 2016, mediante el acuerdo N° 03-45-2016 de la sesión ordinaria N°45-2016, la Junta Directiva, dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

“(…) 3. Solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, evaluar el oficio 2747-DGAU-2016 del 27 de julio 2016, y que determine si la vía propuesta de modificaciones a la resolución RRG-6570-2007, desde el punto de vista legal, es el procedimiento correcto y se eleve un informe sobre el particular, en una próxima oportunidad, para los efectos pertinentes” (puede consultarse en: https://aresep.go.cr/images/Actas_2016/ACTA_45-2016_VERSION_FINAL.pdf).

- XV. Que el 9 de setiembre de 2016, mediante el oficio 642-SJD-2016, la Secretaría de Junta Directiva (SJD) remitió a la DGAJR, lo dispuesto por la Junta Directiva, en el acuerdo N° 03-45-2016 de la sesión ordinaria N° 45-2016. (No consta en autos pero fue verificado por esta Dirección General).
- XVI. Que el 5 de octubre de 2016, mediante el oficio 910-DGAJR-2016, la DGAJR remitió a la SJD, el criterio sobre el oficio 2747-DGAU-2016, así como el análisis del procedimiento seguido en la propuesta de modificaciones a la resolución RRG-6570-2007. (Folios 289 al 313).
- XVII. Que el 1 de marzo de 2017, mediante el informe DMR-DAR-INF-020-17, la Dirección de Mejora Regulatoria del MEIC, concluyó que desde la perspectiva de la mejora regulatoria, la propuesta respecto a la adición a la resolución RRG-6570-2007, cumplía con lo establecido y que se podía continuar con el trámite correspondiente. (Folios 337 al 344).
- XVIII. Que el 28 de marzo de 2017, mediante la resolución RJD-104-2017, publicada en el Alcance Digital N° 79 a La Gaceta N° 70 del 7 de abril de 2017, la Junta Directiva, resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

“I. Adicionar a la resolución denominada “Simplificación de trámites de las solicitudes tarifarias que se presentan ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos”, aprobada por la Junta Directiva (sic) mediante resolución RRG-6570-2007 del 29 de mayo de 2007 y publicada en La Gaceta N° 108 del miércoles 6 de junio de 2007, al “Por Tanto III” a los requisitos de admisibilidad de las peticiones tarifarias propuestas por los prestadores de los servicios públicos de transporte remunerado de personas en la modalidad autobús, el siguiente inciso 3:

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

(...)” (puede consultarse en: https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2017/04/07/ALCA79_07_04_2017.pdf).

- XIX.** Que el 17 de abril de 2017, la Cámara de Transportistas de San José, interpuso recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, contra la resolución RJD-104-2017. (Folios 345 al 356).
- XX.** Que el 18 de abril de 2017, mediante el memorando 316-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la DGAJR, el recurso de reposición y la gestión de nulidad, interpuestos por la Cámara de Transportistas de San José, contra la resolución RJD-104-2017. (Folio 373).
- XXI.** Que el 26 de abril de 2017, mediante el oficio 402-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Cámara de Transportistas de San José, contra la resolución RJD-104-2017. (Correrá agregado a los autos).
- XXII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 402-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-104-2017, es el ordinario de reposición, en los términos que señala el artículo 345 inciso 2) de la LGAP.

Por su parte, la gestión de nulidad, se encuentra establecida en los artículos 158 al 179 de la LGAP.

2. Temporalidad

La resolución recurrida fue publicada en el Alcance Digital N° 79 a La Gaceta N° 70 del 7 de abril de 2017 (puede consultarse en: https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2017/04/07/ALCA79_07_04_2017.pdf), y la impugnación fue planteada el 17 de abril de 2017 (folios 345 al 356).

Conforme al artículo 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de reposición debe interponerse en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que, en principio, vencía el 12 de abril de 2017.

Sin embargo, no es así, en razón del cierre de las instalaciones de Aresep, por motivo de vacaciones institucionales y feriados de ley en la semana del 10 al 14 de abril de 2017, según la resolución RRG-117-2017, dictada por el Regulador General; siendo que las labores fueron retomadas el 17 de abril de 2017.

De esta forma, del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado

por Ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo legal, que vencía el 19 de abril de 2017.

En cuanto a la gestión de nulidad absoluta, contra la resolución RJD-104-2017, se tiene que fue interpuesta dentro del plazo legal.

3. Legitimación

La recurrente, para efectos de su legitimación para impugnar, no demostró el nexo causal, entre lo dispuesto por la resolución recurrida y la afectación en su esfera jurídica o la de sus afiliadas.

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

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

En este sentido, la recurrente no acreditó que represente jurídicamente los intereses de sus afiliadas, por cuanto, revisado el expediente, no se encontró su pacto constitutivo, el cual resulta indispensable o esencial, para tener por acreditado el objeto de su constitución, y por ende, para establecer que están actuando en esta fase de impugnación, en defensa de los intereses de sus afiliadas.

Por su parte, la recurrente tampoco se apersonó al procedimiento como opositora o coadyuvante, que la legitimara según la LGAP, para actuar en la forma en que lo ha hecho.

Además, no consta en autos, mandato o poder alguno, otorgado por las afiliadas de la recurrente, para apersonarse en defensa de sus intereses e impugnar la resolución recurrida.

Finalmente, el artículo 342 de la LGAP, establece que las partes podrán recurrir las resoluciones dentro de un procedimiento administrativo, condición (parte) que la recurrente no ha logrado demostrar dentro de este procedimiento.

En consecuencia, de conformidad con los artículos 275 y 342 de la LGAP, la recurrente, no se encuentra legitimada para actuar en la forma en que lo ha hecho.

