

SESIÓN EXTRAORDINARIA

N°35-2018

25 de mayo de 2018

San José, Costa Rica

SESIÓN EXTRAORDINARIA N°35-2018

Acta de la sesión extraordinaria número treinta y cinco, dos mil dieciocho, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el viernes veinticinco de mayo de dos mil dieciocho, a partir de las ocho horas y treinta minutos, en las oficinas de la Aresep situadas en Guachipelín de Escazú. Asisten los siguientes miembros: Xinia Herrera Durán, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt y Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Anayansie Herrera Araya, auditora interna, Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva; y Alfredo Cordero Chinchilla, secretario de la Junta Directiva.

CAPÍTULO I. CONSTANCIA.

ARTÍCULO 1. Constancia de inasistencia.

Se deja constancia de que el señor Roberto Jiménez Gómez no preside en esta oportunidad, debido a que se encuentra participando en la Reunión presencial 126-Comision Regional de interconexión Eléctrica (CRIE). En consecuencia, la señora Xinia Herrera Durán preside la sesión.

CAPÍTULO II. LECTURA Y APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA.

ARTÍCULO 2. Lectura y aprobación del Orden del Día.

La señora **Xinia Herrera Durán** da lectura al Orden del Día de la sesión extraordinaria 35-2018 y plantea modificarlo de la siguiente manera:

- Excluir el conocimiento del punto 1.3 de la agenda *“Recursos de reposición interpuestos por el Consejero del Usuario, Geiner Gamboa Piedra -c.c. Heiner Gamboa Piedra- y Melvin Solís Blanco, contra las resoluciones RJD-219-2017*

y RJD-220-2017 de la Junta Directiva. Expediente CE-006-2016. Oficio 376-DGAJR-2018 del 10 de abril de 2018”, en vista de que no contó con los documentos con suficiente antelación y necesita tiempo para analizarlos.

- Excluir el conocimiento del punto 2.7 “Denuncia planteada por Cooperoble R.L., contra Autotransportes Cuatro por Tres S.A. Expediente OT-077-2011. Oficios 1069-DGAJR-2017, 155-DGAU-2018 y 130-CDR-2018, esto a solicitud de la Dirección General de Atención al Usuario (oficio 2378-DGAU-2018).

La señora **Xinia Herrera Durán** somete a votación los planteamientos y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes:

ACUERDO 01-35-2018

Aprobar el Orden del Día, con las siguientes modificaciones:

- Excluir el conocimiento del punto 1.3 de la agenda “Recursos de reposición interpuestos por el Consejero del Usuario, Geiner Gamboa Piedra -c.c. Heiner Gamboa Piedra- y Melvin Solís Blanco, contra las resoluciones RJD-219-2017 y RJD-220-2017 de la Junta Directiva. Expediente CE-006-2016. Oficio 376-DGAJR-2018 del 10 de abril de 2018”, en vista de que la señora Xinia Herrera Durán no contó con los documentos con suficiente antelación y necesita tiempo para analizarlos.
- Excluir el conocimiento del punto 2.7 “Denuncia planteada por Cooperoble R.L., contra Autotransportes Cuatro por Tres S.A. Expediente OT-077-2011. Oficios 1069-DGAJR-2017, 155-DGAU-2018 y 130-CDR-2018, esto a solicitud de la Dirección General de Atención al Usuario (oficio 2378-DGAU-2018 del 25 de mayo de 2018).

El Orden del Día ajustado a la letra dice:

1. Aprobación el Orden del Día.
2. Asuntos resolutivos.
 - 2.1 Ampliación con el oficio 061-DGAJR-2018, correspondiente a la atención del recurso de apelación, interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RIE-053-2017, en cuanto al análisis del punto A del argumento del recurso. Expediente ET-020-2017. Oficio 409-DGAJR-2018 del 18 de abril de 2018.
 - 2.2 Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RJD-225-2017. Expediente OT-039-2016. Oficio 373-DGAJR-2018 del 9 de abril de 2018.
 - 2.3 Recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (estación de servicio Coopetaxi R.L.), contra la resolución RRG-519-2017. Expediente OT-047-2013. Oficio 490-DGAJR-2018 del 7 de mayo de 2018.
 - 2.4 Recurso de apelación interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón en representación del señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011 del Comité de Regulación. Expediente ET-126-2011. Oficio 472-DGAJR-2018 del 2 de mayo de 2018.
 - 2.5 Solicitud de autorización para ceder la concesión de servicio público de generación de energía, otorgada a Hidroeléctrica Platanar S. A., mediante la resolución RJD-171-2009, del 13 de julio de 2009, al Consorcio Coopelesca Generación R.L. Expediente CE-001-2009. Oficios 0307-IE-2018 y 0306-IE-

2018, ambos del 12 de marzo de 2018 y 408-DGAJR-2018 del 18 de marzo de 2018.

- 2.6 Informe final del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio seguido contra Servicentro Nicoya S.A. Expediente OT-127-2014. Oficios 874-DGAU-2018 y 873-DGAU-2018, ambos del 26 de febrero de 2018 y 130-CDR-2018 del 20 de marzo de 2018.
- 2.7 Informe final de instrucción sobre el archivo del procedimiento de declaratoria de la caducidad del permiso de operación a nombre de la sociedad Transportes R y R de Limón S.A. Expediente OT-18-2014. Oficios 808-DGAJR-2017 del 18 de setiembre de 2017 y 130-CDR-2018 del 20 de marzo de 2018.
- 2.8 Informe final de instrucción sobre el archivo por falta de mérito del procedimiento de declaratoria de la caducidad del permiso de operación de la ruta 1217 a nombre del señor Luciano Jaime Gutiérrez. Expediente OT-245-2014. Oficios 801-DGAJR-2017 del 14 de setiembre de 2017 y 130-CDR-2018 del 20 de marzo de 2018.
- 2.9 Informe final de instrucción sobre el archivo del procedimiento de declaratoria de la caducidad del permiso de operación otorgado a nombre de la empresa Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada. Expediente OT-235-2014. Oficios 810-DGAJR-2017 del 18 de setiembre de 2017 y 130-CDR-2018 del 20 de marzo de 2018.
- 2.10 Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., contra la resolución RRG-819-2016. Expediente AU-475-2012. Oficio 501-DGAJR-2018 del 11 de mayo de 2018.

CAPÍTULO III. ASUNTOS RESOLUTIVOS.

A las ocho horas y treinta y tres minutos ingresan al salón de sesiones, los señores (a): Carol Solano Durán, directora general de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; Daniel Fernández Sánchez y Edwin Espinoza Mekbel, funcionarios de esa Dirección, a participar en la presentación de los temas objeto de los siguientes cuatro artículos.

ARTÍCULO 3. Ampliación del oficio 061-DGAJR-2018, correspondiente a la atención del recurso de apelación, interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RIE-053-2017, en cuanto al análisis del punto A, del argumento del recurso. Expediente ET-020-2017.

En cumplimiento del acuerdo 11-12-2018 del acta de la sesión 12-2018 celebrada el 02 de marzo de 20158, la Junta Directiva conoce del oficio 409-DGAJR-2018 del 18 de abril de 2018, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remite la ampliación del oficio 061-DGAJR-2018, correspondiente a la atención del recurso de apelación, interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RIE-053-2017. Expediente ET-020-2017.

El señor **Daniel Fernández Sánchez** se refiere a los antecedentes de interés, dentro de los cuales cita que, mediante el acuerdo 11-12-2018 del acta de la sesión 12-2018, la Junta Directiva solicitó una ampliación del oficio 061-DGAJR-2018 en cuanto análisis del punto A) del argumento expuesto por el ICE, sobre la fundamentación de la ecuación propuesta. Por lo anterior, las restantes recomendaciones del informe 061-DGAJR-2018 se mantienen incólumes.

Analizado el recurso de apelación, interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RIE-053-2017, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con los oficios

061-DGAJR-2018 y 409-DGAJR-2018, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes:

RESULTANDO:

- I. Que el 30 de noviembre de 2011, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-163-2011, publicada en La Gaceta N° 245, del 21 de diciembre de 2011, aprobó el *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”* (folios 717 al 735, expediente OT-28-2011).
- II. Que el 20 de marzo de 2014, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-027-2014, publicada en el Alcance N° 10, a La Gaceta N° 65, del 2 de abril de 2014, aprobó la *“Modificación de las metodologías de fijación de tarifas para generadores privados de energía eléctrica con recursos renovables”* (folios 514 al 619, expediente OT-122-2013).
- III. Que el 8 de febrero de 2016, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-17-2016, publicada en el Alcance Digital N° 17, a La Gaceta N° 31, del 15 de febrero de 2016, aprobó la *“Modificación de las Metodologías de Fijación de Tarifas para Generadores Privados de Energía Eléctrica con Recursos Renovables”* (folios 593 al 609, expediente OT-082-2015).
- IV. Que el 31 de marzo de 2017, la Intendencia de Energía (IE), mediante el oficio 0381-IE-2017, solicitó al Departamento de Gestión Documental la apertura del expediente, y a la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU), la convocatoria a audiencia pública, para la aplicación de oficio del *“Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas”* (folios 1 y 2).

- V.** Que el 19 y 24 de abril de 2017, se publicó la convocatoria a audiencia pública en el Alcance Digital N° 82, a La Gaceta N° 73 (folios 42 y 43), y en los diarios de circulación nacional Diario Extra y La Teja (folios 26 y 27).
- VI.** Que el 31 de mayo de 2017, se realizó la audiencia pública, según consta en el acta N° 31-2017 (folios 86 al 91).
- VII.** Que el 5 de junio de 2017, la DGAU, mediante el oficio 1756-DGAU-2017, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias (folios 124 y 125).
- VIII.** Que el 20 de junio de 2017, la IE, mediante la resolución RIE-053-2017, publicada en el Alcance Digital N° 152, a La Gaceta N° 120, del 26 de junio de 2017, fijó la banda tarifaria para todos los generadores privados eólicos nuevos, que firmen un contrato para la venta al Instituto Costarricense de Electricidad (folios 172 al 201).
- IX.** Que el 26 de junio de 2017, el ICE, interpuso recurso de revocatoria y apelación, contra la resolución RIE-053-2017 (folios 158 al 164).
- X.** Que el 25 de agosto de 2017, la IE, mediante la resolución RIE-091-2017, rechazó por el fondo el recurso de revocatoria, interpuesto por el ICE, contra la resolución RIE-053-2017 (folios 221 al 227).
- XI.** Que el 30 de agosto de 2017, el ICE, presentó su expresión de agravios (folios 202 al 207).
- XII.** Que el 31 de agosto de 2017, la IE, mediante el oficio 1313-IE-2017, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP (folios 238 al 239).
- XIII.** Que el 1 de setiembre de 2017, mediante el memorando 672-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y

Regulatoria (DGAJR), el recurso de apelación, interpuesto por el ICE, contra la resolución RIE-053-2017 (folio 242).

- XIV.** Que el 16 de enero de 2018, la DGAJR, mediante el oficio 0061-DGAJR-2018, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación, interpuesto por el ICE, contra la resolución RIE-053-2017.
- XV.** Que el 18 de abril de 2018, la DGAJR, mediante el oficio 409-DGAJR-2018, amplió el oficio 061-DGAJR-2018, correspondiente a la atención del recurso de apelación, interpuesto por el ICE, contra la resolución RIE-053-2017, en cuanto al análisis del punto A del argumento del recurso.
- XVI.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que de los oficios 0061-DGAJR-2018 y 409-DGAJR-2018 arriba citados, que sirven de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución RIE-053-2017 es el ordinario de apelación, al cual le resulta aplicable lo dispuesto en los artículos del 342 al 352 de la LGAP.

2. Temporalidad

La resolución recurrida fue notificada el 22 de junio de 2017 (folios 196 y 200) y la impugnación fue planteada el 26 de junio de 2017 (folio 158).

Conforme a los artículos 240 inciso 1), 256 inciso 3) y 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de apelación debe interponerse en el plazo de tres días hábiles, contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 27 de junio de 2017.

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado por ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta dentro del plazo de ley.

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que el ICE, es parte en el procedimiento -por lo que está legitimada para actuar en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 275 de la LGAP.

4. Representación

El recurso de apelación fue interpuesto por el señor Guillermo Alan Alvarado, en su condición de apoderado especial administrativo del ICE, según poder especial administrativo, visible a folios 163 y 164.

Dicho todo lo anterior, se concluye que el recurso de apelación, interpuesto por el ICE, contra la resolución RIE-053-2017, resulta admisible, por haber sido interpuesto en tiempo y forma.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

En cuanto al argumento de inconformidad de la recurrente, este órgano asesor, procede a realizar las siguientes valoraciones:

Sobre la inconformidad en cuanto a la inconsistencia indicada por la IE con respecto a la fórmula de ajuste propuesta por el ICE, para el cálculo de los costos de explotación (folio 158 al 162, 202 al 206).

La recurrente afirmó que no existe inconsistencia en la fórmula de ajuste que propuso (mediante el oficio 0257-231-2017, como parte de su oposición presentada en audiencia pública), para el cálculo de los costos de explotación internacional, de la fuente “IRENA: Renewable Energy Technologies: Cost Analysis Series Wind Power”, que deben utilizarse para la fijación de la banda tarifaria; tal como lo manifestó la IE, en la respuesta a la oposición contenida en la resolución recurrida (RIE-053-2017) y mediante la resolución que resolvió el recurso de revocatoria (RIE-091-2017).

En relación con los costos de explotación, la resolución RJD-163-2011 “Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas” estableció:

“vi. Costos de Explotación (CE). *Entre los Costos de Explotación se contemplan tanto los costos variables de operación (aquellos gastos que se presentan exclusivamente cuando se lleva a cabo el proceso productivo tales como: impuestos asociados a la producción, repuestos y otros materiales consumibles durante el*

proceso productivo) como los costos fijos (aquellos gastos inevitables e independientes de si la planta opera o no tales como: pólizas de seguro, permisos, personal permanente, asesorías técnicas, administrativos, etcétera). Es importante señalar que corresponden a gastos efectivos, y por tanto, no debe incluirse la depreciación, ni los gastos financieros ni los impuestos asociados a utilidades o ganancias.

En general los costos de explotación dependen fundamentalmente del recurso fuente y pueden ser definidos con base en el análisis de plantas existentes, pero teniendo en cuenta que servirán de señal para la optimización de los procesos productivos. En todo caso, representan una porción menor dentro de la estructura de costos de la industria.

El costo de explotación representa los costos necesarios para mantener y operar una planta eólica en condiciones normales para nuestro país. No incluye gastos de depreciación, gastos financieros e impuestos asociados a las utilidades o ganancias.

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

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

Si dada la muestra se requiere actualizar el valor de alguna planta para hacerla comparable con respecto a otra información, la indexación se efectuará utilizando el Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos (IPP - EEUU) o el Índice de Precios al Productor Industrial de Costa Rica (IPPI-CR), según sea el caso, con el fin de poder contar con una serie de datos comparables en términos reales. Igualmente podrán utilizarse otros índices de precios, siempre que estos sean apropiados según el tipo de ajustes que se realicen.

En la base de datos se privilegiarán los datos de plantas con capacidad instalada semejante a las plantas a las cual se calcula la tarifa, siempre que exista información confiable y verificable sobre ellas. En caso que no sea posible contar con información basada en este tamaño de planta, se podrá utilizar la información disponible, aunque no sea de plantas de igual tamaño, realizando los ajustes correspondientes. Si es necesario, la información obtenida para determinar el costo de explotación podrá ser depurada para hacerla comparable con el tipo de plantas que se pretende tarifar.

El costo unitario anual de explotación está determinado por la muestra elegida, en la que pueden utilizar tanto plantas nacionales como internacionales, existentes y en operación. Este se obtiene del producto del peso relativo y el costo de explotación por kWh de las plantas de la muestra.

Si no es posible obtener datos puntuales de plantas individuales que permita calcular este parámetro, de forma razonada se podrá

recurrir a bibliografía complementaria, siempre que esta sea de fuentes confiables, imparciales y públicas.

La actualización de los costos de explotación se hará recalculando su valor a partir de la incorporación continua de nuevos valores a la muestra, con base en los criterios definidos en párrafos anteriores de esta sección.” (Folios 730 y 731, expediente OT-28-2011)

Así las cosas, la fórmula de cálculo de los costos de explotación no está definida en la metodología, por lo que su cálculo resulta discrecional, no obstante, debe mantener consistencia con el modelo vigente (supra citado).

En este caso particular, a partir de los datos de la fuente IRENA expresados por unidad de kWh, se calcularon los costos de explotación por unidad de Kw, según la tabla 4.3 (hoja "Costo de Explotación", archivo "0831-IE-2017 Aplicación Tarifaria GPE Nuevas FINAL mvc mm", folio 157) del oficio 0831-IE-2017, que sirvió de base para la resolución recurrida (folio 174):

Tabla 4.3

País	Costo USD/kWh	Costo USD/kWh	FP	Horas	E	Datos 2011 USD/kw	Datos Ene 2017
Austria	0,038	0,038	45,86%	8.760	4.017,3	152,66	149,91
Holanda	0,013-0,017	0,015	45,86%	8.760	4.017,3	60,26	59,18
Noruega	0,020-0,037	0,0285	45,86%	8.760	4.017,3	114,49	112,44
Es paña	0,027	0,027	45,86%	8.760	4.017,3	108,47	106,52
Suecia	0,010-0,033	0,0215	45,86%	8.760	4.017,3	86,37	84,82
Suiza	0,043	0,043	45,86%	8.760	4.017,3	172,75	169,64
USA	0,01	0,01	45,86%	8.760	4.017,3	40,17	39,45
Promedio						105,02	103,14

Dichos costos de explotación (penúltima columna) se calcularon por medio de la siguiente ecuación definida por la IE:

$$CE_{[\$/kW]} = CE_{[\$/kWh]} * FP_{CR} * 8760$$

Donde:

$CE_{[\$/kW]}$: Costo de explotación, en $\$/kW$

$CE_{[\$/kWh]}$: Costo de explotación, en $\$/kWh$

FP_{CR} : factor de planta de Costa Rica

A modo de ejemplo se toma el caso de Austria (primer renglón del cuadro supra indicado):

$$CE_{[\$/kW]} = CE_{[\$/kWh]} * FP_{CR} * 8760$$

$$CE_{Austria[\$/kW]} = CE_{Austria[\$/kWh]} * FP_{CR} * 8760$$

$$CE_{Austria[\$/kW]} = (0,038) * (0,4586) * 8760$$

$$CE_{Austria[\$/kW]} = 152,66$$

Ahora se indexa $CE_{Austria[\$/kW]}$ según la casilla B25, hoja "BLS Data IPP", archivo "0831-IE-2017 Aplicación Tarifaria GPE Nuevas FINAL mvc mm", folio 157.

$$CE_{Austria[\$/kW],2017} = 152,66 * (0,9820)$$

$$CE_{Austria[\$/kW],2017} = 149,91$$

Continuando con el análisis, para dar respuesta a este argumento, se analizó la fórmula de ajuste propuesta por la recurrente, así como su fundamentación, según el contenido de la oposición presentada en audiencia pública, así como el recurso de apelación y la expresión de agravios.

Al respecto, es oportuno destacar que la recurrente citó fuentes de información que respaldan su planteamiento en cuanto a la existencia de una "relación inversa entre los costos y el factor de planta" (folios 47 y 48), es decir, que los costos de explotación de las plantas eólicas disminuyen debido al aumento del factor de planta (folio 46)

Asimismo, el ICE afirmó que los costos de explotación de las plantas eólicas son proporcionales al factor de planta, tanto en Europa como en Costa Rica (folio 48). Por lo tanto planteó las siguientes ecuaciones:

$$CE_i = \alpha_1 FP_i$$

$$CE_{CR} = \alpha_2 FP_{CR}$$

Donde:

CE_i : Costo de explotación internacional

CE_{CR} : Costo de explotación de Costa Rica

FP_i : factor de planta internacional

FP_{CR} : factor de planta de Costa Rica

α_1, α_2 : constante que relaciona, para cada región,
el factor de planta con los costos de explotación

La recurrente asumió que los parámetros α_1 y α_2 son iguales, por lo que al despejar las ecuaciones anteriores se obtiene lo siguiente (folio 49):

$$CE_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR}}{FP_i}$$

Empleando el anterior resultado, la recurrente llegó a la ecuación que propuso para el cálculo del costo total de explotación de Costa Rica (CET_{CR}):

$$CET_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR} Energía_{CR}}{FP_i} \text{ (folio 49)}$$

$$CET_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR}^2 8760}{FP_i} \text{ (folio 160)}$$

Como resultado del análisis de la ecuación propuesta por la recurrente, este órgano asesor procede a destacar los siguientes puntos:

A. Sobre la fundamentación de la ecuación propuesta.

Como parte de su fundamentación, a partir de su valoración de fuentes de información, la recurrente afirmó "...el factor de planta de un proyecto eólico no depende únicamente de las características físicas de las turbinas, sino que es el resultado de la interacción de múltiples variables, tales como el diseño mismo de la turbina eólica (si la turbina es más eficiente, produce más energía, incrementando el factor de planta), potenciales restricciones de operación (si debido a estas restricciones hay corte de energía, por ejemplo, se reduce la producción, reduciendo el factor de planta), pero más importante aún, de la naturaleza y calidad del recurso viento (si éstas mejoran, hay una mayor producción aumentando el factor de planta)." (folio 47)

En consideración de la anterior afirmación, en relación con el supuesto que asumió la recurrente ($\alpha_1 = \alpha_2$), este órgano asesor encuentra que son incongruentes. Lo anterior, es producto de la contradicción entre considerar la igualdad de las constantes que relacionan, el factor de planta de Costa Rica y los internacionales, con los costos de explotación de ambos lugares; a la vez que afirmó -en la cita supra- que el factor de planta de un proyecto eólico, es el resultado de la interacción de múltiples variables propias e individuales del proyecto.

En otras palabras, si el factor de planta de un proyecto eólico es el resultado de la interacción de sus múltiples variables propias e individuales, no es válido asumir que las constantes que relacionarían el factor de planta con los costos de explotación son iguales, entre Costa Rica y los diferentes países.

De esta forma, se considera incongruente la fundamentación de la ecuación

($CET_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR}^2 8760}{FP_i}$) propuesta por la recurrente.

(...)"

Del oficio 409-DGAJR-2018, se extrae lo siguiente:

"(...)

A. Sobre la fundamentación de la ecuación propuesta

En cuanto a la existencia de una "relación inversa entre los costos y el factor de planta" indicada por el ICE (folios 47 y 48), es decir, que los costos de explotación de las plantas eólicas disminuyen debido al aumento del factor de planta (folio 46) y que los costos de explotación de las plantas eólicas son proporcionales al factor de planta, tanto en Europa como en Costa Rica (folio 48), la recurrente planteó las siguientes ecuaciones:

$$CE_i = \alpha_1 FP_i$$
$$CE_{CR} = \alpha_2 FP_{CR}$$

Donde:

CE_i: Costo de explotación internacional

CE_{CR}: Costo de explotación de Costa Rica

FP_i: factor de planta internacional

FP_{CR}: factor de planta de Costa Rica

α₁, α₂ : constante que relaciona, para cada región, el factor de planta con los costos de explotación

Como la recurrente asumió que los parámetros α₁ y α₂ son iguales, al despejar las ecuaciones anteriores se obtiene lo siguiente (folio 49):

$$CE_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR}}{FP_i}$$

$$CE_{CR} = CE_i * \frac{FP_{CR}}{FP_i}$$

En este punto es importante destacar que considerando que el factor de planta en Costa Rica es de 0,4586 y que este valor es mayor a los factores de planta internacionales, los cuales para este caso oscilan entre 0,01 y 0,43 (según segunda columna del Cuadro N°3, folio 50), entonces aplicando la ecuación anterior siempre se van a obtener costos de explotación de Costa Rica mayores a los costos de explotación internacionales (ya que $\frac{FP_{CR}}{FP_i} > 1$), lo cual se contrapone al planteamiento del recurrente en cuanto a la “relación inversa entre los costos y el factor de planta” y que según indicó, resulta en costos de explotación menores a los calculados por la IE.

Ahora bien, con el objetivo de expresar la relación inversa entre los costos de explotación y el factor de planta se plantean las siguientes ecuaciones, las cuales efectivamente consideran esta relación:

$$CE_i = \frac{\alpha_1}{FP_i}$$

$$CE_{CR} = \frac{\alpha_2}{FP_{CR}}$$

Donde:

CE_i: Costo de explotación internacional

CE_{CR}: Costo de explotación de Costa Rica

FP_i: factor de planta internacional

FP_{CR} : factor de planta de Costa Rica

α_1, α_2 : constante que relaciona, para cada región,
el factor de planta con los costos de explotación

E igualmente asumiendo que los parámetros α_1 y α_2 son iguales, al despejar las ecuaciones anteriores se obtiene:

$$CE_{CR} = \frac{CE_i FP_i}{FP_{CR}}$$

$$CE_{CR} = CE_i * \frac{FP_i}{FP_{CR}}$$

En este caso, aplicando la ecuación anterior, se obtienen costos de explotación en Costa Rica menores a los costos de explotación internacionales (ya que $\frac{FP_i}{FP_{CR}} < 1$), lo cual se apega al planteamiento de la recurrente en cuanto a la existencia de una “relación inversa entre los costos y el factor de planta” y que según indicó, resulta en costos de explotación menores a los calculados por la IE.

De esta forma, se identificaron elementos adicionales para desacreditar la ecuación planteada por la recurrente, en cuanto al cálculo de los costos de explotación.

B. Análisis de las dimensiones de la ecuación propuesta

Respecto al análisis de las dimensiones, en cuanto a la propuesta del ICE, en la resolución recurrida, RIE-053-2017, la IE dictó:

“Unja (sic) vez valorada el fondo de la posición, incluyendo el desarrollo y análisis de la fórmula de ajuste enumerada en este informe con (Ecuación 1) así como la tabla de datos adjuntada, la IE procedió a determinar las unidades resultantes que dicta dicha ecuación. Por lo tanto, según la ecuación presentada, se tiene lo siguiente:

$$CET_{CR} = \frac{CE_i * FP_{CR}}{FP_i} * Energía_{CR}$$

Sustituyendo por las unidades respectivas que indica el petente en el desarrollo de la ecuación mencionada, se tiene lo siguiente:

$$(US\$ / kW) ? \frac{(US\$/kW) * (\%_{CR})}{(\%_i)} * (\%_{CR} * Hrs)$$

Por lo tanto, el desarrollo del lado derecho de la ecuación debería de dar como resultado las mismas unidades en que está expresado el lado izquierdo; sin embargo, eso no sucede, lo cual se demuestra a continuación:

$$(US\$ / kW) ? \frac{(US\$/kW) * (\%_{CR})}{(\%_i)} * (\%_{CR} * Hrs)$$

$$(US\$ / kW) ? (US\$/kW) * (\%_{CR}) / (\%_i) * (\%_{CR} * Hrs)$$

Por lo tanto:

$$(US\$ / kW) \neq (US\$/kW) * (\%_{CR}^2) / (\%_i) * (Hrs) (2)$$

La anterior desigualdad demuestra que existe una inconsistencia entre el fundamento en prosa de la fórmula de ajuste explicada extensamente y el desarrollo propiamente de la fórmula de ajuste.” (folios 192 a 193)

En relación con este tema, el ICE por medio del recurso de revocatoria que se analiza en esta oportunidad argumentó:

“La unidad de porcentaje (%) al final de las ecuaciones (2) y (5) corresponden a un factor de planta.

