

# **SESIÓN ORDINARIA**

**N°03-2018**

**23 de enero de 2018**

***San José, Costa Rica***

**SESIÓN ORDINARIA N°03-2018**

Acta de la sesión ordinaria número tres, dos mil dieciocho, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el martes veintitrés de enero de dos mil dieciocho, a partir de las ocho horas y treinta y tres 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, Carol Solano Durán, directora general de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; Herley Sánchez Víquez, asesora del Despacho del Regulador General y Alfredo Cordero Chinchilla, secretario de la Junta Directiva.

**ARTÍCULO 1. Aprobación del Orden del Día.**

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura al orden del día de esta sesión.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** plantea una modificación al Orden del Día, de manera que los asuntos indicados en la agenda como puntos 4.7, 4.8 y 4.9, se conozcan luego de la aprobación de las actas. Dichos asuntos se refieren a los siguientes temas:

- *Solicitud presentada por la Asociación Cámara de Infocomunicación y Tecnología (INFOCOM) en torno a la posición de la Junta Directiva sobre lo concluido por los informes de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. Oficios 903-DGAJR-2017 del 23 de octubre de 2017 y CIT-149-2017 del 23 de setiembre de 2017.*
- *Solicitud de criterio jurídico sobre el Oficio 07949-SUTEL-SCS-2017, del 25 de setiembre de 2017, del secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones relacionado con el oficio 742-RG-2017 suscrito por el Regulador General. Oficio 902-RG-2017 del 3 de noviembre de 2017. (Cumplimiento de acuerdo 03-52-2017).*
- *Criterio jurídico sobre el oficio CIT-0149-2017 del 22 de setiembre de 2017 de la Asociación Cámara de Infocomunicación y Tecnología (Infocom), en torno a lo expuesto por el Regulador General mediante oficio 742-RG-2017. (Cumplimiento de acuerdo 15-53-2017). Oficio 870-RG-2017 del 19 de octubre de 2017.*

El señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

**ACUERDO 01-03-2018**

Aprobar el Orden del Día de esta sesión, con la modificación de trasladar el conocimiento de los asuntos indicados en la agenda como puntos 4.7, 4.8 y 4.9, una vez finalizada la aprobación de las actas. Consecuentemente, el Orden del Día ajustado, a la letra dice:

1. *Aprobación del Orden del Día.*

2. *Aprobación de actas:*

2.1 *Sesión extraordinaria 68-2017, celebrada el 15 de diciembre de 2017*

2.2 Sesión ordinaria 1-2018 celebrada el 16 de enero de 2018.

3. Asuntos resolutivos (I PARTE)

3.1 Solicitud presentada por la Asociación Cámara de Infocomunicación y Tecnología (INFOCOM) en torno a la posición de la Junta Directiva sobre lo concluido por los informes de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. Oficio 903-DGAJR-2017/ 426-DGEE-2017 y la Dirección General de Estrategia y Evaluación. Oficio CIT-179-2017 del 17 de diciembre de 2017.

3.2 Solicitud de criterio jurídico sobre el Oficio 07949-SUTEL-SCS-2017, del 25 de setiembre de 2017, del secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones relacionado con el oficio 742-RG-2017 suscrito por el Regulador General. Oficio 902-RG-2017 del 3 de noviembre de 2017. (Cumplimiento de acuerdo 03-52-2017).

3.3 Criterio jurídico sobre el oficio CIT-0149-2017 del 22 de setiembre de 2017 de la Asociación Cámara de Infocomunicación y Tecnología (Infocom), en torno a lo expuesto por el Regulador General mediante oficio 742-RG-2017. (Cumplimiento de acuerdo 15-53-2017). Oficio 870-RG-2017 del 19 de octubre de 2017.

4 Asuntos de los miembros de la Junta Directiva.

5 Asuntos resolutivos (II PARTE).

5.1 Modificación presupuestaria N°1-2018.

5.2 Criterio legal respecto al contrato administrativo 002-ARESEP-2018, originado en el expediente 2015CD-000050-ARESEP. Oficio 023-DGO-2018 del 18 de enero de 2018.

5.3 Informe final sobre el procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra Servicentro Demer S.A. por el incumplimiento de las condiciones generales del contrato, autorización o permiso para prestar el servicio. Expediente OT-122-2014. Oficios 4572-DGAU-2017 y 4570-DGAU-2017, ambos del 19 de diciembre de 2017.

5.4 Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta interpuestos por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, contra la resolución RIT-046-2017. Expediente ET-028-2017. Oficio 849-DGAJR-2017 del 26 de setiembre de 2017.

5.5 Continuación del análisis del Proceso de Reclutamiento y Selección. Concurso 50-2017 Miembro Consejo de Sutel-Titular periodo 2018-2023.

5.6 Criterio de la Procuraduría General de la República C-302-2017 del 14 de diciembre de 2017, referente a la votación calificada a la luz del artículo 55 de la Ley 7593. (Cumplimiento de acuerdo 05-31-2017). Oficio 560-AI-2017 DEL 18 de diciembre de 2017.

- 5.7 *Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta, contra la resolución RIT-034-2017 así como la gestión de nulidad absoluta del procedimiento, interpuestos por Transportes La Pampa Limitada. Expediente ET-014-2017. Oficio 906-DGAJR-2017 del 23 de octubre de 2017.*
- 5.8 *Recurso de apelación de la empresa 3-101-622925 S.A.; contra la resolución RIE-025-2017 de la Intendencia de Energía. Expediente OT-178-2014. Oficio 914-DGAJR-2017 del 25 de octubre de 2017.*
- 5.9 *Recurso extraordinario de revisión interpuesto por Autotransportes Mario Rojas e Hijos Ltda, contra la resolución RIT-023-2017 de la Intendencia de Transporte. Expediente ET-005-2017. Oficio 920-DGAJR-2017 del 27 de octubre de 2017.*
- 5.10 *Recurso de apelación interpuesto por Pantuqui S. A., contra la resolución RRG-716-2016. Expediente OT-94-2014. Oficio 937-DGAJR-2017 del 1° de noviembre de 2017.*
6. *Correspondencia.*
- 6.1 *Solicitud presentada por el señor Omar Miranda Murillo, Gerente General COOPELESCA respecto de varias interrogantes en torno a una publicación Diario Extra del 28 de diciembre de 2017. Oficio GG-003-2018 del 4 de enero de 2017 (SAU-148). (Trámite: Área funcional Junta Directiva).*
- 6.2 *Copia de recurso de apelación con nulidad concomitante interpuesto por Autotransportes Los Guido S.A., contra la resolución 2050-IT-2017. (SAU-404). (Trámite: se trasladó para análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 028-SJD-2018 del 17 de enero de 2018).*
- 6.3 *Copia de recurso de apelación con nulidad concomitante interpuesto por Autotransportes Desamparados S.A., contra la resolución 2078-IT-2017. (SAU-406). (Trámite: se trasladó para análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 029-SJD-2018 del 17 de enero de 2018).*
- 6.4 *Consulta presentada por la Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustible del Ministerio de Ambiente y Energía, respecto a cómo proceder con la solicitud de una nueva concesión de servicio público para estación de servicio de expendio de combustibles en las instalaciones de la sociedad La Puesta del Sol J&A, S.A. Oficio DGTCC-DL-02-2018 del 11 de enero de 2018. (Trámite: Se trasladó para su valoración al Regulador General, mediante el oficio 016-SJD-2018 del 16 de enero de 2018).*
7. *Asuntos informativos.*
- Comunicación del acuerdo 001-002-2018 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en torno a la votación de los puestos que ocuparán la señora Hannia Vega Barrantes como presidente y el señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez como vicepresidente, ambas designaciones se realizan para un periodo de un año contado a partir del 5 de febrero de 2018. Oficio 00266-SUTEL-SCS-2018 del 15 de enero de 2018.*

**ARTÍCULO 2. Aprobación de actas.**

**2.1 Sesión extraordinaria 68-2017**

Los miembros de la Junta Directiva conocen la propuesta de acta de la sesión extraordinaria 68-2017, celebrada el 15 de diciembre de 2017, la cual se distribuyó con anterioridad entre los miembros de la Junta Directiva, para su revisión.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que se abstiene de votar el acta 68-2017 en vista de que no presidió la sesión en esa oportunidad, ya que se encontraba fuera del país.

Asimismo, la señora **Adriana Garrido Quesada** no vota la citada acta, ya que no participó en esa oportunidad.

Seguidamente el señor **Roberto Jiménez Gómez** la somete a votación y reitera que no la vota.

La señora **Xinia Herrera Durán** manifiesta que ella se encuentra imposibilitada de votar esta acta ya que, en esta sesión su participación es con voz, pero, sin voto, porque el señor Jiménez Gómez está presidiendo la sesión. Además, en este momento, se cuenta con el quórum para darle firmeza a la citada acta.

La señora **Carol Solano Durán** indica que el señor Jiménez Gómez no puede votar el acta de una sesión en la que no estuvo presente; por lo que, en esta oportunidad, la señora Herrera Durán puede sustituir al presidente en vista de que este se abstiene de votarla.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** comenta que le preocupa que quien preside una sesión, no vote el acta, le parece inconveniente más allá de ciertos detalles.

*Por lo anterior, a partir de este momento el señor Roberto Jiménez Gómez se retira del salón de sesiones; en consecuencia, continúa presidiendo la sesión la señora Xinia Herrera Durán, en su calidad de Reguladora General Adjunta.*

La señora **Carol Solano Durán** señala que, cuando en una sesión el Regulador General en su condición de presidente de la Junta Directiva no participa por cualquier circunstancia, la Reguladora General Adjunta asume la presidencia. Posteriormente, cuando se ratifica el acta, el señor Regulador General no podría votarla, porque no presidió la sesión. Así las cosas, la Reguladora General Adjunta puede votar el acta en discusión, ratificándola porque fue la que la presidió.

La señora **Xinia Herrera Durán** consulta si esto es posible, siendo que su participación es con voz, pero, sin voto.

La señora **Carol Solano Durán** responde que sí, en vista de que el señor Roberto Jiménez se abstiene por no haber presidido la sesión; sería únicamente para este acto, para lo cual el señor Jiménez Gómez se retira y la señora Herrera Durán preside la sesión.

La señora **Xinia Herrera Durán** consulta respecto de la norma jurídica en la que la señora Solano Durán sustenta su criterio.

La señora **Carol Solano Durán** explica que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria ha emitido dos criterios por escrito, con base en la Ley General de la Administración Pública y el Reglamento de sesiones de la Aresep. Agrega que, inclusive se le remitió copia de estos a la señora Herrera Durán.

La señora **Xinia Herrera Durán** indica que sólo tiene uno de estos criterios, por lo que va a hacer la consulta a las secretarías del Despacho. También sería conveniente consultarle a la secretaria de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

Seguidamente, la señora **Herrera Durán** externa que va a votar el acta en discusión bajo protesta, porque no comparte el criterio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en el sentido de que el señor Roberto Jiménez Gómez se retire de la sesión en este acto y, posteriormente, se reincorpore. Agrega que, la ley establece que la Reguladora General Adjunta sustituye al Regulador General en sus ausencias. Además, de que no se ocupa de su voto para que el acta adquiera firmeza.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** comenta que, el tema es que la señora Xinia Herrera en esa oportunidad propuso acuerdos adicionales y se votaron, por lo que no ve lógico que no vote el acta.

La señora **Adriana Garrido Quesada** indica que, considera que, ante esta situación, lo que procede es que el Regulador General se abstenga y se retire de la sesión, y la Reguladora General Adjunta, asuma la presidencia.

La señora **Carol Solano Durán** interviene y le informa a la señora Herrera Durán, que los criterios emitidos sobre el fundamento jurídico por el cual la reguladora general adjunta sustituye al regulador general, es sobre el artículo 57 de la Ley 7593 y el artículo 3 del Reglamento de sesiones de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, se remitieron mediante los oficios 1065-DGAJR-2017 y 048-DGAJR-2018, ambos con copia a la señora Herrera Durán.

La señora **Xinia Herrera Durán** confirma que recibió el oficio 1065-DGAJR-2017 y le solicita a la señora Solano Durán, que por favor verifique si el segundo oficio tiene el recibido del Despacho.

Finalizada la discusión sobre la aprobación del acta 68-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve:

### **ACUERDO 02-03-2018**

Aprobar el acta de la sesión extraordinaria 68-2017, celebrada el 15 de diciembre de 2017, con los votos de los directores (as): Xinia Herrera Durán, Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt y Sonia Muñoz Tuk.

## **2.2 Sesión ordinaria 01-2018**

*A partir de este momento se reincorpora a la sesión el señor Roberto Jiménez Gómez y, por tanto, continúa presidiendo la sesión.*

Los miembros de la Junta Directiva conocen la propuesta de acta de la sesión ordinaria 01-2018 celebrada el 16 de enero de 2018, la cual se distribuyó con anterioridad entre los miembros de la Junta Directiva, para su revisión.

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

**ACUERDO 03-03-2018**

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 01-2018, celebrada el 16 de enero de 2018.

**ARTÍCULO 3. Solicitud presentada por la Asociación Cámara de Infocomunicación y Tecnología (INFOCOM) en torno a la posición de la Junta Directiva sobre lo concluido en los informes de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.**

*A las nueve horas y veinte minutos ingresa al salón de sesiones, el señor Luis Daniel Chacón Solórzano, funcionario de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a participar en la presentación de este artículo.*

La Junta Directiva conoce el oficio 903-DGAJR-2017 del 23 de octubre de 2017 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el cual rinde criterio relativo al oficio CIT-149-2017 del 22 de setiembre de 2017, suscrito por la Cámara de Infocomunicación y Tecnología (INFOCOM).

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** explica que el criterio jurídico que va a exponer se refiere al documento presentado por INFOCOM denominado "Protesta por injerencia ilegítima del Regulador General de la Aresep y pérdida de independencia funcional de la Sutel". Dicha protesta se presentó debido a las actuaciones del señor Roberto Jiménez Gómez contenidas en el oficio 742-RG-2017 del 6 de setiembre de 2017, mediante el cual le remitió a la Sutel una serie de observaciones para que fueran valoradas en el tema de la competencia en los mercados relevantes asociados a los servicios móviles.

Dentro de los antecedentes de interés, señala:

- El 16 de agosto de 2017, la Sutel, mediante publicación en La Gaceta N°154, extendió invitación a participar en el proceso de consulta pública relativa a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores", oficio N°05971-SUTEL-DGM-2017.
- El 6 de setiembre de 2017, mediante el oficio 742-RG-2017, el Regulador General remitió a la Sutel, una serie de observaciones, para que fueran valoradas en un tema de vital importancia, como lo es la competencia en los mercados relevantes asociados a los servicios móviles. El señor **Chacón Solórzano** indica que es importante tener claro el contexto de cómo se remitió; es decir, dentro de una consulta pública y era un tema de vital importancia, razón por la cual se solicitó a la Sutel tomar en consideración.

La señora **Solano Durán** explica que, el 18 de agosto de 2017, el señor Gilbert Camacho le remitió un correo electrónico al señor Roberto Jiménez Gómez, mediante el cual le indica que la propuesta a la "Propuesta de definición de los mercados relevantes asociados a los servicios móviles, análisis del

grado de competencia, determinación de los operadores y proveedores importantes en dichos mercados e imposición de obligaciones a dichos operadores y proveedores se está sometiendo al procedimiento de consulta pública, que es por un plazo de 15 días y que finaliza el 6 de setiembre de 2017.

Además, explica que, lo que se remitió a la Sutel no fue un criterio como tal, emitido por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y de la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación, sino que, esto surgió de una manera informal; ya que, la señora Xinia Herrera Durán mediante correo electrónico del 18 de agosto de 2017, le solicitó al señor Marlon Yong Chacón y a su persona, formar una fuerza de tarea para hacer observaciones. Así las cosas, no se emitió un criterio formal, sino que lo que se adjuntó al oficio 742-RG-2017, fueron observaciones a la citada propuesta.

Agrega que, el citado correo del 18 de agosto de 2017, se remite con copia a los señores Roberto Jiménez Gómez y Robert Thomas Harvey y a la señora Heilen Díaz Gutiérrez. Posteriormente, la DGAJR informa que la señorita Adriana Salas Leitón y el señor Luis Daniel Chacón Solórzano son los funcionarios designados para los efectos. Ese mismo día, la señora Herrera Durán le solicita a la DGAJR que se pronuncie, para lo cual se le contestó que se procederá a revisar los documentos y preparar las observaciones.