4. Representación

El recurso de reposición y la gestión de nulidad absoluta, fueron interpuestos por el señor Alex Álvarez Abrahams, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la Cámara de Transportistas de San José, sin embargo, en autos no consta personería jurídica, que acredite su representación.

De conformidad con el análisis realizado, se concluye, que el recurso de reposición y la gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Cámara de Transportistas de San José, contra

la resolución RJD-104-2017, resultan inadmisibles, por falta de legitimación y de representación, por lo que, se omitirá el análisis de fondo de los argumentos planteados.

III. CONCLUSIÓN

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

Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición y la gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Cámara de Transportistas de San José, contra la resolución RJD-104-2017, resultan inadmisibles, por falta de legitimación y de representación.

[...]"

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Cámara de Transportistas de San José, contra la resolución RJD-104-2017, por falta de legitimación y de representación. **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 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 402-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 16-26-2017

- I. Rechazar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Cámara de Transportistas de San José, contra la resolución RJD-104-2017, por falta de legitimación y de representación.
- 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 Y COMUNÍQUESE.

ARTÍCULO 16. Recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de

Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara Nacional de Transportes, contra la resolución RJD-104-2017. Expediente OT-232-2015.

La Junta Directiva conoce el oficio 428-DGAJR-2017 del 4 de mayo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al Recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara Nacional de Transportes, contra la resolución RJD-104-2017. Expediente OT-232-2015.

La directora **Sonia Muñoz Tuk** manifiesta que, desafortunadamente, no le fue posible analizar el citado recurso, razón por la cual solicita se posponga el conocimiento de este y se agende en la próxima sesión.

Analizado el planteamiento, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 17-26-2017

Posponer, para la próxima sesión ordinaria, el conocimiento del oficio 428-DGAJR-2017 del 4 de mayo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de reposición y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia, la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico y la Asociación Cámara Nacional de Transportes, contra la resolución RJD-104-2017. Expediente OT-232-2015.

ARTÍCULO 17. Recurso de apelación interpuesto por los señores Estarlín Marín Hidalgo, Rocío Vargas González y otros, contra la resolución RIT-013-2017. Expediente ET-079-2016.

La Junta Directiva conoce el oficio 406-DGAJR-2017 del 27 de abril de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por los señores Estarlín Marín Hidalgo, Rocío Vargas González y otros, contra la resolución RIT-013-2017. Expediente ET-079-2016.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 406-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 29 de octubre de 2015, el Tribunal Contencioso Administrativo, mediante la resolución N° 185-2015-VI del expediente judicial N° 13-005835-1027-CA, correspondiente al Proceso de Conocimiento interpuesto por Autotransportes Osa de la Península OMB Ltda. contra la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, indicó en lo que interesa:

“...debe tomar nota la Autoridad Reguladora de la situación irregular en la que se encuentra la empresa Autotransportes Osa de la Península OMB Limitada, en tanto, al menos al momento de presentarse la demanda (y pareciera que es una situación que se mantiene a la fecha de la adopción de este fallo, en tanto no ha sido acreditado lo contrario), no tiene una tarifa oficial para la ruta 644, de la que es prestataria del servicio público remunerado de personas en modalidad autobús desde el año dos mil diez.”

- II. Que el 25 de febrero de 2016, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-035-2016, publicada en el Alcance Digital N° 35 a La Gaceta N° 46 del 7 de marzo de 2016, aprobó la *“Metodología para la fijación ordinaria de Tarifas para el Servicio de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Autobús”*. (Expediente OT-230-2015).
- III. Que el 30 de noviembre de 2016, la Intendencia de Transporte (IT), mediante el oficio 1908-IT-2016, solicitó la apertura del expediente para la fijación tarifaria de oficio, para la ruta 644. (Folio 01).
- IV. Que el 13 y 14 de diciembre de 2016, se publicó la convocatoria a audiencia pública del estudio tarifario de oficio para la ruta 644, en la Gaceta No. 239 y en los diarios de circulación nacional, Diario Extra y La Teja. (Folio 60).
- V. Que el 17 de enero de 2017, se realizó la audiencia pública de fijación tarifaria, según consta en el acta No. 3-2017. (Folios 99 a 113).
- VI. Que el 23 de enero de 2017, mediante el oficio 0191-DGAU-2017, la Dirección General de Atención al Usuario, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias. (Folios 124 a 125).
- VII. El 16 de febrero de 2017, la IT mediante la resolución RIT-013-2017, publicada en el Alcance Digital N° 40 a La Gaceta N° 46 del 22 de febrero de 2017, aprobó el ajuste tarifario para la ruta 644. (Folios 215 a 237).
- VIII. El 22 de febrero de 2017, los señores Estarlín Marín Hidalgo, Rocío Vargas González y otros, mediante correo electrónico, interpusieron recurso de apelación, contra la resolución RIT-013-2017. (Folios 159 a 181).
- IX. El 24 de marzo de 2017, la IT mediante el oficio 445-IT-2017, rindió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), respecto al recurso de apelación interpuesto por los señores Estarlín Marín Hidalgo, Rocío Vargas González y otros, contra la resolución recurrida. (Folios 258 a 263).
- X. El 27 de marzo de 2017, mediante el memorando 270-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGJAR), el recurso de apelación, interpuesto por los recurrentes contra la resolución RIT-013-2017. (Folio 264).
- XI. Que el 27 de abril de 2017, mediante el oficio 406-DGAJR-2017, la DGAJR, rindió el criterio respecto al recurso de apelación interpuesto por los señores Estarlín Marín Hidalgo, Rocío Vargas González y otros, contra la resolución RIT-013-2017. (Correrá agregado a los autos).

