

CERTIFICADO**CERVIN INVESTISSEMENTS S.A. Y RHONE INVESTISSEMENTS S.A.****C.****REPÚBLICA DE COSTA RICA****Caso CIADI No. ARB/13/2**

Por medio del presente certifico que los documentos adjuntos son copias fieles del Laudo del Tribunal de fecha 7 de marzo de 2017, y del Voto Particular del Lic. Ricardo Ramírez.



Gonzalo Flores
Secretario General Interino

Washington, D.C., 7 de marzo de 2017

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES

CERVIN INVESTISSEMENTS S.A. & RHONE INVESTISSEMENTS S.A.
Demandantes

c.

LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
Demandada

(Caso CIADI No. ARB/13/2)

LAUDO

Tribunal Arbitral

Sr. Alexis Mourre, Presidente
Sr. Ricardo Ramírez, Árbitro
Sr. Andrés Jana, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Luisa Fernanda Torres

Fecha de envío a las Partes: 7 de marzo de 2017

En representación de las Demandantes:

Sr. Luis Grifé Alonso
Sr. Guillermo Ramírez Pérez
Sr. Ángel Espinosa García
Boulevard Adolfo López Mateos N° 1936
4° Piso, Oficina 402
Tlacopac San Ángel, Álvaro Obregón
México DF, 01049
México.

En representación de la Demandada:

Sra. Adriana González
Sra. Arianna Arce
Sra. Francinie Obando
Sra. Marisol Montero
Unidad Jurídica
Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica
Plaza Tempo, costado oeste del Hospital CIMA
Escazú, Apartado Postal 1278-1007
Costa Rica

Sr. Alejandro Escobar
Sr. Ernesto Félix de Jesús
Baker Botts (UK) LLP
41 Lothbury
Londres, EC2R 7HF
Reino Unido

INDICE

I.	LAS PARTES.....	11
	A. Las Demandantes	11
	B. La Demandada.....	12
II.	CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE	12
III.	REGLAS APLICABLES	14
IV.	HISTORIA PROCESAL	15
	A. Fase inicial sobre jurisdicción	15
	B. Fase sobre el fondo.....	17
V.	RESUMEN DE LOS HECHOS	25
	A. Contexto de la controversia.....	25
	1. Introducción	25
	2. Las empresas Tropicás y GNZ.....	26
	3. La regulación del mercado de GLP.....	27
	4. La fijación de las tarifas	28
	a) Requisitos de las peticiones	29
	b) Criterios para fijar las tarifas.....	31
	c) Procedimiento	34
	B. Resumen de los hechos relevantes para la disputa	35
	1. La solicitud de revisión de precios en 2006	35
	2. La solicitud de revisión de precios en 2010	36
	a) La Petición Tarifaria 2010	36
	b) La audiencia pública	37
	c) El informe de la DSE	37
	d) La Resolución Tarifaria 2010.....	38
	3. La solicitud de revisión de precios en 2011	39
	a) La Petición Tarifaria 2011	39
	b) La audiencia pública de 2011.....	40
	c) El informe de la DSE	41
	d) La Primera Resolución Tarifaria ET 2011	42
	e) El recurso de revocatoria.....	43
	f) La fusión de Tropicás y GNZ	44
	g) La resolución sobre el recurso de revocatoria.....	44

h)	La resolución sobre el recurso de apelación.....	45
i)	La Segunda Resolución Tarifaria ET 2011	46
j)	El recurso de apelación contra la Segunda Resolución Tarifaria ET 2011	47
k)	La resolución de la Junta Directiva de ARESEP	48
4.	La solicitud de revisión de precios en 2012	48
a)	La Petición Tarifaria 2012	48
b)	La audiencia pública	49
c)	La Resolución Tarifaria ET 2012.....	50
d)	El recurso de revocatoria de GNZ.....	50
e)	La decisión de la IE sobre el recurso de revocatoria.....	52
f)	La decisión de la Junta Directiva sobre el recurso de apelación	52
5.	La solicitud de revisión de precios en 2013	53
a)	La Petición Tarifaria 2013	53
b)	La audiencia pública	53
c)	La Resolución Tarifaria ET 2013.....	53
d)	El recurso de revocatoria.....	59
e)	La resolución sobre el recurso de revocatoria.....	60
f)	La resolución sobre el recurso de apelación.....	62
6.	La renovación de las concesiones	62
7.	La solicitud de revisión de precios en 2014	63
a)	La Petición Tarifaria 2014	63
b)	La audiencia pública y las coadyuvancias de Gas Tomza y Súper Gas	64
c)	La Resolución Tarifaria ET 2014.....	64
d)	El recurso de revocatoria y el recurso de apelación.....	65
VI.	RESUMEN DE LA POSICIÓN DE LAS PARTES	65
A.	Posición de las Demandantes	66
1.	Las Resoluciones Tarifarias	66
a)	La Resolución Tarifaria ET 2010.....	66
b)	Las Resoluciones Tarifarias ET 2011 y las decisiones de los recursos administrativos.....	68
i.	La Primera Resolución Tarifaria ET 2011	68
ii.	La decisión del recurso de revocatoria.....	69
iii.	La decisión del recurso de apelación	70

iv.	La Segunda Resolución Tarifaria ET 2011	70
c)	La Resolución Tarifaria ET 2012 y las decisiones a los recursos administrativos	71
i.	La Resolución Tarifaria ET 2012	71
ii.	Las decisiones sobre los recursos administrativos	73
d)	La Resolución Tarifaria ET 2013 y las decisiones de los recursos administrativos	73
i.	La Resolución Tarifaria ET 2013	73
ii.	Las decisiones de los recursos administrativos	74
e)	La Resolución Tarifaria ET 2014.....	75
i.	La Resolución Tarifaria ET 2014 cae dentro de la competencia del Tribunal Arbitral	75
ii.	La ARESEP realizó ajustes y recortes indebidos.....	76
iii.	La Resolución Tarifaria ET 2014 demuestra la incongruencia y arbitrariedad de las actuaciones previas de la ARESEP	77
2.	La Demandada violó sus obligaciones de trato justo y equitativo bajo el Artículo 4 del APPRI	78
a)	El estándar aplicable	78
b)	Las violaciones alegadas	79
i.	La repudiación de los principios del marco regulatorio.....	80
ii.	La frustración de las expectativas razonables	81
iii.	La arbitrariedad y falta de transparencia.....	81
iv.	Ausencia de debido proceso administrativo.....	83
v.	Actuación contraria a la buena fe.....	84
3.	La reclamación de daños de las Demandantes	85
a)	Debe aplicarse el principio de reparación íntegra	85
b)	El cálculo del daño sufrido por las Demandantes	86
i.	Las pérdidas sufridas.....	86
ii.	Las utilidades que no se generaron	87
iii.	Los intereses	88
B.	Posición de la Demandada	88
1.	La ARESEP actuó correctamente al fijar las tarifas de GLP	89
a)	La Resolución Tarifaria ET 2010.....	89
b)	Las Resoluciones Tarifarias ET 2011	91

c)	La Resolución Tarifaria ET 2012.....	92
d)	La Resolución Tarifaria ET 2013.....	94
e)	La Resolución Tarifaria ET 2014.....	95
i.	La Resolución Tarifaria ET 2014 no cae dentro de la competencia del Tribunal Arbitral.....	95
ii.	La Resolución Tarifaria ET 2014 aplicó correctamente la Metodología...	97
2.	Las Demandantes no han demostrado violaciones al APPRI.....	97
a)	Las Demandantes no han demostrado violaciones al APPRI	98
b)	Costa Rica no ha incumplido su obligación de otorgar un trato justo y equitativo.....	98
i.	La Demandada no ha frustrado expectativas legítimas de las Demandantes.....	98
ii.	La Demandada no ha actuado en forma arbitraria o irrazonable	99
iii.	La Demandada ha respetado el debido proceso	101
iv.	La Demandada ha actuado con transparencia	103
v.	La Demandada ha actuado de buena fe.....	104
3.	Las Demandantes no han demostrado su reclamación de daños.....	105
a)	La reclamación de daños de las Demandantes no es seria	105
b)	No se demuestra la causalidad entre la conducta de la Demandada y los alegados daños.....	105
c)	Intereses	108
d)	La reclamación prescinde de la Metodología.....	108
e)	Los informes de las Demandantes no contienen bases confiables	108
VII.	PETICIONES DE LAS PARTES.....	109
A.	Peticiones de las Demandantes.....	109
B.	Peticiones de la Demandada.....	109
VIII.	RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL	110
A.	Objeción de incompetencia con respecto a la Resolución Tarifaria ET 2014.....	110
B.	Análisis del estándar aplicable de trato justo y equitativo.....	112
C.	Discusión sobre las violaciones alegadas del estándar de trato justo y equitativo	119
1.	Repudiación deliberada de los principios del marco regulatorio	119
2.	Expectativas legítimas y actuaciones contradictorias	129
3.	Arbitrariedad y falta de razonabilidad.....	132
a)	Las declaraciones de la ARESEP durante la audiencia pública de 2010	134

b)	La decisión de mantener el margen vigente a las envasadoras que no presentaron peticiones tarifarias ni información durante los procesos tarifarios de 2010 y 2011	136
c)	La división de la tasa de rendimiento en la Resolución Tarifaria ET 2010	137
d)	La reducción de los costos de GNZ y Tropicgás en la Resolución Tarifaria ET 2010.....	139
e)	La intervención del MINAE en el proceso tarifario ET 2012.....	141
f)	La decisión de no fijar tarifas en las Resoluciones Tarifarias de los ET 2011, 2012 y 2013.....	142
4.	Falta de transparencia.....	144
a)	La alegada falta de motivación	145
i.	La Primera Resolución Tarifaria ET 2011	145
ii.	La Resolución Tarifaria ET 2012	148
iii.	La Resolución Tarifaria ET 2013	153
b)	La alegada ausencia de criterios claros y la invocación de nuevos requisitos para rechazar las peticiones tarifarias	156
i.	El requisito de presentar contabilidades separadas	160
ii.	La segregación de activos, costos y gastos de las diferentes actividades	161
iii.	El cálculo del activo neto.....	161
iv.	La exclusión de activos cuyo valor es inferior al 25% del salario base... ..	162
v.	La exigencia de diferenciar los activos, gastos y costos de diversas actividades	163
vi.	La Separación de costos no recurrentes o no tarifarios.....	163
vii.	Los requisitos sobre la presentación de la contabilidad segregada y respecto de la inclusión del costo de materia prima.....	164
5.	Ausencia de debido proceso administrativo.....	165
a)	La demora excesiva en la resolución del recurso administrativo.....	167
b)	La falta de examen de la totalidad de los agravios.....	168
c)	La inclusión de nuevos argumentos o mejora de las motivaciones de los actos administrativos recurridos.....	169
d)	El rechazo de los recursos de apelación por carecer de interés actual	170
6.	Mala fe	172
D.	Los daños derivados de la violación al Artículo 4.1 del APPRI	176
IX.	LOS COSTOS DEL ARBITRAJE.....	177
A.	La posición de las Demandantes	177

B. La posición de la Demandada	178
C. Los costos y gastos del Tribunal Arbitral y del CIADI.....	179
D. La decisión del Tribunal Arbitral	180
1. Las costas del arbitraje	180
2. Los intereses.....	183
DECISIÓN.....	184

GLOSARIO DE TÉRMINOS Y ABREVIACIONES

APPRI: Acuerdo entre la República de Costa Rica y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 1 de agosto de 2000, que entró en vigor el 19 de noviembre de 2002.

ARESEP: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Artículos sobre Responsabilidad del Estado: Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas 12 de diciembre de 2001.

CAPM: El método para calcular el costo de capital propio basado en la valoración de activos de capital (por sus siglas en inglés *Capital Asset Pricing Model*).

Cervin: Cervin Investissements S.A.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Concesionarios: Las empresas envasadoras y distribuidoras autorizadas para vender GLP en Costa Rica.

COMEX: Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica.

Contestación sobre el Fondo: Memorial de Contestación presentado por la Demandada el 9 de diciembre de 2015.

Convenio CIADI: Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965.

Convención de Viena: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

Decisión sobre Jurisdicción: Decisión sobre Jurisdicción dictada por el Tribunal Arbitral en este arbitraje el 15 de diciembre de 2014.

Demanda sobre el Fondo: Memorial de Demanda presentado por las Demandantes el 2 de junio de 2015.

Demanda sobre Daños: Memorial sobre Daños presentado por las Demandantes el 24 de julio de 2015.

DGTCC: Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustibles del Ministerio de Ambiente y Energía.

DSE: Dirección de Servicios de Energía.

Dúplica sobre el Fondo: Memorial de Dúplica presentado por la Demandada el 13 de junio de 2016.

Gas Tomza: Gas Tomza de Costa Rica, S.A.

GLP: Gas Licuado de Petróleo.

GNZ: Gas Nacional Zeta.

IE: Intendencia de Energía de la ARESEP.

IPC: Índice General de Precios al Consumidor de Costa Rica.

Las Reglas: Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor desde el 10 de abril de 2006.

Ley ARESEP: Ley 7.593 de 9 de agosto de 1996, también llamada Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Metodología: La metodología tarifaria que fue establecida en la Resolución Tarifaria RRG-1907-2001 de 22 de marzo de 2001.

MINAE: Ministerio de Ambiente, Energía y Transporte.

Petrogás: Petrogás S.A.

PHB: Escritos Posteriores a la Audiencia.

RECOPE: Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A.

Réplica sobre el Fondo: Memorial de Réplica presentado por las Demandantes el 29 de febrero de 2016.

Rhone: Rhone Investissements S.A.

Solicitud de Arbitraje: La solicitud de arbitraje planteada por las Demandantes el 19 de febrero de 2013.

Solgás: Solgás L.P.G. de Costa Rica, S.A.

Súper Gas: Súper Gas G.L.P., S.A.

Tropigás: Tropigás de Costa Rica, S.A.

UBH: Utilidad Bruta Hipotética.

UBR: Utilidad Bruta Real.

I. LAS PARTES

A. Las Demandantes

1. Cervin Investissements S.A. (“**Cervin**”) y Rhone Investissements S.A. (“**Rhone**”) son las partes demandantes en este arbitraje (las “**Demandantes**”).
2. Cervin es una sociedad anónima constituida según la ley suiza e inscrita en el Registro de Comercio del cantón del Valais Central bajo el número de registro CH-626.3.012.639-9.¹
3. Rhone es una sociedad anónima constituida según la ley suiza e inscrita en el Registro de Comercio del cantón del Valais Central bajo el número de registro CH-626.3.012.644-3.²
4. Las Demandantes fueron constituidas el día 22 de diciembre de 2009 y fueron inscritas en el Registro de Comercio del cantón del Valais Central el 5 de enero de 2010.³
5. El 19 de marzo de 2010, se registró en los libros de Tropigás de Costa Rica S.A. (“**Tropigás**”) la transferencia de la totalidad de las acciones de dicha compañía a favor de Rhone,⁴ y el 22 de marzo de 2010 se registró en los libros de Gas Nacional Zeta S.A. (“**GNZ**”) la transferencia de la totalidad de las acciones de dicha compañía a favor de Cervin.⁵
6. La cesión, sin embargo, solamente fue concluida el 31 de marzo de 2010, fecha en la cual Cervin adquirió todas las acciones de la sociedad costarricense GNZ⁶ y Rhone adquirió todas las acciones de la sociedad costarricense Tropigás.⁷
7. Ambas sociedades costarricenses se dedicaban a prestar servicios de almacenamiento, envasado, distribución y comercialización de gas licuado de petróleo (“**GLP**”).
8. El cedente de GNZ era una sociedad holandesa denominada Briand N.V. y el precio de venta de las acciones de GNZ fue de US\$ 10.970.500.⁸
9. El cedente de Tropigás era una sociedad holandesa denominada Grenelle N.V., y el precio de venta de las acciones fue de US\$ 9.607.836.⁹

¹ Anexo 4 de la Solicitud de Arbitraje.

² Anexo 5 de la Solicitud de Arbitraje.

³ Anexos 4 y 5 de la Solicitud de Arbitraje.

⁴ Anexo 7 de la Solicitud de Arbitraje.

⁵ Anexo 10 de la Solicitud de Arbitraje.

⁶ Anexos 9, 10 y 11 de la Solicitud de Arbitraje.

⁷ Anexos 6, 7 y 8 de la Solicitud de Arbitraje.

⁸ Anexo 9 de la Solicitud de Arbitraje.

⁹ Anexo 6 de la Solicitud de Arbitraje.

10. En octubre de 2011, GNZ se fusionó con Tropicás, absorbiendo a esta última.¹⁰ Como resultado de esta operación, las Demandantes son las únicas propietarias y controladoras de GNZ. Cervin posee aproximadamente el 38,8%, mientras que Rhone posee 61,2 % del capital de GNZ.¹¹
11. No está en disputa que Cervin y Rhone pertenecen a un grupo de empresas mexicano denominado Grupo Zeta y que la adquisición de las acciones de Tropicás y GNZ por Cervin y Rhone fue una operación interna dentro del propio Grupo Zeta.¹²
12. Las Demandantes consideran que su inversión, de acuerdo con el Artículo 1(2) del APPRI, consiste en la sociedad GNZ (compañía que resultó de la fusión de Tropicás y GNZ según se indicó), así como las acciones de la misma y los diversos contratos de concesión de los cuales GNZ es titular.¹³

B. La Demandada

13. La República de Costa Rica es la parte demandada en este arbitraje (la “**Demandada**”).
14. El Tribunal Arbitral se referirá conjuntamente a las Demandantes y a la Demandada como las “**Partes**”.

II. CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE

15. La República de Costa Rica otorgó su consentimiento al arbitraje en el Acuerdo entre la República de Costa Rica y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 1 de agosto de 2000, que entró en vigor el 19 de noviembre de 2002 (el “**APPRI**”), cuyo Artículo 9, dispone en sus apartados relevantes lo siguiente:

“Artículo 9 - Disputas entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante

¹⁰ Anexo 12 de la Solicitud de Arbitraje.

¹¹ Anexo 12 de la Solicitud de Arbitraje; R-44, p. 11.

¹² Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción, p. 131, §§ 9-22.

¹³ Solicitud de Arbitraje, § 17.

(1) Con el propósito de resolver disputas en relación con inversiones entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante, se efectuarán consultas entre las partes interesadas con el fin de resolver el caso de manera amigable.

(2) Si de estas consultas no resulta una solución dentro de los seis meses desde la fecha de notificación escrita para celebrar consultas, el inversionista podrá remitir la controversia ya sea a los tribunales nacionales de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o a un arbitraje internacional.

(3) En caso que el inversionista decida remitir la disputa a un tribunal nacional, esta decisión será definitiva. Las Partes Contratantes se abstendrán de interferir con los procedimientos ante los tribunales nacionales.

(4) Si el inversionista decide remitir la disputa a un arbitraje internacional, tiene la opción de elegir entre cualquiera de los siguientes:

a) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido por el “Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965; o

b) a un tribunal de arbitraje ad hoc que, a menos que se acuerde de otra manera por las partes de la disputa, deberá ser establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI).

Ambas Partes Contratantes declaran su consentimiento a remitir la disputa a arbitraje de conformidad con este párrafo.”

16. El 7 de diciembre de 2011, las Demandantes notificaron al Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica (“**COMEX**”) su intención de celebrar consultas con el gobierno de Costa Rica, de conformidad con el Artículo 9(1) del APPRI, para intentar resolver amigablemente una diferencia en relación al alegado incumplimiento por parte de Costa Rica de diversos artículos del APPRI.¹⁴ Dichas consultas se llevaron a cabo, sin éxito, en febrero y marzo de 2012.

¹⁴ Anexo 14 a la Solicitud de Arbitraje.

17. Luego de haber tomado todas las acciones internas necesarias de autorización,¹⁵ las Demandantes consintieron expresamente al arbitraje a través de la presentación a la Secretaría General del CIADI de su escrito de solicitud de arbitraje el 19 de febrero de 2013 (la “**Solicitud de Arbitraje**”).
18. Es un hecho no controvertido que transcurrieron más de 6 meses entre el inicio de las consultas para buscar una solución amigable y la fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje.
19. No hay disputa en el hecho de que las Demandantes son compañías suizas y que califican como inversionistas de acuerdo con el Artículo 1(1)(b) del APPRI.
20. Finalmente, no está en disputa que la inversión realizada por las Demandantes consiste en sus acciones en GNZ y Tropicás y que dichas acciones califican como inversión de acuerdo con el Artículo 1(2)(b) del APPRI.

III. REGLAS APLICABLES

21. El presente procedimiento arbitral se rige por las Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor desde el 10 de abril de 2006 (“**las Reglas**”).¹⁶
22. En cuanto a la ley aplicable al fondo, el Artículo 42 del Convenio CIADI dispone: “(1) *El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.*”
23. El Artículo 9(7) del APPRI dispone: “*El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente Acuerdo y otros acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes, los términos de cualquier acuerdo particular que haya sido concluido en relación con la inversión, la legislación de la Parte Contratante que sea parte de la disputa, incluidas sus reglas en materia de conflicto de leyes, [y] aquellos principios y reglas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.*”

¹⁵ Dúplica sobre Excepciones a la Jurisdicción, § 43.

¹⁶ Resolución Procesal n° 1, Sección 1.

IV. HISTORIA PROCESAL

A. Fase inicial sobre jurisdicción

24. El 19 de febrero de 2013, las Demandantes presentaron la Solicitud de Arbitraje ante la Secretaria General del CIADI, de acuerdo con el Artículo 36 del Convenio CIADI.
25. El 11 de marzo de 2013, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes.
26. El 14 de agosto de 2013, de conformidad con el Artículo 37(2)(b) del Convenio CIADI se constituyó el Tribunal Arbitral, conformado por el Profesor Ricardo Ramírez, un nacional de los Estados Unidos Mexicanos, nombrado por las Demandantes; el Profesor Andrés Jana, un nacional de la República de Chile, nombrado por la Demandada; y el Sr. Alexis Mourre, un nacional de la República de Francia, nombrado conjuntamente por las Partes como Presidente del Tribunal Arbitral.
27. El 11 de septiembre de 2013, de acuerdo con el Artículo 13(1) de las Reglas, el Tribunal Arbitral celebró la primera sesión con las Partes, mediante conferencia telefónica. Dicha sesión fue grabada y la grabación fue puesta a la disposición de las Partes y del Tribunal Arbitral. En ocasión de la primera sesión, las Partes comunicaron al Tribunal su acuerdo de bifurcar las excepciones a la jurisdicción.
28. El 19 de septiembre de 2013, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución Procesal No. 1, donde se registró el acuerdo de las Partes sobre las reglas aplicables al arbitraje, así como las decisiones del Tribunal sobre los asuntos que quedaron a su consideración. Entre otros asuntos, la Resolución Procesal No. 1 incluyó un calendario procesal provisional para la etapa preliminar de excepciones a la jurisdicción del Tribunal Arbitral. También se registró en ella que las Partes acordaron que el Tribunal Arbitral había sido debidamente constituido y que no tenían objeciones respecto del nombramiento de sus miembros. Adicionalmente, la Sección 3.5 de la Resolución Procesal No. 1 también registró el acuerdo de las Partes al nombramiento del Sr. Bingen Amezaga como Asistente del Presidente del Tribunal.
29. El 29 de noviembre de 2013, la Demandada presentó el Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, acompañado de los anexos fácticos R-1 a R-38 y de las autoridades legales RL-1 a RL-35.

30. El 7 de marzo de 2014, las Demandantes presentaron el Memorial de Contestación sobre las Excepciones a la Jurisdicción, acompañado de los anexos fácticos C-1 a C-42, y de las autoridades legales CL-1 a CL-25.
31. El 25 de abril de 2014, la Demandada presentó la Réplica sobre las Excepciones a la Jurisdicción, acompañada de los anexos fácticos R-39 a R-67 y de las autoridades legales RL-36 a RL-48.
32. El 6 de junio de 2014, las Demandantes presentaron la Dúplica sobre las Excepciones a la Jurisdicción, acompañada de los anexos fácticos C-43 a C-78 y las autoridades legales CL-26 a CL-38.
33. El 13 de junio de 2014, se celebró una conferencia telefónica previa a la audiencia de alegatos para organizar los aspectos prácticos de la misma.
34. El 18 de junio de 2014, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 relativa a las reglas que gobernarían el desarrollo de la Audiencia sobre las Excepciones a la Jurisdicción (“**Audiencia sobre Jurisdicción**”).
35. La Audiencia sobre Jurisdicción se llevó a cabo el día 1 de julio de 2014 en Washington D.C. Fue grabada y transcrita y la grabación fue puesta a la disposición del Tribunal Arbitral y de las Partes por la Secretaría el día 2 de julio de 2014.
36. El 9 de julio de 2014, se puso a disposición de las Partes la transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción.
37. El 28 de julio de 2014, las Partes comunicaron al Tribunal sus correcciones acordadas a la transcripción de dicha Audiencia sobre Jurisdicción. Las transcripciones corregidas fueron puestas a la disposición de las Partes y del Tribunal el día 5 de agosto de 2014.
38. El 15 de diciembre de 2014, el Tribunal Arbitral dictó la Decisión sobre Jurisdicción, en el presente caso (“Decisión sobre Jurisdicción”). Esta decisión constituye parte integral del presente Laudo y se adjunta como Anexo A. En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal Arbitral:
 - *“se declara competente para decidir sobre las alegaciones de las Demandantes con respecto a la alegada violación de la obligación de la Demandada de otorgar trato justo y equitativo con respecto al proceso de tarificación y con respecto al canon de la ARESEP;*

- *declara no ser competente para conocer de todas las otras reclamaciones de las Demandantes;*
- *reserva su decisión en cuanto a las costas del arbitraje y a los gastos de representación de las Partes.”*

B. Fase sobre el fondo

39. El 16 de diciembre de 2014, el Tribunal Arbitral invitó a las Partes a llegar a un acuerdo sobre el calendario procesal para la fase sobre el fondo.
40. El 23 de enero de 2015, cada una de las Partes presentó al Tribunal Arbitral su propuesta sobre el calendario procesal.
41. El 30 de enero de 2015, se celebró una conferencia telefónica entre las Partes y el Tribunal Arbitral para discutir el calendario procesal. La sesión fue grabada y la grabación fue puesta a disposición de las Partes por la Secretaría del CIADI.
42. El 9 de febrero de 2015, el Tribunal Arbitral dictó la Resolución Procesal No. 3, en la cual se estableció el calendario procesal y se dieron instrucciones adicionales respecto de la etapa de exhibición de documentos. El Tribunal Arbitral también se refirió a un incidente entre las Partes respecto del acceso por parte de la Demandada a documentos confidenciales de las Demandantes. Luego de constatar que las Partes no le habían hecho ninguna solicitud al respecto, el Tribunal les recomendó que intentaran solucionar amigablemente dicho incidente.
43. El 2 de junio de 2015, las Demandantes presentaron el Memorial de Demanda (“**Demanda sobre el Fondo**”), junto con los anexos C-79 a C-169, los antecedentes legales CL-39 a CL-56 y la declaración testimonial de Alejandro Bettoni Traube (“**CT-1**”).¹⁷
44. En la sección sobre daños de la Demanda sobre el Fondo, las Demandantes se refirieron a la Resolución RIE-048-2015 emitida por la ARESEP el 23 de abril de 2015 y alegaron que “[d]ebido a que las repercusiones de esta decisión preservan el carácter continuo de los daños y perjuicios que desde el año 2010 han venido sufriendo las inversiones y rentas de Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A., las Demandantes consideran pertinente solicitar al Tribunal Arbitral que reserve para una etapa posterior su análisis

¹⁷ La declaración testimonial del Sr. Bettoni Traube fue presentada como Anexo C-79.

y determinación. Presentar en esta etapa arbitral una determinación de daños derivados de violaciones del APPRI cuyos efectos perduran e incluso pueden ser mayores, no relejaría [sic] adecuadamente la pérdida del valor total de las inversiones y sus rentas, así como de los perjuicios ocasionados, lo que podría afectar el principio de reparación íntegra reconocido en el derecho internacional.”¹⁸

45. Y en sus peticiones, las Demandantes solicitaron al Tribunal Arbitral “[r]eservar para una etapa posterior la determinación sobre los daños en virtud de que los hechos cometidos por el Estado de Costa Rica, que no están de conformidad con el Artículo 4 del APPRI, han tenido un carácter continuo, extendiéndose desde el año 2010 y hasta la fecha de presentación de este Memorial de Demanda.”¹⁹
46. El 2 de junio de 2015, la Demandada solicitó al Tribunal una oportunidad para pronunciarse sobre la solicitud de las Demandantes de que se bifurcara el arbitraje en una fase sobre el fondo y una fase sobre los daños. El Tribunal Arbitral dio un plazo a la Demandada para presentar sus observaciones respecto de la solicitud hecha por las Demandantes.
47. El 5 de junio de 2015, la Demandada presentó sus observaciones solicitando que se desestimara la solicitud de bifurcación de las Demandantes.
48. El 10 de junio de 2015, luego de haber sido autorizadas por el Tribunal para ello, las Demandantes presentaron sus observaciones a la comunicación de la Demandada de fecha 5 de junio de 2015. Las Demandantes reiteraron su solicitud de que se reservara el análisis de daños para una etapa posterior, o alternativamente, solicitaron que se les autorizase a presentar su informe sobre daños con la Réplica sobre el Fondo.
49. El 10 de junio de 2015, la Demandada presentó una comunicación adicional (no solicitada por el Tribunal) en respuesta a la comunicación de las Demandantes anteriormente mencionada.
50. El 11 de junio de 2015, el Tribunal Arbitral dictó la Resolución Procesal No. 4 en la que decidió rechazar la solicitud de las Demandantes de bifurcar las fases de daños y fondo por considerar que ésta era tardía, contraria al acuerdo de las Partes, y no conduciría a una resolución más eficaz de la disputa. En vista de su decisión, el Tribunal Arbitral emplazó

¹⁸ Demanda sobre el Fondo, § 603.

¹⁹ Demanda sobre el Fondo, § 604.

a las Demandantes para presentar su Memorial de Demanda sobre Daños el 6 de julio de 2015 y modificó el calendario procesal.

51. El 3 de julio de 2015, las Demandantes solicitaron una extensión del plazo previsto para la presentación del Memorial de Demanda sobre Daños.
52. El 9 de julio de 2015, previa autorización del Tribunal Arbitral, la Demandada presentó sus observaciones a la solicitud de extensión del plazo de las Demandantes.
53. El 13 de julio de 2015, el Tribunal Arbitral dictó la Resolución Procesal No. 5, en la que concedió una última prórroga a las Demandantes, hasta el 24 de julio de 2015, para presentar su Memorial de Demanda sobre Daños y modificó en consecuencia el calendario procesal.
54. El 15 de julio de 2015, las Demandantes solicitaron una prórroga adicional para la presentación de su Memorial de Demanda sobre Daños, argumentando que su perito necesitaba tiempo adicional para producir su informe.
55. El 16 de julio de 2015, el Presidente del Tribunal les recordó a las Demandantes que los plazos fijados por el Tribunal no estaban a discreción de las Partes y les solicitó que se comunicaran con el perito para buscar una fecha de entrega del informe que fuese conforme al calendario procesal fijado por el Tribunal.
56. El 24 de julio de 2015, las Demandantes presentaron su Memorial de Demanda sobre Daños (“**Demanda sobre Daños**”), junto con los anexos C-170 a C-174 y los antecedentes legales CL-57 a CL-64.
57. El 9 de diciembre de 2015, la Demandada presentó su Memorial de Contestación (“**Contestación sobre el Fondo**”), junto con dos apéndices,²⁰ los anexos R-68 a R-192, los antecedentes legales RL-49 a RL-68, las declaraciones testimoniales de Juan Manuel Quesada Espinoza (“**DT-1**”), Karla Montero Víquez (“**DT-2**”) y Giovanni Marchena Jara (“**DT-3**”) y el informe pericial del Dr. José Alberro (“**DP-1**”) y sus anexos.
58. El 18 de diciembre de 2015, la Demandada le escribió al Tribunal solicitándole ordenar que en lo sucesivo, le correspondería solamente a las Demandantes contribuir a los gastos de este procedimiento haciéndose cargo de la totalidad de los pagos anticipados que se llegasen a solicitar por el CIADI. En subsidio, la Demandada solicitó que se le ordenase

²⁰ El Apéndice 1 titulado “Cronología de los expedientes tarifarios” y el Apéndice 2, titulado “Glosario de términos y abreviaciones”.

a las Demandantes pagar las cuatro quintas partes de dichos costos. El 8 de enero de 2016, las Demandantes presentaron sus observaciones a esta solicitud de la Demandada.

59. El 12 de enero de 2016, el Tribunal Arbitral denegó la solicitud de la Demandada del 18 de diciembre de 2015.
60. El 15 de enero de 2016, de conformidad con el calendario procesal, cada una de las Partes presentó ante el Tribunal Arbitral su respectiva solicitud de exhibición de documentos. Según lo acordado en la Resolución Procesal No. 3, las solicitudes se presentaron en formato Redfern, conteniendo las solicitudes, las objeciones de la otra Parte y las réplicas de la Parte solicitante.
61. El 20 de enero de 2016, el Tribunal Arbitral dictó la Resolución Procesal No. 6 decidiendo sobre las solicitudes de exhibición de documentos presentadas por las Partes en el cuadro respectivo del formato Redfern de cada Parte, los cuales se adjuntaron como Anexos A y B de dicha resolución procesal. En la Resolución Procesal No. 6, el Tribunal Arbitral también recordó a las Partes que los documentos cuya exhibición fue ordenada debían entregarse el 29 de enero de 2016 y que, de acuerdo con la Resolución Procesal No. 3, “[l]os documentos deberán ser exhibidos directamente a la Parte solicitante, sin copiar al Tribunal o a la Secretaria del Tribunal. Los documentos exhibidos de esta forma no se consideraran como parte del expediente a menos que y hasta que la Parte que los solicitó los haya incorporado como anexos documentales con el Memorial, el Memorial de Contestación, la Réplica o la Dúplica.”²¹
62. El 16 de febrero de 2016, el Tribunal Arbitral recibió dos comunicaciones de una tercera persona solicitando la suspensión del procedimiento arbitral. El Tribunal informó a las Partes sobre estas comunicaciones, invitándoles a manifestarse al respecto a la mayor brevedad posible.
63. Las Partes presentaron comunicaciones sobre esta materia así: las Demandantes el 17, 18 y 26 de febrero de 2016; y la Demandada los días 19 y 26 de febrero de 2016.
64. El 29 de febrero de 2016, luego de haber oído a las Partes, el Tribunal Arbitral resolvió que no había lugar a la suspensión del procedimiento y otorgó una corta extensión de las fechas para las presentaciones de la Réplica sobre el Fondo y la Dúplica sobre el Fondo.

²¹ Resolución Procesal No. 3, §13, citada en la Resolución Procesal No. 6, §3.

65. El 29 de febrero de 2016, las Demandantes presentaron su Memorial de Réplica (“**Réplica sobre el Fondo**”), junto con los anexos C-175 a C-207, los antecedentes legales CL-65 a CL-81 y dos informes periciales de la L.C. Judith Yadhya Galván Rodríguez intitulados “Informe de perito contable” (“**CP-1**”)²² y “Réplica al informe pericial sobre daños reclamados en el memorial de demanda suscrito por el señor José Alberro” (“**CP-2**”).²³
66. El 3 de marzo de 2016, la Demandada remitió una comunicación al Tribunal Arbitral haciendo varias manifestaciones relacionadas con la presentación por las Demandantes del informe pericial de la Lic. Galván de fecha 23 de octubre de 2015 (CP-1) junto con su Réplica sobre el Fondo. Entre otras cosas, la Demandada expresó que a su juicio las Demandantes debían retirar del expediente dicho informe por haberse presentado extemporáneamente, y manifestó varias preocupaciones relacionadas con las afirmaciones de las Demandantes durante el período de exhibición de documentos.
67. El Tribunal tomó nota de lo manifestado por la Demandada en su comunicación anterior y le comunicó a las Partes que entendía que en dicha comunicación no se le estaba formulando solicitud alguna al Tribunal.
68. El 21 de abril de 2016, la Demandada remitió una comunicación adicional al Tribunal (i) haciendo algunas manifestaciones sobre los documentos de soporte del informe pericial de la Lic. Galván (CP-1) aportado con la Réplica sobre el Fondo, y (ii) llamando la atención sobre el incumplimiento por las Demandantes de la Resolución Procesal No. 6 sobre exhibición de documentos. La Demandada manifestó que se reservaba sus derechos de hacer observaciones pertinentes en esta materia.
69. El 29 de abril de 2016, tras una invitación del Tribunal, las Demandantes presentaron sus observaciones y explicaciones a la comunicación de la Demandada de 21 de abril de 2016. Entre otras cosas, las Demandantes alegaron que en su mayoría, los documentos de soporte del informe CP-1 en cuestión eran duplicados de documentos que ya estaban en el expediente, y ofrecieron presentar un archivo unificado (PDF) contentivo de los mencionados documentos de soporte.
70. El 4 de mayo de 2016, el Tribunal se pronunció sobre los asuntos tratados en las comunicaciones de las Partes de 21 y 29 de abril de 2016, e invitó a las Demandantes a

²² Presentado como Anexo C-196.

²³ Presentado como Anexo C-197.

presentar el documento unificado (PDF) que habían ofrecido, bajo el entendido que éste no contenía información adicional a la que ya obraba en el expediente. Adicionalmente, manifestó entender que, en ese momento, no había ninguna otra solicitud pendiente de decisión por el Tribunal.

71. El 5 de mayo de 2016, la Demandada presentó una comunicación adicional al Tribunal, oponiéndose a la introducción del archivo unificado de documentos de soporte del informe pericial CP-1. La Demandada alegó, entre otros, que dicho archivo contenía documentos nuevos.
72. El mismo 5 de mayo de 2016, el Tribunal invitó a las Demandantes a hacer las aclaraciones pertinentes sobre los documentos que pretendía remitir al Tribunal.
73. El 13 de junio de 2016, las Demandantes presentaron las aclaraciones solicitadas y adicionalmente manifestaron que no estaban solicitando la introducción de dichos documentos adicionales al expediente.
74. También el 13 de junio de 2016, la Demandada presentó su Memorial de Dúplica (**“Dúplica sobre el Fondo”**), junto con dos apéndices,²⁴ los anexos R-193 a R-221, los antecedentes legales RL-69 a RL-75 y el segundo informe pericial sobre daños del Dr. José Alberro (**“DP-2”**) y sus anexos.
75. El 24 de mayo de 2016, la Secretaria del Tribunal distribuyó a las Partes un borrador de agenda para la preparación de la audiencia preliminar previa a la Audiencia sobre el Fondo, solicitando a las Partes que hicieran llegar al Tribunal Arbitral sus comentarios conjuntos y acuerdos al respecto.
76. El 15 de junio de 2016, las Partes presentaron al Tribunal Arbitral, en un documento conjunto, sus comentarios a la agenda para la audiencia telefónica previa a la Audiencia sobre el Fondo, indicando los puntos de acuerdo y desacuerdo.
77. El 17 de junio de 2016, se celebró mediante conferencia telefónica la audiencia preliminar previa a la audiencia de pruebas sobre el fondo. Según el acuerdo alcanzado entre el Tribunal Arbitral y las Partes plasmado en la Resolución Procesal No. 1, dicha conferencia telefónica se llevó a cabo únicamente entre las Partes, el Presidente del Tribunal Arbitral y el Secretariado del CIADI.

²⁴ El Apéndice 1 titulado “Cronología de los expedientes tarifarios” y el Apéndice 2 titulado “Glosario de términos y abreviaciones”.

78. En la conferencia telefónica, las Partes confirmaron sus acuerdos y expusieron ante el Tribunal Arbitral los puntos en desacuerdo relativos a la conducción de la audiencia de pruebas sobre el fondo. La conferencia telefónica fue grabada y la grabación fue puesta a disposición de las Partes y del Tribunal Arbitral.
79. El 29 de junio de 2016, el Tribunal Arbitral dictó la Resolución Procesal No. 7 en la que constan las reglas procesales y acuerdos prácticos y logísticos para la conducción de la Audiencia sobre el Fondo que fueron acordadas por las Partes y/o determinadas por el Tribunal Arbitral durante la conferencia telefónica.
80. La Audiencia sobre el Fondo tuvo lugar del 11 al 15 de julio de 2016 en la sala de audiencias del CIADI en Washington D.C. Asistieron a la misma:

En representación de las Demandantes:

- Sr. Luis Grifé Alonso
- Sr. Guillermo Ramírez Pérez
- Sr. Ángel Espinosa García

En representación de la Demandada:

- Sr. Alejandro A. Escobar
- Sr. Ernesto Félix de Jesús
- Sra. Adriana González
- Sra. Adriana Arce
- Sra. Karima Sauma

Testigos:

Presentado por las Demandantes:

Sr. Alejandro Bettoni Traube

Presentados por la Demandada:

Sra. Karla Montero

Sr. Juan Manuel Quesada

Sr. Giovanni Marchena

Peritos:

Presentado por las Demandantes:

Sra. Judith Yadhya Galván Rodríguez

Asesores:

Sr. César Pérez Orozco

Sra. Leslick Castillo

Presentado por la Demandada:

Dr. José Alberro

El Tribunal Arbitral:

- Sr. Alexis Mourre, Presidente
- Sr. Andrés Jana, Co-árbitro
- Sr. Ricardo Ramírez, Co-árbitro

La Secretaria del Tribunal

- Sra. Luisa Fernanda Torres

El Asistente del Tribunal Arbitral

- Sr. Bingen Amezaga

81. Al final de la Audiencia sobre el Fondo, las Partes acordaron con el Tribunal Arbitral que, una vez que se tuviera la versión final de las transcripciones, las Partes presentarían simultáneamente Escritos Post-Audiencia breves para comentar la evidencia presentada durante la Audiencia. La Audiencia fue grabada y con base en las grabaciones se realizó la transcripción de la misma, que fue sometida a las Partes para su corrección. Los anexos demostrativos presentados durante la Audiencia fueron incorporados al expediente bajo las referencias R-222 a R-228.
82. El 15 de agosto de 2016, cada una de las Partes presentó al Tribunal Arbitral sus correcciones sobre la transcripción de la Audiencia sobre el Fondo. Las Partes confirmaron su acuerdo respecto de las correcciones presentadas con la salvedad de 4 correcciones propuestas por la Demandada que fueron sometidas a la decisión del Tribunal Arbitral.
83. El 18 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral anunció a las Partes su decisión sobre las 4 correcciones de la transcripción no resueltas entre las Partes.
84. El 30 de agosto de 2016, la transcripción final corregida de la Audiencia sobre el Fondo (“**Transcripción**”) fue comunicada por la Secretaría a las Partes y al Tribunal. El mismo día se confirmó a las Partes que los Escritos Post-Audiencia deberían presentarse el 20 de septiembre de 2016 y las declaraciones sobre costas el 20 de octubre de 2016.

85. El 20 de septiembre de 2016, cada una de las Partes presentó su Escrito Post-Audiencia (el Escrito Post-Audiencia de las Demandantes se denominará “**PHB Demandantes**” y el de la Demandada se denominará “**PHB Demandada**”).
86. El 20 de octubre de 2016, cada una de las Partes presentó su declaración sobre costas del arbitraje.
87. El 3 de febrero de 2017, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento de conformidad con la Regla 38(1).

V. RESUMEN DE LOS HECHOS

88. Luego de una presentación general del contexto fáctico y regulatorio en el cual se enmarca la presente disputa (A), el Tribunal pasará a examinar el desarrollo de los hechos en los cuales se fundamentan las demandas (B).

A. Contexto de la controversia

1. Introducción

89. La presente controversia se refiere al mercado de envasado de gas licuado de petróleo (“GLP”) en Costa Rica, y más específicamente a las fijaciones de las tarifas para el envasado de GLP entre el año 2010 y el año 2015 en respuesta a las peticiones tarifarias planteadas por Tropigás y GNZ.
90. El GLP, al ser un hidrocarburo, es un bien bajo dominio directo del Estado por mandato constitucional, el cual sólo puede ser explotado por la administración pública o por particulares de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones establecidas por la Asamblea Legislativa de Costa Rica.²⁵
91. El mercado del GLP en Costa Rica se compone, a grandes rasgos, de las siguientes etapas: (i) importación y venta directa a grandes clientes y a envasadoras, (ii) envasado y (iii) comercialización.

²⁵ Constitución Política de la República de Costa Rica (Anexo C-83), Artículo 121.14(b).

92. De acuerdo con el Artículo 1 de la Ley No. 7.356 de 24 de agosto de 1993,²⁶ la importación de GLP es considerada un monopolio del Estado. La empresa estatal, Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (“**RECOPE**”)²⁷ está encargada de la administración de este monopolio²⁸ y es el único importador de GLP en Costa Rica, que después lo vende a los grandes clientes directos y a las empresas envasadoras de gas. Seguidamente se produce la comercialización del GLP.
93. Para poder envasar y distribuir GLP en Costa Rica es necesario obtener una concesión o permiso por parte del Ministerio de Ambiente, Energía y Transporte (“**MINAE**”).²⁹
94. Las envasadoras y distribuidoras autorizadas (“**concesionarios**”) venden el GLP a granel y envasado a través de cuatro canales: residencial, comercial, industrial y carburación (transporte). Los dos primeros canales consumen el GLP principalmente envasado en cilindros, mientras que los canales “industrial” y “carburación” lo consumen a granel.³⁰
95. En las plantas envasadoras, el GLP es colocado en cilindros de distinto tamaño, los cuales se distribuyen a los clientes directamente, a través de camiones de las mismas envasadoras, o de modo indirecto, a través de minoristas independientes, que transportan los cilindros a las tiendas, donde los consumidores los adquieren.

2. Las empresas Tropigás y GNZ

96. Tropigás y GNZ son empresas costarricenses dedicadas a prestar el servicio de almacenamiento, envasado, distribución y comercialización del GLP.
97. Tropigás comenzó a operar en el mercado del GLP en Costa Rica desde 1975, GNZ lo hace desde 1991.³¹ Hasta el año 1998, Tropigás y GNZ eran las únicas empresas en el mercado de envasado y distribución de GLP en Costa Rica,³² pero posteriormente otros actores se fueron integrando a este mercado.³³

²⁶ Anexo R-3, Artículo 1.

²⁷ RECOPE fue nacionalizada a través de la Ley No. 5.508 del 17 de abril de 1974 (Anexo R-2).

²⁸ Anexo R-3, Artículo 2.

²⁹ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 9.

³⁰ Anexo R-5, p. 16.

³¹ Excepciones a la Jurisdicción, § 4.

³² Excepciones a la Jurisdicción, § 5.

³³ En el 2007 también participaban en este mercado las empresas Gas Tomza y Petrogás; ver Anexo R-5, p. 6.

98. Como se ha mencionado, las empresas Tropicás y GNZ se fusionaron en octubre de 2011, mediante un acuerdo según el cual GNZ absorbió enteramente a Tropicás.³⁴
99. En el año 2015, luego de la fusión con Tropicás, GNZ tenía una participación del 64% en el mercado del GLP en Costa Rica. Los otros concesionarios, Gas Tomza de Costa Rica, S.A., (“**Gas Tomza**”), Súper Gas G.L.P., S.A. (“**Súper Gas**”), Petrogás, S.A. (“**Petrogás**”) y Solgás L.P.G. de Costa Rica, S.A. (“**Solgás**”), tenían una participación de mercado del 19%, 6%, 9% y 2%, respectivamente.³⁵

3. La regulación del mercado de GLP

100. La Ley No. 7.593 de 9 de agosto de 1996 (“**Ley ARESEP**”)³⁶ estableció que la actividad de suministro de combustibles derivados de hidrocarburos a través de planteles de distribución, o directamente al consumidor final sería considerada como una actividad de servicio público³⁷ y por lo tanto la misma se encuentra regulada y sometida al control de las autoridades competentes.³⁸
101. La Ley ARESEP creó a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (“**ARESEP**”), una institución autónoma cuya función consiste en fijar los precios y tarifas y velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima de los servicios públicos.³⁹
102. En el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, la ARESEP puede solicitar a los prestadores de servicios públicos la información financiera, contable, económica, estadística y técnica relacionada con el servicio público que brindan. Igualmente, para el cumplimiento exclusivo de sus funciones, la ARESEP “*tendrá la potestad de inspeccionar y registrar los libros legales y contables, comprobantes, informes, equipos y las instalaciones de los prestadores.*”⁴⁰
103. Además de la ARESEP, que actúa a través de la Dirección de Servicios de Energía (“**DSE**”), del Comité de Regulación y de la Intendencia de Energía (“**IE**”), la otra

³⁴ Anexos 12 y 13 a la Solicitud de Arbitraje.

³⁵ Resolución RIE-048-2015 (Anexo C-84).

³⁶ Ley ARESEP (Anexo R-4).

³⁷ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 5.

³⁸ Anexo R-5, p. 10; Solicitud de Arbitraje, § 26.

³⁹ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 5.

⁴⁰ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 24.

autoridad competente en el ámbito de las actividades de envasado, distribución y venta del GLP es el MINAE,⁴¹ que actúa a través de la Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustibles (“**DGTCC**”).

104. Mientras que la ARESEP se ocupa de fijar los precios y tarifas de los servicios públicos y de regular y fiscalizar contable, financiera y técnicamente a los prestadores de servicios públicos, el MINAE define la política y establece las regulaciones operativas del sector, otorga las concesiones del servicio público a las empresas, los permisos de funcionamiento a las plantas de envasado y los permisos para transportar GLP en vehículos.⁴²
105. La Ley ARESEP fue desarrollada mediante el reglamento a la Ley ARESEP N° 29732-MP de 29 de agosto de 2001 (“**Reglamento ARESEP**”).

4. La fijación de las tarifas

106. La ARESEP es la autoridad encargada de fijar, de conformidad con los estudios técnicos, las tarifas y los precios para los distribuidores de GLP.⁴³ La fijación y revisión de las tarifas está regulada en el Capítulo VII de la Ley ARESEP, cuyo Artículo 29 establece que la ARESEP “*formulará y promulgará las definiciones, los requisitos y las condiciones a que se someterán los trámites de tarifas y precios de los servicios públicos.*”⁴⁴
107. La Ley ARESEP contempla fijaciones de tarifas de carácter ordinario y extraordinario. Las fijaciones ordinarias son las que toman en consideración factores de costo e inversión de acuerdo con el principio de servicio al costo, es decir, las tarifas deben contemplar únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, permitir una retribución competitiva y garantizar el adecuado desarrollo de la actividad.⁴⁵
108. Las fijaciones de tarifa extraordinarias son aquellas que consideran variaciones importantes en el entorno económico, por caso fortuito o fuerza mayor y cuando se

⁴¹ Inicialmente denominado Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), también fue denominado durante un tiempo Ministerio de Ambiente, Energía y Transporte (MINAET). Para evitar confusiones, en el presente Laudo nos referiremos siempre a la abreviación original **MINAE**, independientemente de la época.

⁴² Demanda sobre el Fondo, §§ 16-17; Anexo C-9, p. 5.

⁴³ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 6 (d).

⁴⁴ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 29.

⁴⁵ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículos 30 y 3 (b).

cumplan las condiciones de los modelos automáticos de ajuste. Estas fijaciones extraordinarias serán realizadas de oficio por la ARESEP.⁴⁶

109. Los concesionarios tienen la obligación de presentar un estudio ordinario por lo menos una vez al año pero la ARESEP también puede realizar de oficio modificaciones ordinarias.⁴⁷

a) Requisitos de las peticiones

110. Las peticiones de fijación de tarifa deben cumplir los requisitos formales establecidos en el Reglamento ARESEP,⁴⁸ el cual prevé que las mismas deben estar técnica y jurídicamente fundamentadas y contener o traer adjunta, como mínimo, la siguiente información:

“Estudio tarifario que sustenta la petición, con: antecedentes, propuesta tarifaria y justificación. Informe sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ARESEP, estudio de mercado, costos o gastos de operación, reales y proyecciones, al último nivel de subcuentas, cargas tributarias, costos y beneficios ajenos a la actividad, activo fijo neto, al costo y revaluado, de operación, programa de inversiones, servicio de la deuda, análisis económico-financiero de la situación de la empresa, con las tarifas vigentes y con las solicitadas, estructura de precios o tarifas, conclusiones del estudio tarifario, certificaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social, el Instituto Nacional de Seguros y la Municipalidad en cuya circunscripción opera la persona, física o jurídica, solicitante de encontrarse al día en el pago de impuestos, tasas y cargas obrero, patronales, Declaración jurada del representante legal del prestador del servicio donde conste que se ha dado cumplimiento a las leyes laborales, incluyendo Salud Ocupacional.”⁴⁹

111. Además el Reglamento ARESEP establece que las peticiones deben presentarse en original, acompañadas de tres copias y cumplir con los requisitos que ordena el Artículo 285 de la Ley General de la Administración Pública.⁵⁰

⁴⁶ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 30.