Además, menciona que el jueves 24 de junio de 2017, hay otro correo de la señora Herrera dirigido al señor Marlon Yong respecto de la estrategia y dice lo siguiente: *“Muchas gracias Marlon por la información (era una minuta de una reunión que se había hecho). Con respecto a la estrategia inicialmente habíamos conversado presentar nuestra posición respondiendo a la consulta pública que realiza la Sutel; sin embargo, este tema sugiero definirlo con el RG una vez que tengamos las observaciones para determinar si es más prudente conversarlo con Sutel o presentar el documento como inicialmente se pensó igual quedaron de hacer otra reunión”*.

La señora **Solano Durán** indica que eso fue lo que sucedió entre el 16 de agosto y el 6 de setiembre de 2017, que es la fecha del oficio 742-RG-2017, que es mediante el cual se le remiten las observaciones a la Sutel.

Ante una consulta de la directora Garrido Quesada, la señora **Carol Solano Durán** explica que, como lo indicó anteriormente, no existe un documento, ya que fue algo informal; el CDR ni la DGAJR emitieron algún oficio y lo que se hizo fue adjuntar las observaciones al oficio 742-RG-2017.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** continúa con la presentación de los antecedentes del caso, e indica que, en el oficio 742-RG-2017, se adjuntan las observaciones realizadas por el grupo de trabajo.

Asimismo, señala los siguientes adicionales:

- El 18 de setiembre de 2017, en sesión ordinaria 67-2017, mediante el acuerdo 004-067-2017, de las 17:45 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, aprobó por unanimidad, la resolución RCS-248-2017, relativa a la “REVISIÓN DEL MERCADO DEL SERVICIO MINORISTA DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES, ANÁLISIS DEL GRADO DE COMPETENCIA EN DICHO MERCADO, DECLARATORIA DEL OPERADOR Y/O OPERADORES IMPORTANTES E IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES”, contenida en el expediente GCO-DGM-MRE-01296-2017, la cual, resolvió entre otras cosas, lo siguiente:

“(…)



1. **DAR** por recibidas y rechazar las observaciones presentadas por los usuarios de telecomunicaciones visibles a folios 54 al 10.418, 10.432 al 10.446 y 10.529 al 10.544.

(...)

6. **DECLARAR** inadmisibles las observaciones presentadas por el Regulador General de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

(...)

12. **DEFINIR** el mercado del “Servicio minorista de telecomunicaciones móviles” como aquel que incluye el servicio de acceso a la red pública de telecomunicaciones móviles, el servicio de llamadas con origen en una ubicación móvil y destino nacional, el servicio de mensajería corta con origen en una ubicación móvil y con destino nacional y el servicio de transferencia de datos a través de redes móviles”.

13. **DECLARAR** que no existe ningún operador o grupo de ellos que tenga poder sustancial en el mercado del servicio minorista de telecomunicaciones móviles.

14. **DECLARAR** que el mercado relevante del servicio minorista de telecomunicaciones móviles se encuentra en competencia efectiva.

15. **ELIMINAR** el “Servicio minorista de telecomunicaciones móviles” de la lista de mercados relevantes sujetos de regulación ex-ante, en los términos de lo definido en los artículos 73 inciso i) y 75 inciso b) de la Ley N° 7593.

(...)

- El 22 de setiembre de 2017, mediante el oficio CIT-0149-2017, la Cámara de Infocomunicación y Tecnología (INFOCOM), presentó ante el Regulador General y ante la señora Contralora General de la República, escrito denominado, “**PROTESTA POR INJERENCIA ILEGÍTIMA DEL REGULADOR GENERAL DE LA ARESEP Y PÉRDIDA FUNCIONAL DE LA SUTEL**”.
- El 27 de setiembre de 2017, mediante correo electrónico de la secretaria del Regulador General, con Instrucciones del Regulador General, se trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el oficio CIT-0149-2017, para su análisis.

El señor **Chacón Solórzano** indica que este antecedente es importante, en vista de que el 22 de setiembre de 2017, la citada Cámara le remitió la protesta al Regulador General y a la Contralora General de la República. Por su parte, el 3 de octubre de 2017 mediante el oficio 11522, de los Gerentes del Área de Fiscalización de Servicios Económicos y del Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura de la Contraloría General de la República, se resolvió, entre otras cosas, tomar nota de la gestión de INFOCOM - CIT-0149-2017-, y archivarla sin trámite alguno, argumentando lo siguiente: “en vista de que las peticiones tal y como se indica están dirigidas al Regulador General, es dicho jerarca el único competente para atenderlas, por lo que se procede a tomar nota de su gestión y archivar sin trámite alguno”.

Seguidamente, el señor Chacón continúa citando los siguientes antecedentes:

- El 10 de octubre de 2017, mediante el oficio 878-DGAJR-2017, la DGAJR, solicitó criterio a la Dirección General de Estrategia y Evaluación (DGEE), con respecto al argumento de la Infocom, relativo al “GASTO DEL CANON DE REGULACIÓN EN ACTIVIDADES AJENAS A LA COMPETENCIA DE ARESEP”.
- El 13 de octubre de 2017, mediante el oficio 426-DGEE-2017, la DGEE, en atención a la solicitud realizada por la DGAJR, indicó expresamente, lo siguiente: *“De acuerdo a lo señalado, el cobro de todos los servicios relacionados con aspectos vinculados directa o indirectamente con la Superintendencia de Telecomunicaciones, se realiza como un cobro de servicio ajeno a la regulación cargado directamente a la SUTEL y por lo tanto en forma independiente del canon de regulación de la actividad Transporte, Agua y Energía.”*
- El 23 de octubre de 2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 903-DGAJR-2017 emitió el criterio jurídico relativo al documento presentado por INFOCOM denominado “Protesta por injerencia ilegítima del Regulador General de la Aresep y pérdida de independencia funcional de la Sutel”.
- El 24 de octubre de 2017, el Regulador General mediante el oficio 877-RG-2017, emitió respuesta a la protesta presentada por INFOCOM en el oficio CIT-0149-2017.
- El 21 de noviembre de 2017, el Regulador General, mediante el oficio 948-RG-2017, le informó al Consejo de la Sutel, la respuesta brindada al oficio de la INFOCOM, CIT-0149-2017.
- El 20 de diciembre de 2017, la INFOCOM, mediante el oficio CIT-179-2017, le realizó una serie de consultas a la Junta Directiva, relativas a las actuaciones del Regulador General, contenidas en el oficio 742-RG-2017.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** explica que, en cuanto al análisis de lo consultado por la INFOCOM, se desprende básicamente cuatro argumentos respecto de las actuaciones del Regulador General en el oficio 742-RG-2017: i) Incompetencia y deber de no injerencia del Regulador General; ii) violación al principio de independencia; iii) gasto del canon de regulación en actividades ajenas a la competencia de la Aresep y iv) deber de recusación del Regulador General y de la Aresep en el tema.

En cuanto la incompetencia y deber de no injerencia del Regulador General, señala que se argumenta que el Regulador General, mediante el oficio 742-RG-2017 se involucra en competencias que son exclusivas de la Sutel. Posteriormente, indica INFOCOM que el Regulador General no podía participar en la consulta pública que se celebró.

Sobre este argumento, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria destaca los siguientes aspectos:

- ✓ La Sutel, es un órgano de desconcentración máxima de la Aresep, encargado de regular, supervisar, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.
- ✓ Con la Sutel, operó por mandato legislativo, una transferencia externa de competencia, atribuida como centro último y definitivo de imputación.

- ✓ En razón de esa desconcentración máxima (artículos 83 y 84 de la LGAP), la Aresep, no puede, con respecto a la Sutel: i) Avocar sus competencias; ii) Revisar o sustituir sus conductas, de oficio o a instancia de parte; iii) Darle órdenes, instrucciones o circulares.

Acota que existe una excepción en lo relativo a las competencias dispuestas por ley para la Aresep.

Agrega que, respecto del análisis del oficio 742-RG-2017, y dentro del mismo argumento de incompetencia y deber de no injerencia del Regulador General, se revisa que la posición contra la propuesta de la Sutel, para definir los mercados relevantes asociados a los servicios móviles. La Sutel, mediante el oficio 05971-SUTEL-DGM-2017, no justificó que existan las condiciones suficientes para asegurar un mercado en competencia efectiva (carece de motivación).

La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, considera que en el oficio 742-RG-2017, el Regulador General no tomó decisión alguna con respecto a la regulación de las telecomunicaciones. La Sutel, fue la que decidió declarar inadmisibles las observaciones presentadas por el Regulador General, de conformidad con sus competencias, tal y como se indicó en el Por Tanto VI de la resolución RCS-248-2017, que fue la que definió, y declaró inadmisibles las posiciones presentadas por el Regulador General, conforme a las competencias exclusivas y excluyentes de la Sutel.

Un aspecto muy importante a mencionar, es que se da dentro de un proceso de consulta pública (art. 12 del Reglamento de acceso e interconexión de redes de Telecomunicaciones, aprobado por esta Junta Directiva), norma que dispone que es una invitación pública para que, quien los desee exponga por escrito sus manifestaciones dentro de un plazo de diez días hábiles; se debe tener claro que son plazos muy cortos para presentar las observaciones, y es en este contexto en el que se dio la posición del Regulador General, en un tema de vital importancia.

La señora **Carol Solano Durán** agrega que, es importante recordar que el Reglamento de acceso e interconexión de redes de Telecomunicaciones fue aprobado por esta Junta Directiva, en el ejercicio de las competencias que le da la Ley General de Telecomunicaciones. Según lo mencionó el señor Solórzano, es muy claro el artículo 12 citado, el cual lo que pretende es garantizar la participación ciudadana y no limita quién presentar una posición dentro de ese proceso, es totalmente abierto a quien esté interesado en el tema, como garantía que es del derecho de participación ciudadana constitucional.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** indica que muy importante delimitar si lo que se remitió fue un oficio de institución a institución o fue una oposición a la consulta pública que se realizó.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** explica que fue dentro de la consulta pública y se hizo en el plazo establecido en el artículo 12 del Reglamento de acceso e interconexión de redes de Telecomunicaciones; es decir, conforme a ese mecanismo de participación ciudadana, lo cual es un derecho constitucional; por lo tanto, todos los ciudadanos puedan participar en la toma de decisiones de la Administración Pública.

El señor **Edgar Gutiérrez López** señala que se debe hacer la diferencia cuando se habla de ciudadanos en relación con instituciones, porque es claro que en materia de competencias y cuando hay una relación de desconcentración como es el caso de la Sutel, está relacionado con facultades de la Junta Directiva y no del Regulador General. En ningún caso se puede sacar una competencia del Regulador General para intervenir en actuaciones de la Sutel; hubiera sido válido si se hubiera amparado a un acuerdo de la Junta Directiva.

La señora **Carol Solano Durán** indica que cierto lo manifestado por el director Gutiérrez López; sin embargo, la misma Cámara de Infocomunicación y Tecnología reconoce que ni la misma Junta Directiva ni el Regulador General tienen competencia específica en el tema de mercados relevantes, es una de las competencias que la ley le dio y le desconcentró a la Sutel, sobre la cual, si en determinado momento alguien presentara un recurso, esta Junta Directiva no podría resolverlo, en vista de que no tiene competencia, ya que no es materia tarifaria, de cánones ni tarifas.

Agrega que no fue una actuación de conformidad con las potestades que le da la ley a la Junta Directiva, es una participación dentro de una consulta pública, de hecho, el documento que se adjunta al oficio 742-RG-2017, no es un documento formal de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria o de la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación; sino que es de una fuerza de tarea, conformada por funcionarios de esas direcciones.

El señor **Edgar Gutiérrez López** señala que, si se interviene en la consulta pública como Regulador General, se está haciendo como parte de la institución, y esta no tiene competencias. Agrega que sí podía hacerlo a modo personal.

La señora **Carol Solano Durán** manifiesta que, lo que la Aresep no puede hacer es darle órdenes a la Sutel en materia desconcentrada, como es la que nos ocupa y que se desprende del oficio 742-RG-2017, que se remitieron observaciones para valoración del Consejo de la Sutel, con el fin último de que las decisiones de Sutel, quedaran bien fundamentadas.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** explica que, lo que se remitió fue un análisis técnico para valoración del Consejo de la Sutel. Agrega que había plazos muy limitados y los diferentes sectores le consultaron a la Aresep, porque no entendían el tema de la desconcentración, entonces consultaban por qué la Aresep no emitía criterios; razón por la cual, presentó las observaciones como un aporte, una valoración para que, en el marco de la consulta pública, la Sutel pudiera tomar sus valoraciones y no como una relación jerárquica, sino para un criterio personal con base en criterios técnicos.

La señora **Carol Solano Durán** agrega que en el citado oficio se indica *“que espero sean valoradas para la toma de decisiones en un tema tan vital como lo es la competencia en los mercados relevantes asociados a los servicios móviles”*.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** señala que es importante tener claro el contexto del oficio 742-RG-2017 dentro del proceso de esta consulta pública. La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria lo que analizó es que, dada la relevancia que tiene el tema para la sociedad costarricense en general, la Aresep está comprometida con la regulación de los servicios públicos y en un tema de vital importancia para que se tomen las decisiones; razón por la cual, cuando se analizó el tema, la DGAJR consideró que el Regulador General no irrespetó las competencias desconcentradas y estaba muy claro que, las competencias tal y como lo establece el artículo 83 y 84 de la Ley General de la Administración Pública, no se metió en alguna competencia de la Sutel, razón por la cual, esa Superintendencia dentro de sus competencias exclusivas y excluyentes decide declarar inadmisibles la posición presentada.

El señor **Edgar Gutiérrez López** indica que el Regulador General participó como representante de la Aresep, sin ninguna autorización de la Junta Directiva.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** explica que, según lo establece la Ley 7593 en el artículo 57 incisos 1), 2) y 3) el Regulador General no necesita para estos casos, contar con la autorización de la Junta Directiva para participar en algo que, según el análisis realizado, no está tomando ninguna decisión al respecto, por ende, no está resolviendo.

La señora **Carol Solano Durán** agrega que el Regulador General no está dando ninguna instrucción; no está actuando como un superior jerárquico, ni se está atribuyendo competencias de la Junta Directiva.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** señala que del análisis realizado por la DGAJR en el criterio 903-DGAJR-2017, se determinó que lo que se realizó mediante el citado oficio, fue presentar una serie de observaciones para que la Sutel las valore dentro de las competencias exclusivas y excluyentes que tiene. Además, indica que de una consulta pública en donde se invita a participar a todos los ciudadanos, sería limitar ese derecho constitucional a un Regulador General, que, si bien no tiene competencias, por la misma naturaleza del cargo, podría presentar observaciones.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** comenta que el Regulador General hubiera presentado esas observaciones fuera de la consulta pública.

La señora **Adriana Garrido Quesada** propone continuar con la exposición del tema, ya que son varios elementos los que están presentes; algunos son aspectos que le competen al superior jerárquico del Regulador General y no a la Junta Directiva y, eventualmente puede haber otros aspectos que sí le corresponde específicamente a la Junta Directiva, resolver.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** consulta respecto de la forma en que se recibió el oficio 742-RG-2017, ya que es un detalle importante, porque se indicó como “correspondencia recibida”, o sea, se tramitó como correspondencia, o qué hizo la diferencia que se hubiera emitido un oficio con observaciones a que hubiera sido una oposición en la consulta pública, esto porque el oficio tiene un sello de recibido por parte de la Sutel como si hubiera sido un oficio normal; sin embargo, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria indica que el citado oficio fue presentado en la consulta pública. En la lectura del oficio no se infiere que sea una posición en la consulta.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** consulta cómo canaliza la Sutel ese oficio, ya que se emitió como un documento normal. Infiere de la lectura del oficio, no infiere que sea una oposición y que sea para participar en el procedimiento de la consulta pública; por lo que, le llama la atención que en la Sutel lo hayan canalizado como un planteamiento en la consulta pública, ya que, esto le cambia totalmente el carácter al asunto.

La señora **Carol Solano Durán** explica que la Sutel lo incorporó al expediente de la consulta pública y le dieron respuesta.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** indica que es muy diferente que el Regulador General envíe un oficio que haya sido una oposición dentro de un proceso propiamente dicho; es totalmente diferente. Así las cosas, depende de cómo se haya canalizado en la Sutel y cuáles hayan sido las intenciones de recibirlo e incorporar en el expediente de la consulta pública.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** explica que al oficio 742-RG-2017 se adjuntan las observaciones, que es un informe de análisis, en el cual en los antecedentes se indica lo siguiente: “(...)