- XII. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 406-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

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

2. Temporalidad

*El acto administrativo RIT-013-2017, que impugnaron los recurrentes, les fue notificado el 17 de febrero de 2017 (folios 206 al 210). Por su parte, los recurrentes interpusieron recurso de apelación. El señor Estarlín Marín Hidalgo y otros plantearon el recurso el 22 de febrero de 2017, mediante correo electrónico, a las **dieciséis horas y cincuenta y siete minutos** y la señora Rocío Vargas González de igual forma lo interpone el recurso el 22 de febrero de 2017, mediante correo electrónico, a las **dieciséis horas y cincuenta y seis minutos** (folios 159 al 181).*

Conforme a los artículos 343 y 346 de la LGAP, el citado recurso se debía interponer dentro del plazo de 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente de su notificación, plazo que vencía a las dieciséis horas del 22 de febrero de 2017.

En razón de la hora de presentación de los recursos (16:56 horas y 16:57 horas), es necesario analizar, si se interpusieron dentro del plazo de ley, ya que dichas gestiones ingresaron a la Autoridad Reguladora, cuando ésta se encontraba fuera de la jornada ordinaria, según lo dispone el artículo 19 del “Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, su Órgano Desconcentrado y sus Funcionarios” (RAS), el cual señala:

“La jornada inicia a las 8:00 horas y concluye a las 16:00 horas (...).”

El análisis sobre la fecha y hora de ingreso de los recursos, no es un mero formalismo, que pueda ser pasado por alto por la Administración, por cuanto los artículos 224 y 255 de la LGAP, señalan respectivamente:

“Artículo 224.- Las normas de este libro deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados, pero el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que son absolutas.” (El subrayado no pertenece al original).

“Artículo 255.- Los términos y plazos del procedimiento administrativo obligan tanto a la Administración como a los administrados, en lo que respectivamente les concierne.”

De esta forma, la Administración está obligada a realizar el procedimiento administrativo conforme a los principios de legalidad y de preclusión procesal (artículos 11 y 292 inciso 3 de la LGAP). Por ello, la informalidad no implica que la Administración deba aceptar cualquier petición o gestión por parte de los administrados, que se presente de forma extemporánea.

Además, el artículo 256 inciso 2) de la LGAP, dispone que los plazos para los administrados, serán siempre de días hábiles. Al no encontrarse en la LGAP, una conceptualización del término “hábil”, el artículo 229 inciso 2) de dicha ley, permite la aplicación supletoria de otra norma.

Así las cosas, se encuentra que el artículo 146 del Código Procesal Civil vigente, define implícitamente el término “hábil”, al indicar:

“Cuando este Código fije un plazo de veinticuatro horas, se entiende reducido a las que fueren de despacho el día en que comienza a correr.”

Además, el artículo 147 ibídem, establece:

“En todo plazo, el día de vencimiento se tendrá por concluido en el instante en que, según la ley, deba cerrarse el despacho ordinario del órgano jurisdiccional en donde haya de hacerse la gestión o practicarse la diligencia, pero serán admisibles y válidas las gestiones presentadas y diligencias iniciadas en la hora exacta en que se cierran las oficinas judiciales.”

En efecto, los documentos presentados, posterior a las 16:00 horas, que es la hora de cierre de las oficinas de la ARESEP, se tienen por interpuestos el día hábil siguiente, sobre todo cuando se trata del día de vencimiento de un plazo legal para recurrir (artículo 147 del Código Procesal Civil).

En consecuencia, a partir de la interpretación armónica de los numerales 255, 256 inciso 2) y 346 inciso 1) de la LGAP, y de los artículos 146 y 147 del Código Procesal Civil, se desprende que el plazo de 3 días hábiles otorgado a los recurrentes, para impugnar la resolución aquí recurrida, se encontraba limitado a la hora de cierre de las oficinas de la Autoridad Reguladora, para el tercer día del plazo conferido, sea, a las 16:00 horas del 22 de febrero de 2017.

Por lo que, en razón de que los recursos ingresaron, vía correo electrónico, el mismo 22 de febrero de 2017, pero a las 16:56 y 16:57 horas, es decir, con posterioridad a que la Autoridad Reguladora cerrara sus oficinas, deben tenerse por recibidos, el día hábil siguiente, sea, el 23 de febrero de 2017.

El anterior criterio, encuentra respaldo en el Dictamen C-016-1998 del 22 de enero de 1998, de la Procuraduría General de la República, en el que se señaló:

“(…) A su vez, de conformidad con el artículo 146 y 147 ibídem, el plazo de veinticuatro horas se reduce a las que debe estar abierto el Despacho Administrativo el día en que comienza a correr. Por lo que, el plazo realmente se convierte en un día hábil, el siguiente al de la comunicación del acto y no en varios días hábiles, como resulta de computar las veinticuatro horas como horas hábiles hasta completar el número de veinticuatro.(…)”

Asimismo, la Sala Segunda, mediante la resolución 2015-001310 del 27 de noviembre de 2015, dispuso lo siguiente:

“(…) En aplicación de las normas citadas lo procedente es el rechazo de plano del recurso planteado por la actora, por cuanto el facsímil enviado ese mismo día (14 de agosto de 2015, ver folios 263 a 271), ingresó a las diecisiete horas veintitrés minutos, cuando ya estaba cerrado este despacho (véase folio 272). Cabe indicar que los actos de recibido que se realicen en el facsímil de la Sala, son válidos y eficaces, siempre y cuando ingresen en horas hábiles de atención al público que coinciden con el horario de atención en que permanece abierto el despacho, -de las siete horas treinta minutos hasta las dieciséis horas treinta minutos-.”