⁴⁷ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 30.

⁴⁸ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículos 30 y 33.

⁴⁹ Reglamento ARESEP (Anexo C-95), Artículo 41 (a).

⁵⁰ Reglamento ARESEP (Anexo C-95), Artículo 41 (b).

112. El Artículo 33 de la Ley ARESEP por su parte prevé que toda petición sobre tarifas y precios deberá estar justificada y que los solicitantes deben haber cumplido con las condiciones establecidas por la ARESEP en anteriores fijaciones o en intervenciones realizadas en el ejercicio de sus potestades antes de la petición.⁵¹
113. La Resolución RRG-6570-2001 sobre simplificación de trámites de 29 de mayo de 2007⁵² redefinió los requisitos para tramitar las peticiones tarifarias, estableciendo en particular que la petición debe:
- Presentarse al menos en un medio digital de uso común (Word, Excel, etc.) con el detalle de las fuentes de información y de los cálculos efectuados (fórmulas explícitas).⁵³
 - Estar jurídica y técnicamente sustentadas en los modelos de fijación de precios vigentes al momento de la solicitud. Indicar cuál es la tarifa que solicita y su variación tarifaria con respecto a las tarifas vigentes (variación absoluta y porcentual).⁵⁴
114. Respecto de las peticiones presentadas por los prestadores de servicios públicos se especifica que las peticiones deben:
- Indicar el acto administrativo que otorgó la concesión o permiso.⁵⁵
 - Haber cumplido al momento de presentar la solicitud, con las condiciones establecidas por la Autoridad Reguladora en anteriores fijaciones o en intervenciones previas realizadas en el ejercicio de sus potestades.⁵⁶
 - Justificar haber cumplido una serie de obligaciones (entrega de informe de trámite de quejas, pago del canon de la ARESEP, pago de obligaciones tributarias, cargas sociales, leyes laborales).⁵⁷
 - Contener una justificación técnica que incluya antecedentes, estudio de mercado, costos y gastos de operación reales y proyectados al último nivel de subcuenta, cargas tributarias, costos y beneficios ajenos a la actividad, activo fijo neto al costo y revaluado, programa de inversiones, servicio de la deuda, análisis económico

⁵¹ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 33.

⁵² Anexo C-134.

⁵³ Anexo C-134, Sección I, Artículo 5.

⁵⁴ Anexo C-134, Sección I, Artículo 6.

⁵⁵ Anexo C-134, Sección II, Artículo 1.

⁵⁶ Anexo C-134, Sección II, Artículo 2.

⁵⁷ Anexo C-134, Sección II, Artículos 3-5.

financiero de la empresa con las tarifas vigentes y con las propuestas y la estructura de precios que se propone. Esta justificación deberá cumplir con los requisitos establecidos por la Autoridad Reguladora en anteriores intervenciones.

b) Criterios para fijar las tarifas

115. El Artículo 31 de la Ley ARESEP prevé que para fijar las tarifas, la ARESEP:

“[T]omará en cuenta las estructuras productivas modelo para cada servicio público, según el desarrollo del conocimiento, la tecnología, las posibilidades del servicio, la actividad de que se trate y el tamaño de las empresas prestadoras. En este último caso, se procurará fomentar la pequeña y la mediana empresa. Si existe imposibilidad comprobada para aplicar este procedimiento, se considerará la situación particular de cada empresa.

Los criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica definidos en el Plan nacional de desarrollo, deberán ser elementos centrales para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos. No se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestadoras del servicio público.

La Autoridad Reguladora deberá aplicar modelos de ajuste anual de tarifas, en función de la modificación de variables externas a la administración de los prestadores de los servicios, tales como inflación, tipos de cambio, tasas de interés, precios de hidrocarburos, fijaciones salariales realizadas por el Poder Ejecutivo y cualquier otra variable que la Autoridad Reguladora considere pertinente.

De igual manera, al fijar las tarifas de los servicios públicos, se deberán contemplar los siguientes aspectos y criterios, cuando resulten aplicables:

a) Garantizar el equilibrio financiero.

b) El reconocimiento de los esquemas de costos de los distintos mecanismos de contratación de financiamiento de proyectos, sus formas especiales de pago y sus costos [...].

c) La protección de los recursos hídricos, costos y servicios ambientales.”⁵⁸

⁵⁸ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 31.

116. Respecto de los costos de los concesionarios, el Artículo 32 de la Ley ARESEP indica que no se aceptarán como costos de las empresas reguladas:

“a) Las multas que les sean impuestas por incumplimiento de las obligaciones que establece esta ley.

b) Las erogaciones innecesarias o ajenas a la prestación del servicio público.

c) Las contribuciones, los gastos, las inversiones y deudas incurridas por actividades ajenas a la administración, la operación o el mantenimiento de la actividad regulada.

d) Los gastos de operación desproporcionados en relación con los gastos normales de actividades equivalentes.

e) Las inversiones rechazadas por la Autoridad Reguladora por considerarlas excesivas para la prestación del servicio público.

f) El valor de las facturaciones no cobradas por las empresas reguladas, con excepción de los porcentajes técnicamente fijados por la Autoridad Reguladora.”

117. El Reglamento ARESEP, por su parte, establece la obligación de la ARESEP de fijar las tarifas *“con observancia del principio de servicio al costo, según lo establecido en el artículo 31 de la ley y con sujeción a los criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica, definidos en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en procura del equilibrio financiero de la empresa o entidad prestataria del servicio.”*⁵⁹

118. Al respecto, el principio de *“servicio al costo”* es definido por la Ley ARESEP como el *“principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una remuneración competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31.”*⁶⁰

119. El *“equilibrio financiero”*, por su parte, es definido en el Reglamento ARESEP como la *“condición financiera en la que los ingresos totales, de operación y capital son iguales a los costos totales.”*⁶¹

120. En cuanto a la metodología específica aplicable a las revisiones tarifarias que se discuten en este Laudo (**“Metodología”**), las Partes coinciden en que la misma fue establecida en

⁵⁹ Reglamento ARESEP (Anexo C-95), Artículo 4 (a), numeral 2.

⁶⁰ Ley ARESEP, (Anexo R-4), Artículo 3(b).

⁶¹ Reglamento ARESEP (Anexo C-95), Artículo 1(f).

la Resolución Tarifaria RRG-1907-2001 del 22 de marzo de 2001 (“**Resolución Tarifaria 2001**”).⁶²

121. La Metodología prevista en la Resolución Tarifaria 2001 dispone que:

“Para calcular el precio base por empresa se debe utilizar el método de cost plus (costos contables) de fijaciones anteriores, donde primero se determinan los costos de brindar el servicio más la rentabilidad de sus activos dedicados a la prestación del servicio, sin incluir sus deudas de largo plazo y los depósitos de los usuarios de cilindros. Con base, en lo anterior se estableció la primera ecuación de cálculo de la tarifa por empresa:

$$PE_i = [CT_i + (r * A_i)] / N_i$$

Donde:

PE_i = Precio de cada envasador por litro

CT_i = Costos totales tarifarios de brindar el servicio por cada empresa

r = Tasa de rentabilidad reconocida a las empresas

A_i = Activos sujetos a rentabilidad por cada empresa

N_i = Litros de gas vendidos por cada empresa

i = El número de empresa en la industria

Posteriormente se calcula el precio promedio máximo para la industria, ponderando el precio de cada empresa (PE_i) por su participación en el mercado como se muestra a continuación:

$$PE_m = \sum [PE_i * E_i] \text{ para todo } i = 1 \dots 5$$

Donde:

PE_m = Precio máximo de la industria

E_i = Participación porcentual de cada empresa en el mercado

El precio techo (PE_m) evolucionará en función de las futuras revisiones que realice el Ente Regulador, así como de un factor de castigo por ineficiencia a cada empresa que establecerá a futuro el Ente Regulador (k%), para compartir las ganancias esperadas por el aumento de la productividad de las empresas entre los consumidores y los propietarios.

⁶² Anexo R-30; Demanda sobre el Fondo, § 79; Contestación sobre el Fondo, § 44.

Sobre el precio máximo definido PEm se permitirá un descuento máximo (X%), establecido según las prácticas que han venido utilizando las empresas en el mercado y que no habían sido autorizadas por el Ente Regulador.

El modelo de fijación de precio puede diseñarse de forma completa incluyendo el factor de descuento de la siguiente manera:

$$PE / t = \{ PEm = \sum[(PEi - ki\%) * Ei] \} - X\%$$

Donde:

PEm = Precios máximo de la industria.

ki% = Factor de castigo por ineficiencia de cada empresa.

X% = Porcentaje máximo de descuento.

PE/ t = Precio del envasador por unidad de tiempo según descuento.”⁶³

c) Procedimiento

122. Los concesionarios pueden acudir en cualquier momento ante la ARESEP para solicitar la revisión de los márgenes tarifarios. Una vez presentada la petición tarifaria, la ARESEP procede a estudiar la admisibilidad o el cumplimiento de los requisitos formales de la misma. Si cumple los requisitos debe ser admitida a trámite, si no los cumple, la ARESEP puede prevenir al solicitante o rechazar la solicitud.⁶⁴
123. Si se admite a trámite la petición, la ARESEP debe convocar la celebración de una audiencia pública para presentar la petición tarifaria y para que todo aquel que tenga interés legítimo pueda manifestarse a favor (coadyuvancia) o en contra (oposición) de la misma, por escrito o en forma oral en la audiencia pública.⁶⁵
124. La ARESEP debe resolver las peticiones de fijación o cambio ordinario de tarifas en un plazo que no podrá exceder de 30 días naturales desde la fecha de celebración de la audiencia pública.⁶⁶ La ARESEP podrá aprobar, modificar o rechazar la petición.⁶⁷

⁶³ Anexo R-30.

⁶⁴ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 30.

⁶⁵ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 36.

⁶⁶ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 37.

⁶⁷ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 30.

125. La fijación de tarifas debe hacerse de conformidad con estudios técnicos,⁶⁸ los cuales deben ponerse a disposición de los consumidores y usuarios de los servicios públicos, la Defensoría de los Habitantes y los ministros rectores de los servicios respectivos.⁶⁹
126. Finalmente, las tarifas y los precios fijados por la ARESEP se publican en el diario oficial “La Gaceta” y se aplican para toda la industria del GLP desde el momento de la publicación o desde el momento que indique la propia resolución de la ARESEP.⁷⁰

B. Resumen de los hechos relevantes para la disputa

127. Los hechos en los que se basa la reclamación de las Demandantes se refieren a los procesos de peticiones tarifarias llevados a cabo en los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, cada uno de los cuales se describirá en los siguientes apartados. Antes de ello, se resumirá lo acontecido en la petición tarifaria de 2006, que fue anterior a las peticiones objeto de litigio.
 1. La solicitud de revisión de precios en 2006
 128. El 22 de septiembre de 2006, Tropigás planteó a la ARESEP una petición ordinaria de revisión de margen y ajuste de precios para el envasado y la comercialización de GLP, junto con un estudio técnico elaborado por la firma de consultores Ecoanálisis S.A. (“**Petición Tarifaria 2006**”), en la que solicitaba un incremento del margen de comercialización para el envasador y distribuidor de ₡82,617 por litro.⁷¹
 129. La Petición Tarifaria 2006 fue inicialmente rechazada por la autoridad regulatoria,⁷² pero luego de un procedimiento administrativo,⁷³ la ARESEP la admitió a trámite.⁷⁴ El 15 de

⁶⁸ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 6(d).

⁶⁹ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 35.

⁷⁰ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 34.

⁷¹ Anexo R-23, p. 15.

⁷² El 7 de noviembre de 2006, mediante resolución RRG-6150-2006, la ARESEP resolvió “*rechazar ad portas y archivar sin más trámite la petición de TROPIGAS.*” Ver Anexo R-27, Resultando IX.

⁷³ El 17 de noviembre de 2006, Tropigás presentó un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RRG-6150-2006 del 7 de noviembre del 2006. Ver Anexo R-27, Resultando XI.

⁷⁴ El 14 de febrero de 2007, la ARESEP revocó la resolución RRG-6150-2006 del 7 de noviembre de 2006, admitió la Petición de ajuste 2006 y ordenó continuar con los procedimientos. Ver Anexo R-27, Resultando XIV.

mayo de 2007, la ARESEP emitió la Resolución de margen y ajuste RRG-6535-2007 (“**Resolución Tarifaria ET 2006**”),⁷⁵ en la que fijó el margen en ¢45,025 por litro.⁷⁶

130. La Petición Tarifaria 2006 fue la última petición de aumento de margen y tarifas planteada por GNZ y/o Tropicás a la ARESEP antes de la petición planteada en el 2010.

2. La solicitud de revisión de precios en 2010

a) La Petición Tarifaria 2010

131. El 16 de marzo de 2010, GNZ presentó una petición ordinaria de revisión de margen y ajuste de precios para el envasado de GLP, acompañada del estudio tarifario elaborado por la firma Ecoanálisis S.A. (“**Petición Tarifaria 2010**”).⁷⁷

132. La Petición Tarifaria 2010 solicitaba un aumento de ¢41,364/litro sobre la tarifa vigente (¢353,209/litro) para alcanzar una tarifa de envasador de ¢394,573/litro (aumento de 11,71% en el costo del GLP).⁷⁸

133. Según la Petición Tarifaria 2010, en 2009 GNZ obtuvo un margen promedio de ¢45,845/litro. La Petición Tarifaria 2010 buscaba que el margen de GNZ aumentara hasta ¢86,389/litro (90,2%).⁷⁹

134. La petición se basaba en que el margen vigente era insuficiente y GNZ presentaba resultados financieros netos negativos al cierre de 2009 debido a la contracción económica de la industria de GLP, las mayores exigencias regulatorias y la competencia desleal. La proyección para el 2010 era aún peor debido a: (i) el incremento del costo operativo por la inflación prevista de 5%, (ii) la contracción económica, (iii) un mayor canon de regulación, (iv) una mayor inversión necesaria para cumplir las exigencias regulatorias y (v) la creciente competencia desleal.⁸⁰

135. La Petición Tarifaria 2010 también indica que el último ajuste del margen al envasador se hizo el 6 de junio de 2007 y, entre esa fecha y diciembre 2009, el índice general de precios

⁷⁵ El Tribunal se refiere a las Resoluciones Tarifarias según el año en el que fue presentada la petición junto con el Estudio Tarifario (“ET”). Por esta razón, a veces la fecha de presentación del Estudio Tarifario es anterior y no coincide con la fecha de publicación de la Resolución Tarifaria.

⁷⁶ Anexo R-27.

⁷⁷ Anexo C-123.

⁷⁸ Anexo C-123.

⁷⁹ Anexo C-123.

⁸⁰ Anexo C-123.

al consumidor de Costa Rica (“IPC”) aumentó en un 28,4%. Este sólo hecho justificaría un aumento del margen hasta ₡57,812/litro.⁸¹

b) La audiencia pública

136. El 20 de mayo de 2010 se celebró la audiencia pública. GNZ presentó su solicitud, Tropigás presentó una coadyuvancia a la Petición Tarifaria 2010 y la Defensoría de los Habitantes presentó una oposición, alegando que el aumento de margen solicitado era exagerado pues representaba 90% mientras que la inflación sólo justificaba un aumento de 28,4% y reclamando que debido al carácter confidencial de la información aportada por GNZ la misma no podía ser analizada debidamente.⁸²
137. La Dirección de Servicios de Energía de la ARESEP (DSE) hizo una presentación general sobre la estructura del mercado de GLP y la Metodología aplicable y luego expuso la petición tarifaria de GNZ, presentando una “*estimación del resultado del estudio presentado por GNZ*”, aunque advirtiendo que existía un problema pues había que contemplar los costos de las demás empresas participantes en el mercado, sin embargo el único que había presentado información había sido GNZ.⁸³ En su conclusión, la DSE indicó: “*considerando la industria, el margen propuesto debería ser de ₡64,34/litro, eso significa un incremento absoluto de ₡19,31 sobre el margen vigente de ₡45, lo cual vendría a representar un incremento porcentual del 43%, significativamente muy por debajo del incremento solicitado por la empresa.*”⁸⁴

c) El informe de la DSE

138. El 16 de junio de 2010 la DSE presentó al Comité de Regulación su análisis e informe sobre la Petición Tarifaria 2010, en el que concluyó que se debía ajustar el margen vigente de envasado en ₡9,117/litro para obtener un margen de ₡54,142/litro (incremento de 20% en el margen y 3% en el precio del litro de GLP para el envasador).⁸⁵

⁸¹ Anexo C-123.

⁸² Acta 53-2010 de la audiencia pública del 20 de mayo de 2010 (Anexo C-125).

⁸³ Anexo C-125. Luego en la misma audiencia se estableció que Tropigás sí había presentado la información, (Anexo C-125, pp. 14-15) pero no lo hicieron las otras empresas envasadoras.

⁸⁴ Anexo C-125.

⁸⁵ Anexo C-128.

139. La ARESEP utilizó como método de cálculo del costo de capital propio o nivel de rentabilidad, el modelo de Valoración de Activos de Capital (“CAPM” por sus siglas en inglés *Capital Asset Pricing Model*). La rentabilidad promedio propuesta fue de 11,09% para un período tarifario de 12 meses.⁸⁶

d) La Resolución Tarifaria 2010

140. El 30 de junio de 2010, la ARESEP publicó en La Gaceta No. 126, la Resolución No. 043-RCR-2010, del 17 de junio de 2010 (“**Resolución Tarifaria ET 2010**”),⁸⁷ en la cual decidió aumentar en ₡9,117/litro el margen vigente (20,2%), fijando el margen para envasado en ₡54,142/litro.⁸⁸

141. La Resolución Tarifaria ET 2010 decidió aplicar la rentabilidad propuesta por ARESEP, de un 11,9%, pero la dividió por la mitad. Lo anterior dado que la revisión tarifaria entraba en vigor a partir de julio, por lo que la rentabilidad sólo se aplicaría por un período de 6 meses.⁸⁹

142. También decidió que la Metodología no contemplaba que se consideraran como capital sujeto a rentabilidad los proyectos de inversión ni las obras en proceso, sólo se reconocían los activos existentes, útiles y utilizables.⁹⁰ Tampoco reconoció un ajuste que hizo el perito de GNZ que revaluó los activos en ₡1.356,3 millones, ya que consideró que no existía justificación para ello.⁹¹

143. La Resolución Tarifaria ET 2010 indicaba que la Petición Tarifaria 2010 no contenía explicación detallada de los costos ni de por qué existía una variación entre los costos de 2009 y los proyectados en 2010.⁹²

144. Respecto de la depreciación, la ARESEP criticó que la cuenta de activo “*propiedad planta y equipo*” de GNZ era inconsistente con lo detallado en el anexo de gasto de depreciación

⁸⁶ Anexo C-128.

⁸⁷ Anexo C-100.

⁸⁸ Anexo C-100, p. 13.

⁸⁹ “De acuerdo con la aplicación del CAPM para la industria de Gas Licuado de Petróleo, la rentabilidad promedio propuesta por el Ente Regulador es de 11,09%, siendo éste el nivel de rédito correspondiente para un período tarifario comprendido de 12 meses. Dado que la presente solicitud tarifaria entra en vigencia a partir del mes de julio del año en curso (6 meses), el nivel de rédito debe ser ajustado, con lo cual la rentabilidad para la industria es de 5,54%.” Anexo C-100, § 9, p. 7.

⁹⁰ Anexo C-100, § 10, p. 7, § 21, p. 8.

⁹¹ Anexo C-100, § 17, p. 8.

⁹² Anexo C-100, § 14, p. 7.

de la revaluación “*propiedad, planta y equipo*”⁹³ y que había defectos en la evaluación de la depreciación de la mayoría de los activos.⁹⁴

145. Finalmente, la ARESEP concluyó que “*con base en los ajustes realizados a los gastos, activos, pasivos, rentabilidad y a la aplicación correcta de la metodología tarifaria de Tasa de Retorno, las necesidades tarifarias de GNZ y Tropicás [...] son menores que las requeridas en sus peticiones.*”⁹⁵
146. Para hacer el cálculo de la ponderación, la ARESEP asumió que las demás empresas envasadoras estaban satisfechas con la tarifa vigente pues no habían presentado peticiones.⁹⁶
147. Luego de fijar las tarifas aplicables, el Resolutivo XIII de la Resolución Tarifaria ET 2010 requirió a GNZ que “*en un plazo de tres meses máximo, deberá presentar a la ARESEP un detalle contable en el que conste [...], depreciación acumulada histórica calculada por el método de línea recta.*” Según la Demandada, GNZ no presentó la información requerida por la ARESEP.⁹⁷
148. GNZ y Tropicás no presentaron ningún recurso, administrativo o judicial, contra la Resolución Tarifaria ET 2010.

3. La solicitud de revisión de precios en 2011

a) La Petición Tarifaria 2011

149. El 3 de marzo de 2011, GNZ presentó una nueva petición de fijación ordinaria de margen y ajuste de precio por litro para el envasado de GLP junto con un estudio tarifario de Ecoanálisis S.A. (“**Petición Tarifaria 2011**”).⁹⁸
150. La Petición Tarifaria 2011 solicitó aumentar la tarifa del envasador desde ₡327,926/litro hasta ₡379,280/litro (15,66%). Es decir un aumento de ₡51,354 en el margen del envasador vigente, desde ₡54,142/litro hasta ₡105,496/litro (94,85%).⁹⁹

⁹³ Anexo C-100, § 19, p. 8.

⁹⁴ Anexo C-100, § 20, p. 8.

⁹⁵ Anexo C-100, § 27.

⁹⁶ Anexo C-100, § 29.

⁹⁷ Contestación sobre el Fondo, § 121.

⁹⁸ Anexo C-133.

⁹⁹ Anexo C-133.

151. La Petición Tarifaria 2011 hizo énfasis en el derecho de GNZ a que se restableciera el equilibrio financiero de GNZ, que se había perdido debido a las tarifas insuficientes.¹⁰⁰
152. El 3 de mayo de 2011, GNZ envió a la DSE un escrito para aclarar y desarrollar diversos temas según las interrogantes que fueron planteadas a GNZ por funcionarios de la DSE durante una reunión celebrada el 28 de abril de 2011.¹⁰¹

b) La audiencia pública de 2011

153. El 4 de mayo de 2011 tuvo lugar la audiencia pública. GNZ presentó la Petición Tarifaria 2011 y la Asociación Nacional de Distribuidores de Gas¹⁰² y Tropigás¹⁰³ presentaron coadyuvancias a favor de la misma.
154. Según la DSE en 2010 hubo 6 empresas en el mercado de envasado de GLP: las mayoristas GNZ y Tropigás (70% del mercado) y las minoristas: Supergás, Petrogás, Gas Tomza y Solgás (que se incorporó en 2010). Tropigás indicó después que las empresas Supergás y Solgás, a pesar de tener permisos, no estaban realmente operando.¹⁰⁴
155. La DSE hizo la presentación sobre la estructura del mercado del GLP y la Metodología aplicable y luego expuso la presentación tarifaria de GNZ, indicando que “*con los datos que presentó Gas Zeta y Tropigás, [...] se trató de calcular un margen que es preliminar y a las empresas que no prestaron información se les mantuvo el margen que está vigente, con estos datos se tiene un margen de 88,10 colones por litro.*”¹⁰⁵
156. La Cámara Nacional de Distribuidores de Gas presentó una coadyuvancia a favor de la Petición Tarifaria 2011. Su representante, Alejandro Bettoni Traube,¹⁰⁶ criticó las resoluciones tarifarias anteriores e indicó que las tarifas habían sido aplicadas por la ARESEP por razones políticas y no técnicas. Además insistió en que debía aplicarse el principio de servicio al costo y respetarse el principio de equilibrio financiero.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Anexo C-133.

¹⁰¹ Anexo C-141.

¹⁰² Anexo R-92.

¹⁰³ Anexo R-91.

¹⁰⁴ Acta de la audiencia pública del 4 de mayo de 2011 (Anexo C-138).

¹⁰⁵ Anexo C-138.

¹⁰⁶ El Sr. Bettoni Traube era también abogado de las empresas GNZ y Tropigás (Anexo C-79, § 4) y fue presentado como testigo por las Demandantes en este arbitraje.

¹⁰⁷ Anexo C-138.

157. Tropicigás también presentó una coadyuvancia a favor de la Petición Tarifaria 2011 y solicitó un aumento de margen de ₡40,958/litro. En particular Tropicigás se dirigió a la DSE y pidió a sus funcionarios que se acercaran para discutir sobre el estudio preliminar y para poder hacer aclaraciones necesarias antes de que se fijaran las tarifas. También señaló que no había claridad en el modelo de evaluación empleado en el pasado por la ARESEP, lo que afectaba el debido proceso.¹⁰⁸

c) El informe de la DSE

158. El 30 de mayo de 2011, la DSE sometió a consideración del Comité de Regulación su análisis de la Petición Tarifaria 2011.¹⁰⁹

159. En su informe, la DSE criticó la utilización de dos cifras relativas a las ventas de GLP y la diferente utilización de uno u otro monto en las estimaciones, debido al efecto de compras internas entre GNZ y Tropicigás. En el caso de GNZ, 66,1 millones de litros comprados a RECOPE y un total de 95 millones de litros de GLP vendidos (incluyendo la venta de 28,9 millones de litros de GLP adquiridos de Tropicigás).¹¹⁰

160. La DSE también criticó la inclusión de datos de ingresos y costos por actividades fuera de Costa Rica, y el hecho de considerar “*obras en proceso*” e “*inversiones no realizadas*” en el activo sujeto a rentabilidad.¹¹¹

161. En dicho análisis, la DSE afirmó que “*las inconsistencias detalladas anteriormente no permiten hacer un cálculo razonable del margen de envasado para la industria; por lo tanto, lo procedente es desestimar la propuesta del ajuste de los petentes en cuanto al cálculo de los costos unitarios y el margen propuesto; sin embargo, sabiendo que la inflación afecta el poder adquisitivo de los ingresos que reporta el margen vigente y que se ha ajustado el canon de regulación, el cual se incrementó como consecuencia de la implementación del programa de calidad, lo recomendable es que se actualice el margen vigente, excluido el canon de regulación, utilizando la variación porcentual estimada*

¹⁰⁸ Anexo C-138.

¹⁰⁹ Anexo C-140.

¹¹⁰ Anexo C-140.

¹¹¹ Anexo C-140.

*para el año 2011 del Índice de Precios al Consumidor (IPC) y sumar a dicho valor el canon de regulación correspondiente al año 2011.”*¹¹²

162. Según lo anterior, la ARESEP señaló que se debía aumentar el margen de envasado en ¢2,883/litro para obtener un margen de ¢57,025/litro.¹¹³

d) La Primera Resolución Tarifaria ET 2011

163. El 1 de junio de 2011, la ARESEP emitió la Resolución No. 500-RCR-2011 (“**Primera Resolución Tarifaria ET 2011**”),¹¹⁴ en la cual estableció que:

*“[H]ay inconsistencias en los cálculos para obtener el incremento en el margen en cada uno de los prestadores del servicio que solicitaron su incremento; por un lado los ingresos y costos totales están asociados a la utilización de todos los activos a un volumen de ventas que en promedio es 38,5% superior al volumen de ventas utilizado para calcular el margen por litro que se requiere, además los activos sujetos a rentabilidad tienen adiciones que no corresponden, lo que ocasiona que el margen requerido por los solicitantes esté sobrevalorado.”*¹¹⁵

*“Las inconsistencias detectadas [en las peticiones de aumento] no permiten hacer un cálculo razonable del margen de distribución a nivel de envasado para la industria; por lo tanto, lo procedente es desestimar el monto del ajuste solicitado y, que fue calculado con base en la información estimada para el año 2011; sin embargo, dado que la inflación afecta el poder adquisitivo de los ingresos que aporta el margen vigente y además se ha ajustado el canon de regulación, el cual se incrementó como consecuencia de la implementación del programa de calidad; lo recomendable es que se actualice el margen vigente excluido el canon de regulación del 2010 utilizando la variación porcentual estimada para el año 2011 del Índice de Precios al Consumidor (IPC) y sumar al resultado obtenido el canon de regulación correspondiente al año 2011, el cual fue aprobado por la Contraloría General de la República.”*¹¹⁶

¹¹² Anexo C-140.

¹¹³ Anexo C-140.

¹¹⁴ Anexo C-101.

¹¹⁵ Anexo C-101.

¹¹⁶ Anexo C-101, considerando I, § 16.

164. La Primera Resolución Tarifaria ET 2011 decidió entonces un incremento de ¢2,883 en el margen vigente de ¢54,142. Estableciendo un nuevo margen de envasado de ¢57,025 por litro.¹¹⁷
165. La ARESEP también incluyó en su resolución una lista de requisitos que debían cumplir las futuras peticiones tarifarias, así como otras indicaciones sobre la forma de llevar la contabilidad y los estados financieros separadamente, cierta información que debe aportarse a la ARESEP y sus condiciones de entrega. La ARESEP indicó también a GNZ y a Tropigás que para la próxima petición tarifaria debían corregirse todas las inconsistencias detalladas en el estudio tarifario, así como lo relacionado con ventas a terceros.¹¹⁸

e) El recurso de revocatoria

166. El 9 de junio de 2011, GNZ interpuso un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011.¹¹⁹ GNZ invocó 3 motivos¹²⁰ en el recurso de revocatoria:
- (i) Que se utilizó una metodología *ad hoc* (ajuste de inflación según el IPC) que se apartó del modelo tarifario vigente y de los criterios seguidos en anteriores fijaciones tarifarias.
 - (ii) Que se ignoró el propio estudio técnico realizado por la DSE y que se presentó en la audiencia pública según el cual debía fijarse un incremento de ¢33,96.
 - (iii) Que el margen fijado era insuficiente, no permitía obtener ganancias y ni siquiera permitía afrontar los costos.
167. GNZ afirmó que la ARESEP no podía dejar de aplicar el modelo tarifario y utilizar una metodología *ad hoc* pues esto violaba el principio de seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados.¹²¹
168. Además GNZ señaló que los motivos alegados por ARESEP para no aplicar el modelo (las inconsistencias en la información) en realidad no existían pues en la Petición Tarifaria

¹¹⁷ Anexo C-101, p.11.

¹¹⁸ Anexo C-101.

¹¹⁹ Anexo C-143.

¹²⁰ Anexo C-143.

¹²¹ Anexo C-143.

2011 no se tomaban en cuenta las ventas entre GNZ y Tropigás sino únicamente las ventas a clientes y los costos relacionados con éstas últimas. Según GNZ, esta circunstancia fue explicada a la ARESEP mediante un escrito de fecha 3 de mayo de 2011.¹²²

169. Según el recurso de GNZ, el hecho de que sí podía aplicarse la Metodología vigente había quedado demostrado por el estudio preliminar realizado por la DSE, el cual concluyó que el aumento de margen debía ser de ¢33,96 en lugar de los ¢51,354 solicitados.¹²³
170. En su petitorio, el recurso solicitó revocar la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, en el mismo acto calcular el margen de envasado con base en el modelo tarifario vigente y otorgar a GNZ el margen solicitado en la Petición Tarifaria 2011. GNZ también solicitó que al calcular el margen, “*se desglose claramente cuáles son los costos aceptados y en caso de rechazar alguno, se nos explique con claridad y detalle las razones de su inadmisión.*”¹²⁴ En subsidio, GNZ pidió admitir la apelación ante la Junta Directiva de la ARESEP.

f) La fusión de Tropigás y GNZ

171. En octubre de 2011, las sociedades GNZ y Tropigás decidieron fusionarse, absorbiendo GNZ a Tropigás, la cual desapareció.¹²⁵
172. La fusión de Tropigás y GNZ fue comunicada por el Sr. Noel Edmundo Bustillos Delgado, presidente de GNZ, a la DGTCC del MINAE y a la ARESEP el 16 de diciembre de 2011.¹²⁶

g) La resolución sobre el recurso de revocatoria

173. El 30 de septiembre de 2013, la Intendencia de Energía de la ARESEP (“IE”) emitió la Resolución Administrativa RIE-087-2013,¹²⁷ resolviendo el recurso de revocatoria interpuesto por GNZ el 9 de junio de 2011 contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011.

¹²² Anexo C-143.

¹²³ Anexo C-143.

¹²⁴ Anexo C-143, p. 16.

¹²⁵ Protocolización de las actas de asamblea general de accionistas de ambas sociedades ante notario público el 2 de noviembre de 2011 (Anexo 12 de la Solicitud de Arbitraje).

¹²⁶ Anexo 13 de la Solicitud de Arbitraje.

¹²⁷ Anexo C-48.

174. La IE rechazó los argumentos de GNZ sobre la suficiencia o la adecuación de la información suministrada en la Petición Tarifaria 2011, sin embargo consideró que existían vicios de nulidad en la motivación y en el contenido de la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, pues se “*fundamentó en un cálculo que no se apegó a la metodología tarifaria vigente.*”¹²⁸
175. No obstante, la IE también consideró que la administración pública se encontraba facultada para dimensionar los efectos de sus actos administrativos anulatorios,¹²⁹ a fin de que no se produjeran graves dislocaciones a la seguridad jurídica, la justicia y la paz social.¹³⁰
176. Por lo tanto, resolvió:¹³¹
- (i) Declarar parcialmente con lugar el recurso de revocatoria contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 y consecuentemente anularla en forma parcial en lo que respecta al hecho de haber fijado la tarifa apartándose de la Metodología vigente.
 - (ii) Dimensionar los efectos de la anulación parcial, en el sentido de mantener vigente el margen de envasado de GLP de ¢57,025/litro hasta que se fije una tarifa conforme a Derecho.
 - (iii) Reiterar a las empresas envasadoras que deben presentar la información consignada en los “*Por Tantos*” III, IV y V de la Resolución RIE-042-2013.
 - (iv) Elevar a conocimiento de la Junta Directiva los argumentos segundo y tercero del recurso subsidiario de apelación.

h) La resolución sobre el recurso de apelación

177. El 5 de diciembre de 2013, la Junta Directiva de la ARESEP dictó la Resolución RJD-148-2013.¹³²

¹²⁸ Anexo C-48.

¹²⁹ Anexo C-48, citando el Artículo 229 de la LGAP y el Artículo 131 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

¹³⁰ Anexo C-48.

¹³¹ Anexo C-48.

¹³² Anexo C-146.

178. La Junta Directiva consideró que el recurso había sido interpuesto fuera del plazo.¹³³ Sin embargo, en virtud de su potestad para actuar de oficio, decidió tomarlo en consideración.¹³⁴
179. Posteriormente, la Junta Directiva de ARESEP concluyó que en razón de los efectos que producía la nulidad decretada mediante la Resolución RIE-087-2013 (sobre el Recurso de Revocatoria) resultaba innecesario pronunciarse sobre los agravios elevados al conocimiento de la Junta Directiva, dado que estaban directamente relacionados con el punto anulado.¹³⁵
180. La Junta Directiva de la ARESEP decidió rechazar el recurso de apelación interpuesto por GNZ por extemporáneo e instruyó a la IE, para que dentro del plazo máximo de un mes, resolviera la Petición Tarifaria 2011, tomando en cuenta la Metodología y lo señalado en la Resolución RIE-087-2013.¹³⁶
181. La resolución de la Junta Directiva de la ARESEP dio por agotada la vía administrativa.

i) La Segunda Resolución Tarifaria ET 2011

182. El 21 de enero de 2014, la IE dictó la Resolución RIE-004-2014 respecto de la Petición Tarifaria 2011 (“**Segunda Resolución Tarifaria ET 2011**”).¹³⁷
183. La IE consideró que las inconsistencias en los cálculos de ambas empresas (GNZ y Tropigás) a raíz de la utilización de ventas a empresas afiliadas consideradas no tarifarias, así como la incorporación de adiciones de activos que no correspondían o que no estaban en procesos, e incluso la no presentación de información requerida a las demás empresas participantes en la industria, resultó en la imposibilidad de correr el modelo tarifario.¹³⁸
184. También consideró que GNZ debió haber presentado los costos de envasado conforme a sus ventas, procurando tener la debida coherencia entre los ingresos y los costos y gastos destinados a crear los primeros.¹³⁹

¹³³ La decisión recurrida fue notificada el 3 de junio de 2011 y la impugnación fue interpuesta el 9 de junio de 2011, fuera del plazo de tres días hábiles.

¹³⁴ Anexo C-146.

¹³⁵ Anexo C-146.

¹³⁶ Anexo C-146.

¹³⁷ Anexo C-148.

¹³⁸ Anexo C-148.

¹³⁹ Anexo C-148.

185. La IE concluyó que los problemas detectados en la información proporcionada impidieron garantizar que se estuviera aplicando el principio de servicio al costo y, por lo tanto, lo procedente era rechazar la Petición Tarifaria 2011.¹⁴⁰

j) El recurso de apelación contra la Segunda Resolución Tarifaria ET 2011

186. El 24 de enero de 2014, GNZ presentó un recurso de apelación contra la Segunda Resolución Tarifaria ET 2011.¹⁴¹

187. El recurso se basó en que la IE habría incumplido la instrucción de la Junta Directiva de la ARESEP pues no revisó las tarifas con base en el modelo tarifario vigente y emitió una resolución prácticamente igual a la anulada, sin incorporar los motivos alegados por la IE para desaplicar los cálculos de la Petición Tarifaria 2011.¹⁴²

188. En el recurso de apelación, GNZ también cuestionó a la ARESEP sobre lo acontecido con el margen de ¢2,883/litro establecido en la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, pues ésta fue anulada y la Segunda Resolución Tarifaria ET 2011 no se había pronunciado al respecto.

189. En su petitorio en el recurso de apelación solicitó:¹⁴³

“a) Revocar la resolución impugnada. En el mismo acto, calcular el margen de envasado con base en el modelo tarifario vigente, sin recurrir a técnicas ad hoc y otorgar el margen pedido. Al aplicar el modelo, debe reconocerse todos los costos necesarios para la prestación del servicio, lo necesario para seguir invirtiendo en el negocio, y una rentabilidad adecuada, justa y competitiva, que no debe ser inferior a los ¢33,96 calculados por la Dirección de Energía.

(b) Pedimos que, al recalcular el margen utilizando el modelo tarifario vigente, se desglose claramente cuáles son los costos aceptados y en caso de rechazar alguno, se nos explique con claridad y detalle las razones de su inadmisión. Pedimos que se ponga a disposición nuestra las respectivas hojas de cálculo.

(c) Dado que la IE se niega a calcular el margen con base en el modelo vigente, solicitamos tomar en cuenta el estudio técnico de la Dirección de Energía expuesto en

¹⁴⁰ Anexo C-148.

¹⁴¹ Anexo R-153.

¹⁴² Anexo R-153.

¹⁴³ Anexo R-153.

la audiencia oral. En su defecto, pedimos que se le pida a funcionarios objetivos, independientes y ajenos a la IE (que no hayan participado en este procedimiento) que revisen nuestra petición y calculen el nuevo margen usando el modelo tarifario vigente.”

k) La resolución de la Junta Directiva de ARESEP

190. El 28 de agosto de 2014, la Junta Directiva de la ARESEP dictó la Resolución RJD-085-014 para resolver el recurso de apelación interpuesto por GNZ.¹⁴⁴
 191. La Junta Directiva de la ARESEP resolvió rechazar por inadmisibile el recurso interpuesto por GNZ pues quien lo presentó, el Sr. Noel Edmundo Bustillos Delgado, representante legal de Tropicás antes de su absorción por GNZ, no justificó su poder de representación respecto de GNZ.¹⁴⁵
 192. La misma resolución resolvió agotar la vía administrativa.¹⁴⁶
4. La solicitud de revisión de precios en 2012

a) La Petición Tarifaria 2012

193. El 17 de diciembre de 2012, GNZ presentó una petición ordinaria de revisión de margen y ajuste de precios (“**Petición Tarifaria 2012**”), acompañada de un estudio tarifario preparado por KPMG.¹⁴⁷
194. La Petición Tarifaria 2012 solicitaba un aumento del margen de comercialización para el envasador de ¢50,10, para llegar a un total de ¢107,125/litro. El precio final aumentaría de ¢284,025/litro a ¢334,125/litro.¹⁴⁸
195. La petición se basó en el aumento de los costos de operación y otras variables que habían perjudicado el margen para la actividad de envasado: circunstancias económicas como inflación, devaluación, tasas de interés, etc., necesidad de nuevas inversiones y gastos operativos, necesidad de mayor capital de trabajo para la compra de inventario y para financiar las cuentas por cobrar, gastos legales debido a la mayor rivalidad entre

¹⁴⁴ Anexo R-157.

¹⁴⁵ Anexo R-157.

¹⁴⁶ Anexo R-157.

¹⁴⁷ Anexo C-150.

¹⁴⁸ Anexo C-150.

competidores y la competencia desleal, y la insuficiencia de las últimas fijaciones tarifarias.¹⁴⁹

196. La Petición Tarifaria 2012 afirmó haber cumplido las condiciones establecidas por la Autoridad Reguladora en la fijación tarifaria anterior (desglose de gastos, presentación de documentación, explicaciones detalladas de la metodología empleada, etc.).¹⁵⁰

b) La audiencia pública

197. El 26 de febrero de 2013 se llevó a cabo la audiencia pública. GNZ hizo la presentación de la Petición Tarifaria 2012, indicando que hizo todos los esfuerzos posibles para reducir sus costos, incluyendo la reestructuración en la que se fusionó con Tropicás, y la reducción de personal, pero a pesar de ello el margen seguía siendo insuficiente. GNZ señaló en particular haber sido perjudicada por las fijaciones tarifarias de 2010 y 2011, y por la competencia desleal de otras envasadoras que retienen cilindros y válvulas de GNZ obligándoles a aumentar sus costos y gastos mientras que las autoridades fiscalizadoras no reaccionan.¹⁵¹
198. Según KPMG, el asesor técnico de GNZ, el aumento de ¢50,10 de margen solicitado se dividía en ¢24,8 de ajuste convencional más ¢25,3 de ajuste por inversiones rezagadas.¹⁵²
199. En la audiencia pública, la DSE no presentó un informe preliminar como en las ocasiones anteriores. Sin embargo sí participó el MINAE.
200. El MINAE expuso que, si bien la admisión o no de las peticiones de revisión tarifaria es un asunto que por ley corresponde a la ARESEP y no al MINAE, el MINAE proponía que, en su caso, los aumentos solicitados se condicionaran a que se corrigiera la situación del nivel deficiente de seguridad constatado en muchas plantas envasadoras, en particular, a la adopción de medidas concretas para prevenir incendios.¹⁵³

¹⁴⁹ Anexo C-150.

¹⁵⁰ Anexo C-150, pp. 8-9.

¹⁵¹ Anexo C-151, pp. 3-5.

¹⁵² Anexo C-151, p. 7.

¹⁵³ Anexo C-151, pp. 8-10.

c) La Resolución Tarifaria ET 2012

201. El 4 de abril de 2013, la IE dictó la Resolución RIE-042-2013 del 4 de abril de 2013 (“**Resolución Tarifaria ET 2012**”).¹⁵⁴
202. La Resolución Tarifaria ET 2012 señaló que durante el proceso se recibieron oposiciones de parte del MINAE, de la Defensoría de los Habitantes, de los Consumidores de Costa Rica y de los individuos Leoncio Retana Álvarez, Nelson Alfonso Ugalde Rojas, y Christian Osvaldo Ugalde Rojas.¹⁵⁵
203. La IE consideró que existían los siguientes defectos en la Petición Tarifaria 2012: no incluía el formato electrónico que permitiera corroborar los resultados obtenidos por la petente; no se habían separado del cálculo del margen del envasador las actividades reguladas que se tarifican de manera separada (actividades de almacenamiento, distribución y venta); y se otorgaba un tratamiento distinto al indicado en la Metodología a las llamadas “*inversiones rezagadas*”, que no se consideraban dentro de la base tarifaria, sino que se sumaban como si fuera un costo más, pretendiendo recuperar la totalidad del mismo en un año.¹⁵⁶
204. En vista de lo anterior, la IE resolvió rechazar por el fondo la Petición Tarifaria 2012.¹⁵⁷ La Resolución Tarifaria ET 2012 también indicó una serie de criterios que cualquiera de los actores de la industria debería cumplir en futuras peticiones tarifarias (apartados 1 a 12) y en particular, indicó a las empresas envasadoras de GLP que debían desagregar la información contable por actividad regulada y presentar cierta información a la ARESEP (apartados 1 a 8), así como cumplir con los requerimientos vigentes y futuros de los programas de calidad.

d) El recurso de revocatoria de GNZ

205. El 10 de abril de 2013, GNZ interpuso un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la Resolución Tarifaria ET 2012.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Anexo C-102. A pesar de haber sido dictada en el año 2013, el Tribunal se refiere en la definición de todas las resoluciones tarifarias al año de presentación del estudio tarifario, es decir, en este caso al ET 2012.

¹⁵⁵ Anexo C-102.

¹⁵⁶ Anexo C-102.

¹⁵⁷ Anexo C-102.

¹⁵⁸ Anexo C-158.

206. El recurso de revocatoria se basó en los siguientes motivos:

(i) En cuanto al fondo, en que la ARESEP mantuvo el margen vigente que era ruinoso, incumpliendo el principio de equilibrio financiero.¹⁵⁹

(ii) En cuanto al procedimiento, GNZ alegó que la ARESEP no aplicó la Metodología, infringiendo los principios de legalidad y de inderogabilidad singular de los modelos tarifarios. Afirmó que la ARESEP se apartó de los criterios seguidos por ella en anteriores fijaciones tarifarias, quebrando el principio de confianza legítima. GNZ alegó en particular que la ARESEP no realizó ningún cálculo con el cual pudiera analizar o comparar los presentados por KPMG, y que además GNZ sí proporcionó a la ARESEP los cálculos en formato electrónico, aunque ello no fuera un requisito para hacer las peticiones tarifarias. Agregó que el cálculo de los costos de “*inversiones rezagadas*” fue hecho separadamente de manera que aunque la ARESEP no lo admitiese, contaba igualmente con los cálculos; que no era correcto separar la actividad de distribución a granel de la de envasado, pues no se aplica una tarifa distinta para esta última y nunca se han separado; que GNZ presentó la contabilidad segregada; y que los alegados problemas en la contabilidad de otras empresas no podían afectar la Petición Tarifaria 2012.

(iii) Finalmente, GNZ también alegó que los nuevos plazos para cumplir la obligación de presentar los estados financieros auditados establecidos en la Resolución Tarifaria ET 2012 (un mes después de cierre)¹⁶⁰ eran de imposible cumplimiento y deberían mantenerse los plazos dispuestos en la resolución tarifaria anterior (seis meses).

207. En el petitorio del recurso de revocatoria, GNZ solicitó:¹⁶¹

“(a) Revocar la resolución impugnada. En el mismo acto, calcular el margen de envasado con base en el modelo tarifario vigente, y otorgarnos el margen pedido o lo que resulte de aplicar el modelo, reconociendo todos los costos necesarios para la prestación del servicio y una rentabilidad adecuada, justa y competitiva.

(b) Pedimos que, al recalcular el margen utilizando el modelo tarifario vigente, se desglose claramente cuáles son los costos aceptados y en caso de rechazar alguno, se nos explique con claridad y detalle las razones de su inadmisión.

¹⁵⁹ Anexo C-158.

¹⁶⁰ Anexo C-102, Por tanto IV, apartados 2 y 3.

¹⁶¹ Anexo C-158.

(c) Revocar los puntos 2 y 3 del Por Tanto [n° IV], por contener plazos irrazonables y de imposible cumplimiento.

(d) En subsidio, pedimos admitir la apelación para ante la Junta Directiva de la institución.”

e) La decisión de la IE sobre el recurso de revocatoria

208. El 20 de noviembre de 2014, la IE emitió la Resolución RIE-092-2014, resolviendo el recurso de revocatoria interpuesto por GNZ.¹⁶²
209. En su decisión, la IE consideró que GNZ había incorporado en sus costos del servicio de envasado, elementos adicionales asociados a otros servicios que cuentan con un margen de comercialización separado. Además, anotó que las otras empresas de la industria no realizaron la separación contable requerida lo que, según la IE, impedía fijar la tarifa de acuerdo a la Metodología.¹⁶³
210. Por las razones anteriores, la IE resolvió rechazar por el fondo el recurso de revocatoria y elevar a conocimiento de la Junta Directiva el recurso subsidiario de apelación.¹⁶⁴

f) La decisión de la Junta Directiva sobre el recurso de apelación

211. El 7 de mayo de 2015 la Junta Directiva de la ARESEP dictó la Resolución RJD-085-2015 sobre el recurso de apelación interpuesto por GNZ.¹⁶⁵
212. En su análisis, la Junta Directiva consideró que en vista de que una nueva petición tarifaria de GNZ en 2014 derivó en la resolución tarifaria RIE-048-2015 (“**Resolución Tarifaria ET 2014**”), en la cual la IE resolvió fijar el margen del envasador en ₡54,033/litro, el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuesto contra la Resolución Tarifaria ET 2012 carecían de interés actual.¹⁶⁶

¹⁶² Anexo C-159.

¹⁶³ Anexo C-159.

¹⁶⁴ Anexo C-159.

¹⁶⁵ Anexo C-160.

¹⁶⁶ Anexo C-160.

213. Por la razón señalada, la Junta Directiva resolvió archivar el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por GNZ contra la Resolución Tarifaria ET 2012 y agotar la vía administrativa.¹⁶⁷

5. La solicitud de revisión de precios en 2013

a) La Petición Tarifaria 2013

214. El 20 de diciembre de 2013, GNZ presentó una nueva petición ordinaria de revisión de margen y ajuste de precios para el envasado de GLP, acompañada de un estudio tarifario preparado por KPMG (“**Petición Tarifaria 2013**”).¹⁶⁸

215. GNZ solicitó un aumento del margen para el envasador de ¢26/litro para aumentar el margen de ¢57,025/litro a ¢83,025/litro (45,6%), lo que implicaría un aumento del precio a facturar de ¢292,139/litro a ¢318,139/litro (8,9%).¹⁶⁹

216. La Petición Tarifaria 2013 se justificó en los mismos motivos expuestos en la Petición Tarifaria 2012 y también insistió en que los rendimientos sobre la inversión habían sido negativos en los últimos años. Según la petición, GNZ (junto con Tropigás) había presentado pérdidas netas contables los últimos tres años. Al 30 de septiembre de 2013, presentaba una pérdida contable de ¢685 millones.¹⁷⁰

b) La audiencia pública

217. El 18 de marzo de 2014 se celebró la audiencia pública.¹⁷¹ En la misma sólo se hizo la presentación por GNZ de su Petición Tarifaria 2013. No hubo otras presentaciones a favor o en contra.

c) La Resolución Tarifaria ET 2013

218. El 21 de abril de 2014, la ARESEP emitió la resolución RIE 018-2014 (“**Resolución Tarifaria ET 2013**”),¹⁷² en la que se rechazó la Petición Tarifaria 2013.

¹⁶⁷ Anexo C-160.

¹⁶⁸ Anexo C-161.

¹⁶⁹ Anexo C-161.

¹⁷⁰ Anexo C-161.

¹⁷¹ Anexo C-163.

¹⁷² Anexo C-103.

