



República de Costa Rica
Ministerio de Ambiente y Energía

Despacho de la Ministra

San José, 02 de febrero de 2021
DM-0113-2021

Señor Alejandro Muñoz Villalobos
Presidente Ejecutivo
RECOPE
Su Oficina.

Estimado señor:

En atención a su oficio P-0016-2021, del 19 de enero de 2021, en el cual solicita "*remitir los criterios jurídicos que el MINAE en su condición de ente rector del sector energía mantiene, en relación con la posibilidad de que RECOPE asuma el servicio de transporte y suministro de combustible en las mencionadas poblaciones, en aplicación del artículo 22 de la ley de la ARESEP, a pesar de que en el caso concreto, no se trata de una concesión caduca o revocada, sino de un vacío en la prestación del servicio...*", me permito manifestarle lo siguiente:

La situación que se plantea en la zona de Barra del Colorado y Tortuguero es un caso excepcional, en donde el Estado no puede dejar desabastecido de combustibles a estas zonas poblacionales, ante la ausencia de un concesionario que brinde el servicio público, y en razón de ello, es que se conformó una Comisión para dar solución a este problema. La declaratoria de servicio público de esta actividad económica, conlleva su nacionalización, unido al hecho de contar con la figura del monopolio para las actividades de importación, refinación y distribución y la posibilidad de concesionar a un particular el transporte y la comercialización; sin embargo, el titular para toda esta cadena de actividades sigue siendo el Estado y sólo éste o un particular autorizado, pueden prestar el servicio público concesionable, no pudiendo desarrollarse en forma libre.

Considerando que no existe ningún particular interesado en brindar el servicio público en esta zona específica de Colorado y Tortuguero, y no pudiendo el Estado obligar a ningún ciudadano a asumirlo contra su voluntad, es que la titularidad del servicio público y la cadena de actividades le corresponden al Estado, en la cabeza de quien esté autorizado.

Ante ese caso complejo, efectivamente nos vemos en la necesidad de realizar una interpretación e integración del artículo 22 de la Ley No. 7593 de la ARESEP, de manera que cumpla efectivamente con los objetivos de la misma ley y con los principios constitucionales que la rigen.

Existen en la técnica jurídica, diversos métodos para la interpretación de la norma, que buscan más allá de la letra, develar el sentido último de la misma, con relación a los fines que inspiraron su creación y a los bienes jurídicos que pretende tutelar, en este caso el derecho de toda persona a acceder a los servicios públicos, como lo es el de suministro de combustible. Al respecto, los artículos 7 y 8 de la Ley General de la Administración Pública nos llaman a realizar esa tarea de interpretación e integración del ordenamiento jurídico, aún más allá de la norma escrita:

“Artículo 7º.-

1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.

2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.

3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior.

Artículo 8º.-

El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo.”

En otro aspecto, el suministro de los hidrocarburos derivados de petróleo, constituye un servicio público, categorizado como esencial y de interés general para los usuarios. Sobre el particular ha indicado la Procuraduría General de la Republica, en su Dictamen No. 134 del 23 de junio de 2011:

“Por su parte, los numerales 3 y 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ley N° 7593 de 9 de agosto de 1996, definen a nivel legal el concepto de “servicio público” y expresamente disponen el suministro de combustibles derivados de hidrocarburos como un servicio público. En lo que interesan señalan ambos numerales:

"Artículo 3.-

Definiciones: Para los efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos

a) **Servicio Público, el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país** sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley. (...).

Artículo 5.- Funciones

En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas; además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. **Los servicios públicos antes mencionados son:** (...)

d) **Suministro de combustibles derivados de hidrocarburos**, dentro de los que se incluyen: 1) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados a abastecer la demanda nacional en planteles de distribución y 2) **los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados al consumidor final**. La Autoridad Reguladora deberá fijar las tarifas del transporte que se emplea para el abastecimiento nacional. (...)"

De acuerdo con esa disposición no cabe duda de que **el suministro de combustibles derivados de hidrocarburos es un servicio público y ello tanto cuando el expendio se realiza en los planteles de distribución como cuando se realiza al consumidor final**. Dada la calificación legal de servicio público, cabe afirmar que **el suministro de combustible es una actividad que se dirige a la satisfacción de una necesidad que se considera de interés general** y que está sujeta a un régimen jurídico especial. El interés general es el que determina la declaratoria de una actividad como servicio público. Por consiguiente, **la prestación en qué consiste el servicio debe estar destinada a satisfacer necesidades de los usuarios**.

(...)

Para los efectos de la Ley de la ARESEP, **RECOPE es concesionario del servicio público** (artículo 9 de dicha Ley), en razón de que administra el monopolio del Estado en la distribución al mayoreo del petróleo crudo y sus derivados, conforme la Ley N° 7536 antes citada. En su condición de concesionario, RECOPE se sujeta a los principios y normas que rigen el servicio público". (El resaltado es nuestro)

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, indica el Dictamen No. 063 del 06 de abril de 2015 de la misma Procuraduría, se enfatiza lo siguiente:

"...El suministro de combustibles derivados de hidrocarburos (no solo del petróleo) en planteles de distribución es servicio público. Una distribución en planteles que es competencia de RECOPE. De acuerdo con la definición legal, el suministro de combustibles hidrocarburos de un plantel de RECOPE a un plantel de un cliente particular es un servicio público brindado directamente por la Empresa Pública a un sujeto privado. Pero también es servicio público el suministro de los derivados de petróleo al consumidor final. En caso de que caduque o revoque la concesión para prestar el servicio al consumidor final,

RECOPE debe asumir esa operación, según lo ordena el artículo 22 de la Ley de la ARESEP:

“Artículo 22.- Entes encargados de prestar servicios

Cuando una concesión o un permiso se declare caduco o se revoque, por las causales establecidas en los artículos 15 y 41 de esta ley, el ente que otorgó la concesión o el permiso o el que aquí se disponga, asumirá la prestación del servicio público, únicamente mientras se otorga de nuevo. Asumirán estos servicios:

(...)

c) La Refinadora Costarricense de Petróleo, en los casos contemplados en el inciso d) del artículo 5”

De acuerdo con esa disposición, **no cabe duda de que el suministro de combustibles derivados de hidrocarburos es un servicio público** y ello tanto cuando el expendio se realiza en los planteles de distribución como cuando se realiza al consumidor final. Dada la calificación legal de servicio público, cabe afirmar que el suministro de combustible hidrocarburos es una actividad que se dirige a la satisfacción de una necesidad que se considera de interés general y que está sujeta a un régimen jurídico especial. El interés general es el que determina la declaratoria de una actividad como servicio público. Por consiguiente, la prestación en que consiste el servicio debe estar destinada a satisfacer necesidades de los usuarios. **RECOPE es, así, la concesionaria del servicio de distribución de combustibles hidrocarburos al mayoreo. Y podrá devenir concesionaria del servicio para su prestación al consumidor final cuando se presente la situación regulada en el artículo 22** antes transcrita. Y esta condición **deriva de su objeto social y del monopolio** que administra...”

La circunstancia de que este servicio público esté contemplado en el artículo 5 de la Ley de la ARESEP determina que se trata de una actividad regulada por esa Ley y, como tal, sujeta a la competencia de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Por ende, sometida a fijación tarifaria.

De acuerdo con la definición legal, el suministro de combustible de un plantel de RECOPE a un plantel de un cliente particular es un servicio público brindado directamente por la Empresa Pública a un sujeto privado. La naturaleza de servicio público no se pierde por el hecho de que el transporte se realice vía poliducto. Nótese que en la definición legal del suministro de combustible como servicio público no interviene el medio de transporte. Consecuentemente, en tanto en **cuanto se realice un suministro de combustibles, sea para abastecer la demanda nacional en planteles de distribución, sea al consumidor final, se estará ante un servicio público**, con independencia del medio de transporte que se utilice. Aspecto que es distinto a determinar si el transporte del combustible suministrado es también un servicio público.”.

Partiendo de esta calificación de servicio público esencial, el artículo 22 de la Ley de la ARESEP tiene el fin último de procurar que no exista un vacío en la prestación de los servicios públicos que afecten a los usuarios, ya que dicha situación, tal como lo ha declarado la Sala Constitucional y mencionamos en nuestro anterior oficio DM-041-2021, resultaría en una evidente ilegalidad: *“Cualquier actuación –por acción u omisión- de los funcionarios o imprevisión de éstos en la organización racional de los recursos que propenda a interrumpir un servicio público es abiertamente antijurídica.”* Sala Constitucional, Resolución N. 2386-2006 de 10:57 hrs. de 24 de febrero del dos mil seis.

Es por ello, que no tiene ningún sentido práctico y legal, limitar la intervención del Estado y de las instituciones mencionadas en el artículo 22, cuando la causa del vacío en la prestación, no se da por una concesión caduca o revocada, sino como en este caso de un vacío histórico en la prestación del servicio público, que es aún más grave y que obliga a los funcionarios a actuar y al Estado a asumir la actividad. Este concepto de la obligatoriedad del Estado de asumir la titularidad, ha sido dictaminado por la Procuraduría General de la Republica, cuando indica:

*“---Dentro del concepto tradicional de servicio público se habla de una **titularidad pública del servicio**, sin perjuicio de un acto de delegación que habilite la prestación del servicio en forma indirecta, sea a través de concesión, gestión interesada, concierto, autorización u otra forma de habilitación. Así:*

*“Una vez declarado servicio público un determinado sector o actividad, solamente previa concesión queda abierto tal campo de actuación a los particulares, los cuales se convierten así en gestores de una actividad originaria y primariamente pública, pues **la titularidad sobre la misma sigue conservándola la Administración**”, G. ARIÑO ORTIZ: Principios de Derecho Público Económico. Editorial Comares S.L, Granada, 2004, p. 570.*

Es por lo anterior, que el Estado, debe procurar que los servicios públicos lleguen a toda la población, en forma continua, sin ninguna clase de discriminación y al no contarse con empresas privadas que estén interesadas en prestar el servicio público, consideramos que en este caso se debe aplicar el artículo 22 de la ley de la ARESEP y solicitarle a RECOPE que asuma el servicio de transporte y suministro de combustible a favor de las poblaciones de la Barra del Colorado y Tortuguero y que contemple una solución operativa a más tardar para el 30 de junio del 2021.

No omito indicar, que de ser necesario, se podrá otorgar las autorizaciones necesarias para brindar el abastecimiento, utilizando la experiencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 36797 del 06 de julio de 2011, para abastecer el combustible de aviación en las cantidades que requieran las aeronaves que operen en el Aeropuerto Internacional Tobías Bolaños Palma y para abastecer el combustible requerido por los vehículos de servicio en tierra, destinados a operaciones aeronáuticas en los aeropuertos internacionales de nuestro país.

Confiando en que este criterio pueda facilitar la implementación por parte de RECOPE, de una solución para las poblaciones mencionadas, que estamos seguros mejorará su calidad de vida y contribuirá a la reactivación a las actividades turísticas, productivas y cotidianas de esta zona del país.

Atentamente,

Sra. Andrea Meza Murillo
Ministra de Ambiente y Energía

cc: Sr. Marvin Rodríguez, Vicepresidente de la República
Sr. Rolando Castro, Viceministro de Energía.
Sr. Mario Mora, Intendente de Energía ARESEP.