En consecuencia, del análisis que precede, se concluye que tanto el recurso de apelación presentado por los señores Estarlín Marín Hidalgo, Rocío Vargas González y otros, fueron interpuestos fuera del plazo legalmente establecido. Ergo, resultan inadmisibles.

En virtud de lo anterior, se omitirá pronunciamiento sobre el fondo de sus argumentos.

Aunado a lo anterior, del recurso de apelación presentado por el señor Marín Hidalgo se desprende a folio 160 que no viene firmado por él, por ello en virtud de lo que dispone el artículo 285 de la LGAP, en cuanto a la ausencia de la firma, dicho recurso debe ser rechazado de plano y archivado.

III. CONCLUSIONES

Conforme el análisis realizado, se concluye que:

- 1. El recurso de apelación, interpuesto por el señor Estarlín Marín Hidalgo contra la resolución RIT-013-2017, resulta inadmisibile por haber sido interpuesto en forma extemporánea, ya que si bien se presentó en el tercer día previsto por ley, el mismo fue enviado por correo electrónico fuera del horario de atención al público de la Autoridad Reguladora y además fue presentado sin firma.*
- 2. El recurso de apelación, interpuesto por la señora Rocío Vargas González y otros, contra la resolución RIT-013-2017, resulta inadmisibile por haber sido interpuesto en forma extemporánea, ya que si bien se presentó en el tercer día previsto por ley, el mismo fue enviado por correo electrónico fuera del horario de atención al público de la Autoridad Reguladora.*

(...)”

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerando precedente y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.** Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación interpuesto por el señor Estarlín Marín Hidalgo, contra la resolución RIT-013-2017, por extemporáneo y archivar el mismo, por falta de firma. **2.** Rechazar por inadmisibles, los recursos de apelación interpuestos por la señora Rocío Vargas González y otros, contra la resolución RIT-013-2017, por extemporáneos. **3.** Agotar la vía administrativa. **4.** Notificar a las partes, la presente resolución. **5.** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 406-DGAJR-2017 de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 18-26-2017

- I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación interpuesto por el señor Estarlín Marín Hidalgo, contra la resolución RIT-013-2017, por extemporáneo y archivar el mismo, por falta de firma.
- II. Rechazar por inadmisibles, los recursos de apelación interpuestos por la señora Rocío Vargas González y otros, contra la resolución RIT-013-2017, por extemporáneos.
- III. Agotar la vía administrativa.
- IV. Notificar a las partes, la presente resolución.
- V. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE y COMUNÍQUESE.

**ARTÍCULO 18. Recurso de apelación interpuesto por Transportes Unidos Alajuelenses S.A.,
contra la resolución 140-RIT-2013. Expediente ET-080-2013.**

La Junta Directiva conoce el oficio 407-DGAJR-2017 del 27 de abril de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por Transportes Unidos Alajuelenses S.A., contra la resolución 140-RIT-2013.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 407-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 5 de noviembre de 2012, la Junta Directiva mediante la resolución RJD-120-2012, aprobó el modelo de ajuste extraordinario para el servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús. Dicha resolución fue publicada en el Alcance Digital N° 174 a La Gaceta N° 214, del 6 de noviembre de 2012 (Expediente OT-109-2012).
- II. Que el 14 de noviembre de 2012, la Junta Directiva de la ARESEP, mediante la resolución RJD-141-2012, publicada en La Gaceta N° 227, del 23 de noviembre de 2012, corrigió errores materiales en la resolución RJD-120-2012 del 5 de noviembre de 2012. (Expediente OT-109-2012).
- III. Que el 1 de julio de 2013, la Intendencia de Transporte (en adelante IT) mediante el memorando 718-IT-2013, inició el procedimiento para la aplicación del modelo de fijación extraordinario de tarifas de autobús, correspondiente al segundo semestre de 2013. (Folio 432).
- IV. Que el 12 de agosto de 2013, se realizó la convocatoria a audiencia pública, la cual se publicó en los diarios: La Nación, Diario Extra y en el diario oficial La Gaceta N° 154 el 13 de agosto de 2013. (Folios del 480 al 482).
- V. Que el 17 de setiembre de 2013, mediante el oficio 2677-DGAU-2013 y el 25 de setiembre de 2013, mediante el oficio 2737-DGAU-2013, la Dirección General de Atención al Usuario, emitió el acta N° 93-2013, donde consta que se llevó a cabo la audiencia pública el día 10 de setiembre de 2013, a fin de exponer la propuesta de la Intendencia de Transporte para el ajuste, extraordinario de oficio, en las tarifas del servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús a nivel nacional. (Folios 829 al 842 y folios 850 al 851).
- VI. Que el 30 de setiembre de 2013, la Dirección General de Atención al Usuario mediante el oficio 2795-DGAU-2013, emitió el "Informe de Oposiciones y Coadyuvancias". (Folios 856 al 861).
- VII. Que el 10 de octubre de 2013, la IT mediante la resolución 140-RIT-2013, resolvió el ajuste extraordinario de oficio para las rutas de transporte público del servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús a nivel nacional. Dicha resolución fue publicada en la Gaceta N°199 del 16 de octubre de 2013. (Folios del 1557 al 1674 y del 941 al 972).
- VIII. Que el 21 de octubre de 2013, Transportes Unidos Alajuelenses S.A. (en adelante TUASA), inconforme con lo resuelto, interpuso vía fax, recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución 140-RIT-2013. (Folios del 1371 al 1386).
- IX. Que el 3 de abril de 2017, la IT mediante la resolución RIT-022-2017, rechazó por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto por TUASA y elevó a conocimiento de la Junta Directiva, el recurso de apelación contra la resolución 140-RIT-2013. (Folios del 4675 al 4685).
- X. Que no consta en autos, que la recurrente haya respondido el emplazamiento conferido.