219. La IE concluyó que existían una serie de deficiencias en la Petición Tarifaria 2013, en particular:¹⁷³

- (i) La información presentada reflejaba costos, gastos y activos propios de la actividad de envasado, distribuidos entre las demás actividades de comercialización del GLP.
- (ii) Existían costos y gastos definidos por las disposiciones generales de las concesiones del MINAE que correspondían solamente a la actividad de envasado pero no fueron identificadas como tales.
- (iii) La política utilizada por KPMG para distribuir costos que por su naturaleza corresponden a la actividad de envasado no era adecuada.
- (iv) Los valores de activos fijos propios de la actividad de envasado no debían ser distribuidos entre las demás etapas de comercialización.
- (v) Los cálculos tarifarios debían ser acordes con anteriores solicitudes.
- (vi) Las empresas realizan compra-ventas entre ellas, cuando RECOPE es el único facultado por ley para vender GLP a envasadores.
- (vii) Algunas empresas tienen patrimonio negativo pero no aportan estudios tarifarios ni información correcta y pertinente para enmendar cualquier deficiencia en la situación financiera descrita.
- (viii) No se presentó un detalle amplio de los costos y gastos no recurrentes o no tarifarios.
- (ix) Los gastos producto de actividades no reguladas debían excluirse de la información aportada.
- (x) GNZ omitió presentar el detalle de las inversiones a realizar a futuro.
- (xi) Se registraron activos que no cumplían con las condiciones del reglamento del ISR.

220. Por estas razones, la ARESEP resolvió rechazar la Petición Tarifaria 2013.¹⁷⁴

221. El Resolutivo II de la Resolución Tarifaria ET 2013 también indicó a las envasadoras de GLP que en futuras peticiones tarifarias, debían cumplir los siguientes requisitos:

“a. Su propuesta debe ajustarse a la metodología tarifaria vigente.

b. Incluir una explicación detallada y demostración clara de la metodología aplicada para cada uno de los gastos proyectados, que contemple políticas, criterios,

¹⁷³ Anexo C-103.

¹⁷⁴ Anexo C-103.

parámetros, fuentes de información, bases y sus respectivos cálculos numéricos. Las justificaciones técnicas y herramientas utilizadas en las estimaciones realizadas, deben estar en apego a principios fundamentales de la lógica, la ciencia y la técnica.

c. Las propuestas de ajuste, deberán siempre hacerse acompañar por toda la información utilizada para la determinación del margen, incluyendo fórmulas, cálculos y documentos vinculados, tal es el caso de las hojas de Excel y deberán aportarse tanto impresos como digital.

d. Presentar los estados de situación financiera y resultados, tanto vigentes (actual y dos años anteriores), como propuestos, en el caso del petente. En el caso de los demás participantes del sector deben presentar estados financieros vigentes (actual y dos años anteriores).

e. Detallar el concepto que se contabiliza en cada cuenta del estado de resultados y justificar todos los gastos, de la comparación de costos y gastos del año actual (base) y el año anterior, aportar las facturas, órdenes de compra y cualquier comprobante que justifique los principales gastos por cuenta, escaneada y únicamente en formato digital. Deben identificarse y excluirse del cálculo tarifario los costos no tarifarios o no recurrentes, para esto es necesario tener presente lo establecido en el artículo 32 de la Ley N° 7593.

f. Deberá diferenciar todos los gastos no recurrentes y no tarifarios, de acuerdo a disposiciones de anteriores resoluciones, así como de la ley 7593.

g. Enviar a esta intendencia un listado completo de los activos fijos que integran la base tarifaria separada por actividad, que incluya valor de compra, fecha de compra, vida útil estimada, edad, gasto anual por depreciación, depreciación acumulada. Además deberá justificar claramente la metodología de asignación de la planta general y los activos comunes entre las distintas actividades de comercialización de GLP.

h. En los casos en que las empresas apliquen el método de revaluación de activos deberán incluir todos los cálculos que realicen de forma detallada y por activo con una justificación de los métodos utilizados, así como de la distribución y separación por actividad de comercialización de GLP. Debe aportarse un cuadro que muestre el

activo revaluado, el monto de la revaluación, la depreciación acumulada revaluada y la vida útil que le resta al activo que ha sido revaluado.

i. Presentar una explicación detallada y demostración clara de los criterios aplicados para la obtención de la base tarifaria, que permitan la validación y análisis de cada uno de los elementos involucrados, tales como, el cálculo del capital de trabajo, de la revaluación con la indicación de sus índices, de la depreciación (línea recta) con la indicación de las tasas de depreciación aplicadas. Realizar los cálculos anteriores para cada una de las subcuentas, que se presentan en el detalle de los activos del Balance General. En el mismo se deben indicar las fuentes de información utilizadas para validar los cálculos, contemplando las partidas Iniciales y los resultados obtenidos.

j. Las empresas participantes en la industria del GLP deben incluir el detalle de la deuda tanto de largo y corto plazo, éste debe mostrar su fecha de adquisición y finalización, tasa de interés, fechas de amortización y pagos extraordinarios, si los hubiera.

k. Adjuntar copia autenticada de las declaraciones de impuestos de patentes y demás impuestos nacionales, con los respectivos detalles.

l. Las empresas de la industria deben enviar, como archivo anexo, un detalle de todos los cilindros que posean, donde incluyan los rubros de: cantidad de unidades, monto de compra y monto de depreciación acumulado, todo diferenciado por tipo de cilindro.

m. Todas las empresas envasadoras de GLP, debe desagregar la información contable por actividad regulada y presentar lo siguiente:

i. Estados financieros trimestrales (cortes a marzo, junio, setiembre y diciembre), a más tardar un mes después del cierre correspondiente. Lo anterior sin demérito de que en el momento que la Autoridad Reguladora, considere necesario los estados financieros de algún otro mes en particular, así lo solicite. Dichos estados financieros deberán ser enviados en formato electrónico (Excel). Además, con el fin de fiscalizar el costo del cambio de válvulas, así como de los distintos egresos por el mantenimiento de cilindros, las empresas envasadoras deberán de presentar un desglose detallado de la partida de gastos de mantenimiento, indicando por separado el mantenimiento de planta y el mantenimiento de válvulas y cilindros.

ii. Estados financieros auditados 2014 y siguientes, separados por actividades reguladas diferenciando por envasado, distribución, agencias y detallistas y no reguladas, a más tardar 3 meses después del cierre contable, independientemente de que este sea en setiembre o diciembre.

iii. Incluir en la remisión de esos estados financieros auditados, lo siguiente:

- Análisis vertical de Sus costos y gastos reflejados en el estado de resultado, considerando exclusivamente los relacionados con el servicio público de suministro de envasado (al último nivel de detalle), relacionando cada partida de costo y gasto con las ventas netas de combustible (ingresos), según el siguiente formato [...].

- Análisis vertical (al último nivel de detalle) de cada cuenta de activo, pasivo y patrimonio con respecto a sus respectivos totales, considerando a! activo total como 100% y al pasivo más patrimonio como 100% según el siguiente formato: [...].

- Análisis horizontal, comparando las cuentas de ventas (ingresos), costos y gastos contenidos en el Estado de Resultados, todo al tercer nivel de detalle; de igual forma para e activo, pasivo y patrimonio del Balance de Situación, según los siguientes formatos: [...].

Se debe explicar con detalle cada una de las partidas de gasto o activo que varíen, según su naturaleza. Esta explicación debe contener las razones técnicas y económicas que justifican su evolución en cada periodo.

- Número de empleados totales de la empresa, así como los empleados administrativos y operativos de la actividad de envasado de GLP según el siguiente formato [...].

La información debe aportarse por medio electrónico en formato Excel, donde se puedan ver las fórmulas utilizadas para el cálculo.

iv. Todas las empresas envasadoras de GLP deben presentar un análisis anual de la situación patrimonial de las empresas, específicamente en el caso de aquellas en que el capital sea negativo.”

222. El Resolutivo III indicó además otras obligaciones a cargo de las envasadoras:¹⁷⁵

¹⁷⁵ Anexo C-103.

“a. Presentar los Estados financieros auditados, separados por actividades reguladas diferenciando por envasado, distribución, agencias y detallistas y no reguladas de los períodos 2012 y 2013 a más tardar el 31 de julio de 2014. Para esto deberán tomar en cuenta que existen gastos atinentes exclusivamente a una etapa de envasado y por ende no deberán ser distribuidos entre las demás.

Las otras etapas podrían incluir este gasto siempre y cuando se justifique la razón por la cual se incurre el mismo y se identifique claramente que su origen se da en otra de las etapas de la cadena, tomando en cuenta las disposiciones establecidas en los títulos habilitantes y resoluciones de concesiones para la actividad de envasado.

b. Solicitar a cada empresa distribuidora de GLP que a más tardar el 15 de abril, julio, octubre y enero (o día hábil inmediato siguiente a esta fecha) debe enviar por trimestre cumplido (cortes a marzo, junio, setiembre y diciembre), la información mensual que se detalla en los siguientes cuadros. Debe remitirse por medio electrónico a la Autoridad Reguladora en formato Excel, si se utiliza discos compactos, deben enviarse los 5 cuadros en un solo disco, o puede enviarlos por correo electrónico a la dirección info-hidrocarburos@aresep.go.cr. Esta intendencia solicita que a partir del 26° trimestre la información que envíen mantenga los registros de los trimestres anteriores [...].

c. Todas las empresas envasadoras de GLP deben presentar ante esta Autoridad Reguladora copia certificada de título habilitante vigente, emitido por el Ministerio de Ambiente y Energía que lo autoriza para prestar el servicio público, a más tardar el 31 de mayo de 2014.

d. Solicitarle a Gas Nacional Zeta S.A. un análisis extenso de la situación financiera antes y después de la fusión con Tropigas de Costa Rica y el detalle de las políticas orientadas a un correcto manejo de los gastos producto de la fusión con el fin de no duplicar puestos y gastos.

e. Solicitar a Gas Tomza que detalle los costos de la cadena de detallistas, en todo caso se le solicita remitir los Estados Financieros del 2013 con la separación correspondiente y mantener dicha separación durante los próximos años.

f. Solicitar a las empresas Gas Tomza S.A., Súper Gas S.A., Petrogas S.A. y Solgas S.A., copia autenticada del convenio de llenado entre empresas aprobado por el MINAE.”

d) El recurso de revocatoria

223. El 24 de abril de 2014, GNZ presentó un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la Resolución Tarifaria ET 2013.¹⁷⁶ El recurso de revocatoria sostuvo:¹⁷⁷
- (i) En cuanto al fondo, que la Resolución Tarifaria ET 2013 no aplicó el principio de equilibrio financiero pues el margen vigente era ruinoso.
 - (ii) En cuanto al procedimiento, que la ARESEP no aplicó la Metodología vigente, infringiendo los principios de legalidad e inderogabilidad singular de modelos tarifarios. Adicionalmente sostuvo que la ARESEP se apartó de los criterios seguidos por ella en anteriores fijaciones quebrantando el principio de confianza legítima.
 - (iii) Además, alegó que la Resolución Tarifaria ET 2013 contenía numerosos requisitos nuevos que no procedían a la luz de la normativa vigente, que no eran razonables o que ya se habían cumplido.
224. El recurso hizo hincapié en que “*Gas Zeta realizó en el año 2013 inversiones de varios millones de dólares para remodelar todas sus plantas de envasado*” que fueron “*exigidas por la propia ARESEP*”, junto con el MINAE y otros organismos, “[p]ero la ARESEP no reconoció las inversiones en la tarifa, de forma totalmente arbitraria y abusiva.”¹⁷⁸
225. Según el recurso de GNZ, la Resolución Tarifaria ET 2013 carece de motivación de hecho, al no haber considerado todos los datos proporcionados por GNZ, y de motivación de derecho, al haber violentado los principios legales y constitucionales aplicables, en particular el principio de equilibrio financiero.¹⁷⁹
226. En dicho recurso se argumentó que la ARESEP no había aplicado el modelo tarifario, ya que no había realizado ningún cálculo; no había tomado en cuenta los costos reales ni había determinado la ganancia razonable; no había realizado ninguna operación

¹⁷⁶ Anexo C-164.

¹⁷⁷ Anexo C-164.

¹⁷⁸ Anexo C-164.

¹⁷⁹ Anexo C-164.

matemática y no había confrontado los cálculos de KPMG con los propios, pues no parecía haber hecho ninguno.¹⁸⁰

227. En su petitorio el recurso de revocatoria solicitó:¹⁸¹

(i) Revocar la Resolución Tarifaria ET 2013. En el mismo acto, calcular el margen de envasado con base en el modelo tarifario vigente, y otorgar el margen pedido o lo que resultara de aplicar el modelo, reconociendo todos los costos necesarios para la prestación del servicio, las inversiones realizadas y una rentabilidad adecuada, justa y competitiva.

(ii) Que, al recalcular el margen utilizando el modelo tarifario vigente, se desglosara claramente cuáles eran los costos aceptados y en caso de rechazar alguno, se explicara con claridad y detalle las razones de su inadmisión.

(iii) Eliminar los requisitos II.f, III.a y III.d, por ser abiertamente inconstitucionales, ilegales e irrazonables.

(iv) Modificar el requisito II.m.ii para que se otorgara un plazo de cuatro meses, y no de tres meses, para presentar los estados financieros auditados.

(v) Establecer detallada y concretamente cuáles son los rubros de gastos que, a criterio de la ARESEP, forman parte de la etapa de envasado, como requisito previo e indispensable para cumplir con el requisito del Por Tanto III.a en cuanto a distribución de costos.

(vi) En subsidio, admitir la apelación para ante la Junta Directiva de la institución.

e) La resolución sobre el recurso de revocatoria

228. El 6 de noviembre de 2014, la IE resolvió el recurso de revocatoria mediante su Resolución RIE-086-2014 del 6 de noviembre de 2014,¹⁸² en la cual se rechazó por el fondo dicho recurso.

229. La IE concluyó que la ARESEP sí hizo un análisis exhaustivo de la situación financiera de las empresas que conforman el sector y se determinó que “*no podía realizarse el cálculo tarifario con la información aportada, ya que contenía errores importantes en su clasificación y de ser utilizada eventualmente se podría dejar en desequilibrio financiero*”

¹⁸⁰ Anexo C-164.

¹⁸¹ Anexo C-164.

¹⁸² Anexo C-165.

*al segmento de envasado.”*¹⁸³ La IE también consideró que *“la información medular del estudio técnico no fue presentada de manera que permitiera identificar claramente los costos asociados exclusivamente a la etapa de envasado de GLP.”*¹⁸⁴

230. Además, la IE estableció que la ARESEP cuenta con la competencia para emitir disposiciones generales que desarrollen y definan la forma en que deben ser presentadas las peticiones tarifarias y la información que debe ser requerida para que sea considerada tarifariamente.¹⁸⁵
231. Después la IE hizo algunas aclaraciones sobre lo que constituye un *“costo recurrente”*, es decir, *“aquel que se repite o repetirá en varios períodos de tiempo y que por consiguiente se justifica su incorporación en las tarifas (siempre y cuando sea un costo tarifario).”* Indicó que el costo del producto no era materia de los estudios ordinarios del margen de comercialización del envasador, sino que más bien era fijado mediante el mecanismo extraordinario de revisión de precios establecido.¹⁸⁶
232. Sobre la impugnación de los nuevos requisitos establecidos, la IE admitió la solicitud en el recurso de revocatoria de que se extendiera a 4 meses el plazo para presentar los estados financieros auditados de cada año y no 3 como exigía la Resolución Tarifaria ET 2013.¹⁸⁷
233. También se aclaró que no se solicitaba a GNZ presentar nuevas auditorías de estados financieros, sino que se *“re-exprese el estado de resultados y balance general, de acuerdo a lo indicado.”*¹⁸⁸
234. En cuanto a la queja de GNZ de que la ARESEP no le había brindado los criterios concretos sobre cuáles costos pertenecen al proceso de envasado o a las demás etapas, la IE indicó que todavía no había desarrollado un manual en el que se implementara la contabilidad regulatoria para este servicio, pero una vez que se contara con el mismo se le participaría de todo el proceso, desde el diseño hasta la puesta en marcha. La IE señaló, sin embargo, que tanto el recurrente como la Autoridad Reguladora tenían claro cuáles gastos estaban asociados al proceso de envasado y cuáles no.¹⁸⁹

¹⁸³ Anexo C-165.

¹⁸⁴ Anexo C-165.

¹⁸⁵ Anexo C-165, p. 3, citando los Artículos 123 inciso (1) de la LGAP, 6, 24 y 33 de la Ley 7593 y el Voto 10615-2006 de la Sala Constitucional.

¹⁸⁶ Anexo C-165, p. 4.

¹⁸⁷ Anexo C-165.

¹⁸⁸ Anexo C-165.

¹⁸⁹ Anexo C-165, p. 5, punto 3.

235. La IE también constató que la información solicitada en el *Por Tanto* III.d de la Resolución Tarifaria ET 2013 fue aportada por GNZ.¹⁹⁰
236. En vista de las consideraciones anteriores, la IE resolvió:¹⁹¹
- (i) Rechazar por el fondo el recurso de revocatoria contra la Resolución Tarifaria ET 2013.
 - (ii) Acoger la solicitud sobre el plazo para presentar los estados financieros auditados y consecuentemente modificar el *Por Tanto* II.m.ii.
 - (iii) Acoger la solicitud de GNZ y dar por cumplido el requerimiento del *Por Tanto* III.d de la Resolución Tarifaria ET 2013.
 - (iv) Elevar al conocimiento de la Junta Directiva los argumentos del recurso subsidiario de apelación.

f) La resolución sobre el recurso de apelación

237. El 7 de mayo de 2015, la Junta Directiva de la ARESEP dictó la Resolución RJD-084-2015 resolviendo el recurso de apelación y gestión de nulidad de GNZ contra la Resolución Tarifaria ET 2013.¹⁹²
238. La Junta Directiva de ARESEP consideró que el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuestos por GNZ contra la Resolución Tarifaria ET 2013, carecían de interés actual, en razón de que la solicitud de fijación ordinaria de tarifa presentada por GNZ con posterioridad, derivó en que se dictara la Resolución Tarifaria ET 2014, en la cual la IE – entre otras cosas – fijó el margen de envasado de GLP.¹⁹³
239. Con base en lo anterior, la Junta Directiva resolvió archivar el recurso de apelación y la gestión de nulidad interpuesta por GNZ contra la Resolución Tarifaria ET 2013 por carecer de interés actual y agotar la vía administrativa.¹⁹⁴

6. La renovación de las concesiones

240. En marzo y abril de 2013, GNZ renunció a los permisos de envasar de las plantas “Ciudad Neilly”, “Caldera”, “San Carlos”, “San Isidro” y “Santa Cruz.”¹⁹⁵

¹⁹⁰ Anexo C-165.

¹⁹¹ Anexo C-165.

¹⁹² Anexo C-167.

¹⁹³ Anexo C-167.

¹⁹⁴ Anexo C-167.

¹⁹⁵ CP-1, p. 11; Anexo C-200.

241. Las concesiones para las demás plantas de envasado de GNZ llegaron a su vencimiento el 30 de junio de 2013. Luego de ello, la ARESEP otorgó permisos temporales de tres meses a GNZ para la prestación del servicio público de distribución de GLP a través de las Plantas “el Coyol”,¹⁹⁶ “la Lima”,¹⁹⁷ “Guápiles”,¹⁹⁸ “Limón”,¹⁹⁹ y “Bagaces”.²⁰⁰ Dichas renovaciones se hicieron a título precario, condicionadas al cumplimiento integral de los requisitos técnicos según la legislación vigente, los cuales no se encontraban satisfechos al momento de realizarse las inspecciones en dichas plantas.
242. Posteriormente fueron otorgadas concesiones a las plantas de GNZ por un nuevo período de cinco años.²⁰¹

7. La solicitud de revisión de precios en 2014

a) La Petición Tarifaria 2014

243. El 19 de diciembre de 2014, GNZ presentó otra petición ordinaria de revisión de margen y ajuste de precios, junto con el estudio tarifario de KPMG (“**Petición Tarifaria 2014**”).²⁰²
244. GNZ solicitó un aumento del margen para el envasador de ¢11,97/litro para aumentar el margen de envasador de ¢57,025/litro a ¢68,995/litro (21%), lo que implicaría un aumento del precio a facturar de ¢262,317/litro a ¢274,287/litro para la “mezcla tradicional” (4,56%) y un aumento de ¢248,994/litro a ¢260,964/litro para la “mezcla rica en propano.”²⁰³
245. La Petición Tarifaria 2014 se justificaba en los mismos motivos expuestos en las peticiones tarifarias anteriores (2012 y 2013). Además, esta vez GNZ indicó que en el año 2013 hizo importantes inversiones para remodelar completamente su red de plantas de envasado y que también en el 2013 se incrementaron las obligaciones para los envasadores

¹⁹⁶ Anexo R-48.

¹⁹⁷ Anexo R-49.

¹⁹⁸ Anexo R-50.

¹⁹⁹ Anexo R-51.

²⁰⁰ Anexo R-52. Para la planta Bagaces, el permiso se otorgó únicamente para la distribución de cilindros, pero no para su envasado.

²⁰¹ PHB Demandantes, §30. Anexos C-96 a C-99.

²⁰² Anexo C-168.

²⁰³ Anexo C-168.

debido a las numerosas nuevas regulaciones emitidas, que fueron incorporadas por el MINAE en los títulos habilitantes de ese año.²⁰⁴

246. GNZ también indicó que había presentado pérdidas netas contables en los últimos 4 años, a pesar de sus esfuerzos por reducir costos: (i) fusión de Tropigás y GNZ en enero de 2012; (ii) reducción de 250 puestos de trabajo desde 2011; y (iii) reorganización completa de la red de plantas de envasado en 2013.²⁰⁵

b) La audiencia pública y las coadyuvancias de Gas Tomza y Súper Gas

247. El 12 de febrero de 2015, el Sr. Álvaro Mora Bonilla, representante legal de Gas Tomza y Súper Gas solicitó hacer una presentación coadyuvante a la Petición Tarifaria 2014 durante la audiencia pública programada el 14 de marzo de 2015.²⁰⁶
248. La audiencia pública se celebró el 24 de marzo de 2015. GNZ hizo la presentación de la Petición Tarifaria 2014, y el Sr. Jorge Martín Rodríguez Faz, hizo una presentación de coadyuvancia a favor de la petición de GNZ en nombre de las empresas Gas Tomza y Súper Gas.²⁰⁷
249. Además, el Sr. Jorge Martín Rodríguez Faz presentó una coadyuvancia a favor de la Petición Tarifaria 2014 y la Asociación de Consumidores de Costa Rica presentó una oposición.²⁰⁸

c) La Resolución Tarifaria ET 2014

250. El 23 de abril de 2015, la IE emitió la resolución RIE-048-2015 (“**Resolución Tarifaria ET 2014**”),²⁰⁹ en la que se resolvió fijar el margen de envasador en ₡54,033/litro.²¹⁰ Lo que implicó una reducción de ₡2,992 respecto del margen anterior de ₡57,025/litro.
251. La Resolución Tarifaria ET 2014 tomó en consideración la Petición Tarifaria 2014 de GNZ, así como las peticiones tarifarias de las empresas Gas Tomza y Súper Gas, a las que decidió considerar como una sola empresa a los efectos de la resolución tarifaria. La IE

²⁰⁴ Anexo C-168.

²⁰⁵ Anexo C-168.

²⁰⁶ Anexo C-186.

²⁰⁷ Anexo C-186.

²⁰⁸ Anexo C-84, p. 26.

²⁰⁹ Anexo C-84.

²¹⁰ Anexo C-84, p. 28, punto III.

también decidió excluir del análisis a las empresas Petrogás y Solgás, pues la concesión de la primera se encontraba suspendida de conformidad con una medida cautelar y la de la segunda se había revocado.²¹¹

252. La IE decidió hacer reducciones y ajustes en el estudio tarifario de GNZ, en particular, respecto del volumen de ventas, gastos operativos, y rendimiento aplicable.²¹²
253. La Resolución Tarifaria ET 2014 estimó que GNZ haría ventas en el año 2015 de 141.251.068 litros netos de GLP,²¹³ y reconoció un componente de gasto operativo total de ¢8.056 millones para GNZ.²¹⁴

d) El recurso de revocatoria y el recurso de apelación

254. El 5 de mayo de 2015, GNZ presentó un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la Resolución Tarifaria ET 2014.²¹⁵
255. El 18 de diciembre de 2015, la IE rechazó por el fondo el recurso de revocatoria y elevó al conocimiento de la Junta Directiva de la ARESEP el recurso subsidiario de apelación y gestión de nulidad.²¹⁶
256. El 14 de abril de 2016, la Junta Directiva de la ARESEP rechazó por el fondo el recurso de apelación y gestión de nulidad.²¹⁷
257. GNZ no ha presentado otras peticiones tarifarias con posterioridad.²¹⁸

VI. RESUMEN DE LA POSICIÓN DE LAS PARTES

258. A continuación se presenta un resumen de las posiciones de las Partes. El Tribunal Arbitral manifiesta, sin embargo, que para emitir este Laudo, ha considerado la totalidad de los argumentos presentados por las Partes tanto en sus escritos como en sus presentaciones orales.

²¹¹ Anexo C-84, p. 19.

²¹² Anexo C-84.

²¹³ Anexo C-84, p. 14.

²¹⁴ Anexo C-84, p. 18.

²¹⁵ Anexo R-202.

²¹⁶ Anexo R-203.

²¹⁷ Anexo R-204.

²¹⁸ Transcripción, día 1, pp. 235-237.

A. Posición de las Demandantes

259. Las Demandantes sostienen: (1) que las resoluciones tarifarias emitidas por la ARESEP entre el 2010 y el 2015 fueron irrazonables y desproporcionadas y se basaron en decisiones arbitrarias y discrecionales, (2) constituyendo por tanto violaciones de las obligaciones de Costa Rica bajo el APPRI, y (3) que en vista de lo anterior, la Demandada debe indemnizar a las Demandantes por los daños causados.

1. Las Resoluciones Tarifarias

260. Las Demandantes hacen reclamaciones específicas respecto de las distintas resoluciones tarifarias de la ARESEP emitidas entre los años 2010 y 2015 (secciones (a) a (e)), aunque al mismo tiempo afirman que no solicitan al Tribunal Arbitral un control de legalidad de cada uno de los procesos tarifarios, *“sino que se analicen conjunta y adminiculadamente, las diferentes conductas, criterios y decisiones adoptadas por la ARESEP, lo que permite apreciar su arbitrariedad, incongruencia e irrazonabilidad, que las hace violatorias de las obligaciones de protección y tratamiento contenidas en el APPRI.”*²¹⁹

a) La Resolución Tarifaria ET 2010

261. Las Demandantes alegan que la conducta de la ARESEP fue arbitraria pues otorgó un margen inferior incluso a los costos operativos reconocidos por ella. Según las Demandantes, la DSE habría admitido que GNZ y Tropicás tenían costos unitarios por brindar el servicio de ₡55,317/litro y ₡52,92/litro respectivamente.²²⁰ Sin embargo recomendó fijar el margen en ₡54,142/litro,²²¹ violando la prohibición del Artículo 31 de la Ley ARESEP de no permitir fijaciones que afecten el equilibrio financiero de los concesionarios.²²²

262. Frente a la afirmación de la Demandada de que la ARESEP no había reconocido dichos costos unitarios,²²³ las Demandantes responden que si fuera cierto, no se explica cómo la

²¹⁹ Réplica sobre el Fondo, § 93.

²²⁰ Anexo C-128, p. 23, cuadro 4.1.1.

²²¹ Anexo C-100, Resolutivo I.

²²² Réplica sobre el Fondo, § 62.

²²³ Contestación sobre el Fondo, § 151.

ARESEP pudo fijar las tarifas ni cómo se aseguró de que se cumplía el principio de servicio al costo.²²⁴

263. Además, según las Demandantes, la ARESEP excluyó arbitrariamente una significativa proporción de los costos presentados por GNZ y Tropigás, sin explicar suficientemente sus decisiones ni indicar la forma en que hubieran debido presentarse.²²⁵ Por ejemplo, no explicó por qué las proyecciones de gastos no estaban justificadas o los gastos no estaban relacionados con la prestación del servicio, por qué se recortaron los gastos de mantenimiento y administrativos, por qué se aplicaron diferentes tasas de crecimiento o por qué consideró que ciertos gastos no eran razonables.²²⁶
264. Las Demandantes sostienen que la ARESEP también recortó de manera arbitraria los activos sujetos a rentabilidad de GNZ y Tropigás. En particular, el capital de trabajo se redujo a dos días y medio de inventario a pesar de que los títulos de concesión imponen la obligación a las concesionarias de mantener 5 días de inventario.²²⁷ La ARESEP aplicó injustificadamente un mecanismo de depreciación diferente al de la Petición Tarifaria 2010 y decidió arbitrariamente dividir por la mitad la tasa de rentabilidad, a pesar de que ninguna norma permite reducir la rentabilidad de los activos y tampoco existen períodos de vigencia de las fijaciones tarifarias de la ARESEP.²²⁸ Ante la justificación manifestada por la Demandada de que esto ya se había hecho en la fijación tarifaria del ET 2006, las Demandantes alegan que en los últimos 15 años, ninguna tarifa fijada para el envasado de GLP había tenido una vigencia menor de un año.²²⁹
265. Las Demandantes señalan que no reclaman que la ARESEP debía otorgar integralmente la tarifa solicitada en la Petición Tarifaria 2010, sino que la ARESEP no cumplió con sus objetivos de armonizar los intereses de los consumidores y los prestadores de servicios, procurando el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestadores de servicios públicos.²³⁰

²²⁴ Réplica sobre el Fondo, § 64.

²²⁵ Réplica sobre el Fondo, §§ 67-68.

²²⁶ Réplica sobre el Fondo, § 68.

²²⁷ Réplica sobre el Fondo, § 75.

²²⁸ Réplica sobre el Fondo, §§ 77-79.

²²⁹ Réplica sobre el Fondo, § 82.

²³⁰ Réplica sobre el Fondo, §§ 85, 88.

b) Las Resoluciones Tarifarias ET 2011 y las decisiones de los recursos administrativos

266. Las quejas de las Demandantes se basan en (i) la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, así como en la resolución de los recursos administrativos (ii) de revocatoria y (iii) de apelación planteados contra la misma, y finalmente en (iv) la Segunda Resolución Tarifaria ET 2011.

i. La Primera Resolución Tarifaria ET 2011

267. La ARESEP rechazó la Petición Tarifaria 2011 por alegadas inconsistencias en la información de ingresos y costos totales de GNZ y Tropigás que provocaban que el margen solicitado estuviera sobrevalorado. Sin embargo la ARESEP no explica cómo las alegadas irregularidades e inconsistencias provocaban que el margen requerido estuviese sobrevalorado, ni por qué le impedían realizar sus propios cálculos y aplicar la Metodología.²³¹

268. Las Demandantes sostienen que aunque los reportes financieros contemplaban ventas a compañías afiliadas, solamente se contabilizaron las ventas de GLP a clientes para calcular el margen y no se incluyeron los gastos, costos e ingresos de las ventas a afiliadas en la estimación del margen solicitado.²³²

269. Según las Demandantes, GNZ explicó las alegadas inconsistencias a funcionarios de la ARESEP durante una reunión sostenida el 28 de abril de 2011, y luego a través de un escrito enviado el 3 de mayo de 2011,²³³ pero la ARESEP no dio ninguna respuesta.²³⁴

270. Las Demandantes alegan que la decisión de la ARESEP en el 2011 fue idiosincrática, pues no hay constancia de que se estudiaran las explicaciones de GNZ, y la ARESEP no se apoyó en preceptos jurídicos para respaldar su decisión, ni hizo una exposición concreta de las circunstancias y razones por las cuales decidió que las inconsistencias permanecían a pesar de las justificaciones de GNZ.²³⁵

271. También alegan las Demandantes que fue contradictoria con la Resolución Tarifaria ET 2010, pues en la Petición Tarifaria 2010, GNZ y Tropigás incluían en sus balances y

²³¹ Demanda sobre el Fondo, §§ 251, 255; Réplica sobre el Fondo, § 96.

²³² Demanda sobre el Fondo, §§ 261-264; Anexo C-133, anexo B5.

²³³ Demanda sobre el Fondo, §§ 268-269; Réplica sobre el Fondo, § 99; Anexo C-141.

²³⁴ Demanda sobre el Fondo, § 270.

²³⁵ Demanda sobre el Fondo, § 270.

estados financieros las “ventas a afiliados” que incluían ventas intra-compañías y ventas al extranjero, sin que ello le impidiera a la ARESEP hacer los cálculos y determinar la fijación tarifaria.²³⁶

272. Según las Demandantes, la Primera Resolución ET 2011 también afirma que el margen estaba sobrevalorado pues los activos sujetos a rentabilidad tienen adiciones que no corresponden. Sin embargo no se indicaron cuáles eran dichas adiciones ni por qué no correspondería considerarlas, demostrando una absoluta falta de transparencia.²³⁷
273. La Resolución Tarifaria ET 2011 también señaló que no se cumplió a cabalidad la obligación de los prestadores del servicio de “llevar contabilidades separadas si hay integración vertical u horizontal, así como las actividades reguladas de las no reguladas.” Las Demandantes, sin embargo, alegan que dicha obligación surgió de la Resolución Tarifaria ET 2010 y que aún no había vencido el plazo establecido para implementarla, así que no era exigible.²³⁸
274. Finalmente, las Demandantes sostienen que la ARESEP contaba con toda la información contable y financiera de GNZ y Tropicás, así que la actitud de la ARESEP fue caprichosa y constituye una ausencia de debido proceso y una violación al marco jurídico que regula el sector.²³⁹

ii. La decisión del recurso de revocatoria

275. Según las Demandantes, la IE excedió en demasía el plazo previsto para emitir la resolución RIE-087-2013, de 8 días naturales, al tardarse más de dos años en decidir el recurso. Esto causó graves perjuicios a GNZ pues mientras no se resolviera el recurso, debía aplicarse la tarifa establecida en la Primera Resolución Tarifaria ET 2011.²⁴⁰
276. Además, las Demandantes alegan que la decisión del recurso se basó en y aplicó razonamientos que no se encontraban en la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, sino en resoluciones posteriores (la Resolución Tarifaria ET 2012), dejando en estado de

²³⁶ Réplica sobre el Fondo, §§ 102-104.

²³⁷ Demanda sobre el Fondo, § 276.

²³⁸ Demanda sobre el Fondo, § 304.

²³⁹ Demanda sobre el Fondo, § 305.

²⁴⁰ Demanda sobre el Fondo, § 325.

indefensión a GNZ que no pudo defenderse de argumentos que no habían sido invocados en la Primera Resolución Tarifaria ET 2011.²⁴¹

277. Aunque la decisión del recurso de revocatoria anuló la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 por no utilizar la Metodología, aceptó sin cuestionar todas las afirmaciones contenidas en la resolución anulada para proteger el contenido de la determinación y sus intereses.²⁴²

iii. La decisión del recurso de apelación

278. Según las Demandantes, la Junta Directiva de la ARESEP rechazó el recurso por extemporáneo cuando en realidad había sido presentado dentro del plazo según la Ley de Notificaciones Judiciales. Esta decisión de la Junta Directiva fue incluso en contra de la decisión previa de la IE, que al resolver el recurso de revocatoria planteado en la misma oportunidad, decidió que había sido presentado dentro del plazo.²⁴³

279. Las Demandantes además alegan que la Junta Directiva debía pronunciarse sobre los demás agravios (motivos 2º y 3º) que no habían sido resueltos por la IE. Sin embargo, la Junta Directiva de la ARESEP no entró en ningún análisis o evaluación de los actos adoptados por la IE al rechazar la Petición Tarifaria 2011 y decidió unilateral y arbitrariamente que era innecesario pronunciarse al respecto, incumpliendo así la garantía de audiencia y debido proceso de las Demandantes.²⁴⁴

iv. La Segunda Resolución Tarifaria ET 2011

280. Las Demandantes sostienen que para emitir la Segunda Resolución Tarifaria ET 2011, la IE no llevó a cabo una valoración propia y motivada de la Petición Tarifaria 2011, sino que retomó las afirmaciones contenidas en la primera resolución, incurriendo en los mismos errores, añadió menciones a nuevos requisitos que fueron incorporados posteriormente en la Resolución Tarifaria ET 2012, e incluso se basó en la falta de entrega

²⁴¹ Demanda sobre el Fondo, §§ 328 y ss.

²⁴² Demanda sobre el Fondo, §§ 335-338.

²⁴³ Demanda sobre el Fondo, §§ 343-345; Anexo C-44, pp. 1-2.

²⁴⁴ Demanda sobre el Fondo, §§ 346-348.

de información de otras empresas para justificar la imposibilidad de aplicar la Metodología y rechazar nuevamente la Petición Tarifaria 2011.²⁴⁵

c) La Resolución Tarifaria ET 2012 y las decisiones a los recursos administrativos

281. Las Demandantes reclaman sobre (i) la Resolución Tarifaria ET 2012 y sobre (ii) las decisiones de los recursos administrativos interpuestos por GNZ.

i. La Resolución Tarifaria ET 2012

282. La ARESEP sostuvo que era imposible aplicar la Metodología pues había problemas en la información presentada por GNZ y por las demás empresas. Las Demandantes sostienen que no es cierto que hubiera problemas en la información presentada por GNZ, y además los alegados problemas no impedían a la ARESEP aplicar el Modelo Tarifario y fijar las tarifas según sus propios cálculos.²⁴⁶

283. La Resolución Tarifaria ET 2012 criticó, particularmente, que en la Petición Tarifaria 2012 se incluían en los costos de envasado aquellos correspondientes a otras fases; que el cálculo de activo neto no se hizo conforme a la Metodología; que el registro de activos contenía bienes que debieron ser reportados como gastos; que se incluyeron “*inversiones rezagadas*” como costos; y que no se presentó una hoja de cálculo electrónica para valorar las estimaciones. Las Demandantes replican a cada una de las alegadas deficiencias y también se refieren a las decisiones de los recursos administrativos planteados por GNZ.

284. Respecto de la inclusión de costos correspondientes a otras fases, las Demandantes aceptan que se incluyeron costos del reparto de GLP a granel. Sin embargo, alegan que este requisito es nuevo pues la ARESEP nunca ha fijado una tarifa diferenciada por la distribución de GLP a granel, siendo por tanto un cambio de criterio arbitrario y unilateral. Alegan además que la Petición Tarifaria 2012 segregó claramente los distintos segmentos de la cadena de comercialización por lo que la ARESEP hubiera podido realizar sus propios cálculos.²⁴⁷

285. Respecto del cálculo del activo neto, las Demandantes señalan que no existe en la Ley ARESEP ni en la Metodología o en resoluciones tarifarias previas un criterio que

²⁴⁵ Demanda sobre el Fondo, §§ 351-356.

²⁴⁶ Demanda sobre el Fondo, § 370.

²⁴⁷ Demanda sobre el Fondo, § 370.

establezca cómo debe calcularse el activo neto. KPMG estimó pertinente, de acuerdo a criterios contables razonables y aceptados, obtener el activo neto de la diferencia entre el activo y el pasivo de la empresa.²⁴⁸

286. Respecto de la inclusión como activos de bienes que deberían ser reportados como gastos, las Demandantes indican que la Resolución Tarifaria ET 2012 es imprecisa y no señala cuáles serían estos bienes. Además, la Metodología no establece que los activos cuyo valor sea inferior al 25% del salario base deben ser excluidos y considerados como gastos, y la ARESEP no había hecho objeciones similares en la última década, así que no debió hacerlo ahora con posterioridad a la petición tarifaria de GNZ.²⁴⁹
287. En relación con la inclusión de inversiones “*rezagadas*”, las Demandantes alegan que la solicitud de incremento basada en inversiones “*rezagadas*” estaba debidamente justificada y era compatible con los principios jurídicos que rigen la actividad, pues la tarifa debe garantizar la continuidad y permanencia del servicio y cubrir las inversiones que fueran necesarias en este sentido. Además, GNZ presentó la solicitud del monto correspondiente a inversiones “*rezagadas*” de manera separada y claramente identificada. Por tanto, si la ARESEP no aceptaba este concepto, le bastaba con eliminarlo o recortarlo, sin que ello le impidiera correr el modelo tarifario.²⁵⁰
288. Respecto de la ausencia de hojas de cálculo electrónicas, las Demandantes sostienen que ante la petición de hojas de cálculo por parte de la IE en fecha 24 de enero de 2013,²⁵¹ el 25 de enero de 2013 la consultora de GNZ, KPMG, envió a la IE un correo electrónico adjuntando la hoja de cálculo solicitada denominada “*estimación del margen.xlsx*” e indicó que estaba “*a disposición del Ente Regulador para atender cualquier consulta o requerimiento adicional.*”²⁵²
289. Finalmente, en cuanto a los problemas en la información contable suministrada por las demás empresas, las Demandantes sostienen que la ARESEP cuenta con los poderes para fiscalizar contable, financiera y técnicamente a los concesionarios de manera que podía obtener y comprobar la información necesaria, pero decidió no hacerlo. Asimismo, las Demandantes alegan que la ARESEP también hubiera podido subsanar las deficiencias y

²⁴⁸ Demanda sobre el Fondo, §§ 398-399.

²⁴⁹ Demanda sobre el Fondo, § 403.

²⁵⁰ Demanda sobre el Fondo, §§ 390-396.

²⁵¹ Demanda sobre el Fondo, § 374; Anexo C-153.

²⁵² Demanda sobre el Fondo, §§ 375-376; Anexo C-154.

correr el modelo tarifario para determinar la tarifa del sector, tal como lo hizo luego en la Resolución Tarifaria ET 2014.²⁵³

ii. Las decisiones sobre los recursos administrativos

290. Según las Demandantes, la Resolución RIE-092-2014 del 20 de noviembre de 2014 por la que la IE rechazó el recurso de revocatoria no dio respuesta a ninguno de argumentos planteado por GNZ en el recurso, limitándose a repetir los mismos motivos contenidos en la resolución impugnada.²⁵⁴
291. Además, la decisión sería sumamente ambigua e imprecisa y no explicaría cómo determinó que la Resolución Tarifaria ET 2012 cumplía con todos sus requisitos como acto administrativo, haciendo que el recurso contra el mismo fuese inútil.²⁵⁵
292. Las Demandantes alegan que la decisión posterior en la que la Junta Directiva resolvió el recurso de apelación y gestión de nulidad continuó violando el debido proceso, al decidir que dichos medios de impugnación carecían de interés actual en vista de la Resolución Tarifaria ET 2014. Ello es así, pues, según las Demandantes, la fijación de margen en el año 2015 no afectaba en nada a las ilegalidades cometidas anteriormente ni resarce las mismas. Además, la Resolución Tarifaria ET 2014 resultó completamente gravosa y perjudicial para GNZ.²⁵⁶

d) La Resolución Tarifaria ET 2013 y las decisiones de los recursos administrativos

293. Las Demandantes reclaman sobre (i) la Resolución Tarifaria ET 2013 y sobre (ii) las decisiones sobre los recursos administrativos interpuestos por GNZ.

i. La Resolución Tarifaria ET 2013

294. La ARESEP sostuvo que era imposible aplicar la Metodología pues había problemas en la información presentada por GNZ y por las demás empresas. Las Demandantes sostienen, sin embargo, que no es cierto que hubiera problemas en la información presentada por GNZ. Además, los alegados problemas en la información de GNZ o de las

²⁵³ Réplica sobre el Fondo, §§ 157-166.

²⁵⁴ Demanda sobre el Fondo, §§ 420-421.

²⁵⁵ Demanda sobre el Fondo, §§423-424.

²⁵⁶ Demanda sobre el Fondo. §§ 430-432.

otras empresas no impedían a la ARESEP aplicar el Modelo Tarifario y fijar las tarifas según sus propios cálculos.

295. En particular, la ARESEP se refirió a que la Petición Tarifaria 2013 contenía graves errores metodológicos que impedían correr el modelo tarifario. Específicamente, se dijo que incorporaba los gastos e inversiones de toda la empresa, asignándolos entre todas las fases de comercialización;²⁵⁷ que había inconsistencias en el volumen de ventas de RECOPE a GNZ según el estudio tarifario y el reporte de ventas de RECOPE;²⁵⁸ que se calculó un estimado del precio de envasado sobre la base del promedio del año anterior;²⁵⁹ que se incluyeron como activos ciertos gastos que debieron contabilizarse como costos;²⁶⁰ y que no se incluyó la información contable de los últimos 3 meses a pesar de que había concluido el ejercicio de ese año.²⁶¹
296. En este caso, al igual que respecto de la Resolución Tarifaria ET 2012, las Demandantes consideran que ARESEP cuenta con los poderes para fiscalizar contable, financiera y técnicamente a los prestadores de servicios públicos, de manera que podía obtener y comprobar la información necesaria de los otros concesionarios, pero decidió no hacerlo. Asimismo, las Demandantes alegan que, de cualquier manera, la ARESEP hubiera podido subsanar las deficiencias y correr el modelo tarifario para determinar la tarifa del sector, tal como lo hizo en la Resolución Tarifaria ET 2014.²⁶²

ii. Las decisiones de los recursos administrativos

297. Las Demandantes también se quejan de la Resolución RIE-086-2014 que resolvió el recurso de revocatoria planteado por GNZ. Al respecto, las Demandantes alegan que la IE no analizó ni motivó su decisión, sino que repitió los argumentos y motivaciones de la Resolución Tarifaria ET 2013.²⁶³
298. Respecto de la Resolución RJD-084-2015 que decidió el recurso de apelación, las Demandantes mantienen que la ARESEP violó las garantías e intereses de GNZ al decidir que su recurso carecía de interés pues se había emitido la Resolución Tarifaria ET 2014

²⁵⁷ Réplica sobre el Fondo, §§ 175-176.

²⁵⁸ Réplica sobre el Fondo, §§ 177-181.

²⁵⁹ Réplica sobre el Fondo §§ 183-187.

²⁶⁰ Réplica sobre el Fondo, §§ 136-142, 189.

²⁶¹ Réplica sobre el Fondo, §§ 190-195.

²⁶² Réplica sobre el Fondo, §§ 197-202.

²⁶³ Demanda sobre el Fondo, §§ 490 y ss.

que fijó un margen de envasado del GLP. Según las Demandantes, la fijación de un margen y tarifa en el 2015 no resarcan en forma alguna las ilegalidades cometidas en procesos tarifarios previos y, además, la Resolución Tarifaria ET 2014 fue totalmente gravosa y perjudicial para GNZ.²⁶⁴

e) La Resolución Tarifaria ET 2014

299. Las Demandantes sostienen que su reclamación sobre la Resolución Tarifaria ET 2014 (i) cae dentro de la competencia del Tribunal Arbitral y, alegan que dicha resolución: (ii) realizó ajustes y recortes incongruentes e irracionales a los datos planteados por GNZ; y (iii) demostró la arbitrariedad de la actuación de la ARESEP al adoptar posturas contradictorias e incongruentes con las adoptadas en los años precedentes.

i. La Resolución Tarifaria ET 2014 cae dentro de la competencia del Tribunal Arbitral

300. Según las Demandantes, la Resolución Tarifaria ET 2014 era un acto de reciente conocimiento para las Demandantes al momento de presentar su escrito de Demanda sobre el Fondo, pero las Demandantes se cuidaron de hacer referencia a la misma reservándose el derecho de presentar sus reclamos al respecto.²⁶⁵

301. Las Demandantes afirman que el Tribunal Arbitral tiene competencia para conocer los reclamos respecto de la Resolución Tarifaria ET 2014, pues se trata de demandas incidentales o adicionales permitidas por el Artículo 46 del Convenio y la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje CIADI.²⁶⁶

302. Las Demandantes alegan que se cumplen los criterios previstos para admitir demandas subordinadas pues: (a) las Partes no acordaron limitar o restringir la presentación de demandas incidentales o adicionales;²⁶⁷ (b) la reclamación sobre la Resolución Tarifaria ET 2014 se encuentra directamente relacionada con la presente controversia, que se refiere a la conducta y decisiones de la ARESEP durante las revisiones tarifarias de los últimos cinco años;²⁶⁸ (c) dicha controversia cae dentro del consentimiento de las Partes y de la

²⁶⁴ Demanda sobre el Fondo, §§ 502-504.

²⁶⁵ Réplica sobre el Fondo, § 51.

²⁶⁶ Réplica sobre el Fondo, §§ 52-53.

²⁶⁷ Réplica sobre el Fondo, § 54.

²⁶⁸ Réplica sobre el Fondo, §§ 55-56.

jurisdicción del CIADI;²⁶⁹ y (d) los argumentos de las Demandantes al respecto se formularon a su debido tiempo en la Demanda sobre el Fondo y se ratificaron en la Réplica sobre el Fondo.²⁷⁰

303. Las Demandantes también señalan que “*no pretenden que el Tribunal examine cada resolución tarifaria aisladamente, como si se tratase de un órgano de apelación administrativa o judicial. Lo que las Demandantes demuestran al examinar –en su conjunto– el contenido y las consecuencias de las Resoluciones Tarifarias de los últimos 6 años, es cómo la ARESEP adoptó conductas y criterios incongruentes, arbitrarios e irrazonables en perjuicio de las inversiones de las Demandantes.*”²⁷¹

ii. La ARESEP realizó ajustes y recortes indebidos

304. La ARESEP realizó ajustes y reducciones injustificados respecto de la información aportada por GNZ y por las operadoras Gas Tomza y Súper Gas, en particular, los datos de volumen de ventas, gastos operativos y rendimiento sobre base tarifaria.²⁷²
305. Según las Demandantes, la IE determinó que el margen de envasado de GLP de GNZ era de ¢62,01/litro, de los cuales ¢57,038 eran necesarios para cubrir los gastos operativos ajustados y se reconoció una utilidad de ¢4,967/litro.²⁷³ Sin embargo, al ponderarlo según los datos de las empresas Gas Tomza y Súper Gas, la IE fijó un margen de ¢54,033/litro. Es decir, la ARESEP decidió una reducción de ¢2,992/litro sobre el margen de envasado anterior, el cual ni siquiera cubría los costos operativos de prestación del servicio que fueron reconocidos por la propia ARESEP.²⁷⁴
306. Al mismo tiempo, el margen fijado para la industria implica para Gas Tomza y Súper Gas una utilidad neta de ¢24,455/litro por encima de los costos operativos de estas empresas, que la ARESEP, luego de proceder a su ajuste, fijó en ¢29,578/litro.
307. Las Demandantes sostienen que la Resolución Tarifaria ET 2014, al no cubrir los costos para prestar el servicio de GNZ y al otorgar una rentabilidad desproporcional a Gas Tomza

²⁶⁹ Réplica sobre el Fondo, § 57.

²⁷⁰ Réplica sobre el Fondo, § 58.

²⁷¹ Réplica sobre el Fondo, § 60.

²⁷² Réplica sobre el Fondo, § 215.

²⁷³ Réplica sobre el Fondo, § 217.

²⁷⁴ Réplica sobre el Fondo, §§ 210-211.

y Super Gas, es absurda y contraria a los principios y objetivos fundamentales de la Ley ARESEP de servicio al costo y equilibrio financiero.²⁷⁵

iii. La Resolución Tarifaria ET 2014 demuestra la incongruencia y arbitrariedad de las actuaciones previas de la ARESEP

308. Según las Demandantes, el cambio de criterios de la ARESEP en la Resolución Tarifaria ET 2014 demuestra la incongruencia y arbitrariedad de las actuaciones previas de esta autoridad.²⁷⁶
309. Las Demandantes alegan que la ARESEP no impuso ningún recorte de la tasa de rendimiento en esta ocasión, a diferencia de lo ocurrido en la Resolución Tarifaria ET 2010, a pesar de que la resolución también fue publicada durante el año calendario y sólo restaban 8 meses.²⁷⁷
310. Según las Demandantes, la explicación de la Demandada de que eran circunstancias diferentes, pues en el 2015 no existía información contable posterior al cierre de diciembre de 2014 es errónea e incoherente,²⁷⁸ pues la Petición Tarifaria 2010 también contenía información contable real únicamente al cierre de 2009 y se hizo una proyección para el 2010.²⁷⁹
311. Además, sostienen que mientras que en ocasiones anteriores la ARESEP invocaba la imposibilidad de correr los modelos tarifarios debido a la insuficiente o incorrecta información proporcionada por los concesionarios, en la Resolución Tarifaria ET 2014, aunque la ARESEP también se quejó de la insuficiencia o inadecuación de la información proporcionada, dichas insuficiencias no le impidieron aplicar el Modelo y proceder a la fijación de tarifas de envasado.²⁸⁰

²⁷⁵ Réplica sobre el Fondo, §§ 219, 244.