*la propuesta se encuentra en consulta pública, la cual inició el 16 de agosto de 2017 y vence el próximo 6 de septiembre de 2017”, por lo que, considera que, a partir de esto, es que se incorpora en el expediente de la consulta pública.*

El señor **Chacón Solórzano** continúa con la exposición, específicamente con el análisis del primer argumento citado por Infocom; es decir, sobre la incompetencia y deber de injerencia del Regulador General. Al respecto, la DGAJR concluyó que, las observaciones remitidas para revisión y valoración de la Sutel, respetaron claramente la independencia de la Sutel, ya que el Regulador General no interfirió en la toma de decisión de la Sutel relativo a la definición de los mercados relevantes de servicios móviles, tal y como se determinó en el Por Tanto VI de la resolución RCS-248-2017; reitera que se dio a partir del principio de transparencia y dentro de parámetros de razonabilidad para que tomaran una decisión motivada y dentro de parámetros de razonabilidad, y con una clara finalidad pública, que es la satisfacción del interés público que es el norte de las administraciones públicas y es el norte que establece el artículo 113 de la Ley General de Administración Pública.

El señor **Edgar Gutiérrez López** consulta cómo se entiende la frase “no interfirió” en relación con el texto de las recomendaciones o las observaciones que remitió el Regulador General; esto porque se podría decir: “no interfirió o intentó intervenir en la toma de decisiones”.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** indica que, no interfirió porque la Sutel tomó la decisión y declaró inadmisibles las observaciones; el hecho de que la Sutel haya entrado a analizarlas, es una cuestión del fondo de esa resolución, pero, de entrada, la Sutel las declaró inadmisibles.

El señor **Edgar Gutiérrez López** comenta que, así las cosas, sí tuvo alguna relación la manifestación, porque obligó a hacer un análisis.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** manifiesta que sí, lo cual se hace dentro de este mecanismo de participación ciudadana y dentro del acceso de todos los ciudadanos a participar en la toma de decisiones públicas, es lo que se entiende claramente del análisis.

Agrega que, si la actuación del Regulador General en el oficio 742-RG-2017 hubiera sido con una instrucción o con una solicitud hacia la Sutel para que esta decidiera en determinado sentido, sí se podría decir que el Regulador General si excedió sus competencias dentro; ya que, estaría interfiriendo en las competencias que son de excepción, las cuales las establece el artículo 57 de la Ley 7593; sin embargo, no es el caso en discusión, porque en el citado oficio, sólo se remiten observaciones para que sean valoradas.

Prosigue con la exposición y se refiere al segundo argumento presentado por Infocom; el cual indica que hay una violación al principio de independencia; por ende, en el análisis que realiza la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, reitera lo que significó en el argumento primero, en cuanto a que no hubo una violación a la independencia de la Sutel, ya que no interfirió en la toma de decisión de la Sutel y esta resolvió con base en sus competencias y no se ejerce ningún tipo de injerencia. La Infocom argumenta que hubo alguna influencia o persuasión en esta decisión; lo cual es evidente no existió; ya que, la Sutel dentro de sus competencias exclusivas, deciden declarar inadmisibles la misma posición del Regulador General.

En cuanto al tercer argumento, mencionan el gasto del canon de regulación a actividades ajenas a la competencia; indicando que las actuaciones del Regulador general dentro del oficio 742-RG-2017 son

contrarias al principio de legalidad y al de probidad. Explica que, de la revisión que hizo la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se indicó que el deber de probidad que está establecido en el artículo 3 de la Ley 8422, que básicamente lo que establece es que “el funcionario público está obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público”, por lo que, tal y como se indicó en el citado oficio, este iba orientado con una clara finalidad pública.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** explica que, lo que realmente hubo fue un interés y una preocupación por analizar algo de lo que estaba comentando la opinión pública, en donde algunos actores cuestionaron qué estaba haciendo la Aresep. Lamentablemente, esto se da en un proceso de consulta pública, con tiempos súper reducidos, en donde incluso los análisis solicitados por la señora Xinia Herrera Durán, a quién se le había asignado esa área, ya los tiempos no daban para ser presentados a la Junta Directiva.

Además, por el deseo de contribuir al análisis riguroso y siendo un tema que podría afectar a la Aresep a futuro, y que en la opinión pública se estaba comentando que la Aresep no hace o que está fuera de esto, se decidió hacerlo con el mayor deseo de ser proactivos y contribuir en algo que es fundamental para el país y que en alguna medida sí está conociendo; como, por ejemplo, los planes estratégicos, pero no se están viendo las acciones estratégicas a seguir. Se cuestiona dónde están los asuntos relevantes, como el que se discute en esta oportunidad, es un tema sustantivo importante; por lo tanto, debe ser discutido en la Aresep, se debe analizar sobre cuál es la organización que debe tener y la reforma legal para no caer en esto, ya que, con esto lo que se está haciendo es que se cuestione si el Regulador General puede o no hacerlo. Así las cosas, entonces que no se haga nada, eso es lo que pretenden algunos, probablemente que esta Junta Directiva y el Regulador General no hagan nada, que dejen de lado todo, que dejen pasar y hacer.

Por lo externado anteriormente, se pregunta si eso es lo que le interesa a la sociedad costarricense, ¿eso debería ser?, ¿es esa la función de un ente regulador y de los funcionarios de la Aresep y de la Administración?, ¿no deberían ser más bien sujetos activos para ese propósito que nos han dado desde el punto de vista legal?, estos aspectos son los que se cuestiona, ya que, si no se puede ni siquiera hacer esas gestiones y remitirlo de manera respetuosa, a manera de sugerencia y recomendación, como un ciudadano más, entonces, qué gestiones se pueden hacer.

La señora **Carol Solano Durán** agrega que, las observaciones van dirigidas precisamente a la falta de fundamentación del acto, aspecto que, tal y como se ha visto en todos los recursos administrativos resueltos por la Junta Directiva, es lo que genera los vicios que en sede judicial pueden traerse abajo una resolución, con las repercusiones que tendrían. Por lo tanto, la motivación del acto es un aspecto importante y fue en ese sentido que se realizaron las observaciones.

La señora **Adriana Garrido Quesada** desea que se precise más ese punto, pues sería importante analizarlo en detalle y dentro del mismo marco de las competencias respectivas, ya que hay una ambigüedad, pues es algo que desde hace mucho tiempo tenía que presentarse en Junta Directiva: todos los diferentes informes que se han hecho sobre las competencias que tiene la Aresep respecto de la Sutel, esto porque la Aresep tiene competencias de revisar los planes estratégicos y los planes anuales operativos de la SUTEL; por lo que se cuestiona si esta revisión es puramente desde el punto de vista administrativo o tiene que ver algo con el contenido. Existe todo un contexto que se debe aclarar, para saber qué debe hacer la Aresep en relación con la Sutel en el marco de desconcentración máxima, pero con las responsabilidades conferidas; ese aspecto se debe tener claro y no es sólo por el

hecho de que el Regulador General haya remitido el oficio en cuestión, sino porque se dediquen recursos de la Aresep a supervisar lo sustantivo, a dar alguna opinión o revisar lo sustantivo de la Sutel.

Agrega que, si hay algo particular en el Plan Estratégico sustantivo ¿lo único que le corresponde a la Junta Directiva es analizar si hicieron bien un procedimiento administrativo gerencial de planificación, o tiene que ver con la solidez de lo sustantivo, propiamente la materia de fondo? En ese sentido, reitera que es importante que detalle la DGAJR ese punto, el del “gasto de canon de regulación en actividades ajenas de la Aresep” y aclarar lo de las competencias respectivas. Se debe hacerlo lo antes posible; ya que, si la Aresep debe tener más fortaleza en la parte sustantiva de la Sutel para cumplir con su función, también se debería contar con personal estudiando esos aspectos.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** retoma la exposición y se refiere al cuarto argumento de Infocom, el cual es respecto de una solicitud de recusación, tanto del Regulador General como de la Aresep, indican que, en caso de darse cualquier consulta relacionada con la definición de mercados relevantes de servicios móviles, se debe recusar, ya que, consideran que el Regulador General anticipó en consulta pública, el criterio de la Aresep sobre el tema en particular. Al respecto, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria consideró que dicha solicitud carecía de interés actual. Agrega que, del escrito de Infocom se desprende claramente, que entendieron que la definición de mercados relevantes en servicios móviles se trata de una materia que está fuera del alcance de las competencias de la Aresep.

Al respecto, la Aresep les indicó que actualmente no existe consulta o gestión, derivada o relacionada con esta materia, por lo que, a partir de esto, se entiende que carece de interés actual; Infocom tiene claro que no hay forma de que el Regulador General o la Junta Directiva conozcan el tema en alzada, pues no tienen la competencia. Además, no existe algún caso que haya presentado en alzada para solicitar criterio sobre el tema; razón por la cual se consideró que carecía de interés actual, debido a que no existía necesidad de solucionar conflicto.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** consulta cuáles son los temas que esta Junta Directiva conoce de la Sutel.

La señora **Carol Solano Durán** responde que se conocen recursos de apelación contra fijaciones tarifarias, aprobación de cánones, el tema de reglamentos, contribuciones, planes estratégicos y operativos.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** indica que la Junta Directiva también aprueba los reglamentos de la Sutel.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** indica que sí, ya que en varios dictámenes de la Procuraduría y en una reciente sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del año pasado, se indicó que la Sutel, con base en el artículo 73 inciso h) de la Ley 7593, lo que ellos hacen es formular únicamente. En ningún momento, el legislador le dio competencia para que la Sutel emita algún reglamento.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** comenta que, incluso en una comparecencia de la Asamblea Legislativa, algunos diputados indicaban que es la Aresep la que hace todo, o sea, la ley establece tácitamente que la Aresep por conveniencia le ha dado a la Sutel esa facultad, esto porque es el ente técnico para que formulen, pero es la Aresep la que los aprueba.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** señala que hay un proceso contencioso administrativo de la Infocom, en el cual ya se dictó sentencia; en este caso la Aresep indicó que era una instrucción general



y les daba pautas a los operadores. En dicho caso, la Aresep enfrentó un juicio contencioso administrativo, según lo establecido en el artículo 12, inciso 2) del Código Procesal Contencioso Administrativo, obligatoriamente, la Aresep tuvo que defender este caso, a pesar de que se desconocía qué había hecho la Sutel; ya que en ningún momento lo informaron.

La señora **Xinia Herrera Durán** comenta que hay otra consulta pendiente en ese sentido e indica que en una sesión anterior mencionó que la Aresep le trasladó a la Sutel prácticamente toda la formulación de reglamentos; el proceso de audiencia, lo realiza la Sutel, las observaciones las analiza la Sutel; en realidad todo lo termina haciendo la Sutel y después vuelve a esta Junta Directiva sólo el documento final. Agrega que, en esa oportunidad, mencionó que la primera vez que la Aresep emitió los reglamentos, no fue con ese procedimiento; la Junta Directiva fue la que analizó las observaciones de las oposiciones en la audiencia y de ahí se derivaron los reglamentos. Ese es un tema que está pendiente también.

El señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** explica que, con base en lo anterior, así como en el oficio 11522-2017 de la Contraloría General de la República y atendiendo la solicitud que hizo Infocom al Regulador General y que era un tema de competencia del Regulador General, donde se archiva la protesta de la Infocom, ya que la Contraloría General de la República no contaba con las facultades para dirimir eventuales conflictos de competencia; en algún momento se propuso como respuesta al oficio de la Sutel esta recomendación, la cual era que "con fundamento en el oficio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria 903-DGAJR-2017 y el oficio 11522-2017 de la Contraloría General de la República, se archivara la solicitud planteada por el Consejo de la Sutel mediante el oficio 7949-SUTEL- SCS-2017, mismo que esta Junta Directiva va a conocer en el siguiente punto de esta sesión, así como al criterio emitido por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, cuando revisó todas las actuaciones de este asunto y que dicho sea de paso, se determinó que no había ningún exceso en las competencias del Regulador General, motivo por el cual se recomienda archivar la solicitud.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** indica que el oficio de la Contraloría General de la República es en esos términos.

La señora **Carol Solano Durán** manifiesta que efectivamente, la Contraloría General de la República es muy clara al indicar que archiva el caso, en vista de que no les da trámite a las quejas de la Infocom. Además, el ente contralor señala en el citado oficio; que el único competente para atenderlas es el Regulador General.

El señor **Pablo Sauma Fiatt** comenta que es interesante lo que la Dirección General Asesoría Jurídica y Regulatoria subraya; insiste en que el Regulador General es el único jerarca competente para atenderlas y que es lo que responde la Contraloría General de la República; sin embargo, en el mismo párrafo el ente contralor indica: "*este órgano contralor no cuenta con facultades legales que lo habiliten para dirimir eventuales conflictos de competencia como el planteado*"; en lo personal considera que eso es lo que se debe subrayar, no lo anterior.

Seguidamente, el señor **Luis Daniel Chacón Solórzano** se refiere a otra de las recomendaciones alternativas que propone la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la cual es en similar sentido, o sea, que con base en los oficios 903-DGAJR-2017 de esa Dirección y el 11522-2017 de la Contraloría General de la República, se instruya a la Administración para que, en lo sucesivo, las

comunicaciones con el Consejo de la Sutel, se establezcan a través de este órgano colegiado para que no se presenten este tipo de situaciones dentro de una consulta pública.

La señora **Carol Solano Durán** explica que, lo anterior es específicamente en cuanto a la solicitud realizada por Infocom, la cual está agendada como punto 4.7 de esta sesión, para lo cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria tiene una propuesta de respuesta, la cual, si esta Junta Directiva está de acuerdo, expondrá seguidamente.

*A partir de este momento, al ser las diez horas y doce minutos, se retiran del salón de sesiones, el señor Roberto Jiménez Gómez y la señora Xinia Herrera Durán, ya que se abstienen de participar en la resolución de este y siguientes dos artículos; por lo tanto, la Junta Directiva continúa sesionando únicamente con cuatro miembros; consecuentemente, el señor Pablo Sauma Fiatt preside la sesión, en su carácter de presidente ad hoc, conforme a lo dispuesto en el acuerdo 04-01-2018, del acta de la sesión 01-2018, celebrada el 16 de enero de 2018.*

*Se deja constancia que, a las diez horas y quince minutos se retiran del salón de sesiones los señores (as): Anayansie Herrera Araya, Carol Solano Durán, Herley Sánchez Víquez y Alfredo Cordero Chinchilla; en vista de que los temas siguientes serán discutidos únicamente por los miembros de la Junta Directiva.*

Con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en esta oportunidad, conforme al oficio 903-DGAJR-2017, el señor **Pablo Sauma Fiatt** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

#### **ACUERDO 04-03-2018**

Dar por conocida la exposición de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en torno a la solicitud presentada por la Asociación Cámara de Infocomunicación y Tecnología (INFOCOM) en torno a la posición de la Junta Directiva sobre lo concluido en los informes de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

#### **ARTÍCULO 4. Solicitud de criterio jurídico sobre el oficio 07949-SUTEL-SCS-2017 remitido por el Consejo de la Sutel, relacionado con el oficio 742-RG-2017 suscrito por el Regulador General.**

La Junta Directiva conoce el oficio 902-RG-2017 del 3 de noviembre de 2017, suscrito por el señor Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva, en cumplimiento de acuerdo 03-52-2017, mediante el cual remite el criterio jurídico en torno al oficio 07949-SUTEL-SCS-2017, del 25 de setiembre de 2017, enviado por el secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones relacionado con el oficio 742-RG-2017 suscrito por el Regulador General.