- XI.** Que el 7 de abril de 2017, la Secretaría de Junta Directiva mediante el memorando 301-SJD-2017, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de apelación interpuesto por TUASA, contra la resolución 140-RIT-2013 (no consta en autos, pero fue verificado por esta Dirección General).
- XII.** Que el 27 de abril de 2017, mediante el oficio 407-DGAJR-2017, la DGAJR, rindió el criterio respecto al recurso de apelación interpuesto por Tuasa, contra la resolución RIT-140-2013 del 10 de octubre de 2013 (correrá agregado a los autos).
- XIII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 407-DGAJR-2017 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 cual se le aplican, las disposiciones contenidas en los artículos del 342 al 352 de la LGAP y sus reformas.

b) TEMPORALIDAD

La resolución recurrida fue publicada en La Gaceta N° 199 del 16 de octubre de 2013 (folio 941 al 972) y la impugnación fue planteada el 21 de octubre de 2013 (folios 1371 al 1386).

Conforme a los artículos 240 inciso 1), 256 inciso 3) y 346 inciso 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 21 de octubre de 2013.

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

c) LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que TUASA, como operadora de las rutas 200, y 1258, está legitimada para impugnar -en la forma en lo que ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 31 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 275 de la LGAP.

d) REPRESENTACIÓN

El señor Marco Vinicio Herrera Alvarado, actúa en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de TUASA, -según consta en la certificación notarial de personería jurídica visible a folio 1386- por lo cual está facultado para actuar en nombre de la empresa recurrente.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

En cuanto al argumento de inconformidad de la recurrente, este órgano asesor procede a realizar las siguientes valoraciones:

Con respecto a este punto, la IT en su resolución 022-RIT-2017 –resolución que resolvió el recurso de revocatoria-, señaló:

“(...)

Consecuentemente es claro que, si bien el acuerdo que emite el CTP y que se plasma en el contrato de concesión es de acatamiento obligatorio del concesionario, sus efectos quedan supeditados al refrendo que emita la ARESEP, de lo contrario el empresario está inhibido de acatar el acuerdo.

Para efectos del cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de todas las entidades, incluidos el CTP, la ARESEP y los concesionarios, hay dos elementos esenciales para la ejecutoriedad del acto administrativo: validez y la eficacia. En el caso de los contratos de concesión, el primero de estos elementos es responsabilidad del CTP y el segundo es responsabilidad de la ARESEP, y hasta que se den esos dos momentos, el concesionario estará facultado para ejecutar el acto aprobado por el CTP y plasmado en un contrato refrendado por la ARESEP.

Cualquier cambio en las condiciones operativas de prestación del servicio, que tenga un impacto sobre las tarifas autorizadas al operador, deberá plasmarse en un contrato o adenda al mismo, que requerirá de refrendo regulador. Mientras ello no ocurra no habrá posibilidad de considerar esos cambios como parte del proceso de fijación tarifaria. Claro está que esto no significa que se estén cuestionando ni revisando los permisos o las autorizaciones firmes que emitidos por otras entidades u órganos como el CTP, sino que se está velando por la aplicación del principio de legalidad que rige las actuaciones de la administración pública, por lo que si un contrato de concesión ha sufrido modificaciones producto de cambios en las condiciones operativas del servicio concesionado, por ejemplo por fusiones con otras rutas, la ARESEP no puede desconocer esa actuación y debe aplicar el proceso de refrendo que la ley le ordena, y hasta que no se refrende el cambio no tiene ningún efecto tarifario.

Respecto al trámite de refrendo del permiso de la ruta 200 descrita como San José-San Joaquín de Flores y viceversa y la ruta 1258 descrita como Alajuela-La Aurora y viceversa, se debe indicar que para la fecha de la resolución del acto administrativo recurrido (140-RIT-2013) el Consejo de Transporte Público no había

enviado para su refrendo a la Aresep, la adenda al contrato donde se incluyeran las rutas antes descritas, en las cuales se estipulaba la fusión de dichos permisos descritos a la ruta 200. Así las cosas, la gestión de la fusión de los permisos descritos a la ruta 200 no se ha completado y la eficacia jurídica no ha operado, y por ende la resolución recurrida no puede, bajo ninguna circunstancia, haber incluido los ramales que conforman la ruta supra citada.

*El título habilitante que ostenta la empresa **TUASA** para efectos tarifarios lo es sobre la ruta 200 descrita como San José-Alajuela por Heredia y viceversa (Autobuses) Ruta 200 descrita como San José-Alajuela por pista y viceversa (Autobuses), ruta 200 BS descrita como San José-Alajuela y viceversa (Busetas) Ruta 200 extensión descrita como Alajuela-Río Segundo-San Juan y viceversa, esto según el artículo 6.8 de la sesión ordinaria 71-2007 celebrada por la Junta Directiva del CTP el 25 de setiembre de (sic) 2007, según se cita a folio 1374 párrafo 5 del expediente administrativo.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, la fusión de los permisos de la ruta **200** descrita como San José-San Joaquín de Flores y viceversa y la ruta **1258** descrita como Alajuela-La Aurora y viceversa a la ruta 200 que les fue autorizada por el CTP, mediante la Sesión Ordinaria 39-2013 del 13 de junio de 2013 en su artículo 7.6, producen cambios en las condiciones operativas del servicio concesionado, por lo que debe presentarse la solicitud de refrendo ante la Aresep.*

(...)” (Folios 4681 a 4682)

Del estudio de los autos, se desprende que, cuando la IT solicitó el informe al CTP de las rutas de autobús a nivel nacional con título habilitante vigente, no incluía a la ruta 1258 como concesionaria o permissionaria, por haberse fusionado con la ruta 200.