²⁷⁶ Réplica sobre el Fondo, § 204.

²⁷⁷ Réplica sobre el Fondo, § 205.

²⁷⁸ Declaración Karla Montero, DT-2, § 45.

²⁷⁹ Réplica sobre el Fondo, § 206.

²⁸⁰ Réplica sobre el Fondo, § 207.

2. La Demandada violó sus obligaciones de trato justo y equitativo bajo el Artículo 4 del APPRI

312. Las Demandantes en primer lugar (a) se refieren al estándar de protección aplicable y, seguidamente (b) explican las violaciones específicas en que basan su reclamación.

a) El estándar aplicable

313. Las Demandantes sostienen que el estándar aplicable de protección de trato justo y equitativo bajo el Artículo 4 del APPRI es un estándar autónomo distinto del estándar previsto por el derecho internacional consuetudinario. Ello es así pues el Artículo 4 del APPRI no contiene referencia expresa al derecho internacional consuetudinario.²⁸¹

314. Según las Demandantes, el contenido del estándar autónomo debe determinarse bajo las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre Tratados del 23 de mayo de 1969 (“**Convención de Viena**”). Es decir, de buena fe, conforme al sentido corriente y teniendo en cuenta su objeto y fin.²⁸²

315. Las Demandantes alegan que “*del significado corriente de los términos ‘justo’ y ‘equitativo’ y del propósito y objetivo del APPRI se desprende que por tratamiento ‘justo y equitativo’ debería entenderse el tratamiento ‘parejo’ y ‘arreglado a justicia y razón’, tendente a favorecer la promoción de la inversión extranjera.*”²⁸³

316. Y sostienen que el umbral para establecer una violación del Artículo 4(1) del APPRI sería el adoptado por el tribunal del caso *Saluka*:²⁸⁴ “[b]ilateral investment treaties, however, are designed to promote foreign direct investment as between the Contracting Parties; in this context, investors’ protection by the ‘fair and equitable treatment’ standard is meant to be a guarantee providing a positive incentive for foreign investors. Consequently, in order to violate the standard, it may be sufficient that States’ conduct displays a relatively lower degree of inappropriateness.”²⁸⁵

²⁸¹ Demanda sobre el Fondo, §§ 545-546.

²⁸² Demanda sobre el Fondo, § 547 citando *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (“**Tecmed c. México**”) (Anexo CL-40), § 155; *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 (“**MTD c. Chile**”) (Anexo CL-41), §§ 112-113, a su vez citando el Artículo 31(1) de la Convención de Viena.

²⁸³ Demanda sobre el Fondo, § 553.

²⁸⁴ *Saluka Investments, B.V. c. República Checa*, (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (“**Saluka c. República Checa**”) (Anexo CL-42).

²⁸⁵ *Saluka c. República Checa* (Anexo CL-42), § 293.

317. Sin embargo, las Demandantes afirman que, aun bajo el estándar consuetudinario de trato mínimo, el resultado seguiría siendo el mismo pues las conductas ilegales, arbitrarias, irrazonables y desproporcionadas de la Demandada han sido tan flagrantes que también violaron el estándar más exigente.²⁸⁶

b) Las violaciones alegadas

318. Las Demandantes sostienen que “no pretenden que el Tribunal examine cada resolución tarifaria individual y aisladamente, ni que se constituya en un órgano de apelación administrativa o en un tribunal judicial. Lo que las Demandantes demuestran al examinar conjunta y adminiculadamente el contenido y las consecuencias de las resoluciones tarifarias de los últimos 6 años es cómo el Estado receptor –a través de su regulador especializado- adoptó conductas, criterios y decisiones incongruentes, arbitrarias e irrazonables en perjuicio de las inversiones de las Demandantes.” Afirman las Demandantes que “lo que sí está dentro de la competencia del Tribunal, es determinar si la conducta seguida por el Estado al resolver las diversas peticiones tarifarias fue o no contraria a los objetivos y principios fundamentales que la propia República de Costa Rica estableció en su marco jurídico, y si ello implica una violación a las obligaciones internacionales contenidas en el APPRI.”²⁸⁷

319. Las Demandantes alegan que las decisiones de tribunales establecidos bajo tratados de inversión como el APPRI y el Convenio CIADI han sostenido que el Estado viola su obligación de otorgar en todo momento un trato justo y equitativo si “no actuó de buena fe, si su conducta fue arbitraria, contraria al debido proceso, o si no cumplió con las legítimas expectativas del inversionista.”²⁸⁸ Aunque la mala fe configura necesariamente una violación del estándar, no es un requisito demostrar tal mala fe para probar la responsabilidad internacional del Estado.²⁸⁹

320. Las Demandantes también se refieren al segundo párrafo del Artículo 4(1) del APPRI que establece la obligación de no obstaculizar “mediante medidas discriminatorias, o no

²⁸⁶ Demanda sobre el Fondo, § 555.

²⁸⁷ Réplica sobre el Fondo, § 249.

²⁸⁸ Demanda sobre el Fondo, § 557.

²⁸⁹ Demanda sobre el Fondo, §§ 557-558, citando el laudo *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 (“*Mondev c. EEUU*”) (Anexo CL-10), § 116.

razonables la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión o la enajenación de tales inversiones.” Y al respecto afirman que, si se toma en cuenta el objeto y fin del APPRI de “crear y mantener condiciones favorables para las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante”, puede concluirse que “cualquier resolución de la ARESEP que dañe, debilite, disminuya o deprecie –mediante decisiones no guiadas por la razón, irracionales [sic] o caprichosas- la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión o la enajenación de GNZ se traducirá automáticamente en una violación a los compromisos del tratado.”²⁹⁰

321. Según se desprende de las alegaciones de las Demandantes, Costa Rica habría violado la obligación de otorgar en todo momento un trato justo y equitativo a sus inversiones a través de (i) la repudiación deliberada de los principios en los que se basa el marco regulatorio; (ii) la frustración de las expectativas razonables de GNZ y Tropigás; (iii) la arbitrariedad y falta de transparencia en las resoluciones tarifarias; (iv) la violación del debido proceso administrativo; y (v) la ausencia manifiesta de buena fe.

i. La repudiación de los principios del marco regulatorio

322. Según las Demandantes, los dos principios fundamentales del marco regulatorio son el principio de servicio al costo y el principio de equilibrio financiero.²⁹¹ Costa Rica repudió intencionalmente ambos principios en la Resolución Tarifaria ET 2010, que fijó un margen insuficiente incluso para cubrir los costos operativos de la empresa y dicha situación se mantuvo inalterada hasta la Resolución Tarifaria ET 2014, la cual redujo el margen, otorgando además una ganancia excesiva a los otros envasadores.²⁹²

323. Las Demandantes afirman que, al rechazar todas las peticiones de aumento de margen y otorgar márgenes insuficientes, la Demandada repudió los dos principios en que se basa el marco regulatorio del servicio público de GLP.²⁹³

324. Las Demandantes sostienen que, al valorar la legalidad internacional de una medida adoptada por el Estado, debe analizarse si existe una razón de política pública que la

²⁹⁰ Réplica sobre el Fondo, § 290.

²⁹¹ Réplica sobre el Fondo, § 256; PHB Demandantes, § 1.

²⁹² Réplica sobre el Fondo, §§ 252, 279.

²⁹³ Réplica sobre el Fondo, §§ 256, 259, 262, 263, 265, 601.

justifica. Según las Demandantes, en el presente caso ninguna de las resoluciones tarifarias de la ARESEP mantiene una lógica y razonable relación con los principios y objetivos del sector.²⁹⁴

ii. La frustración de las expectativas razonables

325. Las Demandantes sostienen que la ARESEP frustró sus expectativas razonables al haber anunciado aumentos en los márgenes en las audiencias públicas correspondientes a los procesos tarifarios de los años 2010 y 2011, que finalmente no implementó.²⁹⁵
326. A pesar de que en la audiencia pública de 2010 la DSE anunció que el aumento del margen debería ser de ₡19,316, finalmente sólo se produjo un aumento de ₡9,117, es decir ₡10,199 inferior al anunciado.²⁹⁶
327. En el 2011, la DSE anunció que el margen propuesto debería ser de ₡33,96, pero finalmente la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 decidió otorgar un aumento de ₡2,883, es decir, ₡31,08 inferior al anunciado.²⁹⁷
328. Según las Demandantes, las manifestaciones públicas de la DSE generaron expectativas razonables a GNZ y Tropicás de que sus solicitudes serían parcialmente admitidas pero los anuncios públicos no se concretaron.²⁹⁸

iii. La arbitrariedad y falta de transparencia

329. Las Demandantes alegan que la ARESEP actuó arbitrariamente cuando decidió unilateral y discrecionalmente no considerar la información sometida por Tropicás en las audiencias públicas de 2010 y 2011, a pesar de haber recibido previamente dicha información.²⁹⁹
330. También sostienen que la ARESEP recortó arbitrariamente la tasa de rentabilidad al establecer las tarifas en el 2010, pues ninguna disposición del marco regulatorio permite dicho recorte ni establece tampoco la vigencia de las tarifas de los servicios públicos.³⁰⁰
- Según las Demandantes, la Resolución Tarifaria ET 2014 demuestra la incongruencia de

²⁹⁴ Transcripción, día 1, p. 55, §§ 2-15.

²⁹⁵ Demanda sobre el Fondo, § 577.

²⁹⁶ Demanda sobre el Fondo, §§ 107-111.

²⁹⁷ Demanda sobre el Fondo, §§ 239-244.

²⁹⁸ Demanda sobre el Fondo, §§ 243-244.

²⁹⁹ Demanda sobre el Fondo, § 578.

³⁰⁰ Réplica sobre el Fondo, § 260.

la actuación de la ARESEP, pues en dicha resolución no se aplicó el criterio de recortar la tasa según la fecha de la resolución y los meses restantes del año calendario.³⁰¹

331. Las Demandantes alegan que la ARESEP actuó de manera arbitraria en todos los procesos de fijación tarifaria. Al imponer su propia fijación irrazonable y arbitraria en las Resoluciones Tarifarias de los ET 2010 y 2011, al negarse a hacer los ajustes necesarios en las Resoluciones Tarifarias de los ET 2012 y 2013 y al reducir el margen vigente en la Resolución Tarifaria ET 2014.³⁰²
332. En cuanto al argumento de falta de transparencia, las Demandantes alegan que las resoluciones tarifarias no proporcionaron razones o motivaciones que justificaran los criterios y conductas adoptadas, ni tampoco describieron la base legal sobre la que actuaron.³⁰³
333. En particular, las Demandantes alegan que la ARESEP simplemente afirmó que los costos eran excesivos, o que había inconsistencias en la información, sin embargo no brindó las razones o motivos de su decisión. Tampoco hizo referencia a las normas legales aplicables.³⁰⁴
334. La ARESEP tampoco demostró a través de sus propios cálculos o estimaciones por qué los de GNZ eran erróneos.³⁰⁵
335. Según las Demandantes, la falta de motivación y la aplicación de nuevos criterios para evaluar las Peticiones Tarifarias implica una falta de transparencia por parte de la ARESEP, que impedía a las Demandantes hacer los cambios o correcciones que fuesen necesarios.
336. Al respecto, las Demandantes sostienen que la Metodología no incluye una serie de criterios invocados por la ARESEP y por la Demandada, como: la presunción de que las empresas que no presentan información están conformes con la tarifa vigente, que la depreciación debía determinarse mediante el método de línea recta, o que la rentabilidad de las envasadoras debía determinarse mediante el modelo CAPM. Dichos criterios fueron utilizados en la Resolución Tarifaria ET 2001, pero no forman parte de la Metodología

³⁰¹ Réplica sobre el Fondo, § 261.

³⁰² Demanda sobre el Fondo, §§ 5-7.

³⁰³ Réplica sobre el Fondo, § 267.

³⁰⁴ Demanda sobre el Fondo, §§ 582, 587, 601.

³⁰⁵ Demanda sobre el Fondo, §§ 582, 587.

que se detalla en el Resolutivo I sino que se utilizaron únicamente para resolver la petición tarifaria específica en aquel momento.³⁰⁶

337. Las Demandantes critican que, en los procesos tarifarios de 2011, 2012 y 2013, la ARESEP no explicó por qué las alegadas inconsistencias o la falta de información en las peticiones tarifarias le impidieron correr el modelo tarifario.³⁰⁷ Además, en el supuesto de que ello fuera cierto, las Demandantes alegan que la ARESEP disponía o hubiera podido disponer de toda la información necesaria para realizar sus propios cálculos y establecer las nuevas tarifas de envasado, tal como lo hizo en resoluciones anteriores y en la Resolución Tarifaria ET 2014.³⁰⁸ Según las Demandante, es lo que la ARESEP debiera haber hecho de acuerdo con sus atribuciones, obligaciones y objetivos fundamentales.³⁰⁹

iv. Ausencia de debido proceso administrativo

338. Las Demandantes alegan que durante los procesos administrativos de revocatoria y apelación en los procesos tarifarios de 2011, 2012, y 2013, la Demandada actuó con mala fe y violando el debido proceso.³¹⁰
339. Las Demandantes se quejan de que la Demandada se demoró excesivamente en resolver el recurso planteado contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, el cual solo fue resuelto en septiembre de 2013,³¹¹ perjudicando deliberadamente a las Demandantes que estaban obligadas a aplicar la tarifa fijada en la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 hasta que se produjera una nueva fijación.³¹²
340. Además, las Demandantes alegan que en sus decisiones, la ARESEP incluyó nuevos razonamientos para mejorar la motivación de las resoluciones atacadas, dejando en indefensión a las Demandantes que basaban sus recursos en las motivaciones contenidas en los actos atacados.³¹³
341. Las Demandantes también afirman que los órganos superiores de la ARESEP incumplieron su obligación de examinar todos y cada uno de los agravios invocados por

³⁰⁶ Réplica sobre el Fondo, §§ 25, 28-40.

³⁰⁷ Demanda sobre el Fondo, §§ 587, 596.

³⁰⁸ Demanda sobre el Fondo, § 588; Réplica sobre el Fondo, § 276.

³⁰⁹ Demanda sobre el Fondo, § 588.

³¹⁰ Demanda sobre el Fondo, § 593.

³¹¹ Anexo C-48.

³¹² Demanda sobre el Fondo, § 590.

³¹³ Demanda sobre el Fondo, § 591.

GNZ, y se limitaron a aceptar sin cuestionar las determinaciones hechas por los órganos inferiores.³¹⁴ Además, la Junta Directiva decidió arbitrariamente que era innecesario pronunciarse sobre los agravios invocados por GNZ en vista de que ya se había fijado otra tarifa.³¹⁵

v. Actuación contraria a la buena fe

342. Las Demandantes sostienen que hubo una ausencia manifiesta de buena fe por parte de la ARESEP en todos los procesos de fijaciones tarifarias.

343. Según las Demandantes la mala fe de la Demandada se manifestó:

(i) Cuando la DSE afirmó en la audiencia pública de 2010 que el incremento estimado por ella era significativamente inferior al solicitado por GNZ, pues la DSE habría actuado de forma falaz y tendenciosa, manipulando abusivamente la información para hacer creer a la opinión pública que la estimación de GNZ estaba sobrevalorada.³¹⁶

(ii) En las Resoluciones Tarifarias ET 2011, cuando la ARESEP decidió que no podía aplicar la Metodología mientras que en el 2010 pudo hacerlo a pesar de que la información presentada por GNZ y Tropigás era la misma.³¹⁷

(iii) Al rechazar, “*como fuera*” la Petición Tarifaria 2011 en la resolución de la IE sobre el recurso de revocatoria.³¹⁸

(iv) Al rechazar la petición tarifaria de GNZ en la Resolución Tarifaria ET 2012 con base en argumentos infundados e inexistentes como la ausencia de la hoja de cálculo.³¹⁹

(v) En la Resolución Tarifaria ET 2013, en la que se resolvió la Petición Tarifaria de GNZ con base en motivos infundados e inexistentes.³²⁰

(vi) En los procesos tarifarios 2012 y 2013, cuando la Junta Directiva de la ARESEP decidió que los recursos de apelación carecían de interés actual por haberse fijado ya un margen de envasado de GLP.³²¹

³¹⁴ Demanda sobre el Fondo, §§ 592, 598.

³¹⁵ Demanda sobre el Fondo, §§ 594, 600.

³¹⁶ Demanda sobre el Fondo, §§ 114-119.

³¹⁷ Demanda sobre el Fondo, § 277.

³¹⁸ Demanda sobre el Fondo § 334.

³¹⁹ Demanda sobre el Fondo, § 377.

³²⁰ Demanda sobre el Fondo, sección C.4.A (ii); §§ 487, 497.

³²¹ Demanda sobre el Fondo, §§ 431, 503.

(vii) Al suplir los defectos en la información presentada por las empresas para fijar la tarifa en la Resolución Tarifaria ET 2014, en contradicción con lo que decidió en las Resoluciones Tarifarias de los ET 2011, 2012 y 2013.³²²

344. Finalmente, las Demandantes han alegado que:

“Si se consideran todos los elementos en su conjunto (la ausencia de motivos, razones o explicaciones legales o técnicas para rechazar legítimamente la solicitud tarifaria planteada por GNZ; la manipulación o influencia ejercida por el MINAE a la ARESEP durante el proceso de fijación tarifaria a través de su solicitud de condicionamiento; así como el grosero y deliberado comportamiento para rechazar sin razones ni fundamentos el recurso de revocatoria), es posible concluir que la conducta de la ARESEP obedeció naturalmente a un motivo político u alguna otra razón oculta que tenía como objetivo principal no permitir, bajo ninguna circunstancia, un incremento en el precio del servicio público de GLP. Lo anterior demuestra un rechazo arbitrario y una ausencia manifiesta de buena fe por parte de Costa Rica en el proceso tarifario, así como una inobservancia deliberada de los principios en los que se sustenta el marco jurídico.”³²³

3. La reclamación de daños de las Demandantes

345. Las Demandantes sostienen que el Tribunal Arbitral debe (a) aplicar el principio de reparación íntegra del derecho consuetudinario internacional y (b) condenar a la Demandada a indemnizar a las Demandantes por los daños sufridos.

a) Debe aplicarse el principio de reparación íntegra

346. Según las Demandantes, en vista de que el APPRI no contiene orientaciones respecto de la forma de determinar los daños y perjuicios por violaciones distintas de la expropiación, se debe acudir al derecho consuetudinario internacional para determinar el principio de indemnización aplicable.³²⁴

³²² Demanda sobre el Fondo, § 535.

³²³ Demanda sobre el Fondo, § 599.

³²⁴ Demanda sobre Daños, § 1.

347. Las Demandantes afirman que el principio general de derecho internacional, de acuerdo con las autoridades relevantes,³²⁵ es que la compensación debe deshacer el daño material ocasionado a un inversionista como consecuencia de una conducta del Estado violatoria de una obligación internacional.³²⁶

b) El cálculo del daño sufrido por las Demandantes

348. Las Demandantes alegan que las conductas de la Demandada generaron daños a las Demandantes, los cuales son capaces de ser evaluados y cuantificados en términos financieros según el Artículo 4 del APPRI.³²⁷

349. Las Demandantes sostienen que tienen derecho a una compensación por (i) las pérdidas sufridas como resultado de las tarifas aplicadas por la ARESEP así como (ii) por las utilidades no generadas al ser negados los ajustes de margen solicitados, más (iii) los intereses compuestos sobre dichos montos.

i. Las pérdidas sufridas

350. Las Demandantes aplican el método de flujos de caja para calcular sus daños y sostienen que los mismos estarían integrados por los flujos que sus inversiones perdieron de acuerdo a sus cifras históricas con las tarifas que estuvieron vigentes.

351. Los flujos se calcularon por períodos de tiempo definidos, en el 2010, por un período de 6 meses, y para los años 2011 a 2014 se consideraron los 12 meses del año natural, independientemente de la fecha en la que se hizo la petición tarifaria.³²⁸

352. A continuación, los montos establecidos cada año fueron actualizados al 31 de diciembre de 2014 a una tasa de interés del 11%, que se consideró una tasa apropiada al estar compuesta de una tasa de rendimiento de instrumentos de deuda emitidos por el Gobierno de Costa Rica,³²⁹ considerada como “*libre de riesgo*”, más un diferencial, basado en el

³²⁵ Las Demandantes citan como autoridades la decisión del caso “*The Factory at Chorzow*” (Alemania c. Polonia) (Fondo), de la Corte Permanente de Justicia Internacional, 1928 (Anexo CL-58) y el borrador de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (“**Artículos sobre Responsabilidad del Estado**”) (Anexo CL-59).

³²⁶ Demanda sobre Daños, § 5.

³²⁷ Demanda sobre Daños, § 7.

³²⁸ Demanda sobre Daños, § 17.

³²⁹ Bonos de Estabilización Monetaria en la subasta conjunta a tasa fija al 31 de diciembre de 2014 emitidos por el Banco Central de Costa Rica. Demanda sobre Daños, nota al pie 28.

análisis de mercados que representa el interés que deberá pagar una compañía privada sobre la tasa libre de riesgo al representar un mayor riesgo para quienes prestan el dinero.³³⁰

353. Según las Demandantes, la suma total de las pérdidas históricas de GNZ en valor actualizado al 31 de diciembre de 2014 es de ₡10.676 millones.³³¹

ii. Las utilidades que no se generaron

354. Las Demandantes determinaron los litros históricos de GLP vendidos por GNZ y Tropicás hasta el 31 de diciembre de 2014, luego determinaron los costos y gastos totales históricos de dichas empresas para establecer un costo promedio por litro. A dicho costo promedio se le adicionó el margen solicitado por GNZ a la ARESEP en cada una de las etapas en que se divide la venta de GLP.³³²

355. De esta forma, las Demandantes afirman que obtuvieron el importe de la tarifa reclamada por litro en cada período.³³³

356. Una vez determinada la tarifa por litro y los volúmenes totales históricos vendidos en cada período, las Demandantes multiplicaron ambos conceptos para obtener las ventas totales por cada período.³³⁴

357. De dichas ventas totales se descontó el costo de ventas, los gastos de administración y venta, los impuestos que generarían las utilidades y las inversiones de capital para obtener el flujo libre de efectivo por cada período.³³⁵

358. Seguidamente se actualizaron los flujos libres de efectivo de cada período al 31 de diciembre de 2014 a una tasa libre de riesgo (tasa del Bono de Estabilización Monetaria)

³³⁰ Demanda sobre Daños, nota al pie 29. Se utilizó el diferencial calculado por el Prof. Aswath Damodaran, basado en la diferencia histórica de la tasa de interés que paga una empresa de acuerdo a la calificación crediticia sobre la tasa libre de riesgo. Para GNZ se utilizó una calificación de BBB, lo que representa un diferencial de 1,75% sobre la tasa libre de riesgo.

³³¹ Demanda sobre Daños, § 26.

³³² Los márgenes para las etapas distribuidor y detallista sólo fueron solicitados para el año 2013, así que las Demandantes consideraron los mismos márgenes referidos en los otros períodos. Demanda sobre Daños, nota bajo la tabla en p. 12.

³³³ Demanda sobre Daños, §§ 28-30.

³³⁴ Demanda sobre Daños, § 31.

³³⁵ Demanda sobre Daños, § 32.

y se obtuvo un valor total actualizado al 31 de diciembre de 2014 de ₡29.956 millones, correspondiente a las utilidades no percibidas.³³⁶

359. De esta manera, según las Demandantes, la suma total de las pérdidas históricas y las utilidades no realizadas por GNZ asciende a ₡40.632 millones, lo que equivaldría en dólares americanos a US\$ 75 millones al 31 de diciembre de 2014.³³⁷

iii. Los intereses

360. Las Demandantes sostienen, basándose en el principio de reparación íntegra y en el Artículo 38.2 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado,³³⁸ que tienen derecho a que el Tribunal Arbitral otorgue intereses compuestos posteriores al laudo a una tasa comercial apropiada, los cuales se devengarán hasta que se haya cumplido la obligación de pago.³³⁹

361. Según las Demandantes, la tasa apropiada de intereses post laudo es 11%, que equivale al rendimiento de los bonos soberanos de la República de Costa Rica, la cual resulta idónea pues las Demandantes se convirtieron, de facto, en prestamistas involuntarios del Estado.³⁴⁰ Además consideran que dichos intereses deben ser compuestos de manera anual, según la práctica habitual.³⁴¹

B. Posición de la Demandada

362. La Demandada sostiene que (1) la ARESEP actuó correctamente al fijar las tarifas de GLP y, las Demandantes no han demostrado (2) las alegadas violaciones al APPRI ni (3) los pretendidos daños que reclaman en el arbitraje.

³³⁶ CP-1, IV.2, p. 19. Aunque en la Demanda sobre Daños reclamaban ₡32.683 millones por este concepto (Demanda sobre Daños, § 34), la perito de las Demandantes corrigió esta cifra en su informe, y las Demandantes adoptaron este monto en su petitorio en la Réplica sobre el Fondo, § 306.

³³⁷ CP-1, sección IV.3 “*Estimación total del Flujo – De pérdidas actualizadas y utilidades no generadas*”, p. 20.
³³⁸ Artículos sobre Responsabilidad del Estado (Anexo CL-59).

³³⁹ Demanda sobre Daños, §§ 37-39.

³⁴⁰ Demanda sobre Daños, § 40.

³⁴¹ Demanda sobre Daños, §§ 37, 41. Las Demandantes citan a los autores Ripinsky y Williams, quienes señalan que en los últimos 10 años, tribunales arbitrales en materia de inversión han predominantemente dictado laudos donde se otorgan intereses compuestos, existiendo más de 15 laudos en este sentido que fueron emitidos en su mayoría después del año 2000. Serguey Ripinsky y Kevin Williams, “*Damages in International Investment Law*”, British Institute of International and Comparative Law, 2008 (Anexo CL-57).

1. La ARESEP actuó correctamente al fijar las tarifas de GLP

363. La Demandada afirma que la ARESEP actuó correctamente en todos los procesos de revisión tarifaria y motivó sus decisiones en las resoluciones tarifarias y en los informes tarifarios de la DSE.

a) La Resolución Tarifaria ET 2010

364. Según la Demandada, la ARESEP explicó detalladamente por qué se ajustaron cada una de las partidas de costos invocados por GNZ (en particular los rubros *compras, canon y fletes*,³⁴² *beneficios*,³⁴³ *impuestos*,³⁴⁴ *mantenimiento y gastos administrativos*,³⁴⁵ *gastos financieros*,³⁴⁶ *proyección de costos de operación*,³⁴⁷ y *depreciación*³⁴⁸) y por Tropicás.³⁴⁹

365. La ARESEP también explicó por qué recortó ciertas partidas de los activos sujetos a rentabilidad en las peticiones de GNZ y Tropicás. En particular, la ARESEP rechazó la revaluación de los activos fijos propuestas por GNZ pues no se presentó justificación de la misma.³⁵⁰

366. Respecto de las amortizaciones, el propio informe de auditoría externa presentado por GNZ identificaba problemas en los cálculos de amortización de dicha sociedad, estas inconsistencias fueron explicadas en el informe técnico de la DSE.³⁵¹

367. La Demandada afirma que el método de línea recta o amortización lineal constituía la práctica regulatoria del sector, según lo establecido en la Resolución Tarifaria ET 2001,³⁵² y la utilización de un método distinto por GNZ provocó que los registros contables de la empresa presentaran saldos incorrectos.³⁵³ La ARESEP requirió a GNZ que presentara un detalle contable en el que constara la depreciación acumulada histórica, calculada por el

³⁴² Contestación sobre el Fondo, § 93; Anexo C-100, p. 6.

³⁴³ Contestación sobre el Fondo, § 94; Anexo C-128, p. 17, cuadro 3.4.3.

³⁴⁴ Contestación sobre el Fondo, § 95; Anexo C-128, p. 19.

³⁴⁵ Contestación sobre el Fondo, § 96; Anexo C-128, pp. 18-19; C-100, p. 17, V(a).

³⁴⁶ Contestación sobre el Fondo, § 97; Anexo C-100, p. 8, considerando I(18).

³⁴⁷ Contestación sobre el Fondo, §§ 98-100; Anexo C-100; p. 7, considerando I(16).

³⁴⁸ Contestación sobre el Fondo, § 101; Anexo C-128, pp. 19-20; Anexo C-100, p. 17, considerandos I(19) y I(20).

³⁴⁹ Contestación sobre el Fondo, §§ 104-107; Anexo C-100, pp. 8-11.

³⁵⁰ Contestación sobre el Fondo, §§ 112-122; Anexo C-100, p. 8, considerandos I(17), I(19)-I(20).

³⁵¹ Contestación sobre el Fondo, § 120; Anexo C-128, p. 19.

³⁵² Contestación sobre el Fondo, § 117; Anexo C-128, pp. 19-20; Anexo R-30, p. 4.

³⁵³ Contestación sobre el Fondo, § 118; Anexo C-128, p. 20.

método de línea recta, dentro de un plazo de tres meses pero GNZ no presentó estas correcciones.³⁵⁴

368. La ARESEP también excluyó las inversiones programadas y las obras en proceso propuestas en la Petición Tarifaria 2010.³⁵⁵ Esta decisión era conforme con la práctica constante en la regulación del GLP y con el criterio adoptado por la ARESEP desde la Resolución Tarifaria ET 2001 en la que se adoptó la Metodología.³⁵⁶ Además la ARESEP sí motivó su decisión señalando que *“la metodología tarifaria de Tasa de Retorno no contempla que se capitalice los proyectos de inversión, primero se ejecutan y luego se capitalizan, no incorpora las obras en proceso, se reconocen los activos útiles y utilizables.”*³⁵⁷
369. En cuanto a la decisión de ajustar el capital de trabajo a dos días y medio de inventario, la ARESEP estimó que debían reconocerse dos días y medio de inventario pues era la cantidad que GNZ y Tropicás efectivamente mantenían en su inventario, según constaba en los propios registros de dichas empresas.³⁵⁸
370. Respecto de la tasa de rentabilidad aplicada, la Demandada alega que la Resolución Tarifaria ET 2010 explicó y motivó la aplicación del modelo de valoración de activos de capital (CAPM) para fijar una tasa de rentabilidad anual de 11,09%.³⁵⁹ También la ARESEP motivó su decisión de dividir la tasa de rentabilidad aplicable, como ya había hecho en resoluciones anteriores, pues la misma sólo se aplicaría a la parte proporcional que faltaba del año 2010.³⁶⁰
371. Sobre el argumento de las Demandantes de que la ARESEP reconoció a las empresas costos unitarios superiores al margen que fijó la Resolución Tarifaria ET 2010,³⁶¹ la Demandada sostiene, en primer lugar, que ello no es cierto pues la información en que se basan las Demandantes no permite concluir que la ARESEP hubiese reconocido el alegado costo unitario de ₡55,317 para prestar el servicio.³⁶² En segundo lugar, la

³⁵⁴ Contestación sobre el Fondo, § 121; Anexo C-100, p. 21, Resolutivo XIII.

³⁵⁵ Anexo C-100, p. 8.

³⁵⁶ Contestación sobre el Fondo, § 128; Anexo R-88, pp. 34-35.

³⁵⁷ Contestación sobre el Fondo, § 130; Anexo C-100, p. 7.

³⁵⁸ Contestación sobre el Fondo, §§ 135-138; Anexo C-100, pp. 9-10; Anexo C-128, pp. 20, 22.

³⁵⁹ Contestación sobre el Fondo, §§ 140-144; Anexo C-100, pp. 6-7; Anexo C-128, pp. 10-14.

³⁶⁰ Contestación sobre el Fondo, §§ 145-147; Anexo C-100, p. 7.

³⁶¹ Demanda sobre el Fondo, §§ 154-165.

³⁶² Contestación sobre el Fondo, §§ 150-151; Demanda sobre el Fondo, § 154.

Demandada señala que la Metodología requiere ponderar los precios de base o márgenes de los concesionarios contra su participación en el mercado y sumar los precios ponderados, por lo que el precio de base individual de GNZ o Tropigás no es decisivo en la determinación de la tarifa ya que se debe considerar la información de los demás concesionarios.³⁶³ En tercer lugar, la Demandada alega que el argumento de las Demandantes es falaz, pues considerando a GNZ y Tropigás conjuntamente, el margen fijado de ₡54,033/litro es superior al costo unitario promedio de ambas empresas.³⁶⁴

372. Finalmente, la Demandada afirma que GNZ y Tropigás no presentaron ningún recurso administrativo o judicial contra la Resolución Tarifaria ET 2010, ni tampoco expresaron disconformidad alguna contra dicha resolución, sino que la aplicaron hasta la siguiente revisión tarifaria de 2011.³⁶⁵

b) Las Resoluciones Tarifarias ET 2011

373. La Demandada afirma que la Petición Tarifaria 2011 no contenía información fiable ya que no cumplía con las Normas Internacionales de Información Financiera, a pesar de que ello fue ordenado en la Resolución Tarifaria ET 2010.³⁶⁶

374. Según la Demandada, la Petición Tarifaria 2011 contenía inconsistencias en la información presentada que impedían hacer un cálculo razonable del margen de distribución.³⁶⁷ En particular, la ARESEP indicó los siguientes problemas:

- Un tercio de las ventas previstas por GNZ se refería a comercialización a otras empresas fuera de Costa Rica, y los costos de dichas ventas fueron presentados sin desglosar dentro de los costos globales de operación, lo que impedía el análisis separado de ambos gastos.³⁶⁸ Tropigás tampoco distinguió entre las ventas nacionales y extranjeras al calcular los costos tarifarios y los activos sujetos a rentabilidad.³⁶⁹
- GNZ y Tropigás incluyeron indebidamente entre los “*activos sujetos a rentabilidad*” rubros como “*obras en proceso*” y “*activo obsoleto por falta de tarifa*” que eran

³⁶³ Contestación sobre el Fondo, § 153; Dúplica sobre el Fondo, §§ 57-59.

³⁶⁴ Dúplica sobre el Fondo, § 56.

³⁶⁵ Contestación sobre el Fondo, §§ 155-157.

³⁶⁶ Dúplica sobre el Fondo, §§ 119-122.

³⁶⁷ Contestación sobre el Fondo, § 171; Anexo C-100, pp. 6-7.

³⁶⁸ Contestación sobre el Fondo, §§ 174-178.

³⁶⁹ Contestación sobre el Fondo, §§ 181-183.

activos inexistentes y por lo tanto no podían considerarse activos sujetos a rentabilidad.³⁷⁰

- Existían irregularidades importantes en la información sobre compraventa de GLP, ya que GNZ compraba GLP a Tropigás a pesar de que ello estuviera prohibido por las respectivas licencias de ambas empresas, y ello debía tener incidencia en los costos del servicio.³⁷¹

375. A pesar de las inconsistencias de la Petición Tarifaria 2011, la ARESEP decidió aumentar la tarifa de envasado para tomar en consideración los efectos de la inflación y de la nueva fijación del canon.³⁷²

376. La Primera Resolución Tarifaria ET 2011 fue recurrida y la IE estimó parcialmente este recurso. La Demandada señala que la IE objetó que la ARESEP aumentara la tarifa mediante un procedimiento diferente pues lo adecuado hubiera sido simplemente rechazar por el fondo la Petición Tarifaria 2011. Sin embargo, el aumento de la tarifa se mantuvo vigente pues la IE decidió dimensionar su decisión para permitir que se mantuviera el incremento de la tarifa.³⁷³

377. La Demandada sostiene que la Segunda Resolución Tarifaria ET 2011, que sustituyó a la anterior, concluyó igualmente que las inconsistencias y sobreestimaciones en los cálculos de GNZ y Tropigás en 2011 impedían el cálculo de la tarifa.³⁷⁴

c) La Resolución Tarifaria ET 2012

378. En la Resolución Tarifaria ET 2012 la ARESEP decidió rechazar por el fondo la Petición Tarifaria 2012 pues los cálculos presentados por GNZ eran incorrectos en varios aspectos, en particular:

- (i) La información presentada por GNZ no era fiable pues no aplicaba las normas internacionales de contabilidad.³⁷⁵
- (ii) Los cálculos incluían costos e inversiones no incurridos en la actividad de envasado.³⁷⁶

³⁷⁰ Contestación sobre el Fondo, §§ 179, 185; Anexo C-140, pp. 20, 23.

³⁷¹ Contestación sobre el Fondo, §§ 180, 186; Anexo C-140, pp. 21, 24.

³⁷² Anexo C-101.

³⁷³ Contestación sobre el Fondo, § 191.

³⁷⁴ Contestación sobre el Fondo, § 195.

³⁷⁵ Dúplica sobre el Fondo, §165.

³⁷⁶ Contestación sobre el Fondo, §§ 220-223; Anexo C-44, pp. 8-9.

(iii) El cálculo del activo neto no se ajustó a la Metodología, pues se utilizó el saldo resultante de la diferencia entre el activo y el pasivo, “*siendo lo correcto calcular el activo neto como el activo al costo, más el activo reevaluado, menos la depreciación acumulada al costo, menos la depreciación acumulada reevaluada.*”³⁷⁷ Al respecto la Demandada indica que las resoluciones tarifarias de los años 2010 y 2011 también tomaron en cuenta el método invocado por la ARESEP en la Resolución Tarifaria ET 2012, por lo que la misma no puede ser tachada de “*ad hoc*” y establecida “*sobre la marcha*” como pretenden las Demandantes.³⁷⁸

(iv) El activo incluía bienes que debían haberse contabilizado como costos.³⁷⁹ Sobre este punto, las Demandantes replicaron que la ARESEP no especifica de cuáles activos se trata, y que además la Metodología no establece excluir los activos cuyo valor sea inferior al salario base.³⁸⁰ La Demandada contra argumenta que la Resolución Tarifaria ET 2012 le pedía a GNZ que identificara los activos cuyo valor fuera inferior al 25% del salario base y los corrigiera a la luz del reglamento de la ley del impuesto sobre la renta. Señala además que la resolución identificó los activos afectados, las tareas que GNZ debía realizar, las normas jurídicas aplicables y la razón de la confusión.³⁸¹

(v) Se incluyeron “*inversiones rezagadas*” como un costo más sujeto a rentabilidad.³⁸² La Demandada alega al respecto que la asesora de GNZ, KPMG indicó en su informe que luego de haber hecho sus cálculos de margen de acuerdo con la Metodología, incluyó el nuevo rubro de inversiones rezagadas a solicitud de GNZ. Dicha inclusión, que no correspondía a la Metodología, aumentó el precio estimado de ₡308,8/litro a ₡334,1/litro.³⁸³

(vi) La Petición Tarifaria 2012 no incluía hojas de cálculo electrónicas.³⁸⁴ En cuanto a la hoja de cálculos electrónica que las Demandantes alegan haber entregado a la ARESEP,³⁸⁵ la Demandada sostiene que dichos archivos electrónicos no contienen las fórmulas que

³⁷⁷ Contestación sobre el Fondo, §224; Anexo C-44, p. 8.

³⁷⁸ Contestación sobre el Fondo, §§ 225-228, refiriéndose a Demanda sobre el Fondo, § 400.

³⁷⁹ Contestación sobre el Fondo, § 229; Anexo C-44, p. 9.

³⁸⁰ Demanda sobre el Fondo, § 403.

³⁸¹ Contestación sobre el Fondo, § 232.

³⁸² Contestación sobre el Fondo, § 233; Anexo C-44, p. 8.

³⁸³ Contestación sobre el Fondo, § 235; Anexo C-150, anexo 2, p.21.

³⁸⁴ Anexo C-44, pp, 8-9, 11.

³⁸⁵ Demanda sobre el Fondo, §§ 375-376, Anexo C-154.

explican cómo surgieron los montos, pues “a excepción de los totales y subtotales, todas las variables han sido insertadas manualmente”,³⁸⁶ de manera que los archivos Excel no aportaban nada a las versiones en PDF de la petición de GNZ.³⁸⁷

(vii) La ARESEP también identificó deficiencias en la información suministrada por las otras envasadoras (Gas Tomza, Súper Gas, Petrogás y Solgás) que le impedían aplicar la Metodología.³⁸⁸ En contra de lo afirmado por las Demandantes, la ARESEP ya había indicado a las empresas envasadoras en sus Resoluciones Tarifarias de los ET 2010 y 2011 los requisitos que debía observar la información contable que debían presentar.³⁸⁹ La ARESEP también se mantuvo en contacto y solicitó información adicional a estas empresas, sin embargo las empresas envasadoras no cumplieron con dichos requisitos ni aclararon las dudas a la ARESEP, lo cual le impidió aplicar la Metodología a esta última.³⁹⁰

d) La Resolución Tarifaria ET 2013

379. La Demandada sostiene que, al igual que en las anteriores peticiones, la información presentada por GNZ no era fiable pues GNZ no aplicaba las normas internacionales de contabilidad. Además la Petición Tarifaria 2013 contenía deficiencias en la información que impedían aplicar la Metodología y graves errores metodológicos. Finalmente, las demás envasadoras tampoco presentaron información correcta sobre sus costos tarifarios.
380. Según la Demandada, la ARESEP constató que la política de distribución de costos de GNZ no permitía distinguir entre los costos tarifarios y los costos no tarifarios de manera que “asignarlos íntegramente sin que de los resultados de la empresa se desprenda que no fueron incurridos únicamente en la etapa de envasado podría ser arbitrario y no discrecional.”³⁹¹ En razón de estas deficiencias, los técnicos de la ARESEP consideraron en su informe que admitir la Petición Tarifaria 2013 constituiría una violación de la ley y “posiblemente resultaría en una disminución respecto al margen actual.”³⁹²

³⁸⁶ Contestación sobre el Fondo, § 215; Anexos R-96A y R-96B.

³⁸⁷ Contestación sobre el Fondo, § 217; Anexo C-150, anexo 2.

³⁸⁸ Contestación sobre el Fondo, § 238; Anexo C-44, pp. 9-11.

³⁸⁹ Contestación sobre el Fondo, § 243; Anexos C-100, p.18 y C-101, p. 16.

³⁹⁰ Contestación sobre el Fondo, §§ 238, 242.

³⁹¹ Anexo C-45, pp. 12-13.

³⁹² Contestación sobre el Fondo, § 266; Anexo R-99, p. 11.

381. La Demandada indica que la ARESEP también señaló los siguientes errores metodológicos en la Petición Tarifaria 2013: (i) los costos, gastos e inversión de toda la empresa se incorporaban sin distinguir a qué fase se referían;³⁹³ (ii) los importes de compras de GLP a RECOPE que reportó KPMG no coincidían con los datos de compras de GNZ que manejaba RECOPE;³⁹⁴ (iii) KPMG calculó un estimado del precio de envasado sobre la base del precio promedio al consumidor del año anterior, lo cual es incorrecto pues se incluye el precio de la materia prima (las compras a RECOPE) que no puede ser considerado como costo operativo para el cálculo del margen de envasado, ya que su valor se actualiza mensualmente mediante fijaciones extraordinarias;³⁹⁵ (iv) se incluyeron gastos que debieron haberse contabilizado como costos;³⁹⁶ y (v) la información contable del año 2013 era incompleta a pesar de que el ejercicio de ese año ya había concluido.³⁹⁷
382. Además, al igual que en el proceso de fijación tarifaria anterior, las demás envasadoras no presentaron información correcta sobre sus costos tarifarios, lo que impidió a la ARESEP aplicar el Modelo tarifario.³⁹⁸

e) La Resolución Tarifaria ET 2014

383. La Demandada sostiene que la Resolución Tarifaria ET 2014 está fuera de la competencia del Tribunal Arbitral y, de manera subsidiaria, sostiene que la Resolución Tarifaria ET 2014 aplicó correctamente la Metodología.
- i. La Resolución Tarifaria ET 2014 no cae dentro de la competencia del Tribunal Arbitral
384. La Demandada sostiene que la reclamación sobre la Resolución Tarifaria ET 2014 no puede ser considerada una demanda adicional según el Artículo 46 del Convenio CIADI y la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje CIADI, pues la misma no cumple con los requisitos impuestos por estas disposiciones de que la demanda adicional “*se relacione*

³⁹³ Contestación sobre el Fondo, § 269; Anexo C-45, p.9.

³⁹⁴ Contestación sobre el Fondo, § 270; Anexo C-45, p. 9.

³⁹⁵ Contestación sobre el Fondo, § 271; Anexo C-45, pp. 10-11.

³⁹⁶ Contestación sobre el Fondo, §§ 272-273; Anexo C-45, p. 10.

³⁹⁷ Contestación sobre el Fondo, § 274; Anexo C-45, pp. 10-11.

³⁹⁸ Contestación sobre el Fondo, § 275; Anexo C-45, pp. 13-16.

*directamente con la diferencia” y “esté dentro del límite del consentimiento de las partes.”*³⁹⁹

385. La Demandada cita al respecto las notas explicativas de la Secretaría del CIADI sobre las reglas de arbitraje de 1968, en las que se indica que *“el requisito que esta condición impone es que la relación respecto de los hechos entre la demanda original y la subordinada sea tan estrecha que se requiera que se adjudique esta última para que se logre el arreglo definitivo de la diferencia, ya que el propósito es solucionar todos los motivos de diferencia que provengan del mismo asunto.”*⁴⁰⁰
386. Según la Demandada, la Resolución Tarifaria ET 2014 es una quinta medida, distinta a las anteriores y basada en una petición tarifaria diferente. El requisito de la Regla de Arbitraje 40 no se cumple pues, *“[d]ada la presencia continuada de GNZ como concesionario de GLP, y el mecanismo abierto [...] para solicitar ajustes tarifarios, no se requiere que se adjudique la conformidad de la Resolución Tarifaria del ET 2014 [...] para lograr un arreglo definitivo de la diferencia en este caso.”*⁴⁰¹
387. La Demandada también señala que la jurisprudencia citada por las Demandantes no es aplicable pues en tales casos no se trataba de invocar causales nuevas de responsabilidad como lo estarían haciendo las Demandantes en este caso.⁴⁰² La Demandada se refiere al caso *Itera International Energy LLC y otro c. Georgia* en el que el tribunal rechazó la admisibilidad de un reclamo adicional al considerar que debía tratarse del mismo objeto, es decir, que el vínculo entre las reclamaciones debía ser tan fuerte que no pudiera examinarse adecuadamente una reclamación sin decidir al mismo tiempo la otra.⁴⁰³
388. Finalmente, la Demandada sostiene que la reclamación cae fuera del consentimiento de las Partes pues, por una parte, no se ha conformado una controversia concreta entre las Partes sobre la Resolución Tarifaria ET 2014, ya que las Demandantes no reclaman daños

³⁹⁹ Dúplica sobre el Fondo, §§ 277-278.

⁴⁰⁰ CIADI, Reglamento y Reglas, CIADI/4/Rev.1, Impreso en abril de 1982, Regla 40, Nota B(a), p. 106 (Anexo RL-69).

⁴⁰¹ Dúplica sobre el Fondo, § 283.

⁴⁰² Dúplica sobre el Fondo, § 284, citando las decisiones en *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, 12 de abril de 2002 (*“Middle East Cement c. Egipto”*) (Anexo CL-65) y *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 (*“Metalclad c. México”*) (Anexo CL-66).

⁴⁰³ *Itera International Energy LLC e Itera Group NV c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/08/7, Decisión sobre Admisibilidad de las Demandas Adicionales, 4 de diciembre de 2009 (*“Itera c. Georgia, Decisión sobre Admisibilidad de Demandas Adicionales”*) (Anexo RL-70), § 100.

al respecto;⁴⁰⁴ y, por otra parte, las Demandantes sólo utilizan la Resolución Tarifaria ET 2014 para argumentar contra las resoluciones anteriores pero no formulan un reclamo de derecho internacional bajo el APPRI contra la Resolución Tarifaria ET 2014.⁴⁰⁵

ii. La Resolución Tarifaria ET 2014 aplicó correctamente la Metodología

389. La Demandada afirma que en la Resolución Tarifaria ET 2014, la ARESEP llevó a cabo un análisis de más de 20 páginas, aplicando la Metodología, para llegar a la conclusión sobre su fijación del margen aplicable.⁴⁰⁶
390. Según la Demandada, en este ejercicio, a diferencia de lo ocurrido en los períodos tarifarios anteriores, la información presentada por GNZ y las demás empresas era más específica y detallada.⁴⁰⁷
391. Respecto de los ajustes realizados, la Demandada sostiene que la Resolución Tarifaria 2014 explicó detalladamente los ajustes que hizo a la información sobre costos presentada por los concesionarios. Ello en aplicación del principio de servicio al costo, que implica que sólo se deben considerar los costos necesarios para prestar el servicio.⁴⁰⁸
392. La ARESEP aplicó la Metodología que establece que, “*el cálculo se debe hacer para la industria, utilizando el porcentaje de participación en el mercado para ponderar los márgenes anteriores.*”⁴⁰⁹ Según la Demandada, la disconformidad de las Demandantes se refiere al resultado de aplicar la Metodología, pero GNZ nunca impugnó la licitud de la Metodología.⁴¹⁰

2. Las Demandantes no han demostrado violaciones al APPRI

393. La Demandada sostiene que las Demandantes (a) no han satisfecho su carga de demostrar violaciones al APPRI, y en todo caso, (b) la Demandada no ha incumplido su obligación de otorgar un trato justo y equitativo.

⁴⁰⁴ Dúplica sobre el Fondo, §§ 289-290.

⁴⁰⁵ Dúplica sobre el Fondo, §§ 291-292.

⁴⁰⁶ Dúplica sobre el Fondo, §§ 296-298; Anexo C-84, p.26.

⁴⁰⁷ Dúplica sobre el Fondo, § 308; Anexo C-175, p. 22.

⁴⁰⁸ Dúplica sobre el Fondo, § 312.

⁴⁰⁹ Dúplica sobre el Fondo, § 301; Anexo C-84, p. 21.

⁴¹⁰ Dúplica sobre el Fondo, §§ 313-314.

a) Las Demandantes no han demostrado violaciones al APPRI

394. La Demandada sostiene que las Demandantes tienen la carga de probar que la conducta del Estado violó el derecho internacional aplicable.⁴¹¹ Para ello no basta con invocar el derecho internacional y etiquetar las actuaciones del Estado, sino que las Demandantes deberían haber identificado en qué consisten las violaciones y cuáles hechos específicos dan lugar a ellas.⁴¹²
395. La Demandada alega que, aunque las Demandantes se refieren a una serie de conductas como violatorias del estándar de trato justo y equitativo, no explican precisamente en qué consisten dichas violaciones, cómo se producen, ni los elementos que deben ser tomados en cuenta para su análisis, sino que se contentan con enumerarlos sin ofrecer ningún fundamento.⁴¹³
396. Según la Demandada, de acuerdo con la Regla de Arbitraje 31(3), las Demandantes deberían haber satisfecho su carga de alegar y probar las violaciones al APPRI en su Demanda sobre el Fondo, sin embargo no lo hicieron y sus reclamos deben ser rechazados.⁴¹⁴

b) Costa Rica no ha incumplido su obligación de otorgar un trato justo y equitativo

i. La Demandada no ha frustrado expectativas legítimas de las Demandantes

397. La reclamación de las Demandantes se basa en las declaraciones de la ARESEP en las audiencias públicas de 2010 y 2011. Según Costa Rica, esta reclamación se sostiene en falsas premisas pues Costa Rica no asumió compromisos ni ofreció garantías a las Demandantes y éstas no pudieron generar expectativas legítimas al respecto.⁴¹⁵
398. Según la Demandada, las expectativas legítimas sólo surgen de compromisos o promesas ofrecidos por el Estado receptor para inducir al inversionista a realizar la inversión.⁴¹⁶

⁴¹¹ Contestación sobre el Fondo, §§ 294-297.

⁴¹² Contestación sobre el Fondo, §§ 298-299, citando *Robert Azinian et al. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 ("*Azinian c. México*") (Anexo RL-52), § 90 e *Iberdrola Energía S.A. c. Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012 ("*Iberdrola c. Guatemala*") (Anexo RL-32), § 353.

⁴¹³ Contestación sobre el Fondo, §§ 301-315.

⁴¹⁴ Contestación sobre el Fondo, §§ 300, 316.