Analizado el asunto, con base en el criterio 902-RG-2017, el señor **Pablo Sauma Fiatt** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme:

#### **CONSIDERANDO**

1. Que el 25 de setiembre de 2017 se recibió en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el oficio 07949-SUTEL-SCS-2017, suscrito por el secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, dirigido al señor Roberto Jiménez Gómez, en su carácter de miembro de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora.
2. Que mediante acuerdo 03-52-2017, tomado en la sesión ordinaria 52-2017, celebrada el 26 de setiembre de 2017 y ratificada el 3 de octubre de 2017, la Junta Directiva resolvió por unanimidad solicitar al señor Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva, que analizara lo expresado en el oficio 07949-SUTEL-SCS-2017 y rindiera criterio jurídico al respecto.
3. Que mediante oficio 902-RG-R021, del 3 de noviembre de 2017, el señor Thomas Harvey rindió el criterio jurídico que se le solicitó. En ese criterio recomendó trasladar al Consejo de Gobierno el oficio 07949-SUTEL-SCS-2017 del 25 de setiembre de 2017, por ser ese órgano el superior jerárquico del Regulador General; así como trasladar el mismo oficio al Regulador General, por ser el superior jerárquico competente para analizar la actuación de las jefaturas de la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación y Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

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

**ACUERDO 05-03-2018**

1. Acoger el criterio jurídico del señor Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva, contenido en el oficio 902-RG-2017 del 3 de noviembre de 2017, en torno a lo expuesto en el oficio 07949-SUTEL-SCS-2017, del 25 de setiembre de 2017, remitido por el secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en relación con el oficio 742-RG-2017 suscrito por el Regulador General.
2. Trasladar al Consejo de Gobierno, por ser el órgano competente, para conocer el oficio 07949-SUTEL-SCS-2017, del 25 de setiembre de 2017, suscrito por el secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones; con el que se le comunicó al Regulador General, el acuerdo 005-067-2017 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, tomado en la sesión ordinaria 067-2017, del 18 de setiembre de 2017.
3. Trasladar al Regulador General, por ser el superior jerárquico competente, el oficio 07949-SUTEL-SCS-2017, del 25 de setiembre de 2017, suscrito por el secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, para conocer la actuación de las jefaturas de la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación y Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria,
4. Dar respuesta al oficio 07949-SUTEL-SCS-2017, del 25 de setiembre de 2017, del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, conforme a los acuerdos tomados en esta oportunidad.
5. Ordenar al secretario de la Junta Directiva que conforme el expediente administrativo del caso, así como realizar cualquier otra gestión que corresponda para cumplir con lo anterior.

**ACUERDO FIRME.**

**ARTÍCULO 5. Criterio jurídico sobre el oficio CIT-0149-2017 suscrito por la Asociación Cámara de Infocomunicación y Tecnología (Infocom), en torno a lo expuesto por el Regulador General mediante el oficio 742-RG-2017.**

La Junta Directiva conoce el oficio 870-RG-2017 del 19 de octubre de 2017, suscrito por el señor Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva, en cumplimiento de acuerdo 15-53-2017, mediante el cual remite el criterio jurídico en torno al oficio CIT-0149-2017 del 22 de setiembre de 2017, de la Asociación Cámara de Infocomunicación y Tecnología (Infocom), en relación con lo expuesto por el Regulador General mediante el oficio 742-RG-2017.

Analizado el asunto, con base en el criterio 870-RG-2017, el señor **Pablo Sauma Fiatt** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes y con carácter de firme:

**CONSIDERANDO**

1. Que el 22 de setiembre de 2017 se recibió en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el oficio CIT-0149-2017, suscrito por el presidente de la Asociación Cámara de Infocomunicaciones y Tecnología (INFOCOM), dirigido al señor Roberto Jiménez Gómez, en su carácter Regulador General y, a la Contralora General de la República.
2. Que mediante acuerdo 15-53-2017, tomado en la sesión ordinaria 53-2017, celebrada el 3 de octubre de 2017, la Junta Directiva resolvió por unanimidad y con carácter de firme, trasladar al señor Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva, el oficio CIT-0149-2017, del 22 de setiembre de 2017, para que elevara a la Junta Directiva el criterio jurídico correspondiente.
3. Que mediante el oficio 870-RG-2017, del 19 de octubre de 2017, el señor Robert Thomas Harvey elevó a la Junta Directiva el criterio jurídico que se le solicitó. En ese criterio, concluyó que lo que interesa a la INFOCOM le fue solicitado al Regulador General y que le corresponde a ese funcionario, si a bien lo tiene, pronunciarse sobre el oficio CIT-0149-2017, del 22 de setiembre de 2017.

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

**ACUERDO 06-03-2018**

1. Acoger el criterio jurídico del señor Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva, contenido en el oficio 870-RG-2017, del 19 de octubre de 2017, en torno al oficio CIT-0149-2017, del 22 de setiembre de 2017, suscrito por el presidente de la Asociación Cámara de Infocomunicaciones y Tecnología (INFOCOM), dirigido al señor Roberto Jiménez Gómez, en su carácter Regulador General y a la Contralora General de la República.

2. Trasladar al Regulador General, el oficio CIT-0149-2017 del 22 de setiembre de 2017, para lo que corresponda.
3. Dar respuesta al oficio CIT-0179-2017, del 17 de diciembre de 2017, suscrito por el presidente de la Asociación Cámara de Infocomunicaciones y Tecnología (INFOCOM), conforme a los acuerdos tomados en esta oportunidad.

**ACUERDO FIRME.**

**ARTÍCULO 6. Asuntos de miembros de la Junta Directiva.**

*A las doce horas y cuarenta y seis minutos se reincorporan a la sesión, los señores (as): Roberto Jiménez Gómez, Xinia Herrera Durán, Anayansie Herrera Araya, Carol Solano Durán, Herley Sánchez Víquez y Alfredo Cordero Chinchilla. Consecuentemente, el señor Roberto Jiménez Gómez continúa presidiendo la sesión.*

La señora **Adriana Garrido Quesada** consulta sobre la reunión que se está coordinando con la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, relativa a los planes de modernización del transporte público.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** comenta que remitió un oficio mediante el cual se les consulta una fecha en la que tengan disponibilidad para llevar a cabo dicha reunión. Agrega que, el día que se firmó el convenio del pago electrónico para el servicio de transporte público, conversó al respecto con el ministro y la viceministra del Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

La señora **Adriana Garrido Quesada** agrega que, como lo había señalado en otra oportunidad, sería conveniente motivar directamente y solicitarle la reunión del Sector Transporte, al Presidente de la República y al Ministro de Obras Públicas y Transportes, donde reside la rectoría respectiva.

**ARTÍCULO 7. Propuesta Modificación presupuestaria N°1-2018.**

*A las doce horas y cincuenta minutos ingresa al salón de sesiones, el señor Ricardo Matarrita Venegas, director de la Dirección General de Estrategia y Evaluación a exponer el tema objeto de este artículo.*

El señor **Ricardo Matarrita Venegas** explica que la modificación presupuestaria N°1-2018, corresponde a una solicitud realizada por el señor Alfredo Cordero Chinchilla, debido a que los recursos son para la Junta Directiva.

El primer paso fue determinar dónde había recursos disponibles, ya que, en la partida 1.04.02.02 Servicios Jurídicos (Servicios Jurídicos para la Junta Directiva), no se había previsto dicho monto. Una vez que se realizó el pago correspondiente al salario escolar, se determinó que existía un remanente en el Programa 1, de aproximadamente ¢80,0 millones. Sin embargo, como aún se tienen compromisos del 2017 previstos a pagar en este año, no se puede disponer de todo el monto. De esta manera, el monto de la solicitud es por ¢45,0 millones y se tomaría del remanente de cada uno de los programas de las diversas áreas.

La señora **Xinia Herrera Durán** consulta por quién fue realizada la solicitud, si hubo una nota y si en la misma se especifica el monto de la modificación, ya que, en el documento tiene, no se indica.

Ante la consulta anterior, el señor **Ricardo Matarrita Venegas** responde que fue realizada por el señor Alfredo Cordero Chinchilla.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** explica que inicialmente se habló de contar con ¢20,0 millones, que era lo que estaba presupuestado para el año anterior. Sin embargo, dado que el pago del salario escolar se realizó recientemente, fue posible obtener la información sobre los diferentes remanentes que se dieron en las áreas por dicho concepto, y poder determinar cuánto se podía sacar. Igualmente, indica que hay aproximadamente ¢80,0 millones; sin embargo, existe otro tema al cual se le tiene que buscar reforzar de recursos, relacionado con las publicaciones que tiene que hacer la Dirección General de Atención al Usuario.

De lo anterior, surge la propuesta de que se asignen ¢45,0 millones a la Secretaría de Junta Directiva y el monto restante, a la Dirección General de Atención al Usuario. Posteriormente, se estudiará si el monto que requiere dicha dirección es mayor.

Agrega que es importante indicar, que la Administración ha dicho y en efecto es fundamental, contar con estos recursos para poder iniciar la contratación de los servicios especializados, con el fin de cumplir con lo dispuesto en el oficio remitido por la Contraloría General de la República.

El señor **Ricardo Matarrita Venegas** agrega que, si son ¢45,0 millones lo que se dispone, harían la modificación para la próxima sesión.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** externa que ¢45,0 millones es muy poco.

La señora **Adriana Garrido Quesada** indica que primero se tiene que contratar a la contraparte técnica del contrato de servicios jurídicos, desconoce cuánto se necesitará, pero considera que dicho monto estaría bien para empezar el proyecto.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** manifiesta que, habían comentado que para la contraparte técnica se estimaban ¢20,0 millones, con el fin de elegir unos buenos términos de referencia y posteriormente, se utilizaría los ¢25,0 millones restantes, mientras se logra obtener recursos adicionales.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Estrategia y Evaluación, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

#### **ACUERDO 07-03-2018**

Dar por conocido lo expuesto por la Dirección General de Estrategia y Evaluación, en torno a la Modificación Presupuestaria 01-SJD-2018, presentada por la Secretaría de Junta Directiva, con el fin de dar contenido presupuestario a la partida 1.04.02.02 Servicios Jurídicos para la Junta Directiva.

*A las doce horas y cincuenta y dos minutos, se retira del salón de sesiones, el señor Ricardo Matarrita Venegas.*

**ARTÍCULO 8. Criterio legal respecto al contrato administrativo 002-ARESEP-2018, originado en el expediente 2015CD-000050-ARESEP.**

La Junta Directiva conoce el oficio 002-DEP-2018 del 12 de enero de 2017, mediante el cual el Departamento de Proveeduría, remite el criterio legal respecto del contrato administrativo 002-ARESEP-2018, originado en el expediente 2015CD-000050-ARESEP.

Asimismo, de conformidad con lo resuelto en el acuerdo 05-01-2018, de la sesión 01-2018, celebrada el 16 de enero de 2018, se conocen los oficios 023-DGO-2018 y 028-DGO-2018 del 18 y 22 de enero de 2018, respectivamente, mediante los cuales la Dirección General de Operaciones se refiere a las modificaciones realizadas al contrato de fideicomiso entre la Aresep y el Banco de Costa Rica.

Analizado el asunto, con base en los oficios 002-DEP-2018, 023-DGO-2018 y 028-DGO-2018, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación.

Los directores (a) Jiménez Gómez, Gutiérrez López, Sauma Fiatt y Muñoz Tuk votan a favor del contrato de fideicomiso inmobiliario, mientras que la directora Garrido Quesada vota en contra por lo que ha manifestado siempre, de que, considera que no fue debidamente analizado el tema de la ubicación del edificio por construir.

La Junta Directiva de conformidad con el artículo 239 y 240 de la Ley General de la Administración Pública, y los artículos 53 y 55 inciso d) de la Ley 7593, resuelve, por mayoría, cuatro votos a uno, y con carácter de firme:

**CONSIDERANDO:**

- I. Que el artículo 53 inciso f) de la Ley 7593, dispone que entre los deberes y atribuciones de la Junta Directiva, se encuentra *“Aprobar los contratos de obras y servicios, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente”*.
- II. Que de conformidad con el artículo 240 de la Ley General de la Administración Pública y el artículo 53 de la Ley 7593, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por el acuerdo 03-26-2017, del acta de la sesión 26-2017, celebrada el 2 de junio de 2017, publicado el 7 de junio de 2017 en el Alcance 127 a La Gaceta, dispuso aprobar el “Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos” (RICA).
- III. Que de conformidad con el artículo 20 del Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, 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.
- IV. Que de conformidad con los límites económicos establecidos por la Contraloría General de la República para el año 2018, para el extracto E en el que se ubica la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, límite para licitación pública se estableció en ¢191.100.000,00 (ciento noventa y un millones cien mil colones exactos).

- V. Que el 8 de abril de 2015, por oficios 170-DGO-2015 y 02350-SUTEL-DGO-2015, el entonces Gerente General de ARESEP, actual Director General de Operaciones (DGO) y el Director General de Operaciones de SUTEL, solicitó al Departamento de Proveeduría, la tramitación de la contratación administrativa vía excepción (artículo 2 inciso c de la Ley de Contratación Administrativa -LCA y artículo 130 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa -RLCA), para invitar a concursar al Banco Nacional de Costa Rica (BNCR), Banco de Costa Rica (BCR) y Banco Crédito Agrícola de Cartago (Bancrédito) para la *“Estructuración financiera y constitución de un fideicomiso de obra pública instrumental, para desarrollar todas las fases del proyecto de construcción del edificio que albergará las oficinas de la ARESEP y de la SUTEL, bajo la modalidad llave en mano”*.
- VI. Que el 4 de mayo de 2015, por oficio 389-RG-2015, el Regulador General adoptó la decisión inicial para promover la contratación directa 2015CD-000050-ARESEP: *“Selección de un banco estatal para la constitución de un fideicomiso como instrumento administrativo con el objeto de construir un edificio modalidad llave en mano, que albergue las oficinas de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) y a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL)”*.
- VII. Que el 4 de agosto de 2015, por oficio 692-RG-2015, el Regulador General adjudicó la contratación directa 2015CD-000050-ARESEP al BCR. El acto de adjudicación fue notificado a la adjudicataria el 7 de agosto de 2015.
- VIII. Que el 13 de octubre de 2015 se suscribió, entre el BCR, la ARESEP y SUTEL, el contrato 014-ARESEP-2015, correspondiente a la estructuración financiera, según el numeral 9.1.1.1 del acto de adjudicación.
- IX. Que el 6 de noviembre de 2015, por oficio 612-DGO-2015, se dio la orden de inicio al contrato 014-ARESEP-2015 por parte del Director General de Operaciones, con rige a partir del día hábil siguiente a su notificación.
- X. Que el 15 de julio de 2016, por oficios 372-DGO-2016 y 05051-SUTEL-DGO-2016, se aprobó el informe de estructuración financiera presentado por el BCR, así como el pago correspondiente.
- XI. Que el 25 de octubre de 2016, por oficio 110-RGA-2016, la Reguladora General Adjunta remitió a revisión de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria la propuesta de contrato de fideicomiso entre la ARESEP y el BCR, así como el convenio entre la ARESEP y SUTEL, para la constitución de un condominio y la posterior formalización de ambos. Dicha propuesta fue atendida el 4 de noviembre de 2016 por oficio 1034-DGAJR-2016.
- XII. Que el 7 de diciembre de 2016 se suscribió, entre la SUTEL y la ARESEP el convenio 016-CONVENIO-ARESEP-2016, *“Convenio sobre los derechos y las obligaciones que tendrán las partes por constituir, bajo el régimen de condominio, la edificación donde se albergarán las oficinas administrativas de la ARESEP y de la SUTEL”*, cuyo original fue remitido a custodia a la Dirección de Finanzas.
- XIII. Que el 7 de diciembre de 2016 se suscribió, entre el Banco de Costa Rica y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el contrato 018-ARESEP-2016, *“FIDEICOMISO INMOBILIARIO ARESEP / BCR 2016”*.



- XIV.** Que el 19 de diciembre de 2016, mediante el acuerdo 02-63-2016, tomado en la sesión ordinaria 63-2016, la Junta Directiva de la ARESEP aprobó el contrato 018-ARESEP-2016: *“FIDEICOMISO INMOBILIARIO ARESEP/BCR 2016”*.
- XV.** Que el 22 de marzo de 2017, mediante el oficio N° JD-5762/05, en respuesta de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica (BCCR) a la solicitud de autorización para que la ARESEP pudiera endeudarse en dólares para construir el edificio para albergar las oficinas de la ARESEP y de la SUTEL, se rindió dictamen negativo a la solicitud, señalando como riesgo, el cambiario.
- XVI.** Que el 27 de febrero de 2017, ante el dictamen negativo del BCCR, la ARESEP, mediante el oficio 270-RG-2017, presentó un recurso de reposición y nulidad concomitante contra el acto respectivo, el cual se encuentra pendiente de resolver.
- XVII.** Que el 27 de junio de 2017, mediante el acuerdo No. 03-32-2017, tomado en la sesión ordinaria 32-2017, la Junta Directiva de la ARESEP acordó: *“Dar por conocida la exposición brindada por los funcionarios del Banco de Costa Rica y autorizar a la Administración a ejecutar la estructuración financiera del fideicomiso en colones, de forma que se continúe los trámites necesarios para construir las oficinas administrativas de la Aresep y de la Sutel, en los terrenos propiedad de la institución ubicados en Sabana Sur”*.
- XVIII.** Que el 30 de junio de 2017, en seguimiento a lo indicado en el dictamen del BCCR en el oficio N°JD-5762/05, el BCR presentó formalmente un nuevo informe de *«Diseño y Estructuración Financiera»*, donde la moneda del contrato de fideicomiso sea el colón, de acuerdo a lo solicitado por la ARESEP.
- XIX.** Que el 8 de agosto de 2017, mediante el oficio 637-RG-2017, la ARESEP solicitó a la Dirección de Inversiones del Ministerio de Planificación y Política Económica (MIDEPLAN), la actualización en el sistema DELPHOS, del proyecto de construcción del edificio de la ARESEP y la SUTEL, que fundamentalmente presenta dos diferencias respecto al proyecto original y que incrementaban su costo, esto es, el financiamiento en colones y un aumento en el metraje del edificio, en razón del crecimiento de las necesidades de espacio de la ARESEP y de SUTEL.
- XX.** Que el 23 de octubre de 2017, se informó a la ARESEP por parte de MIDEPLAN, mediante el Sistema DELPHOS, que el proyecto de construcción del edificio para albergar las instalaciones de la ARESEP y la SUTEL había sido actualizado en el sistema DELPHOS de MIDEPLAN.
- XXI.** Que el 23 de octubre de 2017, mediante el oficio 876-RG-2017, la ARESEP solicitó a la Comisión Nacional de Inversión Pública (CONIP), rendir el aval de oportunidad sobre el proyecto de construcción del edificio para albergar las oficinas de la ARESEP y la SUTEL.
- XXII.** Que el 27 de octubre de 2017, por medio del oficio 062-RGA-2017, se solicitó a la Ministra de MIDEPLAN, la autorización para endeudamiento público del proyecto de construcción del edificio para albergar las oficinas de la ARESEP y la SUTEL.
- XXIII.** Que el 15 de noviembre de 2017, mediante el oficio CONIP-021-2017 la CONIP, comunicó que en la sesión ordinaria 005-2017, fue otorgado el aval de oportunidad solicitado por la ARESEP.

- XXIV.** Que el 4 de diciembre de 2017, por medio del oficio DM-790-2017, la Ministra de MIDEPLAN, autorizó el endeudamiento público del proyecto de construcción del edificio para albergar las oficinas de la ARESEP y la SUTEL.
- XXV.** Que el 5 de diciembre de 2017, mediante el oficio 979-RG-2017, la ARESEP remitió al BCCR, nueva solicitud de autorización para que la ARESEP pueda endeudarse en colones para construir el edificio que albergará las oficinas de la ARESEP y de la SUTEL, en Sabana Sur.
- XXVI.** Que el 14 de diciembre de 2017, mediante el oficio FIDOP-2017-12-759, el BCR, indicó: “(...) *Por esta razón sugerimos la formalización de un nuevo contrato de Fideicomiso, en el que se incorporen las modificaciones antes indicadas, las cuales serán presentadas ante la Junta Directiva de la Aresep en caso de ser requerido, una vez que se cuente con la revisión definitiva del nuevo contrato a suscribir (sic) que sugerimos suscribir. En razón de lo anterior, el Banco de Costa Rica, esta anuente a rescindir el Contrato 018-ARESEP-2016 y suscribir un (sic) nuevo en los términos antes indicados, sin que esto represente gasto o indemnización alguna para las partes. (...)*”.
- XXVII.** Que el 15 de diciembre de 2017, mediante el oficio 537-DGO-2017, la Dirección General de Operaciones de la ARESEP informó a la Junta Directiva sobre a la situación actual del fideicomiso, así como de que se está a la espera de la aprobación del endeudamiento por parte del BCCR, para posteriormente, solicitar el refrendo. Además, indicó que a través de las diferentes sesiones de trabajo y reuniones sostenidas entre el BCR y el equipo de trabajo de ARESEP y SUTEL, se detectaron oportunidades de mejora al contrato de fideicomiso firmado el 19 de diciembre de 2016, según se determina del oficio FIDOP-2017-12-759.
- XXVIII.** Que el 19 de diciembre de 2017, en la sesión ordinaria 69-2017, la Dirección General de Operaciones recomendó a la Junta Directiva de la ARESEP revocar el acuerdo 02-63-2016 tomado en la sesión ordinaria No. 63-2016 del 19 de diciembre de 2016, e instruir a la Dirección General de Operaciones y al Departamento de Proveeduría de la ARESEP a realizar el procedimiento establecido en el RICA y presentar a la brevedad ante la Junta Directiva, para su aprobación, un nuevo de contrato de fideicomiso inmobiliario entre la ARESEP y el BCR. Mediante el acuerdo 05-69-2017, la Junta Directiva de la ARESEP, resolvió revocar el acuerdo 02-63-2016 del acta de la sesión ordinaria 63-2016, del 19 de diciembre de 2016, a efectos de que el Regulador General proceda a rescindir el contrato 018-ARESEP-2016; instruir a la Dirección General de Operaciones y a la Proveeduría de la Aresep a realizar el procedimiento establecido en el Reglamento Interno de Contratación Administrativa, a efectos de presentar a la brevedad ante la Junta Directiva para su aprobación de conformidad con el artículo 55 inciso e) de la Ley 7593, un nuevo de contrato de fideicomiso inmobiliario a suscribir entre la ARESEP y el BCR, así como notificar a la contratista.
- XXIX.** Que el 11 de enero de 2018 se suscribió, entre el Banco de Costa Rica y la Aresep, el contrato 001-ARESEP-2018, contrato de rescisión por mutuo acuerdo (artículo 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa) del contrato 018-ARESEP-2016: “*FIDEICOMISO INMOBILIARIO ARESEP / BCR 2016*”.
- XXX.** Que el 11 de enero de 2018 se suscribió, entre el Banco de Costa Rica y la Aresep, el contrato 002-ARESEP-2018, “*FIDEICOMISO INMOBILIARIO ARESEP / BCR 2018*”.
- XXXI.** Que el 11 de enero de 2018, mediante el oficio 002-DEP-2018, el Departamento de Proveeduría remitió criterio legal a los Miembros de Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios

Públicos, sobre el contrato suscrito por el Banco de Costa Rica y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, del que conviene extraer lo siguiente:

*[...] Salvo mejor criterio de la Junta Directiva, se recomienda:*

1. *Aprobar el contrato de fideicomiso inmobiliario 002-ARESEP-2018, suscrito entre el Banco de Costa Rica y la Aresep. Dicha aprobación se otorga condicionada a que se tomen en el momento oportuno, las previsiones presupuestarias necesarias para ejecutar el contrato y hacerle frente a la contratación hasta su fenecimiento.*
2. *Instruir a la Dirección General de Operaciones, como área solicitante y contraparte institucional, a velar para que el objeto consignado en el contrato, así como su ejecución responda a los proyectos a desarrollar establecidos en los términos de referencia, en el propio contrato de fideicomiso y en el interés público que se pretende tutelar.*
3. *Instruir a la Dirección General de Operaciones a realizar los trámites que correspondan para continuar con los trámites necesarios para la solicitud del refrendo del contrato 002-ARESEP-2018.*
4. *Notificar al Banco de Costa Rica como contratista. [...]*

**XXXII.** Que en la sesión ordinaria 1-2018, celebrada el 16 de enero de 2018, la Junta Directiva conoció el oficio 002-DEP-2018 y solicitó a la Dirección General de Operaciones, presentar a la Junta Directiva, matriz comparativa de los contratos de fideicomiso 018-ARESEP-2016 y 002-ARESEP-2018.

**XXXIII.** Que el 18 y 22 de enero de 2018, mediante los oficios los oficios 023-DGO-2018 y 028-DGO-2018, respectivamente, la Dirección General de Operaciones remitió a la Junta Directiva la matriz comparativa solicitada en la sesión ordinaria 1-2018, en que se refirió a las modificaciones realizadas al contrato de fideicomiso suscrito entre la Aresep y el Banco de Costa Rica.

**XXXIV.** Que en la sesión 03-2018, celebrada el 23 de enero de 2018, la Junta Directiva conoció y acogió la recomendación brindada mediante el oficio 002-DEP-2018.

**POR TANTO**

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

**RESUELVE:**

**ACUERDO 08-03-2018**

1. Aprobar el contrato de fideicomiso inmobiliario 002-ARESEP-2018, suscrito entre el Banco de Costa Rica y la Aresep. Dicha aprobación se otorga condicionada a que se tomen en el momento oportuno, las previsiones presupuestarias necesarias para ejecutar el contrato y hacerle frente a la contratación hasta su fenecimiento.

2. Instruir a la Dirección General de Operaciones, como área solicitante y contraparte institucional, a velar para que el objeto consignado en el contrato, así como su ejecución responda a los proyectos a desarrollar establecidos en los términos de referencia, en el propio contrato de fideicomiso y en el interés público que se pretende tutelar.
3. Instruir a la Dirección General de Operaciones a realizar los trámites que correspondan para continuar con los trámites necesarios para la solicitud del refrendo del contrato 002-ARESEP-2018.
4. Notificar al Banco de Costa Rica como contratista.

**ACUERDO FIRME.**

**VOTO EN CONTRA DE LA DIRECTORA ADRIANA GARRIDO QUESADA**

*Vota en contra por lo que ha manifestado siempre, de que no fue debidamente analizado el tema de la ubicación del edificio por construir.*

**ARTÍCULO 9. Informe final sobre el procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra Servicentro Demer S.A. por el incumplimiento de las condiciones generales del contrato, autorización o permiso para prestar el servicio.**

*A las doce horas y cincuenta y cinco minutos ingresa al salón de sesiones, la señora Nathalie Artavia Chavarría, directora de la Dirección General de Atención al Usuario, para exponer el tema objeto de este artículo.*

La Junta Directiva conoce los oficios 4572-DGAU-2017 y 4570-DGAU-2017, ambos del 19 de diciembre de 2017, mediante los cuales la Dirección General de Atención al Usuario remite el informe final sobre el procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra Servicentro Demer S.A. por el incumplimiento de las condiciones generales del contrato, autorización o permiso para prestar el servicio. Expediente OT-122-2014.

La señora **Nathalie Artavia Chavarría** se refiere a los antecedentes, al análisis en cuanto a la excepción de prescripción, a la prescripción alegada por la empresa y a la excepción de caducidad, así como a las recomendaciones del caso.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** consulta que, conforme al antecedente 6 de la resolución propuesta, se indica "18 de marzo de 2014". ¿Por qué se atrasó tanto el expediente?

La señora **Nathalie Artavia Chavarría** explica, entre otras cosas, que la Junta Directiva ordenó el inicio del procedimiento en junio de 2016, esto al ser un acto interno, no corresponde todavía que empiece a correr el plazo de prescripción y caducidad y fue hasta el 2017, con la resolución de imputación de cargos, que empieza a correr; por lo que no cabe ninguna de las dos excepciones ni prescripción ni caducidad en este caso.

La señora **Sonia Muñoz Tuk** apunta que está de acuerdo con lo indicado, pero llama la atención de tiempo en trámite, dado que han pasado dos años.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** manifiesta que se está analizando todos los procesos que tienen que ver con la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU), entre ellos: el programa de calidad de energía, pues de seguirse así se van a acumular más expedientes. Asimismo, se va a realizar un análisis en la fuente, de manera que cada Intendencia lleve a cabo una gestión proactiva de cara al usuario en los casos que se pueda y que sean legalmente posibles. Se busca definir dichos procesos y tener un efecto más inmediato, en lugar de que un programa de calidad con efectos 3 años después, y que los casos que lleguen a DGAU sean los menores posibles.

El Despacho, conjuntamente con la Reguladora General Adjunta, están trabajando en ese aspecto desde noviembre pasado. Existe muy buena disposición de las Intendencias para definir esa gestión. Igualmente, hay tareas pendientes de DGAU para evitar la burocracia, todos tienen que poner de su parte; porque de lo contrario los flujos contra las salidas se van a acumular.

La señora **Xinia Herrera Durán** señala, a nivel de recordatorio, que la Dirección de Atención al Usuario tiene pendiente de presentar un informe sobre estos temas, desde el 15 de diciembre de 2017, según un acuerdo de esta Junta Directiva.

El señor **Roberto Jiménez Gómez** agrega que ya le remitió un oficio a la DGAU, relacionado con informes pendientes de presentar.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Atención al Usuario, conforme a los oficios 4572-DGA-2017 y 4570-DGAU-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

#### RESULTANDO:

- I. Que mediante la resolución R-062-2012-MINAET de las 7:15 horas del 10 de febrero del 2012, el Ministro de Ambiente y Energía resolvió otorgar a Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, el permiso de funcionamiento y servicio público de suministro de combustibles; disponiendo que “las condiciones específicas de cada permiso, en cuanto a los deberes, obligaciones, causales de caducidad y revocatoria, así como, la ubicación geográfica, tipo de combustibles, cantidad de tanques y capacidad de almacenamiento de cada uno de ellos, corresponderá a los mismos que se encontraban autorizados en el permiso anterior inmediato, es decir al último permiso vigente anterior a” esa resolución (folios 47 a 61).
- II. Que el permiso anterior inmediato a la resolución R-062-2012-MINAET, fue otorgado mediante la resolución R-473-2007-MINAE de las 7:15 horas del 02 de octubre del 2007, y estableció que Servicentro Demer S.A. cédula jurídica número 3-101-143272, está autorizada para prestar el servicio público de suministro de los siguientes combustibles: gasolina regular, gasolina superior y diésel, así mismo estableció que **“En ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”** (folios 83 a 88).
- III. Que el 13 de febrero del 2013, representantes del Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica (CELEQ), visitaron la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, propiedad de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-

- 143272, y recolectaron tres muestras de cada uno de los combustibles ahí dispensados (folios 05 al 10).
- IV. Que el 26 de agosto de 2013, mediante el oficio 1322-IE-2013, notificado al fax 24-28-42-47, esa misma fecha, y mediante correo electrónico a la dirección bombalosreyes@gmail.com, la Intendencia de Energía, comunicó a la Estación de Servicio Gasolinera Los Reyes, propiedad de Servicentro Demer S.A. que el 30 de agosto de 2013, a las 08:00 a.m., se procedería con la apertura de la muestra testigo, según el procedimiento establecido, pues se determinó que en dicha estación, se evidenció la venta de combustible diésel de color verde, mientras que este debería de ser color amarillo (folios 15 al 20).
- V. Que el 30 de agosto de 2013, el CELEQ procedió a la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectada el 13 de febrero del 2013 en la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, propiedad de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, y custodiada en el CELEQ, en la presencia del Ing. Asdrúbal Bolaños Campos, representante de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el Químico Jairol Bustos Carmona, funcionario del CELEQ, y el señor Douglas Jiménez Alfaro, en representación de Servicentro Demer S.A., determinándose un incumplimiento en cuanto al combustible diésel, por presentar un color verde, según fue acreditado mediante el método de inspección visual (folios 21 a 23).
- VI. Que el 18 de marzo de 2014, se recibió en las instalaciones de la Autoridad Reguladora, el oficio DAC-0086-2014, del 14 de marzo de 2014, suscrito por el Ing. Roberto Coto Rojas, Director de la Dirección de Aseguramiento de la Calidad de RECOPE, en el cual señala que de conformidad con el Decreto N° 30771-MEIC, en su artículo 3, la Refinadora Costarricense de Petróleo, para realizar la coloración del combustible aceite diésel destinado para la flota pesquera no deportiva, utiliza colorante azul, no obstante *“dado que el diésel posee un color propio amarillento, la mezcla de estos dos colores primarios resulta en la aparición de una coloración verde, que corresponde al diésel exonerado.”* (folio 46).
- VII. Que el 15 de enero de 2015, mediante el oficio 0106-DGAU-2015, la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU) emitió el informe de valoración inicial, en el cual se recomendó ordenar el inicio de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, por el incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso, así como el nombramiento del órgano director del procedimiento (folios 117 a 123).
- VIII. Que el 27 de junio del 2016, mediante la resolución RJD-112-2016 de las 16:00 horas, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ordenó el inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272 (folios 140 a 157).
- IX. Que el 07 de febrero de 2017, mediante la resolución ROD-DGAU-23-2017 de las 08:01 horas, el órgano director del procedimiento dio inicio al procedimiento, realizó la imputación e intimación de cargos y convocó a la investigada a una comparecencia oral y privada a realizarse el 28 de enero de 2017 en las instalaciones de la Autoridad Reguladora (folios 246 a 254).