En conclusión, tenemos que al momento de realizarse el ajuste tarifario que ahora impugna, no contaba la fusión supra citada, con el refrendo respectivo por parte de la Aresep, tal y como lo establece la resolución RRG-5266-2005 [sic] del 2 de enero de 2006. Ello generó, como bien lo expone la IT en su resolución 022-RIT-2017 a folios 4675 a 4685 –resolución que resolvió el recurso de revocatoria- que la fusión de las rutas supra indicadas, no contaba con el refrendo respectivo que le otorgaba la eficacia jurídica a ese acto – e incluso a la fecha de emisión de este criterio continúa sin el refrendo respectivo-, por lo que no podían considerarse los ramales citados para efectos del ajuste tarifario realizado mediante la resolución recurrida, a pesar de que dichos ramales tuvieran un título habilitante vigente a nombre de la recurrente al momento de realizarse dicho ajuste, ya que como se dijo líneas atrás, la adenda al contrato de concesión en donde se formalizó dicha fusión, debió ser refrendada, de previo, por parte de la Autoridad Reguladora, para ser considerada en el ajuste tarifario.

En consecuencia, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en cuanto a su argumento.

III. CONCLUSIONES

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

- i. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto por TUASA, contra la resolución 140-RIT-2013 resulta admisible, por presentarse en tiempo y forma.*
- ii. En el informe del CTP, sobre las rutas con título habilitante enviado a la Aresep, para ser utilizados en el ajuste tarifario correspondiente al segundo semestre de 2013, no se incluyó el permisos de las ruta 1258, por lo que no se podía otorgar fijación alguna a los ramales de la ruta 200 San José–San Joaquín de Flores y viceversa y la ruta 1258 Alajuela-Aurora y viceversa, los cuales, pasaron a formar parte de la ruta 200.*
- iii. La fusión de las rutas 200 y 1258 con la ruta 200, no puede tener un efecto retroactivo por sí sola, para efectos de considerar los ramales de la ruta 200 San José–San Joaquín de Flores y viceversa y la ruta 1258 Alajuela-Aurora y viceversa en el ajuste tarifario de oficio realizado mediante la resolución recurrida 140-RIT-2013.*
- iv. Al momento de realizarse el ajuste tarifario que se impugna, no contaba la adenda al contrato de concesión, en donde se formalizó la fusión de las rutas 200 y 1258 con la ruta 200, con el refrendo respectivo por parte de la Aresep, tal y como lo establece la resolución RRG-5266-2005 [sic] del 2 de enero de 2006, por lo que dicho acto carecía de la eficacia jurídica respectiva, a pesar de que dichos ramales tuvieran un título habilitante vigente a nombre de la recurrente.*

(...)”

- II.** Que 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 interpuesto por Transportes Unidos Alajuelenses S.A., contra la resolución 140-RIT-2013. **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 26-2017, del 2 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 407-DGAJR-2017 de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 19-26-2017

- I.** Declarar sin lugar, el recurso de apelación interpuesto por Transportes Unidos Alajuelenses S.A., contra la resolución 140-RIT-2013.

- 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 Y COMUNÍQUESE.**ARTÍCULO 19. Recurso de apelación, gestión de nulidad absoluta y gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transvi S.A., contra toda actuación en el expediente y la corrida de la metodología aplicada. Expediente ET-008-2017.**

La Junta Directiva conoce el oficio 433-DGAJR-2017 del 5 de mayo de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de apelación, gestión de nulidad absoluta y gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transvi S.A., contra toda actuación en el expediente y la corrida de la metodología aplicada.

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

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 433-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 25 de febrero de 2016, mediante la resolución RJD-035-2016 la Junta Directiva, aprobó la *"Metodología para Fijación Ordinaria de Tarifas para el Servicio Remunerado de Personas, Modalidad Autobús"*, publicada en el Alcance Digital N° 35, a La Gaceta N° 46 del 7 de marzo de 2016. (Expediente OT-230-2015).
- II. Que el 5 de enero de 2017, mediante el oficio 17-IT-2017, la Intendencia de Transporte (IT), emitió el informe preliminar del estudio tarifario de oficio para la ruta N° 25, descrita como: San José - Calle Blancos - Montelimar - San Antonio y viceversa, operada por la empresa Transvi S.A. (Folios 2 al 13 y 15 al 70).
- III. Que el 6 de febrero de 2017, mediante el oficio 179-IT-2017, la IT, solicitó la apertura del expediente tarifario respectivo. (Folio 1).
- IV. Que el 6 de febrero de 2017, mediante el oficio 180-IT-2017, la IT solicitó a la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU), la convocatoria de audiencia pública, para la fijación tarifaria de oficio para la ruta N° 25, operada por Transvi S.A. (Folio 14).
- V. Que el 16 y 17 de febrero de 2017, se publicó la convocatoria a audiencia pública, en los diarios de circulación nacional: Extra y La Teja, y en La Gaceta N° 35. (Folios 74 al 76).