⁴¹⁵ Contestación sobre el Fondo, §§ 319, 320.

⁴¹⁶ Contestación sobre el Fondo, § 341.

399. La Demandada afirma no haber asumido ningún compromiso específico frente a las Demandantes, pues ni siquiera conocía su existencia hasta casi dos años después de hecha la inversión.⁴¹⁷ En cuanto a la legislación general costarricense, la misma implica el riesgo inherente de que las solicitudes de ajuste de tarifa sean rechazadas total o parcialmente.⁴¹⁸
400. La Demandada sostiene que las declaraciones de la ARESEP en las audiencias públicas de 2010 y 2011 ocurrieron después de haberse realizado la inversión, por tanto las Demandantes no pudieron basarse en las mismas para realizar su inversión.⁴¹⁹ Además, el cálculo de la tarifa durante las audiencias públicas se hizo sólo con fines didácticos y de participación ciudadana, y su propósito no era fijar la tarifa final ni anticiparla.⁴²⁰ Finalmente, las declaraciones de la ARESEP durante las audiencias no contienen compromisos sobre la fijación de una tarifa. La ARESEP indicó que se trataba de demostraciones en las que se utilizaban los valores indicados por GNZ en sus Peticiones Tarifarias pero las mismas se encontraban sujetas a escrutinio, y existía la posibilidad de que ni siquiera se ajustaran los márgenes.⁴²¹

ii. La Demandada no ha actuado en forma arbitraria o irrazonable

401. La Demandada sostiene que el rechazo de las peticiones tarifarias, por sí mismo, no implica una actuación arbitraria o irrazonable y afirma que Costa Rica no incurrió en arbitrariedad o actuación irrazonable.⁴²²
402. Según la Demandada, no todo error en la aplicación del derecho interno representa un trato arbitrario a nivel internacional⁴²³ y los tribunales de inversión no pueden ser utilizados como instancias de apelación de las decisiones administrativas internas.⁴²⁴

⁴¹⁷ Contestación sobre el Fondo, § 327.

⁴¹⁸ Contestación sobre el Fondo, § 329.

⁴¹⁹ Contestación sobre el Fondo, § 349.

⁴²⁰ Contestación sobre el Fondo, § 350.

⁴²¹ Contestación sobre el Fondo, §§ 352-359; Anexos C-125, p. 17 y C-138, p. 2.

⁴²² Contestación sobre el Fondo, § 364.

⁴²³ Contestación sobre el Fondo, § 366, citando la decisión en *Elettronica Sicula S.p.A.* (EEUU c. Italia), Sentencia 1989, Repertorio CIJ 15 (“*ELSP*”) (Anexo RL-60), §§ 124, 128.

⁴²⁴ Contestación sobre el Fondo, §§ 368-373, citando *Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI (TLCAN), Laudo, 26 de enero de 2006 (“*Thunderbird c. México*”) (Anexo RL- 58), §§ 125, 127; *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003 (“*Generation Ukraine c. Ucrania*”) (Anexo RL-61), § 20.33; *Iberdrola c. Guatemala* (Anexo RL-32), § 323; *Enkev Beheer c. República de Polonia*, Caso CPA No. 2013-01, Primer Laudo Parcial, 29 de abril de 2014 (“*Enkev c. Polonia*”) (Anexo RL-62), § 327; *Chemtura Corp. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), 2 de agosto de 2010 (“*Chemtura c. Canadá*”) (Anexo RL-63), § 134.

403. Además, según la Demandada, si el inversionista no recurre las decisiones administrativas podría verse impedido de alegar que el Estado receptor actuó con arbitrariedad ya que no ha puesto a prueba los mecanismos correctores de dicho Estado.⁴²⁵ En el presente caso, las Demandantes no plantearon ningún recurso contra la Resolución Tarifaria ET 2010 y ningún recurso judicial contra las Resoluciones Tarifarias del ET 2011.⁴²⁶
404. La Demandada también alega que la conducta arbitraria debe ser particularmente grave pues “*el APPRI protege contra la completa indiferencia hacia el Estado de Derecho o contra conductas que ofendan el sentido de decoro judicial*”,⁴²⁷ sin embargo no se han producido circunstancias semejantes en el presente caso.⁴²⁸
405. Según la Demandada, ella no ha incurrido en actos arbitrarios o irrazonables. La ARESEP no adoptó en sus Resoluciones Tarifarias de los ET 2010 y 2011 lo declarado en la audiencia pública, porque las exposiciones hechas en dichas audiencias no eran vinculantes sino únicamente hipotéticas y didácticas.⁴²⁹
406. La suposición de que las empresas que no presentasen peticiones tarifarias estaban satisfechas con la tarifa vigente no fue arbitraria, pues ello estaba previsto por la Metodología.⁴³⁰ Además, resulta racional y razonable deducir que las empresas que no atendieron a la solicitud de información de la ARESEP durante los procesos de revisión tarifaria estaban satisfechas con la tarifa vigente pues no buscaban un aumento del margen.⁴³¹
407. La Demandada también alega que es erróneo afirmar que en su Resolución Tarifaria ET 2010 la ARESEP no demostró por qué las peticiones tarifarias de GNZ y Tropigás estaban sobrevaloradas. Según la Demandada, ello implica decir que la ARESEP incurrió en error al aplicar la Metodología en la Resolución Tarifaria ET 2010. Sin embargo, el mero error

⁴²⁵ Contestación sobre el Fondo, §§ 374-376, citando *ELSI* (Anexo RL-60), § 129 y *Generation Ukraine c. Ucrania* (Anexo RL-61), § 20.33.

⁴²⁶ Contestación sobre el Fondo, § 377.

⁴²⁷ Contestación sobre el Fondo, §§ 378 y ss., citando *ELSI* (Anexo RL-60), §§ 124, 128; *Azurix Corp. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 (“*Azurix c. Argentina*”) (Anexo CL-48), § 392; *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 (“*Siag c. Egipto*”) (Anexo CL-56), § 459; *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 (“*Rumeli c. Kazajstán*”) (Anexo CL-52), § 614.

⁴²⁸ Contestación sobre el Fondo, § 380.

⁴²⁹ Contestación sobre el Fondo, § 385.

⁴³⁰ Contestación sobre el Fondo, §§ 388-389; Resolución Tarifaria ET 2001, considerando No. 9.

⁴³¹ Contestación sobre el Fondo, §§ 391-392.

no es arbitrariedad y las Demandantes pudieron y debieron corregir este error a través de recursos administrativos o judiciales, pero no lo hicieron.⁴³²

408. En cuanto al argumento de las Demandantes de que la ARESEP no utilizara la información financiera de la que disponía para corregir cualquier error en las peticiones tarifarias de GNZ y Tropigás,⁴³³ la Demandada afirma que la ARESEP no dispone de la información contable en la forma diferenciada y detallada que se necesita para determinar el margen de envasado, y además no corresponde a la ARESEP suplir las deficiencias de las envasadoras. Lo racional y razonable es que a las empresas petentes les corresponde entregar la información adecuada.⁴³⁴
409. Finalmente, respecto del alegato de que la Resolución Tarifaria ET 2013 estuviese basada en información errónea,⁴³⁵ la Demandada alega que no corresponde al Tribunal Arbitral reemplazar a los organismos especializados del Estado receptor y examinar el razonamiento de las resoluciones tarifarias de la ARESEP en la misma forma en que lo harían los tribunales de justicia de la Demandada.⁴³⁶

iii. La Demandada ha respetado el debido proceso

410. La Demandada afirma que la obligación de debido proceso es menos exigente respecto de organismos administrativos que de instancias judiciales. En materia de solicitudes administrativas, el Estado cumple su obligación si otorga al inversionista la oportunidad de ser oído, considera la evidencia presentada y explica las razones que motivan su decisión.⁴³⁷
411. Además la Demandada sostiene que el Estado receptor respeta el debido proceso si pone a disposición de los inversionistas recursos eficaces que permitan subsanar los alegados defectos en las decisiones administrativas.⁴³⁸ En el presente caso GNZ sólo hizo uso

⁴³² Contestación sobre el Fondo, § 394.

⁴³³ Demanda sobre el Fondo, § 578.

⁴³⁴ Contestación sobre el Fondo, §§ 395-397.

⁴³⁵ Demanda sobre el Fondo, § 440.

⁴³⁶ Contestación sobre el Fondo, § 399.

⁴³⁷ Contestación sobre el Fondo, §§ 404-405, citando *Thunderbird c. México* (Anexo RL-58), §§ 198, 200.

⁴³⁸ Contestación sobre el Fondo, § 406 y ss., citando *Chemtura c. Canadá* (Anexo RL-63), §§ 145, 159; *ECE Projektmanagement International GmbH y Kommanditgesellschaft Panta Achtundsechzigste Grundstücksgesellschaft GmbH & Co. c. República Checa*, Caso CPA No. 2010-5 (CNUDMI), Laudo, 19 de septiembre de 2013 ("**Projektmanagement International c. República Checa**") (Anexo RL-53), § 4.805; *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömu Kft c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010 ("**AES c. Hungría**") (Anexo RL-64), §§ 9.3.65-9.3.66.

parcial de los recursos administrativos disponibles y no hizo uso alguno de los recursos judiciales disponibles.⁴³⁹

412. Según la Demandada, al oír los recursos interpuestos por las Demandantes, Costa Rica observó el debido proceso.
413. La demora en decidir el recurso de revocatoria de 2011 no es violatoria del debido proceso pues se debió a un período de reformas institucionales de la ARESEP para adaptar dicha institución a las obligaciones del Estado bajo el DR-CAFTA.⁴⁴⁰ GNZ pudo interponer recursos judiciales contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 en cualquier momento, pero no lo hizo.⁴⁴¹
414. La alegada “*mejora*” de los argumentos de la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 tampoco atenta contra el debido proceso pues los recursos persiguen precisamente corregir los fundamentos y razonamientos deficientes.⁴⁴²
415. Según la Demandada, no atenta contra el debido proceso que la ARESEP no se pronunciara expresamente respecto de cada uno de los argumentos de GNZ, pues el debido proceso bajo el derecho internacional no obligaba a la Demandada a aceptar o resolver todos los argumentos de GNZ sino a considerar debidamente sus pretensiones.⁴⁴³ Si las Demandantes estimaron que sus recursos no fueron bien atendidos, hubieran podido recurrir dicho acto en revocatoria o en apelación o intentar un recurso contencioso-administrativo.⁴⁴⁴
416. Tampoco atenta contra el debido proceso el que la Junta Directiva de ARESEP no se pronunciara sobre el fondo de la apelación contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011. La Junta Directiva consideró que, en vista de que la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 ya había sido anulada, el objeto de la apelación estaba directamente vinculado con el punto anulado y era innecesario instruir un proceso de apelación, prefiriendo instruir a la IE a resolver la Petición Tarifaria 2011.⁴⁴⁵

⁴³⁹ Contestación sobre el Fondo, § 413.

⁴⁴⁰ Contestación sobre el Fondo, § 423; Declaración DT-1, § 40.

⁴⁴¹ Contestación sobre el Fondo, §§ 416, 423-425.

⁴⁴² Contestación sobre el Fondo, § 417.

⁴⁴³ Contestación sobre el Fondo, §§ 418-419, 437; Declaración DT-3, § 18.

⁴⁴⁴ Contestación sobre el Fondo, § 437; Declaración DT-3, §19.

⁴⁴⁵ Contestación sobre el Fondo, § 422.

417. Respecto de la decisión del recurso de revocatoria contra la Resolución Tarifaria ET 2012, la Demandada señala que es normal que la misma autoridad que había resuelto la petición de ajuste no tuviera consideraciones adicionales que aportar.⁴⁴⁶
418. No atenta contra el debido proceso que la ARESEP exija a las envasadoras que presenten la información que sirva de base para el ajuste tarifario, pues solo las envasadoras disponen de dicha información.⁴⁴⁷
419. Tampoco atenta contra el debido proceso que el MINAE haya solicitado a la ARESEP que se condicionara el acuerdo de aumentos al cumplimiento de las condiciones de seguridad de las plantas. El MINAE únicamente ejerció la facultad procesal prevista en la ley de ejercer una oposición o coadyuvancia durante la audiencia pública.⁴⁴⁸ En todo caso, la solicitud del MINAE no fue aplicada en la Resolución Tarifaria ET 2012 pues la ARESEP decidió que no podía aplicar la Metodología.⁴⁴⁹

iv. La Demandada ha actuado con transparencia

420. Según la Demandada, el Estado receptor cumple su obligación de transparencia cuando su conducta se basa en leyes y regulaciones, de público conocimiento, que permanecen invariadas en el transcurso de la controversia, y cuando pone a disposición del inversionista recursos legales para corregir los eventuales defectos de falta de transparencia.⁴⁵⁰
421. La Demandada sostiene que durante las audiencias públicas de 2010 y 2011, la ARESEP indicó que sus exposiciones tenían fines didácticos, eran susceptibles de cambiar y que, de producirse dichos cambios, se emitiría una resolución publicada en la Gaceta.⁴⁵¹
422. La Demandada también alega que la motivación de la Resolución Tarifaria ET 2010 era suficiente. Si las Demandantes entendían lo contrario, el sistema legal de la Demandada les permitía recurrir contra dicha resolución, pero las Demandantes no interpusieron recurso alguno.⁴⁵²

⁴⁴⁶ Contestación sobre el Fondo, § 429.

⁴⁴⁷ Contestación sobre el Fondo, § 430.

⁴⁴⁸ Contestación sobre el Fondo, § 431.

⁴⁴⁹ Contestación sobre el Fondo, § 433.

⁴⁵⁰ Contestación sobre el Fondo, § 442.

⁴⁵¹ Contestación sobre el Fondo, § 446.

⁴⁵² Contestación sobre el Fondo, § 448.

v. La Demandada ha actuado de buena fe

423. La Demandada sostiene que las afirmaciones de las Demandantes de que la ARESEP actuaba de mala fe y motivada “*por algún propósito oculto o motivo político*” al decidir las peticiones tarifarias o los recursos de revocatoria y apelación de GNZ y Tropigás no se basan en ningún fundamento.⁴⁵³
424. Según la Demandada, la mala fe implica una violación grave y manifiesta de estándares internacionales,⁴⁵⁴ un incumplimiento deliberado de las obligaciones del Estado hacia la inversión,⁴⁵⁵ o la utilización de sus leyes y organismos para fines distintos de aquellos para los que fueron creados.⁴⁵⁶
425. La Demandada afirma que es un principio general del derecho internacional que la mala fe no se presume, ni basta con afirmar su existencia, sino que debe probarse.⁴⁵⁷
426. Respecto de los alegatos específicos invocados por las Demandantes,⁴⁵⁸ la Demandada afirma que:
- La Resolución Tarifaria ET 2010 no “*se apartó de todo criterio técnico, razonable o proporcional*”, sino que al contrario, es un documento razonado y motivado. Además GNZ y Tropigás no recurrieron dicha resolución.⁴⁵⁹
 - La decisión del IE sobre el recurso de revocatoria contra la Segunda Resolución Tarifaria ET 2011 no fue de mala fe y fue plenamente consistente con la decisión del Comité de Regulación de la ARESEP en cuanto a la falta de información para aplicar la Metodología.⁴⁶⁰
 - Tampoco constituye mala fe que la ARESEP no hubiese suplido a las envasadoras en su obligación de suministrar información completa y fiable en su Petición Tarifaria 2011.⁴⁶¹

⁴⁵³ Contestación sobre el Fondo, §§ 451, 456.

⁴⁵⁴ Contestación sobre el Fondo, § 452, citando *Saluka c. República Checa* (Anexo CL-42), § 307.

⁴⁵⁵ Contestación sobre el Fondo, § 453, citando *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (“*Waste Management c. México II*”) (Anexo CL-50), §138.

⁴⁵⁶ Contestación sobre el Fondo, § 454 citando *Frontier Petroleum Ltd. c. República Checa*, (CNUDMI), Laudo Final, 12 de noviembre de 2010 (“*Frontier Petroleum. c. República Checa*”) (Anexo RL-67), § 300.

⁴⁵⁷ Contestación sobre el Fondo, § 455.

⁴⁵⁸ Réplica sobre el Fondo, §§ 259, 261, 263.

⁴⁵⁹ Contestación sobre el Fondo, § 457.

⁴⁶⁰ Contestación sobre el Fondo, § 458.

⁴⁶¹ Contestación sobre el Fondo, § 459.

- Tampoco actuó de mala fe la Junta Directiva de la ARESEP al negarse a instruir la apelación contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, pues la IE ya había revocado dicha resolución según lo solicitó GNZ.⁴⁶²
- Tampoco es posible que la Resolución Tarifaria ET 2014, siendo posterior a la Resolución Tarifaria ET 2013, refleje una alegada mala fe de la ARESEP al resolver esta última.⁴⁶³

3. Las Demandantes no han demostrado su reclamación de daños

427. La Demandada sostiene que **(a)** la reclamación de daños no es seria; **(b)** no se demuestra que la conducta de Costa Rica causó los daños reclamados; **(c)** no se demuestra la pertinencia de aplicar intereses; **(d)** la reclamación prescinde de la Metodología; y **(e)** los informes en que se basan las Demandantes no contienen información confiable.

a) La reclamación de daños de las Demandantes no es seria

428. Según la Demandada, las Demandantes no reclaman daños propios en su supuesta calidad de inversionistas suizos, reclaman daños sufridos por GNZ (incluyendo los sufridos por Tropigás), sin embargo el APPRI no permite a las Demandantes reclamar daños a nombre de GNZ.⁴⁶⁴

429. Por otra parte, las Demandantes no tendrían derecho a una reparación en dólares estadounidenses. No hay norma del APPRI que determine la moneda en que debe pagarse una indemnización por vulneración del trato justo y equitativo. Por ello, en el caso en que deba pagarse una indemnización, ésta debe ser pagada en colones costarricenses.⁴⁶⁵

b) No se demuestra la causalidad entre la conducta de la Demandada y los alegados daños

430. La Demandada también alega que no existe un vínculo de causalidad entre los hechos ilícitos alegados y las pérdidas reclamadas. Las Demandantes calculan su daño según “*el flujo que las inversiones hubieran obtenido si la ARESEP hubiera aceptado los márgenes*

⁴⁶² Contestación sobre el Fondo, § 460.

⁴⁶³ Contestación sobre el Fondo, §§ 461-462.

⁴⁶⁴ Contestación sobre el Fondo, § 465.

⁴⁶⁵ Dúplica sobre el Fondo, §§ 422-427.

solicitados por Gas Nacional Zeta.”⁴⁶⁶ Sin embargo su reclamación se refiere a que la ARESEP no otorgó el margen que fue expuesto durante las audiencias públicas, no se refiere a la reclamación de las Demandantes de que la autoridad reguladora no haya concedido íntegramente el margen solicitado por GNZ, que era mayor.⁴⁶⁷

431. Además, aun aceptando la hipótesis propuesta, las Demandantes no han demostrado que las conductas de Costa Rica les hayan causado daños.⁴⁶⁸
432. El enfoque de “*flujos*” empleado por las Demandantes es incorrecto pues no existe certidumbre sobre los datos financieros de GNZ. Ésta última no ha adoptado las Normas Internacionales de Información Financiera, y los márgenes concedidos por la ARESEP impactan directamente en la utilidad bruta y no en los flujos de caja, por lo que tiene más sentido enfocarse en la utilidad bruta de la empresa.
433. El experto de la Demandada, Dr. Alberro, realizó el cálculo de la diferencia entre la utilidad bruta hipotética (“**UBH**”) que hubiera tenido GNZ de haberse otorgado el margen solicitado y la utilidad real que obtuvo históricamente (“**UBR**”). Según la Demandada, dicho cálculo fue conservador, pues (i) se tomaron en cuenta las cifras propuestas por las Demandantes en su Demanda sobre el Fondo, (ii) se asumió que la ARESEP otorgó el margen solicitado por GNZ y que el mismo tuvo vigencia durante todo el año calendario.
434. El Dr. Alberro calculó el precio al que GNZ hubiera vendido de autorizarse las peticiones tarifarias:

**Tabla 1 Precio de venta de Recope a Almacenadores
y Margen Reclamado por GNZ (¢/l)⁴⁶⁹**

	2010*	2011	2012	2013	2014
A) Precio Promedio de venta de Recope	249.0	283.5	240.4	208.5	238.0
B) Margen Reclamado por GNZ	86,4	105,5	107,1	83,0	83,0

⁴⁶⁶ Demanda sobre Daños, § 19(B).

⁴⁶⁷ Contestación sobre el Fondo, § 466.

⁴⁶⁸ Contestación sobre el Fondo, § 473.

⁴⁶⁹ Contestación sobre el Fondo, Tabla 1, § 488; CP-1, § 29.

C) Precio al que GNZ habría vendido si la ARESEP hubiera autorizado los márgenes solicitados (A+B)	335.4	389.0	347.5	291.5	321.0
---	-------	-------	-------	-------	-------

*Julio-Diciembre únicamente. Memorial de Demanda sobre Daños.

435. Luego multiplicó las cantidades de GLP históricamente vendido por dicho precio hipotético y al resultado le restó el costo de ventas.

Tabla 2: Utilidad Bruta y Supuesto Daño (millones)⁴⁷⁰

	2010*	2011	2012	2013	2014
A) Volumen de venta de GNZ 1. (litros)	69.6	133.7	129.4	130.2	138.5
B) Ventas que GNZ habría tenido si la ARESEP hubiera autorizado los márgenes solicitados= A*línea C de la Tabla 1. (¢)	23,343	52,009	44,971	37,9552	44,465
C) Costo de Ventas Real (CVGNZ). (¢)	24,448	57,636	31,419	27,122	34,790
D) Utilidad Bruta que GNZ habría tenido si la ARESEP hubiera autorizado los márgenes solicitados (UBH =B-C). (¢)	-1,105	-5,627	13,552	10,833	9,675
E) Utilidad Bruta Real (UBR). (¢)	4,543	8,845	8,914	9,129	7,590
Daño (si el número es positivo): D-E	-5,648	-14,472	4,638	1,704	2,085

1 Último renglón del cuadro en la p. 11 del [Memorial de Demanda sobre Daños].

2 La petición de fijación de margen de 2013 fue hecha en diciembre. Si se imputa a 2013 la tarifa autorizada en diciembre 2012 (107.125 ¢/l) en vez de la que fue solicitada en diciembre 2013 (83.025 ¢/l), el resultado numérico no se modifica cualitativamente.

⁴⁷⁰

Contestación sobre el Fondo, Tabla 2, § 489; CP-1, § 31.

3 Línea 3, cuadro en la p. 9 del [Memorial de Demanda sobre Daños].

4 Línea 4, cuadro en la p. 9 del [Memorial de Demanda sobre Daños].

436. A través de esta operación y de la comparación de la suma de la UBH contra la UBR de cada año, el Dr. Alberro llegó a la conclusión de que “*la información que aporta la Demandante en su MDD y la información pública disponible de Recope y ARESEP, muestran que la suma de las utilidades brutas de GNZ durante los años 2010 a 2014 fue mayor que la que habría tenido si la ARESEP hubiera accedido a sus peticiones de aumento en el margen. Por lo tanto, las pérdidas que GNZ pudo haber tenido durante ese periodo no son atribuibles a las acciones de la ARESEP.*”⁴⁷¹
437. Es decir, la UBH total es menor a la UBR, por tanto no hubo daño.

c) Intereses

438. La Demandada sostiene que las Demandantes no han demostrado la pertinencia de recibir intereses ni de la tasa que reclaman, por lo tanto, la Demandada no tiene un caso que responder.⁴⁷²

d) La reclamación prescinde de la Metodología

439. Según la Demandada, la reclamación de daños de las Demandantes prescinde de la Metodología y la colocaría por encima de lo previsto por la ley, pues: (i) no se pondera el margen otorgado contra la participación en el mercado de GNZ y de las otras empresas; (ii) se asume que la tarifa entra en vigor el 1 de enero de cada año, en lugar de la fecha que dispone cada resolución tarifaria tomando en cuenta que media un plazo entre la solicitud y la resolución; y (iii) los daños sólo se extenderían hasta el próximo período tarifario, pues la Ley ARESEP establece que las concesionarias debían solicitar ajustes al menos una vez al año.⁴⁷³

e) Los informes de las Demandantes no contienen bases confiables

440. El Dr. Alberro demuestra que el Informe de 2015 y el Informe de Réplica de KPMG no ofrecen una base confiable para la estimación de daños. El Informe de 2015 no distingue

⁴⁷¹ Contestación sobre el Fondo, § 490; CP-1, § 35.

⁴⁷² Contestación sobre el Fondo, §§ 492-493.

⁴⁷³ Contestación sobre el Fondo, §§ 494-497.

datos relativos a actividades reguladas y no reguladas, debido a lo cual no se puede inferir un nexo causal entre el supuesto hecho ilícito y las supuestas pérdidas. Además, incurre en instancias de doble contabilización e infla su estimación de daños al comparar a GNZ con distribuidores de gas natural. Finalmente, el Informe de Réplica propone una tasa de interés posterior al Laudo excesiva.⁴⁷⁴

VII. PETICIONES DE LAS PARTES

A. Peticiones de las Demandantes

441. En su Escrito Posterior a la Audiencia,⁴⁷⁵ las Demandantes solicitaron al Tribunal Arbitral:

(i) Encontrar que la República de Costa Rica ha violado sus obligaciones contempladas en el párrafo primero del Artículo 4 Protección y Tratamiento del APPRI Suiza-Costa Rica, en especial, la del deber de otorgar en todo momento a las inversiones y a las rentas de los inversionistas un trato justo y equitativo, así como la de no obstaculizar mediante medidas discriminatorias o no razonables la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión o la enajenación de las inversiones y rentas de las Demandantes.

(ii) Ordenar a la Demandada el pago de una compensación y reparación íntegra a la cual tienen derecho las Demandantes, como consecuencia de los daños y pérdidas sufridos hasta el 31 de diciembre de 2014.

(iii) Ordenar a la Demandada el pago de los intereses compuestos que correspondan después de la emisión del Laudo y hasta la fecha en que se haya cumplido con la obligación de pago.

(iv) Ordenar que la Demandada pague todas las costas y honorarios legales incurridos por las Demandantes desde el inicio del proceso arbitral.

B. Peticiones de la Demandada

442. En su Escrito Posterior a la Audiencia,⁴⁷⁶ la Demandada solicitó al Tribunal Arbitral que:

⁴⁷⁴ Dúplica sobre el Fondo, § 436-439.

⁴⁷⁵ PHB Demandantes, § 78.

⁴⁷⁶ PHB Demandada, § 110.

- (i) Desestime íntegramente la demanda y las peticiones planteadas por Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A.
- (ii) En subsidio, declare que las Demandantes no han demostrado haber sufrido daño alguno como consecuencia de las acciones de la Demandada.
- (iii) Ordene a las Demandantes el pago de todos los costos de arbitraje, honorarios legales, y gastos en que ha incurrido la Demandada con ocasión de este arbitraje.

VIII. RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL

443. En su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal Arbitral resolvió ser competente únicamente respecto de las reclamaciones de las Demandantes sobre la alegada violación a la obligación de la Demandada de otorgar trato justo y equitativo a las Demandantes respecto del proceso de tarificación y del canon de la ARESEP.⁴⁷⁷ En consecuencia, las demandas contra la República de Costa Rica se fundamentan exclusivamente en una alegada violación del estándar de trato justo y equitativo previsto por el Artículo 4 del APPRI. En la segunda fase del arbitraje, las Demandantes solo se refirieron a los procesos tarifarios, abandonando su reclamación relativa al canon de la ARESEP.⁴⁷⁸
444. En primer lugar, el Tribunal Arbitral analizará la objeción de incompetencia invocada por la Demandada respecto de la Resolución Tarifaria ET 2014 (A). Posteriormente, el Tribunal analizará el estándar de trato justo y equitativo aplicable (B), para finalmente determinar si la Demandada violó este estándar (C).

A. Objeción de incompetencia con respecto a la Resolución Tarifaria ET 2014

445. La Demandada sostiene que la Resolución Tarifaria ET 2014 cae fuera de la competencia del Tribunal Arbitral pues la misma es el resultado de una petición que fue presentada con posterioridad a la Decisión sobre Jurisdicción.⁴⁷⁹ Agrega la Demandada que esta reclamación no cumple con los requisitos necesarios para ser considerada como una

⁴⁷⁷ Decisión sobre Jurisdicción, § 386.

⁴⁷⁸ En la Demanda sobre el Fondo las Demandantes no hicieron ninguna reclamación sobre el canon de la ARESEP. La Demandada alegó que las Demandantes habían abandonado esta reclamación (Contestación sobre el Fondo, § 18 y Transcripción, día 1, p. 131, §§ 3-10.). Las Demandantes no objetaron lo anterior ni hicieron referencia alguna a su antigua reclamación sobre el canon en la Réplica sobre el Fondo ni en el PHB Demandantes.

⁴⁷⁹ Contestación sobre el Fondo, §§ 285 y ss.

demanda adicional según el Artículo 46 del Convenio CIADI y la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje, pues se trataría de una medida distinta cuya resolución no es necesaria para lograr el arreglo definitivo de la controversia.⁴⁸⁰ Finalmente, la Demandada alega que no se ha formado una controversia entre las Partes respecto de la Resolución Tarifaria ET 2014 pues las Demandantes no explican cómo dicha resolución habría violado la obligación de trato justo y equitativo conforme al APPRI y tampoco reclaman daños al respecto.⁴⁸¹

446. El Tribunal Arbitral, sin embargo, considera que la reclamación sobre la Resolución Tarifaria ET 2014 sí entra dentro de su competencia. En efecto, aunque la Petición Tarifaria 2014 es posterior a la Decisión sobre Jurisdicción, las Demandantes se refirieron a la Resolución Tarifaria ET 2014 en su Demanda sobre el Fondo, reservando sus derechos al respecto,⁴⁸² y desarrollaron sus argumentos sobre la misma en su Réplica sobre el Fondo.⁴⁸³
447. Además, el Tribunal estima que la reclamación sobre la Resolución Tarifaria ET 2014 cumple con los requisitos para ser considerada una demanda adicional según los Artículos 46 del Convenio CIADI y 40 de las Reglas de Arbitraje, pues se encuentra directamente vinculada con la controversia entre las Partes. En efecto, la Resolución Tarifaria ET 2014 se inscribe en el mismo marco fáctico y forma parte del mismo contexto al que pertenecen las reclamaciones sobre las resoluciones tarifarias de los años anteriores. Por lo tanto, dicha reclamación entra dentro del consentimiento de las Partes y de la jurisdicción del CIADI, según lo previsto en el Artículo 9 del APPRI.
448. No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral nota que las Demandantes no plantearon demanda de daños respecto de la Resolución Tarifaria ET 2014.⁴⁸⁴ Esta circunstancia, sin embargo, no afecta la competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre la Resolución Tarifaria ET 2014 dentro del conjunto de hechos alegados por las Demandantes en el arbitraje.

⁴⁸⁰ Dúplica sobre el Fondo, §§ 278-287.

⁴⁸¹ Dúplica sobre el Fondo, §§ 289-292.

⁴⁸² Demanda sobre el Fondo, § 508.

⁴⁸³ Réplica sobre el Fondo, §§ 203 y ss.

⁴⁸⁴ De hecho, el cálculo de daños presentado por las Demandantes se refiere a un período que termina el 31 de diciembre de 2014.

B. Análisis del estándar aplicable de trato justo y equitativo

449. En la fase de fondo, las Demandantes han alegado que el estándar aplicable de trato justo y equitativo bajo el Artículo 4.1 del APPRI es un estándar autónomo, distinto del estándar previsto por el derecho internacional consuetudinario.⁴⁸⁵ Las Demandantes, sin embargo, no han establecido claramente la relevancia de esta distinción más allá de la afirmación de que el estándar del derecho internacional consuetudinario o el principio de “*nivel mínimo de trato*” sería más estricto.⁴⁸⁶ Al respecto, las Demandantes se refieren al razonamiento del tribunal del caso *Saluka*, bajo un estándar autónomo, que indicó que “*in order to violate the standard, it may be sufficient that States’ conduct displays a relatively lower degree of inappropriateness.*”⁴⁸⁷
450. La Demandada, aunque señala las contradicciones en la argumentación de las Demandantes por referirse en sus escritos tanto al estándar “*autónomo*” como al “*mínimo*”,⁴⁸⁸ no se ha opuesto al hecho de que el estándar del APPRI es autónomo y debe interpretarse según lo dispuesto en la Convención de Viena.⁴⁸⁹ La Demandada alega, no obstante, que ambos estándares no son necesariamente excluyentes pues “*hay varias disposiciones del derecho consuetudinario que se solapan con las disposiciones del APPRI.*”⁴⁹⁰
451. Como cuestión preliminar y en relación al argumento señalado por las Demandantes sobre la autonomía del estándar, el Tribunal nota que la disposición de trato justo y equitativo ha sido interpretada en relación con el derecho internacional consuetudinario en múltiples ocasiones dependiendo del contexto y tratado específico en el que se encuentra, a fin de determinar si se trata de un estándar que va más allá del derecho internacional consuetudinario o bien, si forma parte de éste.⁴⁹¹ A manera de ejemplo, en el contexto del Artículo 1105 del TLCAN, las partes contratantes han interpretado el texto del tratado

⁴⁸⁵ Demanda sobre el Fondo, §§ 545-546. Las Demandantes, sin embargo, también se refieren en sus escritos al estándar mínimo de trato (Dúplica sobre Jurisdicción, § 119; Demanda sobre el Fondo, §§ 555, 561, 568).

⁴⁸⁶ PHB Demandantes, § 51.

⁴⁸⁷ *Saluka c. República Checa* (Anexo CL-42), § 293. Traducción libre: “*para que se viole el estándar puede ser suficiente que la conducta del Estado presente un grado relativamente más bajo de inadecuación.*”

⁴⁸⁸ PHB Demandada, § 10.

⁴⁸⁹ Transcripción, día 1, p. 134, § 16 - p. 135, §15.

⁴⁹⁰ Transcripción, día 1, p. 142, § 1 - p. 143, § 3.

⁴⁹¹ Por ejemplo, *MTD c. Chile* (Anexo CL-41) §§ 110-112 y *Occidental Petroleum Corporation et al. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 1 de julio de 2004 (“*Occidental c. Ecuador*”) (Anexo CL-69), §§ 188-190.

señalando que el trato justo y equitativo “no requiere [...] un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario o que vaya más allá de éste.”⁴⁹² No obstante, el Artículo 1105 del TLCAN se diferencia claramente del Artículo 4.1 del APPRI, dado que el texto de la primera disposición hace una referencia expresa al “nivel mínimo de trato” y al “derecho internacional”, vinculando las expresiones “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” mediante el uso de la palabra “incluidos”.⁴⁹³

452. Por el contrario, el Tribunal Arbitral nota que el texto del APPRI no hace referencia alguna al derecho internacional consuetudinario, ni a un “nivel mínimo de trato”. Esto tiene particular importancia dado que las Partes Contratantes del APPRI pudieron haber referido el estándar incluido en el APPRI expresamente a cualquiera de ellos. La ausencia de estas expresiones confiere un significado particular a la obligación de trato justo y equitativo bajo el APPRI.
453. En vista de lo anterior, el Tribunal no ve razones para equiparar esta obligación con el estándar de nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario. Coincide así con las Partes en que el estándar de trato justo y equitativo del Artículo 4.1 se refiere a un estándar autónomo.⁴⁹⁴
454. Corresponde entonces comenzar el análisis del estándar de trato justo y equitativo aplicable conforme a la regla general de interpretación establecida en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“**Convención de Viena**”), que señala: “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”⁴⁹⁵

⁴⁹² Comisión de Libre Comercio, Nota Interpretativa de Determinadas Disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001.

⁴⁹³ **Artículo 1105 TLCAN: “Nivel mínimo de trato**

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.
3. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el Artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el Artículo 1108(7)(b).”

⁴⁹⁴ Réplica sobre el Fondo, § 285; Transcripción, día 1, p. 135, §§ 9-15; p. 264, §§ 18-22.

⁴⁹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations Treaty Series, vol. 1155, pág. 331, 23 de mayo de 1969, Artículo 31.

455. La disposición en cuestión, el Artículo 4.1 del APPRI, prevé que “[a] *las inversiones y las rentas de los inversionistas de cada Parte Contratante deberán otorgárseles en todo momento un trato justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna Parte Contratante obstaculizará mediante medidas discriminatorias o no razonables la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión o la enajenación de tales inversiones.*”⁴⁹⁶
456. El Tribunal observa que esta disposición se divide en dos partes. La primera hace referencia a las “*inversiones*” y a las “*rentas*” de los inversionistas de cada Parte Contratante, a las cuales se les deberá otorgar “*en todo momento*” un “*trato justo y equitativo.*”⁴⁹⁷ La segunda parte establece una obligación de “*no obstaculizar*” mediante “*medidas discriminatorias o no razonables*” la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión o la enajenación de las “*inversiones*”, no así de las “*rentas*” como en el primer párrafo.
457. El Diccionario de la Real Academia Española, define “*trato*” como “*acción y efecto de tratar*”; a su vez, entre las acepciones del verbo tratar, se encuentran “*comunicarse o relacionarse con alguien*” y “*proceder con una persona de determinada manera, de obra o de palabra.*” Asimismo, se define “*justo*” como “*que obra según justicia y razón*” o “*arreglado a justicia y razón*” y “*equitativo*” como “*que tiene equidad*”, entre cuyas acepciones se encuentran “*igualdad de ánimo*”, “*justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva*” y “*disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece.*” El sentido corriente de la frase “*trato justo y equitativo*” parece referir por lo tanto a una forma de proceder o de conducirse conforme a la justicia y la razón. Este significado se ve reforzado a su vez por los objetivos de “*crear y mantener condiciones favorables para las inversiones*” y “*promover y proteger las inversiones*” señalados en el Preámbulo.
458. La disposición continúa señalando que este trato deberá otorgarse “*en todo momento*” a las “*inversiones*”, definidas de manera no exclusiva en el Artículo 1 del APPRI como:
- “(a) *derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como servidumbres, hipotecas, gravámenes, derechos de prenda y usufructos;*

⁴⁹⁶ APPRI, Artículo 4.1 (Anexo C-189).

⁴⁹⁷ El Tribunal también nota la conjunción “y” relacionada con la “*plena protección y seguridad*” en el territorio de la otra Parte.

(b) acciones, títulos o cualquier otra forma de participación en una compañía;
(c) créditos o cualquier otra prestación que tenga un valor económico;
(d) derechos de propiedad intelectual (tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, diseños o modelos industriales, esquemas de trazados, marcas de comercio o servicios, nombres comerciales, indicaciones geográficas), procesos técnicos, “know-how” y buena imagen;
(e) concesiones otorgadas por ley pública, incluidas las concesiones para la exploración, extracción o explotación de los recursos naturales, así como todo otro derecho otorgado por ley, por contrato o por decisión de la autoridad competente de conformidad con la ley.”

459. Y a las “rentas”, es decir, a “los montos obtenidos producto de una inversión [...] incluye en particular, pero no exclusivamente, ganancias, intereses, ganancias de capital, dividendos, regalías y honorarios.”

460. El Tribunal toma nota de la interpretación realizada en el caso *MTD c. República de Chile*, en el cual se interpretó la expresión “trato justo y equitativo” al amparo del Tratado Bilateral de Inversión entre Chile y Malasia. Si bien las disposiciones interpretadas son diferentes a la disposición en cuestión en este caso,⁴⁹⁸ el Tribunal encuentra cierta similitud en los términos utilizados en el texto, en la falta de referencia al derecho consuetudinario y en los objetivos similares del preámbulo, elementos que en ese caso el tribunal consideró para concluir que:

“[I]n terms of the BIT, fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement – ‘to promote’, ‘to

⁴⁹⁸ En dicho caso las demandantes alegaron violaciones a los Artículos 2(2) y 3(1) del BIT. La disposiciones establecían lo siguiente:

“Article 3 (1) Investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall receive treatment which is fair and equitable, and not less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State.

Article 2 (2): Investments of investors of either Contracting Party shall at all time be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party.”

*create’, ‘to stimulate’- rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors.”*⁴⁹⁹

461. El Tribunal considera que esta interpretación es similar y transmite la esencia de los elementos que integran el estándar de trato justo y equitativo en el caso que nos ocupa, por lo que, de conformidad con el análisis realizado, el Tribunal determina que otorgar un “trato justo y equitativo” conforme al Artículo 4.1 del APPRI implica que las Partes Contratantes se conduzcan, respecto de las inversiones y las rentas de los inversionistas, con arreglo a la justicia y la razón, así como con equidad.⁵⁰⁰
462. Esta obligación no se encuentra delimitada por un único estándar, por el contrario, la jurisprudencia de los diferentes tribunales que han analizado el trato justo y equitativo lo han hecho en relación con las circunstancias de cada caso y tomando en cuenta una serie de elementos que han dado lugar a violaciones de este estándar, como son: expectativas legítimas, buena fe, propiedad procedimental y debido proceso, coherencia y consistencia de la conducta estatal, transparencia y actos arbitrarios. En este sentido, el Tribunal coincide en que: “[a] *judgement of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; it must depend on the facts of the particular case.*”⁵⁰¹
463. Las Demandantes no han expuesto claramente cuál sería el contenido concreto del estándar aplicable.⁵⁰² Sin embargo, el Tribunal Arbitral nota que existe un acuerdo

⁴⁹⁹ *MTD c. Chile* (Anexo CL-41), § 113.

⁵⁰⁰ Respecto de la primera parte del Artículo 4.1 del APPRI, las Demandantes afirman que por “trato justo y equitativo” debe entenderse un “tratamiento ‘parejo’ y ‘arreglado a justicia y razón’, que favorece y mantiene ‘condiciones favorables’ para la inversión extranjera.” PHB Demandantes, § 56. Y respecto de la segunda parte del Artículo 4.1 del APPRI, que la misma debe interpretarse como una obligación de Costa Rica de “no dañar, debilitar, disminuir o depreciar – mediante decisiones no guiadas por la razón, irracionales [sic] o caprichosas – la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión o la enajenación de las inversiones de los inversionistas.” Réplica sobre el Fondo, § 288.

⁵⁰¹ *Mondev v. EEUU* (Anexo CL-10), § 118.

⁵⁰² Durante la audiencia de pruebas, el Tribunal Arbitral interrogó a las Demandantes al respecto, sin obtener mayores aclaraciones: “COÁRBITRO JANA: [...] en consecuencia ustedes dirían que cuando ustedes hablan de arbitrariedad, de buena fe, mala fe, debido proceso, etcétera, ¿se refieren a algo distinto a lo que se refiere la demandada cuando habla de arbitrariedad, de debido proceso, de buena fe? SR. RAMÍREZ: Si. Es correcto. COÁRBITRO JANA: Con contenido diferente. SR. RAMÍREZ: Si, con el contenido similar al que estableció el propio Tribunal al resolver la decisión de jurisdicción. COÁRBITRO JANA: Se lo pregunto – lo que pasa es que el Tribunal no estableció contenido específico sobre estos conceptos, sino que lo que hizo fue – más bien, planteó un marco más general de análisis. Quiero entender, simplemente, cuál es la diferencia material o sustantiva que hay respecto del entendimiento del concepto de ‘arbitrario’ o el concepto de ‘buena fe’ o el concepto de ‘debido proceso’, algo que le preguntaba mi coárbitro recientemente y que tuvo una respuesta lata. Pero quiero entender dónde está el punto en que nos separamos – o ustedes se separan de la demandada concretamente. SR RAMÍREZ: Nosotros, concretamente, creemos que es un criterio

sustancial entre las Partes sobre cuáles conductas pueden constituir violaciones del mismo.

464. Las Demandantes se han referido a seis tipos de conductas que serían violatorias del estándar: (i) frustración de las expectativas legítimas de los inversionistas,⁵⁰³ (ii) repudiación deliberada de los principios en los que se basa el marco regulatorio,⁵⁰⁴ (iii) actuación arbitraria o irrazonable,⁵⁰⁵ (iv) falta de transparencia,⁵⁰⁶ (v) violación del debido proceso administrativo⁵⁰⁷ y (vi) mala fe.⁵⁰⁸
465. La Demandada, aunque discrepa respecto de la ocurrencia de las alegadas violaciones, acepta que el estándar de trato justo y equitativo implica la obligación del Estado de no frustrar las expectativas legítimas de las Demandantes.⁵⁰⁹ La Demandada tampoco niega que las actuaciones del Estado que sean arbitrarias o irrazonables,⁵¹⁰ al punto de ignorar deliberadamente el marco regulatorio,⁵¹¹ de mala fe,⁵¹² carentes de transparencia,⁵¹³ o que violen el debido proceso administrativo⁵¹⁴ podrían ser violatorias del estándar de trato justo y equitativo bajo el APPRI.
466. Existe pues acuerdo entre las Partes para considerar que la frustración de las expectativas legítimas de las Demandantes, la arbitrariedad, la falta de transparencia, la mala fe y la violación del debido proceso administrativo serían violatorias del estándar de trato justo y equitativo bajo el APPRI.
467. Aunque la Demandada no ha reconocido expresamente que la repudiación deliberada de los principios en los que se basa el marco regulatorio sería violatoria del Artículo 4.1 del APPRI, el Tribunal considera que no hay duda en que semejante actuación sería arbitraria

autónomo el trato justo y equitativo y que debe ser aplicado de esa manera.” Transcripción, día 1, p. 265, § 10 - p. 266, § 16.

⁵⁰³ Demanda sobre el Fondo, § 110, 113, 557; Transcripción, día 1, p. 247, § 4 - p. 248, § 19.

⁵⁰⁴ Demanda sobre el Fondo, §§ 10, sección II.C, 123, 150, 153, 175, 365, 396, 439, 482.

⁵⁰⁵ Demanda sobre el Fondo, secciones III.B. y III.C.

⁵⁰⁶ Demanda sobre el Fondo, §§ 561-565.

⁵⁰⁷ Demanda sobre el Fondo, § 594.

⁵⁰⁸ Demanda sobre el Fondo, §§ 557, 567, 584, 588, 593. Las Demandantes explican, sin embargo, que si bien la mala fe constituiría una violación del trato justo y equitativo, no es necesario establecer mala fe para demostrar una violación de este estándar. Demanda sobre el Fondo, § 557.

⁵⁰⁹ Contestación sobre el Fondo, §§ 319-360.

⁵¹⁰ Contestación sobre el Fondo, §§ 361-400.

⁵¹¹ PHB Demandada, § 12.

⁵¹² Contestación sobre el Fondo, §§ 450-462.

⁵¹³ Contestación sobre el Fondo, §§ 439-449.

⁵¹⁴ Contestación sobre el Fondo, §§ 401-438.

y violatoria de las expectativas razonables de las Demandantes y por tanto contraria al Artículo 4.1 del APPRI.

468. Conforme a la interpretación que se ha realizado del Artículo 4.1 del APPRI, el Tribunal Arbitral coincide con las Partes en que las conductas antes señaladas serían contrarias a la obligación de Costa Rica de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes. Por lo tanto, se procederá a analizar cada uno de dichos elementos.
469. Al analizar la existencia de estas alegadas violaciones, como justamente lo han subrayado las Demandantes,⁵¹⁵ el Tribunal Arbitral tendrá que mantenerse en el plano del derecho internacional, sin convertirse en un órgano de apelación administrativo o en un tribunal judicial. Las Demandantes tienen la carga de probar una violación de las obligaciones internacionales del Estado, no siendo suficiente al respecto establecer un simple error en la interpretación o aplicación de su marco regulatorio ni tampoco una simple falta de claridad en las mismas.⁵¹⁶
470. Las Demandantes hacen referencia al razonamiento del laudo en el caso *Saluka* para sostener que el umbral para establecer una violación del estándar de trato justo y equitativo sería relativamente bajo.⁵¹⁷ Al respecto, el Tribunal Arbitral nota que la frase empleada por el tribunal del caso *Saluka* comparaba el estándar consuetudinario con el estándar convencional para llegar a la conclusión de que el tratado, al tener como objetivo fomentar la inversión extranjera, obligaba al Estado a no frustrar las expectativas razonables y legítimas de los inversionistas.⁵¹⁸ Al interpretar el significado de la obligación de trato justo y equitativo bajo el tratado relevante, el mismo tribunal de *Saluka* concluyó sin embargo, citando al tribunal de *S.D. Myers*, que una violación a la obligación de trato “*requires treatment in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that it is unacceptable from the international perspective.*”⁵¹⁹

⁵¹⁵ Las Demandantes aceptan que el Tribunal Arbitral no debe convertirse en “un órgano de apelación administrativa o judicial”, pero sí debe “determinar si la conducta seguida por el Estado al resolver las diversas peticiones tarifarias fue o no contraria a los objetivos y principios fundamentales que la propia República de Costa Rica estableció en su marco jurídico, y si ello implica una violación de las obligaciones internacionales contraídas en el APPRI.” Réplica sobre el Fondo, §§ 60, 250.

⁵¹⁶ En su Decisión sobre Jurisdicción (§ 362), el Tribunal Arbitral estableció que “una supuesta falta de claridad de una resolución tarifaria no puede por sí misma, en la ausencia de mala fe por parte del regulador o de otras circunstancias, constituir una actuación arbitraria o notoriamente injusta.”

⁵¹⁷ Demanda sobre el Fondo, § 554.

⁵¹⁸ *Saluka c. República Checa* (Anexo CL-42), § 309.

⁵¹⁹ *Saluka c. República Checa* (Anexo CL-42), § 297. Traducción libre: “*requiere un trato que sea tan injusto o arbitrario que el trato se eleva al nivel en el que es inaceptable desde la perspectiva internacional.*” Ver

471. El Tribunal Arbitral considera, en efecto, que para comprometer la responsabilidad internacional del Estado bajo el estándar autónomo de trato justo y equitativo, las Demandantes necesitan probar una violación de las obligaciones internacionales del Estado, para lo cual no bastaría la mera existencia de un error en la interpretación o en la aplicación de su marco regulatorio.

C. Discusión sobre las violaciones alegadas del estándar de trato justo y equitativo

472. Como se mencionó en el apartado anterior, las Demandantes sostienen que la Demandada violó el estándar de trato justo y equitativo por haber: (1) repudiado los principios del marco regulatorio, (2) frustrado sus expectativas legítimas, (3) actuado de manera arbitraria e irrazonable, (4) actuado con falta de transparencia, (5) quebrantado el debido proceso administrativo, y (6) demostrado una ausencia manifiesta de buena fe.

473. A pesar de que en sus escritos y alegatos orales las Demandantes reúnen y combinan alegaciones que se refieren a varias de estas violaciones respecto de una misma actuación o de un mismo grupo de actuaciones y aunque las categorías de violaciones señaladas pueden en ocasiones sobreponerse o confundirse, el Tribunal Arbitral, para poder analizar las reclamaciones planteadas por las Demandantes, analizará cada una de las violaciones alegadas separadamente.

1. Repudiación deliberada de los principios del marco regulatorio

474. Las Demandantes⁵²⁰ argumentan que el marco regulatorio del servicio público de GLP se basa en los principios de equilibrio financiero, según el cual no se permiten fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestadoras del servicio público,⁵²¹ y de servicio al costo, según el cual en la tarifa se contemplan únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad.⁵²²

también en el mismo sentido el laudo *SD Myers Inc. c. Canadá*, UNCITRAL, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (“*SD Myers c. Canadá*”) (Anexo CL-61), § 263. El laudo *SD Myers c. Canadá* se refiere al estándar del derecho internacional consuetudinario, pero el tribunal *Saluka* consideró su razonamiento relevante en el contexto del estándar autónomo que aplicaba en su caso.

⁵²⁰ Réplica sobre el Fondo, § 256.

⁵²¹ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 31.

⁵²² Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 3 (b).