- X. Que el 17 de febrero del 2017, mediante la guía EZ014246896CR, Correos de Costa Rica notificó la resolución ROD-DGAU-23-2017 a la investigada, en su domicilio social según consta en el Registro Nacional (folio 255), el cual se encuentra ubicado en: Alajuela, Orotina, frente a las instalaciones del Ministerio de Agricultura y Ganadería.
- XI. Que el 28 de abril de 2017, se llevó a cabo la comparecencia de ley a la cual asistió la licenciada Marcela Vargas Madrigal en representación de la parte investigada acompañada de poder especial administrativo otorgado a su favor y a favor del Licenciado Luis Montes Solano, por parte de Douglas Jiménez Alfaro, cédula de identidad número 2-0402-0783, quien funge como representante legal de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272 (folio 265 a 267).
- XII. Que, durante la comparecencia la licenciada Marcela Vargas Madrigal, presentó escrito a nombre de la investigada en el cual aceptó los hechos primero y segundo, rechazó los siguientes y señaló medio para recibir notificaciones (folios 258 a 267). Asimismo, presentó sus argumentos, y rindió conclusiones (folios 268 a 292).
- XIII. La licenciada Vargas Madrigal indicó en cuanto al resultado que se obtuvo en la apertura de la muestra testigo el día 30 de agosto del 2013, que este obedeció a un mal manejo del combustible que se vació en los tanques del camión, ya que ahí mismo también se transporta combustible exonerado. Señaló además, que esta situación pudo obedecer a un caso fortuito. La licenciada Vargas Madrigal interpuso la excepción de prescripción del procedimiento administrativo debido a que *“estamos conociendo de una falta que se cometió el 13 de febrero del 2013 y mi representada fue notificada el 17 de febrero del 2017, por lo que atendiendo a lo que ha venido haciendo relación el Regulador General, en cuanto a que el plazo de prescripción obedece a los cuatro años que contiene el artículo 198 de la Ley General de la Administración Pública, este plazo efectivamente ya se cumplió en este caso en concreto, pues estamos hablando de que la falta se cometió el 13 de febrero del 2012 y se nos notificó del procedimiento el 17 de febrero del 2017.”* (folios 271 a 272).

Igualmente, interpuso indistintamente la excepción de prescripción o caducidad del inicio del procedimiento (pues señaló: *“(...) igualmente queremos dejar interpuesta la excepción de prescripción o caducidad, como guste llamarlo el Regulador General (...)”* (folio 272), *“por cuanto tenemos que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora emitió su resolución de inicio de procedimiento el 27 de junio del 2016 y el órgano director ocho meses después es que inicia, dicta su resolución la ROD-DGAU-23-2017 del 07 de febrero del 2017, dándose aquí por haber operado el plazo de prescripción del inicio del procedimiento que se ha establecido para estos casos de dos meses”*.

En relación con lo anterior, la representante de la investigada alegó la existencia de una clara violación de los principios del curso procedimental del procedimiento administrativo contenidos en los artículos 222, 225, 227 de la Ley General de la Administración Pública. Por último, indicó la licenciada Marcela Vargas que *“Con relación al hecho cuarto que establece aquí la resolución por parte del órgano director, me permito indicarle que en Costa Rica se dice que el combustible aceite diésel de color verde es el destinado al uso de la flota pesquera no deportiva. Me permito indicarle al órgano director que el aceite diésel que es vendido en las estaciones de servicio, generalmente el color que contiene es amarillo y el color del aceite, perdón, del diésel exonerado es de color azul, entonces, sí quiero hacerle la aclaración de*

*que el aceite diésel exonerado es color azul, no es color verde y que la mezcla de azul con amarillo es lo que pudo haber dado el color verde, que usted aquí indica".* Además, manifestó que de considerarlo el órgano decisor que la falta se cometió, se proceda a la imposición de una multa tal y como lo establece el artículo 38 de la Ley 7593 en lugar del máximo de la sanción la cual es la pérdida de la concesión o permiso.

- XIV.** Que el 19 de diciembre de 2017, mediante oficio 4570-DGAU-2017, el órgano director emitió el informe final con recomendaciones.
- XV.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución, la cual se dicta fuera de plazo debido a las cargas de trabajo propias de la institución.

#### **CONSIDERANDO:**

- I.** Que del oficio 4572-DGAU-2017, que sirve de sustento a la presente resolución, se señala lo siguiente:

##### **I. EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

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

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

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

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

*"... La prescripción extintiva tiene como fundamento la tutela del orden social y la seguridad en las relaciones jurídicas. La postergación indefinida del ejercicio de las acciones y derechos por parte de su titular, ocasiona duda y zozobra en los individuos y atenta contra la estabilidad patrimonial, por lo que este instituto*



*jurídico pretende eliminar las situaciones de incerteza, producidas por el transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas. Para su aplicación se requieren tres elementos: **el transcurso del tiempo previsto por la ley, la falta de ejercicio por parte del titular del derecho y la voluntad del favorecido por la prescripción de hacerla valer**, ya sea a través de una acción o de una excepción, pues no puede ser declarada de oficio por el juez y es posible su renuncia tácita o expresa, siempre y cuando no sea anticipada. Debe atenderse además a la naturaleza del derecho en cuestión, pues existen situaciones jurídicas de particular relevancia que son imprescriptibles." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 76-95 de las 15:00 horas del 12 de julio de 1995)*

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

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

*"Artículo 38.- Multas*

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

- a) Cobro de tarifas o precios distintos a los fijados, autorizados o establecidos por la Autoridad Reguladora, así como el cobro de una tarifa no fijada previamente por la Autoridad Reguladora. (Así reformado por artículo 41, inciso h) se la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).*
- b) Mantenimiento inadecuado de la infraestructura y los equipos de trabajo del servicio público regulado, que ponga en peligro personas o propiedades. (Así reformado por artículo 42, inciso h) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).*
- c) Uso fraudulento de bienes y servicios públicos para evadir el pago regulado.*
- d) Prestación no autorizada del servicio público.*
- e) Levantamiento, sin la autorización expresa del ente que otorgó la concesión o el permiso de los equipos o las instalaciones indispensables para brindar el servicio público, tal y como lo establece el artículo 18 de la presente ley.*
- f) Incumplimiento de la obligación de asegurar a los trabajos de la entidad prestadora ante la Caja Costarricense de Seguro Social, y en el régimen de riesgos de trabajo. Se concederá un plazo de treinta días hábiles para corregir la omisión o el atraso; en caso de persistir o reiterarse la mora se cancelará la concesión o el permiso.*

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

h) *El incumplimiento de las normas y principios de calidad en la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando dicho incumplimiento no sea atribuible a caso fortuito o fuerza mayor. (Así adicionado por artículo 41, inciso h) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008). Cuando no sea posible estimar el daño, se multará con el monto de cinco a veinte salarios base mínimos fijados en el presupuesto ordinario de la República, de acuerdo con la Ley N° 7337, del 5 de mayo de 1993.*

*Artículo 39.- Intereses moratorios*

*En caso de falta de pago de los cánones y las tasas establecidos en la presente Ley, se aplicarán los intereses calculados de conformidad con el artículo 57 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Adicionalmente, se aplicará una multa por concepto de mora, consistente en un cuatro por ciento (4%) por cada mes o fracción de mes que haya transcurrido desde la fecha en que debió satisfacerse la obligación hasta la fecha del pago efectivo del tributo. Esta sanción se calculará sobre la suma sin pagar a tiempo.*

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

*Artículo 41.- Revocatoria de concesión o permiso*

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

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

- k) *Incumplimiento de la normativa vigente sobre protección ambiental.*
- l) *Incumplimiento de las medidas de mitigación contempladas en la evaluación de impacto ambiental, a que hace referencia el artículo 16 de esta ley.*
- m) *Otras causales establecidas en la ley, la concesión o el permiso.*"

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

- "1. El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, aplicará el derecho privado y sus principios.*
- 2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios."*

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

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

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

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

- "Sobre dicho punto, procede señalar que ante una situación de sujeción especial, como es la que corre entre la Administración y el servidor público, la Ley General*

*de la Administración Pública recoge el principio de la prescripción cuadrienal. En efecto, dispone el artículo 198 de la mencionada Ley: "El derecho de reclamar la indemnización a la Administración prescribirá en cuatro años, contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad.*

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

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

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

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

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

*(...)"*.

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

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

*(...)*

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

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

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

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

*“Así, al amparo de esos antecedentes, se concluye que, para determinar el inicio del plazo de la prescripción se necesitan dos requisitos, uno objetivo tal como lo es el hecho o la conducta que motiva el daño, y otro subjetivo constituido por la certeza en el sujeto que lo sufre, de que aquélla es la causa de su lesión. Estos requisitos no siempre ocurren en forma simultánea, correspondiendo al interprete su determinación, que bajo el principio constitucional de tutela efectiva, no puede ser otro que aquel cuando se tiene conocimiento del hecho dañino”.*

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

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

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

En el presente caso, la representación de Servicentro Demer S.A. reiteró durante la comparecencia la excepción de prescripción del procedimiento administrativo alegada mediante escrito que consta a folios 258 al 267, para lo cual indicó:

*“(...) estamos conociendo de una falta que se cometió el 13 de febrero del 2013 y mi representada fue notificada el 17 de febrero del 2017, por lo que atendiendo a lo que ha venido haciendo relación el Regulador General, en cuanto a que el plazo de prescripción obedece a los cuatro años que contiene el artículo 198 de la Ley General de la Administración Pública, este plazo efectivamente ya se cumplió en este caso en concreto, pues estamos hablando de que la falta se cometió el 13 de febrero del 2012 y se nos notificó del procedimiento el 17 de febrero del 2017 (...)” (folios 260 a 261).*

Una vez revisado su escrito de descargo (folios 258 a 267), se determina, que la parte investigada sostiene que en el presente procedimiento ha acaecido la prescripción, en el tanto la falta cometida por su representada se dio el día 13 de febrero del 2013, fecha en que el CELEQ realizó la visita a la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, de forma que este último procedió a emitir el certificado CELEQ-ARESEP-C-0145-13 el cual se comunicó a la Autoridad Reguladora el 19 de febrero del 2013, sin embargo, la notificación del inicio del procedimiento a la investigada se dio hasta el 17 de febrero del 2017, cuando ya había transcurrido el plazo indicado el artículo 198 de la Ley General de la Administración Pública.

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

Es decir, en este caso, el cómputo del plazo iniciaría en el momento en que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora tuvo conocimiento de la presunta falta cometida por la investigada.

En relación con lo anterior, el órgano director nombrado al efecto, realizó la imputación de cargos a la investigada el 17 de febrero del 2017 mediante la resolución ROD-DGAU-23-2017(folios 246 a 255), siendo que el dictado de la resolución de inicio es un acto que tiene eficacia de interrupción del cómputo del plazo prescriptivo, de manera que este inicia de nuevo a correr.

Además, después de dicha resolución, se celebró la comparecencia oral y privada, acto que también tiene un efecto interruptor del cómputo de plazo de la prescripción, el 28 de abril del 2017, con lo cual tampoco transcurrió una inercia procesal de cuatro años establecida en el artículo 198 de la Ley 6227, para que opere la prescripción.

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

### **III. EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD**

El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, Segundo Circuito Judicial de San José, mediante voto No. 065-2015-VI de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de abril del dos mil quince, señala:

*“VIII.- Sobre la caducidad del procedimiento. Con todo, antes de abordar el examen particular de los aspectos temporales del procedimiento, resulta menester referirse de manera breve a las implicaciones del instituto previsto en el numeral 340 de la LGAP. El actor alega la caducidad de la causa por un abandono cercano a los dos años desde la fecha de la denuncia (26 de octubre del 2010), hasta la comunicación del acto de inicio el 05 de septiembre del 2012). La figura de la caducidad se encuentra regulada en el canon 340 de la citada Ley General, norma que fue reformada por el canon 200 inciso 10 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Dicha norma indica: "1) Cuando el procedimiento se paralice por más de seis meses en virtud de causa, imputable exclusivamente al interesado que lo haya promovido o a la Administración que lo haya iniciado, de oficio o por denuncia, se producirá la caducidad y se ordenará su archivo, a menos que se trate del caso previsto en el párrafo final del artículo 339 de este Código (se refiere a la misma LGAP y no al CPCA).*

(...)

*IX.-Dicho lo anterior, cabe analizar si en el caso concreto se ha producido la caducidad señalada por el accionante, considerando que entre la fecha de la denuncia y la comunicación de la apertura del procedimiento, pasó más de esos seis meses. La figura de la caducidad del procedimiento exige que este se haya instruido, es decir, que la Administración haya dispuesto su apertura formalmente. Ello implica que la caducidad sanciona el abandono de un procedimiento ya existente, no de uno que a partir de determinada circunstancia de hecho o derecho pudiera haberse instruido. En este último supuesto, la figura relacionada con el análisis de temporalidad que podría determinar algún tipo de preclusión es la prescripción, no así la caducidad. En un orden lógico, no puede caducar un procedimiento que aún no existe formalmente, sino aquel ya instruido (abierto). (...)*

#### **IV. SOBRE LA CADUCIDAD ALEGADA EN ESTE CASO**

Se colige tanto del punto C. del escrito de descargo presentado por la investigada como de su participación en la comparecencia oral y privada, que era su voluntad interponer la excepción de prescripción o caducidad referidas al inicio del procedimiento (folio 262 y folio 272 de la comparecencia). No obstante, dicha exposición no permite interpretar la voluntad de la investigada debido a que ambos institutos poseen características y tratamientos diferenciados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, según ha quedado demostrado supra. De hecho, la misma representación de la investigada, realiza un trato indiferenciado de los institutos, trasladando al Regulador General la responsabilidad de entrever cuál era la voluntad de la investigada, no siendo posible para la Administración sustituir la voluntad del sujeto sometido a procedimiento, mediante la escogencia de si procede la aplicación de la prescripción o caducidad.

En acápites anteriores se hizo referencia a cada uno de los institutos de la prescripción y la caducidad de forma que se señaló:

(...)

CONSIDERANDO:

*I. EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN*

(...)

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

(...)

*III. EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD*

(...)

*La figura de la caducidad se encuentra regulada en el canon 340 de la citada Ley General, norma que fue reformada por el canon 200 inciso 10 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Dicha norma indica: "1) Cuando el procedimiento se paralice por más de seis meses en virtud de causa, imputable exclusivamente al interesado que lo haya promovido o a la Administración que lo haya iniciado, de oficio o por denuncia, se producirá la caducidad y se ordenará su archivo, a menos que se trate del caso previsto en el párrafo final del artículo 339 de este Código (se refiere a la misma LGAP y no al CPCA).*

(...)"

Una vez precisados los conceptos de cada uno de estos institutos procedemos a relacionarlos con el contenido alegado por la investigada, la cual señaló:

*"Igualmente, queremos dejar interpuesta la excepción de prescripción o caducidad, como guste llamarlo el Regulador General del inicio del procedimiento, por cuanto tenemos que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora emitió su resolución de inicio de procedimiento el 27 de junio del 2016 y el órgano director ocho meses después es que inicia, dicta su resolución la ROD-DGAU-23-2017 del 07 de febrero del 2017, dándose aquí por haber operado el plazo de prescripción del inicio del procedimiento que se ha establecido para en estos casos de dos meses." (folio 262)*

Dado a que ya se analizó supra, la figura de la prescripción demostrándose su improcedencia según lo aducido por la parte y lo demostrado por la Administración en cuanto al no transcurso del plazo de inercia cuatrienal desde el momento que quien ostenta la potestad sancionatoria, en este caso la Junta Directiva, tuvo conocimiento hasta el inicio del procedimiento, el cual, al igual que la



celebración de la comparecencia, tienen una eficacia interruptora del cómputo del plazo prescriptivo, por lo que en este sentido se procede al análisis de la figura de la caducidad bajo la óptica de lo ya manifestado.

El numeral 340 de la Ley General de Administración Pública hace referencia a la caducidad del procedimiento y establece:

*“Artículo 340.*

*1) Cuando un procedimiento se paralice por más de seis meses en virtud de causa, imputable exclusivamente al interesado que lo haya promovido o a la Administración que lo haya iniciado, de oficio o por denuncia, se producirá la caducidad y se ordenará su archivo, a menos de que se trate de un caso previsto en el párrafo Final del artículo 339 de este Código.*

*2) No procederá la caducidad del procedimiento iniciado a gestión de parte, cuando el interesado haya dejado de gestionar por haberse operado el silencio positivo o negativo, o cuando el expediente se encuentre listo para dictar el acto final.*

*3) La caducidad del procedimiento administrativo no extingue el derecho de las partes, pero los procedimientos se tienen por no seguidos, para efectos de interrumpir la prescripción.”*

Señala la investigada que desde el día 27 de junio del 2016 fecha en que la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora emitió la orden de inicio del procedimiento administrativo en su contra, al 07 de febrero del 2017 fecha en el órgano director del procedimiento dictó la resolución de inicio, trascurrieron ocho meses, cumpliéndose el plazo establecido.

En el caso que nos ocupa, y analizando el lapso de tiempo alegado por la investigada como “fatal”, se llega a la conclusión de que la Administración actuó conforme a derecho; recordemos que fue hasta la resolución del órgano director ROD-DGAU-23-2017 de las 8:01 horas del 07 de febrero del 2017, que inició el procedimiento administrativo, realizándose el traslado de cargos respectivo, de forma tal, que hasta esa fecha no puede tenerse el procedimiento como iniciado, razón por la cual no puede realizarse el cómputo del plazo en los términos señalados por la investigada.

Además, revisado el expediente, entre la fecha en que la resolución de inicio ROD-DGAU-23-2017, fue notificada (17 de febrero del 2017, folio 255), y la celebración de la comparecencia el 28 de abril del 2017, no transcurrió el plazo de 6 meses establecido en la ley como conditio sine qua non para que opera la caducidad. Por consiguiente, no lleva razón la parte investigada en su argumentación y en consecuencia, dicha excepción debe ser rechazada.

## **V. HECHOS PROBADOS.**

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

**Primero:** Que la estación Gasolinera Los Reyes, propiedad de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, al momento de los hechos estaba autorizada para brindar el servicio público de suministro de combustibles provenientes de hidrocarburos al consumidor final, por medio de la resolución R-062-2012-MINAET de las 7:15 horas del 10 de febrero del 2012 (folios 47 al 61).

**Segundo:** Que el título habilitante, que se encontraba vigente previo al dictado de la resolución R-062-2012-MINAET, para la estación de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, fue otorgado mediante la resolución R-473-2007-MINAE de las 7:15 horas del 02 de octubre del 2007, y este estableció que Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, estaba autorizada para prestar el servicio público de suministro de los siguientes combustibles: gasolina regular, gasolina superior y diésel, así mismo estableció que ***“En ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”*** (folios 83 a 88).

**Tercero:** Que el día 13 de febrero del 2013, el CELEQ realizó una inspección a la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, propiedad de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272 (folios 05 a 10), y recogió 3 muestras de cada combustible que se estaba dispensando, entre ellas la de combustible diésel el cual presentaba una coloración verde.

**Cuarto:** Que el día 30 de agosto del 2013, durante la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel, recolectada en la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, propiedad de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272 el día 13 de febrero del 2013, la cual se lleva a cabo como parte del procedimiento de fiscalización del programa de calidad, que al efecto lleva el CELEQ, en presencia de los señores Ing. Asdrúbal Bolaños Campos, Douglas Jiménez Alfaro y el B.Q. Jairol Bustos Carmona, se determinó que esta era de color verde (folio 12).

**Quinto:** Que el colorante utilizado por RECOPE para diferenciar el combustible aceite Diesel exonerado es color azul.

**Sexto:** Que el color verde del combustible aceite diésel es un color propio del combustible diésel exonerado destinado a la flota pesquera no deportiva, que se obtiene de la combinación del color amarillo del diésel con el colorante azul que debe colocar la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE) en el combustible aceite diésel destinado a la flota pesquera no deportiva (folio 46).

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

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

Este órgano decisor, arriba a las anteriores conclusiones con fundamento en la prueba pericial y testimonial evacuada durante la comparecencia del día 28 de abril del 2017, en la información consignada en el acta que corre de folios 05 a 10 y 12 del expediente administrativo, las cuales corresponden al certificado CELEQ-ARESEP-C-0145-13, certificado de inspección CELEQ-ARESEP-I-0145-13, acta de inspección CELEQ-ARESEP-0145-13-I, acta de toma de muestra CELEQ-ARESEP-0145-13-M, oficio CELEQ-1091-2013 del 30 de agosto de 2013, acta de análisis de calidad de muestra testigo custodiada en el CELEQ número 62-13, oficio CELEQ-1091-2013, y el oficio DAC-0086-2014, suscrito por el Ing. Roberto Coto Rojas, Director de la Dirección de Aseguramiento de la Calidad de RECOPE.

**VI. HECHOS NO PROBADOS.**

Ninguno de relevancia para la resolución del presente asunto.

**VII. SOBRE LA PRUEBA**

**a) PRUEBA QUE CONSTA EN EL EXPEDIENTE:**

• **Prueba documental:**

1. Oficio 435-IE-2014.
2. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-C-0145-13.
3. Certificado e inspección CELEQ-ARESEP-I-0145-13.
4. Acta de inspección CELEQ-ARESEP-0145-13-I.
5. Acta de toma de muestra CELEQ-ARESEP-0145-13-M.
6. Acta de análisis de calidad de muestra testigo custodiada en el CELEQ.
7. Oficio CELEQ-1091-2013.
8. Oficio recibido el 26 de septiembre del 2013.
9. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0003-13.
10. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0027-13.
11. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0053-13.
12. Oficio Dac-0086-2014.
13. Resolución R-062-2012-MINAET.
14. Resolución R-473-2007-MINAE.
15. Oficio DGTCC-806-2014.
16. Oficio DGTCC-807-2014.
17. Resolución RJD-112-2016 de las 16:00 horas del 27 de mayo del 2016.
18. Oficio 531-SJD-2016.
19. Decreto 30131-MINAE-S.
20. Decreto 30644-MEIC.
21. Personería de la investigada.
22. Resolución ROD-DGAU-23-2017.
23. Oficio presentado por la investigada el 28 de abril del 2017.
24. Transcripción de comparecencia oral y privada.

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

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

**VIII. ANÁLISIS DE FONDO**

**a) SOBRE EL CONVENIO CELEQ-ARESEP-FUNDEVI.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“(…) RECOPE utiliza colorante azul (...) sin embargo, dado que el diésel posee un color propio amarillento, la mezcla de estos dos colores primarios resulta en*

*la aparición de una coloración verde, que corresponde al diésel exonerado.” (folio 46).*

De lo anterior se logra concluir, que el combustible aceite diésel que se destina al abastecimiento de la flota pesquera no deportiva nacional, debe ser dotado por parte de Recope de un colorante azul, de previo a que salga de los planteles para poder ser identificado, teniendo esto como consecuencia, ante la interacción del color amarillo del combustible diésel y el colorante azul, que el diésel resulte con una coloración verde. En este sentido también se manifestó el químico Jairol Bustos Carmona, en su declaración visible a folio 278, cuando señaló que el color del combustible aceite diésel exonerado es verde.

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

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

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

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

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

*“Sección Primera: De la Junta Directiva*

*Artículo 6. Junta Directiva*

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

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

**IX. SOBRE EL CASO CONCRETO**

El objeto del presente procedimiento se fijó mediante la resolución RJD-112-2016 de las 16:00 horas del 27 de junio del 2016, la cual ordenó el inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio para determinar la verdad real de los hechos, ocurridos durante la inspección que realizaron los personeros del CELEQ el día 13 de febrero del 2013 a la estación de servicio Gasolinera Los Reyes propiedad de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272

Durante dicha inspección se encontró presente, en representación de la estación de servicio, el señor Darwin Espinoza, en calidad de encargado de la misma, posteriormente se tomaron 3 muestras de cada combustible ahí dispensado, de forma que el certificado CELEQ-ARESEP-C-0145-13 señaló que se realizaron los análisis de rutina (sedimentos, octanaje, temperatura de inflamación, entre otros), además, resulta importante destacar que dicho certificado indicó que *“La muestra de Aceite Diesel es de color Verde y debe ser Amarilla”* (folio 05).

En virtud de lo anterior, el CELEQ, puso en conocimiento de la Autoridad Reguladora, de la presunta falta, en cuanto a la venta de combustible aceite diésel con color verde, de forma que mediante correo electrónico a la dirección bombalosreyes@gmail.com, la Intendencia de Energía, comunicó a Gasolinera Los Reyes propiedad de Servicentro Demer S.A., que el 30 de agosto de 2013, se procedería con la apertura de la muestra testigo, según el procedimiento establecido, pues se determinó que en dicha estación, se evidenció la venta de combustible diésel de color verde, mientras que este debería de ser amarillo.

Así, el 30 de agosto se llevó a cabo la respectiva apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectado el 13 de febrero del 2013 en la Estación de Servicio Gasolinera Los Reyes propiedad de Servicentro Demer S.A., con la participación del representante de dicha estación (folio 12).

Valga señalar, que la prueba es conteste a estos efectos, tanto con las declaraciones del testigo Asdrúbal Bolaños como con las del testigo perito Jairol Bustos (folios 274 al 291), así como con el acta N° 62-13, que obedece al acta de la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel, recolectada el 13 de febrero del 2013 en la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, en el hecho

de que dicho combustible presentaba una coloración verde, es decir, la coloración propia del combustible exonerado. Esto posteriormente fue avalado por el oficio CELEQ-1091-2013, suscrito por el Doctor Carlos León Rojas, director del CELEQ (folios 21 a 23). En este punto, es menester recordar que, según la resolución 628-RCR-2011 de las 15:10 horas del 02 de setiembre de dos mil once, la apertura de la muestra testigo, es la prueba con el resultado oficial y definitivo.

Con respecto al dictamen remitido mediante el oficio CELEQ-1091-2013, conviene señalar que los dictámenes emitidos por los ingenieros químicos, se encuentran revestidos de fe pública, de conformidad con las disposiciones de la ley 8412: Ley Orgánica del Colegio de Ingenieros Químicos y Profesionales Afines y Ley Orgánica del Colegio de Químicos de Costa Rica, la cual cita en lo que nos interesa lo siguiente:

*(...)*

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

*(...)*

*ARTÍCULO 88.- Documentos con carácter de fe pública. Todo dictamen, avalúo, peritaje o cualquier otro documento que exprese una verdad científica en las materias encomendadas al Colegio de Químicos, solo podrá ser rubricado por miembros activos de este Colegio y tendrá carácter de fe pública. Tales miembros tendrán fe pública cuando gocen de todos los derechos otorgados por el presente título.*

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

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

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

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

Si bien, el aceite diésel regular es amarillo, el Ing. Roberto Coto Rojas, Director de la Dirección de Aseguramiento de la Calidad de RECOPE, mediante el oficio DAC-0086-2014, señaló, en consonancia con lo desarrollado supra, que en la coloración del diésel para la flota pesquera no deportiva la Refinadora Costarricense de Petróleo, utiliza colorante azul, no obstante **“dado que el diésel posee un color propio amarillento, la mezcla de estos dos colores primarios resulta en la aparición de una coloración verde, que corresponde al diésel exonerado.”** (folio 46).

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

Ahora bien, mediante la resolución R-062-2012-MINAET, el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, otorgó a Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, el permiso de funcionamiento y servicio público de suministro de combustibles; disponiendo que **“las condiciones específicas de cada permiso, en cuanto a los deberes, obligaciones, causales de caducidad y revocatoria, así como, la ubicación geográfica, tipo de combustibles, cantidad de tanques y capacidad de almacenamiento de cada uno de ellos, corresponderá a los mismos que se encontraban autorizados en el permiso anterior inmediato, es decir al último permiso vigente anterior a la presente renovación”** (folios 47 a 61).

El permiso anterior inmediato a la resolución R-062-2012-MINAET, fue otorgado mediante resolución R-473-2007-MINAE de las 7:15 horas del 02 de octubre del 2007, y estableció que Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, está autorizada para prestar el servicio público de suministro de los siguientes combustibles: gasolina regular, gasolina superior y diésel, así mismo estableció que **“En ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”** (folio 85).

Es decir, la prohibición de venta de combustible exonerado, se erige como una cláusula o condición vinculante (obligación) de carácter general, establecida en el título habilitante, en este caso la resolución R-062-2012-MINAET, por remisión expresa a la resolución R-473-2007-MINAE, ambas dictadas por el ente concedente en ese momento, el entonces Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones.

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



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

Durante la comparecencia llevada al efecto el día 28 de abril del 2017 el B.Q. Jairol Bustos Carmona señaló que no existen factores de almacenaje que influyan en la coloración del combustible:

*“(...) la muestra está sellada, tiene un marchamo de identificación que garantiza la trazabilidad y solamente se abre en el momento de la apertura de la muestra en presencia del representante de la estación y el de la ARESEP y nosotros. La única forma de cambiar el color es agregando colorante verde, el cual así de esa forma salió de la estación.” (folio 279).*

Este órgano le otorga total credibilidad a la declaración del químico encargado de la apertura, por ser esta conteste con el resto del acervo probatorio, tanto a nivel documental como a nivel testimonial, al lograr demostrar que el combustible aceite diésel que se estaba dispensando el 13 de febrero del 2013, en la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, era de color verde. Sumado a lo anterior, se admite y se tiene por cierta la declaración del testigo Asdrúbal Bolaños Campos, al coincidir ésta con la declaración del perito encargado de la apertura de la muestra testigo y con los elementos probatorios contenidos en el expediente administrativo. Recuérdese, que según se ha venido exponiendo, en nuestro país el combustible diésel de color verde es el destinado al uso de la flota pesquera no deportiva, y solo puede ser adquirido, y por lo tanto dispensado, a quienes tengan la autorización del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPECA).

Por lo tanto, con base en la comparecencia realizada y la prueba que logró evacuarse, se puede concluir entonces que, según los estudios realizados por el CELEQ, el combustible aceite diésel que estaba dispensando Servicentro Demer S.A., en la estación de Gasolinera Los Reyes, el 13 de febrero del 2013, a los vehículos automotores, presentó un color propio del combustible destinado para la venta a la flota pesquera no deportiva, lo cual constituye un incumplimiento injustificado de las condiciones generales establecidas en el título habilitante, el cual proscribía la venta de combustible exonerado, subsumiéndose la conducta en la falta establecida en el artículo 41 inciso c) de la Ley 7593, por parte de Servicentro Demer S.A., toda vez que dicho combustible tiene una exoneración con un fin determinado; y con esta conducta incumplió con una de las obligaciones que le fue impuesta a otorgársele la autorización para la prestación del servicio, específicamente con el apartado segundo de la parte dispositiva de la resolución R-473-2007-MINAE (folio 85), vigente por disposición contenida en el apartado tercero de la parte dispositiva de la resolución R-062-2012-MINAET (folio 59), específicamente en cuanto a la proscripción de la venta a particulares no autorizados de combustible que ha sido exonerado con un fin determinado.

Se otorga total credibilidad a la información consignada en el acta de registro N° 62-13, en la cual, el CELEQ hace constar la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectada en la inspección realizada a la estación de servicio Gasolinera Los Reyes el día 13 de febrero del 2013. Recordemos que los funcionarios Asdrúbal Bolaños Campos y Jairol Bustos Carmona, así como el representante de la estación de servicio, estuvieron presentes en el momento exacto de la apertura de la muestra testigo y todos confirman haber detectado la coloración verde en la muestra

de combustible aceite diésel tanto en el acta levantada (N°62-13), véase en ese sentido las tres rúbricas en dicha acta, como respaldo del resultado anterior. Esta prueba, sin lugar a dudas, es conteste con las declaraciones rendidas durante la comparecencia realizada el día 28 de abril del 2017, todo lo cual viene a demostrar de forma clara, la existencia de la falta y la imputación de esta a la parte investigada.

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

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

#### **X. SOBRE LOS ARGUMENTOS DE LA INVESTIGADA**

Durante la comparecencia, la parte investigada, presentó sus alegatos de descargo, los cuales también presentó de forma escrita ese mismo día (folios 258 a 267), previo a la celebración de esta. En este sentido, se procede a analizar cada uno de ellos a la luz de lo que ha sido expuesto previamente:

De este modo se procede con el respectivo análisis como sigue.

##### **a) EN CUANTO AL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN E INTIMACIÓN.**

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

*“El principio del derecho de intimación se entiende como el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento del investigado la acusación formal y el cuanto al principio del derecho de imputación, este se refiere a la descripción detallada, precisa y clara del hecho que se le acusa al investigado y en este caso en concreto, tanto en la Resolución RJD-212-2016 así como en la Resolución ROD- DGAU-23-2017 del día 07 de febrero del 2017, en ambas resoluciones se limitan a indicar en el “Por Tanto”, la presunta falta cometida por mi representada sin hacer una detallada relación de las pruebas que acreditan la presunta falta y en los Considerandos se enlista las posibles normas que pudo haber infringido mi representada pero no se hace la relación del hecho cometido por mi representada con la norma que ha sido infringida y la prueba pertinente que existe para comprobar la falta endilgada. (...)” (folios 259 a 260).*

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

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

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

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

La Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos mediante la resolución RJD-212-2016 del 27 de junio del 2016, ordenó la apertura de un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, no obstante, este no debe ser confundido con el acto propio de apertura del procedimiento, sino que este se considera un acto interno de distribución de competencias por parte de la Administración, el cual no necesita ser notificado a la parte investigada, pues no causa estado.

Diferente es el caso de la resolución de inicio, que en este caso fue dictada mediante la resolución ROD-DGAU-23-2017 de las 08:01 horas del 07 de febrero del 2017, la cual constituye no sólo el acto de apertura, sino que también la resolución a través de la cual se realiza la respectiva imputación y traslado de cargos. Esta resolución, según consta en el expediente a folio 255, fue debidamente notificada a la parte investigada en su domicilio social el 17 de febrero de 2017. De hecho, una vez analizada esta resolución consta a folios 250 a 251 del expediente, que se le señalaron a la investigada los hechos que le estaban siendo imputados y la consecuencia jurídica de dichas conductas, motivo por el cual, no es cierto que haya existido violación alguna a los derechos de la parte investigada.

A mayor abundamiento, la resolución ROD-DGAU-23-2017 08:01 horas del 07 de febrero del 2017, imputa a la investigada lo siguiente, de forma que exista claridad en cuanto a los hechos que en su momento presuntamente le eran atribuidos:

**“Primero:** *Que Servicentro Demer S.A. cédula jurídica número 3-101-143272, código MINAE número ES 2-09-01-03, está autorizada para prestar el servicio público de suministro de combustibles derivados de hidrocarburos al consumidor final, en la estación de servicio Gasolinera Los Reyes (folios 47 a 61).*

**Segundo:** Que la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, fue objeto de una inspección por parte del CELEQ el día 13 de febrero del 2013 (folio 05).

**Tercero:** Que el día 30 de agosto del 2013 (fecha de apertura de muestra testigo), se corroboró que el combustible aceite diésel que se encontraba dispensando la estación de servicio Gasolinera Los Reyes el 13 de febrero del 2013, era color verde (folio 12).

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

**Quinto:** Que el permiso anterior a la resolución actual es la resolución R-473-2007-MINAE de las 7:15 horas del 02 de octubre del 2007, y estableció que Servicentro Demer S.A. cédula jurídica número 3-101-143272, está autorizada para prestar el servicio público de suministro de los siguientes combustibles: gasolina regular, gasolina superior y diésel, así mismo estableció que **“En ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”** (folios 205 a 25).

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

De esta forma, queda demostrado que la resolución ROD-DGAU-23-2017, intimó e imputó detalladamente a la investigada los hechos que en su momento presuntamente le eran atribuidos, de forma que los argumentos de esta última deben ser rechazados.

#### **b) EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD**

Ambas fueron analizadas de forma precedente en esta resolución, por lo cual se remite a lo allí esbozado.

#### **c) VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DEL CURSO PROCEDIMENTAL ADMINISTRATIVO.**

La investigada no detalla las razones que justifican la presunta violación de los principios generales del curso procedimental, sino, más bien se limita a enlistarlos: principios de eficiencia, eficacia, economía impulso procesal y oficiosidad, relacionados con el tiempo que le ha tomado a la Administración la tramitación del proceso y por ende operando el plazo de prescripción.

Valga aclarar que lo referido al plazo de prescripción alegado fue detallado en acápite anteriores, de forma que el mismo fue rechazado por las razones anteriormente expuestas. Aunado a lo anterior, tampoco de oficio se determina que exista violación alguna a los principios enlistados por la parte investigada.

#### **d) EN CUANTO A LA POSIBLE SANCIÓN A IMPONER A SERVICENTRO DEMER S.A.**

Acompañado a los argumentos presentados por la investigada, la licenciada Vargas Madrigal manifestó una segunda pretensión la cual consiste en la aplicación de una sanción menos gravosa para su representada:

*“Solicito se proceda a declararse sin lugar este presente procedimiento administrativo, se declaren con lugar las excepciones de prescripción y de la falta cometida, así como también del inicio del procedimiento y se archive el presente procedimiento administrativo.  
Ahora bien, si la Autoridad Reguladora en su figura del Regulador General considera que mi representada pudo haber cometido alguna falta, reitero mi solicitud de que se le imponga una multa y no que se le proceda a la cancelación de la concesión otorgada.”*

Es importante destacar que la resolución RJD-212-2016 del 27 de junio del 2016 además de fijar el objeto del presente procedimiento el cual es *“determinar la verdad real de los hechos y a establecer responsabilidades por parte de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, por el presunto incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso”*, estableció que la sanción correspondiente a la falta investigada el cual basada en el inciso c) del artículo 41 de la Ley 7593, faculta a la Autoridad Reguladora a tramitar procedimientos ordinarios sancionatorios contra los prestadores de servicios públicos que incurran en la falta anteriormente indicada, aplicando el procedimiento ordinario establecido en los artículos 214 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227). Estableciéndose que, de comprobarse la falta, se podrá aplicar una sanción correspondiente a la revocatoria de la concesión o permiso. Es decir, por la naturaleza de este procedimiento, y por encontrarse el sustento de este contenido en el numeral 41 inciso c) de la Ley 7593, la pretensión de la parte investigada no resulta procedente y en consecuencia debe rechazarse.

Por consiguiente, no procede la aplicación de una multa o una sanción “menos gravosa” ante los hechos investigados, de forma que a continuación se detallará las razones que justifican tal decisión.

## **XI. SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN**

Así las cosas, con base en el análisis precedente y la prueba que consta en el expediente, se concluye que en el caso que nos ocupa, Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272 incurrió el 13 de febrero del 2013 en un incumplimiento injustificado de las condiciones generales del contrato, específicamente en lo establecido en el Decreto Ejecutivo N°30644-MEIC, en concordancia con lo establecido en el artículo 41 inciso c), de la Ley 7593, el cual faculta a la Autoridad Reguladora a tramitar procedimientos sancionatorios contra los prestadores de servicios públicos que incumplan por razones injustificadas las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso:

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

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

Así las cosas, ha quedado demostrado a lo largo del presente procedimiento administrativo, que Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272 es responsable de dispensar combustible aceite diésel “color verde” el día 13 de febrero del 2013, lo cual atenta innegablemente contra las condiciones generales de la concesión otorgada a Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272 por parte del Minae en la resolución R-473-2007-MINAE de las 7:15 horas del 02 de octubre del 2007, en específico con la proscripción de la venta de combustible exonerado: **“En ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”**

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

Sumado a lo anterior, en el caso de marras, según se desarrolló supra, se logró demostrar que el combustible aceite diésel que la estación de servicio Gasolinera Los Reyes se encontraba dispensando el día 13 de febrero del 2013, presentaba una coloración verde, propia del combustible aceite diésel exonerado. Debido a lo anterior, se logra determinar que la sanción a imponer resulta proporcional y razonable respecto a la falta cometida.

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

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **I.** Rechazar la excepción de prescripción interpuesta por la representación de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272. **II.** Rechazar la excepción de caducidad interpuesta por la representación de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272. **III.** Declarar que Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, incurrió en un incumplimiento injustificado de las condiciones generales de la concesión otorgada mediante la resolución R-062-2012-MINAET, por remisión expresa a la R-473-2007-MINAE, toda vez que el día 13 de febrero del 2013, la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, propiedad de Servicentro Demer S.A. se encontraba dispensado combustible aceite diésel exonerado, destinado a la flota pesquera nacional no deportiva. **IV.** Revocar la concesión otorgada por el Ministerio de Ambiente y Energía, para el funcionamiento y servicio público de suministro de combustibles a Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272. **V.** Notificar la presente resolución a Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272. **VI.** Prevenir a la investigada que de conformidad con el artículo 150 de la Ley General de la Administración Pública, cuenta con 3 días hábiles contados a partir de la notificación de esta resolución para proceder con el cierre de la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, de lo contrario, las autoridades competentes procederán de manera coercitiva al cierre de la misma. **VII.** Notificar la presente resolución al Ministerio de Ambiente y Energía. **VIII.** Comunicar, una vez notificada esta resolución a la parte investigada, a la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE), para que en lo sucesivo y a partir del momento de dicha comunicación, se abstenga de venderle combustibles derivados de los hidrocarburos, a la sociedad Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272.

- III. Que en la sesión ordinaria 03-2018, del 23 de enero de 2018, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 4572-DGAU-2017, de cita, acordó con carácter de firme, dictar la presente resolución.

**POR TANTO**

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

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

**ACUERDO 09-03-2018**

- I. Rechazar la excepción de prescripción interpuesta por la representación de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272.
- II. Rechazar la excepción de caducidad interpuesta por la representación de Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272.
- III. Declarar que Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272, incurrió en un incumplimiento injustificado de las condiciones generales de la concesión otorgada mediante la resolución R-062-2012-MINAET, por remisión expresa a la R-473-2007-MINAE, toda vez que el día 13 de febrero del 2013, la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, propiedad de Servicentro Demer S.A. se encontraba dispensado combustible aceite diésel exonerado, destinado a la flota pesquera nacional no deportiva.
- IV. Revocar la concesión otorgada por el Ministerio de Ambiente y Energía, para el funcionamiento y servicio público de suministro de combustibles a Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272.
- V. Notificar la presente resolución a Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272.
- VI. Prevenir a la investigada que de conformidad con el artículo 150 de la Ley General de la Administración Pública, cuenta con 3 días hábiles contados a partir de la notificación de esta resolución para proceder con el cierre de la estación de servicio Gasolinera Los Reyes, de lo contrario, las autoridades competentes procederán de manera coercitiva al cierre de la misma.
- VII. Notificar la presente resolución al Ministerio de Ambiente y Energía.
- VIII. Comunicar, una vez notificada esta resolución a la parte investigada, a la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE), para que en lo sucesivo y a partir del momento de dicha comunicación, se abstenga de venderle combustibles derivados de los hidrocarburos, a la sociedad Servicentro Demer S.A., cédula jurídica número 3-101-143272.

En cumplimiento de lo que ordenan los artículos 245 y 345 de la Ley General de la Administración Pública, se indica que, contra esta resolución, cabe la interposición del recurso ordinario de reposición

y el extraordinario de revisión. Ambos deben interponerse ante la Junta Directiva a quien compete resolverlos, el de reposición en el plazo de 3 días, contados a partir de la notificación de la presente resolución, y el de revisión en los plazos establecidos en el artículo 354 de la Ley 6227.

**NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.  
ACUERDO FIRME.**

*A las trece horas y once minutos se retira del salón de sesiones, la Nathalie Artavia Chavarría.*

**ARTÍCULO 10. Asuntos pospuestos.**

El señor **Roberto Jiménez Gómez** plantea posponer, para una próxima sesión, los asuntos indicados en la agenda los puntos del 5.4 al 5.10. Somete a votación el planteamiento y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

**ACUERDO 10-03-2018**

Posponer, para una próxima sesión, los asuntos indicados en la agenda los puntos del 5.4 al 5.10 los cuales se señalan a continuación:

- Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta interpuestos por la Asociación Cámara de Transportistas de San José, la Asociación Cámara Nacional de Transportes, la Asociación Cámara de Autobuseros de Heredia y la Asociación Cámara de Autobuseros del Atlántico, contra la resolución RIT-046-2017. Expediente ET-028-2017. Oficio 849-DGAJR-2017 del 26 de setiembre de 2017.
- Continuación del análisis del Proceso de Reclutamiento y Selección. Concurso 50-2017 Miembro Consejo de Sutel-Titular periodo 2018-2023.
- Criterio de la Procuraduría General de la República C-302-2017 del 14 de diciembre de 2017, referente a la votación calificada a la luz del artículo 55 de la Ley 7593. (Cumplimiento de acuerdo 05-31-2017). Oficio 560-AI-2017 DEL 18 de diciembre de 2017.
- Solicitud de criterio jurídico sobre el Oficio 07949-SUTEL-SCS-2017, del 25 de setiembre de 2017, del secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones relacionado con el oficio 742-RG-2017 suscrito por el Regulador General. Oficio 902-RG-2017 del 3 de noviembre de 2017. (Cumplimiento de acuerdo 03-52-2017).
- Criterio jurídico sobre el oficio CIT-0149-2017 del 22 de setiembre de 2017 de la Asociación Cámara de Infocomunicación y Tecnología (Infocom), en torno a lo expuesto por el Regulador General mediante oficio 742-RG-2017. (Cumplimiento de acuerdo 15-53-2017). Oficio 870-RG-2017 del 19 de octubre de 2017.
- Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta, contra la resolución RIT-034-2017 así como la gestión de nulidad absoluta del procedimiento, interpuestos por Transportes La Pampa Limitada. Expediente ET-014-2017. Oficio 906-DGAJR-2017 del 23 de octubre de 2017.



- Recurso de apelación de la empresa 3-101-622925 S.A.; contra la resolución RIE-025-2017 de la Intendencia de Energía. Expediente OT-178-2014. Oficio 914-DGAJR-2017 del 25 de octubre de 2017.
- Recurso extraordinario de revisión interpuesto por Autotransportes Mario Rojas e Hijos Ltda, contra la resolución RIT-023-2017 de la Intendencia de Transporte. Expediente ET-005-2017. Oficio 920-DGAJR-2017 del 27 de octubre de 2017.
- Recurso de apelación interpuesto por Pantuqui S. A., contra la resolución RRG-716-2016. Expediente OT-94-2014. Oficio 937-DGAJR-2017 del 1° de noviembre de 2017.

**ARTÍCULO 11. Correspondencia.**

La Junta Directiva dar por recibida la siguiente correspondencia distribuida en esta oportunidad:

- a. Solicitud presentada por el señor Omar Miranda Murillo, Gerente General COOPELESCA respecto de varias interrogantes en torno a una publicación Diario Extra. del 28 de diciembre de 2017. Oficio GG-003-2018 del 4 de enero de 2017 (SAU-148). (*Trámite: Área funcional Junta Directiva*).
- b. Copia de recurso de apelación con nulidad concomitante interpuesto por Autotransportes Los Guido S.A., contra la resolución 2050-IT-2017. (SAU-404). (Trámite: se trasladó para análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 028-SJD-2018 del 17 de enero de 2018).
- c. Copia de recurso de apelación con nulidad concomitante interpuesto por Autotransportes Desamparados S.A., contra la resolución 2078-IT-2017. (SAU-406). (Trámite: se trasladó para análisis a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 029-SJD-2018 del 17 de enero de 2018).
- d. Consulta presentada por la Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustible del Ministerio de Ambiente y Energía, respecto a cómo proceder con la solicitud de una nueva concesión de servicio público para estación de servicio de expendio de combustibles en las instalaciones de la sociedad La Puesta del Sol J&A, S.A. Oficio DGTCC-DL-02-2018 del 11 de enero de 2018. (Trámite: Se trasladó para su valoración al Regulador General, mediante el oficio 016-SJD-2018 del 16 de enero de 2018).

**ARTÍCULO 12. Asunto informativo.**

La Junta Directiva da por recibido, como asunto de carácter informativo, la comunicación del acuerdo 001-002-2018 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en torno a la votación de los puestos que ocuparán la señora Hannia Vega Barrantes como presidente y el señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez como vicepresidente, ambas designaciones se realizan para un periodo de un año contado a partir del 5 de febrero de 2018. Oficio 00266-SUTEL-SCS-2018 del 15 de enero de 2018.

**A las trece horas y catorce minutos se levanta la sesión.**

**ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ**  
Presidente de la Junta Directiva

**XINIA HERRERA DURÁN**  
Reguladora General Adjunta

**PABLO SAUMA FIATT**  
Presidente ad hoc de la Junta Directiva

**ADRIANA GARRIDO QUESADA**  
Miembro de la Junta Directiva

**ALFREDO CORDERO CHINCHILLA**  
Secretario de Junta Directiva