- VI. Que el 11 de marzo de 2017, el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, notificó a la Aresep, el auto de las 10:50 horas del 8 de marzo de 2017, respecto de la medida cautelar, interpuesta por Transvi S.A., mediante la cual solicitó la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-035-2016. (Folios 789 al 796).
- VII. Que el 22 de marzo de 2017, se realizó la audiencia pública, según consta en el acta N° 20-2017. (Folios 1234 al 1258).
- VIII. Que el 22 de marzo de 2017, mediante la resolución 659-2017, el Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, rechazó la medida cautelar, interpuesta por Transvi S.A., mediante la cual solicitó la suspensión de la aplicación de la resolución RJD-035-2016.
- IX. Que el 27 de marzo de 2017, Transvi S.A., interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, gestión de nulidad absoluta y gestión de suspensión de los efectos del acto, contra toda actuación en el expediente y la corrida de la metodología aplicada. (folios 1174 al 1230).
- X. Que el 27 de marzo de 2017, mediante el oficio 1012-DGAU-2017, la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU), emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias. (Folios 1259 al 1262)
- XI. Que el 21 de abril de 2017, mediante la resolución RIT-027-2017, la IT, rechazó por improcedentes el recurso de revocatoria, la gestión de nulidad absoluta y la gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transvi S.A., en contra del procedimiento administrativo ET-008-2017 y la corrida de la metodología aplicada. (Folios 1381 al 1399).
- XII. Que el 25 de abril de 2017, mediante el oficio 603-IT-2017, la IT, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública. (Folios 1557 al 1560).
- XIII. Que el 25 de abril de 2017, mediante el memorando 335-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de apelación, la gestión de nulidad absoluta y la gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transvi S.A, contra toda actuación en el expediente y la corrida de la metodología aplicada. (Folio 1400).
- XIV. Que el 5 de mayo de 2017, mediante el oficio 433-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación, la gestión de nulidad absoluta y la gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuestos por Transvi S.A, contra toda actuación en el expediente y la corrida de la metodología aplicada. (Correrá agregado a los autos).
- XV. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 433-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA**1. Naturaleza****a) Recurso de apelación y gestión de nulidad:**

Transvi S.A., interpuso recurso de apelación y gestión de nulidad, contra toda actuación en el expediente y la corrida de la metodología aplicada.

Al respecto, debe señalarse, que el artículo 345 de la LGAP, dispone, lo siguiente:

“Artículo 345.-

1. En el procedimiento ordinario cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.

(...)

3. Se considerará como final también el acto de tramitación que suspenda indefinidamente o haga imposible la continuación del procedimiento.” (El subrayado no está en el original)

De esta forma, revisados los autos hasta la fecha de interposición del recurso en análisis, sea el 27 de marzo de 2017, se encuentra que no existe acto susceptible de impugnación (ni siquiera la corrida de la metodología aplicada), por cuanto ninguno de ellos ostenta la condición de acto inicial, de acto que deniegue la comparecencia oral o cualquier prueba, o de acto final (inciso 1 del artículo 345 de la LGAP).

Además, ninguno de ellos es un acto que suspenda indefinidamente o haga imposible la continuación del procedimiento (inciso 3 del artículo 345 de la LGAP).

Debe señalarse, que de conformidad con el artículo 163 inciso 2) de la LGAP, “los vicios propios de los actos preparatorios se impugnan conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio”. De esta forma, todos los actos dictados hasta el 27 de marzo de 2017 (fecha de interposición de las gestiones) son actos de mero trámite sin efectos propios, y no han sido impugnados junto con el acto final (resolución de fijación tarifaria, que a la fecha de interposición de las gestiones aquí conocidas, no se había dictado).

Finalmente, cabe señalar, que mediante el acuerdo N° 09-22-2017 de la sesión ordinaria N° 22-2017 del 2 de mayo de 2017, la Junta Directiva de Aresep, resolvió rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación y la gestión de nulidad; y declarar sin lugar, la gestión de suspensión de los efectos del acto; interpuestos por Transvi S.A., contra los oficios 179-IT-2017, 17-IT-2017, y la convocatoria a audiencia pública.

En consecuencia, el recurso de apelación y la gestión de nulidad, interpuestos por la recurrente, resultan inadmisibles por su naturaleza, de conformidad con el artículo 292 inciso 3) de la LGAP, por lo que, se omite el análisis de los restantes requisitos de forma.

b) Gestión de suspensión de los efectos del acto:

En relación con la solicitud de suspensión de los efectos del acto, de todas las actuaciones realizadas hasta el 27 de marzo de 2017 (fecha de interposición de las gestiones en análisis), incluida la corrida de la metodología aplicada, es importante indicar que esta se rige por los artículos 136.1.d), 146 al 148 de la LGAP y en forma supletoria, a falta de normativa expresa en la Ley antes mencionada en materia de medidas cautelares, los artículos del 19 al 30 del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), de conformidad con el artículo 229 de la LGAP.

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

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

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

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

2. Temporalidad

Las actuaciones que se pretenden suspender, incluida la corrida de la metodología aplicada, no fueron notificadas a Transvi S.A., por ser actos de mero trámite. Por su parte, la gestión fue planteada, el 27 de marzo de 2017.

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

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que Transvi S.A., es operadora de la ruta N° 25 -por lo que está legitimada para actuar en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 31 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 275 de la LGAP.

4. Representación

La gestión de suspensión de los efectos del acto, fue interpuesta por el señor Juan Carlos Soto Vindas, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de Transvi S.A., representación que se encuentra acreditada dentro del expediente a folios 1224 y 1225.

Del análisis expuesto se concluye, que el recurso de apelación y la gestión de nulidad, interpuestos por Transvi S.A., resultan inadmisibles, por su naturaleza, por lo que, se omitirá el análisis de sus argumentos.

En cuanto a la gestión de suspensión de los efectos del acto, se tiene que resulta admisible, por haber sido interpuesta en tiempo y forma.

III. ANÁLISIS POR EL FONDO DE LA GESTIÓN DE SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO

Como medida cautelar de carácter excepcional, temporal, provisional o transitorio, los efectos del acto administrativo pueden ser suspendidos en vía administrativa o judicial, con el fin de evitar perjuicios graves o de imposible reparación al administrado (artículo 148 de la LGAP).