475. Las Demandantes se quejan, esencialmente, de que en sus resoluciones tarifarias emitidas en los ET 2010 y 2014, la ARESEP fijó márgenes para la industria del envasado de GLP por litro vendido que no fueron suficientes para pagar los costos operativos que el propio ente regulador estableció.⁵²³ En consecuencia, dichas fijaciones de márgenes constituyeron, para las Demandantes, “una inobservancia deliberada de los principios en los que se basa el marco regulatorio” y “una repudiación imprevista y chocante de los propios principios y objetivos fundamentales establecidos en la Ley ARESEP.”⁵²⁴
476. El Tribunal observa que las Demandantes no han explicado lo que consideran como “repudiación” de los objetivos establecidos en la Ley ARESEP. El sentido corriente de este término refiere a un “rechazo” absoluto de algo, mientras que el término “deliberado” dice relación con algo realizado de manera “voluntaria o intencional”.
477. En sus escritos, las Demandantes han hecho referencia a laudos en los que la cuestión de la repudiación o inobservancia de la ley fue analizada. Por ejemplo, en *GAMI c. México*, el tribunal determinó que “[e]l problema reside pues en identificar el tipo de mala administración que podría llegar a constituir un incumplimiento de obligaciones internacionales. Una acción por mala administración probablemente violaría el Artículo 1105 si alcanzara el nivel de ‘repudiación directa e injustificada’ de la normativa relevante.”⁵²⁵ Al analizar el elemento de arbitrariedad, el tribunal en *Cargill c. México*, otro de los laudos citados, determinó que la arbitrariedad puede constituir una violación al Artículo 1105 del TLCAN cuando “el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política.”⁵²⁶ Asimismo, en *Waste Management c. México II*, se consideró que la falta de pagos daría lugar a una violación de la misma disposición si se trata de “un desconocimiento manifiesto e injustificado y cuando el acreedor no tenga alguna vía o recurso para resolver el problema.”⁵²⁷

⁵²³ Réplica sobre el Fondo, § 232.

⁵²⁴ Réplica sobre el Fondo § 263.

⁵²⁵ *Gami Investments Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, UNCITRAL, Laudo, 15 de noviembre de 2004 (“*GAMI c. México*”) (Anexo CL-49), p.103. Citado en la Demanda sobre el Fondo, § 560, nota al pie 617 y en la Contestación sobre el Fondo, § 306, nota al pie 453.

⁵²⁶ *Cargill c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (“*Cargill c. México*”) (Anexo CL-53). Citado en la Demanda sobre el Fondo, § 568 y Réplica sobre el Fondo, § 263, nota al pie 377.

⁵²⁷ *Waste Management c. México II* (Anexo CL-50), § 115. Citado en la Dúplica sobre el Fondo, § 372.

478. En los casos mencionados, la referencia a la repudiación deliberada e injustificada de una ley parecería referirse a otros elementos que pueden ocasionar un quebranto a la obligación de trato justo y equitativo, como podría ser precisamente la arbitrariedad o el uso de medidas irrazonables. El significado que las Partes parecen darle a la repudiación del marco regulatorio en el presente caso es el de un *rechazo absoluto, intencional e injustificado* de la ley que pudiera dar lugar a una violación de trato justo y equitativo. Este es el significado que el Tribunal le otorgará. Conforme a ello, a continuación se analiza si las acciones de la Demandada constituyeron una repudiación deliberada de su marco regulatorio.
479. En primer lugar, es incontrovertido, y las Demandantes no han pretendido en ningún momento que no fuera así, que al momento de realizar su inversión, en el año 2010,⁵²⁸ las Demandantes tenían conocimiento del marco regulatorio del envasado de GLP en Costa Rica y, en particular, de la Metodología adoptada en 2001 para la fijación de tarifas. Más relevante aún resulta el hecho de que las Demandantes no cuestionan en este procedimiento arbitral el marco legal aplicable a la fijación de tarifas. Tampoco cuestionan la Metodología establecida por la ARESEP para dicha fijación.⁵²⁹ Por último, el Tribunal no está al tanto de que las Demandantes hayan efectuado alguna impugnación administrativa o judicial en contra de dicho marco regulatorio.
480. Los objetivos fundamentales del marco regulatorio costarricense están contenidos en el Artículo 4 de la Ley ARESEP, el cual se refiere a la necesidad de armonizar y procurar un equilibrio entre los intereses de los consumidores y de los prestadores de servicios.⁵³⁰ Con base en este principio, el Artículo 31 de la Ley ARESEP establece que los criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica son elementos centrales para fijar las tarifas.
481. El Artículo 31 de la Ley ARESEP, en su parte relevante, también establece que al fijar las tarifas, se deberán contemplar, “*cuando resulten aplicables*”, los principios de equilibrio financiero y de reconocimiento de los esquemas de costos, de los mecanismos de contratación de financiamiento de proyectos.⁵³¹ También el Artículo 31 prevé que: “[n]o

⁵²⁸ Ver *supra*, §§ 5-6.

⁵²⁹ Transcripción día 1, p. 189, §§ 9-18; p. 227, §§ 16-22.

⁵³⁰ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 4 (a) y (b).

⁵³¹ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 31.

*se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestadoras del servicio público.”*⁵³²

482. En su Artículo 3(b) la Ley ARESEP define el servicio al costo como “*principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio que permitan una distribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31.*”⁵³³
483. Con base en lo anterior, debe concluirse que los principios de servicio al costo y de equilibrio financiero deben conciliarse, según el marco legal, con los principios de tutela de los intereses de los consumidores y de eficiencia del servicio público. En cuanto a la implementación de dichos principios, el Artículo 33 de la Ley ARESEP prevé que cualquier solicitud de tarifa deberá cumplir con las condiciones establecidas por la ARESEP, a la cual se le otorga el poder de establecer la metodología tarifaria.⁵³⁴
484. El Artículo 31 de la Ley ARESEP proporciona al regulador directrices para desempeñar esta tarea: “*la autoridad reguladora tomará en cuenta las estructuras productivas modelo para cada servicio público según el desarrollo del conocimiento, la tecnología, las posibilidades del servicio, la actividad de que se trate y el tamaño de las empresas prestadoras. En este último caso, se procurará fomentar la pequeña y la mediana empresa.*”⁵³⁵ Se desprende entonces de la norma que uno de los objetivos del marco regulatorio es la eficiencia y procurar el fomento de la pequeña y mediana empresa.
485. Para fijar las tarifas en la materia específica que nos ocupa, la ARESEP estableció la Metodología en la Resolución Tarifaria ET 2001. Dicha Metodología consiste, en primer lugar, en calcular un precio base por empresa según el método *cost plus*, y en segundo lugar, en ponderar dicho precio base según la participación que tiene cada empresa envasadora en el mercado (ponderación).⁵³⁶
486. Es incontrovertido que el proceso de fijación de tarifas prevé la posibilidad de presentación de informes técnicos e información por parte no sólo de la empresa

⁵³² Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 31.

⁵³³ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 3 (b).

⁵³⁴ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 33.

⁵³⁵ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 31.

⁵³⁶ Anexo R-30.

solicitante, sino también de las demás empresas reguladas y que la tarifa que fije el regulador se aplica a toda la industria del envasado.⁵³⁷

487. La Resolución Tarifaria ET 2014 constituye un buen ejemplo de los efectos del principio de ponderación y del hecho de que la tarifa se aplica a todo el mercado de envasadores. Según dicha resolución, el margen determinado para GNZ con base en el método de *cost plus* (primera etapa) es de 62,01¢/litro, mientras que el margen determinado para el competidor Gas Tomza/Súper Gas es de 34¢/litro.⁵³⁸ El regulador, en una segunda etapa, pondera los márgenes de cada empresa por sus respectivas participaciones en el mercado, llegando a un margen de 44,35¢/litro para GNZ (es decir 62,01¢ multiplicado por su participación en el mercado de 71,53%) y de 9,68¢/litro para Gas Tomza/Súper Gas (es decir 34¢ multiplicado por su participación en el mercado de 28,47%). Una vez realizada esta operación, el regulador suma los dos márgenes obtenidos para llegar a un margen total para la industria de envasado de 54,033¢/litro.⁵³⁹
488. En cuanto a la Resolución Tarifaria ET 2010, la ARESEP aplicó la misma Metodología.⁵⁴⁰ Según las Demandantes, la Resolución Tarifaria ET 2010 reconoció costos unitarios de 55,317¢/litro para GNZ y 52,92¢/litro para Tropigás y estableció una tarifa para la industria de 54,142¢/litro.⁵⁴¹ La Demandada sostiene, por una parte, que GNZ no tiene derecho a percibir el costo unitario tarifario depurado por ARESEP ya que, según la Metodología, se debe establecer el margen único para la industria.⁵⁴² Además la Demandada alega que el argumento de las Demandantes es falaz pues tomando en cuenta conjuntamente a Tropigás y GNZ, el margen por industria de 54,142¢/litro es mayor que el costo promedio de ambas empresas.⁵⁴³
489. El Tribunal Arbitral nota que la Resolución Tarifaria ET 2010, a diferencia de la Resolución Tarifaria ET 2014, no explica el detalle de los cálculos efectuados para realizar la ponderación. En efecto, las propias Demandantes afirmaron durante la Audiencia sobre el Fondo que “*si ustedes revisan con cuidado todas las resoluciones tarifarias anteriores*

⁵³⁷ Demanda sobre el Fondo, §§ 75, 77; Transcripción, día 1, p. 89, §§ 11-19.

⁵³⁸ Anexo C-84, p. 21.

⁵³⁹ Anexo C-84, p. 21, cuadro 10.

⁵⁴⁰ Resolución Tarifaria ET 2010 (Anexo C-100), Resultandos I y XVIII (marco legal); Informe Técnico del Expediente ET-042-2010 (Anexo C-128).

⁵⁴¹ Réplica sobre el Fondo, § 62.

⁵⁴² Dúplica sobre el Fondo, §§ 58-59.

⁵⁴³ Dúplica sobre el Fondo, §§ 56.

[al proceso tarifario de 2014] *no hay una sola resolución en donde diga la ARESEP específicamente ‘los costos operativos de Gas Zeta por prestar el servicio público son estos’. La primera vez que se hace es en esta resolución tarifaria de [2014]; no hay otra; no hay una anterior. Nosotros decimos ‘nuestros costos son estos’, pero ellos – es la primera vez que se menciona en la resolución tarifaria.’*⁵⁴⁴

490. El Tribunal Arbitral considera que la Resolución Tarifaria ET 2010 carece de claridad al no explicar la manera en la cual la tarifa ha sido calculada. Asimismo, es evidente que el método de ponderación previsto por la Metodología introduce una distorsión en el principio de equilibrio financiero, pues al fijar un margen único para la industria es posible que, especialmente en el caso de haber diferencias importantes entre los costos operativos de las diferentes empresas, el margen establecido para la industria podría estar por encima de aquel calculado para algunas empresas mientras que podría estar por debajo del determinado para otras.
491. En efecto, como se aprecia claramente en la Resolución Tarifaria ET 2014, al aplicar el primer paso de la Metodología, el regulador había establecido un margen para las empresas superior a sus costos operativos, sin embargo el mismo se vio modificado precisamente al aplicar la ponderación, generando precisamente el efecto de que para algunos la tarifa fijada resultó ser inferior a dichos costos.
492. El Sr. Juan Manuel Quesada Espinoza, Intendente de Energía de la ARESEP, explicó durante la Audiencia sobre el Fondo que promediar es una forma de propiciar la eficiencia en los costos: “[u]sted, eventualmente, puede tener varios actores, varios prestadores de servicios, que si la política de fijar el precio es en función de un benchmarking, en función de un promedio de costos de la industria, usted siempre va a tener actores o prestadores que estén por encima de este promedio, si es lo que se decidió, o por debajo de este promedio. [...] [P]recisamente, la política regulatoria en ese sentido, lo que nos – la señal que quiere dar es que quiere que sean eficientes. Un operador que no está siendo o no está operando con costos que, en promedio, tiene la industria, deberá, en principio, algo razonable desde el punto de vista económico, es que ajuste su proceso productivo para tener menores costos y poder así prestar el servicio de una forma más eficiente, más productivo [...] [E]l regulador podría adoptar distintas formas de cómo propiciar la

⁵⁴⁴ Transcripción, día 1, p. 193, §18 a p. 194, § 5.

eficiencia en los costos. Por ejemplo, una puede ser un análisis de benchmarking, otro puede ser mediante la estructura productiva modelo, donde ponemos a los ingenieros a que nos digan cuál es el costo eficiente en cada una de las etapas de la prestación del servicio. Otra forma es promediarlo. Un promedio simple, por ejemplo. Otra forma es un promedio ponderado de costos de la industria. Eh, en realidad son varias las opciones que tiene el regulador, eh, para poder fijar la tarifa y de, una u otra forma, poner incentivos a la eficiencia. En este caso, el regulador de Costa Rica, en su oportunidad, en el 2001, consideró a la luz de la información que se tiene y la forma en cómo está estructurado el mercado, que esa era una forma razonable de, este, establecer la tarifa, con base en la transparencia, en la identificación de cuánto le costaba a cada prestador de servicio llevar a cabo la actividad y, este, promediarla de una forma ponderada.”⁵⁴⁵

493. De estas explicaciones, se desprende que el marco regulatorio toma en cuenta dos principios que son el principio de eficiencia, de un lado, y el principio de equilibrio financiero, de otro lado, utilizando para ello el método de la ponderación.
494. Como fuera señalado previamente, el Tribunal Arbitral considera que podría existir una tensión en el marco regulatorio entre, por un lado, el principio de equilibrio financiero, según el cual no se permiten fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de los prestadores del servicio público y, por otro lado, el principio de ponderación.
495. La introducción del principio de ponderación como método de incentivar la eficiencia, y la posibilidad de que se establezca una tarifa que sea menor a los costos admitidos, implica por supuesto que, para que el principio de equilibrio no sea vaciado de todo contenido, la empresa pueda aumentar su eficiencia y reducir sus costos para lograr realizar efectivamente un margen. De ahí surge la importancia del papel que juega el regulador al admitir los costos presentados por cada empresa.
496. Según las Demandantes, al momento de fijar la tarifa, el regulador analiza los costos específicos de cada empresa y al admitirlos reconoce que esos costos son necesarios para realizar el servicio, así que el regulador no puede fijar una tarifa por debajo de los costos admitidos sin atentar contra el principio de equilibrio financiero.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ Transcripción, día 2, p. 481, § 9 – p. 484, § 11.

⁵⁴⁶ Transcripción, día 1, p. 85, §§ 1-3; p. 195, §§ 1-11.

497. La posición de la Demandada al respecto ha sido confusa. En la audiencia de pruebas el Lic. Escobar definió como sigue el tipo de valoración efectuado por la ARESEP al fijar los costos tarifarios: “[e]s un ejercicio valorativo, es un ejercicio de depuración; aplica criterios para determinar si los costos, en primer lugar, son necesarios para prestar el servicio. También tiene que calificar si los costos están justificados y documentados, si los costos no son excesivos y si los costos son razonables para prestar el servicio.”⁵⁴⁷ De esto se desprendería que el regulador, al admitir los costos, sí hace cierta valoración sobre si dichos costos son eficientes, lo que parecería contradictorio con la posibilidad de que la empresa pueda bajarlos significativamente para recuperar su equilibrio financiero cuando la tarifa del mercado se encuentre por debajo de sus costos admitidos.
498. Al respecto, el Sr. Quesada planteó que la Ley ARESEP, al disponer en su Artículo 31 que para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos la autoridad reguladora tomará en cuenta las estructuras productivas modelo para cada servicio público, se refiere a una estructura de costos eficiente para el mercado y no para cada operador: “desde el 2001 la decisión tarifaria fue: uno, fijar una tarifa para la industria, no por operador. En función de esos dos principios que les acabo de mencionar, que regulamos un servicio y que la ley nos dice: ‘busque estructuras productivas modelo’, es decir, busque tarifas por industria.”⁵⁴⁸ El Sr. Quesada añadió que “lo que para efectos de los incentivos o no incentivos regulatorios, lo que se hace es, precisamente, buscar un nivel en el cual se exija a las empresas mejorar sus procesos productivos y buscar la eficiencia y la productividad.”⁵⁴⁹ En otros términos, según el testimonio del Sr. Quesada, la regulación busca fijar una tarifa para la industria, no por cada operador, lo que incentivaría a los operadores menos eficientes – es decir, con mayores costos – a que bajen sus costos para lograr los niveles de costos que considera la tarifa para la industria.
499. El Tribunal Arbitral no estima probado que las reclamaciones planteadas por los Demandantes materialicen una violación de los principios fundamentales del marco regulatorio susceptible de comprometer la responsabilidad internacional del Estado. En este caso, el Tribunal Arbitral no observa un deliberado desconocimiento de un principio fundamental del marco regulatorio. Ante la ausencia de una impugnación al marco

⁵⁴⁷ Transcripción, día 1, p. 179, § 20 - p. 180, § 5.

⁵⁴⁸ Transcripción, día 2, p. 492, § 21 a p. 493, § 5.

⁵⁴⁹ Transcripción, día 2, p.497, §§ 2-7.

regulatorio como tal, la falta de claridad de la ley y del marco regulatorio no pueden por sí mismas comprometer la responsabilidad internacional del Estado. El hecho de que el marco regulatorio carezca de claridad, o exista alguna contradicción, tanto por lo que concierne a la interacción entre el principio de ponderación y el principio de equilibrio financiero como por lo que concierne a la naturaleza del control ejercido por el regulador sobre los costos presentados, no es suficiente para dar lugar a una repudiación deliberada del marco regulatorio en el sentido que le ha atribuido el Tribunal.

500. Las Demandantes han alegado que el principio de equilibrio financiero no permitiría fijar márgenes de envasado por debajo de los costos admitidos. Sin embargo, el principio de equilibrio financiero debe conciliarse con el principio de ponderación y de fijación de la tarifa a nivel del mercado. A ello debe agregarse, según ya fuera explicado, que el efecto que objetan las Demandantes es el resultado de la aplicación de la Metodología, la que como ya se ha dicho, no es objeto de impugnación en el arbitraje.⁵⁵⁰
501. Abona a nuestro razonamiento que las Demandantes nunca solicitaron una aclaración en relación con la interpretación del marco jurídico aplicable.
502. Durante la audiencia de pruebas, el Sr. Giovanni Marchena, Juez de primera instancia en el Juzgado Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, confirmó que el juez costarricense bien puede intervenir a solicitud de una parte con interés legítimo para aclarar cuál es la interpretación correcta del marco regulatorio.⁵⁵¹
503. Las empresas, por lo tanto, hubiesen podido acudir al juez para solicitar que se aclarase el marco regulatorio. Ahora bien, es incontrovertido que en ningún momento las Demandantes solicitaron a los tribunales costarricenses que se pronunciaran sobre la

⁵⁵⁰ Transcripción día 1, p. 189, §§ 9-18; p. 227, §§ 16-22.

⁵⁵¹ Transcripción, día 3, p. 802, § 3 – p. 803, § 5: “*PRESIDENTE MOURRE: ¿qué es lo que se puede pedir al juez judicial administrativo? Es decir, le doy un par de ejemplos. Uno de los temas aquí en disputa es que en resolver la Resolución tarifaria 2010, el Regulador cortó la tasa de rendimiento de los activos, y las Demandantes alegan que eso es contrario al marco regulatorio, la Demandada dice que no, y es un tema que en la regulación, en el marco regulatorio, no está planteado, por lo menos no está claramente planteado. ¿es un tema este con respecto al cual una empresa podría acudir al juez para solicitar al juez que interprete la ley y diga si este tipo de actuación por parte del regulador es legítimo o no? SR. MARCHENA JARA: correcto, si es posible. PRESIDENTE MOURRE: Sería una especie de demanda de declaratoria, ¿eso es posible? SR. MARCHENA JARA: es una demanda de declaratoria, efectivamente. Es una pretensión declaratoria porque el juez tendría que decir cuáles son las variables o cuáles son los costos que él interpreta que eran inmersos dentro de la metodología. Eso es factible, si.” También el Sr. Marchena Jara añadió que una solicitud de este tipo se podría resolver en un plazo de un año y medio en primera instancia. Transcripción, día 3, p. 803, §§ 10-21.*

interpretación del principio de equilibrio financiero y su articulación con el principio de ponderación previsto en la metodología tarifaria.

504. El Tribunal Arbitral estima al respecto que, si bien el estándar no exige el agotamiento de recursos judiciales para que una reclamación internacional basada en actuaciones ilegales o arbitrarias del regulador pueda ser admitida, puede ser un elemento relevante en la determinación de si existe responsabilidad internacional del Estado valorar si el inversionista actuó de manera diligente al poner en marcha las acciones permitidas por la ley local para proteger sus derechos. En efecto, existen situaciones en las cuales, al no ejercer los recursos permitidos por la ley local contra una actuación supuestamente ilegal, el inversionista no le permite al tribunal arbitral internacional concluir que la Demandada actuó de manera arbitraria o injusta, precisamente por no haber sido puesta en la posición de poder rectificar el error cometido por una instancia administrativa.
505. El Tribunal Arbitral estima al respecto que, aunque este caso se refiere a un supuesto diferente, es relevante el razonamiento del laudo del caso *Generation Ukraine*, el cual consideró respecto de una reclamación de expropiación que “*it is not enough for an investor to seize upon an act of maladministration, no matter how low the level of the relevant governmental authority; to abandon his investment without any effort at overturning the administrative fault; and thus to claim an international delict on the theory that there had been an uncompensated virtual expropriation. In such instances an international tribunal may deem that the failure to seek redress from national authorities disqualifies the international claim, not because there is a requirement of exhaustion of local remedies but because the very reality of conduct tantamount to expropriation is doubtful in the absence of a reasonable – not necessarily exhaustive – effort by the investor to obtain correction.*”⁵⁵²

⁵⁵² Traducción libre: “no es suficiente para un inversionista aprovecharse de un acto de mala administración, sin importar que tan bajo sea el nivel de la autoridad gubernamental relevante; para abandonar su inversión sin hacer ningún esfuerzo para modificar la falta administrativa; y por tanto para reclamar un ilícito internacional bajo la teoría de que de que ha habido una expropiación virtual no compensada. En tales casos un tribunal internacional puede considerar que la falta en exigir una corrección de las autoridades nacionales descalifica el reclamo internacional, no porque haya un requisito de agotar los recursos locales sino porque la propia existencia de la conducta equivalente a expropiación es dudosa en ausencia de un razonable – no necesariamente exhaustivo- esfuerzo por parte del inversor para obtener una corrección.” *Generation Ukraine c. Ucrania* (Anexo RL-61), § 20.30.

506. En el caso que nos ocupa, si bien el Tribunal señaló anteriormente que efectivamente existe una tensión en el marco regulatorio, no queda claro que las actuaciones de las autoridades costarricenses impliquen una inobservancia manifiesta o deliberada de los principios establecidos en la ley ni un rechazo absoluto e injustificado de los mismos. Frente a un marco regulatorio imperfecto, del cual tenían conocimiento al momento de su inversión, las Demandantes pudieron, en buena fe, haber acudido a la autoridad judicial para obtener las aclaraciones necesarias si estimaban que la interpretación dada al mismo por el regulador y, en particular, la aplicación del principio de ponderación, no se adecuaba a los principios del marco regulatorio. Las Demandantes no hicieron eso. En vista de ello, en las circunstancias particulares de este caso, las Demandantes no pueden plantear ante una jurisdicción internacional una interpretación controvertida de un marco regulatorio que no ha sido confirmada por la autoridad judicial local. En otros términos, estamos en presencia de un debate puramente interno sobre la interpretación de un punto controvertido de la ley local que no le corresponde decidir a este Tribunal Arbitral.
507. Las Demandantes han alegado que el principio de equilibrio financiero no permitiría fijar márgenes de envasado por debajo de los costos admitidos. Sin embargo, el principio de equilibrio financiero se encuentra expresado en la aplicación de la Metodología junto a otros principios que rigen la regulación tarifaria como el de eficiencia, que las Demandantes no han impugnado ante este Tribunal.
508. Con base en lo anterior, el Tribunal Arbitral estima que las Demandantes no han probado que Costa Rica haya repudiado deliberadamente los principios fundamentales del marco legal para la fijación de tarifas en el mercado de envasado, por lo que no se ha establecido la infracción del estándar de trato justo y equitativo.

2. Expectativas legítimas y actuaciones contradictorias

509. El Tribunal comenzará su análisis fijando el estándar aplicable a este elemento. Las expectativas legítimas protegidas en derecho internacional son aquellas que tienen los inversionistas en el momento de realizar la inversión, basadas en los compromisos o promesas hechos por el Estado para atraer dicha inversión.⁵⁵³ Dichas expectativas deben

⁵⁵³ Ver, por ejemplo, *ECE Projektmanagement International GmbH y Kommanditgesellschaft Panta Achtundsechzigste Grundstücksgesellschaft GmbH & Co. c. República Checa*, Caso CPA (CNUDMI) No. 2010-5, Laudo, 19 de septiembre de 2013 (“*ECE c. República Checa*”) (Anexo RL-53), § 4-762; *Parkerings*

ser razonables y legítimas, creadas por el Estado para que el inversionista confíe y se base en ellas, es decir, no resultan de un optimismo injustificado por parte del inversionista. Esto ha sido corroborado por diversos tribunales que han señalado lo siguiente:

*“the concept of ‘legitimate expectations’ relates [...] to a situation where a Contracting Party’s conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct [...]”*⁵⁵⁴

*“el análisis del trato justo y equitativo conlleva la consideración de las expectativas del inversionista al momento de invertir confiando en las protecciones que le brinda el Estado receptor.”*⁵⁵⁵

*“Legitimate expectations by definition require a promise of the administration on which the Claimants rely to assert a right that needs to be observed.”*⁵⁵⁶

510. Este es el estándar que adoptará el Tribunal para determinar si las acciones de Costa Rica crearon expectativas legítimas y razonables a favor de las Demandantes y, en caso de aceptarse lo anterior, si los incumplimientos de dichas expectativas violaron el trato justo y equitativo que la Demandada estaba obligada a otorgar.
511. El argumento de las Demandantes de frustración de sus expectativas razonables y de actuación contradictoria se basa en que, en las audiencias públicas que se llevaron a cabo para la fijación de tarifas en los años 2010 y 2011, la ARESEP anunció un margen que luego no adoptó en su resolución final.⁵⁵⁷

Compagniet AS c. República de Lituania, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, (“*Parkerings c. Lituania*”) (Anexo RL-54), § 331.

⁵⁵⁴ Traducción libre: “el concepto de ‘expectativas legítimas’ se refiere [...] a una situación en donde la conducta de una Parte Contratante crea expectativas razonables y justificadas en el inversor (o en la inversión) para actuar basándose en dicha conducta.” *Thunderbird c. México* (Anexo RL-58), §147.

⁵⁵⁵ *LG&E c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 (“*LG&E c. Argentina*”) (Anexo CL-55), § 127.

⁵⁵⁶ Traducción libre: “Las Legítimas expectativas por definición requieren una promesa de la administración en la cual las Demandantes se basan para afirmar un derecho que debe respetarse.” *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 (“*PSEG c. Turquía*”) (Anexo CL-44), § 241.

⁵⁵⁷ Demanda sobre el Fondo, §§ 110-113, 243-244, 577. En la audiencia de pruebas, las Demandantes también alegaron que “las promesas no necesariamente tienen que ir vinculadas precisamente, a algo que haya manifestado la autoridad en un proceso público abierto, sino a que la expectativa nace de las garantías que están en el propio marco legal. El marco legal establece que tenemos, como inversionistas, derecho a una retribución competitiva. [...] Tenemos la expectativa de que se aplique la ley y de que haya un equilibrio financiero. Las garantías están dadas en la ley.” Las Demandantes, sin embargo, no han sustentado en sus escritos, incluyendo el PHB, su alegación de frustración de expectativas basadas en el marco legal. Sin embargo, la misma se confunde con la reclamación de las Demandantes de que la Demandada desconoció deliberadamente los principios del marco regulatorio, la cual ya fue examinada y decidida por el Tribunal Arbitral en la sección precedente de este Laudo.

512. El argumento de las Demandantes resulta confuso. Si el inversionista se refiere a una expectativa con respecto a su decisión de invertir, las audiencias públicas tuvieron lugar en mayo de 2010⁵⁵⁸ y mayo de 2011,⁵⁵⁹ es decir luego de haberse hecho la inversión, que tuvo lugar en marzo de 2010.⁵⁶⁰ Por lo tanto, dichas actuaciones en nada pudieron influir la decisión previa de las Demandantes de invertir en el país receptor.
513. Por otro lado, si la reclamación ha sido planteada por las Demandantes como una denuncia de actuación contradictoria de la ARESEP, el Tribunal Arbitral tampoco encuentra justificada la reclamación.
514. En efecto, la Demandada argumentó que las presentaciones hechas por la ARESEP durante las audiencias públicas de 2010 y 2011 no constituían compromisos o garantías del regulador respecto de la fijación del margen, sino que únicamente tenían el objetivo de informar al público sobre el proceso administrativo de fijación tarifaria y permitirles participar.⁵⁶¹ Para ello, la ARESEP llevaba a cabo una simulación del proceso tarifario bajo el supuesto de que los datos propuestos por la petente fueran correctos y sujeta a un análisis posterior de fondo por la ARESEP.
515. Sin emitir un pronunciamiento sobre la naturaleza u objetivo de las audiencias, lo incontrovertido es que cualquier tarifa señalada durante las mismas no era definitiva.
516. Las actas de dichas audiencias públicas dan cuenta de que el representante de la ARESEP manifestó que *“en la audiencia pública no se va a resolver si se va a ajustar o no las tarifas sino lo que se procede es [...] a escuchar los diversos puntos de vista para poder resolver de una mejor manera.”*⁵⁶² También indicó que para decidir era necesario analizar la situación del resto de los participantes del mercado de GLP.⁵⁶³ Y al concluir la audiencia pública, señaló que *“de darse un cambio en la tarifa”* ésta sería publicada en la Gaceta de Costa Rica y que *“de no haber un cambio en el margen”* se les notificaría a los participantes del expediente tarifario.⁵⁶⁴ Es decir, se estaba anunciando claramente que existía incluso la posibilidad de que no hubiera cambio alguno en el margen.

⁵⁵⁸ Anexo C-125.

⁵⁵⁹ Anexo C-138.

⁵⁶⁰ Ver *supra*, §§ 5-6.

⁵⁶¹ Contestación sobre el Fondo, §§ 62-65, 85-87, 168-170, 350 y ss.

⁵⁶² Anexo C-138, p. 2; C-125, p. 2.

⁵⁶³ Anexo C-125, pp. 11-12.

⁵⁶⁴ Anexo C-125, p. 17.

517. Durante las audiencias de prueba, las propias Demandantes reconocieron que “*en esas dos audiencias se hicieron ejercicios, si se quiere, momentáneos o parciales, que no eran concluyentes, porque reconocemos que lo único concluyente es lo que se dicta en la resolución tarifaria.*”⁵⁶⁵
518. En consecuencia, el Tribunal no considera que las declaraciones realizadas en las audiencias públicas constituyan compromisos específicos del Estado sobre los cuales se hayan basado las Demandantes al momento de realizar su inversión. Como se señaló anteriormente, dichas actuaciones en nada pudieron influir la decisión previa de las Demandantes de invertir en el país receptor. En este sentido, el Tribunal no encuentra que efectivamente se haya producido la frustración de expectativas “*razonables y legítimas*” alegada por las Demandantes.
519. Por las razones anteriores, el Tribunal rechaza la reclamación basada en la frustración de expectativas legítimas y razonables de las Demandantes.

3. Arbitrariedad y falta de razonabilidad

520. Pasamos ahora a la alegación de las Demandantes relativa a la “*arbitrariedad y falta de razonabilidad.*” Primero, el Tribunal Arbitral definirá en qué consiste la arbitrariedad como conducta violatoria del estándar de trato justo y equitativo y, a continuación, analizará aquellas conductas que las Demandantes califican de arbitrarias.⁵⁶⁶
521. En su sentido corriente, arbitrario significa “*que procede con arbitrariedad*” o “*que incluye arbitrariedad*”, mientras que “*arbitrariedad*” se define como “*acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.*”⁵⁶⁷
522. El Tribunal Arbitral nota que el término arbitrariedad fue definido en términos similares en el caso “*ELSP*”:

“Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the Asylum case,

⁵⁶⁵ Transcripción, día 1, p. 247, §§ 14-18.

⁵⁶⁶ Aunque el Tribunal Arbitral considera que la ausencia de motivación podría incluirse también como una conducta constitutiva de arbitrariedad, en vista de que en el presente caso fue alegada como constitutiva de falta de transparencia, las alegaciones sobre ausencia de motivación para no fijar las tarifas en los procesos tarifarios de 2011, 2012 y 2013 serán analizadas en una sección ulterior referida a los alegatos de falta de transparencia. Esta distinción meramente de orden práctico, no tiene incidencia en el análisis del Tribunal Arbitral sobre el punto en cuestión.

⁵⁶⁷ Diccionario Esencial de la Lengua Española, Real Academia Española, Ed. Espasa Calpe, 2006.

when it spoke of ‘arbitrary action’ being ‘substituted for the rule of law’ (*Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 284*). It is a willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.”⁵⁶⁸

523. Conforme a lo señalado, el Tribunal adoptará en el presente caso la interpretación según la cual una conducta arbitraria es aquella que no responde a la ley, la justicia o la razón, sino que se basa únicamente en el capricho.⁵⁶⁹ Esta es la interpretación que adopta el Tribunal en el presente caso.
524. Las Demandantes alegan, de manera general, que la ARESEP actuó en forma arbitraria y desproporcionada en todas las resoluciones tarifarias,⁵⁷⁰ y califican de arbitrarias múltiples actuaciones de la Demandada.⁵⁷¹
525. La Demandada alegó que la conducta arbitraria debe ser particularmente grave⁵⁷² y que no todo error en la aplicación del derecho interno del Estado receptor representa un trato arbitrario.⁵⁷³ También alegó que el estándar de trato arbitrario no justifica realizar apelaciones administrativas ante los tribunales de inversión,⁵⁷⁴ y que el inversionista podría verse impedido de alegar la actuación arbitraria del Estado si decide no recurrir las decisiones administrativas de éste último empleando los recursos legales que pone a su disposición el Estado.⁵⁷⁵
526. Las Demandantes no elaboraron sobre el concepto de arbitrariedad ni refutaron específicamente lo alegado por la Demandada, pero citaron el laudo del caso *Cargill c.*

⁵⁶⁸ Traducción libre: “Arbitrariedad no es tanto algo contrario a una regla de derecho, como algo opuesto al estado de derecho. Esta idea fue expresada por la Corte en el caso del Asilo cuando habló de una ‘acción arbitraria’ siendo ‘sustituida por el estado de derecho’ (Decisión Asilo, C.I.J. Reportes 1950, p. 284) Es una inobservancia deliberada del estado de derecho, un acto que resulta chocante, o por lo menos sorprende, el sentido de un comportamiento judicial adecuado.” *ELSI* (Anexo RL-60), § 128. En el mismo sentido ver: *LG&E c. Argentina* (Anexo CL-55), § 157.

⁵⁶⁹ En el mismo sentido, ver: *Azurix c. Argentina* (Anexo CL-48), § 392, que también retomó la definición de *ELSI*.

⁵⁷⁰ Demanda sobre el Fondo, § 8.

⁵⁷¹ Conjuntamente en sus tres escritos sobre responsabilidad (Demanda sobre el Fondo, Réplica sobre el Fondo y PHB Demandantes) las Demandantes utilizan el calificativo “arbitrario” más de 150 veces al referirse a la actuación de Costa Rica.

⁵⁷² Contestación sobre el Fondo, §§ 378-380, citando la decisión *ELSI* (Anexo RL-60), §§ 124, 128.

⁵⁷³ Contestación sobre el Fondo, §§ 366-367, citando la decisión *ELSI* (Anexo RL-60), §§ 124, 128, 129.

⁵⁷⁴ Contestación sobre el Fondo, §§ 368-373, citando *Thunderbird c. México* (Anexo RL-58), § 125; *Generation Ukraine c. Ucrania* (Anexo RL-61), § 20.33; *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/09/5 (“*Iberdrola c. Guatemala*”) (Anexo RL-32), §§ 323, 349; *Enkev c. Polonia* (Anexo RL-62), § 327; *Chemtura c. Canadá* (Anexo RL-63), § 134.

⁵⁷⁵ Contestación sobre el Fondo, §§ 374-377, citando las decisiones *ELSI* (Anexo RL-60), § 129; y *Generation Ukraine c. Ucrania* (Anexo RL-61), § 30.33.

México.⁵⁷⁶ En dicha decisión, el tribunal señaló que: “una conclusión de arbitrariedad, para ser procesable, no debe basarse simplemente en el hecho de que un tribunal determinó que un organismo o una legislatura nacional ponderó incorrectamente los diversos factores, concertó compromisos legítimos entre grupos en disputa, o aplicó un razonamiento social o económico de una manera que el tribunal no comparte”⁵⁷⁷, y concluyó que: “la arbitrariedad puede ocasionar una violación de los deberes de un Estado en virtud del Artículo 1105, pero únicamente cuando los actos del Estado exceden una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto.”⁵⁷⁸

527. Como se señaló anteriormente, el Tribunal Arbitral considera que, efectivamente, la conducta arbitraria como violación del estándar de trato justo y equitativo bajo el APPRI es aquella que no se ajusta a la ley, la justicia o la razón, sino que se basa en el capricho. En este sentido, no basta con alegar que el Estado aplicó erróneamente el marco normativo nacional o que sus autoridades incurrieron en decisiones cuestionables conforme al derecho local, sino que debe establecerse que se ha producido una repudiación deliberada de los fines y objetivos de una política del Estado. Es esto lo que diferencia una conducta arbitraria de una conducta meramente ilegal. El Tribunal Arbitral también considera que la actuación del Estado debe analizarse de manera global y, por lo tanto, deberá tomar en cuenta los recursos que el Estado ha puesto al alcance de los inversionistas y el uso que éstos últimos han hecho de los mismos para intentar corregir cualquier aplicación criticable del marco regulatorio.

528. A continuación se analizarán las acciones de la Demandada que las Demandantes han calificado de arbitrarias, caprichosas e irrazonables.

a) Las declaraciones de la ARESEP durante la audiencia pública de 2010

529. Las Demandantes señalan que “en 2010, a pesar de haber recibido la información de Tropigás previamente, la ARESEP decidió unilateral y discrecionalmente no

⁵⁷⁶ Demanda sobre el Fondo, § 568; Réplica sobre el Fondo, nota al pie de página 373.

⁵⁷⁷ *Cargill c. México* (Anexo CL-53), § 292.

⁵⁷⁸ *Cargill c. México* (Anexo CL-53), § 293.

considerarla. [...] Se trató indudablemente de una manipulación deliberada de la información, debido a que a pesar de que en el expediente constaba la información proporcionada por Tropigás desde el 11 de mayo de 2010, la ARESEP afirmó durante la Audiencia que no contaba con ninguna información. Incluso, llegó a sostener engañosamente que todavía estaba esperando qué iban a opinar las otras empresas reguladas.”⁵⁷⁹

530. El Tribunal no comparte la apreciación efectuada por las Demandantes. En primer lugar, la presentación en la audiencia pública del 20 de mayo de 2010 era una proyección pregrabada, con lo cual no hay certeza de que al momento de realizarse dicha grabación el funcionario que hacía la presentación ya hubiese recibido la información proporcionada por Tropigás el día 11 de mayo.
531. En segundo lugar, es incontrovertido que las demás empresas (Gas Tomza, Petrogás y Supergás) no habían respondido a la ARESEP ni presentado su información y que la misma era relevante para poder fijar la tarifa.
532. En tercer lugar, durante la propia audiencia pública de 2010, se dio la palabra al Sr. Víctor Hugo Villalobos Portillo, representante de Tropigás, quien tuvo la ocasión de aclarar esta circunstancia y presentar en detalle su posición, lo cual fue grabado y asentado en el acta que se levantó de dicha audiencia pública.⁵⁸⁰
533. Finalmente, según lo decidido por el Tribunal Arbitral previamente,⁵⁸¹ es incontrovertido que cualquier tarifa señalada durante las audiencias públicas no era definitiva. Por lo tanto, la manifestación errónea respecto de la entrega de información de Tropigás, no tuvo ninguna incidencia en el resultado del proceso tarifario en cuestión, en el que sí se consideró la información sometida por dicha empresa.⁵⁸²
534. Por las razones anteriores, el Tribunal Arbitral considera que las declaraciones de la DSE durante la audiencia pública de 2010, aunque eventualmente pudieron haber incurrido en errores, no constituyeron actuaciones arbitrarias o de mala fe de la ARESEP y por tanto no afectan la responsabilidad internacional de la Demandada.

⁵⁷⁹ Demanda sobre el Fondo, § 578.

⁵⁸⁰ Anexo C-125, p. 14, punto 4.2.

⁵⁸¹ Ver *supra*, §§ 515-517.

⁵⁸² Anexo C-100, resultando XV, p. 4.

b) La decisión de mantener el margen vigente a las envasadoras que no presentaron peticiones tarifarias ni información durante los procesos tarifarios de 2010 y 2011

535. Las Demandantes sostienen que la ARESEP actuó arbitraria e ilegalmente al decidir en sus Resoluciones Tarifarias de los ET 2010 y 2011 que las empresas que no presentaron peticiones tarifarias ni respondieron al requerimiento de información de la ARESEP en dichos procesos tarifarios, estaban conformes con el margen vigente. Según las Demandantes, esta actuación no tiene ningún fundamento legal ni técnico y no se justifica, pues la ARESEP *“tiene en su poder toda la información contable y financiera de todos los participantes en la industria.”*⁵⁸³ Según las Demandantes, la actuación de la ARESEP *“equivaldría sostener que con dicho margen las otras envasadoras cubrían sus gastos operativos y percibían un rendimiento.”*⁵⁸⁴
536. La Demandada alega al respecto que esta actuación estaba contemplada expresamente en la Metodología, y en particular en el considerando No. 9 de la Resolución Tarifaria ET 2001, que dispuso: *“[s]e asume que las empresas que no aportaron información están satisfechas con la tarifa vigente y será la que se tomará como su precio”*,⁵⁸⁵ lo cual nunca fue objetado por las Demandantes. Agrega la Demandada que, de cualquier manera, dicha disposición no es arbitraria pues ante la falta de respuesta de las otras empresas al momento de revisar el margen, resultaba racional y razonable asumir que las mismas no buscaban un aumento del mismo.⁵⁸⁶
537. El Tribunal Arbitral coincide con la Demandada. En efecto, y más allá de si el considerando No. 9 que resolvía la petición tarifaria de 2001 formaba o no parte de la Metodología tarifaria aplicable a procesos ulteriores, está claro que existía un precedente sobre la forma de interpretar el silencio de las empresas al momento de llevarse a cabo los ajustes tarifarios. Dicho precedente nunca fue impugnado por las Demandantes ni por otra empresa.
538. Además, el Tribunal Arbitral considera que, contrario a lo alegado por las Demandantes, el hecho de asumir que las empresas que mantuvieran silencio durante un proceso de revisión tarifaria, a pesar de haber sido requeridas por la ARESEP, estaban satisfechas

⁵⁸³ Demanda sobre el Fondo, § 578.

⁵⁸⁴ Réplica sobre el Fondo, § 225.

⁵⁸⁵ Contestación sobre el Fondo, § 389 citando Anexo R-30, considerando No. 9.

⁵⁸⁶ Contestación sobre el Fondo, § 392.

con la tarifa vigente y en consecuencia con el margen resultante de ella, es una conclusión lógica y racional de dicha omisión. De lo contrario, lo razonable es asumir que las mismas se hubieran manifestado.

539. Por las razones anteriores, el Tribunal Arbitral considera que la decisión de la ARESEP de considerar que las empresas que no presentaron una petición ni información en los procesos tarifarios de 2010 y 2011 estaban satisfechas con el margen vigente en la época de dichos procesos no fue arbitraria ni irracional.

c) La división de la tasa de rendimiento en la Resolución Tarifaria ET 2010

540. Las Demandantes sostienen que, en el contexto de la revisión tarifaria del 2010, la ARESEP recortó a la mitad la tasa de rentabilidad de GNZ con base en el argumento de que, por haberse presentado en el curso del año, la nueva tarifa solo debía aplicarse por un período de 6 meses.⁵⁸⁷ Las Demandantes alegan que dicho recorte sería injusto y arbitrario pues la tasa de rendimiento, siendo proporcional, ya debía aplicarse para el período limitado a correr hasta el fin del año, y además no existía ninguna obligación para las Demandantes de volver a presentar al inicio del año siguiente una nueva solicitud de fijación de tarifas.⁵⁸⁸
541. En su declaración y en la audiencia de pruebas, la testigo Karla Montero Víquez, asesora del Intendente de Energía de la ARESEP, explicó que la razón para el corte de la tasa de rendimiento es, esencialmente, que la tasa aplica a un estimado anualizado del valor de los activos. Agregó la testigo que dicho cálculo se hace con base en información real e información estimada y que, dependiendo de la calidad de la información que presente la empresa, la ARESEP admitirá un cierto período del año. Si la información del estimado no es buena, la ARESEP admitirá sólo la parte real para enviar la señal a la empresa de que al inicio del año siguiente debe presentar otra solicitud.⁵⁸⁹
542. Las Demandantes objetan que no existe ninguna obligación para la empresa de presentar solicitudes tarifarias cada año y que, dado que el regulador rechazó las peticiones tarifarias

⁵⁸⁷ Demanda sobre el Fondo, § 170.

⁵⁸⁸ Demanda sobre el Fondo, §§ 175 y ss.

⁵⁸⁹ Transcripción, día 3, p. 714, § 5 - p. 720, § 9.

de GNZ para los años siguientes, el resultado fue aplicar durante varios años una tasa de rendimiento inferior en 50% de lo que hubiera debido ser.⁵⁹⁰

543. El Tribunal Arbitral comparte la postura de las Demandantes según la cual la ARESEP erró al cortar la tasa de rendimiento en la Resolución Tarifaria ET 2010, que se continuó aplicando en los años sucesivos. En efecto, no existe en la regulación ninguna referencia a un período tarifario anual calendario (el Artículo 30 de la Ley ARESEP sólo se refiere a que los prestadores deberán presentar un estudio tarifario ordinario por lo menos una vez al año). Dado que la Petición Tarifaria 2010 se presentó el 30 de junio de 2010, la empresa bien podría esperar hasta el 30 de junio de 2011 antes de presentar su nueva solicitud. Por lo tanto, la metodología así adoptada llegó a proyectar durante el año 2011 una tarifa calculada para aplicarse solamente a los meses restantes del 2010.
544. Sin embargo, el Tribunal Arbitral considera que este error en la aplicación del marco regulatorio no puede por sí mismo ser elevado al nivel de una violación de las obligaciones internacionales del Estado por las siguientes razones.
545. En primer lugar, se trata de una decisión de naturaleza técnica, que ya había sido implementada en ejercicios anteriores por la ARESEP⁵⁹¹ sin que hubiera sido impugnada por ningún concesionario.⁵⁹²
546. En segundo lugar, las Demandantes pudieron haber solicitado una nueva tarifa a principios de 2011.
547. En tercer lugar, el inversionista nunca impugnó ante autoridades administrativas o judiciales la Resolución Tarifaria ET 2010.
548. Por último, no hay evidencia de que, al cortar la tasa de rendimiento, la ARESEP actuó de mala fe o con la intención de rechazar deliberadamente los principios aplicables a la tarificación. Al contrario, el Tribunal Arbitral entiende que la ARESEP buscaba establecer el margen para el resto del período calendario para estimular a los envasadores a presentar nuevas peticiones tarifarias en el siguiente año.⁵⁹³

⁵⁹⁰ PHB Demandantes, § 43.

⁵⁹¹ Resolución Tarifaria ET 2006 (Anexo R-27), Considerando 6, pp. 13-14.

⁵⁹² Decisión sobre Jurisdicción § 98. Tropicás presentó un recurso de revocatoria contra la Resolución Tarifaria ET 2006, pero en dicho recurso no objetó la fijación tarifaria ni la decisión de recortar la tasa de rendimiento, sino cierta afirmación de la ARESEP sobre el llenado de cilindros (Anexo C-41).

⁵⁹³ Transcripción, día 3, p. 719, § 13 - p. 720, § 9.

549. Con base en lo anterior, el Tribunal Arbitral rechaza la reclamación de actuación arbitraria o irrazonable basada en el recorte de la tasa de rendimiento.

d) La reducción de los costos de GNZ y Tropigás en la Resolución Tarifaria ET 2010

550. Según las Demandantes, las reducciones aplicadas por la ARESEP a los costos presentados por GNZ y Tropigás en su Petición Tarifaria 2010 fueron manifiestamente arbitrarios e ilegales, pues no se brindaron los motivos para justificar que dichos costos eran desproporcionados, sobrevalorados, irrazonables o innecesarios, ni se demostró que se ajustaran a alguna de las hipótesis previstas en el Artículo 32 de la Ley ARESEP.⁵⁹⁴

551. De manera preliminar, el Tribunal Arbitral nota que el Artículo 32 de la Ley ARESEP, intitulado “*Costos sin considerar*”, prevé que no se aceptarán como costos de las empresas reguladas, entre otros, “*las erogaciones innecesarias o ajenas a la prestación del servicio público*”,⁵⁹⁵ “*los gastos de operación desproporcionados en relación con los gastos normales de actividades equivalentes*”⁵⁹⁶ y “*las inversiones rechazadas por la Autoridad Reguladora por considerarlas excesivas para la prestación del servicio.*”⁵⁹⁷

552. El citado artículo incluye varios conceptos económicos como “*erogaciones innecesarias*”, “*gastos desproporcionados*”, “*gastos normales*”, “*inversiones excesivas*” que no se encuentran precisamente determinados y, por lo tanto, le otorga a la ARESEP un cierto margen o libertad de apreciación para determinar qué costos deben o no ser admitidos. Por otro lado, dicho margen de discreción no puede ser ilimitado. Esto es, cuando se ejerce una facultad discrecional una autoridad debe motivar adecuadamente las razones de su decisión.

553. El Tribunal Arbitral nota que la impugnación de las Demandantes sobre este punto se refiere más bien a una falta de motivación de la Resolución Tarifaria ET 2010 con respecto a los costos a que se refiere el Artículo 32 de la Ley ARESEP y en algunos casos, al alegado uso indebido de la facultad discrecional para la consideración de los mismos. Como hemos señalado, este Tribunal Arbitral no es una instancia de legalidad de la actuación de la autoridad costarricense. Por ende, si bien es cierto que algunas de las

⁵⁹⁴ Demanda sobre el Fondo, § 582.

⁵⁹⁵ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 32 (b).

⁵⁹⁶ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 32 (d).

⁵⁹⁷ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 32 (e).

decisiones adoptadas por la ARESEP no fueron motivadas exhaustivamente, tomadas en su conjunto no pueden equipararse a una violación del derecho internacional. Por último, también es importante tomar en cuenta que las acciones señaladas por las Demandantes no fueron recurridas ante ninguna autoridad administrativa o judicial costarricense.

554. Por ejemplo, con respecto de la decisión de reducir el capital de trabajo de GNZ y Tropicás a dos días y medio de inventario, las Demandantes reclaman que la ARESEP “*decidió - unilateral y arbitrariamente - omitir todas las estimaciones y justificaciones que presentó, sin considerar siquiera uno sólo de sus argumentos o cálculos.*”⁵⁹⁸
555. Sin embargo, el Informe Técnico de la DSE indicó, respecto de GNZ, que “*el Capital de Trabajo que se reconoce asciende a la suma [...] estimada de venta, por dos días y medio de inventario según consta en los propios registros de la empresa*”⁵⁹⁹ y respecto de Tropicás “[e]l capital de trabajo se ajustó a dos días y medio; ya que en la práctica, de las cifras aportadas por la empresa se deduce que no se mantienen los cinco días de inventario que se reconoció en la fijación anterior.”⁶⁰⁰ La Resolución Tarifaria ET 2010 indicó que “*el capital de trabajo se ajustó a 2.5 días por estar más acorde con la realidad operacional.*”⁶⁰¹
556. El Tribunal Arbitral considera al respecto que, aunque la decisión del órgano regulador pudiera eventualmente ser cuestionable toda vez que la empresa debía mantener un inventario de 5 días de conformidad con las concesiones, dicha actuación no fue arbitraria o irracional, ya que la decisión de la ARESEP fue motivada y se basaba en la constatación de la realidad, según los libros de las propias GNZ y Tropicás, de que ambas empresas únicamente disponían de 2,5 días de inventarios. Dicha decisión, por lo tanto, adaptó el cálculo de los costos pretendidos a los costos que realmente estaban incurriendo las empresas. Aunque es posible criticar en cuanto al fondo la decisión de la ARESEP, el Tribunal Arbitral considera que no se trata de una decisión caprichosa o carente de sentido por parte del regulador que llegue a constituir una violación de las obligaciones internacionales de Costa Rica bajo el APPRI.

⁵⁹⁸ Demanda sobre el Fondo, § 210.

⁵⁹⁹ Informe Técnico de la DSE para la Resolución Tarifaria ET 2010 (Anexo C-128), p. 20.

⁶⁰⁰ Informe Técnico de la DSE para la Resolución Tarifaria ET 2010 (Anexo C-128), p. 22.

⁶⁰¹ Resolución Tarifaria ET 2010 (Anexo C-100), pp. 9-10.

557. Por las razones anteriores, el Tribunal Arbitral considera que la ARESEP no actuó en forma arbitraria o irracional al reducir los costos presentados por GNZ y Tropigás en la Resolución Tarifaria ET 2010.

e) La intervención del MINAE en el proceso tarifario ET 2012

558. Las Demandantes alegan que durante el proceso que dio lugar a la Resolución Tarifaria ET 2012, el MINAE “*intervino y manipuló (o cuando menos influyó negativamente) el proceso de solicitud tarifaria*”, lo cual habría eventualmente perjudicado a GNZ al rechazarse su petición de aumento tarifario.⁶⁰²

559. Las Demandantes se refieren a ciertas comunicaciones que el MINAE dirigió a la ARESEP solicitándole que, en caso de decidirse un aumento tarifario a las envasadoras, la entrada en vigor del mismo debería condicionarse a que las envasadoras corrigieran los defectos constatados en las condiciones de seguridad de las plantas envasadoras, en particular sobre prevención de incendios.⁶⁰³

560. Aunque las Demandantes no calificaron claramente esta actuación como una violación de la obligación de trato bajo el APPRI, parecen sugerir que esta intervención del MINAE es un elemento más para concluir que la decisión de la ARESEP en la Resolución Tarifaria ET 2012 obedecía a un “*motivo político u alguna otra razón oculta y arbitraria.*”⁶⁰⁴

561. Al respecto, el Tribunal Arbitral constata que la solicitud del MINAE no llegó a ser considerada o aplicada por la ARESEP pues el ente regulador rechazó por otras razones la Petición Tarifaria 2012 de GNZ.⁶⁰⁵ Por lo tanto, el Tribunal Arbitral considera que la solicitud emitida por el MINAE no llegó a concretarse, ni a ocasionar consecuencia alguna respecto de la Resolución Tarifaria ET 2012, por lo que no es posible concluir que esta intervención haya influido negativamente en el proceso de solicitud tarifaria o bien que su existencia sea prueba de que la ARESEP haya basado su decisión respecto de dicha solicitud tarifaria en un motivo político u otra razón oculta y arbitraria, como han alegado las Demandantes.

⁶⁰² Demanda sobre el Fondo, § 597.

⁶⁰³ Demanda sobre el Fondo, §§ 411-413; Anexos C-156; C-151, pp. 8-10; C-157.

⁶⁰⁴ Demanda sobre el Fondo, § 418.

⁶⁰⁵ Anexo C-102, p. 12.

562. Por las razones anteriores, se rechaza el alegato de las Demandantes relativo a los efectos perjudiciales para las Demandantes de la intervención del MINAE en el proceso tarifario.

f) La decisión de no fijar tarifas en las Resoluciones Tarifarias de los ET 2011, 2012 y 2013

563. Las Demandantes también alegan que el regulador actuó de manera arbitraria al rechazar en el fondo las peticiones tarifarias de los años 2011, 2012 y 2013 sin aplicar la Metodología para fijar una tarifa de envasado de GLP. Según las Demandantes, la ARESEP debió corregir los eventuales errores de las empresas o completar la información faltante en sus informes pues contaba con toda la información necesaria para hacerlo y ello forma parte de sus atribuciones, obligaciones y objetivos fundamentales.⁶⁰⁶

564. Las Demandantes añaden que la conducta de la ARESEP fue contradictoria, pues a pesar de que en procesos tarifarios anteriores (2010) y posteriores (2015) se presentaron las mismas problemáticas de información descritas por la ARESEP, la autoridad reguladora sí consiguió entonces subsanar las deficiencias y establecer la tarifa.⁶⁰⁷

565. El Tribunal Arbitral discrepa de la posición de las Demandantes.

566. El punto de partida es el Artículo 30 de la Ley ARESEP que dispone expresamente que al recibir las peticiones de cambios tarifarios, la ARESEP “*podrá modificar, aprobar o rechazar esas peticiones.*”⁶⁰⁸ De hecho, el Lic. Quesada Espinoza, Intendente de Energía de la ARESEP, afirmó que en muchos casos (más allá del ámbito de la regulación del GLP), la ARESEP procede a rechazar solicitudes tarifarias.⁶⁰⁹

567. Por ende, el Tribunal Arbitral considera que no existe disposición alguna en el marco regulatorio que obligue a la ARESEP a rectificar errores o incongruencias en los informes presentados por las empresas. Al contrario, el marco regulatorio impone a las empresas envasadoras que presentan peticiones de aumentos la carga de justificar dichas peticiones.⁶¹⁰

⁶⁰⁶ Demanda sobre el Fondo, §§ 281, 366, 371, 404, 416, 463, 588, 596, 601.

⁶⁰⁷ Demanda sobre el Fondo, §§ 588, 596, 601.

⁶⁰⁸ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 30.

⁶⁰⁹ “*En 2013, la Intendencia de Energía recibió 13 solicitudes tarifarias ordinarias. Rechazamos ocho por el fondo, realizamos ajustes menores a tres solicitudes y se aprobó un margen menor en dos ocasiones. En 2014, recibimos 19 solicitudes tarifarias y rechazamos seis por el fondo.*” Declaración Quesada (DT-1), § 30.

⁶¹⁰ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 33.

568. En cuanto a la posibilidad del regulador de completar la información presentada por las empresas, es cierto que el Artículo 30 de la Ley ARESEP citado prevé que el regulador tiene la posibilidad de modificar las peticiones tarifarias, lo que en principio incluye la posibilidad de completar la información proporcionada por las empresas. Sin embargo, se trata de una facultad discrecional y las Demandantes no han probado que, al no corregir o completar las peticiones presentadas, el regulador haya violado la ley o actuado de manera arbitraria.
569. Finalmente, sobre el argumento de que la ARESEP incurrió en contradicción y actuación arbitraria, pues en la Resolución Tarifaria ET 2014 sí pudo completar y corregir los errores de las peticiones tarifarias para aplicar el modelo y fijar las tarifas a pesar de que la información proporcionada fue esencialmente la misma,⁶¹¹ las Demandantes no han respondido a la aseveración de la Demandada según la cual la información presentada en dichas resoluciones era distinta cada año. En particular no han refutado lo indicado en el informe técnico de la DSE en el sentido de que en la Petición Tarifaria 2014 GNZ presentó a la ARESEP una información más completa y detallada que en anteriores procesos de revisión tarifaria.⁶¹²
570. De hecho, las propias Demandantes han mantenido argumentos contradictorios al respecto pues por un lado alegan que GNZ se esforzó en ajustarse a los criterios discrecionales del Ente Regulador,⁶¹³ que en el año 2013 *“se le aportó a la ARESEP incluso más información que en años anteriores, siguiendo y cumplimentando los requerimientos solicitados”*,⁶¹⁴ que *“las empresas realizaron considerables esfuerzos para entregar toda la información que fue solicitada por la ARESEP y atender todas las preguntas y requerimientos que tuvieron sus funcionarios”*⁶¹⁵ y se refieren a *“[l]os grandes y continuos esfuerzos realizados por las inversiones para cumplir todos y cada uno de los nuevos requisitos que año con año imponía la ARESEP en los procedimientos de peticiones tarifarias [...]”*, pero, por otro lado, afirman que las peticiones que presentaron en años subsiguientes eran

⁶¹¹ Transcripción, día 1, p. 67, §§ 12-19: Sr. Ramírez Pérez *“Extrañamente, a pesar de que la información que presentamos en esas tres solicitudes anteriores, esencialmente, es y tiene que ser la misma – si se gusta, más desagregada, pero tiene que ser la misma – a la que se presentó 2004 – en 2014, perdón, pues entonces ahí, si no hubo ningún obstáculo ni fue imposible para la ARESEP aplicar el modelo tarifario.”*

⁶¹² Anexo C-175, p. 22.

⁶¹³ Demanda sobre el Fondo, § 234.

⁶¹⁴ Demanda sobre el Fondo, § 485.

⁶¹⁵ Demanda sobre el Fondo, § 588.

esencialmente iguales y que no se explica entonces por qué la ARESEP reaccionó de forma distinta en el 2015.⁶¹⁶

571. Por las razones anteriores, el Tribunal Arbitral considera que la ARESEP no incurrió en arbitrariedad o en actuación irrazonable cuando decidió rechazar las peticiones tarifarias presentadas por GNZ y Tropigás en los años 2011, 2012 y 2013.

4. Falta de transparencia

572. Las Demandantes alegan que la Demandada violó su obligación de trato al conducirse de forma poco transparente frente a sus inversiones.

573. El Tribunal Arbitral considera que, aunque el APPRI no incluya ninguna referencia específica al concepto de transparencia, la obligación del Estado de proporcionar un nivel razonable de transparencia en sus actuaciones y en el marco legal aplicable forma parte del trato justo y equitativo. En efecto, una falta total de transparencia conduciría a un tratamiento arbitrario, incompatible con los deberes de justicia y equidad inherentes a la obligación de trato. De hecho, el tribunal en *Waste Management c. México II*, en el contexto del TLCAN, consideró también que una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo sería violatoria del debido proceso y del estándar de trato justo y equitativo.⁶¹⁷ El tribunal en *LG&E* también consideró que “*el estándar de trato justo y equitativo consiste en la conducta sólida, transparente y libre de ambigüedades del Estado receptor que conlleva la obligación de proporcionar y mantener la estabilidad de su sistema jurídico.*”⁶¹⁸

574. Las Demandantes expusieron su reclamación de falta de transparencia refiriéndose a dos tipos de actuaciones de la Demandada. Las Demandantes alegan, por un lado, que la ARESEP: **(a)** no habría proporcionado motivaciones para sus decisiones en los procesos tarifarios⁶¹⁹ y, por otro, **(b)** que en sus resoluciones tarifarias la ARESEP iba incluyendo requisitos nuevos que hasta entonces no se encontraban previstos en la ley o la Metodología.⁶²⁰ A continuación se analizan estas alegaciones.

⁶¹⁶ Transcripción, día 1, p. 67, §§ 12-19.

⁶¹⁷ *Waste Management c. Mexico II* (Anexo CL-50), § 98.

⁶¹⁸ *LG&E c. Argentina* (Anexo CL-55), §126.

⁶¹⁹ Demanda sobre el Fondo, §§ 10, 255, 275-277, 293, 576, 583.

⁶²⁰ Transcripción, día 1, p. 26, § 19 a p. 27, § 2.

a) La alegada falta de motivación

575. Según las Demandantes, la ARESEP rechazó las peticiones tarifarias de Tropigás y GNZ en el 2011, 2012 y 2013 con base en alegadas inconsistencias en la información proporcionada por estas empresas, pero en sus decisiones no proporcionó las razones o motivaciones que sustentaron sus rechazos.⁶²¹ La Demandada, por el contrario, afirma haber motivado adecuadamente todas sus resoluciones tarifarias.⁶²²
576. De manera preliminar, el Tribunal Arbitral advierte que, como las propias Demandantes lo admitieron, la tarea del Tribunal Arbitral no consiste en examinar cada resolución tarifaria individualmente como lo haría una instancia de apelación administrativa, para verificar la exactitud y corrección de cada una de las consideraciones y razonamientos hechos por la ARESEP en cada resolución tarifaria.⁶²³
577. El Tribunal Arbitral analizará, sin embargo, las resoluciones de la ARESEP y los principales motivos de las mismas, así como los argumentos debatidos por las Partes al respecto, para determinar si, al decidir las peticiones tarifarias en cuestión, el órgano regulador incurrió en arbitrariedad al no proporcionar motivo alguno para sustentar las mismas o al proporcionar justificaciones caprichosas o irrazonables.

i. La Primera Resolución Tarifaria ET 2011

578. En su Primera Resolución Tarifaria ET 2011, la ARESEP rechazó la petición de GNZ y Tropigás al considerar que había inconsistencias en la información de ingresos y costos totales de dichas empresas, pues los mismos estaban asociados a un volumen de ventas que en promedio era 38,5% superior al volumen de ventas utilizado para calcular el margen por litro y también al hecho de que los activos sujetos a rentabilidad tenían adiciones que no correspondían.⁶²⁴ La ARESEP decidió entonces que no era posible hacer

⁶²¹ Demanda sobre el Fondo, sección 2.b (i).

⁶²² Contestación sobre el Fondo, §§ 144, 195; Dúplica sobre el Fondo, §§ 320; PHB Demandada, §§ 39, 44-47, 53-58, 66-74, 83.

⁶²³ Réplica sobre el Fondo, §§ 249, 269. Las Demandantes afirmaron que “no exigen un examen sobre la suficiencia o no del razonamiento de las resoluciones tarifarias como si se tratase de una apelación administrativa de los expedientes tarifarios, sino que se analice y determine como – ante la falta de transparencia al no proporcionar motivaciones para sus decisiones – Costa Rica, a través de la ARESEP, violó las obligaciones de trato establecidas en el APPRI.”

⁶²⁴ Primera Resolución Tarifaria ET 2011 (Anexo C-101), p. 7, § 14.

un cálculo razonable del margen de envasado y se limitó a ajustarlo según la inflación (IPC) y el aumento del canon de regulación.⁶²⁵

579. El Tribunal Arbitral nota que junto con la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, la ARESEP hizo público el informe técnico 349-DEN-2011 en el que se analizó en detalle la Petición Tarifaria 2011.⁶²⁶ En dicho estudio se explica que GNZ utiliza dos cifras distintas: un total de 95 millones de litros de GLP que se estima vender en 2011, y 66,1 millones de litros que se utiliza para los cálculos. La diferencia se explica porque 28,9 millones de litros se venderían a empresas afiliadas y supuestamente se excluyen de los cálculos. Sin embargo, la ARESEP consideró que la utilización de ambas cifras genera distorsiones, pues *“la relación de compraventa de productos entre empresa [sic] generan un costo, no es factible que sean cero. Tiene que haber una congruencia entre las ventas que contablemente registró y los costos relacionados con tales ventas.”*⁶²⁷
580. Las Demandantes afirman que el razonamiento de la ARESEP, según el cual la compraventa entre empresas no puede tener un costo cero, fue caprichosa, o cuando menos basada en una opinión subjetiva y unilateral.⁶²⁸
581. Sin embargo, el Tribunal Arbitral considera que la afirmación hecha por el regulador de que las operaciones de compraventa de GLP entre empresas deben implicar algún costo es razonable y lógica, y no requiere de desarrollos ni justificaciones jurídicas y técnicas adicionales como pretenden las Demandantes.⁶²⁹ Al contrario, si GNZ y Tropigás proponían a la ARESEP la existencia de operaciones de compraventa de GLP por 28,9 millones de litros de GLP a costo cero, estas empresas tenían la carga de probar dicha afirmación, pero no lo hicieron. Aunque las Demandantes afirman que GNZ explicó e indicó que las ventas entre empresas no incrementaban los costos sino que generaban ahorros, la explicación a la que aluden consiste en una simple afirmación que GNZ hace en una carta dirigida a la ARESEP, en la que se asevera que *“las ventas sujetas al convenio de llenado con Tropigás de Costa Rica, S.A. no generan costos incrementales, más bien*

⁶²⁵ Primera Resolución Tarifaria ET 2011 (Anexo C-101), p. 7, §§ 14, 16.

⁶²⁶ Anexo C-140.

⁶²⁷ Anexo C-140, p. 19, §§ 1-5.

⁶²⁸ Demanda sobre el Fondo, § 275.

⁶²⁹ Demanda sobre el Fondo, § 275.

generan ahorros de operación a la industria gasera”⁶³⁰ sin proporcionar ninguna explicación adicional al respecto.

582. El informe técnico 349-DEN-2011 también se refirió a otros defectos en la información presentada por GNZ, en particular, que:

- GNZ *“tiene ingresos por ventas y costos de operación con empresas afiliadas de países de origen como el Salvador, Nicaragua, Honduras, así como con su casa Matriz. Sin embargo, desde el punto de vista regulatorio, se deben excluir de la fijación de margen de comercialización las ventas y costos de operación que no tienen relación con la prestación del servicio en el país. Como la empresa presenta datos globales, no fue posible determinar cuáles se deben incluir y cuáles no en el cálculo del margen.”*⁶³¹
- GNZ incluyó un inventario por 6,34 días, añadiendo 1,34 días por concepto de inventario *“en tránsito”* a los 5 días que exige la concesión otorgada por el MINAE, aumentando en ₡114,1 millones el capital de trabajo, lo cual no es razonable.⁶³²
- GNZ incluyó capital de trabajo adicional por el retraso en cuentas por cobrar a entes públicos. Al respecto, la ARESEP indicó que *“el prestador de servicio debe tener una política de cobranza adecuada, de manera que debe cobrar intereses por su no pago en las condiciones establecidas previamente.”*⁶³³
- GNZ incluyó ₡22,9 millones por concepto de *“obras en proceso”*, el cual *“no puede considerarse tarifario al no estar debidamente capitalizado, bajo el criterio tarifario de útil y utilizable.”*⁶³⁴
- GNZ incluyó dentro del rubro *“reposición de activos”*, un rubro denominado *“activo obsoleto por falta de tarifa”*, por ₡4.300,6 millones que corresponde a inversiones no realizadas. Al respecto, la ARESEP indica que estos activos inexistentes no se pueden incluir como activos dentro de la base tarifaria de acuerdo con el criterio regulatorio de que la inversión capitalizable debe ser útil y utilizable.⁶³⁵

⁶³⁰ Demanda sobre el Fondo, § 274 y nota a pie de página 306 citando el Anexo C-141, p. 1.

⁶³¹ Anexo C-140, p. 19, § 3.

⁶³² Anexo C-140, p. 20, § 9.

⁶³³ Anexo C-140, p. 9.

⁶³⁴ Anexo C-140, p. 20, § 10.

⁶³⁵ Anexo C-140, p. 20, § 11.

- Finalmente, se indicó que existía una clara inconsistencia en los datos sobre ventas de las empresas, derivado de la utilización indiferenciada de ventas netas y ventas brutas.⁶³⁶
583. Las Demandantes también reclaman que la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 apenas dedicó una breve declaración para motivar su decisión respecto de la solicitud tarifaria planteada por Tropigás, lo cual implicaría una “*arbitrariedad flagrante*” por parte del regulador.⁶³⁷
584. Al respecto, el Tribunal Arbitral advierte, en primer lugar, que en realidad la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 indicó en su párrafo 14 que “[h]ay inconsistencias en los cálculos para obtener el incremento en el margen en cada uno de los prestadores del servicio que solicitaron su incremento.” Por lo tanto, las explicaciones sobre las inconsistencias de la información se referían tanto a GNZ como a Tropigás.
585. En segundo lugar, el Tribunal Arbitral nota que aunque en la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 se hace una referencia muy breve a la coadyuvancia planteada por Tropigás en la audiencia pública, en el informe Técnico 349-DEN-2011, que sirvió de base a la resolución tarifaria y que fue publicado por la ARESEP en la misma fecha, se explica la situación respecto de los problemas en la información de Tropigás a lo largo de 12 apartados, con el mismo detalle que se hace respecto de GNZ.⁶³⁸
586. En vista de las consideraciones anteriores, el Tribunal Arbitral considera que la alegada arbitrariedad y falta de razonabilidad de la ARESEP por no motivar sus decisiones en la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 no se encuentra justificada por lo que la reclamación al respecto se rechaza.

ii. La Resolución Tarifaria ET 2012

587. En la Resolución Tarifaria ET 2012, la ARESEP rechazó en el fondo la Petición Tarifaria 2012, pues en la petición GNZ había incorporado gastos, costos e inversiones de toda la empresa, incluyendo actividades no reguladas y no únicamente las correspondientes a la fase de envasado, lo que habría impedido a la ARESEP realizar una fijación del margen

⁶³⁶ Anexo C-140, pp. 20-21, § 12.

⁶³⁷ Demanda sobre el Fondo, §§ 306-307.

⁶³⁸ Anexo C-140, pp. 21-23.

que refleje la realidad de este eslabón de la cadena de suministro de GLP.⁶³⁹ Además, la ARESEP indicó que GNZ no incluyó información en formato electrónico para poder validar las estimaciones que respaldaban su petición.⁶⁴⁰

588. Las Demandantes admiten que en la Petición Tarifaria 2012 agregaron los costos del “reparto del GLP al granel”, es decir “un segmento adicional y distinto al del envasado.”⁶⁴¹ Sin embargo, alegan que la ARESEP siempre había reconocido dichos costos en las resoluciones tarifarias previas desde el 2005 hasta el 2010 y se quejan de que no existía un razonamiento en la Resolución Tarifaria ET 2012 que explicara este cambio de criterio, por lo que el razonamiento de la ARESEP de que no podía revisar el margen por este motivo era “completamente ilegal, arbitrario e irrazonable.”⁶⁴²
589. El Tribunal Arbitral nota que la Resolución Tarifaria ET 2012 indicó, respecto del requisito de no incorporar gastos ajenos a la actividad de envasado, que las petentes habían incumplido lo solicitado por la ARESEP en las resoluciones 043-RCR-2010 y 500-RCR-2011 (es decir, las Resoluciones Tarifarias de los ET 2010 y 2011).
590. En efecto, en ambas resoluciones tarifarias, la ARESEP, luego de decidir sobre la fijación del margen para el envasado y de solicitar cierta información a las empresas, les indicó la forma y contenido que debían seguir al presentar sus futuras peticiones tarifarias.
591. En particular, en el Resolutivo V de las Resoluciones Tarifarias de los ET 2010 y 2011, se indica que en futuras peticiones tarifarias, las empresas envasadoras deben: “(a) *Presentar el respectivo desglose de gastos operativos, de mantenimiento, administrativos, generales y otros, de cada servicio de su sector en el que participa (envasado, distribución y agencia, detallista), con el máximo de detalle posible, entiéndase subcuentas, para cada uno [sic] de las cuentas de gastos que se presentan en el Estado de Resultados de la petición tarifaria, esto para el año anterior a la presentación, el año en curso y el año de proyección.*”⁶⁴³
592. Asimismo, en el Resolutivo VI se indica que las empresas deben distinguir los diversos servicios que brindan en el sector, y para ello: “a. *Realizar la separación efectiva y en su totalidad, de las contabilidades entre los servicios de envasado, distribución en cilindros*

⁶³⁹ Anexo C-102.

⁶⁴⁰ Anexo C-102.

⁶⁴¹ Demanda sobre el Fondo, § 370.

⁶⁴² Demanda sobre el Fondo, § 370.

⁶⁴³ Anexos C-100 y C-101, Resolutivo V(a).

(Distribuidor y Agencias) y Express del Gas Licuado de Petróleo si tienen integración vertical, así como de los servicios no regulados, tanto en las cuentas de ingresos y gastos, como de las cuentas de activos, pasivos y patrimonio [...].” Asimismo, se indica a las empresas que deben “b. Presentar los estados financieros separados para cada servicio regulado y los no regulados en los términos establecidos en el punto (a.) anterior y el cuadro de consolidación, en el cual se pueda demostrar claramente que la suma de las cuentas de las distintas actividades, con los ajustes debidamente justificados, sea igual a la totalidad de sus operaciones [...].”⁶⁴⁴

593. Además esta obligación se encuentra prevista en la Ley ARESEP, cuyo Artículo 20 prevé que “[n]o serán objeto de las disposiciones de esta ley los bienes y servicios de los prestadores, que no estén dedicados a brindar un servicio público. Los prestadores de estos servicios llevarán contabilidades separadas que diferencien la actividad de servicio público de las que no lo son. En todo caso los ingresos y costos comunes deberán consignarse de acuerdo con las normas técnicas que permitan una distribución justa y no perjudiquen la actividad de servicio público.”⁶⁴⁵
594. El Tribunal Arbitral también observa que según el Artículo 33 de la Ley ARESEP, en las peticiones tarifarias, “los solicitantes tendrán que haber cumplido con las condiciones establecidas, por la Autoridad reguladora, en anteriores fijaciones o en intervenciones realizadas en el ejercicio de sus potestades antes de la petición.”⁶⁴⁶
595. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral considera que la ARESEP actuó de forma razonable y coherente en su Resolución Tarifaria ET 2012 al señalar que la información sometida por GNZ no era adecuada para proceder a la fijación tarifaria según las determinaciones precedentes de la propia ARESEP, pues la misma no permitía distinguir cuáles gastos e inversiones de la empresa correspondían únicamente a la actividad regulada de envasado.
596. De la misma manera, el Tribunal Arbitral no encuentra justificada la reclamación de las Demandantes según la cual dicha exigencia constituiría un cambio de criterio arbitrario y unilateral pues no “fue publicado previamente en ningún instrumento jurídico.”⁶⁴⁷ Si bien las resoluciones tarifarias de la ARESEP no forman parte de las leyes o reglamentos de

⁶⁴⁴ Anexos C-100 y C-101, Resolutivo VI.

⁶⁴⁵ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 20.

⁶⁴⁶ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 33.

⁶⁴⁷ Demanda sobre el Fondo, § 370.

Costa Rica, el Artículo 33 de la Ley ARESEP dispone claramente que la ARESEP tiene la potestad de fijar las condiciones que las empresas deben cumplir en futuras peticiones tarifarias. Por lo tanto, al presentar la Petición Tarifaria 2012 el 14 de diciembre de 2012,⁶⁴⁸ GNZ no tenía ninguna justificación para ignorar el cumplimiento de las condiciones establecidas por la autoridad reguladora en sus resoluciones tarifarias de los ET 2010 y 2011.⁶⁴⁹

597. Por otra parte, las Demandantes también alegaron que en la Resolución Tarifaria ET 2012, la ARESEP incurrió en falsedad y mala fe al indicar que GNZ no entregó la hoja de cálculo electrónica junto con su petición,⁶⁵⁰ pues dicha hoja de cálculo fue enviada por la Sra. Sandra Jiménez, contralora de GNZ, al Sr. Juan Carlos Mena Chavarría, funcionario de la IE, mediante correo electrónico del 25 de enero de 2013.⁶⁵¹ Según las Demandantes, por tanto, la ARESEP se basó en un “*motivo infundado e inexistente*” para rechazar por el fondo su petición tarifaria.⁶⁵²
598. Sobre este punto, la Demandada alegó que los archivos electrónicos entregados por GNZ no contienen las fórmulas que explican cómo surgieron los montos, pues “*a excepción de los totales y subtotales, todas las variables han sido insertadas manualmente*”,⁶⁵³ así que los mismos no podían considerarse verdaderas hojas de cálculo pues no añadían nada a la versión en formato PDF inicialmente entregada.⁶⁵⁴
599. Al respecto, el Tribunal Arbitral constata que, aunque sí se produjo el intercambio de correos mencionado por las Demandantes y el envío a la ARESEP de un documento en formato Excel denominado “*Estimación del margen.xlsx*”,⁶⁵⁵ dicho documento no contiene las fórmulas que permiten realizar el cálculo, pues los datos fueron introducidos manualmente. En efecto, siendo así, el documento electrónico no cumplía con el propósito previsto por la ARESEP, de permitirle verificar automáticamente los cálculos realizados.

⁶⁴⁸ Anexo C-150.

⁶⁴⁹ La Resolución Tarifaria ET 2010, en la que se incluyó por primera vez esta obligación, preveía un plazo de un año desde su publicación para cumplir con estas obligaciones, luego la Primera Resolución Tarifaria 2011 estableció un plazo para cumplirlas hasta el 31 de diciembre de 2011.

⁶⁵⁰ Demanda sobre el Fondo, § 377.

⁶⁵¹ Demanda sobre el Fondo, §§ 374-375; Anexos C-153 y C-154.

⁶⁵² Demanda sobre el Fondo, § 377.

⁶⁵³ Contestación sobre el Fondo, § 215; Anexos R-96A; R-96B.

⁶⁵⁴ Contestación sobre el Fondo, §§ 217-218.

⁶⁵⁵ Anexo R-96A.

600. Además, el Tribunal Arbitral considera que tampoco es correcto lo afirmado por las Demandantes en el sentido de que la ARESEP utilizó el problema de la falta de la hoja de cálculo como un motivo (“*infundado e inexistente*”) para rechazar por el fondo la solicitud tarifaria.⁶⁵⁶ En efecto, en la Resolución Tarifaria ET 2012 la ARESEP, luego de señalar que GNZ no incluyó la hoja de cálculo electrónica, indica que “[t]omando en cuenta esta limitación, se analizó cada uno de los rubros utilizados por KPMG para llegar a determinar el margen solicitado por la petente.”⁶⁵⁷ Es decir, a pesar de la deficiencia encontrada en la petición tarifaria de GNZ, la ARESEP no rechazó simplemente la solicitud presentada por GNZ por ese motivo, sino que entró a analizar los datos que ésta le presentaba.
601. En vista de los razonamientos anteriores, el Tribunal Arbitral considera debidamente justificada la posición expresada por la ARESEP en su Resolución Tarifaria ET 2012, en la que, aunque reconocía el envío de cierta documentación por parte de GNZ, también indicaba que “*la petente no incluyó hoja de cálculo electrónica que permitiera validar las estimaciones que respaldan su solicitud.*”⁶⁵⁸
602. Finalmente, la Resolución Tarifaria ET 2012 también se refiere a otros problemas que existirían en la petición tarifaria de GNZ. En particular, se menciona que la petición de GNZ se apartó de la Metodología vigente al añadir un monto por concepto de “*inversiones rezagadas, que no se adiciona a la base tarifaria (o activos sujetos a rentabilidad), sino más bien lo suma como si fuera un costo más, pretendiendo recuperar la totalidad de esos montos en un año.*”⁶⁵⁹
603. Las Demandantes han alegado al respecto que aunque es cierto que GNZ planteó una adición por concepto de inversiones rezagadas, ello no significaba que se apartara de la Metodología ni le impedía a la ARESEP aplicar la Metodología y fijar la tarifa.⁶⁶⁰ Según las Demandantes nada impedía a GNZ solicitar un monto adicional y separado por concepto de inversiones rezagadas bajo el supuesto de que el mismo quedaría a criterio y discreción del regulador.⁶⁶¹

⁶⁵⁶ Demanda sobre el Fondo, § 377.

⁶⁵⁷ Anexo C-102, p. 8.

⁶⁵⁸ Anexo C-102, p. 8.

⁶⁵⁹ Anexo C-102, p. 8.

⁶⁶⁰ Demanda sobre el Fondo, §§ 381.

⁶⁶¹ Demanda sobre el Fondo, § 394; Réplica sobre el Fondo, § 145.

604. La Demandada sostiene que GNZ incluyó deliberadamente un rubro adicional por inversiones rezagadas en su petición, no previsto por la Metodología, el cual afectó el cálculo de la tarifa solicitada.⁶⁶²
605. El Tribunal Arbitral considera, en primer lugar, que de la lectura de la Resolución Tarifaria ET 2012 se desprende que la problemática relativa a las inversiones rezagadas no fue invocada por la ARESEP para decidir la imposibilidad de aplicar el modelo tarifario y fijar la tarifa, con lo cual la crítica principal de las Demandantes al respecto carece de fundamento. De cualquier manera, el Tribunal Arbitral se pronunció sobre el alegado deber del regulador de completar y/o corregir las peticiones tarifarias de las envasadoras, determinando que la ARESEP, aunque tenía la potestad de modificar las peticiones tarifarias, no estaba obligada a hacerlo.⁶⁶³
606. En segundo lugar, el Tribunal Arbitral considera razonable y justificado que la ARESEP indicara a GNZ que su solicitud separada por inversiones rezagadas no correspondía a la Metodología. En efecto, las “*inversiones rezagadas*” parecen referirse a inversiones que en el pasado la empresa debió haber realizado pero no llegó a hacer, y la ARESEP ya había indicado a las envasadoras en resoluciones previas que los proyectos u obras en curso sólo se consideran parte de la base tarifaria cuando son capitalizables.⁶⁶⁴
607. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral considera que al excluir las inversiones rezagadas en la motivación de la Resolución Tarifaria ET 2012, la ARESEP aplicó el marco legal vigente y no actuó de forma arbitraria, irrazonable o con falta de transparencia.

iii. La Resolución Tarifaria ET 2013

608. En su Resolución Tarifaria ET 2013, la ARESEP decidió rechazar la Petición Tarifaria 2013.⁶⁶⁵ La principal razón del rechazo fue que la información presentada reflejaba costos, gastos y activos propios de la actividad de envasado, distribuidos entre las demás actividades de comercialización del GLP.⁶⁶⁶

⁶⁶² Contestación sobre el Fondo, §§ 233, 237.

⁶⁶³ Ver *supra*, §§ 567-568.

⁶⁶⁴ Resolución Tarifaria ET 2010 (Anexo C-100), p. 8, § 21.

⁶⁶⁵ Anexo C-103.

⁶⁶⁶ Anexo C-103, conclusiones, pp. 15-16.

609. Las Demandantes alegan que los razonamientos de la ARESEP para negar la petición tarifaria fueron “*arbitrarios, infundados e irrazonados.*”⁶⁶⁷ Según las Demandantes, la ARESEP se basó en requisitos y obligaciones inexistentes en el marco jurídico del GLP, pues la ARESEP se refirió a las disposiciones de los títulos de concesión para diferenciar los costos y gastos exclusivos de la actividad de envasado pero dichas concesiones no establecen criterios o reglas para hacer tal distinción. Por lo tanto, las Demandantes sostienen que se produjo una “*ausencia manifiesta de fundamentación, ya que las razones esbozadas por la ARESEP al momento de rechazar la Solicitud de 2013 fueron inexistentes.*”⁶⁶⁸
610. El Tribunal Arbitral observa que la ARESEP decidió rechazar la petición tarifaria de GNZ en el 2014, sustancialmente porque GNZ presentó los costos, gastos e inversión de toda la empresa, asignándolos entre las distintas fases de actividad según los litros vendidos en cada una, sin hacer una diferenciación adecuada de los costos, gastos e inversión que corresponden específicamente a la actividad de envasado.⁶⁶⁹ La ARESEP indicó que esta política de distribución general y asignación según la cantidad de litros vendidos en cada actividad sólo es aplicable para los costos, gastos y activos compartidos y que no pueden ser directamente asociados a una actividad específica, como los edificios o plantas generales o los gastos de contabilidad.⁶⁷⁰
611. Al respecto, el Tribunal Arbitral nota que el razonamiento de la ARESEP parece lógico y razonable, pues empresas como GNZ llevan a cabo diversas actividades económicas, algunas reguladas y otras no, y tiene sentido que al establecerse el margen de tarifa regulada para una fase específica como lo es el envasado del GLP, sólo se consideren los datos (costos, gastos e inversión) directamente relacionados con dicha actividad.
612. Lo anterior encuentra fundamento en la Ley ARESEP, cuyo Artículo 32 prohíbe la consideración, entre otros, de costos o erogaciones “*(b) innecesarias o ajenas a la prestación del servicio público*” o “*(c) incurridos por actividades ajenas a la administración, la operación o el mantenimiento de la actividad regulada.*”⁶⁷¹

⁶⁶⁷ Demanda sobre el Fondo, § 440.

⁶⁶⁸ Demanda sobre el Fondo, § 447.

⁶⁶⁹ Anexo C-103, pp. 6 y ss.

⁶⁷⁰ Anexo C-103, p. 8.

⁶⁷¹ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 32 (b) y (c).

613. Además, como se indicó previamente en este Laudo,⁶⁷² en las Resoluciones Tarifarias 2010 y 2011, la ARESEP requirió específicamente a las empresas que en sus futuras peticiones tarifarias presentaran *“el respectivo desglose de gastos operativos, de mantenimiento, administrativos, generales y otros, de cada servicio de su sector en el que participa (envasado, distribución y agencia, detallista), con el máximo de detalle posible.”*⁶⁷³
614. También se ha venido indicando en las resoluciones tarifarias, desde al menos 2005, que las empresas debían distinguir los diversos servicios que brindan en el sector, y para ello: *“a. Realizar la separación efectiva y en su totalidad, de las contabilidades entre los servicios de envasado, distribución en cilindros (Distribuidor y Agencias) y Express del Gas Licuado de Petróleo si tienen integración vertical, así como de los servicios no regulados, tanto en las cuentas de ingresos y gastos, como de las cuentas de activos, pasivos y patrimonio [...]”* y *“b. Presentar los estados financieros separados para cada servicio regulado y los no regulados en los términos establecidos en el punto (a.) anterior y el cuadro de consolidación, en el cual se pueda demostrar claramente, que la suma de las cuentas de las distintas actividades, con los ajustes debidamente justificados, sea igual a la totalidad de sus operaciones [...]”*⁶⁷⁴
615. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral no comparte la aseveración de las Demandantes de que la separación de la información exigida por la ARESEP sea considerada como un requisito *“inexistente”* en el marco regulatorio. Por las mismas razones tampoco le resulta arbitrario o carente de razón o sentido que la ARESEP exija a las envasadoras proceder a una distinción, lo más precisa posible, de los costos y activos empleados en cada una de sus actividades.
616. En cuanto al hecho de que el regulador propuso acudir a las concesiones otorgadas por el MINAE para poder diferenciar de manera más precisa los costos, gastos y activos pertenecientes exclusivamente a la actividad de envasado, si bien es cierto, como alegan las Demandantes, que en las concesiones no se indicó que sus disposiciones *“constituirían parámetros, directrices o guías de identificación de costos, gastos y activos de una u otra*

⁶⁷² Ver *supra*, §§ 589-592.

⁶⁷³ Anexos R-26, Resolutivo 8° (a); C-100 y C-101, Resolutivo V(a).

⁶⁷⁴ Anexo R-26, Resolutivo 5°; C-100 y C-101, Resolutivo VI.

etapa o segmento de la prestación del servicio público”,⁶⁷⁵ el Tribunal Arbitral no considera irrazonable, arbitrario o de mala fe que el regulador dirija a las empresas a una fuente relevante, para poder determinar con más precisión la distribución de los costos, gastos y activos en cada tipo de actividad.

617. En efecto, las propias Demandantes indicaron que *“si bien la interpretación que hizo la ARESEP sobre las presuntas ‘disposiciones que permiten diferenciar costos, ingresos y activos’, pudo ser razonable e incluso vinculante para futuras solicitudes tarifarias, lo cierto fue que no podía hacerlo sobre la marcha.”*⁶⁷⁶
618. El Tribunal Arbitral, sin embargo, discrepa de la interpretación dada por las Demandantes a este aspecto de la Resolución Tarifaria ET 2013, pues en ella lo obligatorio es presentar claramente diferenciados los costos, gastos y activos de cada segmento, mientras que la utilización de las disposiciones previstas en las concesiones es únicamente una referencia lógica propuesta por la ARESEP para determinar dicha diferenciación.
619. Por las razones anteriores, el Tribunal Arbitral considera que la Demandada tampoco incurrió en falta de motivación o motivaciones arbitrarias o irrazonables en la Resolución Tarifaria ET 2013.

b) La alegada ausencia de criterios claros y la invocación de nuevos requisitos para rechazar las peticiones tarifarias

620. Según las Demandantes, a pesar de que la ARESEP debía establecer los requisitos y condiciones que deben cumplir las peticiones tarifarias, no existía ningún criterio escrito ni explicación de cómo debía presentarse una petición tarifaria justificada.⁶⁷⁷
621. El Tribunal Arbitral nota que, en efecto, el Artículo 29 de la Ley ARESEP prevé que *“la Autoridad Reguladora formulará y promulgará las definiciones, los requisitos y las condiciones a que se someterán los trámites de tarifas y precios de los servicios públicos.”*⁶⁷⁸ El Artículo 33 de la Ley ARESEP, por su parte, prevé que las peticiones tarifarias deberán estar justificadas y además, que *“los solicitantes tendrán que haber cumplido con las condiciones establecidas, por la Autoridad reguladora, en anteriores*

⁶⁷⁵ Demanda sobre el Fondo, § 447.

⁶⁷⁶ Demanda sobre el Fondo, § 449.

⁶⁷⁷ Transcripción, día 1, p. 26, § 19 - p. 27, § 2.

⁶⁷⁸ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 29.

*fijaciones o en intervenciones realizadas en el ejercicio de sus potestades antes de la petición.”*⁶⁷⁹

622. El Tribunal Arbitral, sin embargo, discrepa de la posición de las Demandantes según la cual no existía ningún criterio ni explicación escrita sobre cómo debía presentarse una petición tarifaria justificada.
623. En efecto, además de las indicaciones establecidas en la Ley ARESEP, tales como los costos que resultan inaceptables según el Artículo 32,⁶⁸⁰ en las resoluciones tarifarias dictadas por la ARESEP entre el 2010 y el 2015, la autoridad reguladora incluyó numerosas instrucciones sobre las condiciones y criterios aplicables a las futuras peticiones tarifarias.
624. Así, en las Resoluciones Tarifarias de los ET 2010 y 2011, el Resolutivo V precisaba que en las futuras peticiones tarifarias las envasadoras debían cumplir una serie de requisitos, entre otros, los siguientes:⁶⁸¹

“a. Presentar el respectivo desglose de gastos operativos, de mantenimiento, administrativos, generales y otros de cada servicio de su sector, con el máximo de detalle posible.

b. Presentar los estados de situación financiera y resultados, tanto vigentes como propuestos, para el año anterior a la presentación (real), el año en curso y el año de proyección.

c. Incluir una explicación detallada y demostración clara de la metodología aplicada para cada uno de los gastos proyectados, que contemple políticas, criterios, parámetros, fuentes de información, bases y sus respectivos cálculos numéricos.

d. Incluir una explicación y demostración clara y detallada de la metodología aplicada para cada uno de los otros ingresos proyectados.

e. Detallar la metodología de asignación de los gastos administrativos, Canon de Regulación, Depreciaciones y similares.

[...]

h. Presentar una explicación detallada y demostración clara de los criterios aplicados para la obtención de la base tarifaria, que permitan la validación y análisis de cada

⁶⁷⁹ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 33.

⁶⁸⁰ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 32.

⁶⁸¹ Anexo C-100, pp. 17-18.

uno de los elementos involucrados, tales como, el cálculo del capital de trabajo, el cálculo de la revaluación con la indicación de sus índices, el cálculo de la depreciación (línea recta) con la indicación de las tasas de depreciación aplicadas. Realizar los cálculos anteriores para cada una de las subcuentas, que se presentan en el detalle de los activos presentes en el Balance General. En el mismo se deben indicar las fuentes de información utilizadas para validar los cálculos, contemplando las partidas iniciales y los resultados obtenidos.”

625. Por otra parte, en el Resolutivo VI se indicó a las empresas que *“deben distinguir los diversos servicios que brindan en el sector”* y en particular, que debían.⁶⁸²

“a. Realizar la separación efectiva y en su totalidad de las contabilidades entre los servicios regulados de envasado, distribución en cilindros (Distribuidor y Agencias) y Express del Gas Licuado de Petróleo si tienen integración vertical, así como de los servicios no regulados, tanto en las cuentas de ingresos y gastos, como en las cuentas de activos, pasivos y patrimonio. En todo caso, los ingresos y costos comunes deberán consignarse de acuerdo con normas técnicas consistentes que permitan una distribución justa y no perjudiquen la actividad del servicio público.

b. Presentar los estados financieros separados para cada servicio regulado y los no regulados en los términos establecidos en el punto a. anterior y en el cuadro de consolidación, en el cual se pueda demostrar claramente, que la suma de las cuentas de las distintas actividades, con los ajustes debidamente justificados, sea igual a la totalidad de sus operaciones. Los estados financieros son requeridos por este Ente Regulador en forma trimestral (cortes a marzo, junio, setiembre y diciembre), sin demérito de que en el momento que la Autoridad Reguladora, considere necesario los estados financieros de algún otro mes en particular, si así lo solicita.”

626. En la Resolución Tarifaria ET 2012,⁶⁸³ la ARESEP incluyó 12 apartados de condiciones que debían cumplir las empresas envasadoras en las futuras peticiones tarifarias, entre las cuales se encuentran los siguientes:

⁶⁸² Anexo C-100, p. 18.

⁶⁸³ Anexo C-102, Resolutivo III.

- incluir una explicación detallada y demostración clara de la metodología aplicada para cada uno de los gastos proyectados, que contemple políticas, criterios, parámetros, fuentes de información, bases y sus respectivos cálculos numéricos;
- acompañar toda la información utilizada para la determinación del margen, incluyendo fórmulas, cálculos y documentos vinculados, en particular las hojas excel;
- justificar todos los gastos que crezcan por encima de la inflación y aportar las facturas, órdenes de compra, y cualquier comprobante que justifique los principales gastos por cuenta;
- enviar un listado completo de los activos fijos que integran la base tarifaria, incluyendo valor de compra, fecha de compra, vida útil estimada, edad, gasto anual por depreciación, depreciación acumulada;
- en caso de aplicar el método de revaluación de activos, incluir todos los cálculos que realicen de forma detallada y por activo con una justificación de los métodos utilizados;
- explicar detalladamente los criterios aplicados para la obtención de la base tarifaria, que permitan la validación y análisis de cada uno de los elementos involucrados, como el cálculo del capital de trabajo, el cálculo de la revaluación con la indicación de sus índices, el cálculo de la depreciación (línea recta) con la indicación de las tasas de depreciación aplicadas. Realizar los cálculos anteriores para cada una de las subcuentas, que se presentan en el detalle de los activos del Balance General. Indicar las fuentes de información utilizadas para validar los cálculos, contemplando las partidas iniciales y los resultados obtenidos.

627. La IE también indicó a las envasadoras que debían desagregar la información contable por actividad regulada y les exigió presentar cierta documentación específica al respecto.⁶⁸⁴

628. En la Resolución Tarifaria ET 2013, la IE también incluyó una lista de requisitos que debían cumplir las futuras peticiones tarifarias.⁶⁸⁵

629. El Tribunal Arbitral nota que en las mencionadas instrucciones, no todos los requisitos indicados por la ARESEP son nuevos en cada resolución tarifaria, sino que muchos de

⁶⁸⁴ Anexo C-102, Resolutivo IV.

⁶⁸⁵ Anexo C-103, Resolutivo II.

ellos se repiten a lo largo de varias resoluciones (como, por ejemplo, los requisitos de cumplir la Metodología vigente, explicar en detalle el cálculo de los gastos, acompañar toda la información utilizada, incluyendo fórmulas y cálculos, desagregar la información por actividad regulada y distinguir de actividades no reguladas), lo cual pareciera indicar la insistencia de la ARESEP sobre ciertos puntos que las empresas seguían sin integrar en sus peticiones.

630. El Tribunal Arbitral considera que, aunque el marco regulatorio aplicable tenía sus limitaciones y podía mejorarse y la autoridad reguladora también estaba adaptándose e incrementando su sofisticación, en vista de los elementos presentados en el presente arbitraje no puede admitirse, como pretenden las Demandantes, que no existía ningún criterio escrito ni explicación sobre cómo debía presentarse una petición tarifaria justificada.
631. Las Demandantes también alegan que la ARESEP seguía imponiendo nuevos requisitos en sus resoluciones tarifarias para poder justificar el rechazo de las peticiones de GNZ y Tropigás. A continuación se analiza esta alegación.

i. El requisito de presentar contabilidades separadas

632. Según las Demandantes, en la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, la ARESEP indicó que no se había cumplido el nuevo requisito de presentar las contabilidades separadas y se habría basado en ello para rechazar la petición de GNZ a pesar de que dicho requisito fue incluido en la Resolución Tarifaria ET 2010 y aun no se había vencido el plazo otorgado a las empresas para implementarlo.⁶⁸⁶
633. Al respecto, el Tribunal Arbitral nota que, aunque es cierto que el requisito de llevar contabilidades separadas en las que se diferencien los diversos servicios prestados y las actividades no reguladas aparece en la Resolución Tarifaria ET 2010, y que en la misma se estableció un plazo de un año para cumplir con el mismo, no es menos cierto que dicho requisito ya venía impuesto por el Artículo 20 de la Ley ARESEP.⁶⁸⁷

⁶⁸⁶ Demanda sobre el Fondo, §§ 303-304.

⁶⁸⁷ Ley ARESEP (Anexo R-4), Artículo 20.

634. Por lo tanto, no es aceptable el alegato de que, al retomar dicho requisito, la ARESEP incurrió en una falta de transparencia o cambió sorpresivamente de criterios para rechazar las peticiones tarifarias de GNZ y Tropicás.

ii. La segregación de activos, costos y gastos de las diferentes actividades

635. En la Resolución Tarifaria ET 2012, la ARESEP indicó que se habían incluido activos, costos y gastos de dos segmentos de la cadena de comercialización de GLP, mientras que existían márgenes diferenciados para cada uno. Según las Demandantes se trató de un cambio de criterio ilegal, arbitrario e irrazonable de la ARESEP, que no fue publicado previamente en ningún instrumento jurídico.⁶⁸⁸

636. Al respecto, sin embargo, el Tribunal Arbitral ya ha constatado en secciones previas de este Laudo⁶⁸⁹ que en la Resolución Tarifaria ET 2012, la ARESEP se refirió específicamente a sus instrucciones previas establecidas en las Resoluciones Tarifarias de los ET 2010 y 2011, las cuales, en virtud del Artículo 29 de la Ley ARESEP, son obligatorias para las empresas en sus futuras peticiones tarifarias.

iii. El cálculo del activo neto

637. En la Resolución Tarifaria ET 2013, la ARESEP indicó que el cálculo del activo neto no debía consistir en la simple diferencia entre el activo y el pasivo, tal como lo calculó KPMG, sino que debía tomarse en cuenta el efecto de la revaluación de los activos y de la devaluación de los mismos.⁶⁹⁰ Según las Demandantes, al hacerlo la ARESEP implementó nuevos requisitos *ad hoc* sobre la marcha ya que lo decidido no se encontraba establecido en ninguna ley, reglamento o resolución tarifaria previa.⁶⁹¹

638. Al respecto, el Tribunal Arbitral advierte, en primer lugar, que no se trata de un criterio nuevo, pues las peticiones tarifarias de GNZ en el 2010⁶⁹² y en el 2011 ya habían considerado el efecto de la revaluación de los activos y de su depreciación al momento de calcular el activo neto. En segundo lugar, dicho criterio no parece caprichoso ni

⁶⁸⁸ Demanda sobre el Fondo, § 370.

⁶⁸⁹ Ver *supra*, §§ 589-592, 613.

⁶⁹⁰ “KPMG SA utiliza como activo neto el saldo resultante de la diferencia entre el activo y el pasivo de la empresa, siendo lo correcto calcular el activo neto como el activo al costo, más el activo revaluado, menos la depreciación acumulada al costo, menos la depreciación acumulada revaluada.” Anexo C-102, p. 8.

⁶⁹¹ Demanda sobre el Fondo, §§ 397-400.

⁶⁹² Anexo C-123, p. 28; Anexo C-133, p. 81.

irrazonable, sino que, al contrario, parece perseguir que el cálculo del activo neto de la empresa sea lo más apegado posible a la realidad económica de dicha empresa. Finalmente, la Resolución Tarifaria ET 2012 no rechazó la petición de las Demandantes con base en este único elemento sino en una serie de discrepancias en la información presentada por GNZ que fueron descritas por la ARESEP.⁶⁹³

iv. La exclusión de activos cuyo valor es inferior al 25% del salario base

639. En la Resolución Tarifaria ET 2012, la ARESEP indicó que se incluyeron activos que, al tener un valor inferior al 25% del salario base, no cumplen con la condición establecida en el reglamento del impuesto sobre la renta para ser considerados activos y deben registrarse como gastos.⁶⁹⁴ Según las Demandantes, dicha distinción no estaba prevista en la Metodología y la ARESEP nunca antes había realizado una objeción similar, así que se trató de un cambio de criterio arbitrario que la ARESEP implementó al momento de decidir la petición tarifaria de GNZ.⁶⁹⁵
640. El Tribunal Arbitral nota que se trata de una observación hecha por la ARESEP en el cuerpo de las Resoluciones Tarifarias de los ET 2012 y 2013,⁶⁹⁶ pero no es el elemento en el cual se basó la ARESEP para rechazar las peticiones tarifarias de GNZ. La Resolución Tarifaria ET 2012 rechazó la petición de GNZ por incluir en la información costos, gastos y activos de otras actividades no reguladas⁶⁹⁷ y la Resolución Tarifaria ET 2013 rechazó la petición de GNZ por presentar la información sobre gastos, costos y activos de toda la cadena de comercialización sin separar debidamente los afectados a la actividad de envasado.⁶⁹⁸
641. El Tribunal Arbitral considera que la aplicación de dicho criterio, relativo a la legislación fiscal, no parece pertinente respecto de una fijación tarifaria para el margen de envasado de GLP, menos aún si no había sido establecido previamente como un requisito. Sin embargo, aun admitiendo que pueda tratarse de un error del ente regulador en la aplicación de su marco jurídico, el Tribunal Arbitral no considera que, en las circunstancias del caso

⁶⁹³ Anexo C-102.

⁶⁹⁴ Anexo C-102, p. 9.

⁶⁹⁵ Demanda sobre el Fondo, § 403.

⁶⁹⁶ Anexo C-103, p. 10.

⁶⁹⁷ Anexo C-102, Conclusiones 2 y 3, p. 11.

⁶⁹⁸ Anexo C-103, Conclusiones, p. 15.

específico, dicha actuación sea de tal magnitud que pueda elevarse a una violación de las obligaciones internacionales de trato que le corresponden al Estado según el APPRI.

v. La exigencia de diferenciar los activos, gastos y costos de diversas actividades

642. En la Resolución Tarifaria ET 2013, la ARESEP exigió que se diferenciaron los activos, costos y gastos de las diversas actividades de la empresa, manteniéndose la posibilidad de hacer una distribución proporcional de los mismos sólo cuando no pudiesen ser directamente asociados a una actividad. Las Demandantes sostienen que esto implicaba exigir a las envasadoras obligaciones inexistentes en el marco jurídico.⁶⁹⁹
643. Según ya fue establecido por el Tribunal Arbitral, dicha exigencia no era nueva pues la obligación de mantener diferenciados los activos, costos y gastos de las diferentes actividades de la empresa se desprende de la propia Ley ARESEP (Artículos 20 y 32) y además ha sido requerida por la ARESEP en sus resoluciones tarifarias desde, al menos, 2005.⁷⁰⁰

vi. La Separación de costos no recurrentes o no tarifarios

644. Según las Demandantes, en la Resolución Tarifaria ET 2013, la ARESEP incluyó un nuevo requisito de separar los costos “*no recurrentes*”, sin especificar en qué consiste dicha distinción y sin que tal requisito se encontrara fundamentado en la normativa vigente.⁷⁰¹
645. El Tribunal Arbitral nota que en la Resolución Tarifaria ET 2013, la ARESEP señaló que existían costos declarados por GNZ que no se encontraban suficientemente identificados o detallados, de manera que no podía determinarse si efectivamente se trataba de costos tarifarios o no tarifarios. La ARESEP indicó a GNZ que debía “*aislar de la base de costos, todos aquellos que por su naturaleza sean no recurrentes o no tarifarios, de conformidad con la Ley [ARESEP].*”⁷⁰²
646. Sobre la determinación de en qué consisten los costos “*no recurrentes*”, la ARESEP respondió en su decisión sobre el recurso de revocatoria planteado por GNZ que el término

⁶⁹⁹ Demanda sobre el Fondo, §§ 443-445.

⁷⁰⁰ Ver *supra*, §§ 614, 633-634.

⁷⁰¹ Demanda sobre el Fondo, §§ 452-455.

⁷⁰² Anexo C-103, p. 8.

recurrente debía interpretarse según su sentido corriente, es decir costos que vuelven a ocurrir o aparecer: “*en materia tarifaria un costo recurrente es aquel que se repite o se repetirá en varios períodos de tiempo y que por consiguiente se justifica su incorporación en las tarifas (siempre y cuando sea un costo tarifario), hasta tanto deje su condición de recurrencia y se deba separar de la tarifa y un costo no recurrente sería el que no cumple esta condición. Su espíritu está contenido en el artículo 32 de la Ley N° 7593, referente a los costos sin considerar tales como [...] b) las erogaciones innecesarias o ajenas a la prestación del servicio público [...], c) los gastos de operación desproporcionados en relación con los gastos normales de actividades equivalentes [...].*”⁷⁰³

647. El Tribunal Arbitral considera que el concepto de costos “*recurrentes*” o “*no recurrentes*” es ampliamente utilizado en el lenguaje contable y de negocios y le parece razonable que haya sido empleado por la ARESEP para referirse a costos que al ser excepcionales no correspondan a los “*gastos normales*” y que, por lo tanto, en principio, no deben incluirse en las peticiones tarifarias salvo una justificación particular de los petentes. Al respecto, el Tribunal Arbitral no coincide con la calificación hecha por las Demandantes según la cual se trataba de un requisito desconocido y novedoso que generó falta de previsibilidad y certeza jurídica a GNZ, violando así el estándar internacional de trato justo y equitativo. Asimismo, las Demandantes no han presentado evidencia de que la aplicación del concepto de costos recurrentes por la ARESEP haya sido arbitraria o caprichosa.

vii. Los requisitos sobre la presentación de la contabilidad segregada y respecto de la inclusión del costo de materia prima

648. Las Demandantes también alegan que en la Resolución Tarifaria ET 2013, según las Demandantes, la ARESEP habría incluido el requisito de segregar la contabilidad de la empresa en un modelo “*cascada*” y no en el modelo “*paralelo*” utilizado por GNZ, a pesar de que no existiera ningún criterio concreto sobre la forma en que debía presentarse dicha información.⁷⁰⁴ La ARESEP además criticó que GNZ incluyera en su cálculo el costo de la materia prima en los costos totales de operación, pues el mismo se actualizaba mensualmente mediante las fijaciones extraordinarias de RECOPE.⁷⁰⁵ Las Demandantes

⁷⁰³ Anexo C-165, p. 4.

⁷⁰⁴ Demanda sobre el Fondo, §§ 458-462.

⁷⁰⁵ Anexo C-103, p. 10.

sostienen al respecto, que se trató de otro argumento infundado de la ARESEP que contradecía actuaciones anteriores del ente regulador.⁷⁰⁶

649. En primer lugar, el Tribunal Arbitral considera que las Demandantes, en realidad, se quejan de ciertas decisiones de la ARESEP que eventualmente podrían constituir errores regulatorios conforme al marco jurídico aplicable. El Tribunal Arbitral, sin embargo, estima que dichos errores o defectos, en el caso de que efectivamente lo sean, no son de tal grado como para constituir violaciones del estándar de trato justo y equitativo. Se trata de argumentos de naturaleza técnica los cuales, aunque se encontraran fundamentados, no son suficientes para apoyar una reclamación por falta de transparencia o actuación arbitraria del Estado conforme al derecho internacional.
650. En segundo lugar, lo que plantean las Demandantes es un asunto de legalidad que, como se ha dicho anteriormente, hubieran podido llevar ante una autoridad judicial costarricense, lo que en ningún momento hicieron. Las Demandantes no pueden, al plantear semejantes argumentos, tratar de convertir un tribunal arbitral del CIADI en un órgano de apelación respecto de decisiones técnicas tomadas por el regulador en el marco de su actividad de tarificación.
651. Por último, el Tribunal Arbitral hace notar que ninguna de estas actuaciones, aunque son destacadas por la ARESEP en la Resolución Tarifaria ET 2013, fueron decisivas respecto de la decisión del Regulador de rechazar la petición tarifaria de GNZ.
652. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que la Demandada no incurrió en falta de transparencia frente a las inversiones de las Demandantes.

5. Ausencia de debido proceso administrativo

653. Las Demandantes alegan la violación del debido proceso administrativo; no obstante, no explican el contenido de este concepto y el alcance que le otorgan en las circunstancias del caso.
654. La obligación de otorgar debido proceso puede tener distintas acepciones. Por ejemplo, otorgar a las partes interesadas la garantía de audiencia conforme a derecho a fin de que tengan una oportunidad plena de defender sus intereses, cumplir con requisitos de notificación a las partes, presentar decisiones razonadas o bien, como señaló el tribunal

⁷⁰⁶ Demanda sobre el Fondo, §§ 465-471.

en *ADC c. Hungría* en el contexto de expropiaciones: “*an actual and substantive legal procedure for a foreign investor to raise its claims [...] [S]ome basic legal mechanisms, such as reasonable advance notice, a fair hearing and an unbiased and impartial adjudicator to assess the actions in dispute, are expected to be readily available and accessible to the investor to make such legal procedure meaningful. In general, the legal procedure must be of a nature to grant an affected investor a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights and have its claims heard. If no legal procedure of such nature exists at all, the argument that ‘the actions are taken under due process of law’ rings hollow.*”⁷⁰⁷

655. El Tribunal Arbitral considera que una ausencia de debido proceso es efectivamente aquella que lleva a “*un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales.*”⁷⁰⁸ El Tribunal en *Thunderbird* también consideró que si bien podrían haber existido irregularidades administrativas, éstas no eran lo suficientemente graves como para constituir una violación del trato justo y equitativo: “*the Tribunal cannot find on the record any administrative irregularities that were grave enough to shock a sense of judicial propriety and thus give rise to a breach of the minimum standard of treatment.*”⁷⁰⁹ Este es el estándar que adoptará el Tribunal en el caso que nos ocupa.
656. La obligación de otorgar condiciones justas y equitativas en los procedimientos ante la autoridad administrativa forma plenamente parte del estándar de trato justo y equitativo. Aunque la ausencia de debido proceso administrativo no constituya denegación de justicia, pues las decisiones emitidas por la autoridad administrativa no son decisiones de

⁷⁰⁷ Traducción libre: “*Un procedimiento real y sustantivo para que el inversor extranjero pueda elevar sus reclamaciones [...]. Algún mecanismo legal básico, como recibir notificaciones con razonable anticipación, un juicio justo y un juez independiente e imparcial para analizar las acciones en disputa, se espera que sean rápidamente disponibles y accesibles al inversor para que dichos procedimientos legales sean útiles. En general, el procedimiento legal debe ser de tal naturaleza que proporcione al inversor afectado una oportunidad razonable, dentro de un tiempo razonable, de reclamar sus legítimos derechos y ser oído. Si un procedimiento de esta naturaleza no existe en absoluto, el argumento de que ‘las acciones han sido adoptadas bajo el debido procedimiento jurídico’ suena hueco.*” *ADC Affiliate Ltd c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 (“*ADC c. Hungría*”) (Anexo CL-09), § 435.

⁷⁰⁸ *Waste Management c. México II* (Anexo CL-50), § 98.

⁷⁰⁹ Traducción libre: “*el Tribunal no ha conseguido en el expediente ninguna irregularidad administrativa que fuera suficientemente grave como para perturbar la sensación de adecuación judicial y por ende dar lugar a una violación del estándar de trato mínimo.*” *Thunderbird c. México* (Anexo RL-58), § 200.

justicia, la misma puede afectar de manera inaceptable los derechos del inversionista y dar lugar a daños por violación de la obligación de trato justo y equitativo.

657. La argumentación de las Demandantes sobre ausencia de debido proceso administrativo se basa, esencialmente, en que la ARESEP: (a) se demoró excesivamente en resolver el recurso administrativo planteado contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, (b) incluyó argumentos nuevos en sus decisiones, dejando así a las Demandantes en indefensión, (c) no examinó la totalidad de los agravios invocados por GNZ y Tropicás y (d) rechazó finalmente resolver los recursos de apelación al considerar que carecían de interés actual.

a) La demora excesiva en la resolución del recurso administrativo

658. Las Demandantes alegan que la ARESEP incurrió en una demora excesiva y deliberada para resolver el recurso de revocatoria contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, el cual se resolvió dos años y casi cuatro meses después de haberse presentado el recurso.⁷¹⁰

659. El Tribunal Arbitral nota que es un hecho incontrovertido que el recurso de revocatoria que fue planteado contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 el 9 de junio de 2011⁷¹¹ fue resuelto por la IE en su decisión del 30 de septiembre de 2013.⁷¹²

660. También es incontrovertido que, de conformidad con la Ley General de la Administración Pública, el plazo otorgado a la autoridad administrativa para resolver el recurso era de ocho días.⁷¹³

661. La justificación dada por la Demandada para este retraso es que el recurso fue tramitado en un período de reformas institucionales de la ARESEP que emprendió Costa Rica para adaptarse a las obligaciones contraídas conforme al Tratado DR-CAFTA.⁷¹⁴

662. El Tribunal Arbitral considera que la explicación de la Demandada, si bien permite comprender que hubo circunstancias que incidieron y afectaron la actividad normal de la ARESEP en la época, no es suficiente para justificar el retraso ocurrido. El hecho de que el Estado haya reestructurado la organización de sus servicios no puede justificar una

⁷¹⁰ Demanda sobre el Fondo, §§ 322, 325, 326.

⁷¹¹ Anexo C-143.

⁷¹² Anexo C-48.

⁷¹³ Ley General de la Administración Pública (Anexo C-25), Artículo 352; Demanda sobre el Fondo, § 325; Contestación sobre el Fondo, § 70.

⁷¹⁴ Contestación sobre el Fondo, § 423; Declaración Quesada (DT-1), § 40.

demora de más de dos años en la decisión de un recurso que debería haberse resuelto en ocho días.

663. El Tribunal Arbitral estima que la magnitud del retraso en resolver el recurso es chocante al punto de configurar una violación del deber de trato justo y equitativo. Se trata, en efecto, de una incapacidad grosera y flagrante por parte de la autoridad administrativa de cumplir con una de sus obligaciones más fundamentales que es la de tramitar con razonable diligencia un recurso planteado por un administrado sobre un tema tan importante como la fijación de la tarifa que se le autoriza a cobrar. Ello adquiere especial relevancia si se considera que, por disposición legal, la aplicación de las tarifas no puede ser retroactiva.
664. El Tribunal estima por lo tanto que, al demorarse más de 2 años y tres meses para resolver el recurso de revocatoria planteado contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011, la Demandada violó el Artículo 4.1 del APPRI. El Tribunal analizará más adelante los daños que esta violación les podría haber causado a las Demandantes.

b) La falta de examen de la totalidad de los agravios

665. Según las Demandantes, la ARESEP se apartó completa e intencionalmente de su obligación de examinar todos y cada uno de los agravios hechos valer por GNZ en sus recursos administrativos y aceptó sin cuestionar las determinaciones del órgano inferior que estaba obligada a revisar.⁷¹⁵
666. Al respecto, el Tribunal Arbitral coincide con lo planteado por la Demandada en el sentido de que la obligación de debido proceso administrativo en derecho internacional no exige que la autoridad administrativa se pronuncie sobre todos y cada uno de los argumentos planteados por las recurrentes, sino que considere debidamente sus pretensiones y motive sus decisiones.⁷¹⁶
667. El Tribunal Arbitral ha podido constatar que, en sus resoluciones sobre los recursos de revocatoria planteados contra las Resoluciones Tarifarias de los ET 2011 y 2012, la IE no se limitó a denegar pura y simplemente los recursos planteados por GNZ y Tropigás. Al contrario, luego de verificar que se cumplieron los requisitos de admisibilidad, la

⁷¹⁵ Demanda sobre el Fondo, §§ 592, 598.

⁷¹⁶ Contestación sobre el Fondo, §§ 418-419.

autoridad administrativa se refirió a las pretensiones de las recurrentes y procedió a analizarlas antes de decidir.⁷¹⁷

668. En la decisión sobre el recurso de revocatoria ante la Resolución Tarifaria ET 2011, la ARESEP consideró que la información suministrada por la petente no era suficiente para llevar a cabo la fijación tarifaria, pero la fijación de la tarifa con base en el IPC no se apegó a la Metodología y por ello decidió que debía anularse la decisión. Sin embargo, basándose en una figura del ordenamiento jurídico costarricense,⁷¹⁸ resolvió dimensionar su decisión de manera que dejaba vigente el aumento del margen de la Resolución Tarifaria ET 2011.⁷¹⁹
669. En la decisión sobre el recurso de revocatoria contra la Resolución Tarifaria ET 2012, la IE consideró en definitiva que la petición planteada no incluía la información adecuada y que ello impidió desarrollar la Metodología.⁷²⁰
670. La función del Tribunal Arbitral no es la de pronunciarse sobre la corrección y el apego estricto al derecho costarricense de dichas decisiones administrativas, pues para ello las Demandantes contaban con los recursos judiciales que el ordenamiento jurídico costarricense pone a su disposición, sino de constatar que las autoridades administrativas dieron audiencia al inversionista para presentar su caso y no incurrieron en decisiones caprichosas o basadas en motivos irrazonables.
671. En consideración de lo anterior, el Tribunal Arbitral concluye que las decisiones de la IE al resolver los recursos de revocatoria planteados por GNZ y Tropicás respondieron las pretensiones de las recurrentes y estuvieron suficientemente motivadas de manera que no constituyen violaciones al debido proceso administrativo bajo el derecho internacional.

c) La inclusión de nuevos argumentos o mejora de las motivaciones de los actos administrativos recurridos

672. Según las Demandantes, al pronunciarse sobre los recursos administrativos planteados contra las resoluciones tarifarias, la ARESEP debió limitarse a analizar el acto como fue emitido, sin incorporar nuevos argumentos pues ello dejaría en indefensión a las

⁷¹⁷ Anexos C-48, C-146, C-159, C-165, C-160, C-167.

⁷¹⁸ La resolución de la IE cita el Artículo 131 del Código Procesal de Costa Rica.

⁷¹⁹ Anexo C-48.

⁷²⁰ Anexo C-159.

recurrentes.⁷²¹ Las Demandantes se refieren en particular a la decisión sobre el recurso de revocatoria planteado contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011.

673. El Tribunal Arbitral no estima que este argumento esté fundamentado. En efecto, no se ha probado que la inclusión de argumentos nuevos en el contexto de un recurso administrativo sea violatoria de la ley costarricense. Al respecto, los principios de contradictorio aplicables ante los tribunales judiciales no aplican de la misma manera ante una autoridad administrativa. El Tribunal Arbitral no considera por lo tanto que el hecho de que la ARESEP, que en definitiva es el mismo órgano que dicta el acto y atiende los recursos de revocatoria contra los mismos, haya desarrollado o completado la motivación de sus decisiones anteriores, pueda haber afectado de alguna manera los intereses de GNZ y, menos aún que sea constitutivo de una violación de las obligaciones internacionales de Costa Rica bajo el APPRI.

d) El rechazo de los recursos de apelación por carecer de interés actual

674. Los hechos planteados por las Demandantes establecen que, desde la Resolución Tarifaria ET 2010 y hasta la Resolución Tarifaria ET 2014, emitida el 23 de abril de 2015, a pesar de tres sucesivas peticiones, las Demandantes nunca obtuvieron una resolución por parte de la autoridad administrativa, y la tarifa establecida en 2010 siguió aplicándose hasta el mes de abril de 2015.⁷²²

675. En síntesis, la primera resolución tarifaria emitida el 1 de junio de 2011 sobre la Petición Tarifaria 2011 rechazó aumentar la tarifa en virtud de las inconsistencias detectadas en la información presentada, limitándose a aumentar el margen con base en la inflación y en el aumento del canon regulatorio.⁷²³ Como se ha dicho, el Tribunal Arbitral no encuentra que dicha decisión sea por sí misma violatoria del derecho internacional. GNZ interpuso recurso de revocatoria contra esta decisión y, el 30 de septiembre de 2013, la IE resolvió anular la decisión del 1 de junio con base en el hecho de que el regulador no podía, habiendo rechazado la petición tarifaria, otorgar sin embargo un aumento basado en un criterio distinto a la Metodología vigente.⁷²⁴ Las Demandantes apelaron dicha decisión y,

⁷²¹ Demanda sobre el Fondo, §§ 331-333.

⁷²² Fecha de entrada en vigor de la Resolución Tarifaria ET 2014 (Anexo C-84).

⁷²³ Anexo C-101.

⁷²⁴ Anexo C-48.

el 5 de diciembre de 2013, el regulador rechazó el recurso por extemporáneo, instruyendo sin embargo a la IE para que resolviera la petición tarifaria de 2011 dentro de un mes. En su resolución del 21 de enero de 2014 (Segunda Resolución Tarifaria ET 2011), la IE rechazó la Petición Tarifaria 2011 con base en la inconsistencia de los cálculos presentados por GNZ y Tropigás.⁷²⁵

676. Las Demandantes apelaron dicha decisión y la Junta Directiva de la ARESEP, el 28 de agosto de 2014, declaró inadmisibile el recurso por haber sido presentado por el Sr. Bustillos Delgado, cuyos poderes para representar a GNZ no se encontraban justificados.⁷²⁶ Al respecto, el Tribunal Arbitral nota que las Demandantes no alegan que esta última decisión fuera equivocada y que el mencionado Sr. Bustillos tuviera poderes para representar a GNZ. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral no encuentra razones para criticar dicha resolución.
677. Consecuentemente, el Tribunal Arbitral no estima que la Demandada haya rechazado arbitrariamente resolver los distintos recursos presentados contra las Resoluciones Tarifarias ET 2011.
678. La reclamación de las Demandantes se refiere a las dos decisiones de la Junta Directiva de la ARESEP, en fecha 7 de mayo de 2015,⁷²⁷ respecto de las Resoluciones Tarifarias de los ET 2012 y 2013, en las que la máxima autoridad administrativa decidió que, en vista de que la Resolución Tarifaria ET 2014 del 23 de abril de 2015 ya había fijado la tarifa para envasado, los recursos de apelación carecían de interés actual y rechazó por tanto resolverlos.⁷²⁸
679. Las Demandantes, sin embargo, no explican de ninguna manera las consecuencias de dichas decisiones. En el momento en el cual se tomaron estas decisiones, en efecto, la tarifa establecida en el 2010 y luego actualizada por inflación en el 2011 había sido aplicada en el mercado de envasado y por tanto era imposible que la ARESEP pudiera aplicar retroactivamente otra tarifa. Al respecto, es incontrovertido que en el marco regulatorio costarricense, la tarifa fijada por el regulador no aplica retroactivamente, sino que entra en vigor en la fecha en la cual ha sido establecida.⁷²⁹

⁷²⁵ Anexo C-148.

⁷²⁶ Anexo R-157.

⁷²⁷ Anexos C-160 y C-167.

⁷²⁸ Anexos C-160 y C-167.

⁷²⁹ Demanda sobre el Fondo, § 77; Contestación sobre el Fondo, § 486 y nota al pie de página 661.

680. En consecuencia, los recursos de apelación contra las decisiones que negaron la revocatoria de las Resoluciones Tarifarias de los ET 2012 y 2013 sólo tenían interés para GNZ con el objetivo de fijar una tarifa para el futuro. Ahora bien, en el 2015 ya se había fijado otra tarifa, resultado de un proceso tarifario posterior al objeto de las apelaciones.⁷³⁰ Las Demandantes no han alegado que el proceso de revisión administrativa de las Resoluciones Tarifarias de los ET 2012 y 2013 pudiera conducir a sustituir la tarifa más reciente fijada por la ARESEP en 2015. De cualquier manera, conforme a lo explicado, ello no tendría sentido.
681. Con todo, podría ser que una decisión de anulación pudiera servir de base para ejercer una acción resarcitoria en contra de la administración pública, pero esta posibilidad tampoco ha sido alegada por las Demandantes.
682. El Tribunal Arbitral concluye que efectivamente el recurso de apelación había dejado de tener interés para las Demandantes desde el momento en que el regulador había fijado una nueva tarifa. En todo caso, las Demandantes no han proporcionado argumentos para explicar cuál pudiera ser su interés legítimo en una decisión de anulación de la tarifa de 2013 posterior a la determinación de la nueva tarifa vigente a partir de abril de 2015.
683. El Tribunal Arbitral concluye pues que las decisiones de la Junta Directiva de la ARESEP del 7 de mayo de 2015, de rechazar los recursos de apelación planteados por GNZ contra las Resoluciones Tarifarias de los ET 2012⁷³¹ y 2013⁷³² por falta de interés, no fueron arbitrarias ni idiosincráticas, tampoco violaron el debido proceso administrativo ni ha sido probado por las Demandantes que hayan sido adoptadas de mala fe por la Demandada.

6. Mala fe

684. Las Demandantes han planteado que la Demandada se condujo con “*ausencia manifiesta de buena fe*” en todos los procesos de fijaciones tarifarias,⁷³³ lo cual se habría manifestado, en particular, a través de diversas actuaciones de la ARESEP.
685. La Demandada, sin embargo, afirma que Costa Rica actuó de buena fe en su trato con las inversiones de las Demandantes y alega que la mala fe no se presume ni basta con alegarla,

⁷³⁰ La cual fue fijada en la Resolución Tarifaria ET 2014 (Anexo C-84).

⁷³¹ Anexo C-160.

⁷³² Anexo C-167.

⁷³³ Demanda sobre el Fondo, § 10.

tal como hacen las Demandantes, sino que existe una carga particularmente onerosa de probarla.⁷³⁴

686. Tal como señaló el tribunal en *Biwater Gauff c. Tanzania*, citando a su vez al tribunal de *Waste Management c. México II*, la buena fe es un componente del estándar de trato justo y equitativo “*the standard includes the general principle recognised in international law that the contracting parties must act in good faith, although bad faith on the part of the State is not required for its violation.*”⁷³⁵ El Tribunal considera, en este sentido, que la obligación de actuar de buena fe es un elemento central de la obligación de otorgar trato justo y equitativo y, en definitiva, una obligación básica del Estado.⁷³⁶
687. Para el Tribunal Arbitral resulta evidente, y no existe controversia entre las Partes al respecto, que una actuación de mala fe por parte del Estado en contra de los inversionistas sería violatoria de su obligación de otorgarles un trato justo y equitativo bajo el APPRI. El Tribunal Arbitral nota que las actuaciones en que se basan las Demandantes para afirmar la mala fe de la Demandada se refieren a otras violaciones del estándar alegadas, tales como la arbitrariedad, la falta de transparencia, el rechazo deliberado de los principios en que se basa el marco regulatorio o la falta de debido proceso administrativo. Sin embargo, el Tribunal Arbitral ya ha decidido estas reclamaciones y ha concluido que, salvo por lo que concierne la resolución tardía del recurso de revocatoria contra la Primera Resolución Tarifaria 2011, la Demandada no incurrió en una violación de sus obligaciones internacionales.⁷³⁷
688. En efecto, respecto de las acusaciones de que la DSE manipuló tendenciosamente la información durante las audiencias públicas del año 2010 con la intención de afectar la percepción del público sobre la Petición Tarifaria 2010, el Tribunal Arbitral ya ha establecido que las afirmaciones que hizo en su momento la DSE durante las audiencias públicas respondían al objetivo de ilustrar el funcionamiento del mecanismo de fijación de tarifas y en ellas la DSE únicamente hizo una presentación preliminar y objetiva sobre

⁷³⁴ Contestación sobre el Fondo, § 455.

⁷³⁵ Traducción libre: “*el estándar incluye el principio general reconocido en derecho internacional de que las partes contratantes deben actuar de buena fe, aunque la mala fe del Estado no sea requerida para su violación.*” *Biwater Gauff Ltd. c. la República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (“*Biwater c. Tanzania*”) (Anexo CL-51), § 602.

⁷³⁶ *Waste Management c. México II* (Anexo CL-50), §138.

⁷³⁷ Ver *supra*, Secciones VIII.C.1 a VIII.C.5

la Petición Tarifaria 2010 con base en los datos de los que disponía en ese entonces.⁷³⁸ En el acta que se levantó de dicha audiencia pública, se puede apreciar que durante la misma, tanto los representantes de GNZ como de Tropigás tuvieron la oportunidad de manifestar libremente su posición y hacer los comentarios que estimaran pertinentes.⁷³⁹

689. Sobre el argumento de que constituyó una actuación de mala fe el no haber aplicado el modelo tarifario y fijado una tarifa en las Resoluciones Tarifarias de los ET 2011, 2012 y 2013, el Tribunal Arbitral ya ha decidido que, contrariamente a lo alegado por las Demandantes, la ARESEP no tenía la obligación de corregir o completar las peticiones tarifarias de las empresas para fijar una tarifa, sino que entre sus potestades tenía la posibilidad de rechazar las peticiones tarifarias.
690. Asimismo, las Demandantes indican que la ARESEP actuó de mala fe al rechazar arbitrariamente y sin motivos reales las peticiones tarifarias de 2012 y 2013. Sin embargo, el Tribunal Arbitral ya ha establecido que en ambos procesos tarifarios la ARESEP sí motivó sus decisiones suficientemente. En particular, durante el proceso tarifario de 2012, las Demandantes se refieren a que la ARESEP invocó falsamente la ausencia de hojas de cálculos como deficiencias en la petición de GNZ, pero durante el arbitraje se estableció que, en efecto, a pesar de que GNZ envió documentos electrónicos a la autoridad reguladora, los mismos se habían llenado manualmente y carecían de las fórmulas de cálculo necesarias.⁷⁴⁰
691. El Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado igualmente sobre la demora excesiva de la ARESEP en decidir ciertos recursos administrativos⁷⁴¹ y sobre las decisiones de la Junta Directiva de la ARESEP según las cuales el recurso de apelación planteado carecía de interés actual en vista de que la Resolución Tarifaria ET 2014 había fijado un nuevo margen de envasado.⁷⁴²
692. Respecto de las decisiones de la Junta Directiva de la ARESEP resolviendo que los recursos planteados carecían de interés actual, el Tribunal Arbitral ya ha decidido que las mismas no constituyeron una actuación arbitraria o contraria al debido proceso administrativo pues, en efecto, la fijación de una nueva tarifa en 2015 suprimió el interés

⁷³⁸ Ver *supra*, §§ 515-517.

⁷³⁹ Anexo C-125.

⁷⁴⁰ Ver *supra*, § 599.

⁷⁴¹ Ver *supra*, §§ 658-664.

⁷⁴² Ver *supra*, §§ 682-683.

en revisar la corrección de una tarifa que, según las Demandantes, debería haberse aplicado en períodos anteriores.

693. Finalmente, el Tribunal Arbitral decidió que la ARESEP no incurrió en arbitrariedad y contradicción al fijar el margen de envasado en la Resolución Tarifaria ET 2014, mientras que se había negado a hacerlo en los procesos tarifarios anteriores. Por una parte, al Tribunal Arbitral no le consta que las peticiones de uno y otros períodos sean realmente comparables. En efecto, según se desprende de las propias afirmaciones de las Demandantes⁷⁴³ y de la evidencia presentada en el arbitraje,⁷⁴⁴ GNZ fue perfeccionando a lo largo de los años su presentación de la información para satisfacer las condiciones indicadas por la ARESEP. Por otra parte, al disponer de más y mejor información, es razonable que la ARESEP haya decidido hacer uso de su potestad (y no obligación), según el Artículo 30 de la Ley ARESEP, de modificar las peticiones de las empresas.
694. Por lo tanto, al no haber demostrado la existencia de actuaciones arbitrarias, irrazonables o carentes de transparencia por parte del ente regulador, las Demandantes no pueden pretender que dichas conductas hubieran sido voluntarias, intencionales o de mala fe por parte de la Demandada.
695. Respecto de alegaciones genéricas de mala fe hechas por las Demandantes, el Tribunal Arbitral coincide con lo planteado por la Demandada en el sentido de que no basta con alegar pretendidos comportamientos “*dolosos*”, “*propósitos ocultos*” o “*motivos políticos*” para sustentar el reclamo de violación de las obligaciones internacionales del Estado.⁷⁴⁵ Las Demandantes tienen la carga de probar suficientemente la mala fe que atribuyen a la Demandada.
696. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que, más allá de las calificaciones hechas por las Demandantes,⁷⁴⁶ las cuales tampoco identifican con precisión cuáles serían las alegadas razones que habrían motivado la conducta del ente regulador (denominándolos como motivos “*ocultos*” o “*políticos*” únicamente), éstas no han probado que la Demandada hubiese actuado de mala fe.

⁷⁴³ Demanda sobre el Fondo, §§ 485, 588.

⁷⁴⁴ Anexos C-123, C-133, C.150. C-161 y C-168.

⁷⁴⁵ Contestación sobre el Fondo, §§ 451 y ss.

⁷⁴⁶ Demanda sobre el Fondo, §§ 326, 584, 593, 594.

697. Por las razones anteriores, el Tribunal Arbitral rechaza el reclamo de que la Demandada violó su obligación de trato justo y equitativo al actuar de mala fe para perjudicar a las inversiones de las Demandantes.

D. Los daños derivados de la violación al Artículo 4.1 del APPRI

698. Como se señaló en apartados anteriores, el 24 de julio de 2015 las Demandantes presentaron su Memorial de Demanda sobre Daños el cual contenía el método de cálculo propuesto. En dicho documento, las Demandantes alegaban tener derecho a:⁷⁴⁷

- una indemnización suficiente que elimine todos los daños y perjuicios ocasionados por las conductas internacionalmente ilícitas de Costa Rica;
- recuperar el monto de los daños sufridos como resultado del impacto económico en sus inversiones;
- una compensación que incluya los intereses compuestos y posteriores a la emisión del Laudo Arbitral, a una tasa apropiada en términos comerciales.

699. El Tribunal concluyó en apartados anteriores que la Demandada violó el Artículo 4.1 del APPRI en relación con la demora en resolver el recurso de revocatoria planteado.⁷⁴⁸ No obstante, para poder solicitar daños, las Demandantes tienen la carga de probar, no solamente la existencia de una violación, sino también el nexo de causalidad existente entre la violación y el daño alegado y su cuantía. El Tribunal Arbitral estima que las Demandantes no han probado los daños que esta violación pudo haberles causado.

700. El Artículo 31 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado, los cuales codifican el derecho internacional sobre este punto, prevé al respecto que: “*el Estado responsable tiene la obligación de reparar integralmente el daño causado por el hecho internacionalmente ilícito.*”⁷⁴⁹

701. Las Demandantes alegan haber sufrido un perjuicio por el hecho de que no se dictara una nueva resolución tarifaria que corrigiera la situación creada por la Primera Resolución Tarifaria ET 2011. Sin embargo, no han proporcionado ninguna explicación sobre el daño causado por la demora del regulador en tramitar el recurso contra la Primera Resolución

⁷⁴⁷ Demanda sobre Daños, títulos de las secciones A, B y C.

⁷⁴⁸ Ver *supra* § 664.

⁷⁴⁹ Artículos sobre Responsabilidad del Estado (Anexo CL-59), Artículo 31.

Tarifaria ET 2011.⁷⁵⁰ Tampoco los informes periciales de la Lic. Judith Yadhira Galván⁷⁵¹ proporcionan explicación alguna al respecto.

702. En el presente caso, aunque fuera con demora, el regulador sí resolvió el recurso de revocatoria, y lo hizo en contra de GNZ, pues aunque se anuló la decisión de la ARESEP por basarse en un elemento ajeno a la Metodología para hacer la fijación tarifaria, también se concluyó que los costos y gastos de la petición tarifaria “*presentaron inconsistencias, no fueron justificados y la información no eran [sic] suficiente para realizar el cálculo tarifario.*”⁷⁵² Esta determinación fue confirmada en la Segunda Resolución Tarifaria ET 2011.⁷⁵³ Las Demandantes no han aportado argumento alguno para considerar que si el recurso se hubiera resuelto dentro del plazo previsto, el regulador hubiera tomado una decisión diferente. Tampoco las Demandantes han alegado que la demora les habría impedido volver a solicitar otra resolución tarifaria, y en efecto no fue así, pues el marco regulatorio no impedía a las Demandantes pedir en cualquier momento, aunque se encontrara pendiente un recurso administrativo respecto de su anterior solicitud, una nueva resolución tarifaria.
703. El Tribunal Arbitral considera pues, que las Demandantes no han probado el daño que el retraso por parte de la ARESEP en dictar una decisión administrativa adversa a sus intereses les habría causado.

IX. LOS COSTOS DEL ARBITRAJE

A. La posición de las Demandantes

704. El 20 de octubre de 2016, las Demandantes presentaron su Declaración sobre Costos con fundamento en la Regla 28(2) de las Reglas de Arbitraje del Centro (“**Petición de Costas de las Demandantes**”). Las Demandantes afirman haber incurrido en US\$ 1.280.500 en

⁷⁵⁰ Las Demandantes afirman que “*la demora deliberada de la ARESEP generó perjuicios a GNZ, quien tenía un interés legítimo e imperioso de que se realizara a la brevedad un nuevo estudio de su petición tarifaria a fin de que corrigiera su alarmante desequilibrio financiero, dado que en ningún caso las tarifas de servicios públicos pueden tener un efecto retroactivo, por lo que la restauración del equilibrio financiero dependía directamente de una nueva resolución tarifaria de la ARESEP.*” Demanda sobre el Fondo, § 590.

⁷⁵¹ Anexos C-196 y C-197.

⁷⁵² Anexo C-48, Conclusión 4, p. 9.

⁷⁵³ Anexo C-148.

costos de representación, US\$ 78.000 en gastos del procedimiento y US\$ 500.000 en los pagos adelantados efectuados al CIADI para cubrir los honorarios del Tribunal y los demás costos del arbitraje.⁷⁵⁴

705. Con fundamento en el Artículo 61(2) del Convenio CIADI y la Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje del Centro, las Demandantes solicitaron que el Tribunal ordene a la República de Costa Rica reintegrarle la totalidad de dichos costos.

B. La posición de la Demandada

706. De conformidad con la Resolución Procesal No. 1 del 19 de septiembre de 2013 y la comunicación del Tribunal Arbitral del 30 de agosto de 2016, el 20 de octubre de 2016 la Demandada presentó su Petición de Costas (“**Petición de Costas de la Demandada**”) acompañada de tres anexos.
707. En su Petición de Costas, la Demandada reconoció la discreción del Tribunal para determinar la responsabilidad de las Partes por las costas del procedimiento. Asimismo, señaló que la expectativa de las Partes en este caso sería que el Tribunal distribuya la carga de las costas de conformidad con el enfoque de “*costs follow the event*” de forma que si el Tribunal rechaza los reclamos de las Demandantes éstas le reembolsen a la Demandada todas sus costas razonables.⁷⁵⁵
708. La Demandada basó su petición en los siguientes argumentos: (a) la Demandada ya prevaleció en gran medida al derrotar casi todos los reclamos de las Demandantes en la fase jurisdiccional;⁷⁵⁶ (b) en la etapa sobre el fondo, las Demandantes abandonaron uno de sus reclamos sin explicación y luego discontinuaron argumentos con respecto al único conjunto de reclamos restantes, al no responder a los argumentos de la Demandada;⁷⁵⁷ y (c) la conducta errática de las Demandantes implicó costas adicionales e innecesarias para la Demandada.⁷⁵⁸

⁷⁵⁴ Petición de Costas de las Demandantes. Tal y como se ha informado oportunamente a las Partes, el CIADI ha recibido de las Demandantes tres pagos anticipados por un total de US\$ 570.000,00 como sigue: (i) primer pago anticipado por US\$ 250.000,00; (ii) segundo pago anticipado por US\$ 250.000,00 y (iii) tercer pago anticipado por US\$ 70.000,00. *Ver* comunicaciones a las Partes de 24 de septiembre de 2013; 18 de septiembre de 2015; 2 de febrero de 2017. El tercer y último pago fue efectuado con posterioridad a la presentación de la Petición de Costas de las Demandantes.

⁷⁵⁵ Petición de Costas de la Demandada, §§ 11-14.

⁷⁵⁶ Petición de Costas de la Demandada, §§ 17-19.

⁷⁵⁷ Petición de Costas de la Demandada, §§ 21 y ss.

⁷⁵⁸ Petición de Costas de la Demandada, § 31 y ss.

709. La Demandada solicitó que las Demandantes paguen a la Demandada la totalidad de sus costas razonables incurridas con motivo de este procedimiento, por un total US\$ 2.060.021,00.⁷⁵⁹ Dicha suma incluye los siguientes gastos y costos:

- Pagos anticipados al CIADI para cubrir honorarios y gastos del Tribunal, y la tasa de administración y gastos de la Secretaría del CIADI: US\$ 500.000.⁷⁶⁰
- Gastos incurridos para la comparecencia de testigos en la audiencia: US\$ 9.935,50.
- Honorarios y gastos de peritos: US\$ 286.800.
- Gastos del COMEX por comparecencia en las Audiencias de Jurisdicción y de Fondo: US\$ 13.285,50.
- Representación legal: US\$ 1.250.000.

710. La Demandada también solicitó que las Demandantes paguen a la Demandada el interés simple a la tasa anual LIBOR más 3%, sobre las costas determinadas a favor de la Demandada, a partir de la fecha del Laudo; y que las Demandantes sean responsables de la totalidad de sus propias costas del arbitraje, incluyendo sus costas legales.⁷⁶¹

C. Los costos y gastos del Tribunal Arbitral y del CIADI

711. Los costos del arbitraje, que incluyen los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los gastos del Asistente del Presidente del Tribunal, así como los costos y gastos administrativos del CIADI, suman en total US\$ 1.061.906,95 (un millón sesenta y un mil novecientos seis dólares, con noventa y cinco centavos) y se desglosan como sigue:⁷⁶²

Honorarios y gastos de los árbitros:

- Sr. Alexis Mourre: US\$ 447.133,82
- Prof. Ricardo Ramírez: US\$ 243.948,06

⁷⁵⁹ Petición de Costas de la Demandada, § 59.

⁷⁶⁰ Tal y como se ha informado oportunamente a las Partes, el Centro ha recibido de la Demandada tres pagos anticipados por un total de US\$ 569.936,00 como sigue: (i) primer pago anticipado de US\$ 249.980,00; (ii) segundo pago anticipado de US\$ 249.978,00 y (iii) tercer pago anticipado de US\$69.978,00. Ver comunicaciones a las Partes de 18 de septiembre de 2013; 3 de septiembre de 2015; 2 de febrero de 2017. El tercer y último pago fue efectuado con posterioridad a la presentación de la Petición de Costas de la Demandada.

⁷⁶¹ Petición de Costas de la Demandada, § 61 (b) y (c).

⁷⁶² El Secretariado del CIADI proporcionará a las Partes un Estado Financiero Final detallado.

- Prof. Andrés Jana: US\$ 182.623,28
- Gastos del Asistente del Presidente del Tribunal, Sr. Bingen Amezaga: US\$ 18.485,74

Honorarios administrativos y costos del CIADI:

- Honorarios administrativos del CIADI: US\$ 128.000,00
- Costos directos: US\$ 41,716.05

Estos costos se han cubierto de los pagos anticipados hechos por las Partes, en partes iguales. Es decir, cada Parte ha cubierto US\$ 530.953,48 (quinientos treinta mil novecientos cincuenta y tres dólares, con cuarenta y ocho centavos).

D. La decisión del Tribunal Arbitral

1. Las costas del arbitraje

712. El artículo 61(2) del Convenio CIADI establece las facultades de las que goza el Tribunal arbitral para decidir la forma de pago y la distribución de los gastos del arbitraje:

“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.”⁷⁶³

713. De este precepto, queda claro que para la determinación de las costas del arbitraje⁷⁶⁴ y su distribución entre las partes debe seguirse en primer lugar el acuerdo que exista entre las partes al respecto. De no existir dicho acuerdo, el Tribunal deberá determinar las costas del arbitraje y distribuirlos entre las partes. Ni el Convenio CIADI ni las Reglas contienen limitación alguna a la facultad del Tribunal para determinar las costas,⁷⁶⁵ y es generalmente aceptado que los árbitros tienen un amplio margen de discreción en su

⁷⁶³ Convenio CIADI, Artículo 61(2).

⁷⁶⁴ El Tribunal utiliza el término “*costas*” para referirse a la totalidad de (i) los gastos de las Partes y (ii) los costos del arbitraje (que incluyen los honorarios y gastos del Tribunal y los costos y gastos del CIADI).

⁷⁶⁵ Convenio CIADI, Artículo 61(2) y Regla 28(1).

apreciación de si las costas son razonables y para decidir la forma en que deben ser distribuidas.

714. En el presente caso no existe un acuerdo entre las Partes sobre la distribución de las costas del arbitraje entre las Partes y su forma de pago, por lo que el Tribunal procederá a realizar dicha determinación. Es importante destacar que, si bien el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje establecen la facultad del Tribunal para realizar dicha determinación, no establecen ningún criterio ni estándar normativo a seguir, por lo que este Tribunal analizará las circunstancias particulares del caso a la luz de los precedentes aplicables para alcanzar su decisión.
715. Los tribunales arbitrales han utilizado varios enfoques o principios al tomar su decisión sobre costas. Uno de ellos es el principio según el cual la parte vencida debe pagar las costas de la vencedora.⁷⁶⁶ Otros principios empleados incluyen la repartición equitativa de las costas o el principio según el cual cada parte soporta sus propias costas.
716. En el presente caso, el Tribunal Arbitral no estima apropiado que la parte que ha sustancialmente prevalecido en el arbitraje soporte enteramente sus costas. El Tribunal aplicará por tanto el principio según el cual la parte vencida tiene que indemnizar a la parte vencedora sus costas razonables. El Tribunal, sin embargo, tomará en cuenta todas

⁷⁶⁶ Petición de Costas de la Demandada, § 11 y nota al pie 1 citando los siguientes casos: *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015, §§ 962-976; *Generation Ukraine c. Ucrania* (Anexo RL-61), § 24.1; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Laudo, 23 de septiembre de 2003, §§ 423-424; *Telenor Mobile Communications A.S. c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, laudo, 13 de septiembre de 2006, §§ 103-107; *ADC c. Hungría* (Anexo CL-09), §§ 531, 533; *World Duty Free Company c. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre de 2006, § 190; *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/02/9 (anteriormente llamado *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba, Timothy T. Wahba c. República Árabe de Egipto*), Laudo, 27 de octubre de 2006, § 176; *PSEG c. Turquía* (Anexo CL-44), §§ 352-353; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. la República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007, § 405; *Desert Line Projects LLC c. la República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008, §§ 303-304; *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24 (ECT), Laudo, 27 de agosto de 2008 (Anexo CL-45) §§ 322-324; *EDF (Services) Ltd. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, § 327; *GEA Group Aktiengesellschaft c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/16, Laudo, 31 de marzo de 2011, §§ 364-366; *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 7 de diciembre de 2011, §§ 878-882; *Iberdrola c. Guatemala* (Anexo RL-32), §§ 512-518; *Burimi SRL y Eagle Games S.H.A c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/18, Laudo, 29 de mayo de 2013, §§ 159-165; *SAUR International SA c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/4, Laudo, 22 de mayo de 2014, §§ 402-415; *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/10/13, Laudo, 2 de marzo de 2015, §§ 528-531.

las circunstancias del caso para determinar la extensión del derecho que tiene la parte exitosa a ser indemnizada por sus costas.

717. El Tribunal Arbitral estima que, al no haber sido exitosas en sus demandas, las Demandantes no tienen derecho a ser indemnizadas por sus costas y deberán, por tanto, soportar integralmente las mismas.
718. En cuanto a la Demandada, la misma resultó exitosa en el fondo y parcialmente exitosa en sus objeciones sobre jurisdicción. El Tribunal Arbitral, sin embargo, también toma en consideración las siguientes circunstancias del caso: en primer lugar, el hecho de que la Demandada perdió en la fase de jurisdicción respecto de las demandas que se resolvieron en el presente Laudo. En segundo lugar, que el Tribunal admitió el argumento de las Demandantes en cuanto a la violación del Artículo 4.1 del APPRI respecto del retraso injustificado en resolver los recursos administrativos contra la Resolución Tarifaria ET 2011. Y finalmente, el Tribunal considera que las reclamaciones de las Demandantes no eran frívolas, pues existe falta de claridad sobre varios puntos del marco regulatorio costarricense que pudo haber llevado a las inversionistas, de buena fe, a considerar que se encontraban enfrentadas a actuaciones arbitrarias y contrarias al derecho internacional.
719. En vista de lo anterior, el Tribunal Arbitral decide que la Demandada deberá soportar el 50% de los costos del arbitraje que han sido cubiertos por ella y el 50% de sus costos y gastos de representación. Es decir, las Demandantes deberán indemnizar a la Demandada por (i) el 50% de los costos del arbitraje que han sido cubiertos por la Demandada y, (ii) el 50% de los costos y gastos de representación de la Demandada.
720. Los costos de representación y gastos reclamados por la Demandada (excluyendo los pagos anticipados al CIADI) se elevan a US\$ 1.560.021. El Tribunal Arbitral estima que en vista de la complejidad del caso, dichos costos son razonables. Por lo tanto, la Demandada deberá ser reembolsada por el 50% de ese monto, esto es, US\$ 780.010,50.
721. La Demandada ha hecho pagos anticipados al CIADI por un total de US\$ 569.936,00, de los cuales se han utilizado US\$ 530.953,48 para cubrir los honorarios y gastos del Tribunal y los gastos de la Secretaría.⁷⁶⁷ La Demandada deberá ser reembolsada por el 50% del monto utilizado, esto es, US\$ 265.476,74.

⁷⁶⁷ El CIADI devolverá a cada una de las Partes el remanente no utilizado de los pagos anticipados efectuados por la Parte respectiva.

722. El Tribunal por lo tanto decide que las Demandantes deben pagar a la Demandada un total de US\$ 1.045.487,24 (US\$ 780.010,50 + US\$ 265.476,74) en concepto de costas del arbitraje.

2. Los intereses

723. La Demandada solicitó que las Demandantes paguen a la Demandada el interés simple a la tasa anual LIBOR más 3% sobre las costas a partir de la fecha del Laudo.⁷⁶⁸

724. El Tribunal Arbitral considera que esta demanda es justificada. La tasa LIBOR para US\$ es de general aplicación en transacciones internacionales en dólares, y es por lo tanto una tasa apropiada para calcular intereses en esta divisa. El Tribunal también considera razonable que la tasa anual LIBOR US\$ sea aumentada de 3% así como lo solicita la Demandada.

§ §
§

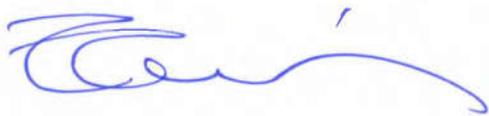
725. El presente Laudo ha sido adoptado por unanimidad. La decisión sobre costas, sin embargo, ha sido adoptada por mayoría.

⁷⁶⁸ Petición de Costas de la Demandada, § 60.

DECISIÓN

726. El Tribunal Arbitral, con base en lo anterior decide:

- 1) Que Costa Rica violó su obligación de trato justo y equitativo según el Artículo 4.1 del APPRI al demorarse excesivamente en resolver el recurso administrativo planteado por GNZ contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011;
- 2) Que las Demandantes no han demostrado que la demora excesiva en resolver el recurso administrativo planteado por GNZ contra la Primera Resolución Tarifaria ET 2011 les haya causado daños y, por tanto, que no hay lugar a indemnización;
- 3) Rechazar todas las demás reclamaciones presentadas contra Costa Rica por violación de las obligaciones de trato justo y equitativo según el Artículo 4.1 del APPRI.
- 4) Ordenar a las Demandantes a pagar a la Demandada US\$ 1.045.487,24 (un millón cuarenta y cinco mil cuatrocientos ochenta y siete dólares, con veinticuatro centavos) por concepto de costas.
- 5) Que el monto referido en el punto (4), devengará intereses simples a la tasa anual LIBOR US\$ más 3% a partir de la fecha de notificación del presente Laudo hasta su completo pago.



Ricardo Ramírez Hernández
Árbitro

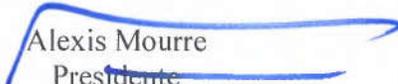
Fecha: 21-02-2017



Andrés Jana Linetzky
Árbitro

Fecha: 27-02-2017

(Sujeto a la Opinión Disidente adjunta)



Alexis Mourre
Presidente

Fecha: 12.02.2017