Método de cálculo de la intendencia de Energía:

$$CE_{CR} = \frac{USD}{KW} * \% (2)$$

Propuesta de cálculo del ICE;

$$CET_{CR} = \frac{USD}{KW} * \% (5)$$

*Considerando lo anterior, la unidad de porcentaje (%) de las ecuaciones (2) y (5), pueden eliminarse, de manera que la unidad resultante del cálculo del CE_{CR} (costo de explotación de acuerdo con la metodología utilizada por la IE) y el CET_{CR} (costo de explotación de acuerdo con la propuesta del ICE presenta en el documento de oposición) es **USD/kW** en ambos casos.*

Se demuestra de esta manera, que las unidades en que se expresa el costo de explotación a utilizar en la fijación tarifaria de acuerdo con la metodología utilizada por el IE y la propuesta por el ICE son las mismas, ecuación (2) y (5), y no existe inconsistencia alguna en las unidades.” (folios 160 y 161)

Adicionalmente, en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria, RIE-091-2017, la IE señaló:

“Al respecto se le indica al recurrente que luego de hacer las valoraciones correspondientes, acerca de las unidades en que está expresado el CE_i definido por el ICE, se tiene lo siguiente:

En la oposición del ICE presentada en la audiencia pública el 31 de mayo de 2017, el recurrente definió lo siguiente (folio 48):

“Donde:

$CE_i =$ Costo de Explotación Internacional USD/kW”

Se puede ver claramente que, el recurrente definió el CE_i como el costo de explotación internacional expresado en unidades de dólares estadounidenses por kilowatt (USD/kW).

De acuerdo con la información aportada por el opositor, la IE procedió a verificar las unidades resultantes entre la fórmula de ajuste y la información ambos aportados por el ICE, y en donde se recomendó no acoger dicha posición al concluir que:

“(…)

existe una inconsistencia entre el fundamento en prosa de la fórmula de ajuste explicada extensamente y el desarrollo propiamente de la fórmula de ajuste.”

Esta inconsistencia se presenta al determinar que las unidades resultantes no coinciden entre la fórmula de ajuste y la información, ambos aportados por el ICE (folio 147).

Ahora bien, en el presente recurso de revocatoria contra la resolución recurrida RIE-053-2017, el recurrente indica que lo resuelto por la IE en aquella ocasión no lleva razón en los argumentos para no acoger la propuesta [de la fórmula de ajuste] del ICE.

Para demostrar dicha afirmación, el ICE adjunta un “desarrollo paso a paso” (folio 158), pero lo hace, definiendo el CE_i , de una manera distinta a lo anteriormente aportado, a saber (folio 159):

“Donde:

(...)

CE_i = Costo de explotación internacional en USD/kWh”.

Como se puede ver, el recurrente define el CE_i como el costo de explotación internacional expresado en unidades de dólares estadounidenses por kilowatt-hora (USD/kWh).

Por lo tanto, se desprende de lo anterior, que la diferencia entre las dos definiciones del CE_i se encuentra en las unidades utilizadas: en la primera definición no tiene horas en el denominador (USD/kW), mientras que en la segunda sí lo tiene (USD/kWh).

Si bien, el recurrente indica que lo resuelto por la IE en aquella ocasión no lleva razón en los argumentos para no acoger la propuesta del ICE, y lo

demuestra aportando un desarrollo paso a paso; lo cierto del caso es que lo alega **redefiniendo**, en el presente recurso de revocatoria, las unidades en que están expresado el CE_i : pasan de dólares estadounidenses por kilowatt (USD/kW) en la audiencia pública, a dólares estadounidenses por kilowatt-hora (USD/kWh).

El procedimiento propuesto por el ICE en la oposición (folio 162), difiere de lo presentado en el recurso, específicamente en la definición del CE_i , tal y como se ha explicado.

En virtud de lo anterior, el ICE pretende modificar por medio de este recurso, el error en que incurrió a la hora de presentar su oposición, que es precisamente la inconsistencia citada, por lo que se considera que este no es el momento procesal oportuno para adjuntar nueva información en el expediente o precisar la que ya existe en él.”(folios 223 a 224, el destacado es del original)

Relacionado con todo lo anterior, en la expresión de agravios, el ICE afirmó, en cuanto a los costos de explotación:

“En este caso es evidente que estamos ante un error material, una simple equivocación en la transcripción o tabulación de una referencia que se hizo en el documento de oposición presentado por mi representada, por cuanto se utilizó USD/kW cuando lo correcto es USD/kWh, ...

Sin embargo nótese que tanto en el escrito de oposición, como en el recurso de revocatoria es claro que todo el análisis realizado se hizo tomando en consideración que el costo de explotación está expresado correctamente en kWh.” (folio 206)

Así las cosas, respecto al desarrollo visible líneas arriba, se indica que el factor de planta (*FP*) es un término adimensional de la ecuación y por ello, en términos de magnitud, le corresponde la dimensión de 1, tal como se desprende de la siguiente cita bibliográfica (Centro Español de Metrología, 3ª edición 2012, Vocabulario Internacional de Metrología Conceptos fundamentales y generales, y términos asociados):

“(…)

1.8 (1.6)

magnitud de dimensión uno, *f*

magnitud adimensional, *f*

magnitud para la cual son nulos todos los exponentes de los factores correspondientes a las **magnitudes básicas** que intervienen en su **dimensión**

NOTA 1. Por razones históricas, es común utilizar el término “magnitud adimensional”. Esto deriva de que en la representación simbólica de la dimensión de dicha magnitud, todos los exponentes son nulos. La representación simbólica de la dimensión de “magnitud de dimensión uno” es 1, por convenio (ver ISO 31-0:1992, párrafo 2.2.6).

NOTA 2. Las **unidades de medida** y los **valores** de las magnitudes adimensionales son números, pero estas magnitudes aportan más información que un número.

NOTA 3. Algunas magnitudes adimensionales se definen como cocientes de dos magnitudes de la misma **naturaleza**.

EJEMPLOS Ángulo plano, ángulo sólido, índice de refracción, permeabilidad relativa, fracción en masa, coeficiente de rozamiento, número de Mach.

NOTA 4. Los números de entidades son magnitudes adimensionales.

EJEMPLOS Número de espiras de una bobina, número de moléculas de una muestra determinada, degeneración de los niveles de energía de un sistema cuántico.

(...)"

En consecuencia de lo anterior, este órgano asesor no comparte lo indicado por la IE en las resoluciones RIE-053-2017 y RIE-091-2017, en cuanto a asignar al factor de planta una dimensión diferente de 1.

Asimismo, en razón de que la recurrente afirmó en la expresión de agravios que "se utilizó USD/kW cuando lo correcto es USD/kWh" (folio 206), indicando que esto obedece a un error material; se procede a hacer, bajo estas condiciones, el análisis de las dimensiones de lo propuesto por la recurrente, en particular de la ecuación (3) visible a folios 49 (oposición presentada en audiencia pública) y 159 (recurso de revocatoria):

$$CET_{CR} = \frac{CE_i * FP_{CR}}{FP_i} * Energía_{CR}$$

*Ahora bien, dicha ecuación en términos de dimensiones corresponde expresarse (además considerando que $Energía_{CR} = FP * 8760$, según folio 49) de la siguiente manera:*

$$\frac{\$}{kW} = \frac{\frac{\$}{kWh} * 1}{1} * h$$

$$\frac{\$}{kW} = \frac{\frac{\$}{kWh}}{\frac{1}{1}} * h$$

$$\frac{\$}{kW} = \frac{\$}{kWh} * h$$

$$\frac{\$}{kW} = \frac{\$}{kW}$$

Así las cosas, bajo estas condiciones se modifica el planteamiento de la recurrente en cuanto a que empleando la unidad correcta, hay consistencia en cuanto a las unidades de la fórmula planteada.

Sin embargo, lo anterior no corrige su aplicación, pues según lo indicado en el criterio 061-DGAJR-2018 junto con esta ampliación al mismo, que analizó entre otros, la fundamentación y la aplicación de la ecuación propuesta por la recurrente, resulta en que se identificaron elementos suficientes para desacreditar la ecuación planteada por la recurrente, en cuanto al cálculo de los costos de explotación.

De todo lo anterior se tiene que a pesar de que no se comparte la asignación de la dimensión al factor de planta (la IE utilizó % y no 1), que se hizo en las resoluciones RIE-053-2017 y RIE-091-2017, esto no modifica las conclusiones del criterio 061-DGAJR-2018.

De la forma indicada, se tiene por ampliado el oficio 061-DGAJR-2018, en cuanto al análisis del punto A del argumento, sobre la fundamentación de la ecuación propuesta, sobre el recurso de apelación interpuesto por el ICE contra la resolución RIE-053-2017, en todo lo demás manténgase incólume el oficio mencionado.

(...)"

Continúa la transcripción del oficio 0061-DGAJR-2018:

"(...)

B. Sobre la aplicación de la ecuación propuesta

Si bien la recurrente orienta sus esfuerzos en defender la validez de la ecuación propuesta ($CET_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR}^2 8760}{FP_i}$), para calcular los resultados obtenidos en el Cuadro N.º 3 (folio 50) como parte de su oposición presentada en audiencia pública, al analizar dicho cuadro se evidencia el empleo de una fórmula distinta.

Cuadro N.º 3

País	CE USD/kWh	CE USD/kWh (1)	Fpi - rango (2)	FPI. (3) promedio columna 2/2	FPcr promedio (4)	Horas del año (5)	ENERGIAcr (6) 4 * 5	CE - 2011 USD/kW ((1*3)/4) * 6	CE - Enero 2017
Austria	0.038	0.038	20% -36%	28.00%	45.86%	8,760	4,017.33	93.21	91.53
Holanda	0,013-0,017	0.015	25% -31%	28.00%	45.86%	8,760	4,017.33	36.79	36.13
Noruega *	0,020-0,037	0.029	20% -36%	28.00%	45.86%	8,760	4,017.33	69.90	68.65
España	0.027	0.027	26% -29%	27.50%	45.86%	8,760	4,017.33	65.04	63.87
Suecia	0,010-0,033	0.022	28% -33%	30.50%	45.86%	8,760	4,017.33	57.44	56.41
Suiza *	0.043	0.043	20% -36%	28.00%	45.86%	8,760	4,017.33	105.47	103.57
USA	0.01	0.010	20% -46%	33.00%	45.86%	8,760	4,017.33	28.91	28.39
Promedio									64.08

Al respecto, para calcular los resultados de los costos de explotación de Costa Rica (penúltima columna), la recurrente empleó la ecuación $CE_{CR} = CE_i FP_i 8760$, distinta de la fórmula propuesta $CE_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR}^2 8760}{FP_i}$.

Sobre este tema, a modo de ejemplo se toma el caso de Austria (primer renglón del cuadro supra indicado):

$$CE_{CR} = CE_i * FP_i * 8760$$

$$CE_{CR} = CE_{Austria} * FP_{Austria} * 8760$$

$$CE_{CR} = (0,038) * (0,28) * 8760$$

$$CE_{CR} = 93,21$$

Ahora se indexa CE_{CR} según la casilla B25, hoja "BLS Data IPP", archivo "0831-IE-2017 Aplicación Tarifaria GPE Nuevas FINAL mvc mm", folio 157.

$$CE_{CR,2017} = 93,21 * (0,9820)$$

$$CE_{CR,2017} = 91,53$$

De forma análoga se hace el cálculo para todos los casos y se obtiene la Tabla 1, nótese que los resultados son iguales a los que alegó la recurrente a Cuadro N.º 3 (folio 50).

Tabla 1. Cálculo de los costos de explotación de Costa Rica, empleando la fórmula: $CE_{CR} = CE_i * FP_i * 8760$

País	CE_i USD/kWh	FP_i	Horas	Datos 2011 USD/kW	Datos Ene 2017
Austria	0,038	0,28	8.760	93,21	91,53
Holanda	0,015	0,28	8.760	36,79	36,13
Noruega	0,0285	0,28	8.760	69,90	68,65
España	0,027	0,275	8.760	65,04	63,87
Suecia	0,0215	0,305	8.760	57,44	56,41
Suiza	0,043	0,28	8.760	105,47	103,57
USA	0,01	0,33	8.760	28,91	28,39
				Promedio	64,08

Fuente: Elaboración propia. Los datos de CE_i se tomaron de la tercera columna de la "Tabla 4.3" citada (folio 157) y los de FP_i se tomaron de la quinta columna del "Cuadro N° 3" (folio 50)

Por otra parte, si se emplea la fórmula que planteó la recurrente, los costos de explotación resultantes son mayores a los empleados por el IE en la resolución recurrida.

En relación con lo anterior, a modo de ejemplo se toma el caso de Austria:

$$CE_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR}^2 8760}{FP_i}$$

$$CE_{CR} = \frac{CE_{Austria} FP_{CR}^2 8760}{FP_{Austria}}$$

$$CE_{CR} = \frac{(0,038) (0,4586)_{CR}^2 8760}{0,28}$$

$$CE_{CR} = 250,03$$

Ahora se indexa CE_{CR} según la casilla B25, hoja "BLS Data IPP", archivo "0831-IE-2017 Aplicación Tarifaria GPE Nuevas FINAL mvc mm", folio 157.

$$CE_{CR,2017} = 250,03 * (0,9820)$$

$$CE_{CR,2017} = 245,54$$

De forma análoga se hace el cálculo para todos los casos y se obtiene la Tabla 2. Nótese que los resultados son superiores a los que alegó la recurrente a folio 50, es decir, que los costos de explotación aumentaron en vez de la disminución que arguyó.

Tabla 2. Cálculo de los costos de explotación de Costa Rica, empleando la

$$\text{fórmula propuesta por la recurrente: } CE_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR}^2 8760}{FP_i}$$

País	CE_i USD/kWh	FP_cr	FP_i	Horas	Datos 2011 USD/kW	Datos Ene 2017
Austria	0,038	0,4586	0,28	8.760	250,03	245,54
Holanda	0,015	0,4586	0,28	8.760	98,70	96,92
Noruega	0,0285	0,4586	0,28	8.760	187,52	184,15
España	0,027	0,4586	0,275	8.760	180,89	177,63
Suecia	0,0215	0,4586	0,305	8.760	129,87	127,54
Suiza	0,043	0,4586	0,28	8.760	282,93	277,85
USA	0,01	0,4586	0,33	8.760	55,83	54,83
					Promedio	166,35

Fuente: Elaboración propia. Los datos de CE_i y FP_{CR} se tomaron, respectivamente, de la tercera y cuarta columna de la "Tabla 4.3" citada (folio 157), los de FP_i se tomaron de la quinta columna del "Cuadro N° 3" (folio 50)

Así las cosas, para calcular los resultados de los costos de explotación de Costa Rica, la recurrente empleó la ecuación

$$CE_{CR} = CE_i FP_i 8760, \text{ distinta de la fórmula que propuso, } CE_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR}^2 8760}{FP_i}.$$

En virtud de ello, existe una inconsistencia entre lo propuesto por medio de la ecuación $CE_{CR} = \frac{CE_i FP_{CR}^2 8760}{FP_i}$, y lo desarrollado en el Cuadro N° 3 supra

transcrito.

C. Inconsistencia entre la oposición y la expresión de agravios planteadas por el ICE.

Este Órgano Asesor identificó que existen diferencias entre lo argumentado en la oposición (folio 50) y la expresión de agravios (folio 203), particularmente

en cuanto a lo resultante al comparar los extractos respectivos. Las diferencias se destacaron con subrayado o enmarcado color rojo en el extracto del folio 203, con el fin de hacer notorias las variaciones identificadas.

Extracto tomado de la oposición de la recurrente (folio 50).

Extracto tomado de la expresión de agravios (folio 203, los destacados en subrayado o enmarcado color rojo no son del original):

“En el documento World Energy Perspective – Cost Of Energy Technologies 2013 en la Tabla N.º 2 “Levelised cost of onshore wind by country”, página N.º 15 utilizado por el Ente Regulador se indican los factores de planta de diferentes países y regiones con diferentes rangos, por lo que a criterio del ICE se debe de promediar el factor de planta para que sea consistente con el costo de explotación promedio, obteniéndose los factores mostrados en la siguiente tabla. Aplicando la ecuación N.º 3, se obtienen los valores mostrados en el cuadro N.º 3.

$$\text{Ecuación N.º 3: } CET_{CR} = \frac{CE_i * FP_{CR}}{FP_i} * \text{Energía}_{CR}$$

Cuadro N.º 3

País	CE USD/kWh	CE USD/kWh (1)	Fpi - rango (2)	FPI (3) promedio columna 2/2	FPcr promedio (4)	Horas del año (5)	ENERGIACr (6) 4 * 5	CE - 2011 USD/kW ((1*3)/4)*6	CE - Nov. 2016
Austria *	0.038	0.04	20% -36%	28.00%	45.32%	8,760	3,969.61	93.21	90.35
Holanda	0,013-0,017	0.02	25% -31%	28.00%	45.32%	8,760	3,970.03	36.79	35.66
Noruega *	0.020-0,037	0.03	20% -36%	28.00%	45.32%	8,760	3,970.03	69.90	67.76
España	0.027	0.03	26% -29%	27.50%	45.32%	8,760	3,970.03	65.04	63.05
Suecia	0,010-0,033	0.02	20% -36%	28.00%	45.32%	8,760	3,970.03	52.74	51.12
Suiza *	0.043	0.04	20% -36%	28.00%	45.32%	8,760	3,970.03	105.47	02.24
USA	0.01	0.01	20% -26%	23.00%	45.32%	8,760	3,970.03	20.15	19.53
Fuente:	Promedio							61.39	

En el documento World Energy Perspective – Cost Of Energy Technologies 2013 en la Tabla N.º 2 “Levelised cost of onshore wind by country”, página N.º 15 utilizado por el ente regulador, se indican los factores de planta de diferentes países y regiones con diferentes rangos, por lo que a criterio del ICE se debe de promediar el factor de planta para que sea consistente con el costo de explotación promedio, aplicando la ecuación N.º 3, se obtienen los valores mostrados en el cuadro N.º 3.

$$\text{Ecuación N.º 3: } CET_{CR} = \frac{CE_i * FP_{CR}}{FP_i} * \text{Energía}_{CR}$$

Por lo tanto, existen inconsistencias entre lo argumentado por la recurrente en la oposición y la expresión de agravios.

De todo lo anterior, considerando las inconsistencias señaladas, se desprende que hay elementos suficientes para desacreditar la ecuación planteada por la recurrente (en la oposición, en el recurso de apelación y en la expresión de agravios), en cuanto al cálculo de los costos de explotación.

Asimismo, este órgano asesor tampoco observa, a partir de los elementos presentados por la recurrente, que la IE por medio de la resolución recurrida se apartara de las reglas unívocas de la ciencia o la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (sana crítica), tal y como lo dispone el ordenamiento jurídico.

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

En cuanto al error material señalado por la recurrente en la expresión de agravios, se desprende de lo analizado, que no modifica lo actuado por la IE en la resolución recurrida.

V. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación, interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RIE-053-2017, resulta admisible, por haber sido interpuesto en tiempo y forma.*

- 2. El factor de planta de un proyecto eólico es el resultado de la interacción de múltiples variables propias e individuales, no resulta válido asumir sin justificación alguna que las constantes que relacionarían el factor de planta con los costos de explotación son iguales, entre Costa Rica y los demás sitios en el extranjero.*
- 3. Para calcular los resultados de los costos de explotación de Costa Rica, la recurrente empleó una ecuación distinta de la fórmula que propuso.*
- 4. Existen inconsistencias entre lo argumentado por la recurrente en la oposición y lo expuesto en la expresión de agravios.*
- 5. Se identificaron elementos suficientes para desacreditar la ecuación planteada por la recurrente, en cuanto al cálculo de los costos de explotación.*
- 6. No se observa, a partir de los elementos presentados por la recurrente, que la resolución recurrida incumpla con fundamentarse de conformidad con las reglas unívocas de la ciencia o la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (sana crítica), tal y como lo dispone el ordenamiento jurídico.*

[...]"

- II.** Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar sin lugar, el recurso de apelación, interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RIE-053-2017. **2.-** Agotar la vía administrativa. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda, tal y como se dispone.

- III. Que en la sesión extraordinaria 35-2018, del 25 de mayo de 2018, cuya acta fue ratificada el 12 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 0061-DGAJR-2018 y 409-DGAJR-2018, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 02-35-2018

- I. Declarar sin lugar, el recurso de apelación, interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RIE-053-2017.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Trasladar el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 4. Recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RJD-225-2017. Expediente OT-039-2016.

La Junta Directiva conoce del oficio 373-DGAJR-2018 del 9 de abril de 2018, mediante cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de reposición y gestión de nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RJD-225-2017. Expediente OT-039-2016.

El señor **Daniel Fernández Sánchez** se refiere a los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el recurso, sobre la base de lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 373-DGAJR-2018 la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes:

RESULTANDO:

- I. Que el 16 de marzo de 2016, la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR), mediante el oficio 48-CDR-2016, remitió al entonces presidente de la Junta Directiva, la propuesta metodológica titulada “*Metodología ordinaria y extraordinaria para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación eléctrica con residuos sólidos municipales (RSM)*” (en adelante, metodología de residuos sólidos); recomendando a la Junta Directiva, someter la propuesta al trámite de audiencia pública (folios 27 al 61).
- II. Que el 17 de marzo de 2016, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, mediante el acuerdo N.º 06-17-2016, del acta de la sesión ordinaria N.º 17-2016, dispuso, entre otras cosas: “II. *Instruir al Departamento de Gestión Documental la apertura del expediente (...)*” y “III. *Solicitar a la Dirección General de Atención al Usuario que proceda a publicar la convocatoria a audiencia pública en periódicos de amplia circulación y en el diario oficial La Gaceta*” (folios 1 al 26).

- III.** Que el 4 de abril de 2016, se publicó la convocatoria a audiencia pública, en los periódicos de circulación nacional: La Teja y Diario Extra y en La Gaceta N.º 64 (folios 67 al 70).
- IV.** Que el 2 de mayo de 2016, la Dirección General de Atención al Usuario (DGAU), mediante el oficio 1717-DGAU-2016, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias (folios 248 y 249).
- V.** Que el 3 de mayo de 2016, la DGAU, mediante el oficio 1739-DGAU-2016, emitió el acta N.º 29-2016, de la audiencia pública, realizada el 27 de abril de 2016 (folios 212 al 222).
- VI.** Que el 11 de agosto de 2016, la Comisión Autónoma Ad Hoc, mediante el oficio 03-CMRSM-2016, remitió al CDR, el informe de respuesta a las posiciones presentadas en audiencia pública y la nueva versión de la metodología de residuos sólidos, introduciendo todos aquellos ajustes respectivos, de conformidad con el proceso de audiencia pública (folios 255 al 297).
- VII.** Que el 16 de agosto de 2016, el CDR y la Intendencia de Energía, mediante el oficio 184-CDR-2016 / 1120-IE-2016, remitieron al Presidente de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, la propuesta de la metodología de residuos sólidos, ajustada a partir de las oposiciones presentadas en la audiencia pública (folio 254).
- VIII.** Que el 10 de noviembre de 2016, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), mediante el oficio 1056-DGAJR-2016, emitió criterio sobre la propuesta de la metodología de residuos sólidos.
- IX.** Que el 15 de mayo de 2017, la DGAJR, mediante el oficio 461-DGAJR-2017, conforme al lineamiento indicado en el punto anterior, emitió el criterio sobre la propuesta de metodología de residuos sólidos.

- X.** Que el 21 de noviembre de 2017, la Junta Directiva, mediante la resolución RJD-225-2017, publicada en el Alcance Digital N.º 293, a La Gaceta N.º 229, del 4 de diciembre de 2017, dictó la metodología de residuos sólidos (folios 368 al 431).
- XI.** Que el 7 de diciembre de 2017, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), interpuso recurso de reposición y gestión de nulidad, contra la resolución RJD-225-2017 (folios 349 al 367).
- XII.** Que el 11 de diciembre de 2017, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 878-SJD-2017, trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el recurso de reposición y la gestión de nulidad, interpuestos por el ICE, contra la resolución RJD-225-2017 (folio 432).
- XIII.** Que el 9 de abril de 2018, la DGAJR, mediante el oficio 373-DGAJR-2018, emitió el criterio jurídico, sobre el recurso de reposición y la gestión de nulidad, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RJD-225-2017.
- XIV.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 373-DGAJR-2018 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución RJD-225-2017, es el ordinario de reposición, en los términos que señala el artículo 345 inciso 2) de la LGAP.

En cuanto a la gestión de nulidad, le resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 158 al 179 de la LGAP.

2. Temporalidad

La resolución recurrida fue notificada al recurrente, el 14 de diciembre de 2017 (folio 430), y la impugnación fue planteada el 7 de diciembre de 2017 (folio 349).

Conforme a los artículos 240 inciso 1), 256 inciso 3) y 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de apelación debe interponerse en el plazo de tres días hábiles, contados a partir de la comunicación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 15 de diciembre de 2017.

Sin embargo, del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de la interposición del recurso en análisis, resulta evidente, que el recurso fue interpuesto antes de la comunicación formal de la resolución impugnada, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 229.2 de la LGAP, resulta necesaria la aplicación supletoria del artículo 10 de la Ley 8687, el cual a la letra indica:

“ARTÍCULO 10.- Notificación que se tiene por realizada

***Se tendrá por notificada** la parte o la tercera persona interesada que, **sin haber recibido notificación formal alguna**, o recibida de manera irregular, **se apersona al proceso**, independientemente de la naturaleza de su gestión. (...)” (El resaltado y subrayado no es parte del original).*

Así las cosas, el recurso debe tenerse interpuesto en tiempo, en aplicación supletoria de la normativa supracitada.

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que según el oficio 1717-DGAU-2016 (folios 248 a 249), el ICE es parte en el procedimiento -por lo que está legitimada para actuar en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 275 y 342 de la LGAP.

4. Representación

El recurso de apelación fue interpuesto por el señor Guillermo Alan Alvarado, en su condición de apoderado especial del ICE, representación que se encuentra acreditada a folios 365 al 367.

Dicho todo lo anterior, se concluye que el recurso de reposición y la gestión de nulidad, interpuestos por el ICE, contra la resolución RJD-225-2017, resultan admisibles, por haber sido interpuestos en tiempo y forma.

(...)

IV. ANÁLISIS POR EL FONDO

En cuanto a los argumentos de inconformidad del recurrente, este órgano asesor, procede a realizar las siguientes valoraciones:

- 1. Es necesario modificar los costos de operación y mantenimiento, y los costos de inversión; así como eliminar los “costos de**

control de calidad y laboratorio” y los “costos por disposición de desechos” (folios 349 a 354).

Indicó el recurrente, que deben modificarse las definiciones de los costos de operación y mantenimiento (COMA) para que sea claro y explícito, que dichos términos sólo consideran los costos propios de la actividad de generación de electricidad, para evitar ambigüedades e interpretaciones.

En la misma línea, afirmó que la definición de COMA que debe emplearse, es la contenida en el numeral 5.2.5 de la metodología recurrida, cada vez que se defina ese concepto, lo cual se incumple con la definición visible en el numeral 2.1.

Asimismo, solicitó la eliminación de los “costos de control de calidad y laboratorio” y los “costos por disposición de desechos”, pues considera “que son actividades que deben ser realizadas independientemente si existe o no una planta de generación de electricidad, por lo tanto son actividades del proceso de tratamiento de residuos sólidos municipales.” (folio 352).

Según el recurrente, lo anterior es para que la metodología se apegue al principio de servicio al costo, según el artículo 3 de la Ley 7593 “de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio”.

Al respecto, en la siguiente tabla se comparan las modificaciones pretendidas por el recurrente, en relación con lo establecido mediante la resolución recurrida en el apartado “2.5. Costos de operación, mantenimiento y administración (COMA)”:

<p align="center">Lo dispuesto en la resolución RJD- 225-2017</p>	<p align="center">Modificación pretendida (el destacado del texto en esta columna es para resaltar la modificación solicitada)</p>
<p><i>Cp = Costo total (salario base más cargas sociales) del personal general, gerencial, técnico, operativo y administrativo necesario para operar la planta en condiciones normales, en dólares por año.</i></p>	<p><i>Cp = Costo total (salario base más cargas sociales) del personal general, gerencial, técnico, operativo y administrativo necesario para operar la planta de generación de energía eléctrica en condiciones normales, en dólares por año.</i></p>
<p><i>Cm = Costos de mantenimiento de obras civiles, mecánicas y electromecánicas. Monto necesario para brindar un mantenimiento óptimo a la infraestructura física, el equipo mecánico y electromecánico, en dólares por año.</i></p>	<p><i>Cm = Costos de mantenimiento de obras civiles, mecánicas y electromecánicas. Monto necesario para brindar un mantenimiento óptimo a la infraestructura física, el equipo mecánico y electromecánico de la planta de generación de energía eléctrica, en dólares por año.</i></p>
<p><i>Ca = Costos administrativos. Incluye los costos administrativos necesarios para la operación normal de la planta. Incluye seguridad, control de calidad, seguros y otros gastos administrativos, en dólares por año. Definidos de la siguiente manera:</i></p>	<p><i>Ca = Costos administrativos. Incluye los costos administrativos necesarios para la operación normal de la planta de generación de energía eléctrica. Incluye seguridad, control de calidad, seguros y otros gastos administrativos, en dólares por año. Definidos de la siguiente manera:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Costos por seguridad. Incluye los costos necesarios para garantizar</i>

<ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Costos por seguridad. Incluye los costos necesarios para garantizar la seguridad física de las personas funcionarias, así como de las instalaciones de la planta.</i> ▪ <i>Costos de Control de calidad y laboratorio: son erogaciones relacionadas con la supervisión de la calidad y tipo de los RSM que ingresan a la planta como los residuos que egresan de esta.</i> ▪ <i>Costos por concepto de seguros: monto destinado al pago por seguro y pólizas de la planta relacionada con la infraestructura y maquinaria, así como el personal.</i> ▪ <i>Otros rubros administrativos necesarios para el correcto funcionamiento de la planta, tales como suministros de oficina, entre otros.</i> 	<p><i>la seguridad física de las personas funcionarias, así como de las instalaciones de la planta de generación de energía eléctrica.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Costos por concepto de seguros: monto destinado al pago por seguro y pólizas de la planta de generación de energía eléctrica relacionada con la infraestructura y maquinaria, así como el personal.</i> ▪ <i>Otros rubros administrativos necesarios para el correcto funcionamiento de la planta de generación de energía eléctrica, tales como suministros de oficina, entre otros.</i>
<p><i>Cd = Costos por disposición de desechos. Gastos necesarios para el tratamiento de los</i></p>	<p><i>(Que se elimine el costo)</i></p>

<i>residuos resultantes del proceso de producción. Incluye la disposición de desechos no-peligrosos (cenizas de fondo y de caldera), así como el tratamiento/disposición de desechos peligrosos (cenizas de filtros), en dólares por año.</i>	
<i>D = Depreciación de los activos propios del proceso productivo, en dólares por año.</i>	<i>D = Depreciación de los activos propios de la planta de generación de energía eléctrica, en dólares por año.</i>

De forma análoga, el recurrente solicitó la modificación de las definiciones de los costos de inversión (CI) para que, en su opinión sea claro y explícito que dichos términos sólo consideran los costos propios de la actividad de generación de electricidad.

Al respecto, en la siguiente tabla se comparan las modificaciones pretendidas por el recurrente en relación con lo establecido mediante la resolución recurrida, en el apartado “2.6. Costo fijo por capital”:

Lo dispuesto en la resolución RJD- 225-2017	Modificación pretendida <i>(el destacado del texto en esta columna es para resaltar la modificación solicitada)</i>
Costo de la inversión (CI):	Costo de la inversión (CI):

<p>El costo de la inversión total se obtiene al sumar los rubros de inversión necesarios para poder iniciar operaciones. Incluye la planificación y supervisión de la obra, la construcción de las obras civiles y la compra de la maquinaria y equipo necesario, se determina de la siguiente manera:</p> $CI = Mp + Moc + Me + Mt + Mf$ <p>(Fórmula 7)</p>	<p>El costo de la inversión total se obtiene al sumar los rubros de inversión necesarios para que la planta de generación eléctrica pueda iniciar operaciones. Incluye la planificación y supervisión de la obra, la construcción de las obras civiles y la compra de la maquinaria y equipo necesario, se determina de la siguiente manera:</p> $CI = Mp + Moc + Me + Mt + Mf$ <p>(Fórmula 7)</p>
<p>Mp = Incluye los costos de los planos, diseños arquitectónicos y civiles, permisos de construcción, entre otros necesarios para planificación y supervisión de la construcción de la obra e instalación de los equipos necesarios, en dólares.</p>	<p>Mp = Incluye los costos de los planos, diseños arquitectónicos y civiles, permisos de construcción, entre otros necesarios para planificación y supervisión de la construcción de la obra e instalación de los equipos necesarios para la planta de generación eléctrica, en dólares.</p>
<p>Moc = Incluye los costos de la construcción de los edificios y otras obras civiles (aceras, mallas, entre otros) necesarios para iniciar operaciones, en dólares.</p>	<p>Moc = Incluye los costos de la construcción de los edificios y otras obras civiles (aceras, mallas, entre otros) necesarios para que la planta de generación eléctrica inicie operaciones, en dólares.</p>
<p>Me = Incluye el costo del equipo y maquinaria necesarios para la producción de energía a base de</p>	<p>Me = Incluye el costo del equipo y maquinaria necesarios para la producción de energía eléctrica a</p>

<i>RSM. Toma en cuenta el equipo necesario para la combustión, caldera, tratamiento de gases de chimenea, tubería y turbina de condensación, así como los relacionados con el manejo de desechos y pre-tratamiento, o bien cualquier otro equipo relacionado con el tipo de tecnología empleada en el proceso de generación eléctrica a base de RSM, en dólares.</i>	<i>base de RSM. Toma en cuenta el equipo necesario para la combustión, caldera, tratamiento de gases de chimenea, tubería y turbina de condensación, así como los relacionados con el manejo de desechos y pre-tratamiento, o bien cualquier otro equipo relacionado con el tipo de tecnología empleada en el proceso de generación eléctrica a base de RSM, en dólares.</i>
<i>Mt = Monto establecido para comprar el terreno necesario que albergará la planta, en dólares.</i>	<i>Mt = Monto establecido para comprar el terreno necesario que albergará la planta de generación eléctrica, en dólares.</i>
<i>Mf = Incluye las reservas, comisiones y otros gastos incurridos en la construcción y equipamiento de las instalaciones, debidamente justificadas, en dólares.</i>	<i>Mf = Incluye las reservas, comisiones y otros gastos incurridos en la construcción y equipamiento de las instalaciones, debidamente justificadas, y relacionados con la planta de generación de energía eléctrica en dólares.</i>

En cuanto a lo solicitado por el recurrente, nótese que la resolución recurrida, bajo su título “2. Modelo”, estableció las siguientes características, dentro de las cuales se enmarca su eventual aplicación:

- Es neutral respecto a la tecnología utilizada para la generación de energía eléctrica, a partir de residuos sólidos municipales.*

- *El inversionista deberá aportar una explicación detallada del tipo de tecnología empleada para su proceso, y deberá justificar, desde el punto de vista técnico y financiero, la separabilidad de los procesos, ingresos, costos e inversiones para la actividad de tratamiento de residuos sólidos municipales y la parte correspondiente exclusivamente a la generación eléctrica mediante éstos.*
- *El inversionista deberá presentar la divisibilidad de los procesos desde el punto de vista de costos, gastos, inversión e ingresos, comprendiendo que de manera conjunta, coexiste el tratamiento de los residuos sólidos municipales, y por otra parte, la generación de energía eléctrica; de forma que para el cálculo de la tarifa solo se incluyan los costos respectivos al proceso de generación de energía eléctrica con residuos sólidos municipales, en cuyo caso, también se deberán considerar únicamente los ingresos respectivos.*
- *Si hubiera procesos en los cuales no es posible la divisibilidad técnica de ambos procesos pues las plantas funcionan como un único módulo, en este caso, la empresa deberá justificar la imposibilidad de la divisibilidad de los procesos desde el punto de vista técnico.*
- *El inversionista deberá presentar todos los costos asociados al proceso productivo completo y por ende todos sus ingresos. En este caso en particular, la consideración por una parte de todos los costos e inversiones y por otra, de todos los ingresos respectivos, busca evitar la presencia de subsidios cruzados.*
- *En el momento procesal oportuno, en todos los casos, la Aresep realizará la revisión, análisis, valoración, depuración y validación de toda la información ingenieril, contable, financiera y económica; análisis, valoración y depuración de la información presentada por el inversionista, en cumplimiento del principio del servicio al costo.*

En cuanto a la definición de COMA, en el numeral 2.1, la metodología recurrida dispuso: “Costos totales de operación, mantenimiento y administración, en dólares por año (ver apartado 5.2.5)” a la vez que en el numeral 5.2.5 se dispuso en cuanto a ese concepto: “Se refiere a los costos de operación, mantenimiento y administración que son necesarios para mantener y operar una planta en condiciones normales en Costa Rica y que corresponden exclusivamente al servicio público de generación eléctrica con RSM. No incluye gastos financieros, ni impuesto sobre las utilidades” y particularmente, en la descripción de la variable se definió: “COMA = Costos totales de operación, mantenimiento y administración para la generación de energía eléctrica con RSM, en dólares al año”.

Sobre esa base, en cuanto a la definición de COMA, considerando que la metodología debe valorarse en su integralidad, este órgano asesor no observa, según el argumento del recurrente, incongruencias o carencias. Así las cosas, no se considera necesario variar la definición de COMA, visible en el numeral 2.1.

Por todo lo anterior, se observa que la resolución recurrida es clara en cuanto a que, al momento de la aplicación de la metodología, para cada caso particular, se realizará la revisión, análisis, valoración, depuración y validación de toda la información ingenieril, contable, financiera y económica; con el fin de establecer el grado de divisibilidad de los procesos (desde el punto de vista de costos, gastos, inversión e ingresos) en cuanto al tratamiento de los residuos sólidos municipales y la generación de energía eléctrica.

En cuanto a la solicitud del recurrente de eliminar de la metodología los “costos de control de calidad y laboratorio” y los “costos por disposición de desechos”, este órgano asesor señala, que debido a que la metodología recurrida es

neutral -apartado 2, folio 399- respecto a la tecnología utilizada (para la generación de energía eléctrica a partir de residuos sólidos municipales) y contemplando la variedad de tecnologías disponibles, es apropiado que la metodología incluya la posibilidad de incluir ambos costos, en razón de que pueden darse condiciones casuísticas que ameriten el reconocimiento de estos.

Lo anterior no impide que, eventualmente, para un caso particular, como resultado de la aplicación de la metodología discutida, podría llegar a concluirse que los “costos de control de calidad y laboratorio” y los “costos por disposición de desechos” sean iguales a cero unidades monetarias, es decir, que no tengan impacto tarifario.

Así las cosas, de lo argumentado por el recurrente, no se observa que la metodología recurrida se desapegue al principio de servicio al costo (artículo 3 de la Ley 7593) ni contenga las ambigüedades argumentadas.

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

2. Aresep no define la metodología ni los criterios necesarios para identificar costos e ingresos que no son separables desde el origen (folios 354 al 355, 363 al 364).

Señaló el recurrente, que la “Aresep no define la metodología ni los criterios necesarios para identificar aquellos costos que no son posibles de separar y tampoco establece los criterios ni la metodología para identificar los ingresos asociados a estos costos, lo cual entra en una clara violación a los artículos 14 y 16 supra citados” (folio 355).

Agregó que, en caso de reconocerse costos asociados a la planta de tratamiento de residuos, se podría incrementar la tarifa que paga el consumidor final, crear un subsidio de parte de un servicio público regulado que beneficie a una actividad privada no regulada y se incentivaría al generador privado a no hacer separaciones y a justificar la imposibilidad de hacerlas.

El recurrente solicitó “En relación con los costos e ingresos que no son separables desde el origen, se solicita a la ARESEP que establezca dentro de la metodología, los criterios técnicos, contables y financieros mediante los cuales se va a establecer que son costos no separables y se establezcan los criterios técnicos, contables y financieros para determinar los ingresos asociados a estos costos” (folios 363 y 364).

Al respecto, se le indica al recurrente que, de lo argumentado, este órgano asesor desconoce a cuáles artículos se refirió con la frase “entra en una clara violación a los artículos 14 y 16 supra citados”, dado que no están citados en su recurso, además que omitió indicar la norma jurídica a la que se refiere, y tampoco se desprende del texto; por lo cual, no es posible referirse a este tema y en consecuencia, resulta improcedente analizarlo.

Con respecto a la solicitud de establecer criterios para la separación de costos e ingresos, se le indica al recurrente que, en la resolución recurrida -RJD-225-2017-, establece lo siguiente:

“(…)

La presente metodología es neutral respecto a la tecnología utilizada para la generación de energía eléctrica a partir de residuos sólidos municipales. En este sentido, y teniendo en cuenta la

amplia gama de tecnologías disponibles en el mercado, el inversionista deberá aportar una explicación detallada del tipo de tecnología empleada en dicho proceso. Así mismo, deberá justificar desde el punto de vista técnico y financiero la separabilidad de los procesos, ingresos, costos e inversiones para la actividad de tratamiento de residuos sólidos municipales y la parte correspondiente exclusivamente a la generación eléctrica mediante éstos.

De tal forma, el inversionista deberá presentar la divisibilidad de los procesos desde el punto de vista de costos, gastos, inversión e ingresos, comprendiendo que de manera conjunta coexiste el tratamiento de los residuos sólidos municipales, y por otra parte, la generación de energía eléctrica. Siendo este último proceso el que regula la presente metodología. Lo anterior, de forma que para el cálculo de la tarifa solo se incluyan los costos respectivos al proceso de generación de energía eléctrica con residuos sólidos municipales, en cuyo caso también se deberán considerar únicamente los ingresos respectivos.

Por otra parte, pueden darse procesos en los cuales no es posible la divisibilidad técnica de ambos procesos pues las plantas funcionan como un único módulo, en este caso, la empresa deberá justificar la imposibilidad de la divisibilidad de los procesos desde el punto de vista técnico. Asimismo deberá presentar todos los costos asociados al proceso productivo completo y por ente (sic) todos sus ingresos. En este caso en particular, la consideración por una parte de todos los costos e inversiones y por otra de todos los ingresos respectivos, busca evitar la presencia de subsidios cruzados.

(...)." (folio 399).

Tal y como se desprende de lo anterior, en el mercado existe una amplia gama de tecnologías disponibles para la generación de energía eléctrica, a partir de residuos sólidos municipales y la resolución recurrida, al ser una metodología de aplicación individual, no especifica qué tecnología debe de usarse y cuáles serán sus inversiones, estructura de costos, etc., dado que se considerará la tecnología, capacidad instalada, estructura de costos, y otras particularidades definidas en cada caso, al momento de su aplicación.

Es por lo anterior, que la metodología tarifaria recurrida, no puede establecer los criterios necesarios para identificar aquellos costos e ingresos que no son posibles de separar, porque ello, va a depender de la tecnología y condiciones particulares de cada prestador de servicio.

Sin embargo, la metodología tarifaria, en primera instancia, establece que los costos e ingresos deben presentarse en forma separada por actividad, de forma que para el cálculo de la tarifa solo se incluyan los costos e ingresos respectivos al proceso de generación de energía eléctrica con residuos sólidos municipales.

Sobre la misma línea, también la metodología tarifaria indica que, cuando esta separación de costos e ingresos no sea posible, el prestador de servicio deberá justificar la imposibilidad de realizar dicha separación desde el punto de vista técnico, y presentar todos los costos e ingresos asociados al proceso productivo completo, considerando las dos actividades: la planta de tratamiento de residuos y la planta de generación eléctrica, con lo cual, se busca evitar la existencia de subsidios cruzados entre ambas actividades.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón el recurrente en su argumento:

3. Necesidad de garantizar la trazabilidad y verificación de la información a emplear en la aplicación de la metodología por primera vez (folios 355 al 356).

El recurrente destaca la necesidad de que la metodología explique claramente la forma de realizar la primera fijación de la tarifa, en razón de que considera riesgoso, que se desconozca cuáles son los mecanismos que aplicarán para “garantizar la trazabilidad y verificación de la información a utilizar en la primera aplicación” (folio 356), con el fin de evitar que los prestadores de servicio no entreguen la información contable-financiera suficiente, o lo hagan a través de estados financieros proyectados.

El recurrente solicitó “Que la ARESEP establezca en la metodología claramente cómo se realizará la primera fijación tarifaria para una empresa en particular y como se evaluará la información que presente una empresa que no tenga estados financieros e información verificable o auditable con los datos requeridos para la aplicación de la metodología” (folio 364).

Al respecto de este argumento, se le indica al recurrente que la metodología tarifaria contenida en la resolución recurrida se aplicará de forma individual, es decir, las fijaciones tarifarias serán por prestador de servicio, considerando la tecnología y capacidad instalada definida en cada caso, por ende, sus correspondientes costos e ingresos.

Puede verse, como a folio 399, en cuanto al modelo, la resolución recurrida establece que:

“(…)

En todos los casos la Aresep realizará la revisión, análisis, valoración, depuración y validación de toda la información ingenieril, contable, financiera y económica análisis, valoración y depuración de la información presentada por el inversionista, en cumplimiento del principio del servicio al costo.

(...)”

De la revisión de la metodología tarifaria en su integralidad (apartado 6. Disposiciones sobre fuentes y suministro de información, folios 412 al 414), se desprende que al ser una metodología de aplicación individual, se deben de considerar las particularidades propias de cada una de los prestadores de servicio interesados en la generación de electricidad, a partir de residuos sólidos municipales, y además deberán cumplir con la entrega de información específica.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor que la preocupación del ICE en cuanto a que considera riesgoso que se desconozca cuáles son los mecanismos que aplicarán para “garantizar la trazabilidad y verificación de la información a utilizar en la primera aplicación”, no tiene asidero, en virtud de que la resolución recurrida, considera su preocupación.

Aunado a lo anterior, la aplicación de la tarifa se hará por medio del procedimiento correspondiente, el cual contempla la participación ciudadana, y en caso de que el ICE u otro interesado, considere que hay información que no es idónea o que simplemente, no esté de acuerdo en su uso, podrá presentar sus posiciones al respecto, las cuales serán valoradas por la Aresep.

Dicho procedimiento, sea el referido a la aplicación de la metodología de residuos sólidos, se encuentra establecido en la resolución recurrida, específicamente en el punto “6. Disposiciones sobre fuentes y suministro de información”, que en lo que interesa, dispone:

“(…)

Una vez que el interesado suministre toda la información necesaria para aplicar la presente metodología tarifaria, la Aresep procederá a realizar los respectivos cálculos de la tarifa mediante la revisión, análisis, valoración, depuración y validación de toda la información ingenieril, contable, financiera y económica. Durante este proceso, la empresa interesada deberá aportar toda la información que la Aresep le solicite para completar o aclarar cualquier aspecto relativo a la aplicación de esta metodología. Posteriormente, mediante el procedimiento de fijación ordinaria, someterá la propuesta al proceso de audiencia pública.

(…)” (folio 412, el subrayado no está en el original)

En ese procedimiento de audiencia pública, establecido en el artículo 36 de la Ley 7593, el ICE o cualquier otro interesado que ostente un interés legítimo, podrá interponer su oposición o coadyuvancia, según lo tenga a bien; es decir, podrá hacer las observaciones que considere necesarias a toda la información que fundamente la solicitud tarifaria respectiva (salvo la que llegue a declararse como confidencial), siempre y cuando sean presentadas en tiempo y forma.

Adicionalmente, el argumento del recurrente señala riesgos en cuanto a la trazabilidad y verificación de la información contable y financiera, indicando

que las empresas reguladas, para la primera aplicación, pueden entregar información contable-financiera proyectada.

Sobre esta parte del argumento, se le indica al ICE que bajo el supuesto de que la primera aplicación de la metodología para un prestador de servicio particular se base en información proyectada, la metodología establece en su apartado “4. Indexación de costos totales de operación, mantenimiento y administración (COMA)”, que la indexación de la tarifa se aplicará anualmente de oficio, iniciando el proceso un año posterior a la primera fijación y por un periodo máximo de 4 años.

Lo anterior implicará, que la tarifa que se fije por primera vez estará vigente por 5 años, en los cuales solamente se ajustará por medio de índices de indexación.

Transcurridos los 5 años, la información requerida en la metodología (RJD-225-2017) deberá ser actualizada en su totalidad, para lo cual, el operador deberá presentar nuevamente el análisis y la justificación detallada de los costos totales, el costo fijo por capital (CFC), las expectativas de venta de energía (Ev), los ingresos anuales por tratamiento de residuos sólidos (IrsM) y otros ingresos del proyecto (OI). Una vez actualizada en su totalidad la información insumo para la presente metodología, se continuará de manera anual aplicando el método de indexación, y así en lo sucesivo.

No está de más señalarle al ICE, que en la resolución recurrida se indicó que “(...) el ICE no se encuentra obligado a comprar la energía que se genere a partir de los desechos sólidos municipales.” (folio 389). En este sentido, si el ICE considera que la información financiero-contable de algún prestador de servicio no cumple con sus criterios u otros, no está obligado a comprarle

dicha energía, salvo que suscriba un contrato con algún concesionario, en el que se obligue a adquirirla.

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

4. Ilegalidad de la validación de un tercero de la información de costos o inversiones (folios 356 al 358).

El recurrente argumentó, que es ilegal la figura del “tercero imparcial” para la validación de los informes contables-financieros según el punto N. ° 6. “Disposiciones sobre fuentes y suministro de información” de la resolución recurrida, ya que según la legislación vigente si se requiere emitir un documento con fe pública sobre información financiera contable, ya sea certificada o auditada, es únicamente competencia de un Contador Público Autorizado, como así lo establece la Ley 1038, de regulación del Contador Público y creación del Colegio de Contadores Públicos y su reglamento.

Producto de lo anterior, el recurrente solicitó “Que la ARESEP elimine en la metodología RJD-025-2017 (sic), en el punto N. ° 6. “Disposiciones sobre fuentes y suministro de información”, lo relacionado con un “tercero imparcial” para la validación de los informes contables-financieros, lo anterior por cuanto transgrede la legislación vigente en esa materia” (folio 364).

Con el fin de contextualizar la petición del recurrente, a continuación, se cita lo relativo a “tercero imparcial” en el punto N. ° 6 de la resolución recurrida:

“(…)

La información requerida y presentada para la aplicación de esta metodología debe cumplir con los siguientes requisitos; según corresponda:

- a. Provenir de fuentes públicas o estar validada por un tercero.*
- b. Provenir de fuentes confiables.*
- c. Provenir de fuentes independientes e imparciales.*
- d. Provenir de estudios de factibilidad debidamente justificados y validados.*
- e. Provenir de Estados Financieros y Balance General auditados, cuando corresponda.*
- f. Referirse al mercado relevante para esta metodología, es decir la generación eléctrica a partir de RSM o tener una relación directa con este mercado.*

Toda la información contable-financiera aportada por el inversionista en el proceso de fijación tarifaria y referida a sus costos o inversiones, debe estar auditada, certificada por un contador público autorizado o estar validada por un tercero imparcial

(...)” (el destacado no es del original) (folio 412).

En virtud de lo anterior, nótese que la información requerida debe de provenir de fuentes públicas o validadas por terceros, confiables, independientes, imparciales, de Estados Financieros auditados, entre otras. En este sentido, se desprende que la información requerida no se limita únicamente a la que

por Ley le corresponde emitir exclusivamente a un Contador Público Autorizado.

Bajo esa línea de análisis, se tiene que el artículo 7 de la Ley 1038, establece:

“Artículo 7º.- Corresponde especialmente a los Contadores Públicos Autorizados:

a) Certificar toda clase de estados financieros y contables, tales como balances, liquidaciones de ganancias y pérdidas, estados patrimoniales, distribuciones de fondos, cálculos de dividendos o de beneficios y otros similares, sea que conciernan a personas físicas o a personas morales;

b) Intervenir, para dar fe de los asuntos concernientes a los ramos de su competencia, en la constitución, liquidación, disolución, fusión, quiebra y otros actos similares de toda clase de sociedades, participaciones u otras semejantes, en la rendición de cuentas de administración de bienes, en la exhibición de libros, documentos o piezas de otro género relacionados con la dilucidación de cuestiones contabilísticas, y en la emisión por personas de derecho privado de toda clase de bonos, cédulas y otros títulos similares.

La intervención de los Contadores Públicos Autorizados en cualquiera de los casos expresados u otros semejantes, será obligatoria cuando interesen o se refieran a instituciones de servicio público que taxativamente indique el Reglamento.

En todo otro caso, sólo tendrá lugar cuando lo soliciten las partes

interesadas o lo disponga expresamente alguna ley de la República.

(...)" (El subrayado no está en el original).

Asimismo, el artículo 9 del Reglamento a la Ley 1038, señala:

"ARTICULO 9º.- Corresponde al Contador Público, sin perjuicio de lo que sea normalmente reconocido como propio, de acuerdo a su formación académica:

a) Las enumeradas en el artículo 7º de la ley N° 1038 citada;

b) Las de dictaminar sobre estados financieros o parte de éstos, y sobre toda clase de documentos para efectos tributarios, fiscales, judiciales, de crédito o similares; y

c) Las de intervención en materia judicial, bancaria, comercial, administrativa y en cuentas, en todos aquellos actos que requieran el concurso de un técnico en dichas materias o que demanden la opinión o certificación de estados, cuentas, participaciones, liquidaciones y similares.

Estas funciones sólo podrán ser cumplidas por un Contador Público Autorizado."

(El subrayado no está en el original).

De los artículos transcritos se desprende, que si bien el reglamento a la Ley 1038 no establece taxativamente las instituciones de servicio público, en las cuales será obligatoria la intervención de un Contador Público Autorizado

(CPA), lo cierto es que la certificación y el dictamen de estados financieros y contables, así como la dación de fe de aquellos, es propia de dichos profesionales; siendo que los documentos que expidan los CPA, en el ramo de su competencia, tendrán valor de documentos públicos (artículo 8 de la Ley 1038).

No obstante, lo anterior, considera este órgano asesor, que cuando la resolución recurrida (RJD-225-2017), en su punto N.º 6, hace referencia a la validación de información contable-financiera, por parte de un “tercero imparcial”, debe entenderse la validación de aquellos costos e inversiones, que realiza determinado profesional, dentro de su ámbito específico de competencia y amparado a la normativa vigente, sin excluir o invadir las competencia propias de un CPA

En consecuencia, considera este órgano asesor, que en el punto N.º 6 de la resolución recurrida (RJD-225-2017), debe mantenerse la frase “validada por un tercero imparcial”.

5. Modificación del numeral N.º 6. “Disposiciones sobre fuentes y suministro de información”, respecto a la separación contable entre las actividades reguladas y no reguladas (folios 358 al 360).

El recurrente argumentó, con respecto a la separación contable entre las actividades reguladas y no reguladas, que debe modificarse el numeral N.º 6. “Disposiciones sobre fuentes y suministro de información” de la resolución recurrida, de modo que no pueda “dejarse a criterio del inversionista contar con las posibilidades técnicas y financieras de realizar esta separación contable” (folio 359), porque se incumpliría lo dispuesto en los artículos 6 inciso a) y 24 de la Ley 7593.

En complemento, el ICE alegó “En el caso del ICE la ARESEP le exige contabilidades separadas, auditadas, por servicio y contabilidad de los servicios no regulados. De igual manera, exige que los costos comunes tengan previamente una metodología para la distribución y asignación entre los servicios públicos que brinda, y la realice con base en ella. Si lo anterior no se realiza sobre bases razonables y justificadas, la ARESEP no reconoce el gasto en la tarifa. No puede establecerse criterios diferentes entre empresas reguladas, máxime si le otorgan un beneficio a una sobre la otra” (folio 360).

El recurrente solicitó “... eliminar del numeral N.º 6. de la RJD-225-2017 el siguiente texto: “Todo lo anterior de acuerdo a las posibilidades técnicas y financieras de cada inversionista en cuando a la separabilidad de los procesos de tratamiento de residuos sólidos municipales y generación eléctrica” (folio 364).

Sobre la primera parte del argumento, se le remite al ICE al análisis del argumento segundo y tercero de este apartado.

Con respecto, a la segunda parte del argumento, en cuanto a que la Aresep no puede establecer criterios diferentes entre empresas reguladas, refiriéndose a que la metodología permite a las empresas reguladas amparadas bajo esta metodología, no hacer una separación de costos e ingresos por actividad (regulada y no regulada), se le indica al ICE, que la misma metodología establece que la información presentada por los prestadores de servicio, debe venir separada por actividad, según lo establece la metodología en el apartado 2. Modelo, folio 399.

Sin embargo, la metodología establece que si esto no es posible (dada la tecnología y características propias del prestador de servicio), el interesado deberá justificarlo, además de presentar la totalidad de ingresos y gastos de

la actividad, para que sean considerados en la tarifa, con el fin de evitar la existencia de subsidios cruzados.

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

6. Fijación tarifaria por medio de bandas para estimular las inversiones en generación renovable con costos competitivos en relación con la generación térmica (folios 360 al 361).

El recurrente argumentó que, empleando el mecanismo de las bandas tarifarias, en la metodología recurrida, se estimularían “las inversiones en generación renovable con costos competitivos en relación con la generación térmica” (folio 360), lo cual “permite aprovechar mayores márgenes de eficiencia y esto se verá reflejado en los precios finales generando un mayor bienestar al consumidor final, debido a la mayor eficiencia en los procesos productivos” (folio 361).

Agregó el ICE, que la resolución RJD-152-2011 y el informe 03-CMRSM-2016, destacan ventajas de este mecanismo. Sin embargo, Aresep se negó a emplearlo en esta oportunidad “alegando que no existe suficiente información internacional o nacional para contar con una amplia base de datos de costos” a pesar de que “en Europa se ha desarrollado suficiente infraestructura de este tipo que podría ser utilizada para crear una base de datos de costos y establecer el sistema de banda; por ejemplo información divulgada por Greenpeace.com y otros” (folio 361).

Al respecto, el recurrente solicitó “Reconsiderar el sistema de banda para fijar la tarifa” (folio 364).

En cuanto a este tema, el oficio 03-CMRSM-2016, referido al informe de respuesta a posiciones y propuestas metodológicas, relacionadas con la resolución recurrida, en cuanto a este tema expresó: “Se comparte el criterio que un sistema de bandas permite aprovechar los beneficios que derivan de una mayor competencia por el mercado. Sin embargo, a la fecha no existe suficiente información internacional o nacional para contar con una base amplia de los costos de estas tecnologías, de manera que permita la construcción de bandas de precio. Así mismo, la metodología establece tarifas por empresa, es decir, para cada planta en particular” (folio 336).

Si bien el recurrente, afirmó que Aresep podría crear una base de datos de costos a partir de la información sobre infraestructura de este tipo en Europa, usando información divulgada por “Greenpeace.com y otros”; este argumento carece de elementos suficientes para ponderar su viabilidad, porque omite indicar cuáles son específicamente las fuentes de información a las que hace alusión.

Particularmente, sobre la única fuente que citó explícitamente, Greenpeace.com, el recurrente no indicó un enlace, nombre de documento u otra forma útil, que permita a este órgano asesor conocer con exactitud, a qué información se refiere. En este caso, no es posible saber en qué idioma estaría la información, su grado de detalle, si es gratuita o si tiene un costo, u otros aspectos importantes para valorar la validez del argumento planteado.

En consecuencia, el argumento del recurrente no logró demostrar que Aresep, al dictar la resolución recurrida, que establece la metodología para fijar las tarifas por un medio distinto de las bandas tarifarias, se haya apartado de las competencias conferidas por la Ley 7593 al Ente Regulador.

Asimismo, este órgano asesor tampoco observa, a partir de los elementos presentados por el recurrente, que la resolución recurrida sea contraria a las reglas unívocas de la ciencia o la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (sana crítica), según lo establece el artículo 16 de la LGAP.

7. Nulidad de la resolución RJD-225-2017 (folios 361 al 363).

Indica el recurrente, que la resolución de cita es carente de un motivo para su adopción, por cuanto no cuenta con un criterio o estudio técnico que refleje que todos los costos están individualizados, para poder aplicar la metodología en la fijación tarifaria, y además, deja incertidumbre en quien puede validar los costos de los inversionistas.

Al respecto, se le indica al recurrente, que en cuanto a que no se cuenta con un estudio o criterio técnico que refleje que todos los costos están individualizados para poder aplicar la metodología en la fijación tarifaria, se le remite al análisis de los argumentos 2 y 3 de este apartado.

Aunado a lo anterior, como se desprende del análisis de estos argumentos, en el mercado puede llegar a existir una amplia gama de tecnologías disponibles para la generación de energía eléctrica a partir de residuos sólidos municipales, sin embargo, eso es irrelevante, pues la metodología recurrida, al ser de aplicación individual, no llegó a limitar o especificar qué tecnología debe utilizarse y cuáles parámetros deberán tomarse en cuenta, por concepto de inversiones, estructura de costos, etc., dado que en su aplicación, se considerará la tecnología, capacidad instalada, estructura de costos, etc., es decir, las características propias de cada prestador de servicio.

Por su parte, sobre la incertidumbre, en cuanto a quien puede validar los costos de los inversionistas, se remite al recurrente al análisis realizado en el argumento 4 de este apartado.

Finalmente, conviene recordar, que las razones para anular los actos administrativos residen en los artículos 158 al 179 y 223 de la LGAP, y que son: la falta o imperfección (vicio) de algún elemento del acto o que el acto impugnado sea sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.

Se entiende como sustancial, la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final adoptada en aspectos importantes, o bien, cuya omisión causare indefensión al administrado, lo cual no se considera que haya ocurrido en la especie fáctica del caso sub exámine.

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

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

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

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

Así las cosas, con fundamento en lo analizado en el presente criterio, no se presenta vicio adicional alguno en los elementos del acto administrativo impugnado, que produzca su nulidad y en lo que se refiere a los aspectos meramente procedimentales, tampoco se observan omisiones o defectos sustanciales que puedan generar nulidad de lo actuado y resuelto en este caso, de conformidad con el artículo 223 de la LGAP.

En cuanto a la gestión de nulidad interpuesta, considera este órgano asesor no lleva razón el gestionante en su argumento, ya que la resolución impugnada no es un acto nulo, porque contiene todos los elementos del acto (sujeto, forma, procedimiento, motivo, contenido y fin), exigidos por la LGAP, ya que:

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

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

VI. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de reposición y la gestión de nulidad, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RJD-225-2017, resultan admisibles, por haber sido interpuestos en tiempo y forma.*
- 2. La resolución recurrida es clara en cuanto a que, al momento de la aplicación de la metodología, para cada caso particular, se realizará la revisión, análisis, valoración, depuración y validación de toda la información ingenieril, contable, financiera y económica; con el fin de establecer el grado de divisibilidad de los procesos (desde el punto de vista de costos, gastos, inversión e ingresos) en cuanto al tratamiento de los residuos sólidos municipales y la generación de energía eléctrica.*
- 3. Los costos e ingresos deben presentarse en forma separada por actividad, de forma que para el cálculo de la tarifa solo se incluyan los costos e ingresos respectivos al proceso de generación de energía eléctrica con residuos sólidos municipales.*

4. *La metodología tarifaria indica que cuando la separación de costos e ingresos no sea posible, la empresa deberá justificar la imposibilidad de realizar dicha separación desde el punto de vista técnico. La metodología busca evitar la existencia de subsidios cruzados entre las actividades de la planta de tratamiento de residuos y la planta de generación eléctrica.*
5. *Al ser una metodología de aplicación individual, se deben de considerar las particularidades propias de cada uno de los prestadores de servicio, en la generación de electricidad a partir de residuos sólidos municipales, además deberán cumplir con la entrega de información específica.*
6. *Si el Instituto Costarricense de Electricidad considera que la información financiero-contable de algún prestador de servicio no cumple con sus criterios u otros, no está obligado a comprarle dicha energía, salvo que suscriba un contrato con alguno de ellos, en el que se obligue a adquirirla.*
7. *Si bien el Reglamento a la Ley 1038 no establece taxativamente las instituciones de servicio público, en las cuales será obligatoria la intervención de un Contador Público Autorizado (CPA), lo cierto es que la certificación y el dictamen de estados financieros y contables, así como la dación de fe de aquellos, es propia de dichos profesionales; siendo que los documentos que expidan los CPA, en el ramo de su competencia, tendrán valor de documentos públicos (artículo 8 de la Ley 1038).*
8. *Cuando la resolución recurrida (RJD-225-2017), en su punto N.º 6, hace referencia a la validación de información contable-financiera, por*

parte de un “tercero imparcial”, debe entenderse la validación de aquellos costos e inversiones, que realiza determinado profesional, dentro de su ámbito específico de competencia y amparado a la normativa vigente, sin excluir o invadir las competencias propias de un CPA.

9. Sobre el uso de la fuente de información Greenpeace.com, el recurrente no demostró que Aresep, al dictar la metodología para fijar las tarifas por un medio distinto de las bandas tarifarias, se haya apartado de las competencias conferidas por la Ley 7593 al Ente Regulador.

10. La metodología recurrida, es de aplicación individual, por lo que este Ente Regulador no llegó a limitar o especificar cuál tecnología debe utilizarse y cuáles parámetros deberán tomarse en cuenta, por concepto de inversiones, estructura de costos, etc., dado que, en su aplicación, se considerarán las características propias de cada prestador de servicio.

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

[...]

II. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar sin lugar, el

recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RJD-225-2017. **2.-** Agotar la vía administrativa. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda, tal y como se dispone.

- IV.** Que en la sesión extraordinaria 35-2018 celebrada el 25 de mayo de 2018 y ratificada el 12 de junio del mismo año, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 373-DGAJR-2018, de cita, acuerda dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 03-35-2018

- I.** Declarar sin lugar, el recurso de reposición y la gestión de nulidad interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad, contra la resolución RJD-225-2017.
- II.** Agotar la vía administrativa.
- III.** Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV.** Trasladar el expediente a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

A las nueve horas y cuarenta y tres minutos se retiran del salón de sesiones, los señores Daniel Fernández Sánchez y Edwin Espinoza Mekbel.

ARTÍCULO 5. Recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (estación de servicio Coopetaxi R.L.), contra la resolución RRG-519-2017. Expediente OT-047-2013.

La Junta Directiva conoce del oficio 490-DGAJR-2018 del 7 de mayo de 2018, mediante al cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (estación de servicio Coopetaxi R.L.), contra la resolución RRG-519-2017. Expediente OT-047-2013.

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

Analizado el recurso, sobre la base de lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 490-DGAJR-2018, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con de firme carácter:

RESULTANDO:

- I. Que el 23 de enero de 2012, el Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica (CELEQ), en visita efectuada a la estación de servicio Coopetaxi R.L, levantó el acta CELEQ-ARESEP-I-0023-11, en la que se señaló que el surtidor de gasolina regular N° 5, suministró volúmenes fuera de la

- tolerancia de $\pm 100\text{mL}$ para un aforador volumétrico de 20 litros. En dicho surtidor, se realizaron tres mediciones y se obtuvo un promedio de -160mL . (Folio 2).
- II.** Que el 22 de marzo de 2013, mediante el oficio 331-IE-2013, la Intendencia de Energía (IE), emitió el informe técnico sobre el incumplimiento de cantidad, por cuanto el surtidor N° 5 de gasolina regular se encontraba fuera del rango de tolerancia permitido de $\pm 100\text{mL}$ que establece el Reglamento para Surtidores de Combustibles Líquidos (gasolina, diésel, kerosene, etc.), Calibración y Verificación, por parte de la estación de servicio Coopetaxi R.L. (Folio 25).
- III.** Que el 24 de octubre de 2013, mediante la resolución RRG-450-2013, el entonces Regulador General, ordenó el inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Coopetaxi R.L. por el presunto incumplimiento a la normativa de calidad de los combustibles, además se nombró órgano director del procedimiento. (Folios 36 a 39).
- IV.** Que el 05 de diciembre de 2013, mediante la resolución RRG-012-2013, la entonces Reguladora General Adjunta, sustituyó y nombró nuevo órgano director del procedimiento. (Folios 43 a 48).
- V.** Que el 06 de diciembre del 2013, mediante la resolución RRG-037-2013, la entonces Reguladora General Adjunta, sustituyó y nombró nuevo órgano director del procedimiento. (Folios 49 a 55).
- VI.** Que el 11 de agosto de 2014, mediante la resolución RRG-311-2014, el entonces Regulador General, resolvió entre otras cosas, revocar de oficio resoluciones, encontrándose entre ellas la resolución RRG-450-2013, así como archivar las impugnaciones interpuestas en varios procedimientos entre ellos el expediente OT-047-2013 y retrotraer los procedimientos al momento previo al dictado de la resolución impugnada. (Folios 62 a 75).

- VII.** Que el 27 de enero de 2016, mediante la resolución RRG-085-2016, el entonces Regulador General, ordenó el inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Coopetaxi R.L, por el presunto incumplimiento a la normativa de calidad de los combustibles, además se nombró órgano director del procedimiento (Folios 76 a 82).
- VIII.** Que el 18 de febrero de 2016, mediante la resolución ROD-DGAU-54-2016, el órgano director del procedimiento, resolvió entre otras cosas, dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio, realizó la intimación e imputación de cargos a Coopetaxi R.L., y se citó a comparecencia oral y privada para el 07 de abril del 2016. (Folios 88 a 97).
- IX.** Que el 01 de abril de 2016, mediante la resolución ROD-DGAU-120-2016, el órgano director del procedimiento, resolvió entre otras cosas, dejar sin efecto el señalamiento a la comparecencia oral y privada y en su lugar se dispuso señalar para el 18 de abril del 2016, la realización de la comparecencia oral y privada. (Folios 98 a 100).
- X.** Que el 18 de abril de 2016, se llevó a cabo la comparecencia oral y privada dentro del presente procedimiento administrativo (Folios 116 a 119).
- XI.** Que el 19 de abril de 2016, Coopetaxi R.L. presentó alegato de conclusiones, así como excepciones de prescripción, caducidad, falta de derecho, falta de legitimación y falta de integración a la Litis. (Folios 101 a 115).
- XII.** Que el 22 de noviembre de 2017, mediante la resolución RRG-519-2017, el Regulador General, entre otras cosas, resolvió:

“(…)

5. Declarar que Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (Estación de Servicio Coopetaxi R.L.) (...) incumplió las normas y los principios de calidad y cantidad en la prestación de los servicios públicos, según lo establecido en el Reglamento para Surtidores de Combustibles

Líquidos (...) en concordancia con lo establecido en el artículo 38 inciso h), de la Ley 7593 (...)”

6. Imponer a Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (Estación de Servicio, Coopetaxi, R.L.) (...) el mínimo de la multa (...) por lo que el total de los cinco salarios base implica un monto total de un millón ochocientos tres mil colones exactos (¢ 1.803.000) (...)”. (Folios 190 a 239).

- XIII.** Que el 6 de diciembre de 2017, Coopetaxi, R.L., interpuso recurso de apelación contra la resolución RRG-519-2017. (Folios 181 a 189).
- XIV.** Que el 15 de diciembre de 2017, mediante la resolución 2003-DF-2017, la Dirección de Finanzas, intimó por segunda ocasión a Coopetaxi R.L., para que dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir de su notificación, proceda a cancelar la multa impuesta, mediante la resolución RRG-519-2017. (Folios 240 a 244).
- XV.** Que el 2 de mayo de 2018, mediante el memorando 292-SJD-2018, la Secretaría de Junta Directiva, remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica para su análisis, el recurso de apelación interpuesto por Coopetaxi R.L., contra la resolución RRG-519-2017.
- XVI.** Que el 07 de mayo de 2018, mediante el oficio 490-DGAJR-2018, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió criterio respecto al recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (estación de servicio Coopetaxi R.L.), contra la resolución RRG-519-2017. (Consta en los archivos de la Secretaría de Junta Directiva).
- XVII.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 490-DGAJR-2018 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“(…)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA.

a) Naturaleza:

El recurso interpuesto contra la resolución RRG-519-2017, es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 al 352 de la LGAP

b) Temporalidad:

El acto administrativo RRG-519-2017, que impugnó la recurrente, le fue notificado el 30 de noviembre del 2017 (folios 235 y 237). El 6 de diciembre de 2017, se interpuso el recurso de apelación contra dicha resolución (folios 181 al 189).

Conforme a los artículos 343 y 346 de la LGAP, el citado recurso se debía interponer dentro del plazo de 3 días hábiles, plazo que vencía el 5 de diciembre de 2017.

Del análisis comparativo que precede, se concluye que el recurso de apelación, interpuesto por Coopetaxi R.L. contra la resolución RRG-519-2017, resulta inadmisibile, por extemporáneo.

En virtud de lo anterior, se omite el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad –legitimación y representación–.

III. CONCLUSIÓN

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

Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (Coopetaxi R.L.), contra la resolución RRG-519-2017, resulta inadmisibles, por haber sido presentado de forma extemporánea.

(...)"

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.** Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (Coopetaxi R.L.), contra la resolución RRG-519-2017, por haber sido presentado de forma extemporánea. **2.** Agotar la vía administrativa. **3.** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.** Comunicar a la Dirección de Finanzas, la presente resolución. **5.** Trasladar el expediente a la Dirección General de Atención al Usuario, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión extraordinaria 35-2018 celebrada el 25 de mayo de 2018, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 490-DGAJR-2018, de cita, acuerda con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 04-35-2018

- I. Rechazar por inadmisibile, el recurso de apelación interpuesto por la Cooperativa de Transporte de Servicio Público y Servicios Múltiples R.L. (Coopetaxi R.L.), contra la resolución RRG-519-2017, por haber sido presentado de forma extemporánea.
- II. Agotar la vía administrativa.
- III. Notificar a las partes, la presente resolución.
- IV. Comunicar a la Dirección de Finanzas, la presente resolución.
- V. Trasladar el expediente a la Dirección General de Atención al Usuario, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 6. Recurso de apelación interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón en representación del señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011 del Comité de Regulación. Expediente ET-126-2011.

La Junta Directiva conoce del oficio 472-DGAJR-2018 del 02 de mayo de 2018, mediante al cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio

en torno al recurso de apelación interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón en representación del señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011 del Comité de Regulación. Expediente ET-126-2011.

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

Analizado el recurso, sobre la base de lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 472-DGAJR-2018 la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 22 de agosto de 2011, el señor Gerardo Adilio Madriz Morales, solicitó ajuste en las tarifas de la ruta 341 (folios 1 al 62).
- II. Que el 22 de setiembre de 2011, la entonces Dirección de Servicios de Transportes (DITRA), mediante el oficio 1080-DITRA-2011, solicitó a la entonces Dirección General de Participación al Usuario (DGPU), la publicación de la convocatoria a la audiencia pública correspondiente (folio 105).
- III. Que el 30 de setiembre de 2011, se publicó la convocatoria a la audiencia pública, para conocer de la propuesta tarifaria planteada, en los diarios de circulación nacional, La Prensa Libre y La Teja. (folio 109).
- IV. Que el 5 de octubre de 2011, se publicó la convocatoria a audiencia pública, para conocer de la propuesta tarifaria planteada, en La Gaceta N.º 191 del (folio 115).

- V.** Que el 11 de octubre de 2011, se realizó la audiencia pública respectiva, según consta en el acta N° 105-2011 (folios 127 al 150).
- VI.** Que el 18 de octubre de 2011, la DGPU, mediante el oficio 1869-DGPU-2011, emitió el informe de oposiciones y coadyuvancias, sobre la propuesta tarifaria planteada para la ruta 341 (folios 124 al 126).
- VII.** Que el 8 de diciembre de 2011, el entonces Comité de Regulación, mediante la resolución 721-RCR-2011, publicada en La Gaceta N.° 34 del 16 de febrero de 2012, fijó las tarifas para la ruta N.° 341 (folios 173 al 197 y 205 al 209).
- VIII.** Que el 21 de febrero de 2012, el señor Alexander Céspedes Calderón, inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra la resolución 721-RCR-2011 (folios 198 al 204).
- IX.** Que el 4 de febrero de 2015, la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público (CTP), mediante el artículo 7.2, de la sesión ordinaria N.° 06-2015, autorizó el traspaso del permiso de explotación de la ruta N.° 341, de Gerardo Adilio Madriz Morales a favor de la Cooperativa de Transportistas de Paraíso R.L.
- X.** Que el 9 de noviembre de 2017, la Intendencia de Transporte (IT), mediante el auto de prevención N.° 162-AP-IT-2017, le previno al señor Gerardo Adilio Madriz Morales, para que aportara certificación del poder generalísimo sin límite de suma, otorgado al señor Alexander Céspedes Calderón (folios 217 al 219).
- XI.** Que el 12 de diciembre de 2017, la IT, mediante la resolución RIT-088-2017, rechazó por la forma, el recurso de revocatoria, interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón en representación del señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011 (folios 232 al 255).

- XII.** Que el 12 de diciembre de 2017, la IT, mediante el oficio 2003-IT-2017, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP (folios 228 al 230).
- XIII.** Que el 13 de diciembre de 2017, la Secretaría de Junta Directiva, mediante el memorando 893-SJD-2017, trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el recurso de apelación, interpuesto por el señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011 (folio 231).
- XIV.** Que el 2 de mayo de 2018, la DGAJR, mediante el oficio 472-DGAJR-2018, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación, interpuesto por el señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-201.
- XV.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 472-DGAJR-2018 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. Naturaleza

El recurso interpuesto contra la resolución 721-RCR-2011, es el ordinario de apelación, al cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos del 342 al 352 de la LGAP.

2. Temporalidad

La resolución recurrida fue notificada al recurrente el 1 de febrero de 2012 (folios 188, 191 y 192) y el recurso fue planteado el 21 de febrero de 2012 (folio 198).

Conforme a los artículos 240 inciso 1), 256 inciso 3) y 346 inciso 1) de la LGAP, el recurso de apelación debe interponerse en el plazo de tres días hábiles, contados a partir de la notificación del acto administrativo en cuestión, plazo que vencía el 6 de febrero de 2012.

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado por ley, se concluye que la impugnación fue interpuesta fuera del plazo legalmente establecido, ergo, resulta extemporáneo.

3. Legitimación

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar, que quien se encuentra legitimado para actuar, es el señor Gerardo Adilio Madriz Morales, sin embargo, como se seguido se analizará, quien interpuso los recursos de revocatoria con apelación en subsidio, fue el señor Alexander Céspedes Calderón, en representación de aquel, y quien no figura como parte dentro del procedimiento, por lo que no se encuentra legitimado para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 30 de la Ley 7593, 275 y 342 de la LGAP.

4. Representación

El recurso de apelación, fue interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma del

señor Gerardo Adilio Madriz Morales. No obstante, el señor Madriz Morales, no cumplió con la prevención realizada por la IT, mediante el auto de prevención 162-AP-IT-2017 (folios 217 al 219), para que aportara la certificación que acreditara dicha condición de representación.

En cuanto al análisis de forma realizado, se concluye, que el recurso de apelación, interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón en representación del señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011, del entonces Comité de Regulación, resulta inadmisibles, por haber sido interpuesto extemporáneamente, así como por la falta de legitimación y de representación.

En todo caso, debe indicarse, que mediante el artículo 7.2., de la sesión ordinaria N.º 06-2015, de la Junta Directiva del CTP, dispuso, entre otras cosas: “3. Autorizar el traspaso del permiso de explotación de la ruta No. 341, descrita como Cartago-Barrio La Minita-Río Regado-Piedra Azul-y viceversa, de Gerardo Adilio Madriz Morales a favor de Cooperativa de Transportistas de Paraíso R.L., cédula jurídica 3-004- 061997.”

De acuerdo con lo transcrito, la ruta 341 —respecto de la cual el recurrente solicitó tarifa en este procedimiento— ya no es operada por el mismo.

A partir de lo indicado, conviene hacer referencia a la figura de falta de interés actual, en el entendido que la relevancia o interés de un proceso, está relacionado estrechamente con la posibilidad de que el fallo o la resolución final del procedimiento, actúe en la realidad, ya sea innovando o conservando una situación jurídica determinada, lo que se encuentra estrechamente relacionado con el objeto del proceso.

Sobre la falta interés actual, para solucionar un conflicto determinado, ha dispuesto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, como interprete supremo en materia de legalidad, lo siguiente:

“(…)

*La doctrina entiende por **interés actual** la necesidad de tutela en que se encuentra una persona en concreto y que lo determina a solicitar la intervención del respectivo órgano jurisdiccional, con la finalidad de que resuelva el conflicto jurídico en el cual es parte. De tal manera, se puede decir, es la insatisfacción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico (interés legítimo) o un derecho subjetivo, lo que provoca el ejercicio del derecho a accionar y motiva la pretensión. Se ha dicho también, que es la utilidad derivada, para el titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo, de la tutela jurisdiccional. Por ello, siendo imperioso, como se dijo, mantenerse durante el desarrollo de todo el proceso, cuando es necesario analizar su subsistencia, el juzgador debe hacer un juicio de utilidad, cotejando los efectos de la resolución judicial solicitada, con la utilidad que de tal pronunciamiento puede obtener quien la requiera. Si la falta de sentencia le produce daño o perjuicio a quien solicitó tutela, hay interés; si no lo ocasiona, no existe. Esto es así, por cuanto desaparece la causa del litigio, el conflicto de intereses.*

(…)” (Sala Primera, resolución N° 900-F-S1-2011, del 11 de agosto de 2011, y en ese mismo sentido, se puede ver la sentencia N° 465-2009 del 7 de mayo de 2009 de la misma Sala).

Con base en lo anterior, actualmente carece de interés actual la pretensión material del recurso de apelación, ya que la ruta 341 no es operada por el señor Gerardo Adilio Madriz Morales, lo cual ocasiona, que el objeto de la impugnación que acá nos ocupa, carezca de interés, por no existir esa necesidad actual de solucionar un conflicto determinado.

III. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación, interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón en representación del señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011 del entonces Comité de Regulación, resulta inadmisibles, por haber sido interpuesto extemporáneamente, así como por la falta de legitimación y de representación.*
- 2. La relevancia o interés de un proceso, está relacionado estrechamente con la posibilidad de que el fallo o la resolución final del procedimiento, actúe en la realidad, ya sea innovando o conservando una situación jurídica determinada, lo que se encuentra estrechamente relacionado con el objeto del proceso.*
- 3. Actualmente, carece de interés actual la pretensión material del recurso de apelación, pues el señor Gerardo Adilio Madriz Morales no es el prestador de servicio de la ruta 341 —según el artículo 7.2., de la sesión ordinaria N.º 06-2015, de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público— lo cual ocasiona, que el objeto de la impugnación que acá nos ocupa, carezca de interés, por no existir esa necesidad actual de*

solucionar un conflicto determinado, por lo que lo procedente es, el archivo del recurso en cuestión.

[...]"

- II. Que con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación, interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón en representación del señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011, dictada por el entonces Comité de Regulación, por haber sido interpuesto extemporáneamente y por la falta de legitimación y de representación. **2.-** Archivar el recurso de apelación, interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón en representación del señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011, dictada por el entonces Comité de Regulación, por carecer de interés actual. **3.-** Agotar la vía administrativa. **4.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **5.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión extraordinaria 35-2018 celebrada del 25 de mayo de 2018; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 472-DGAJR-2018, de cita, acuerda con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 05-35-208

- I. Rechazar por inadmisibles, el recurso de apelación, interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón en representación del señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011, dictada por el entonces Comité de Regulación, por haber sido interpuesto extemporáneamente y por la falta de legitimación y de representación.
- II. Archivar el recurso de apelación, interpuesto por el señor Alexander Céspedes Calderón en representación del señor Gerardo Adilio Madriz Morales, contra la resolución 721-RCR-2011, dictada por el entonces Comité de Regulación, por carecer de interés actual.
- III. Agotar la vía administrativa.
- IV. Notificar a las partes, la presente resolución.
- V. Trasladar el expediente a la Intendencia de Transporte, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

A las nueve horas y cincuenta y tres minutos se retira del salón de sesiones, la señora Carol Solano Durán.

A partir de este momento ingresan los señores Marco Cordero Arce y Edwin Canessa Aguilar, funcionarios de la Intendencia de Energía, a participar en la presentación del tema objeto del siguiente artículo.

ARTÍCULO 7. Solicitud de autorización para ceder la concesión de servicio público de generación de energía, otorgada a Hidroeléctrica Platanar S. A., mediante la resolución RJD-171-2009, del 13 de julio de 2009, al Consorcio Coopelesca Generación R.L. Expediente CE-001-2009.

La Junta Directiva conoce de los oficios 0307-IE-2018 y 0306-IE-2018, ambos del 12 de marzo de 2018 y 408-DGAJR-2018 del 18 de marzo de 2018, mediante los cuales, la Intendencia de Energía y la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinden criterio en torno a la solicitud de autorización para ceder la concesión de servicio público de generación de energía, otorgada a Hidroeléctrica Platanar S. A., mediante la resolución RJD-171-2009, del 13 de julio de 2009, al Consorcio Coopelesca Generación R.L. Expediente CE-001-2009.

El señor **Edwin Canessa Aguilar** explica el análisis realizado a dicha solicitud de concesión, así como a las recomendaciones del caso.

La señora **Xinia Herrera Durán** indica que, de lo expuesto por la Intendencia de Energía, así como en lo discutido en esta oportunidad, lo que procede solicitarle a la Intendencia de Energía, que elabore y presente en una próxima sesión, un informe en el cual señale claramente, cuáles son las normas jurídicas en las que sustenta cada una de las prevenciones indicadas en su oficio 0307-IE-2018.

Analizada la solicitud con base en lo expuesto por la Intendencia de Energía, de conformidad con los oficios 0307-IE-2018, 0306-IE-2018, y 408-DGAJR-2018, la señora **Xinia Herrera Durán** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

ACUERDO 06-35-2018

1. Solicitar a la Intendencia de Energía que sobre la base de lo discutido en la sesión extraordinaria N° 35, realizada el viernes 25 de mayo de 2018, adicione al informe 0306-IE-2018, del 12 de marzo de 2018, cada una de las normas en que se sustenta las prevenciones hechas por esa intendencia, referente a la solicitud de autorización para ceder, al Consorcio Coopelesca Generación R.L. la concesión de servicio público de generación de energía para venta al ICE, en el marco de la Ley 7200, otorgada a Hidroeléctrica Platanar S. A., mediante la resolución RJD-171-2009, del 13 de julio de 2009 expediente CE-001-2009.
2. Presentar lo solicitado en el punto anterior en la Secretaría de la Junta Directiva, antes del 5 de junio de 2018.

ACUERDO FIRME.

A las diez horas y treinta y tres minutos se retiran del salón de sesiones, los señores Edwin Canessa Aguilar y Marco Cordero Arce.

A partir de este momento ingresa al salón de sesiones, la señora Marta Monge Marín, directora general de la Dirección General de Atención al Usuario, a participar en la presentación de los siguientes cuatro artículos.

ARTÍCULO 8. Informe final del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio seguido contra Servicentro Nicoya S.A. Expediente OT-127-2014.

La Junta Directiva conoce de los oficios 874-DGAU-2018 y 873-DGAU-2018, ambos del 26 de febrero de 2018 y 130-CDR-2018 del 20 de marzo de 2018, y, mediante los cuales la Dirección General de Atención al Usuario y el señor Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva, se refieren al Informe final del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio seguido contra Servicentro Nicoya S.A. Expediente OT-127-2014.

La señora **Marta Monge Marín** se refiere a los antecedentes, análisis de lo actuado, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el informe, con base en lo expuesto por la Dirección General de Atención al Usuario, de conformidad con los oficios 873-DGAU-2018, 874-DGAU-2018 y 130-CDR-2018, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes 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 Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, 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 104 a 118).
- II. Que, el permiso anterior inmediato a la resolución R-062-2012-MINAET, fue otorgado mediante resolución R-257-2007-MINAE de las 14:25 horas del 25 de mayo del 2007, y estableció que Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, 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 140 a 145).

- III.** Que, el 28 de mayo del 2012, representantes del Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica CELEQ, visitaron la estación de servicio Servicentro Nicoya, propiedad de Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, y recolectaron tres muestras de cada uno de los combustibles ahí dispensados (folios 05 a 12).
- IV.** Que, el 26 de agosto de 2013, mediante el oficio 1317-IE-2013, notificado al fax 26855431, esa misma fecha, y mediante correo electrónico a la dirección servicentronicoya@hotmail.com, la Intendencia de Energía, comunicó a Servicentro Nicoya 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 éste debería de ser color amarillo (folios 14 al 18).
- V.** Que, el 30 de agosto de 2013, el CELEQ procedió a la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectada el 28 de mayo del 2012 en la estación de servicio Servicentro Nicoya, propiedad de Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, y custodiada en el CELEQ, en la presencia del Ing. Asdrúbal Bolaños, representante de la Autoridad Reguladora, el Químico Jairol Bustos, funcionario del CELEQ, y el señor Ulises Ávila Castro, en representación de Servicentro Nicoya 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 19 a 20).
- VI.** Que el 05 de setiembre del 2013, se recibió en esta Autoridad Reguladora el oficio CELEQ-1095-2013, suscrito por el Dr. Carlos León Rojas, Director del CELEQ, en el que informa que el 30 de agosto del 2013, se procedió, en el Laboratorio de Hidrocarburos del CELEQ, a la apertura de la muestra testigo de diésel, recolectada el 28 de mayo del 2012, en la estación de servicio Servicentro Nicoya, constatándose que el color del combustible diésel era verde (folios 21 al 22).

- VII.** Que, el 01 de octubre del 2012, representantes del Centro de Electroquímica y Energía Química de la Universidad de Costa Rica CELEQ, visitaron la estación de servicio Servicentro Nicoya, propiedad de Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, y recolectaron tres muestras de cada uno de los combustibles ahí dispensados (folios 58 a 63).
- VIII.** Que, el 26 de agosto de 2013, mediante el oficio 1321-IE-2013, notificado al fax 26855431, esa misma fecha, y mediante correo electrónico a la dirección servicentronicoya@hotmail.com, la Intendencia de Energía, comunicó a Servicentro Nicoya 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 éste debería de ser color amarillo (folios 65 al 68).
- IX.** Que, el 30 de agosto de 2013, el CELEQ procedió a la apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectada el 01 de octubre del 2012 en la estación de servicio Servicentro Nicoya, propiedad de Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, y custodiada en el CELEQ, en la presencia del Ing. Asdrúbal Bolaños, representante de la Autoridad Reguladora, el Químico Jairol Bustos, funcionario del CELEQ, y el señor Ulises Ávila Castro, en representación de Servicentro Nicoya 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 70 a 71).
- X.** Que el 05 de setiembre del 2013, se recibió en esta Autoridad Reguladora el oficio CELEQ-1096-2013, suscrito por el Dr. Carlos León Rojas, Director del CELEQ, en el que informa que el 30 de agosto del 2013, se procedió, en el Laboratorio de Hidrocarburos del CELEQ, a la apertura de la muestra testigo de diésel, recolectada el 01 de octubre del 2012, en la estación de servicio Servicentro Nicoya, constatándose que el color del combustible diésel era verde (folios 72 al 73).

- XI.** 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 para la coloración del diésel destinado a 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 97).
- XII.** Que el 10 de abril del 2014, mediante el oficio 503-IE-2017, la Intendencia de Energía remitió a la Dirección General de Atención al Usuario el “Informe Técnico por no conformidad en calidad” por parte de Servicentro Nicoya S.A., según visita realizada el 28 de mayo del 2012 (folio 02).
- XIII.** Que el 10 de abril del 2014, mediante el oficio 506-IE-2017, la Intendencia de Energía remitió a la Dirección General de Atención al Usuario el “Informe Técnico por no conformidad en calidad” por parte de Servicentro Nicoya S.A., según visita realizada el 01 de octubre del 2012 (folio 55).
- XIV.** Que, el 15 de enero de 2015, mediante el oficio 0105-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 Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, 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 132 a 138).
- XV.** Que, el 26 de mayo del 2016, mediante la resolución RJD-095-2016 de las 15:15 horas, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ordenó el inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio contra Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784 (folios 189 a 195).

- XVI.** Que, el 17 de agosto del 2016, mediante la resolución ROD-DGAU-337-2016, 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 19 de octubre de 2016 en las instalaciones de la Autoridad Reguladora (folios 206 a 215).
- XVII.** Que, el 23 de agosto del 2016, mediante la guía EZ014246975CR, Correos de Costa Rica notificó la resolución ROD-DGAU-337-2015 a la investigada, en su domicilio social según consta en el Registro Nacional (folio 217), el cual se encuentra ubicado en: Guanacaste, Nicoya, 75 metros al sur del Hospital La Anexión (folio 218).
- XVIII.** Que, el 19 de octubre de 2016, se llevó a cabo la comparecencia de ley a la cual asistió la Licenciada Olga Irene Granados Porras, en representación de la parte investigada, acompañada del señor Ulises Ávila Castro, cedula de identidad número 5-0150-0655 y presidente de Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784 (folios 243 a 269).
- XIX.** Que, durante la comparecencia y a nombre de la investigada, la licenciada Granados Porras aceptó parte de los hechos imputados, rechazó la existencia de una disposición que establece que el diésel exonerado destinado a la pesca no deportiva sea color verde, presentó prueba para demostrar que las faltas investigadas se debieron a la contaminación del combustible y señaló nuevo medio para recibir notificaciones (folios 243 a 269).
- XX.** Que, el 19 de octubre del 2016, la licenciada Olga Irene Granados Porras presentó por escrito, la prueba documental de descargo ofrecida durante la comparecencia (folios 221 a 233).
- XXI.** Que el 20 y 21 de octubre de 2016, la licenciada Olga Irene Granados Porras, presentó la ampliación de conclusiones a nombre de la investigada, el cual se

refiere a la declaración del ingeniero químico rendida durante la comparecencia (folios 234 a 235).

- XXII.** Que el 26 de febrero de 2018, mediante el oficio 873-DGAU-2018, el órgano director emitió el informe final con las siguientes conclusiones y recomendaciones:

“
(...)

VII. CONCLUSIONES

Del análisis precedente se puede concluir que:

- 1. Que el 28 de mayo del 2012, la estación de servicio Servicentro Nicoya, propiedad de Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, se encontraba dispensando combustible aceite diésel con una coloración verde, mientras que debe ser amarillo.*
- 2. Que el 01 de octubre del 2012, la estación de servicio Servicentro Nicoya, propiedad de Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, se encontraba dispensando combustible aceite diésel con una coloración verde, mientras que debe ser amarillo.*
- 3. Que el color verde del combustible aceite diésel es un color propio del combustible aceite diésel exonerado destinado a la flota pesquera no deportiva.*
- 4. Que la resolución R-257-2007-MINAE de las 14:25 horas del 25 de mayo del 2007, y estableció que Servicentro Nicoya S.A.,*

cédula jurídica número 3-101-088784, 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 140 a 145).

VIII. RECOMENDACIONES

Con base en lo anterior, y salvo mejor criterio de la Junta Directiva, se recomienda:

- I. Se declare que Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, 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 resolución R-257-2007-MINAE de las 14:25 horas del 25 de mayo del 2007, toda vez que los días 28 de mayo y 1 de octubre del 2012, la estación de servicio Servicentro Nicoya, se encontraba dispensado combustible aceite diésel exonerado, destinado a la flota pesquera nacional no deportiva.*
- II. Se revoque la concesión otorgada por el Ministerio de Ambiente y Energía, para el funcionamiento y servicio público de suministro de combustibles a Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, código MINAE ES 5-02-01-02.*
- III. Se prevenga 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 Servicentro Nicoya, de lo contrario, las autoridades competentes procederán de manera coercitiva al cierre de la misma.

- IV.** *Se notifique la resolución que ha de dictarse Servicentro Nicoya S.A.*
- V.** *Se notifique la resolución que ha de dictarse al Ministerio de Ambiente y Energía.*
- VI.** *Se comuniquen, una vez notificada esta resolución a Servicentro Nicoya S.A., a la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE), la presente resolución, 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 Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784.”*
- XXIII.** Que el 7 de marzo de 2018, mediante memorando 146-SJD-2018 el secretario de esta Junta Directiva remitió para su revisión, al señor Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva, el oficio 874-DGAU-2018 del 26 de febrero de 2018.
- XXIV.** Que el 20 de marzo de 2018, mediante el oficio 130-CDR-2018, el señor Robert Thomas Harvey, asesor legal de la Junta Directiva, indica que los fundamentos sobre los cuales la Dirección General de Atención al Usuario, en su oficio 874-DGAU-2018 del 26 de febrero de 2018, sustenta la recomendación para este procedimiento, son jurídicamente correctos.
- XXV.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

I. HECHOS PROBADOS.

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

Primero: Que, Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, código MINAE número ES 5-02-01-02, está autorizada para prestar el servicio público de suministro de combustibles derivados de hidrocarburos al consumidor final, en la estación de servicio Servicentro Nicoya, mediante la resolución R-062-2012-MINAET de las 7:15 horas del 10 de febrero del 2012 (folios 104 a 118).

Segundo: Que, el título habilitante, que se encontraba vigente previo a la resolución R-062-2012-MINAET, para la estación de Servicio Servicentro Nicoya S.A., fue otorgado mediante la resolución R-257-2007-MINAET del 25 de mayo del 2007, y éste estableció que Servicentro Nicoya S.A. cédula jurídica número 3-101-088784, 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 140 a 145).

Tercero: Que, la estación de servicio Servicentro Nicoya, fue objeto de una inspección por parte del CELEQ el día 28 de mayo del 2012.

Cuarto: 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 Servicentro Nicoya, el día 28 de mayo del 2012, era color verde (folio 23).

Quinto: Que la estación de servicio Servicentro Nicoya, fue objeto de una inspección por parte del CELEQ el día 01 de octubre del 2012.

Sexto: 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 Servicentro Nicoya, el día 01 de octubre del 2012, era color verde (folio 70).

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

Octavo: Que, el colorante utilizado por RECOPE para diferenciar el combustible aceite diésel exonerado es: azul.

Noveno: Que, al tener el combustible aceite diésel regular un color amarillento, la mezcla de este último con el colorante utilizado por RECOPE, da un resultado final para el combustible aceite diésel exonerado color verde.

Décimo: 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.

Este órgano decisor, arriba a las anteriores conclusiones con fundamento en la prueba pericial y testimonial evacuada durante la comparecencia del día 19 de octubre de 2016, en la información consignada en el acta que corre de folios 05 a 12, 19 a 22, 58 a 63, 72 a 74 y 97 del expediente administrativo, las cuales corresponden al certificado CELEQ-ARESEP-C-0485-12, certificado de inspección CELEQ-ARESEP-I-0485-12, acta de inspección CELEQ-ARESEP-0485-12-I, acta de toma de muestra CELEQ-ARESEP-0485-12-M, oficio CELEQ-1095-2013 del 30 de agosto de 2013, acta de análisis de calidad de muestra testigo custodiada en el CELEQ número 57-13, certificado CELEQ-ARESEP-C-1047-12, certificado de inspección CELEQ-ARESEP-I-1047-12, acta de inspección CELEQ-ARESEP-1047-12-I, acta de toma de muestra CELEQ-ARESEP-1047-12-M, oficio CELEQ-1096-2013 del 30 de agosto de 2013, acta de análisis de calidad de muestra testigo custodiada en el CELEQ número 61-13

y el oficio DAC-0086-2014, suscrito por el Ing. Roberto Coto Rojas, Director de la Dirección de Aseguramiento de la Calidad de RECOPE.

II. HECHOS NO PROBADOS.

Se tiene por no demostrados los siguientes hechos:

Único: Que, el color presente en las muestras de aceite diésel examinadas el 30 de agosto del 2013 por el CELEQ, y obtenidas los días 28 de mayo y 01 de octubre del 2012, se produjo por una contaminación en el proceso de transporte de los combustibles.

III. SOBRE LA PRUEBA

a) PRUEBA QUE CONSTA EN EL EXPEDIENTE:

- **Prueba documental:**

1. Oficio 503-I-2014.
2. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-C-0485-12.
3. Certificado e inspección CELEQ-ARESEP-I-0485-12.
4. Acta de inspección CELEQ-ARESEP-0485-12-I.
5. Acta de toma de muestra CELQ-ARESEP-0485-12-M.
6. Acta de control de surtidores cerrados y marchamados.
7. Acta de análisis de calidad de muestra testigo custodiada en el CELEQ N.57-13.

8. Oficio CELEQ-1095-2013.
9. Permiso sanitario de funcionamiento del ministerio de salud.
10. Contrato de compraventa de combustible entre refinadora costarricense de petróleo S.A. y Servicentro Nicoya sociedad anónima, bajo la figura de estación de servicio, contrato inscrito bajo el código 300387(trescientos mil trescientos ochenta y siete).
11. Oficio recibido el 09 de setiembre del 2013.
12. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0169-12.
13. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0144-12.
14. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0185-12.
15. Oficio DAC-0086-2014.
16. Oficio 0343-IE-2014.
17. Oficio 506-IE-2014.
18. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-C-1047-12.
19. Certificado de inspección CELEQ-ARESEP-I-1047-12.
20. Acta de inspección CELEQ-ARESEP-1047-12-I.
21. Acta de toma de muestra CELQ-ARESEP-1047-12-M.
22. Acta de análisis de calidad de muestra testigo custodiada en el CELEQ.
23. Oficio CELEQ-1096-2013.
24. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0355-12.
25. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0379-12.

26. Certificado de análisis CELEQ-ARESEP-P-0401-12.
27. Resolución R-062-2012-MINAET de las 07:15 horas del 10 de febrero del 2012.
28. Oficio 2351-DGAU-2014.
29. Oficio 02618-DGAU-2014.
30. Oficio 3148-DGAU-2014.
31. Oficio 3296-DGAU-2014.
32. Oficio 0105-DGAU-2015.
33. Resolución R-257-2007-MINAE.
34. Consulta de persona jurídica por identificación.
35. Oficio DGTCC-806-2014.
36. Oficio DGTCC-807-2014.
37. Oficio 536-DGAU-2016.
38. Oficio 376-DJAJR-2016.
39. Oficio 328-SJD-2016.
40. Oficio 365-SJD-2016.
41. Oficio 1888-DGAU-2013.
42. Oficio 0717-IE-2016.
43. Oficio 0810-IE-2016.
44. Resolución RJD-095-2016 de las 15:15 horas del 26 de mayo del 2016.

45. Resolución ROD-DGAU-337-2016.

46. Consulta de personería jurídica.

47. Acta de notificación a la investigada.

48. Oficio recibido el 19 de octubre del 2016 en las instalaciones de la Autoridad Reguladora.

49. Oficio recibido el 20 de octubre en las instalaciones de la Autoridad Reguladora.

50. Oficio recibido el 21 de octubre en las instalaciones de la Autoridad Reguladora.

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

1. Testimonio del Ing. Asdrúbal Bolaños Campos, cédula de identidad número: 1-1141-0212, funcionario de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP).

IV. 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 2º del mismo cuerpo normativo, será 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, señaló:

“(…) 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 97)

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.

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 con las condiciones establecidas en la concesión o permiso, y de verificarse que los hechos son imputables al prestador del servicio, se deberá imponer la sanción establecida en el artículo 41 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, el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF), establece que le 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).

V. SOBRE EL CASO CONCRETO

El objeto del presente procedimiento se fijó mediante la resolución RJD-095-2016 de las 15:15 horas del 26 de mayo del 2016, la cual ordenó el inicio del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio para determinar la verdad real de los hechos, verificados durante las inspecciones que realizaron los personeros del CELEQ los días 28 de mayo y 1 de octubre ambos del 2012, a la estación de servicio Servicentro Nicoya, propiedad de Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784.

Durante ambas inspecciones se encontró presente, en representación de la estación de servicio, el señor Ulises Ávila Castro, en calidad de encargado de la misma, se tomaron 3 muestras de cada combustible ahí dispensado, de forma que el certificado CELEQ-ARESEP-C-0485-12, correspondiente a la visita del 28 de mayo del 2012, señaló que se realizaron los análisis de rutina (sedimentos, octanaje, temperatura de inflamación, entre otros), y respecto a la muestra de aceite diésel se indicó que el mismo era color verde mientras que debe ser amarillo; por su parte, que el certificado CELEQ-ARESEP-C-1047-12 correspondiente a la visita del 01 de octubre del 2012, señaló que se realizaron los análisis de rutina (sedimentos, octanaje, temperatura de inflamación, entre otros), y respecto a la muestra de aceite diésel, se indicó que el mismo era color verde mientras que debe ser amarillo.

Posteriormente, en virtud de que el CELEQ puso en conocimiento a la Autoridad Reguladora de las presuntas faltas en cuanto a la venta de combustible aceite diésel con color verde, los días 28 de mayo y 01 de octubre del 2012, es que mediante los oficios 1317-IE-2013 y 1321-IE-2013, la Intendencia de Energía, comunicó a Servicentro Nicoya S.A., que el 30 de agosto de 2013, se procedería con la apertura de las muestras testigo, según el procedimiento establecido.

Así entonces, el 30 de agosto del 2013, se llevó a cabo la respectiva apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectada el 28 de mayo del 2012 en la Estación de Servicio Servicentro Nicoya, propiedad de Servicentro Nicoya S.A., con la participación del representante de la dicha estación (folio 19). De igual forma, el 30 de agosto del 2013 también se llevó a cabo la respectiva apertura de la muestra testigo de combustible aceite diésel recolectado el 01 de octubre del 2012 en la Estación de Servicio Servicentro Nicoya, propiedad de Servicentro Nicoya S.A., también con la participación del representante de dicha estación (folio 70).

Nótese, como tanto en la recolección de las muestras el día de las inspecciones, como en las aperturas realizadas por el CELEQ, la parte investigada estuvo presente,

teniendo conocimiento de los resultados de los análisis y actuaciones realizadas de primera mano.

Valga señalar, que la prueba recabada es conteste a estos efectos, tanto con las declaraciones del testigo Asdrúbal Bolaños, así como con las actas N° 57-13 y N° 61-13, las cuales corresponden a las aperturas de muestra testigo recolectadas los días 28 de mayo del 2012 y 01 de octubre del 2012 respectivamente en la estación de servicio Servicentro Nicoya, las cuales indican que el combustible aceite diésel presentó una coloración verde, siendo que esta es la coloración propia del combustible exonerado.

Lo anterior fue posteriormente avalado por los oficios CELEQ-1095-2013 y CELEQ-1096-2013, suscritos por el Doctor Carlos León Rojas, director del CELEQ (folios 21 a 22 y 72 a 73).

En relación con lo anterior, 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 presentaron las muestras de combustible aceite diésel analizadas, y las cuales sirven 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 1º, 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 diferencie el combustible gasolina regular destinado a la flota pesquera nacional no deportiva con una coloración morada, y el combustible aceite diésel destinado a la flota pesquera nacional no deportiva, con una coloración 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 97).

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”.***

Mediante la resolución R-062-2012-MINAET, el Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, otorgó a Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, 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” (folio 104 a 118).

El permiso anterior inmediato a la resolución R-062-2012-MINAET, fue otorgado mediante resolución R-257-2017-MINAET, y estableció que Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, 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 140 a 145).

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-257-2017-MINAET, ambas dictadas por el ente concedente en ese momento, el entonces Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones.

Sobre el testimonio de del ingeniero Asdrúbal Bolaños Campos, cédula de identidad número 1-1141-0212, funcionario de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Asdrúbal Bolaños Campos fue ofrecido como testigo para referirse a los hechos investigados en cuanto a la coloración del combustible aceite diésel expendido en la estación de servicio Servicentro Nicoya.

Una vez que se detectó una coloración distinta a la esperada en el combustible aceite diésel, se comunicó al CELEQ, y se procedió a convocar al representante de la estación de servicio a la apertura de muestra testigo.

El método utilizado según consta en las actas de apertura de muestra testigo N°57-13 (folio 23) y N°61-13 (folio 70) es una inspección visual, lo cual fue posteriormente confirmado por el testigo aportado por la administración:

“(…), este es muy sencillo, porque es una inspección visual, entonces en efecto el químico confirma que tiene una coloración distinta a la del combustible, que en este caso es diésel, que tiene una coloración distinta a lo normal del diésel, que es un color amarillo o ámbar como un aceite de cocina y este combustible tenía el color verde, que es característico más bien, del combustible exonerado para la pesca no deportiva.

Se le comparte la evidencia al representante de la estación, para que él también observe que la coloración es totalmente distinta a lo que debería ser el combustible y se firma ese día el acta de análisis de muestra testigo, en el cual el químico da fe de que es la coloración diferente”.

En cuanto al combustible propiamente exonerado, el órgano director consultó al testigo si existía posibilidad de que RECOPE distribuyera este combustible a las estaciones de servicio a lo que el testigo respondió que no debería ser posible.

En el caso en concreto el testigo señaló:

“(…) nosotros tuvimos que estudiar las situaciones, porque no es típico que una estación de servicio tenga combustible con esa coloración, era preocupante. Entonces, ya investigamos un poquito, observamos cómo es el procedimiento y en efecto, (....) INCOPECA es la institución que vela porque esto se cumpla así, verdad, de que las asociaciones de pescadores tienen que solicitar a la INCOPECA una cantidad de producto, entonces,

en efecto esa cantidad de producto, tiene que haber una cantidad de pescadores para que se pueda llenar un cisterna, o sea es como un tiquete, o sea ellos requieren, no sé 10 litros, entonces, entre tantos pescadores, bueno entonces son 10 litros, 100 litros, entre tantos pescadores se juntan para que el volumen sea comprendido en un cisterna. Eso lo hace a través de las asociaciones, entonces en efecto, las asociaciones hacen la solicitud bien formal ante INCOPECA e INCOPECA hace la solicitud o gestiona con RECOPE, cuando llega RECOPE tiene la solicitud formal de esa asociación o de esos pescadores y solamente en esa manera es que dispensan el producto añadiéndole ese color.

Tal vez y también para que quede claro, nosotros inspeccionamos el Programa de Evaluación de la Calidad inspecciona al plantel de RECOPE, a todos los planteles, al que usted se abastece también, hacen inspecciones quincenales del producto y a su vez también inspecciona las estaciones circundantes, porque no solamente vamos a ir a la estación suya, sino que vamos a ir a las estaciones circundantes de la estación de usted.

Entonces, en efecto, nosotros evidenciamos que ese problema ocurrió solamente en esa estación y no en las demás estaciones, ni en el plantel, o sea la variación, a lo que voy, la variación de ese color, lo cual no es normal, ni lo correcto, se dio solamente en esa situación.”

La licenciada Granados Porras consultó al testigo sobre la existencia de un parámetro para conocer el nivel de contaminación en el combustible, de forma que el testigo se remitió a la normativa aplicable al caso:

“(...)existe un decreto nacional, en el cual se establece la coloración que va a tener los combustibles (...) el Reglamento Técnico Centroamericano del diésel, pero para los casos de los combustibles, el decreto establece qué colores va a tener el combustible que es exonerado, no solamente es exonerado, sino que también es subsidiado, es decir, exonerado de los impuestos y subsidiado por todos los demás usuarios que utilizamos los demás combustibles y eso está confinado o eso está expuesto para la venta a la flota pesquera no deportiva del país.”

En relación con lo anterior, la licenciada Granados Porras manifestó que el decreto nacional al que el testigo hacía referencia es claro en indicar que el color de combustible aceite diésel exonerado es azul, además; señaló que en algunas partes del expediente se hace referencia al color azul y en otras se hace verde, de forma que preguntó al testigo cuál es el color del diésel exonerado, siendo que el señor Bolaños Campos indicó que este era azul, no obstante, alegó la existencia de un oficio aclaratorio sobre el color en el combustible diésel exonerado y su justificación.

Sobre los argumentos de la investigada

El 19 de octubre del 2016, se recibió en las instalaciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la prueba de descargo por parte de la investigada, e hizo referencia por escrito a los siguiente alegatos, de modo que se procede con el respectivo análisis como sigue:

- Sobre la coloración del combustible aceite diésel exonerado.

La investigada reiteró su aceptación de los hechos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto; no obstante, rechazó el hecho sexto toda vez que manifestó no tener certeza de que el combustible aceite diésel color verde sea el destinado al uso de la flota pesquera no deportiva, pero si manifestó saber que RECOPE utiliza un colorante azul

para identificar este tipo de combustible. Asimismo, rechazó un **“incumplimiento por razones injustificadas** de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso, por **presuntamente VENDER** a particulares no autorizados, combustible que ha sido exonerado con un fin determinado (...)” (folio 222).

Al respecto, 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).

A modo de aclaración sobre la coloración del combustible diésel exonerado, 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 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 97).

De modo que no lleva razón la representación de la investigada, al dudar de que el combustible diésel verde sea el destinado al uso de la Flota Pesquera Nacional no Deportiva.

- Sobre la posible contaminación en el proceso de transporte

Aduce la investigada que en el año 2012 (año en que CELEQ tomó las muestras de combustible hoy investigados), el mismo cisterna que transportaba los combustibles a Servicentro Nicoya, prestó sus servicios para transportar combustible exonerado a distintos pescadores de la zona, situación que pudo desencadenar en una

contaminación en el combustible incidiendo en el cambio de color, lo cual la investigada califica como un caso fortuito (folio 222).

Respecto al caso fortuito, la Resolución N° .67 -2017-VIII del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Octava, Segundo Circuito Judicial de San José. Anexo A, a las nueve horas treinta minutos del trece de julio del año dos mil diecisiete señaló:

(...)

*Al efecto **la doctrina no siempre es clara en cuanto a su definición, lo mismo que en cuanto a la distinción con el de caso fortuito; sin embargo hay dos propuestas admitidas por la generalidad, al efecto cabe citar: "Atendiendo el origen del evento: la fuerza mayor se debería a un hecho de la naturaleza, mientras que en el caso fortuito se trataría de un hecho humano (Bosari y Longo, citados por Soto Nieto). Atendiendo el grado de imprevisibilidad o inevitabilidad del evento: el caso fortuito es un evento previsible, aún utilizando una conducta diligente -si pudiera haberse previsto sería inevitable- ; la fuerza mayor, por el contrario, es un evento que, aún cuando pudiera preverse es inevitable (...)***

*"El caso fortuito, a diferencia de la **fuerza mayor**, que se caracteriza generalmente por su inevitabilidad, tiene más bien por eje definitorio la imprevisibilidad; por esta razón es determinante que el sujeto, antes de la producción del acontecimiento haya actuado con diligencia; para determinar la previsibilidad debe tomarse en cuenta la diligencia del buen padre de familia. Se ha dicho que, si a pesar de darse tal diligencia, el evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia del caso fortuito... (...)"*

Basados en lo anterior, si consideramos que el caso fortuito hace referencia a una situación imprevisible, aplicándolo al caso concreto, tenemos que en el presente caso se debió presentar cierto grado de diligencia por parte de Servicentro Nicoya, tanto en el transporte de su producto (evitando así cualquier foco de contaminación), como en la descarga del mismo (por medio del control visual).

Es decir, tanto para el caso de una posible recepción de combustible diese exonerado o de una contaminación durante el proceso de transporte, se pudo evitar dichas situaciones aplicando las medidas preventivas necesarias al efecto, sin embargo, se extrañan en las situaciones investigadas la aplicación de dichas medidas.

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 último, la citada resolución también indica que la apertura de la muestra testigo, es la prueba con el resultado oficial y definitivo.

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.

Resulta evidente que la investigada tiene toda la obligación de tomar ciertas medidas para evitar una posible contaminación.

- Sobre el oficio del 05 de setiembre del 2013.

La investigada manifestó su diligencia, posterior a tener conocimiento de la situación presentada en el año 2012, de forma que el 05 de setiembre del 2013 presentó oficio en las instalaciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en donde se comprometía a realizar las siguientes acciones al respecto:

“TERCERA: Las acciones a que me comprometo en mi condición dicha serán las siguientes: UNO: Ser cuidadoso con todos y cada uno de los productos que ingresen a la Estación de Servicio Servicentro Nicoya S.A. DOS: Llevar bitácoras que me permitan determinar en fecha exacta la entrada de los productos. TRES: revisar el color del mismo en cada ingreso (pinchar el tanque para identificar cualquier foco de contaminación), que me permita reportarlo de forma inmediata a la ARESEP y a RECOPE. CUATRO: Capacitar al chofer del camión transportador del combustible y al encargado de la gasolinera, quienes en la mayoría de las ocasiones son los que reciben y descargan el combustible en este centro de servicio. -” (folio 222).

Si bien, se atienden las manifestaciones de la investigada lo cierto es que el objeto del presente procedimiento versa sobre el presunto incumplimiento por razones injustificadas de las condiciones generales del contrato, la concesión o el permiso, toda vez que los días 28 de mayo y 01 de octubre ambos del 2012, se encontraba dispensando combustible aceite diésel color verde, siendo que éste es propio de la flota pesquera nacional no deportiva. De manera que las situaciones o medidas

tomadas en fecha posterior a las aquí investigadas, carecen de relevancia para eximir de responsabilidad, toda vez que la falta ya se había cometido.

En su defensa, la investigada alegó que en sus 30 años de trabajo en la compraventa de combustibles, ningún cliente indicó que se le estuviera vendiendo combustible exonerado, solicitó además, una sanción económica pero nunca la revocatoria de la concesión.

Al respecto, nuevamente se reitera que el objeto del presente procedimiento investiga únicamente los hechos ocurridos durante las inspecciones que realizaron los personeros del CELEQ los días 28 de mayo y 1 de octubre ambos del 2012 a la estación de servicio Servicentro Nicoya, de forma que los años de servicio de la investigada que no se encuentren en ese lapso de tiempo quedan fuera de la presente investigación.

Por otro lado, no es necesaria la denuncia de parte de un usuario para que se configure la falta cometida, basta con la acreditación de la misma durante el procedimiento, previa celebración de la comparecencia oral y privada para determinar si la falta se cometió o no.

Conviene agregar, que los usuarios del servicio de suministro de combustibles, en la mayoría de las ocasiones, no pueden observar el combustible que les venden, toda vez que el mismo es depositado desde las mangueras directamente a los tanques de los vehículos.

Por último, 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 establece:

“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.”

De forma que, no es viable atender la solicitud de la investigada ya que el artículo citado menciona única y expresamente, la sanción a imponer para casos como el presente (ver más adelante el apartado sobre la sanción a imponer).

De igual forma, el 20 y 21 de octubre de 2016, la investigada presentó ampliación de sus conclusiones al presente procedimiento, de forma que manifestó:

- Que, en el presente proceso no se ha podido demostrar que el combustible investigado y obtenido en Servicentro Nicoya fuera combustible aceite diésel exonerado.

Al respecto ha de reiterarse el resultado de las aperturas de muestra testigo realizadas a cargo de un representante del CELEQ, y en presencia tanto de un representante de la Autoridad Reguladora como de la estación de servicio investigada (folios 23 y 74), en donde se determinó que el color de las muestras examinadas era verde, siendo este el color propio del combustible aceite diésel exonerado.

- Que, durante las aperturas de muestras testigo se utilizó un método visual y no un método científico.

Efectivamente el método utilizado durante las aperturas de muestra testigo, fue el método visual, método previamente determinado por el CELEQ y avalado por el ECA

(Centro Costarricense de Acreditación), y por lo tanto A este órgano le merece total credibilidad. Es evidente que la única forma de determinar el color de un producto, es por medio del sentido de la vista.

- Que el testigo ofrecido por la administración indicó que la muestra obtenida fue verde y que el diésel exonerado es azul.

Sobre lo anterior, ha de reiterarse lo dicho sobre el colorante utilizado por RECOPE para diferenciar el combustible aceite diésel exonerado, en el sentido de que 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 97).

En síntesis, una vez analizada la prueba que consta en el expediente, la aportada por la investigada, y la comparecencia llevada al efecto, se concluye que el combustible aceite diésel que estaba dispensando Servicentro Nicoya S.A., en la estación de servicio Servicentro Nicoya, los días 28 de mayo y 01 de octubre del 2012, 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 proscribe la venta de combustible exonerado, subsumiéndose la conducta en la falta establecida en el artículo 41 incisos c) de la Ley 7593, por parte de Servicentro Nicoya 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 al otorgársele la autorización para la prestación del servicio.

VI. 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 Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, incurrió los días 28 de mayo y 01 de octubre del 2012, en un incumplimiento injustificado de las condiciones generales del contrato, específicamente la que establece que “en ningún caso podrá venderse a particulares no autorizados, combustible que ha sido exonerado con un fin determinado”.

Por su parte, el artículo 41 inciso c), de la Ley 7593, dispone que ante la verificación de esta falta, procede la imposición de la sanción de revocatoria de 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.”

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.

Ahora bien, el permiso anterior inmediato a la resolución R-062-2012-MINAET, cuyas obligaciones fueron mantenidas por esta, fue otorgado mediante la resolución R-257-2007-MINAE de las 14:25 horas del 25 de mayo del 2007, y este estableció que Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, “**En ningún caso**

podrá venderse a particulares no autorizados combustible que ha sido exonerado con un fin determinado” (folio 71).

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 Servicentro Nicoya encontraba dispensando los días 28 de mayo y 1 de octubre del 2012, presentaba una coloración verde, propia del combustible aceite diésel exonerado. Resulta reprochable para la investigada el hecho de que fueran sorprendidos desde el 28 de mayo del 2012 suministrando combustible aceite diésel exonerado y, más allá de corregir su conducta, sea nuevamente sorprendida 5 meses después (1 de octubre del 2012), cometiendo la misma falta. 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.

VII. Que en la sesión extraordinaria 35-2018, celebrada el 25 de mayo de 2018, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 874-DGAU-2018 de la Dirección General de Atención al Usuario y 130-CDR-2018 del señor Robert Thomas Harvey, asesor legal; la Junta Directiva acuerda 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 07-35-2018

- I. Declarar que Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, 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 resolución R-257-2007-MINAE de las 14:25 horas del 25 de mayo del 2007, toda vez que los días 28 de mayo y 1 de octubre del 2012, la estación de servicio Servicentro Nicoya, se encontraba dispensado combustible aceite diésel exonerado, destinado a la flota pesquera nacional no deportiva.
- II. Revocar la concesión otorgada por el Ministerio de Ambiente y Energía, para el funcionamiento y servicio público de suministro de combustibles a Servicentro Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784, código MINAE ES 5-02-01-02.
- III. 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 Servicentro Nicoya, de lo contrario, las autoridades competentes procederán de manera coercitiva al cierre de la misma.
- IV. Notificar la presente resolución a la Servicentro Nicoya S.A.
- V. Notificar la presente resolución al Ministerio de Ambiente y Energía.
- VI. Comunicar, una vez notificada esta resolución a Servicentro Nicoya S.A., a la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE), la presente resolución, 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 Nicoya S.A., cédula jurídica número 3-101-088784.

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.

ARTÍCULO 9. Propuesta de archivo del procedimiento de declaratoria de caducidad del título habilitante, por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses seguido contra la Sociedad Transportes R y R de Limón, cédula jurídica número cédula 3-101-149627 permisionario de la ruta 722. Expediente OT-18-2014.

La Junta Directiva conoce de los oficios 2328 DGAU-2018 del 23 de mayo de 2018 y 808-DGAJR-2017 del 18 de setiembre de 2017, mediante los cuales la Dirección General de Atención al Usuario y la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refieren a la propuesta de archivo del procedimiento de declaratoria de caducidad del título habilitante, por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses seguido contra la Sociedad Transportes R y R de Limón, cédula jurídica número cédula 3-101-149627 permisionario de la ruta 722. Expediente OT-18-2014.

La señora **Marta Monge Marín** se refiere a los antecedentes, análisis de lo actuado, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el informe, con base en lo expuesto por la Dirección General de Atención al Usuario, de conformidad con el oficio 2328-DGAU-2018 y 808-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 03 de febrero de 2014 la Dirección Administrativa Financiera, mediante oficio 242-DAF -2014, solicitó al Departamento de Gestión Documental la apertura de un expediente contra la sociedad ad Transportes R y R de Limón, cédula jurídica número 3-101-149627, permisionario de la ruta 722, para declarar la caducidad del permiso por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses, dado que adeudaba los períodos del 2008 hasta el II trimestre de 2013, por un monto de ¢ 2.923.735,90 (dos millones novecientos veintitrés mil setecientos treinta y cinco mil colones con noventa); por lo que debía iniciarse el procedimiento para declarar la caducidad del permiso (folios 01 a 02).
- II. Que el 16 de enero de 2013, el Consejo de Transporte Público del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, mediante la certificación CTP/SDA-14-000013, certificó los acuerdos mediante los cuales la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público (CTP) habilita la operación de la ruta 722, a la sociedad R y R de Limón (03 al 07).
- III. Que el 11 de marzo de 2014, mediante el oficio 403-DAF-2013, la Dirección Administrativa Financiera, recomendó a la Junta Directiva se dicte la resolución de apertura del procedimiento administrativo ordinario por el no pago de canon de regulación, según lo establecido en el artículo 39 de la Ley 7593, contra la sociedad Transportes R y R de Limón en el pago del canon de regulación (folios 28 y 29).
- IV. Que el 20 de marzo del 2014, mediante la resolución RJD-025-2014 de las 15:59 horas, la Junta Directiva resolvió dar inicio al procedimiento administrativo ordinario contra la sociedad Transportes R y R de Limón S.A., cédula jurídica número 3-101-149627 en su condición de permisionario en la ruta 722, por la presunta mora superior a los tres meses en el pago de los cánones de regulación en los períodos de los años 2008 al II trimestre 2013 y que corresponde a la suma

de ¢2.923.735,90 y se nombra el órgano director del procedimiento (folios 38 al 46).

- V.** Que el 13 de mayo del 2014, mediante el oficio 1360-DGAU-2014, la Dirección General de Atención al Usuario, solicitó al Departamento de Finanzas que a efecto de realizar una correcta imputación de cargos, se sirva extender certificación actualizada de la morosidad de la sociedad Transportes R y R de Limón S.A. (folio 47)
- VI.** Que mediante la certificación UC-149-2014, del 26 de mayo de 2014, el Jefe a.i. del departamento financiero certificó que para los períodos III trimestre 2008 al I trimestre 2014, el permisionario la sociedad Transportes R y R de Limón tiene cánones pendientes de cancelar por un monto de ¢3.224.158, (folio 49).
- VII.** Que el 27 de junio del 2014, mediante el oficio 1869-DGAU-2014 la Dirección General de Atención al Usuario solicita a la Junta Directiva modificación de la resolución RJD-025-2014 del 20 de marzo de 2014 (folio 52 al 53).
- VIII.** Que el 16 de abril de 2015, mediante la resolución RJD-065-2015, la Junta Directiva modificó la resolución RJD-025-2014 del 20 de marzo de 2014, para que en el punto I de su parte resolutive, se lea: “Ordenar la apertura de un procedimiento administrativo ordinario contra Transportes R y R de Limón S.A., cédula jurídica 3-101-149627, en su condición de permisionaria para la prestación de servicio público de transporte remunerado de personas modalidad autobús en la ruta 722, que se tramitará bajo el expediente número OT-18-2014, con el fin de averiguar la verdad real de los hechos sobre la presunta mora superior a tres meses en el pago de los cánones de regulación, en los períodos del año 2008 al primer trimestre de 2014, ambos inclusive, y que corresponde a la suma de ¢3.224.158,63 (tres millones doscientos veinticuatro mil ciento cincuenta y ocho colones con sesenta y tres céntimos).(folios 87 a 93).

- IX.** Que el 13 de abril de 2016, mediante el oficio 1440-DGAU-2016, la Dirección General de Atención al Usuario, solicitó a la Dirección Administrativa Financiera la certificación actualizada de la morosidad que presenta por el pago de cánones de regulación el permisionario La sociedad Transportes R y R de Limón, entre otros prestadores de servicio S.A. (folio 96).
- X.** Que el 14 de abril del 2016, la Dirección Financiera emitió la certificación UC-98-2016, donde indica: *“ La empresa Tranportes R y R Limón S.A., cédula 3-101-149627, fue permisionario de la ruta 722, permiso que fue cancelado según consta en el artículo 1.1 de la sesión ordinaria 01-2016 del 06 de enero de 2016, notificada a la ARESEP mediante correo electrónico de fecha 18 de marzo 2016, que incluye la base de datos actualizada, por lo que actualmente no tiene título habilitante para la prestación del servicio público.”* por lo que actualmente no tiene título habilitante para la prestación del servicio público, además de indicarse el monto actualizado de lo adeudado por concepto de cánones atrasados, por la sociedad Transportes R y R Limón S.A. (folio 97).
- XI.** Que el 23 de noviembre de 2016, mediante el oficio 3937-DGAU-2016, el órgano director rindió su informe, con la recomendación de dictar la presente resolución de archivo del procedimiento. (folios 99 al 105).
- XII.** Que mediante oficio 808-DGAJR-2017 del 18 de setiembre de 2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refiere a la propuesta de archivo del procedimiento de declaratoria de caducidad del título habilitante, por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses seguido contra la Sociedad Transportes R y R de Limón, cédula jurídica número cédula 3-101-149627 permisionario de la ruta 722.
- XIII.** Que mediante oficio 2328-DGAU-2018 del 25 de mayo de 2018, la Dirección General de Atención al Usuario, incorpora las observaciones realizadas por la

Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 808-DGAJR-2017.

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

CONSIDERANDO:

- I. Que la Autoridad Reguladora es una institución autónoma según lo establecen los artículos 188 y 189 de la Constitución Política y el artículo 1° de la Ley 7593. Conforme el artículo 45 de esta última, se le faculta para establecer su organización interna, a fin de cumplir sus funciones, por lo cual, en ejercicio de la facultad autorganizativa, la Junta Directiva emitió el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF).
- II. Que conforme con el artículo 6° inciso 18 del RIOF, 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. Así como también le corresponde conocer los recursos que se presenten contra esos actos.
- III. Que el artículo 39 de la ley 7593, establece la obligación de los prestadores de servicios públicos, contemplados así por dicha ley, el pago de un canon de regulación. La Real Academia Española, entiende como *“canon” aquella “prestación pecuniaria periódica que grava una concesión gubernativa o un disfrute en el dominio público”*. La misma norma, establece que: (...) *“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. (...) // En esos casos, la competencia para declarar la caducidad de la concesión, licencia, autorización o permiso, corresponde a la Autoridad*

Reguladora de los Servicios Públicos, previo cumplimiento del debido proceso” (...).

- IV.** Que dado lo anterior, el presente procedimiento administrativo sancionatorio fue iniciado a efectos de aplicar el párrafo segundo del artículo 39 de la Ley 7593, debido al estado de mora –superior a tres meses- en el pago de los cánones de los períodos de los años 2008 al II trimestre de 2013, que ascendía al monto total ¢2.923.735,90, por parte de la sociedad Transportes R y R de Limón S.A., permisionaria de la ruta 722. Así consta en la orden de inicio del procedimiento (folio 38 al 46).
- V.** Que el referido artículo 39 también ordena que se siga el debido proceso y que se notifique a la autoridad concedente del título habilitante, el inicio y el acto final a efectos de que esa autoridad ejecute el acto de la Autoridad Reguladora en lo que le compete. Lo anterior implica que debe notificarse al Consejo de Transporte Público lo que aquí se disponga, para efectos de que tome las acciones que correspondan según su competencia.
- VI.** Que según la certificación UC-458-2013, adjunta al oficio 242-DAF-2014, visible a folio 02, la sociedad Transportes Ry R de Limón S.A., permisionaria de la ruta 722, al momento de ordenarse la apertura del procedimiento tenía una mora superior a tres meses, desde el año 2008 hasta el II trimestre 2013, para un total ¢2.923.735,90 (dos millones novecientos veintitrés mil setecientos treinta y cinco colones con noventa céntimos). (folio 3)
- VII.** Que el artículo 39 de la Ley 7593 no establece requisitos en cuanto a la forma en que el Ente Regulador deba constatar la mora, solo que sea superior a tres meses,

por lo cual la certificación aportada, se tiene como documento válido para constatar el hecho generador de la causal de caducidad.

- VIII.** Que según la última actualización del Departamento de Finanzas, realizada mediante la certificación UC-98-2016, para el 14 de abril de 2016, el monto y el período comprendido en la certificación UC-458-2013 ya no coincidía con el adeudado, pues a ese momento el permisionario la sociedad Transportes R y R de Limón S.A., tiene cánones de regulación pendientes de cancelar correspondientes al servicio de transporte remunerado de personas, por un monto de ¢4.227.501,19 (cuatro millones doscientos veintisiete mil quinientos un colones con diecinueve céntimos) (folio 97).
- IX.** Que al 20 de marzo de 2014, momento de ordenarse la apertura del procedimiento ordinario (folio 47 al 50) contra la sociedad Transportes R y R de Limón S.A., esta tenía una mora en el pago de cánones superior a tres meses, adeudando un total de ¢2.923.735,90 (dos millones novecientos veintitrés mil setecientos treinta y cinco colones con noventa céntimos). Según la última certificación de la Dirección de Finanzas el total de la deuda asciende a ¢4.227.501,19 (cuatro millones doscientos veintisiete mil quinientos un colón con diecinueve céntimos); lo que implica que el monto que se fijó como objeto del procedimiento administrativo ordinario sancionatorio ya no coincide con el instruido en las resoluciones RJD-025-2014 y RJD-65-2015.
- X.** Que la Dirección Administrativa Financiera indicó mediante la certificación UC-98-2016, del 14 de abril de 2016, que actualmente el permiso que le fue concedido a la sociedad Transportes R y R de Limón S.A., para operar la ruta 722, le fue cancelado, por lo cual actualmente no tiene título habilitante para prestar el servicio público de transporte remunerado de personas en modalidad autobús (folio 97).
- XI.** Que al respecto, el principio de economía procesal, se debe decir que, el otorgamiento de potestades discrecionales a la Administración, es consustancial a

la idea de lograr un máximo de eficiencia en el desempeño de la gestión administrativa, con el fin primordial, como se ha venido diciendo, de satisfacer o salvaguardar el interés público. Principio que viene a ser normado en el numeral 269 de la Ley General de la Administración Pública, que textualmente dice: *“Artículo 269.- 1. La actuación administrativa se realizará con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia. 2. Las autoridades superiores de cada centro o dependencia velarán, respecto de sus subordinados, por el cabal cumplimiento de este precepto, que servirá también de criterio interpretativo en la aplicación de las normas de procedimiento”*.

XII. Que si bien es cierto, la discrecionalidad implica un margen de libertad para apreciar, analizar, valorar y decidir cuál solución es la más idónea para salvaguardar el interés público, se debe ser enfático en advertir que su ejercicio no está ajeno al ordenamiento jurídico vigente, pues más bien, es el que le impone límites o parámetros que no sólo están relacionados con los elementos formales reglados de esa potestad, sino con aspectos sustanciales o de fondo, en que los derechos fundamentales, los principios generales del derecho, los conceptos jurídicos indeterminados y las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica tienen una importancia fundamental.

XIII. Que conforme lo establece el artículo 9 de la Ley 7593, para ser prestador de servicio público es requisito indispensable tener un título habilitante, por lo que para ostentar la legitimación suficiente para intervenir en este procedimiento, el cual tiene como posible consecuencia jurídica la revocación de la concesión o el permiso (artículo 41, Ley 7593) se debe demostrar la condición de prestador autorizado del servicio, es decir, se debe acreditar que la parte investigada ostenta un título habilitante, que en caso de ser comprobada la falta, le sea revocado, de lo contrario carecería de toda lógica, economía y conveniencia la instrucción de un procedimiento cuya consecuencia jurídica no sea susceptible de ser impuesta, puesto que es imposible revocar un título que no se tiene.

- XIV.** Que el artículo 269 de la Ley General de la Administración Pública, señala que la actuación administrativa, dentro de ella la instrucción de procedimientos administrativos, se realizará con arreglo a normas de economía simplicidad, celeridad y eficiencia.
- XV.** Que la posible consecuencia de este procedimiento es el revocar la concesión o el permiso de acreditarse la falta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 7593, que como se señaló, claramente dispone que será causal de caducidad de la concesión o el permiso, la mora superior a 3 meses en el pago de los cánones, en los casos en que la concesión o el permiso hayan sido otorgados mediante acto administrativo. Siendo que Transportes R y R de Limón S.A., es la posible destinataria de los efectos (revocatoria de la concesión o permiso) no ostenta en este momento título habilitante, no se encuentra mérito para continuar con la instrucción de este procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, pues se vaciaría de contenido el acto de imposición de una eventual sanción, pues resulta imposible revocar una concesión o permiso a alguien que no lo tiene, faltando así el presupuesto primigenio para poder ejecutar la sanción el cual parte de la premisa de que existe un derecho de este tipo que es susceptible de ser revocado.
- XVI.** Que además, de que el monto adeudado varió y aumentó, tomando en consideración el hecho de que a la fecha, el ente concedente canceló el permiso de servicio para la explotación del servicio público de transporte remunerado de personas, bajo la modalidad autobús, en la ruta 722 a la sociedad Transportes R y R de Limón S.A., no se encuentra tampoco sustento para la instrucción de este procedimiento, conforme se estableció en su momento en las resoluciones RJD-025-2014 y RJD-065-2015.
- VIII.** Que lo anterior, no implica el archivo del trámite del proceso judicial que lleve a cabo la Autoridad Reguladora para el cobro de los periodos adeudados por

concepto de cánones, a la fecha por parte de la sociedad Transportes R y R de Limón S.A.

- IX.** Que de conformidad con los resultandos y considerandos que preceden y con el mérito de los autos, lo procedente es ordenar el archivo del procedimiento de declaratoria de la caducidad del permiso de la ruta 722, tramitado contra la sociedad Transportes R y R de Limón S.A., en el expediente OT-18-2014, por mora superior a tres meses en el pago de los cánones, porque el Consejo de Transporte Público canceló el permiso, tal como se dispone.
- X.** Que en la sesión extraordinaria 35-2018, celebrada el 25 de mayo de 2018, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 2328-DGAU-2018 de la Dirección General de Atención al Usuario y 808-DGAJR-2017 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; la Junta Directiva acuerda con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

Con fundamento en lo establecido en el Libro Segundo del Procedimiento Administrativo de la Ley 6227, en el artículo 39 de la Ley 7593 y el artículo 6° inciso 18 del RIOF;

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

RESUELVE:

ACUERDO 08-35-2018

- I.** Ordenar el archivo del procedimiento de declaratoria de la caducidad del permiso de operación a nombre de la sociedad Transportes R y R de Limón S.A., cédula

jurídica número 3-101-149627 en la ruta 722, por mora superior a tres meses en el pago de los cánones.

- II. Archivar el expediente OT-18-2014 de conformidad con los considerandos de la presente resolución.

Se informa a las partes, que en cumplimiento de lo que ordena el artículo 245, en relación con los artículos 345 y 346, de la Ley 6227, se indica que contra la presente resolución cabe el recurso de reposición, el cual deberá de interponerse ante la Junta Directiva, a quien le compete resolverlo, en un plazo de 3 días hábiles contados a partir de la notificación de la presente resolución.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 10. Propuesta de archivo del procedimiento de declaratoria de caducidad del título habilitante, por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses seguido contra el prestador Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568, permisionario de la ruta 1217. Expediente OT-245-2014.

La Junta Directiva conoce de los oficios 2328 DGAU-2017 del 23 de mayo de 2018 y 801-DGAJR-2017 del 14 de setiembre de 2017, mediante los cuales la Dirección General de Atención al Usuario y la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refieren a la propuesta de archivo del procedimiento de declaratoria de caducidad del título habilitante, por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses seguido contra el prestador Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568, permisionario de la ruta 1217.

La señora **Marta Monge Marín** se refiere a los antecedentes, análisis de lo actuado, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el informe, con base en lo expuesto por la Dirección General de Atención al Usuario, de conformidad con el oficio 2328-DGAU-201 y 801-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que mediante la certificación número UC-288-2014, la Dirección de Finanzas certificó que Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568, tenía cánones de regulación pendientes de cancelar, correspondientes al servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, para los períodos del IV Trimestre 2013 al II Trimestre 2014, por un monto de ₡223.550,37, monto que no incluye multas e intereses (folio 02).

- II. Que mediante la resolución RJD-059-2015, de las 15:55 horas, del 26 de marzo de 2015 la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, resolvió dar inicio a un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra el señor Luciano Jaime Gutiérrez cédula de identidad número 8-0068-0568 permisionario de la ruta 1217, tendente a determinar la verdad real de los hechos sobre la presunta mora superior a tres meses en el pago de los cánones de regulación; correspondiente a los periodos de los años IV trimestre 2013 al II trimestre 2014, por un monto de ₡223.550,37 (doscientos veintitrés mil quinientos cincuenta colones con treinta y siete céntimos) para lo cual nombró como órgano director del procedimiento a Deisha Broomfield Thompson, cédula de identidad 1-990-473 y como suplente a María Marta Rojas Chaves, cédula de identidad 1-740-756 (folios 45 a 53).

- III. Que mediante la certificación número UC-110-2015, la Dirección de Finanzas informó que el prestador del servicio remunerado de personas modalidad autobús Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568, adeudaba cánones de regulación pendientes de cancelar, correspondientes al servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, al II trimestre de 2015 (folio 57).
- IV. Que el 18 de agosto de 2015, mediante la certificación número UC-123-2015 la Dirección de Finanzas, indicó que el prestador del servicio público remunerado de personas modalidad autobús Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568, operador de la ruta 1217, tiene cánones de regulación pendientes de cancelar correspondientes al servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús para el período de II trimestre de 2015, para un total de ¢116.026,00 (ciento dieciséis mil ventaseis colones exactos) (folio 61).
- V. Que el 19 de agosto de 2015, mediante la certificación número UC-123-2015 la Dirección de Finanzas, indicó que el prestador del servicio público remunerado de personas modalidad autobús Luciano Jaime Gutiérrez cédula de identidad número 8-0068-0568 operador de la ruta 1217, tiene cánones de regulación pendientes de cancelar correspondientes al servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús para el período de II trimestre de 2015, para un total de ¢ 116.026,00 (ciento dieciséis mil veintiséis colones) (folio 61).
- VI. Que mediante la certificación número 363-DF-2017, la Dirección de Finanzas indicó que el prestador del servicio público remunerado de personas modalidad autobús Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568, no tiene cánones de regulación del servicio público remunerado de personas modalidad autobús pendientes de cancelar (folio 66).
- VII. Que mediante la certificación número 869-DF-2018, la Dirección de Finanzas indicó que el prestador del servicio público remunerado de personas modalidad

autobús Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568, canceló la suma de ¢143.000 (ciento cuarenta y tres mil colones 00/100) por concepto de cánones de regulación del servicio público el 12 de junio de 2017.

- VIII.** Que mediante oficio 801-DGAJR-2017 del 14 de setiembre de 2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria se refiere a la propuesta de archivo del procedimiento de declaratoria de caducidad del título habilitante, por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses seguido contra el prestador Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568, permisionario de la ruta 1217.
- IX.** Que mediante oficio 2328-DGAU-2018 del 25 de mayo de 2018, la Dirección General de Atención al Usuario, incorpora las observaciones realizadas por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 801-DGAJR-2017.

CONSIDERANDO:

- I.** El objeto del presente procedimiento fue establecido mediante la resolución RJD-059-2015, de las 15:55 horas del 26 de marzo de 2015, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los servicios Públicos, resolvió dar inicio a un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra el señor Luciano Jaime Gutiérrez cédula de identidad número 8-0068-0568, permisionario de la ruta 1217, tendente a determinar la verdad real de los hechos sobre la presunta mora superior a tres meses en el pago de los cánones de regulación para los periodos IV trimestre 2013 al II trimestre 2014, por un monto de ¢223.550,37, (doscientos veintitrés mil quinientos cincuenta colones con treinta y siete céntimos).
- II.** Que el artículo 39 de la Ley 7593 y sus reformas faculta a la Autoridad Reguladora a declarar la caducidad de la concesión o el permiso, cuando se

presente una mora superior a tres meses en el pago de los cánones y tasas establecidas en esa ley.

- III. Que el Reglamento para el cálculo, distribución, cobro y liquidación de cánones, aprobado por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, mediante acuerdo número 5 de la sesión ordinaria 86-2013, dispone en su artículo 16 que *“el prestador deberá pagar el canon sobre los servicios públicos señalados en el artículo 5 de la Ley 7593, independientemente de que se les recuerde esta obligación o reciban la factura correspondiente, debido a que los mismos se detallan oportunamente en la respectiva publicación en La Gaceta”*; asimismo, en el numeral 17 del mismo reglamento se señala que (...) *“la Administración atendiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia, cobrará el monto total de los cánones según lo establecido en la “Metodología para distribuir el canon por actividad entre empresas reguladas”, en forma mensual, trimestral o anual según lo defina el Regulador General; (...)*. El prestador deberá pagar el monto del canon con anticipación a su vencimiento.”
- IV. Que al 26 de marzo de 2015, momento de ordenarse la apertura del procedimiento ordinario (folio 45 al 53) contra el prestador del servicio público remunerado de personas modalidad autobús Luciano Jaime Gutiérrez, ostentaba una mora superior a tres meses en el pago de los cánones de regulación; correspondiente a los periodos de los años IV trimestre 2013 al II trimestre 2014, por un monto de ¢223.550,37 doscientos veintitrés mil quinientos cincuenta colones con treinta y siete céntimos).
- X. Que el 18 de agosto de 2015, mediante la certificación número UC-123-2015 el Jefe de la Dirección de Finanzas, indicó que el prestador del servicio público remunerado de personas modalidad autobús Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568 operador de la ruta 1217, tiene cánones de regulación pendientes de cancelar correspondientes al servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús para el período de II trimestre del

2015, para un total de ¢116.026,00 (ciento dieciséis mil veintiséis colones exactos).

- XI.** Que el 8 de febrero de 2017, mediante la certificación número 363-DF-2017, la Dirección de Finanzas, certificó el prestador del servicio público remunerado de personas modalidad autobús Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568, no tiene cánones de regulación del servicio público remunerado de personas modalidad autobús pendientes de cancelar.
- XII.** Que de conformidad con los resultandos y considerandos que preceden y con el mérito de los autos, lo procedente es ordenar el archivo por falta de mérito del procedimiento de declaratoria de la caducidad del permiso de la ruta 1217 tramitado contra el señor Luciano Jaime Gutiérrez, en el expediente OT-245-2014, por mora superior a tres meses en el pago de los cánones, por cuanto a la fecha no existen cánones de regulación pendientes de cancelar.
- XIII.** Que en la sesión extraordinaria 35-2018, celebrada el 25 de mayo de 2018, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 2328-DGAU-2018 de la Dirección General de Atención al Usuario y 801-DGAJR-2017 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; la Junta Directiva acuerda con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

Con fundamento en lo establecido en el Libro Segundo del Procedimiento Administrativo de la Ley 6227, en el artículo 39 de la Ley 7593 y el artículo 6° inciso 18 del RIOF;

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

RESUELVE:

ACUERDO 09-35-2018

- I. Ordenar el archivo por falta de mérito del procedimiento de declaratoria de la caducidad del permiso de operación de la ruta 1217 a nombre del señor Luciano Jaime Gutiérrez, cédula de identidad número 8-0068-0568, por mora superior a tres meses en el pago de los cánones.
- II. Ordenar el archivo del expediente OT-245-2014, de conformidad con los considerandos de la presente resolución.
- III. Trasladar el expediente administrativo a la Dirección General de Atención al Usuario, para lo que corresponda.

Se informa a las partes, que en cumplimiento de lo que ordena el artículo 245, en relación con el artículo 346, ambos de la Ley 6227, se indica que contra la presente resolución cabe el recurso ordinario de reposición y el extraordinario de revisión. El recurso deberá ser interpuesto ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, a quien compete resolverlo. El recurso de reposición deberá ser interpuesto en el plazo de tres días contados a partir de la notificación de la presente resolución, de conformidad con el artículo 345 de la Ley 6227. Con respecto al recurso de revisión, este deberá interponerse ante esta Junta Directiva, a quien compete resolverlo, en los plazos establecidos en el numeral 354 de la Ley General de la Administración Pública.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

ARTÍCULO 11. Propuesta de archivo del procedimiento de declaratoria de caducidad del título habilitante, por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses seguido contra la empresa Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada, cédula

jurídica número 3-102-010659 permisionario de las rutas 263 y 263A. Expediente OT-235-2014

La Junta Directiva conoce de los oficios 2328 DGAU-2017 del 23 de mayo de 2018 y 810-DGAJR-2017 del 18 de setiembre de 2017, mediante los cuales la Dirección General de Atención al Usuario y la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refieren a la propuesta de archivo del procedimiento de declaratoria de caducidad del título habilitante, por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses seguido contra la empresa Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada, cédula jurídica número 3-102-010659 permisionario de las rutas 263 y 263A.

La señora **Marta Monge Marín** se refiere a los antecedentes, análisis de lo actuado, así como a las conclusiones y recomendaciones del caso.

Analizado el informe, con base en lo expuesto por la Dirección General de Atención al Usuario, de conformidad con el oficio 2328-DGAU-201 y 810-DGAJR-2017, la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes y con carácter de firme:

RESULTANDO:

- I. Que el 26 de marzo del 2015, mediante la resolución RJD-058-2015, de las 15:52 horas, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, resolvió dar inicio a un procedimiento administrativo ordinario sancionatorio, contra la empresa **Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada, cédula jurídica número 3-102-010659**, permisionaria de las rutas 263 y 263A, tendente a determinar la verdad real de los hechos sobre la presunta mora superior a tres meses en el pago de los cánones de regulación; correspondiente a los periodos de los años III trimestre 2012 al I trimestre 2013 y el I trimestre 2014, y que corresponde a la suma de ϕ 1.775.221.90., (un millón setecientos setenta y cinco

mil doscientos veintiún mil colones con noventa céntimos) para lo cual nombró como órgano director del procedimiento a Deisha Broomfield Thompson, cédula de identidad 1-990-473 y como suplente a María Marta Rojas Chaves, cédula de identidad 1-740-756 (folios 49 al 57).

- II. Que el 12 de agosto del 2014, mediante el oficio SDA/CTP-14-08-00052, el Consejo de Transporte Público (CTP) del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, certificó el acuerdo de fecha 08 de octubre de 1997, número 13 de la sesión 3140 mediante la cual se renovó el permiso de operación de la ruta 263 y 263 EXT, a la empresa Autotransportes Araya Arguedas Ltda. (folio 06 a 08).
- III. Que el 13 de abril de 2016, mediante el oficio 1440-DGAU-2016, la Dirección General de Atención al Usuario, solicitó al Departamento de Finanzas que, a efectos de realizar una correcta imputación de cargos, se sirva extender certificación actualizada de la morosidad de Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada. (folio 60).
- IV. Que el 27 de mayo de 2015 mediante el artículo 8.1 de la sesión ordinaria 30-2015 la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público resolvió otorgó el derecho de concesión a la empresa Transportes Araya Arguedas S.A., para la explotación del servicio público de transporte remunerado de personas modalidad autobús en las rutas 263 y 263 EXT, descrita como Orotina Sn Mateo Labrador y viceversa con extensión a Esparza (folios 63 al 68).
- V. Que el 15 de abril del 2016, mediante la certificación número UC-99-2016 la Directora Financiera de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, certificó que el prestador Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada cédula jurídica número 3-102-010659 operador de las rutas 263 y 263A, *“tiene cánones de regulación pendientes de cancelar correspondientes al servicio de*

transporte remunerado de personas, modalidad autobús para los períodos del I trimestre del 2014 al I trimestre 2016 y en el arreglo de pago suscrito N° 14-CONVENIO-ARESEP-2013, las mensualidades del 10 de junio 2014 AÑO 10 de abril de 2015, para un total de ¢ 6.272.240,01 (seis millones doscientos setenta y dos mil doscientos cuarenta colones con un céntimo)” (folio 61).

- VI.** Que el 6 de marzo del año 2017, mediante la certificación número SDA/CTP-17-03-00016, el Consejo de Transporte Público, hace constar que en la sesión celebrada el 24 de junio de 2015, mediante el artículo 7.6 de la sesión ordinaria 36-2015 se le canceló el permiso de operación de la ruta 263 y 263 EXT, a la empresa Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada (folios 69 y 70).

- VII.** Que el 03 de abril de 2017, mediante el oficio 1062-DGAU-2017, el órgano director rindió su informe, con la recomendación de archivar el procedimiento de declaratoria de caducidad del título habilitante, por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses seguido contra Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada (folios 72 al 76).

- VIII.** Que mediante oficio 810-DGAJR-2017 del 18 de setiembre de 2017, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria se refiere a la propuesta de archivo del procedimiento de declaratoria de caducidad del título habilitante, por morosidad en el pago del canon superior a los tres meses seguido contra la empresa Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada, cédula jurídica número 3-102-010659 permisionario de las rutas 263 y 263A.

- IX.** Que mediante oficio 2328-DGAU-2018 del 25 de mayo de 2018, la Dirección General de Atención al Usuario, incorpora las observaciones realizadas por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en su oficio 810-DGAJR-2017.

- X. Que se han realizado todas las dirigencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (Aresep), es una institución autónoma según lo establecen los artículos 188 y 189 de la Constitución Política y el artículo 1° de la Ley 7593. Conforme el artículo 45 de esta última, se le faculta para establecer su organización interna, a fin de cumplir sus funciones, por lo cual, en ejercicio de la facultad auto organizativa, la Junta Directiva emitió el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF).
- II. Que conforme con el artículo 6° inciso 18 del RIOF, 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. Así como también le corresponde conocer los recursos que se presenten contra esos actos.
- III. Que el artículo 39 de la Ley 7593, establece la obligación de los prestadores de servicios públicos, contemplados así por dicha ley, el pago de un canon de regulación. Para tal efecto la Real Academia Española, entiende como "canon" aquella (...) "*prestación pecuniaria periódica que grava una concesión gubernativa o un disfrute en el dominio público*". La misma norma, establece que: (...) "*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 (...).* // En esos casos, la competencia para declarar la caducidad de la

concesión, licencia, autorización o permiso, corresponde a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, previo cumplimiento del debido proceso” (...).

- IV.** Que dado lo anterior, el presente procedimiento administrativo sancionatorio fue iniciado a efectos de aplicar el párrafo segundo del artículo 39 de la Ley 7593, debido al estado de mora –superior a tres meses- en el pago de los cánones de los períodos del III trimestre del 2012 al I trimestre 2013 y primer trimestre del 2014 y que correspondía a la suma de ¢ 1.775.221,90 (un millón setecientos setenta y cinco mil doscientos veintiún colones con 90/100), por parte de Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada. Así consta en la orden de inicio del procedimiento.
- V.** Que el referido artículo 39 también ordena que se siga el debido proceso y que se notifique a la autoridad concedente del título habilitante, el inicio y el acto final a efectos que esa autoridad ejecute el acto de la Autoridad Reguladora en lo que le competa. Lo anterior implica que debe notificarse al Consejo de Transporte Público lo que aquí se disponga, para efectos de que tome las acciones que correspondan según su competencia.
- VI.** Que según la certificación UC-292-2014, la empresa Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada, permisionaria de las rutas 263 y 263 EXT, al momento de ordenarse la apertura del procedimiento tenía una mora superior a los tres meses, adeudando los períodos del III trimestre del 2012 al I trimestre 2013 y I trimestre 2014, que correspondía a la suma de ¢ 1.775.221,90 (un millón setecientos setenta y cinco mil doscientos veintiún colones con 90/100).
- VII.** Que según la última actualización del Departamento de Finanzas, realizada mediante la certificación UC-99-2016 empresa Transportes Araya

Arguedas Hermanos Limitada, cédula jurídica número 3-102-010659 operador de las rutas 263 y 263A, tenía (...)“cánones de regulación pendientes de cancelar correspondientes al servicio de transporte remunerado de personas, modalidad autobús para los períodos del I trimestre del 2014 al I trimestre 2016 y en el arreglo de pago suscrito N° 14-CONVENIO-ARESEP-2013, las mensualidades del 10 de junio 2014 al 10 de abril de 2015, para un total de ¢ 6.272.240,01 (seis millones doscientos setenta y dos mil doscientos cuarenta colones con un céntimo)” (...) (folio 61).

- VIII.** Que mediante el artículo 7.6 de la sesión ordinaria 36-2015 celebrada el día 24 de junio de 2015 de la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, canceló el permiso de la ruta 263 EXT la empresa Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada descrita como Orotina Sn Mateo Labrador y viceversa con extensión a Esparza.
- IX.** Que tal como consta en los autos actualmente el permiso que ostentaba la empresa Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada para operar las rutas 236 y 263 EXT, fue cancelado por lo que actualmente no tiene título habilitante para prestar el servicio público de transporte remunerado de personas en modalidad autobús.
- X.** Que, al respecto, el principio de economía procesal, se debe decir que, el otorgamiento de potestades discrecionales a la Administración es consustancial a la idea de lograr un máximo de eficiencia en el desempeño de la gestión administrativa, con el fin primordial, como se ha venido diciendo, de satisfacer o salvaguardar el interés público. Principio que viene a ser normado en el numeral 269 de la Ley General de la Administración Pública, que textualmente dice: “Artículo 269.- 1. La actuación administrativa se realizará con arreglo a normas de economía, simplicidad,

celeridad y eficiencia. 2. Las autoridades superiores de cada centro o dependencia velarán, respecto de sus subordinados, por el cabal cumplimiento de este precepto, que servirá también de criterio interpretativo en la aplicación de las normas de procedimiento”.

- XI.** Que si bien es cierto, la discrecionalidad implica un margen de libertad para apreciar, analizar, valorar y decidir cuál solución es la más idónea para salvaguardar el interés público, se debe ser enfático en advertir que su ejercicio no está ajeno al ordenamiento jurídico vigente, pues más bien, es el que le impone límites o parámetros que no sólo están relacionados con los elementos formales reglados de esa potestad, sino con aspectos sustanciales o de fondo, en que los derechos fundamentales, los principios generales del derecho, los conceptos jurídicos indeterminados y las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica tienen una importancia fundamental.
- XII.** Que dado lo anterior, debe considerarse que la competencia del órgano director está dada por el órgano decisor, la cual en este caso se estableció en la resolución RJD-058-2015, al ordenar la apertura del procedimiento, el órgano decisor fijó el objeto de éste, el cual es “(...) *averiguar la verdad real de los hechos sobre la presunta mora superior a tres meses en el pago de los cánones de regulación en los periodos de III trimestre 2012 al I trimestre 2013 y el I trimestre 2014 y que corresponde a la suma de ₡1.775.221.90 (...)*”, monto que ha variado según la indicación de la certificación UC-99-2016, la cual indica que para los períodos del I trimestre del 2014 al I trimestre 2016 y en el arreglo de pago suscrito N° 14-CONVENIO-ARESEP-2013, las mensualidades del 10 de junio 2014 al 10 de abril de 2015, para un total de ₡ 6.272.240,01 (seis millones doscientos setenta y dos mil doscientos cuarenta colones con un céntimo) de manera que, al modificarse este monto, según lo indicado en el punto anterior, el órgano director se ve imposibilitado para instruir el procedimiento, debido a que su

competencia se encuentra limitada a un determinado monto y prestador del servicio público, los cuales ya no coinciden con la situación actual.

- XIII.** Que conforme lo establece el artículo 9 de la Ley 7593, para ser prestador de servicio público es requisito indispensable tener un título habilitante, en el caso que nos ocupa, no existe la legitimación pasiva para poder intervenir en este procedimiento, el cual tiene como posible consecuencia jurídica la revocación de la concesión o el permiso (artículo 41, Ley 7593), por lo que deviene no sólo en consecuencia lógica, sino que también en conditio sine qua non, que el sujeto pasivo tenga un título que lo habilite como prestador autorizado del servicio, es decir, se debe acreditar que la parte investigada ostenta un permiso o concesión para prestar el servicio público, de manera que en caso de ser comprobada la falta, le pueda ser revocado; de lo contrario carecería de toda lógica, economía y conveniencia la instrucción de un procedimiento cuya consecuencia jurídica no sea susceptible de ser impuesta, puesto que es imposible revocar un título que no se tiene.
- XIV.** Que el artículo 269 de la Ley General de la Administración Pública, señala que la actuación administrativa, dentro de ella la instrucción de procedimientos administrativos, se realizará con arreglo a normas de economía simplicidad, celeridad y eficiencia.
- XV.** Que de conformidad con los resultandos y considerandos que preceden y con el mérito de los autos, lo procedente es ordenar el archivo del procedimiento de declaratoria de la caducidad del permiso de las rutas rutas 263 y 263A tramitado contra la empresa Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada, en el expediente OT-235-2014, por mora superior a tres meses en el pago de los cánones, por cuanto hubo una variación sustancial del objeto del procedimiento instruido mediante

resolución RJD-058-2015, tanto en la causal, como en el sujeto pasivo del procedimiento, tal como se dispone.

XVI. Que en la sesión extraordinaria 35-2018, celebrada el 25 de mayo de 2018, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de los oficios 2328-DGAU-2018 de la Dirección General de Atención al Usuario y 810-DGAJR-2017 del 18 de setiembre de 2017 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; la Junta Directiva acuerda con carácter de firme, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

Con fundamento en lo establecido en el Libro Segundo del Procedimiento Administrativo de la Ley 6227, en el artículo 39 de la Ley 7593 y el artículo 6° inciso 18 del RIOF;

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

RESUELVE:

ACUERDO 10-35-2018

- I. Ordenar el archivo del procedimiento de declaratoria de la caducidad del permiso de operación otorgado a nombre de la empresa Transportes Araya Arguedas Hermanos Limitada, cédula jurídica número 3-102-010659, por mora superior a tres meses en el pago de los cánones, porque actualmente el operador no tiene título habilitante para presentar el servicio remunerado de personas en modalidad autobús, según el artículo 7.6 de la sesión ordinaria 36-2015 celebrada el día 24 de junio del 2015, Consejo de Transporte Público.

- II. Archivar el expediente OT-235-2014 de conformidad con los considerandos de la presente resolución.

Se informa a las partes, que en cumplimiento de lo que ordena el artículo 245, en relación con el artículo 346, ambos de la Ley 6227, se indica que contra la presente resolución cabe el recurso de reposición, y el extraordinario de revisión una vez que ésta se encuentre firme. El recurso de reposición deberá ser interpuesto ante esta Junta Directiva, en el plazo de 3 días hábiles contados a partir de la notificación de la presente resolución, y será a esta misma Junta Directiva a quien compete resolverlo. Con respecto al recurso de revisión, este deberá interponerse ante esta Junta Directiva, a quien también compete resolverlo, en los plazos establecidos en el numeral 354 de la Ley General de la Administración Pública.

NOTIFÍQUESE.

ACUERDO FIRME.

Se deja constancia de que al ser las once horas y cinco minutos, se retira del salón de sesiones, el señor Edgar Gutiérrez López, dado que se abstiene de conocer el recurso objeto del siguiente artículo, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 7593, dada su relación de parentesco con el señor Edgar Gutiérrez Valitutti, en su condición de Gerente de Administración y Finanzas de RECOPE.

Asimismo, se retira la señora Marta Monge Marín.

ARTÍCULO 12. Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., contra la resolución RRG-819-2016. Expediente AU-475-2012.

La Junta Directiva conoce del oficio 501-DGAJR-2018 del 11 de mayo de 2018, mediante al cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio

en torno al recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., contra la resolución RRG-819-2016. Expediente AU-475-2012.

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

Analizado el recurso, sobre la base de lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 501-DGAJR-2018 la señora **Xinia Herrera Durán** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los votos de los miembros presentes:

RESULTANDO:

- I. Que el 9 de noviembre de 2012, el señor Walter Barrantes Herrera, planteó queja contra la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A. -en adelante RECOPE-, por daños causados al vehículo placas 433603, por el componente METHYLCYCLOPENTADIENYL, MANGANESE TRICARBONYL (MMT). (Folios 3 al 21)
- II. Que el 20 de diciembre de 2012, la entonces Dirección General de Participación al Usuario, convocó a las partes a una audiencia de conciliación a celebrarse el 25 de febrero de 2013. (Folios 33 al 38)
- III. Que el 25 de febrero de 2013, se llevó a cabo la audiencia de conciliación en cuya acta se indicó, que no hubo acuerdo conciliatorio. (Folios 39 al 45)
- IV. Que el 26 de febrero de 2013, mediante el auto de las 11:15 horas, la Dirección General de Atención al Usuario - en adelante DGAU-, dio por terminada la fase

de conciliación y trasladó el expediente a la Intendencia de Energía para que continuara con el trámite. (Folios 46 al 51)

- V.** Que el 25 de marzo de 2013, mediante oficio 340-IE-2013, la Intendencia de Energía, realizó la valoración de la queja representada por el señor Walter Barrantes Herrera contra RECOPE, en lo que interesa se concluyó que: [...] hay mérito suficiente para iniciar el procedimiento administrativo ordinario [...]. (Folios 52 al 54)
- VI.** Que el 6 de junio de 2013, mediante resolución RRG-114-2013, el Regulador General resolvió, entre otras cosas: "[...] I. Ordenar el inicio del procedimiento administrativo contra la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., para investigar su posible responsabilidad y los eventuales daños causados al vehículo del señor Walter Barrantes Herrera producto del uso del aditivo conocido como "METHYLCYCLOPENTADIENYL, MANGANESE TRICARBONYL", conocido por sus siglas en inglés como MMT en la gasolina [...]". (Folios 57 al 63)
- VII.** Que el 9 de octubre de 2013, se llevó a cabo la comparecencia oral y privada. (Folios 82 al 86 y 178 a 189)
- VIII.** Que el 9 de diciembre de 2016, mediante oficio 4175-DGAU-2016, la DGAU, rindió el informe de valoración de la queja presentada por el señor Walter Barrantes Herrera contra Recope. (Folios 190 al 218)
- IX.** Que el 13 de diciembre de 2016, mediante la resolución RRG-819-2016, el Regulador General, resolvió: "I. Acoger la queja planteada por el señor Walter Barrantes Herrera, contra la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A., por daños causados a un vehículo de su propiedad producto del uso del aditivo "methylcyclopentadienyl manganese tricarbonyl" o MMT por sus siglas en

inglés, en los combustibles. II. Ordenar a la Refinadora Costarricense de Petróleo S. A., que cancele al señor Walter Barrantes Herrera, la suma de ¢ 525. 450,00 (quinientos veinticinco mil cuatrocientos cincuenta colones), por los daños causados a un vehículo de su propiedad". (Folios 231 al 266)

- X. Que el 21 de diciembre de 2016, Recope interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio y gestión de nulidad, contra la resolución RRG-819-2016. (Folios 220 al 230)
- XI. Que el 22 de febrero de 2018, mediante la resolución RRG-275-2018 el Regulador General, resolvió el recurso de revocatoria y gestión de nulidad interpuestos por Recope contra la resolución RRG-819-2016, en lo que interesa dispuso:

"I. Rechazar, el recurso de revocatoria interpuesto por RECOPE, contra la resolución RRG-819-2016, por ser extemporáneo. II. Declarar sin lugar por el fondo la gestión de nulidad interpuesta por Recope, contra la resolución RRG-819-2016. III. Ordenar a Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), con cédula jurídica número 3-101-007749, resarcir a título de daños a favor del señor Walter Barrantes Herrera, portador del número de cédula 4-0091-0613, el valor económico del daño causado al vehículo placas 433603. La indemnización deberá ser íntegra con respecto al daño causado, que asciende al monto de ¢525. 450,00 (quinientos veinticinco mil cuatrocientos cincuenta colones con cero céntimos).IV. Intimar a RECOPE, para que dentro del plazo máximo de un mes, proceda a cancelar el daño ocasionado al señor Walter Barrantes Herrera, en la suma de ¢525 450,00 (quinientos veinticinco mil cuatrocientos cincuenta colones con cero céntimos). Dentro del plazo establecido RECOPE, deberá acreditar en este expediente la realización del pago. V. Elevar a la Junta Directiva el recurso de apelación presentado en subsidio y prevenirle a las partes que cuentan

con tres días hábiles, contados a partir de la notificación de ésta resolución, para hacer valer sus derechos ante dicho órgano de alzada..” (Folios 296 a 325)

- XII.** Que el 1 de marzo de 2018, mediante el oficio 238-DGAJR-2018, la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la Ley 6227. (Folios 326 a 329)
- XIII.** Que el 2 de marzo de 2018, mediante el memorando 136-SJD-2018, la Secretaría de Junta Directiva, trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para su análisis, el recurso de apelación interpuesto por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., contra la resolución RRG-819-2016. (Folio 330)
- XIV.** Que el 11 de mayo de 2018, mediante el oficio 501-DGAJR-2018, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rindió el criterio solicitado.
- XV.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 501-DGAJR-2018 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

(...)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

a) Naturaleza

Del recurso de apelación:

El recurso interpuesto contra la resolución RRG-819-2016 es el ordinario de apelación, al que le resulta aplicable lo establecido en los artículos 342 al 352 de la LGAP.

De la gestión de nulidad:

Con respecto a la gestión de nulidad, interpuesta contra la resolución RRG-819-2016, le resulta aplicable las disposiciones contenidas en los artículos 158 al 179 de la LGAP.

b) Temporalidad

Del recurso de apelación:

El acto administrativo RRG-819-2016, que impugna el recurrente le fue notificado el 14 de diciembre de 2016 (folios 260 y 263). El 21 de diciembre de 2016, Recope interpuso el recurso de apelación contra dicha resolución (folios 220 al 230). Conforme los artículos 343 y 346 de la Ley 6227, el citado recurso se debe de interponer dentro del plazo de 3 días a partir de su notificación, plazo que venció el 20 de diciembre de 2016.

Del análisis comparativo que precede, se desprende que el recurso de apelación, fue interpuesto en forma extemporánea.

De la gestión de nulidad:

En cuanto a la gestión de nulidad contra la resolución RRG-819-2016, como se indicó, dicha resolución fue notificada al recurrente el 14 de diciembre de 2016 y la gestión se interpuso el 21 de diciembre de 2016. Por ello, se concluye que la gestión citada fue interpuesta en tiempo, de conformidad con el artículo 175 de la Ley 6227.

c) Legitimación

Respecto de la legitimación se tiene que Recope es parte dentro del procedimiento, es por ello que está legitimada para actuar –en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 de la LGAP y 27 y 28 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593).

d) Representación

Se aprecia a folios 228 y 229 del expediente administrativo, los escritos donde consta que el señor Edgar Gutiérrez Valituti, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma de la recurrente, otorgó poder especial administrativo a la licenciada Meybell Chévez Ruiz, quién en tal condición interpuso las gestiones en estudio. Así entonces, las mismas fueron presentadas por medio de la representante legal debidamente acreditada.

De lo anterior, se concluye que el recurso de revocatoria es extemporáneo, en tanto la gestión de nulidad, es admisible, por haber sido interpuesta en tiempo y forma.

III. SOBRE LOS ALEGATOS DE LA GESTIÓN DE NULIDAD

Los argumentos de la gestión de nulidad, se detallan de la siguiente forma:

1. Alega que el órgano decisor expresamente aceptó que el aditivo MMT “puede” causar daños a los motores de los vehículos, es decir, no necesariamente el aditivo causa daños siempre, en el cien por ciento de los casos, a los motores de los vehículos.
2. Indica que la responsabilidad objetiva, a la que hace referencia el órgano decisor, no opera de pleno derecho y sin necesidad de prueba.
3. El recurrente señaló que se requería una prueba de absorción atómica, que dicha prueba se echa de menos en el procedimiento, y que por no traerse al procedimiento, no existió un nexo causal y esto provocó la nulidad de la resolución recurrida por falta de fundamentación.

IV. SOBRE EL FONDO

En primer término, alega la gestionante que el órgano decisor en la resolución RRG-819-2016, expresamente aceptó que el aditivo MMT, “puede” causar daños a los motores de los vehículos, es decir, no necesariamente el aditivo causa daño siempre, en el cien por ciento de los casos a los motores de los vehículos.

En cuanto a éste argumento, la resolución recurrida, indicó:

“(…) el prestador del servicio público expresamente aceptó su responsabilidad ya que ha aceptado que importó combustibles que contenían el aditivo MMT el cual en exceso puede causar daños a los motores de los vehículos, por ende, existe una relación de causalidad entre el acto y el daño.

(…) (Folio 247)

De igual forma, la resolución RRG-275-2018, la cual resolvió el recurso de revocatoria, indicó al respecto:

“(…)

Tome nota la gestionante, que al indicarse en la resolución final que el aditivo MMT puede causar daños a los motores de los vehículos, es una afirmación que resulta consistente tanto con la literatura internacional recabada en internet, citada en la resolución recurrida, como con el oficio GG-2171-2013 a folio 101, indicándose en este último, lo siguiente: [...] Existe posibilidad de que algunos modelos de vehículos pueden sufrir daños por el uso de gasolinas con MMT. [...]

Si bien es cierto, el hecho de que RECOPE aceptará expresamente haber importado combustibles que contenían el aditivo MMT, no quiere decir que se pudiera determinar con certeza la presencia de manganeso en los componentes del motor del vehículo y su consecuente daño. Del análisis de los autos, se observa la prueba documental aportada por el señor Walter Barrantes Herrera consistente en un reporte del taller mecánico “TALLER AUTO - TEC” a folio 8, donde se hace una descripción sobre los daños, [...] se le baja el cabezote par (sic) limpiar las salidas y entradas de gasolina y gases. Su mínimo de aceleración no era uniforme, cuando estaba en rodamiento sobre carretera se apagaba y tenía contra explosiones. Consumía mayor cantidad de combustible, y, a la hora de encender de nuevo hacia explosiones. Hasta el tercer intento arrancaba. Al quitar las bujías notamos que estaban llenas de suciedad color oxido, el sensor de oxígeno por igual y al escanearlo lo daba dañado. En las válvulas de escape existía el mismo sarro color oxido, en el catalizador estaba la cerámica fundida. Su mínimo no pudimos ajustarlo cabalmente”, encontrados en el citado vehículo por el uso de combustible con manganeso. Resultando dicha descripción consistente y compatible con lo indicado, tanto por la

literatura consultada y referida en la resolución recurrida, como con la prueba documental aportada por RECOPE.”

(...) (Folio 301)

Sobre lo anterior, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sección sexta, en su resolución N° 0148-2016-VI (en firme), indicó:

“(…)

En este caso, el daño se ha acreditado, no existe controversia en cuanto a ese punto. Sobre la existencia de una causa imputable a la Administración, se insiste, en el análisis mecánico realizado en la prueba aportada por la denunciante en sede administrativa (ver hecho probado 2 de este fallo) advierte sobre daños mecánicos en el sistema de combustión, consistentes con el uso en vehículos del hidrocarburo con MMT. Tal y como lo expuso en ente regulador, esos hallazgos ponen en evidencia que una causa adecuada del daño detectado fue precisamente la presencia de altas concentraciones de MMT, aspecto que si se asocia con el hecho de que Recope puso a disposición del público combustible con ese componente, pone en evidencia que tal aspecto resulta ser fundamental en la generación del daño. A diferencia de lo que expone Recope, no existe un aplicación automática de la responsabilidad administrativa, ni una decisión ayuna de soporte demostrativo, sino una conclusión sustentada en la relación de varias probanzas que llevaron a entender que la valoración mecánica realizada evidenciaba que la causa del daño era atribuible al uso de combustible con manganeso.”

(…)

Así las cosas, se considera que la relación de causalidad fue considerada y analizada en las resoluciones que preceden y no se evidencia razón para

apartarse de lo ya resuelto, por lo que no lleva razón la recurrente en cuanto a este argumento.

Es importante mencionar, que sobre lo antes analizado, la Junta Directiva en sesiones anteriores, ha resuelto asuntos similares, tal es el caso de la resolución RJD-033-2015, del 12 de marzo de 2015.

Como segundo punto, indicó la recurrente que la responsabilidad objetiva, a la que hace referencia el órgano decisor, no opera de pleno derecho y sin necesidad de prueba. Sobre el particular, en las resoluciones que anteceden en este procedimiento, se ha expuesto ampliamente el elenco probatorio que se resguarda en el expediente, así en la resolución RRG-819-2016, entre otras cosas se indicó:

“(…)

El reporte del taller mecánico sobre los daños encontrados en el vehículo del señor Barrantes Herrera son consistentes con los que describe la literatura por uso de combustible con manganeso. Véase que el vehículo placa 433603 Daihatsu Cuore, modelo 2002, presentaba un daño en las bujías, en los catalizadores y en el sensor de oxígeno, los cuales tenían un color terracota y además presentaba pérdida de potencia, suciedad en las salidas y entradas de la gasolina y los gases, problemas en el arranque, en el mínimo de aceleración (folio 8) lo cual se corrobora con la factura 4772 que consta a folio 11 en relación con el costo de los servicios mecánicos y las piezas o repuestos cambiados y se corrobora además con la prueba testimonial recibida y lo reconocido por Recope en cuanto a la importación de combustible con exceso de manganeso.

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

Las razones por las cuales RECOPE cambió de proveedor internacional y compró otros combustibles, no son el objeto de este procedimiento, sin embargo, sus consecuencias sí, pues debido a ese cambio los combustibles importados contenían un aditivo que dañó algunos automotores de los usuarios.

(...)

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

(...)”. (Folio 254 y 255).

Por otro lado, la resolución RRG-275-2018, que resolvió el recurso de revocatoria, se refirió al argumento de la recurrente de la siguiente forma:

“(...)

a) Sobre los hechos probados: *Para efectos de resolver el presente asunto, se tiene por demostrado lo siguiente:*

1. Que RECOPE, en el ejercicio del monopolio para importar, refinar y distribuir petróleo crudo, combustibles derivados, asfaltos y naftas, importó y distribuyó entre el 15 de diciembre de 2011 y el 2 de agosto de 2012, en el país, dos embarques de gasolina súper que contenía **“METHYLCYCLOPENTADIENYL, MANGANESE TRICARBONYL”**, aditivo conocido por sus siglas en inglés MMT. (Prueba documental a folios: 3 al 21, 26 al 29, 94 al 98, 101 al 117, cd de prueba documental que consta a folios 118: CELEQ-1027-2012, CELEQ-1042-2012, CELEQ-1104-2012, CELEQ-1198-2012 y CELEQ-1352-2012, CELEQ-1300-2013).
2. Que el Ente Costarricense de Acreditación (ECA), no tiene acreditado el método de análisis para determinar el manganeso presente en el combustible, que se denomina “ASTM D3831 – 12. Standard Test Method for Manganese in Gasoline By Atomic Absorption Spectroscopy”. (Prueba a folios: 155 a 174 oficio ECA-MC-P14-F04).
3. Que ninguno de los laboratorios acreditados por Ente Costarricense de Acreditación (ECA) puede determinar si un compuesto o aditivo, en este caso de la gasolina, está ocasionando o no daños al motor. (Prueba a folios 155 a 174, oficio ECA-MC-P14-F04).
4. Que el daño que presentó el vehículo placa 433603, marca Daihatsu, año 2002, se produce en “(...) se baja el cabezote para limpiar las salidas y entradas de gasolina y gases, en rodamiento se apagaba y tenía contra explosiones, consumía mayor cantidad de gasolina, las válvulas y bujías estaban llenas de suciedad color oxido, y el catalizador tenía la cerámica (...)”. (Folios 3 al 21).

5. *Que el daño señalado es producto del uso de combustible con MMT distribuido y comercializado por RECOPE. (Folios 3 al 21, 101 al 102, 118)*

6. *Que el daño causado al patrimonio del propietario del vehículo placa 433603 puede estimarse, en este momento, en la suma de ¢525.450,00 (quinientos veinticinco mil y cuatrocientos cincuenta colones con cero céntimos). (Folio 11). (...)(Folios 307 y 308)*

En este sentido, se tiene que el reporte del taller mecánico sobre el daño encontrado en el vehículo del promovente, por el uso de combustible con manganeso, es consistente y compatible con lo descrito tanto por la literatura, con la prueba documental aportada por RECOPE.

Además, cabe indicar que RECOPE es el ente que ostenta la administración del monopolio estatal -por mandato de la Ley 7356- en la importación y distribución a granel de los combustibles, constituyéndose en el único responsable de que los combustibles que se distribuyen en el país, puedan ser utilizados sin que causen daños en lo automotores.

(...)” (Folio 314)

En este sentido, se tiene que el reporte del taller mecánico sobre el daño encontrado en el vehículo del promovente, por el uso de combustible con manganeso, es consistente y compatible con lo descrito tanto por la literatura, con la prueba documental aportada por RECOPE.

Además, cabe indicar que RECOPE es el ente que ostenta la administración del monopolio estatal -por mandato de la Ley 7356- en la

importación y distribución a granel de los combustibles, constituyéndose en el único responsable de que los combustibles que se distribuyen en el país, puedan ser utilizados sin que causen daños en lo automotores.

Aunado a lo anterior, en el oficio GG-2171-2013 -a folio 101- RECOPE indicó:

[...]

El primer embarque de gasolina Súper con MMT inició su descarga en Moín, el 15 de diciembre de 2011 y el último embarque inició su descarga el 2 de agosto de 2012 [...].

De lo anterior, resulta relevante realizar un análisis comparativo, entre las fechas del daño producido al vehículo del promovente, la cual se desprende de la prueba documental -reportes mecánicos adjunto a la denuncia interpuesta, los primeros datan de finales del 2011 folios 4 y 8-, con relación a la fechas citadas en el párrafo anterior, las cuales coinciden en que efectivamente el daño del vehículo, fue producido encontrándose este en circulación en el país, al mismo tiempo en que RECOPE distribuía las gasolinas con MMT, concluyéndose con ello, que el daño está asociado al consumo de ese combustible y ello resulta ser el nexo causal necesario para responsabilizarlo por el daño, que produzcan los combustibles importados que, como en este caso, contenía el aditivo MMT.” (Folios 314 y 315)

Como se indicó en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria - RRG-275-2018-, existe prueba suficiente que acredita la responsabilidad de la investigada.

Es importante mencionar, que sobre lo antes analizado, la Junta Directiva en sesiones anteriores, ha resuelto asuntos similares, tal es el caso de la resolución RJD-033-2015, del 12 de marzo de 2015.

Al señalar Recope que la responsabilidad no opera de pleno derecho ya que no se acreditó el nexo causal, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sección sexta, en su resolución N° 0148-2016-VI (firme), indicó:

“(...) Del análisis de esas alegaciones, este Tribunal estima que en el presente asunto, se han establecido las bases que permiten concluir sobre la responsabilidad del ente accionante en cuanto a los daños debatidos en sede administrativa. En efecto, como primer aspecto es fundamental tener en consideración lo ya expuesto en el sentido de la obligatoriedad de Recope de verificar la calidad de los combustibles que importa y distribuye, lo que involucra el análisis de composición de los hidrocarburos y los efectos o consecuencias que pueden tener en los automotores (...)”

(...) Respecto a los daños que pueda causar el MMT en los vehículos, es importante mencionar que existen diferentes estudios sobre los efectos del MMT en el motor y sistemas asociados; algunos apuntan a una mejora en el desempeño del motor y ahorro de combustibles, otros por el contrario, muestran que existen modelos de vehículos muy particulares, que pueden sufrir afectación en algunos de sus sistemas, posterior a un uso prolongado.” -folios 92-93 del administrativo- De lo expuesto se desprende que el mismo ente promovente ha reconocido el riesgo (potencial) que implica el uso de combustible con manganeso, lo que exigía los análisis previos que se echan de menos en este caso.”

De forma tal que a criterio de este órgano asesor, no lleva razón la recurrente en este argumento.

Como último punto, señala la recurrente que la resolución impugnada, sea la RRG-819-2016, resolvió el asunto a contrapelo de los elementos de convicción que arroja la prueba evacuada, por ende, a su criterio carece de motivación, razón por la cual, deviene en absolutamente nula.

Al respecto la resolución que resolvió el recurso de revocatoria, -RRG-819-2016-, realizó un análisis detallado sobre los elementos del acto administrativo, en lo que interesa indicó:

“(…) en ese sentido, cabe indicarle que la motivación de los actos, se encuentra regulada en el artículo 136 de la LGAP. De ese artículo se desprende, que la motivación hace referencia al razonamiento que justifica la decisión de la administración, acompañada aunque sea de manera sucinta, de un análisis dirigido a justificar una decisión en particular. En los supuestos establecidos en esa norma, las administraciones públicas deben ofrecer un análisis de los hechos y el derecho aplicable al caso concreto.

De conformidad con ese numeral, la motivación puede ser sucinta, e incluso, dispone su inciso 2, que “La motivación podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de la petición del administrado, o bien a propuestas, dictámenes o resoluciones previas que hayan determinado realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia” Disposición que es reiterada, en el artículo 335 de la LGAP. “(…) cabe indicar, que la prueba denominada método espectroscópico por absorción atómica (D3831-12. Stabdar Test Method for Manganese in Gasoline By Atomic Absorption Spectroscopy), la cual echó de menos el recurrente, no pudo realizarse, ya que no existe ningún laboratorio acreditado por el ECA que pueda válidamente certificar la presencia de MMT en el combustible a través de dicha prueba, por cuanto no está acreditada en el país. En atención a ello, no es posible solicitar este tipo de

prueba en el procedimiento, en razón de que sería materialmente imposible a las partes, suministrarla. (...)" (Folio 306)

La posible inconsistencia que apuntó, la gestionante contra la resolución RRG-819-2016, en el sentido de que lo decidido, en la resolución recurrida, pudo haberse sustentado de mejor forma, no vició el acto administrativo de nulidad absoluta como argumenta la recurrente. Ello por cuanto, la resolución que resolvió el recurso de revocatoria -RRG-275-2018-, vino a fortalecer la motivación del acto, sin que ello derivase en un cambio sustancial de lo que ya se había resuelto mediante la resolución recurrida -RRG-819-2016-. En atención al principio de conservación de los actos administrativos, dispuesto en el artículo 168 de la Ley 6227, no corresponde, como lo pretende el recurrente, decretar la nulidad por la nulidad.

Con respecto a este tema el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sección sexta en la resolución N° 0184-2015-VI, (resolución que se encuentra en firme) indicó:

(...) "Si bien en el Ente Costarricense de Acreditación (ECA) no está acreditado el método D3831 de la ASTM, como análisis para determinar la presencia de manganeso en muestras de combustibles, es de conocimiento público que la American Societyfor Testing Materials, ASTM o ASTM International, es un organismo de normalización de los Estados Unidos de América de gran prestigio internacional que está entre los mayores contribuyentes técnicos de la ISO (International Organization for Standarization) (Organización Internacional de Normalización) y mantiene un sólido liderazgo en la definición de los materiales y métodos de prueba en casi todas las industrias, con prácticamente un monopolio en las industrias petrolera y petroquímica, por lo que no cabría cuestionamiento sobre la seriedad de los resultados de sus métodos de análisis. Por otra parte,

el CELEQ está asociado a la ASTM, por lo que puede aplicar sus métodos en los análisis de las muestras de combustibles.” (...)

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

Es importante mencionar, que sobre lo antes analizado, la Junta Directiva en sesiones anteriores, ha resuelto asuntos similares, tal es el caso de la resolución RJD-033-2015, del 12 de marzo de 2015.

V. CONCLUSIONES

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

- 1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación interpuesto por Recope contra la resolución RRG-819-2016, resulta inadmisibile, por ser extemporáneo.*
- 2. Desde el punto de vista formal, la gestión de nulidad interpuesta por Recope contra la resolución RRG-819-2016, resulta admisible, por haberse interpuesto en tiempo y forma.*
- 3. El fondo del procedimiento fue resuelto a cabalidad en la resolución RRG-819-2016 y los argumentos presentados por el recurrente fueron analizados y resueltos en la resolución RRG-275-2018, no encontrando razones para apartarse de lo dispuesto en ambas resoluciones.*
- 4. La valoración de la prueba que se hizo en las resoluciones RRG-819-2016 y RRG-275-2018 son conforme a los principios de verdad real y sana crítica.*
- 5. El acto final de este procedimiento es un acto válido, por cuanto en las resoluciones RRG-819-2016 y RRG-275-2018 se encuentran presentes todos los elementos del acto administrativo.*

(...)

- II. Que de conformidad con el resultando y considerando anteriores, lo procedente es rechazar por inadmisibles el recurso de apelación, interpuesto por Recope, contra la resolución RRG-819-2016, por ser inadmisibles, declarar sin lugar la gestión de nulidad interpuesta por Recope, contra la resolución RRG-819-2016, intimar a Recope, por segunda vez, para que dentro del plazo máximo de 10 días, proceda a cancelar los daños ocasionados. Dentro del plazo establecido Recope, deberá acreditar en este expediente la realización del pago, dar por agotada la vía administrativa y notificar a las partes, tal y como se dispone.

- III. Que en la sesión extraordinaria 35-2018 celebrada el 25 de mayo de 2018, cuya acta fue ratificada el 12 de junio del mismo año, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, resuelve, con carácter de firme, dictar la presente resolución:

POR TANTO

Con fundamento en las competencias otorgadas al órgano decisor del procedimiento en la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) y Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593)

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

RESUELVE:

ACUERDO 11-35-2018

- I. Rechazar por inadmisibles el recurso de apelación, interpuesto por Recope, contra la resolución RRG-819-2016, por ser inadmisibles.
- II. Declarar sin lugar la gestión de nulidad interpuesta por Recope, contra la resolución RRG-819-2016.
- III. Intimar a Recope, por segunda vez, para que dentro del plazo máximo de 10 días, proceda a cancelar los daños ocasionados. Dentro del plazo establecido Recope, deberá acreditar en este expediente la realización del pago.
- IV. Dar por agotada la vía administrativa.
- V. Notificar a las partes.

NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE.

A las once horas y cinco minutos se levanta la sesión.

XINIA HERRERA DURÁN
Presidenta de la Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de la Junta Directiva