En el caso que nos ocupa, considera este órgano asesor, que la recurrente no fundamentó, ni demostró el nexo causal entre la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y la ponderación de los daños y perjuicios graves o de difícil reparación que se le ocasionarían con la ejecución de la resolución recurrida.

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

Al respecto, conviene extraer de la Sentencia N.º. 378-2009, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, de las 08:17 horas del 12 de febrero de 2009, lo siguiente:

“(…)

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

(…)”

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

Del análisis de los autos no se desprende referencia, que haga presumir la confluencia de los presupuestos legales para el otorgamiento de la medida cautelar en los términos solicitados y que son: a) apariencia de buen derecho, b) el peligro en la demora, y c) la ponderación de los daños y perjuicios graves o de imposible reparación que se le ocasionarían. De las normas supra referidas, se puede inferir que la interposición de los recursos administrativos no tiene efecto suspensivo alguno de la ejecución de los actos administrativos.

En consecuencia, este órgano asesor considera, que la gestión de suspensión de efectos del acto interpuesta, resulta improcedente, por la falta de demostración de la confluencia de los presupuestos legales supra indicados, ya que no basta con la sola indicación, por parte de la recurrente, de que desea la protección cautelar por el supuesto desequilibrio financiero que sufriría, lo que produce que la medida cautelar deba ser rechazada en los términos solicitados.

IV. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación y la gestión de nulidad, interpuestos por Transvi S.A., contra todas las actuaciones realizadas en el procedimiento, hasta el 27 de marzo de 2017 (fecha de interposición del recurso analizado), incluida la corrida de la metodología aplicada, resultan inadmisibles por su naturaleza.*
- 2. Mediante el acuerdo N° 09-22-2017 de la sesión ordinaria N° 22-2017 del 2 de mayo de 2017, la Junta Directiva, resolvió rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación y la gestión de nulidad; y declarar sin lugar, la gestión de suspensión de los efectos del acto el recurso de apelación, interpuestos por Transvi S.A., contra los oficios 179-IT-2017, 17-IT-2017, y la convocatoria a audiencia pública.*
- 3. Desde el punto de vista formal, la gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuesta por Transvi S.A., de todas las actuaciones realizadas en el procedimiento, hasta el 27 de marzo de 2017 (fecha de interposición del recurso analizado), incluida la corrida de la metodología aplicada, resulta admisible por haber sido interpuesta en tiempo y forma.*
- 4. La ejecutoriedad de los actos administrativos válidos y eficaces es una potestad de la Administración Pública, aún en contra de la voluntad o resistencia del administrado.*
- 5. La interposición de los recursos no tiene efecto suspensivo alguno de la ejecución de los actos administrativos, de conformidad con el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública.*
- 6. La procedencia e implementación de una medida cautelar estará limitada siempre a principios de proporcionalidad, razonabilidad e instrumentalidad, según lo establece el artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo.*
- 7. La gestión de suspensión de los efectos del acto interpuesta, resulta improcedente, por la falta de demostración de la confluencia de los presupuestos legales (aparición de buen derecho, peligro en la demora y, la ponderación de los daños y perjuicios graves o de imposible reparación que se le ocasionarían), ya que no basta con la sola indicación, por parte de la recurrente, de que desea la protección cautelar por el supuesto desequilibrio financiero que sufriría, lo que produce que la medida cautelar deba ser rechazada en los términos solicitados.*

[...]

- II.** Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación y la gestión de nulidad, interpuestos por Transvi S.A., contra todas las actuaciones del procedimiento, incluida la corrida de la metodología aplicada, por no cumplir con su naturaleza. **2.-** Declarar sin lugar, la gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuesta por Transvi S.A., de todas las actuaciones del procedimiento, incluida la corrida de la metodología aplicada. **3.-** Agotar la vía administrativa, únicamente en cuanto a todas las actuaciones realizadas en el procedimiento,

hasta el 27 de marzo de 2017 y reiterar el agotamiento de la vía administrativa, en cuanto a los oficios 179-IT-2017, 17-IT-2017, y la convocatoria a audiencia pública. **4.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **6.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.

- III.** Que en la sesión 26-2017, del 26 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 20 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 433-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 20-26-2017

- I.** Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación y la gestión de nulidad, interpuestos por Transvi S.A., contra todas las actuaciones del procedimiento, incluida la corrida de la metodología aplicada, por no cumplir con su naturaleza.
- II.** Declarar sin lugar, la gestión de suspensión de los efectos del acto, interpuesta por Transvi S.A., de todas las actuaciones del procedimiento, incluida la corrida de la metodología aplicada.
- III.** Agotar la vía administrativa, únicamente en cuanto a todas las actuaciones realizadas en el procedimiento, hasta el 27 de marzo de 2017 y reiterar el agotamiento de la vía administrativa, en cuanto a los oficios 179-IT-2017, 17-IT-2017, y la convocatoria a audiencia pública.
- IV.** Notificar a las partes, la presente resolución.
- V.** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ARTÍCULO 20. Exposición del Plan Estratégico Institucional 2017-2022: metas e indicadores.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** plantea que, dado lo avanzado de la hora, posponer para la próxima sesión, el conocimiento de la exposición del Plan Estratégico Institucional 2017-2022: metas e indicadores.

Analizado el planteamiento, lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 21-26-2017

Posponer, para la próxima sesión, la exposición del Plan Estratégico Institucional 2017-2022: metas e indicadores.

A las doce horas con treinta minutos finaliza la sesión.

ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ
Presidente de la Junta Directiva

SONIA MUÑOZ TUK
Directora de la Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva