



<b>BOLETA DE CORRESPONDENCIA</b>		<b>Fec. Registro:</b>	09/02/2012
<b>Dirigido a</b>	ARESEP	<b>No. Oficio:</b>	
		<b>No. Expediente:</b>	
<b>Remitente</b>	EMILIO ARIAS RODRIGUEZ	<b>Tomo:</b>	
		<b>Folio Inicial:</b>	
		<b>Folio Final:</b>	
		<b>No. de Hojas:</b>	96
<b>Documento Entrante:</b>		<b>Medio de Ingreso:</b>	NOTA 1CD
<b>DESCRIPCION</b>			
INFORME DE FINALIZACION DE GESTION MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA			
<b>OBSERVACIONES</b>			
EL DOCUMENTO ENTRO DIRECTAMENTE A RECURSOS HUMANOS A RWGPERCUIN INSTITUCIONAL ENTRO EL 10-2-2011 AHI EMPEZO A DARLE TRAMITE EL DEGD, LA COPIA DE JUNTA DIRECTIVA ENTRO DIRECTAMENTE A ESTA INSTANCIA A LFECHA LA JUNTA NO A ABAJADO SU COPIA PARA TRAMITE			
<b>RECIBIDO COMO ÁREA FUNCIONAL</b>			
<b>Dependencia:</b>	DEPARTAMENTO DE RECURSOS HUMANOS DERH		
<b>Fecha:</b>	<b>Hora:</b>	<b>Firma:</b>	

RECIBIDO COMO COPIAS

**Dependencia** SECRETARIA JUNTA DIRECTIVA

**Fecha Recibido** \_\_\_\_\_ **Hora Recibido** \_\_\_\_\_ **Firma Recibido** \_\_\_\_\_



**INFORME DE FINALIZACIÓN DE GESTIÓN**

**EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ**

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

**San José, Costa Rica  
09 de febrero de 2012**

FEB 10 '12 AM 10:49

AUTORIDAD REGULADORA  
INFORME DE FINALIZACIÓN DE GESTION



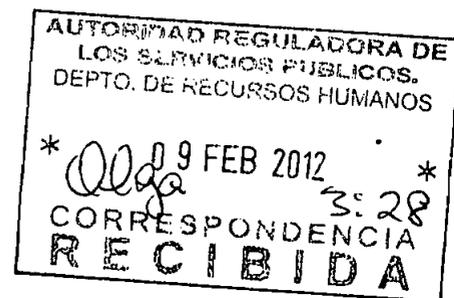
**EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ**

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

San José, Costa Rica

09 de febrero de 2012

82087/12



San José 09 de febrero de 2012

**Señores**

**Consejo de Gobierno**

**República de Costa Rica**

**Presentes.**

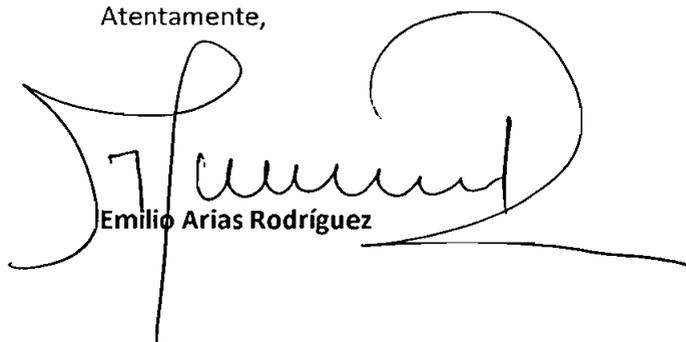
Estimados señores:

Reciban un cordial saludo.

En cumplimiento con la directriz emitida por la Contraloría General de la República R-CO-61-de 24 de junio de 2005, publicada en el Diario Oficial la Gaceta el 07 de julio de 2005, hago entrega formal de mi informe final de labores.

Adjunto al documento impreso, se hace entrega del mismo en formato digital (CD).

Atentamente,



**Emilio Arias Rodríguez**

C.c. Dirección de Recursos Humanos ARESEP.

Secretaría de Junta Directiva de ARESEP.

INDICE

1. Presentación	Pág. 3
2. Resultados de la Gestión.	Pág.5
3. Otros aspectos relativos a los resultados de la gestión.	Pág. 50

## **1. PRESENTACIÓN**

Luego de haber ejercido el cargo público de miembro de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), y bajo el amparo del juramento constitucional establecido en el artículo 194 de nuestra Constitución Política, mediante el cual juré observar y defender la Constitución y las leyes de la República y cumplir fielmente mis deberes, elaboro el presente informe final de gestión, de conformidad con la directriz emitida por la Contraloría General de la República R-CO-61-de 24 de junio de 2005, publicada en el Diario Oficial la Gaceta el 07 de julio de 2005.

El nombramiento que recayó en mi persona, fue acordado según certificación 0-051-10 de la Secretaría del Consejo de Gobierno de la República de Costa Rica, en la sesión ordinaria número cinco, artículo sexto, celebrada el 31 de mayo de 2010, y va del 31 de mayo de 2010 al 07 de mayo de 2012, habiendo sido ratificado por la Asamblea Legislativa en la sesión ordinaria número 43 del ocho de julio de dos mil diez y juramentado por el Consejo de Gobierno en la sesión número 12 de 20 de julio del 2010.

Este informe pretende ser un instrumento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, en el marco del ejercicio de la función pública, el cual será un insumo para la evaluación de la gestión y controles, tanto internos como externos, los cuales deben enrumbarse hacia la consecución de los objetivos y metas institucionales.

Dentro del esquema propuesto, el informe pretende ser un balance de resultados y acciones emprendidas en el ejercicio del cargo público, incluye las referencias trascendentales en cuanto a la labor sustantiva de la institución, transformaciones en el entorno, control interno, principales logros o acciones emprendidas, así como

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

el estado de cumplimiento de las disposiciones o directrices emanadas por la Contraloría General de la República, el Poder Ejecutivo y la auditoría interna de la institución.

Finalmente es importante recalcar que lo anterior se debe enmarcar en el ámbito de acción propio de un miembro de un cuerpo colegiado, en este caso de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Igualmente, debo rescatar que a pesar de que el presente informe es elaborado de forma individual de conformidad con las disposiciones indicadas, gran parte de las actuaciones y posiciones que se exponen en este, corresponden a un trabajo conjunto y en equipo con la Directora María Lourdes Echandi Gurdíán, con quien compartí un sin número de inquietudes y preocupaciones, que generaron acciones en el seno del órgano colegiado y ante la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República, así como frente a la auditoría interna de la institución.



## **2. RESULTADOS DE LA GESTIÓN**

**Para efectos de desarrollar este aspecto, sobre los resultados de la gestión, decidí enumerar ocho temas sustanciales que incluyen consideraciones enmarcadas en: la labor sustantiva, cambios en el entorno, logros, aspectos financieros, cumplimiento de disposiciones y recomendaciones de órganos externos.**

### **2.1. Planificación institucional.**

Hoy por hoy, es vital analizar el *desarrollo*<sup>1</sup> del mundo y de las naciones, desde una perspectiva comunicacional, a la luz de las transformaciones socioculturales que dan como resultado la emergencia de nuevas prácticas sociales, y de las que dependen las estrategias de desarrollo y las políticas públicas traducidas en proyectos, orientados a generar grandes cambios en la forma de atender los problemas del siglo.

Precisamente cuando hablamos de estrategias de desarrollo, estamos obligados a analizar los mecanismos de planificación de nuestros Estados, tanto desde la perspectiva macro, mediante la existencia de los llamados Planes Nacionales o Estatales de Desarrollo, así como micro, mediante el análisis de los Planes Operativos Institucionales<sup>2</sup> y su evaluación.

---

<sup>1</sup> Caballero, Sybil (2000). «Organizaciones emergentes que surgen en el ciberespacio: un enfoque transdisciplinario». Tesis doctoral, Caracas, Cendes/UCV, mimeo.

<sup>2</sup> Publicados en La Gaceta No. 96 del martes 18 de mayo del 2004.



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

Según el Ministerio de Planificación de Costa Rica, El PND (Plan Nacional de Desarrollo) es el marco de referencia fundamental para la gestión del sector público (Gobierno Central, entes descentralizados y otros entes públicos no estatales) y la asignación de recursos, así como la construcción de agendas regionales, sectoriales, institucionales, programas de inversión pública y de cooperación internacional.<sup>3</sup>

Por su parte el Plan Operativo Institucional se visualiza como una herramienta que sirve para la identificación de los objetivos institucionales considerados en el Plan Estratégico Institucional y los Planes de Desarrollo Concertado, orientando la asignación de recursos institucionales a la ejecución de actividades y proyectos, considerados de vital importancia para el desarrollo en la administración pública.<sup>4</sup>

América Latina, y Costa Rica dentro de ella, enfrentan grande críticas a los modelos de desarrollo utilizados, en cuanto a lo restrictivo y teleológico<sup>5</sup> de sus enfoques; es por ello que es importante analizar hacia donde van nuestras instituciones públicas y cuál es el manejo de los proyectos y el rumbo de los mismos, desde la perspectiva de la dirección de proyectos.

A mi llegada a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, inicié un proceso de conocimiento y diagnóstico institucional, con el objeto de definir una estrategia que me permitiera orientar un estilo propositivo y crítico, frente a los retos que enfrenta el ente regulador, en medio de los procesos

---

<sup>3</sup> Resumen Ejecutivo PND. María Teresa Obregón Zamora.

<sup>4</sup> Alcances del POI Institucional. Contraloría General de la República.2010.

<sup>5</sup> Lo que está dirigido a un fin o posee un sentido. Teoría de los fines.



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

de apertura de mercados y la estrategia de transformación institucional, que se emprendió a finales del periodo (2006-2010), mediante el proyecto del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones).

Partiendo de este marco referencial, he podido identificar serios problemas institucionales en relación con la definición e implementación de los proyectos, que individualmente se definen como "un esfuerzo temporal que se lleva a cabo para crear un producto, servicio o resultado único"<sup>6</sup> los cuales pretendo interrelacionar dentro del análisis, que inicia precisamente con la evaluación del Plan Operativo institucional 2010.

En la institución se creó la Dirección General de Estrategia y Evaluación, la cual posee un carácter trascendente en cuanto al diseño, construcción, ejecución, planificación y evaluación de los proyectos del ente regulador, según el RIOF<sup>7</sup>, no obstante dicho órgano aún se encuentra en una etapa de consolidación y requiere más que un crecimiento burocrático, de la especialización y capacitación de los funcionarios en el área de dirección de proyectos.

Luego de consultar sobre el éxito en la ejecución de los proyectos incluidos en el Presupuesto Institucional 2010, en relación con el Plan Operativo Institucional, se evidencia un divorcio absoluto en cuanto al avance porcentual de los proyectos, según el resultado de dicha evaluación y el de los Estados Financieros y la correspondiente Ejecución Presupuestaria 2010.

Para muestra un botón, A manera de ejemplo, el superávit acumulado al 31 de diciembre del 2010 ascendió a ¢4.048,7 millones. Del total del presupuesto de

---

<sup>6</sup> PMBOK Tercera Versión en Español Project Management Institute. «Capítulo 1». Guía de los Fundamentos de la Dirección de Proyectos (3ª edición).

<sup>7</sup> Reglamento Interno de Organización y Funciones. ARESEP.2010.



## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

egresos aprobado para el período por ¢ 10.829,6 millones, se ejecutaron tan solo ¢ 5.669,2 millones que representan apenas el 52.3% del periodo. Esto muestra una baja ejecución presupuestaria, lo cual redundará en una mala gestión de los recursos de la institución, en tanto no se ejecutaron los proyectos que se tenía previsto ejecutar, mostrándose así una clara falta de capacidad de ejecución y una deficiente administración de los recursos, al grado que un 47.7 % de los cánones no se ejecutó (ver actas sesiones 22, 25 y 26 todas del 2011).

Ahora bien, si contrastamos esta realidad con la del presente año, del total del presupuesto proporcional de egresos aprobado del período 2011, por ¢10.279,5 millones, a setiembre del año pasado, se ejecutaron ¢4.820,1 millones, que representan el 46,9% del período. Resulta entonces un disponible proporcional de ¢5.459,3 millones (53,1%).

Si partimos de la premisa de que el éxito se refleja en el cumplimiento de los objetivos de tiempo, costo, calidad o desempeño y aceptación del cliente o en nuestro caso consumidores y regulados, y de los involucrados claves, estamos frente a un típico ejemplo de una institución cuyo rumbo es altamente cuestionado y con serios problemas de conducción y liderazgo.

Según la información suministrada por la DGEE<sup>8</sup> los proyectos nacen de un proceso de consulta a las diferentes direcciones sectoriales (Agua, Energía, Transportes), las cuales presentan sus necesidades y las transforman en proyectos que son incluidos en los planes y en la propuesta de presupuesto que aprueba la Junta Directiva.

---

<sup>8</sup> Dirección General de Estrategia y Evaluación.

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

Los distintos proyectos si bien nacen de las necesidades sectoriales, carecen de una adecuada planificación, ya que no existen planes o esquemas de trabajo, un análisis de riesgo y mucho menos estrategias de prevención. Una de las principales debilidades que a lo largo del periodo fueron apuntadas por los propios directores, es la ausencia de personal capacitado en dirección de proyectos, e incluso la ausencia de lineamientos uniformes en manejo de los mismos, y la carencia de mecanismos eficientes y dinámicos que les permitan controlar la ejecución y evaluar los resultados.

Frente a esta realidad el análisis los *stake holders* o interesados<sup>9</sup>, juegan un papel trascendental. Los regulados, los consumidores, los funcionarios y los medios de comunicación, para citar algunos, han empezado a lanzar serias críticas a la institución, que durante el periodo que me correspondió ejercer el cargo, evidenció deficiencias en el manejo político, incapacidad para generar consensos a lo interno de la Junta Directiva y aún más, en el manejo con los distintos actores, llámense regulados y consumidores.

El panorama actual si bien es preocupante, podría transformarse en la oportunidad de asumir el reto de redibujar a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y convertirla en punta de lanza frente a los nuevos desafíos de la regulación en el mundo, que nos exige cumplir con objetivos de transparencia, eficiencia y ética en la función pública.

Como es lógico, las instituciones son cuerpos vivientes, que se nutren del funcionamiento de sus órganos, pero requieren recibir una adecuada conducción para ser exitosos. Es imperativo capacitar al personal de la Dirección General de

---

<sup>9</sup> Personas u organizaciones como clientes, patrocinadores, organización ejecutante y el público, involucrados activamente con el proyecto, o cuyos intereses pueden verse afectados de manera positiva o negativa por la ejecución o conclusión del proyecto. Según el PMBOK Tercera Versión en Español Project Management Institute. «Capítulo 1». Guía de los Fundamentos de la Dirección de Proyectos (3ª edición).



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

Estrategia y Evaluación, para que logre un adecuado manejo del portafolio de proyectos<sup>10</sup>, la importante misión de definir mapas estratégicos, establecer estándares organizacionales, y dar soporte a las distintas direcciones u órganos técnicos especializados.

Debemos superar los refitos de proyectos en los presupuestos institucionales y apostar por una revisión concienzuda de cada uno, para definir ¿cuáles deben continuar?, ¿cuáles deben rediseñarse?, y ¿cuáles definitivamente deben desecharse?. En este paso trascendental, la evaluación integral del Reglamento Interno de Organización y funciones, es sin duda el primer reto.

Frente a este panorama, en mi calidad de directivo de ARESEP, solicité a la Junta Directiva que se me certificaran los documentos de respaldo que acompañaron la aprobación del Reglamento Interno de Organización y Funciones, y para mi sorpresa no existen en los archivos secretariales, como se confirma en la certificación emitida por el secretario de Junta Directiva, señor Alfredo Cordero.

Es necesario aprovechar las lecciones aprendidas<sup>11</sup>, tener la capacidad y la madurez institucional, para identificar los fracasos y los éxitos en los proyectos. El acceso a las experiencias pasadas nos permitiría actualizar las políticas y procedimientos, en otras palabras hacer ajustes que generen como resultado proyectos exitosos.

---

<sup>10</sup> Un conjunto de proyectos o programas y otros trabajos que se han agrupado para facilitar la gestión eficiente de ese trabajo, a fin de cumplir con los objetivos estratégicos del negocio. Según el PMBOK Tercera Versión en Español Project Management Institute. «Capítulo 1». Guía de los Fundamentos de la Dirección de Proyectos (3ª edición).

<sup>11</sup> Lo que se aprende en el proceso de realización del proyecto. Según el PMBOK Tercera Versión en Español Project Management Institute. «Capítulo 1». Guía de los Fundamentos de la Dirección de Proyectos (3ª edición).



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

La institución debe dar el salto y romper paradigmas. Los Planes Nacionales de Desarrollo deben cumplir efectivamente su misión como marco referencial, e impactar en la definición de presupuestos y agendas sectoriales. Los Planes Operativos deben pasar de lo semántico a lo práctico y convertirse en un instrumento que nos permita clarificar el rostro institucional y aún más, que los resultados de las evaluaciones posteriores sean efectivamente una radiografía real de la institución, y no el retoque de una pintura que se quedó sin terminar. Como parte del legado, la actual Junta Directiva, aprobó un nuevo Plan Estratégico Institucional, que marca los grandes retos hacia futuro, sin embargo, lo más importante es que ese documento verdaderamente cumpla su papel dentro de la visión de planificación institucional y no sea simplemente un requisito que se archiva para la historia.

Es necesario contar con una visión de estado en materia de regulación de servicios públicos. El país hoy más que nunca se enfrenta al reto de la globalización y la apertura de mercados, y para ello requiere un ente regulador fuerte y con liderazgo. Si se optó por un modelo multisectorial, debe uniformarse y construir cuatro superintendencias con el mismo perfil y organización, con las adaptaciones semánticas por sector regulado y no mantener la organización confusa que propone el Reglamento de Organización y Funciones (RIOF). Sin duda requiere un reajuste de la ley 7593 Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

En materia de proyectos que son el último eslabón en este marco de acción pública, es necesario pasar del papel a la acción, que permita alcanzar proyectos exitosos, cumplir una la misión institucional coherente con la visión de planificación nacional y el rol de ente regulador, que debe pasar de una institución que solamente se reconoce como el aumentador nacional, por su rol en materia de establecimiento de tarifas, a una institución reguladora especializada y debidamente estructurada y organizada de manera funcional, que logre un



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

adecuado equilibrio entre prestadores de servicios públicos y consumidores, siendo consecuente con la visión de un estado solidario que reconoce los derechos de la persona humana.

Estas consideraciones finalmente deben valorarse teniendo en cuenta que la participación de los servicios regulados por la ARESEP en el Producto Interno Bruto (PIB) de Costa Rica fue para el año 2007 de 12.2%, para el año 2008 de 12.6% y para el año 2009 de 12.3%<sup>12</sup>, y aún más, el impacto en la inflación según el índice de precios al consumidor (IPC) de los servicios regulados por la ARESEP es cercano a un 20%<sup>13</sup>, lo que demuestra el impacto y la trascendencia de la institución en la economía y la calidad de vida de los costarricenses.

### **2.2. Análisis de la situación Financiera de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.**

Sin duda un pilar fundamental de la institución es el elemento financiero. En este aspecto, durante mi gestión manifesté, como consta en las actas de las sesiones de Junta Directiva, mi preocupación frente a la incapacidad administrativa de la institución, para manejar de manera eficiente y eficaz los recursos financieros. Esto se puede evidenciar en el bajo nivel de ejecución presupuestaria y sobre todo en el rezago e incumplimiento de los proyectos aprobados en los distintos planes a nivel de Junta Directiva.

---

<sup>12</sup> Fuente: detalle del valor agregado por actividad económica, Sistema de Cuentas Nacionales de Costa Rica, Departamento de Estadística Macroeconómica, Banco Central de Costa Rica.

<sup>13</sup> Fuente BCCC, Informe inflación, mayo 2011, pág. 24.

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

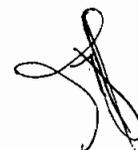
No comparto lo indicado por el Regulador General en la entrevista publicada por el Diario La Nación el pasado viernes 03 de febrero de 2012, cuando dice: *“No siempre gastar es bueno”, “Esta institución trabaja con un presupuesto que se financia con canon. Ahí se incluyen todos los proyectos que se supone, se van a ejecutar al año siguiente. Eso no quiere decir que todo lo que se presupuesta se tiene que gastar”*. Ese pensamiento, podría interpretarse como que existe un serio problema de planificación institucional, al incluir en los presupuestos y planes operativos o estratégicos, proyectos que al fin y al cabo no son necesarios y por ello no se debe gastar en su ejecución, o aún más grave que los mismos parten de supuestos y no de verdaderas necesidades.

Con base en la última información de índole presupuestaria a setiembre 2011, podemos decir que los ingresos corrientes de Aresep ascendieron a ¢ 7.134,7 millones y los egresos ¢ 4.820,1 millones, generando un superávit con ingresos y egresos corrientes del período de ¢2.314,5 millones. Al sumarle el superávit acumulado al 31 de diciembre del 2010, por ¢ 7.023,4 millones, resulta un superávit acumulado al 30 de setiembre del 2011 por ¢9.337,9 millones.

La composición del resultado del período y del superávit acumulado pueden observarse a continuación en el cuadro de Ejecución del Presupuesto Septiembre 2011<sup>14</sup>:

---

<sup>14</sup> Fuente Estados Financieros y Presupuestarios ARESEP a setiembre 2011.



<b>CUADRO N° 1</b> <b>AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS</b> <b>EJECUCION DEL PRESUPUESTO</b> <b>SETIEMBRE 2011</b> <b>-miles de colones-</b>			
DETALLE	PARCIAL	SUBTOTAL	TOTAL
<b>INGRESOS EFECTIVOS</b>		<b>7.134.657,7</b>	
Venta de Servicios	563.313		
Derechos Administrativos (cánones)	6.355.532,7		
Renta de Activos Financieros	171.865,7		
Multas y Sanciones	28.772,7		
Intereses Moratorios	8.292,4		
Otros Ingresos no Tributarios	6.880,9		
<b>GASTOS INCURRIDOS</b>		<b>4.820.146,1</b>	
Remuneraciones	3.482.184,5		
Servicios	1.065.225,6		
Materiales y Suministros	48.304,7		
Bienes Duraderos	142.656,2		
Transferencias Corrientes	81.775,1		
<b>RESULTADO DEL PERIODO</b>			<b>2.314.511,6</b>
<b>SUPERAVIT ACUMULADO AL 31-12-2010</b>			<b>7.023.434,1</b>
<b>SUPERAVIT ACUMULADO AL 30-9-2011</b>			<b>9.337.945,8</b>

Los montos por concepto de superávit son montos significativos que en su momento se le cobran a los regulados, por medio de los cánones, los cuales no son utilizados básicamente porque no se realizan los proyectos programados para el año respectivo, pero para el año siguiente se vuelven a programar, entrando en un círculo vicioso, que demuestra serios problemas en la dirección de los proyectos.



## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

En este aspecto, es importante referir a la existencia del Informe de Auditoría Interna 10-I-2011 denominado "Advertencia sobre saldo de superávit acumulado de la ARESEP al 30 de septiembre de 2011"

En lo que respecta a la tendencia de liquidaciones presupuestarias de egreso, en el siguiente cuadro, pueden observar las ejecuciones anuales de los montos aprobados de presupuesto por parte de la Contraloría General de la República, en los últimos cinco años y tres trimestres del 2011.

La capacidad de ejecución promedio de egresos de la Institución para los cinco años analizados, ha sido de un 64,0% representado el año 2010, la menor con un (52,3%) y el 2007 la mayor (82,0%). La ejecución presupuestaria proporcional del período correspondiente al 2011 con corte al mes de setiembre es de un 46,9%, lo cual se puede evidenciar en el siguiente cuadro de Ejecuciones Presupuestarias de Egresos Septiembre 2011<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Fuente Estados Financieros y Presupuestarios ARESEP a septiembre 2011.



CUADRO Nº 8				
AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS				
EJECUCIONES PRESUPUESTARIAS DE EGRESOS				
SETIEMBRE 2011				
miles de colones				
Año	Presupuesto	Ejecución	Saldo	% Ejecución
2006	3.738.949,0	2.757.367,0	981.582,0	73,7%
2007	3.596.510,8	2.948.316,3	648.194,5	82,0%
2008	4.952.483,0	3.645.424,0	1.307.058,9	73,6%
2009	7.855.375,7	4.810.607,7	3.044.768,0	61,2%
2010	10.829.571,4	5.669.215,3	5.160.356,1	52,3%
2011 (1)	10.279.486,6	4.820.146,1	5.459.340,5	46,9%

(1) Presupuesto proporcional a setiembre

### Ejecución presupuestaria de Egresos

Del total del presupuesto proporcional de egresos aprobado del período por  $\text{¢}10.279,5$  millones, a setiembre 2011, se ejecutaron  $\text{¢}4.820,1$  millones, que representan el 46,9% del período. Resulta entonces un disponible proporcional de  $\text{¢}5.459,3$  millones (53,1%).

El detalle a nivel de partida se puede observar en el siguiente cuadro de Egresos Presupuestados y Ejecutados setiembre 2011<sup>16</sup>.



<sup>16</sup> Fuente Estados Financieros y Presupuestarios ARESEP a setiembre 2011.

<b>CUADRO N° 9.1</b>				
<b>AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS</b>				
<b>EGRESOS PRESUPUESTADOS Y EJECUTADOS</b>				
<b>SETIEMBRE 2011</b>				
<b>miles de colones</b>				
<b>PARTIDAS</b>	<b>APROBADO MODIFICADO (1)</b>	<b>EJECUCION</b>	<b>DISPONIBLE</b>	<b>% EJECUCION PROPORCIONAL</b>
Remuneraciones	5.729.006,1	3.482.184,5	2.246.821,6	60,8%
Servicios	2.720.761,4	1.065.225,6	1.655.535,8	39,2%
Materiales y Suministros	113.110,0	48.304,7	64.805,3	42,7%
Bienes Duraderos	386.042,7	142.656,2	243.386,5	37,0%
Transferencias Corrientes	555.763,9	81.775,1	473.988,8	14,7%
Cuentas especiales	774.802,5	-	774.802,5	0,0%
<b>TOTALES</b>	<b>10.279.486,6</b>	<b>4.820.146,1</b>	<b>5.459.340,5</b>	<b>46,9%</b>

(1) Proporcional a setiembre

Es importante evidenciar el impacto generado por la partida de remuneraciones, la cual a setiembre 2011, fue de un 60.8%. Es claro que esta partida corresponde a un rubro que naturalmente impacta el nivel de ejecución, sin embargo, no es una muestra de éxito, y si no se analiza con detenimiento, podría generar confusión en el análisis.

La ejecución en la partida de servicios ascendió a ¢1.065,2 millones que representan el 39,2% respecto al monto presupuestado proporcional del período por ¢2.720,8 millones. El comportamiento de la ejecución de las sub partidas más importantes por su contenido presupuestario fue el siguiente: Alquiler de Edificios por ¢353,4 millones (61,1% de ejecución), Energía ¢30,0 millones (36,5%), Información ¢138,8 millones (63,1%), Servicios Médicos y Laboratorio ¢216,8 millones (27,5%), Servicios en Ciencias Económicas y Sociales ¢32,1 millones (19,7%), Servicios Generales ¢45,1 millones (57,0%), Seguros ¢26,7 millones (52,4%), Actividades de Capacitación ¢26,8 millones (40,4%) y Mantenimiento de Edificios ¢34,5 millones (41,2%).

## Informe de finalización de Gestión

**Emilio Arias Rodríguez**

Nótese que la sub partida de Servicios de Ciencias Económica y Sociales tiene un ejecución de ¢32,1 millones (19.7%), lo que nos sigue demostrando que los proyectos, no se ejecutan y que el año 2011, generará un superávit muy importante como resultado de una ejecución, sobre todo en esta sub partida muy baja.

Es claro, que el presente análisis financiero corresponde al tercer trimestre de 2011, no obstante, la ejecución presupuestaria del año 2011, al momento de mi renuncia no ha sido conocido, sin embargo, de acuerdo con el comportamiento es muy probable que el nivel de ejecución sea bajo y no supere el 55% de ejecución, lo que es absolutamente cuestionable y evidencia serios problemas de planificación y desarrollo institucional, así como el incumplimiento de gran parte de los proyectos estipulados en el Plan Operativo Institucional.

Finalmente el siguiente cuadro comparativo<sup>17</sup>, refleja los aumentos y las disminuciones en el presupuesto de Cánones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de conformidad con las aprobaciones realizadas por para parte de la Contraloría General de la República:

AÑO	APROBACIONES POR PARTE DE LA CGR		AUMENTOS O DISMINUCIONES, EN COMPARACIÓN CON EL AÑO ANTERIOR	
	CANON	PRESUPUESTO	CANON	PRESUPUESTO
2006	3.091.729.000	3.738.949.000		
2007	2.784.518.000	3.596.510.800	-307.211.000	-142.438.200
2008	3.372.016.000	4.610.144.800	587.498.000	1.013.634.000
2009	4.164.766.900	7.059.164.700	792.750.900	2.449.019.900
2010	8.001.628.530	10.612.921.400	3.836.861.630	3.553.756.700
2011	9.286.707.600	13.705.982.134	1.285.079.070	3.093.060.734
2012	9.604.570.230	14.610.609.583	317.862.630	904.627.449

<sup>17</sup> Fuente Proyectos de Cánones y Presupuesto periodos 2006-2012

Es importante anotar que la participación de los servicios regulados por la ARESEP en el Producto Interno Bruto (PIB) de Costa Rica fue para el año 2007 de 12.2%, para el año 2008 de 12.6% y para el año 2009 de 12.3%. (Fuente: detalle del valor agregado por actividad económica, Sistema de Cuentas Nacionales de Costa Rica, Departamento de Estadística Macroeconómica, Banco Central de Costa Rica);

### **2.3. Metodologías tarifarias y la estructura organizacional.**

La Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Público, que ejerció funciones durante el periodo 2006-2010, tomó la decisión de modificar el modelo organizacional de la institución. En esa dirección, aprobó el denominado Reglamento Interno de Organización y Funciones (RIOF), el cual fue publicado en el Diario Oficial la Gaceta el 08 de abril de 2009 en su alcance número 69.

El proceso de transformación, si bien inicia con la publicación del Reglamento, se empezó a implementar el 08 de octubre del mismo año. Cabe destacar que mediante certificación de la Secretaría de Junta Directiva de las 15 horas del veintitrés de septiembre de 2011, se comprueba que en la secretaría no constan documentos debidamente foliados, oficios de remisión o sello de recibido en relación con el artículo primero único de la sesión extraordinaria 021-2009, celebrada el 19 de marzo de 2009, la cual corresponde a la aprobación del mencionado reglamento.

Dentro de las transformaciones relevantes por su impacto en la estructura organizacional, se encuentra la creación de las tres nuevas superintendencias Superintendencia de Aguas Y Saneamiento (SUAGUA), Superintendencia de Energía (SUENERGIA) y Superintendencia de Transporte Público (SUTRANSPORTE), las cuales no corresponden a un modelo uniforme y a pesar



## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

de llamarse superintendencias y llevan a confusión con la SUTEL, que sí fue creada por ley de la República, mediante la reforma planteada a la ley 7593, en la ley 8660 del 08 de agosto de 2008, publicada en el Diario Oficial la Gaceta del 13 de agosto de 2008, alcance 156. En esta misma dirección la propia Procuraduría General de la República, mediante la opinión jurídica no vinculante, OJ-94-2009 del 5 de octubre, 2009, indicó:

*“...De este modo, a nuestro criterio lo que se ha producido es una asignación de competencias unida a un empleo incorrecto del término “superintendencias”, respecto de los servicios de agua, energía y transportes, ya que los órganos así llamados por el Reglamento no han sido creados ni estructurados conforme el concepto de superintendencia manejado hasta ahora en nuestro ordenamiento.*

*No obstante, no omitimos llamar la atención en cuanto a que esta Procuraduría considera que al llamar “Superintendencias” a estos nuevos órganos internos especializados, podría generarse una gran confusión tanto para los usuarios como para la misma Administración en general, ya que podría llegar a considerarse que tales nuevos órganos tienen las mismas funciones y características que las otras Superintendencias, en particular la SUTEL. En ese sentido, el Reglamento puede ser fuente de inseguridad jurídica...”*

Otro cuestionamiento adicional a este modelo de superintendencias, es que no existe justificación alguna, del por qué tanto el Regulador General, el regulador adjunto, así como los integrantes de la Junta Directiva de la ARESEP, han de ser designados por el Consejo de Gobierno y ratificados por el Poder Legislativo, y en el caso de los miembros del consejo de la SUTEL, nombrados por la Junta Directiva por mayoría calificada y ratificados por el Parlamento, en los términos que refiere la ley, precisamente por el nivel de responsabilidad que representa la potestad de imperio de fijación tarifaria. No obstante, los superintendentes de

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

transportes, energía y aguas, tan solo requieren mayoría simple de la Junta Directiva para su nombramiento, y no se exponen a la legitimación democrática de la Asamblea Legislativa.

De este modo, no debería definirse una decisión tan importante y de tanta influencia en la sociedad costarricense -fijación de tarifas y precios- en un órgano creado mediante una decisión reglamentaria independiente de la ley. Frente a esta realidad lo que corresponde es que los legisladores realicen una reforma integral a la ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, donde se defina un modelo coherente y consecuente con la multisectorialidad, que precisamente corrija los errores antes anotados.

En otro orden de ideas, las metodologías que se han desarrollado del 2009, año en que se aprobó el RIOF, a la fecha, han sido diseñadas por las Direcciones técnicas existentes, sin embargo en la práctica las mismas deben ser avaladas la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR) y los asesores del Regulador General, quienes realizan los cambios que consideran pertinentes, lo que motiva un conflicto permanente entre las áreas técnicas y los nuevos actores que nacieron con el RIOF. Por ejemplo, en las actas de la Junta Directiva consta las manifestaciones del director de la Dirección de Servicios de Energía, donde manifiesta los errores conceptuales que tienen algunos de los modelos para definir el precio al que venderán los generadores privados la energía al ICE, introducidas por la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación y los asesores del Regulador General.

En diciembre 2011 la junta Directiva aprobó el modelo para definir las tarifas del transporte remunerado de personas modalidad autobús, el cual generó múltiples cuestionamientos como consta en informaciones periodísticas. Actualmente este modelo no se ha aplicado porque la Dirección de Servicios de Transporte solicitó a la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación que le señale



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

como debe aplicar el mismo, puesto que se le introdujeron cambios con los que ellos no están de acuerdo y además no es clara su aplicación.

Además, el diseño de este modelo no es lo que requiere el servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús. En forma permanente, las organizaciones de consumidores, la Defensoría de los Habitantes, el Consejero del Usuario (funcionario de la ARESEP), han señalado las debilidades conceptuales de la forma en que actualmente se definen las tarifas para los autobuses. El modelo que aprobó la Junta Directiva mantiene exactamente las mismas debilidades, simplemente lo que hace es automatizar los aumentos, restringiendo la participación ciudadana porque los aumentos automáticos no pasaran por el proceso de audiencia pública.

Para una mayor comprensión se pudrían anotar las siguientes debilidades:

Es importante recalcar que artículo 30 de la ley 7593 establece que las fijaciones extraordinarias serán aquellas que consideren variaciones importantes en el entorno económico, por caso fortuito o fuerza mayor y cuando se cumplan las condiciones de los modelos automáticos de ajuste. Según dictamen N. C-084-99 de la Procuraduría General de la República, la fuerza mayor es un acontecimiento que no puede preverse o que, previsto, no puede evitarse. La expresión fuerza mayor indica el carácter invencible del obstáculo. La fuerza mayor es insuperable. El caso fortuito es un hecho previsible y a diferencia de la fuerza mayor puede ser evitado.

La propuesta se refería a una metodología que reflejara de forma oportuna aquellos costos no previsibles y no controlables que varíen en el entorno afectando el equilibrio financiero de la empresa, en esa dirección se sugería que los costos por combustible, salarios, insumos y gastos administrativos fueran considerados como "no previsibles" y "no controlables".



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

El oficio 333-DJU-2005 e la Dirección Jurídica de ARSEP, define como costo no previsible aquel que fluctúa rápidamente, de improviso y por ello no se puede determinar de previo su comportamiento futuro. Y define como costo no controlable como aquel en el cual el prestador del servicio no puede intervenir en su determinación.

El Precio de los combustibles en Costa Rica es una variable claramente previsible en periodos de un mes de antelación, como se indica en el oficio 901-DEN-2011 que dice: "(...) por lo que es posible que los consumidores conozcan con anticipación si los precios van a aumentar o si lo que corresponde es una rebaja, a la vez conocen con certeza el precio del combustible por un mes aproximadamente. (...)Por lo anterior, no siempre el costo de los combustibles puede ser considerado como "previsible" por parte de los prestadores de servicios públicos, salvo en el periodo de un muy corto plazo (un mes)..."

Igualmente, los salarios, los insumos y los gastos administrativos se actualizarían cada 6 meses, por lo que tampoco son costos imprevisibles.

De conformidad con el artículo 31 de la Ley 7593 "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 la 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".

Es claro que no se deduce del mencionado artículo, que las variables indicadas sean de carácter extraordinario o que su inclusión en un modelo de ajuste de tarifas lo convierta en automático, el artículo 31 permite la inclusión de variables externas en modelos de ajuste anual, que perfectamente pueden ser de carácter



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

ordinario, estando las mismas actualmente incluidas en el modelo ordinario de fijación tarifaria.

Así las cosas, no hay justificación técnica ni jurídica que respalde el considerar el modelo aprobado como extraordinario o de ajuste automático, por cuanto las variables que lo conforman no cumplen con lo establecido en el artículo 30 para ser consideradas como extraordinarias.

En el último párrafo, folio 22 expediente OT-057-2011 se indica que:

“Procede recordar que la Administración no puede ampararse en una alegación de "fuerza mayor" o "caso fortuito" si éstas no existen. Una fijación extraordinaria de tarifas estará viciada de nulidad absoluta cuando el caso fortuito o la fuerza mayor alegada es inexistente, pero también si no se da el cumplimiento de las condiciones de los modelos automáticos de ajuste (lo que se deduce del artículo 166 en relación con el 133 de la Ley General de la Administración Pública).”

Otra debilidad se denota en el mecanismo de participación ciudadana llamado “Consulta Pública” establecido en la resolución RRG-7205-2007, en la cual se indican los lineamientos para las gestiones de oficio extraordinarias, el cual se origina en respuesta al voto 2007-11266, que obliga a la ARESEP a diseñar y aplicar un mecanismo que garantice la participación de los habitantes en la aplicación del modelo de ajuste extraordinario de fijación de precio del combustible que expende RECOPE, en búsqueda de un mecanismo para restablecer el equilibrio financiero por circunstancias diferentes de las previstas en las fijaciones ordinarias, sin detrimento de los derechos de los habitantes del país, garantizados en el artículo noveno constitucional.

Ahora bien, es claro que para el Modelo de Ajuste Automático de Autobuses, no, es viable aplicar un procedimiento de participación ciudadana igual al utilizado



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

para los combustibles, ya que entre ambas hay diferencias sustanciales. Los prestadores del servicio público de autobús no necesitan de un mecanismo célere de fijación automática de tarifas por cuanto la naturaleza de las variables que afectan sus costos no son impredecibles, no cambian de improviso y los Autobuseros tienen la opción de solicitar fijaciones ordinarias de tarifas en caso de prever cambios importantes en el corto plazo de las variables externas que habla el artículo 31, ya que las mismas ya están contempladas en el modelo ordinario de tarifas.

Otra debilidad es que el modelo no contempla ningún requisito por parte de los operadores. De esta forma pueden no estar al día con la CCSS, las pólizas del INS, unidades de RTV, moroso con el canon de ARESEP, etc., que igualmente recibirán aumentos al menos 2 veces al año. De esto se podrían generar dos cosas:

- a. No garantizarse el servicio al costo, por cuanto se le aprueba un aumento que incluye el costo del canon de ARESEP y la empresa perfectamente puede decidir no pagarlo y con ello obtener un beneficio adicional.
- b. No cumplirse con el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS, la cual según el oficio DC-485-07 de fecha 14 de marzo de 2007, establece como requisito para realizar diversos trámites administrativos estar al día en el pago de las obligaciones con la CCSS. La verificación del cumplimiento de la obligación fijada en este artículo, será competencia de cada una de las instancias administrativas en las que debe de efectuarse el trámite respectivo.

Otro ejemplo relacionado con aspectos metodológicos es el referente a las tarifas que resultan de las transacciones que surgen de los contratos entre el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y un generador privado hidroeléctrico al amparo del Capítulo I de la ley # 7200, han tenido una serie de tropiezos en la



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

ARESEP. Existen contratos vigentes con determinadas condiciones pautadas, se tiene contratos nuevos que utilizarán para generar inversión que ya se incluyó en tarifas, inversiones nuevas que requieren incorporar en las tarifas la amortización de dicha inversión. Además existe la generación privada al amparo de la Ley 7200 que se realiza con tecnologías diferentes a la hidroeléctrica.

A pesar de lo complejo de este panorama, la ARESEP no ha logrado ponerse de acuerdo a lo interno, sobre la definición de criterios uniformes que generen seguridad jurídica a los participantes en la dinámica de este servicio público. Uno de los temas en que hay diversidad de criterios, a así se demuestra en las resoluciones que ha emitido la Junta Directiva, es en cuanto a la definición de la rentabilidad. Este concepto también denominado costo de capital, mide el nivel de utilidad o rentabilidad porcentual que el inversionista obtendría por su inversión remanente. En algunos casos se mide a través de un modelo llamado comúnmente como CAPM (modelo de valoración de activos de capital) y en otras a través de las tasas de interés de mercado.

Esta misma diversidad de criterios se presenta en la definición de la tarifa. En algunos modelos se definió una tarifa de referencia, en otros un rango tarifario y en otros un valor. Lo anterior refleja carencia de orientación clara por parte de las autoridades institucionales y la ausencia de una política uniforme.

En cuanto a las audiencias públicas, considero que las mismas deben valorarse como verdaderos instrumentos de participación ciudadana en democracia. Si bien existen señales encausadas a generar mayores y mejores canales de información y a la utilización de las nuevas tecnologías como las videoconferencias, y la existencia de la consejería del usuario, es necesario generar un cambio de mentalidad y darle el respeto y la consideración que merece cada una de las participaciones, pero aún más, que los ciudadanos vean que sus planteamientos son verdaderamente considerados a la hora de aprobar de manera definitiva las metodologías.



Como lo manifesté en diversas oportunidades y lo propuse conjuntamente lo la ex directora Echandi Gurdián, para las audiencias públicas mediante las cuales se consultaron metodologías tarifarias, específicamente en las sesiones del 5, 6 y 27 de abril del 2011, propusimos que la Junta Directiva en pleno participara de las mismas, y no simplemente se limitara a recibir un informe general de las diferentes participaciones. En esa dirección es necesario darle un verdadero valor y significado a las audiencias públicas, de lo contrario con el tiempo se dejarán de ver como efectivos canales de participación, perdiéndose el espíritu por el que fueron creadas.

#### **2.4. Debilitamiento del Papel Rector de la Junta Directiva de la ARESEP.**

Es importante destacar que gran parte de las consideraciones que se exponen en el presente eje de relevancia, fueron debidamente comunicados al Regular General de la República, mediante oficio de fecha 20 de julio de 2011, el cual fue presentado conjuntamente con la compañera directora María Lourdes Echandi Gurdián.

Las situaciones que se exponen a continuación, contradicen el espíritu del legislador, ya que debilitan el papel rector de la Junta Directiva, órgano que a pesar de ser el superior supremo de la institución, se ha venido viendo relegado de ese papel:



## **1.- Fusión de la asesoría jurídica y técnica de la Junta Directiva con la de la administración**

Sin duda, una de las medidas que más impacta el papel rector de la Junta Directiva, es haber eliminado su asesoría técnica y jurídica independiente del resto de la administración, y frente a esto en común con la directora Echandi Gurdíán presenté varias mociones tendientes a corregir el error.

La medida obedece al hecho de que el RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP) que aprobara la anterior Junta Directiva y que entró a regir a partir del 9 de diciembre del 2010, fusionó o concentró la asesoría jurídica y técnica de la Junta Directiva con la del resto de la organización, en contradicción de lo que sucedió por varios años.

Lo anterior además de debilitar la Junta Directiva en su papel rector, produce diversos quebrantos del Ordenamiento Jurídico al ser contraria a las normas de control interno que precisamente hablan de que debe evitarse la concentración del ejercicio de funciones incompatibles, así como el procesamiento de transacciones, de modo tal que una persona o unidad no tenga el control por la totalidad de determinadas labores.

Hoy por hoy, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mantiene concentra las labores de asesoría técnica y jurídica tanto en primera instancia – administración- como en segunda instancia –Junta Directiva-, tareas claramente incompatibles entre sí. Esto no es aceptable aún cuando en la asesoría participen en una instancia y otra, funcionarios diversos, ya que pertenecen a una misma unidad, sujeta a la jerarquía de quien, precisamente, asesora a la Junta Directiva.



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

Este aspecto es de vital interés considerando que según el art. 53 inciso j) de la Ley ARESEP, le corresponde a la Junta Directiva resolver recursos de apelación contra resoluciones del Regulador General. ¿Cómo podrían asesores sujetos a la misma unidad, asesorar en primera instancia al Regulador y luego asesorar a la Junta Directiva en el ejercicio de tal potestad?

- Afectación de la necesaria separación del órgano de deliberación con el órgano ejecutivo. Conforme a la Teoría del Órgano, propia del Derecho Administrativo, debe distinguirse entre órganos deliberantes de los de carácter ejecutivo, tal y como sucede en el caso de las instituciones autónomas, como la ARESEP, las cuales son dirigidas por una Junta Directiva deliberante a la cual le corresponde planear y determinar la actividad del órgano externo cuya función es más bien ejecutiva. Al fundirse la asesoría técnica y jurídica, tal separación se ve claramente disminuida, al perderse la independencia que debe existir entre la consejería de los órganos deliberantes de la de aquellos de carácter ejecutivo. Es claro, y de eso son evidencia las actas de la Junta Directiva, la importante influencia que tienen los órganos consultivos internos de la entidad, en la formación de la voluntad del colegio, lo cual hace que resulte muy negativa la fusión de la asesoría técnica y jurídica que se comenta.

- Violación del artículo 53 inciso e) de la Ley ARESEP. Tal y como lo han comentado tanto el Regulador General como el Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en diversas ocasiones, como parte del sustento jurídico que se intenta en vano dar a la medida comentada, se argumenta que los asesores de la Junta Directiva deben estar sujetos administrativamente al Regulador General por ser dicho órgano el superior jerarca administrativo de la entidad. La tesis, sin embargo, es errónea y viola por falta de aplicación el artículo referido de la ley de ARESEP. Lo pertinente, como hemos señalado de modo reiterado, es que se trate de funcionarios dependientes, administrativamente, de la Junta Directiva, órgano al cual el legislador le reservó también competencias de esa índole como consta en el artículo 53 inciso e) de la ley de la ARESEP.



## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

- La aprobación de las metodologías tarifarias, es una competencia vital de junta, y a pesar de ello, en esos procedimientos administrativos no se ha asegurado a la Junta Directiva una asesoría técnica y jurídica independiente de los órganos administrativos que sugieren las metodologías, de modo que sea posible contrastar, con la mayor objetividad y transparencia, los alegatos de los interesados durante las audiencias públicas previas a la aprobación definitiva de las metodologías y en general, la pertinencia técnica y jurídica de las propuestas de los órganos internos de la entidad.

Adicionalmente es importante destacar que el 04 de diciembre de 2011, como resultado de la contratación tramitada mediante la orden de compra 5762-2011, del 29 de junio de 2011, el licenciado especialista en Derecho Constitucional, señor Rubén Hernández Valle, presentó el correspondiente Dictamen Jurídico, el cual en lo que interesa, concluye:

*... A.- El contenido del deber de imparcialidad de los funcionarios públicos*

*1.- Tanto la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, la cual tiene rango de ley de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGAP, como la jurisprudencia constitucional han desarrollado con algún detalle el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, así como el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración, que deriva directamente de la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Entre otros, Votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional).*

*2.- Este derecho a la imparcialidad se configura como el deber de los funcionarios públicos de participar en la resolución de un asunto, directa o indirectamente,*

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

cuando previamente ha emitido criterio sobre el asunto (Dictamen número C-302-2009 PGR).

3.- En un dictamen posterior, la PGR estableció claramente que "Ciertamente, en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que dimana del artículo II de la Constitución Política y complementado por los numerales 230 y siguientes de la LGAP" (Dictamen número C-106-2010).

4.- Por ello, la imparcialidad del funcionario público se ve afectada cuando el interesado interpone recursos administrativos con el objeto de que otra instancia conozca del asunto y el funcionario ha emitido previamente criterio sobre el punto objeto de discusión. Lógicamente este principio no se aplica en los casos de recursos de reposición en cuya esencia va el ser conocido por el jerarca que emitió el acto impugnado.

*B.- El artículo 46 del RIOF de la ARESEP*

1.- La norma en examen le otorga la competencia a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de asesorar, emitir opiniones y criterios para la Junta Directiva, el Regulador General y el Gerente General.

2.- Esta norma viola el principio de imparcialidad, dado que permite que abogados de esa Dirección emitan criterios jurídicos en dos instancias diferentes. En efecto, la Dirección está obligada a verter criterios primero en asuntos que conozca en primera instancia el Gerente General o el Regulador General y luego, a emitirlos de nuevo, cuando se conozcan en alzada en Junta Directiva. Esta participación de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en dos instancias diferentes viola el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, el cual es



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

*aplicable, como ha indicado la jurisprudencia administrativa de la PGR, a los asesores legales.*

*3.- La solución consistiría en crear una asesoría legal independiente para la Junta Directiva”*

Finalmente, a pesar la existencia de múltiples cuestionamientos y del informe antes indicado, no fue posible que la mayoría de Junta Directiva enmendara lo actuado, y modificara el Reglamento Interno de Organización y Funciones, en dirección a garantizar la existencia de una asesoría de junta objetiva e independiente.

Por esta razón en conjunto con la directora Echandi Gurdián, presenté una denuncia ante la Contraloría General de la República, sobre el quebranto del principio de imparcialidad y objetividad y normas de control interno para el sector público, al concentrarse la asesoría jurídica y regulatoria de la administración de la ARESEP, con la de la Junta Directiva en una misma unidad. Dicha denuncia fue admitida por el ente contralor y se encuentra en proceso de investigación, según lo indicado mediante oficio 934 (DFOE –DI- 221) del 26 de enero de 2012.

## **2. No se le proporciona a Junta Directiva información oportuna y relevante para decidir**

Otro supuesto que debilita a la Junta Directiva, es que no se le proporciona información relevante para tomar decisiones, como le corresponde, en tanto se trata de decisiones del más alto nivel institucional.



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

Frente a trascendentales decisiones, la información de respaldo, e incluso las propuestas a acuerdos, no eran suministradas con el tiempo debido, para que los directivos tuviéramos la oportunidad de estudiar y realizar las consultas pertinentes. Un ejemplo lo constituye la propuesta "Modelo automático de ajuste para el servicios público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús" presentada mediante oficio 474-DITRA-2011/10789. En esa oportunidad salvé mi voto en común con la directora Echandi Gurdían y a parte de los argumentos técnicos, citamos tres argumentos que son muestra de estas debilidades: 1. Mediante oficio 480-DITRA-2011 del 16 de mayo del 2011, nos fue entregada una "adenda" a la citada propuesta en la misma sesión que se votó, la cual no tuvimos la oportunidad de leer y evaluar con el debido rigor. 3. Hasta el momento de la votación se entregó la propuesta de acuerdo, a pesar de haberse solicitado con quince días de antelación por la complejidad y seriedad de la parte considerativa, siendo imposible evaluarla con el debido rigor 2.- Desde el 9 de octubre del 2010 esta Junta Directiva, por decisiones no atribuibles a nosotros dos, carece de una asesoría técnica y jurídica independiente del resto de los órganos de la administración, lo cual limita la verificación por parte de este órgano colegiado de la conformidad de la propuesta de la Administración con la respectiva normativa y reglas de la técnica.

### **3. Desplazamiento de funciones de la Junta Directiva**

Otra forma de restarle poder a la Junta Directiva que le resulta atribuible a la gestión del Regulador General, es no informar a la Junta Directiva de temas y asuntos que le corresponde decidir y disponiendo que otros órganos la sustituyan en esa función.

Lo anterior se puede ejemplificar con los siguientes casos:



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

- Notificaciones Judiciales dirigidas a Junta Directiva. Al menos en una oportunidad, hemos podido determinar que se ha omitido informar a la Junta Directiva de una notificación judicial dirigida directamente al colegio (ver acta de la sesión 57-2010), práctica claramente inconveniente, en tanto podría poner en rebeldía a la entidad, al no comparece el órgano oficialmente notificado. Por otra parte, se enerva, de nuevo, la facultad rectora de la Junta Directiva, que en este caso se debería manifestar mediante la definición de los lineamientos a seguir en la atención de un determinado proceso judicial.
- Por decisión del Regulador General, otros órganos internos asumen funciones propias de la Junta Directiva. A pesar de que conforme al artículo 53 inciso ñ), le corresponde a dicho órgano colegiado dictar las normas y políticas que regulan los esquemas salariales de la ARESEP y de la SUTEL, el Regulador General, admitió con su voto, que fuese el Centro de Desarrollo de la Regulación – CDR- el órgano interno de creación reglamentaria (RIOF) quien definiera los términos de referencia del estudio de mercado salarial encomendado a una empresa contratada para ello, con lo cual, fue ese Centro el que terminó elaborando las políticas de remuneración, no así la Junta Directiva (ver acta de la sesión 05-2011).

Sobre este tema es importante recalcar que a lo largo de mi gestión como integrante de la Junta Directiva de ARSEP, manifesté mi preocupación frente al incumplimiento de los artículos 54 y 71 de la ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, lo que evidencia serios problemas en materia de política salarial.



#### **4. Se optó por mantener y reforzar la concentración de poder en la Gerencia General**

Es importante señalar que la Gerencia General es un órgano de la institución, que no fue creado por ley, sino mediante el Reglamento Interno de Organización y Funciones (RIOF), asignándosele funciones que anteriormente tenía la Junta Directiva y el Regulador General.

De este modo, corresponde a la Gerencia General asumir las funciones administrativas y financieras, de servicios generales, de proveeduría y de contratación administrativa, con lo cual, concentra el poder de modo inconveniente, obviando las normas de control interno.

Debo rescatar que producto de la contratación 2011CD-000069-ARESEP, la empresa Deloitte & Touch elaboró un estudio referido al Modelo de Organización de la Gerencia General y sus Dependencias, sin embargo a la fecha no se ha implementado.

Por otra parte, mediante el nuevo Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la ARESEP -RICA- que el Regulador General y dos directivos más aprobaron, se refuerza aún más y de forma inconveniente, dicha concentración de funciones del Gerente General (ver actas de las sesiones 31, 34 y 42 todas del 2011), todo lo cual redundará en la pérdida de eficacia en la gestión de la Institución.



## **2.5. Ambiente laboral y la política salarial**

Es claro que el nivel de efectividad de la gestión de la entidad, depende en gran medida del ambiente laboral de que gocen los funcionarios.

En este campo, advertí que en la gestión del actual administración existe una gran deficiencia que causa un muy pesado ambiente laboral.

Dentro de las medidas que han contribuido a ese lamentable ambiente laboral, se encuentran las siguientes:

- Aumento desproporcionado de salarios a un selecto grupo de funcionarios entre los que se incluye el Gerente General, los Directores Generales, superintendencias y los asesores (ver escala salarial vigente a partir de 01 de enero de 2011, según oficio del Jefe de Recursos Humanos de fecha 25 de abril de 2011, en referencia al oficio 201-DERH-2011).
- Demanda contencioso administrativa de los funcionarios de la ARESEP, contra la ARESEP, el Estado y la Contraloría General de la República por omitir aplicar los criterios de remuneración establecidos en los artículos 54 y 71 de la Ley de la ARESEP-. (Expediente No. 10-1055-1027-CA del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Segundo Circuito Judicial de San José).
- Negativa reiterada a recibir al sindicato y utilización de canales de información poco efectivos e impersonales, como por ejemplo correos electrónicos.

En cuanto a la política salarial además de los cuestionamientos que se enfrentan a nivel judicial, es importante recalcar que mediante la reforma a la ley

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

7593, por medio de la ley 8660 del 08 de agosto de 2008, se crearon los artículos 54 y 71, que son los que definen claramente los parámetros a considerar para la definición de las remuneraciones, siendo distintos para la ARESEP y la SUTEL.

En esa dirección el artículo 54 relativo a la ARESEP, establece claramente que la remuneración del Regulador General, Regulador General Adjunto, así como la de los funcionarios de nivel profesional y técnico de la ARSEP, se determinarán tomando en cuenta las remuneraciones prevalecientes en los servicios bajo su regulación. Ahora bien en el caso de la SUTEL, la remuneración se determinará a partir de las remuneraciones prevalecientes en los servicios regulados por la ARESEP, pero además de manera específica se incluye el mercado de las telecomunicaciones en el ámbito nacional o las de organismos con funciones similares, lo que hace imposible partir de una encuesta de salarios genérica o igual para ambas, ya que debe respetarse la diferencia y los parámetros diferenciados que definió el legislador a la hora de definir ambos artículos.

En este sentido, se circularon una serie de correos oficiales en donde se hace referencia a los dos informes finales del estudio salarial realizado por la Empresa Price Waterhouse Cooper, recibidos a satisfacción por ARESEP, correspondientes al I y II semestre del 2011, sin embargo , según manifestó el propio regulador los mismos no han sido recibidos a satisfacción, a pesar de que según la orden de compra 5704-2011, la versión preliminar del informe de repetición del estudio en el segundo semestre del 2011, debería haber sido entregado a más tardar el 15 de noviembre de 2011, la contraparte institucional podía haber hecho comentarios u observaciones si lo consideraba pertinente, para lo que contaba con una semana de tiempo después de la recepción de la versión preliminar de los informes.

Con el objeto de aclarar este asunto, solicité en conjunto con la Directora Echandi Gurdíán, de conformidad con los procedimientos establecidos en el Reglamento, de Junta Directiva, la convocatoria a una sesión extraordinaria, la cual en



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

violación a nuestros derechos nunca fue convocada por el Regulador General, siendo un claro ejemplo de las limitaciones y trato diferenciado del que fuimos objeto ambos, lo que impedía el ejercicio de nuestras funciones como miembros de Junta Directiva.

### **2.6. Acciones que generan pérdida de credibilidad en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.**

Durante el periodo que me correspondió ejercer el cargo público, es posible identificar acciones puntuales, que a mi criterio contravienen el deber de velar por la credibilidad de esta Institución, que se pueden observar, tanto a lo interno como a lo externo.

Entre ellas, es posible identificar las siguientes:

- Consulta a la Contraloría del arrendamiento a Oficentro Multipark: Con su voto, el Regulador y dos miembros de Junta, impidieron que se consultara a la Contraloría General de la República la legalidad del contrato de arrendamiento de la ARESEP con el Oficentro Multipark (acta 32-2010), a pesar de las declaraciones públicas de un antiguo director que permitían apreciar la posible quiebra de las prohibiciones para contratar de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Lo anterior frente a la moción presentada por mi persona y la directora Echandi Gurdián.
- Estudio tarifario de oficio para el transporte remunerado de personas modalidad autobús a nivel nacional y su relación con el dólar a 610,29 colones. Producto de los cuestionamientos hechos por los medios de comunicación y luego de evidenciar errores graves de procedimiento, mediante el acuerdo 002-103-2011 de 28 de abril del 2011, el Comité de Regulación acordó la anulación de la convocatoria a audiencia pública para el estudio tarifario de oficio para el

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

transporte remunerado de personas modalidad autobús a nivel nacional, tramitado bajo el expediente ET-057-2011. Luego de la solicitud realizada por los suscritos, se agendó el tema en Junta Directiva, poniéndose nuevamente en evidencia errores técnicos y jurídicos en la propuesta presentada bajo la denominación de "Procedimiento Extraordinario de Fijación de Tarifas y Modelo Automático De Ajuste, Para Las Rutas De Transporte Público, Modalidad Autobús" que finalmente se denominó "Modelo Automático de Ajuste para el Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Autobús". (ver acta sesión 30-2011).

- Falta de fundamentación del "Modelo Automático de Ajuste para el Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Autobús". En la versión final del "Modelo Automático de Ajuste para el Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas, Modalidad Autobús" presentada mediante oficio 474-DITRA-2011/10789, nuevamente se evidenciaron errores técnicos y jurídicos pero sobre todo, la falta de fundamentación de la misma, pues no se proporcionó a Junta Directiva la información de respaldo que evidencie su razonabilidad técnica, lo cual motivó un voto salvado de la directora Echandi Gurdián y quien suscribe este informe. (ver acta sesiones 30 y 32 ambas del 2011).
- Dificil acceso a la información y a la estructura de la ARESEP. La Asociación de Consumidores de Costa Rica se ha quejado del difícil acceso a la información y a la estructura de la ARESEP. (ver acta sesión 18-2011). Es claro que no corregir esta situación impide la participación y la defensa de los usuarios.
- Intento por fusionar procedimiento de rebaja tarifaria de una Asociación de Consumidores con la de oficio de la ARESEP. La Dirección General de Energía le solicitó a la Asociación de Consumidores de Costa Rica fusionar su gestión de procedimiento de rebaja de tarifas de combustibles (ver expediente administrativo ET-97-2011) con una gestión posterior iniciada de oficio por la ARESEP (ver



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

expediente administrativo exp.ET-100-2011). Este es un intento de impedir que las gestiones de las asociaciones de consumidores sean discriminadas de las que efectúa la ARESEP, lo cual está en posibilidad de limitar su participación y la defensa de sus intereses.

. Decisión de arrendar las instalaciones propiedad de ARESEP al Ministerio de Economía Industria y Comercio (MEIC).

En el acta 19 del 23 de marzo de 2011, Se conoció el oficio 68-RG-2011 del 15 de febrero del 2011, mediante el cual el Regulador General remite para su valoración el contrato de arrendamiento suscrito entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Público y el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), para que de considerarlo necesario, se apruebe el mismo o bien se devuelva sin ese trámite, por innecesario.

Frente a esta propuesta manifesté mi oposición, como consta en el acta respectiva, ya que la aprobación haría nugatorio el acuerdo 004-44-2010 de 22 de octubre del 2010, al impedir el regreso en tres años a las instalaciones propias de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos e igualmente obligará a la prórroga del actual contrato de arrendamiento en el complejo Multipark.

La finalidad del acuerdo 004-44-2010 antes citado, consiste en tomar las medidas pertinentes para evitarle a la Institución un gasto extremadamente alto como lo es el pago del arrendamiento del edificio de Multipark. De este modo, durante la ejecución del plazo del arrendamiento acordado por la anterior administración y avalado por la mayoría de esta Junta Directiva, lo pertinente para el interés institucional es acelerar el diagnóstico de la problemática y determinar las medidas para que en tres años se cuente con instalaciones propias y ajustadas a las necesidades de esta Autoridad. De esta forma, se evitaría una prórroga del

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

contrato con Multipark medida que la administración debe evitar a toda costa por lo excesiva e injustificadamente onerosa que es.

Mediante el oficio DJ-1764-2009 (11070) del 26 de octubre de 2009, la Contraloría General de la República señaló que era posible contratar el arrendamiento a Oficentro Multipark de modo directo, según lo dispuesto por el artículo 131 inciso j) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, bajo la entera responsabilidad de la administración, siempre y cuando se cumpliera una serie de tareas que de forma taxativa detalló el Órgano Contralor, dentro de las cuales se encontraba la elaboración de un estudio costo beneficio.

Lamentablemente, para el contrato de arrendamiento con el Ministerio de Economía Industria y Comercio (MEIC), cuya aprobación si fue sometida a la junta directiva de la cual formé parte, no se realizó un estudio costo-beneficio, de la alternativa que representa la expansión física de las instalaciones actuales, de frente a ese contrato de arrendamiento con el MEIC y al costo de la inversión por arrendamiento al Oficentro Multipark. Todo ello considerando no solo los precios y plazos de los contratos sino, la necesaria desocupación de las instalaciones de ARESEP para poder implementar cualquier solución futura de infraestructura ya sea remodelar, ampliar o construir una nueva edificación.

Cabe destacar que la Junta, tomó el acuerdo 04-44- 2010, en el cual se dejaron muy claros los procedimientos que se iban a seguir para definir qué se haría con el edificio propiedad de ARESEP. Se nombró incluso una comisión cuya misión era la definición de un Plan Maestro que nos presentara un verdadero estudio técnico y una propuesta de qué? y en qué plazo?, se desarrollaría una solución para regresar al edificio propiedad de la ARESEP y no seguir alquilando. Con esto evitaríamos tomar decisiones sin argumentos técnicos, ya que en ese momento ninguno de los integrantes del órgano poseía experiencia en ese campo y nos



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

enfrentábamos al reto de administrar de manera proba, eficiente y eficaz los recursos públicos.

Finalmente, como una consideración adicional, es importante recalcar la existencia el artículo 84 de la ley 7593 que dice:

Que el artículo 84 de la Ley 7595 Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, dice:

“Artículo 84.- Patrimonio

El patrimonio general de la Autoridad Reguladora será inembargable y, en ninguna forma, podrá ser traspasado al Gobierno central o sus instituciones ni usado por ellos.

Además de los cánones mencionados en el artículo 82, formarán parte de los ingresos de la Autoridad Reguladora:

- a) Los fondos que se le asignen en el Presupuesto Nacional.
- b) Las donaciones y subvenciones.
- c) Los ingresos que obtenga, mediante convenios y contratos con personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras.
- d) Los activos y pasivos asumidos del Servicio Nacional de Electricidad. (Así adicionado, por artículo 41, inciso j) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).
- e) Las multas establecidas en el artículo 38 y los intereses moratorios establecidos en la ley.(Así adicionado, por artículo 41, inciso j) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).”

A criterio personal la existencia del artículo anterior impide la celebración del Contrato que fue suscrito por el Regulador General y aprobado por la mayoría de la Junta Directiva, ya que el mismo le estaría permitiendo el uso y goce de un bien inmueble que forma parte del patrimonio institucional a un ministerio que forma parte del Gobierno Central. Cabe resaltar que esta prohibición existe a pesar de la existencia del artículo 7 de la ley 7593, que le da la facultad a la ARSEP para

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

efectuar contratos de compra, venta y arrendamiento de bienes y servicios para el desempeño de sus funciones, ya que debe interpretarse de manera restrictiva que el patrimonio institucional goza de la limitación que indica claramente el artículo 84 de la ley 7593.

Ahora bien si analizamos la percepción a lo interno de la institución, basta con observar los resultados generados por el Informe Diagnóstico Institucional, llevado a cabo por la firma Deloitte, producto de la Contratación 2011 CD-000051<sup>18</sup>, dentro del cual se exponen los resultados de una serie de *Focus Groups*, frente a diversos cuestionamientos.

Frente a la interrogante ¿Cómo se analiza el desempeño actual?, y la posibilidad de escribir un artículo relacionado con la calificación de la gestión y los principales logros y oportunidades, en general para todos los grupos la respuesta fue: “El artículo no sería favorable”, “La imagen de la ARESEP frente a la ciudadanía y los medios no es buena”, “ARESEP es sinónimo de alzas en las tarifas”.

Por otro lado, cuando se cuestiona ¿qué camino recorre la ARSEP?, los resultados evidencian frases como: “Hay una falta de rumbo,” “No vemos hacia dónde vamos; no se define cómo vamos a llegar a lograr los objetivos y los cambian constantemente; es como la neblina que no nos permite llegar a donde queremos”. “La organización se ha atrasado, tenemos una deuda pendiente, se ha visto limitada en recursos y disminuida en sus funciones”, “La ARESEP perdió el norte”, “No se desarrollan proyectos”; “No se confía en ella”. “No hay orden, no hay claridad, no hay resultados.”

---

<sup>18</sup> “Contratación de Servicios Profesionales para el Dimensionamiento y Formulación del Plan Estratégico Institucional y del Plan Operativo Institucional 2012, que Permita Apoyar el Alineamiento Estratégico y Organizacional de la Autoridad Reguladora.

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

De lo anterior se deduce el estado y la percepción a nivel interno sobre el rumbo institucional, el cual sin duda, sumado a la percepción de los distintos actores en la dinámica nacional, generan una nota deficiente frente a los retos marcados y propuestos a lo largo de los años en la planificación institucional.

### **2.7. Incumplimiento de las Directrices Presidenciales.**

El poder ejecutivo, durante mi gestión como miembro de la Junta Directiva de ARSEP, emitió dos directrices vinculantes para la institución, la 012-H-MTSS del 25 de enero del 2011, publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 4 de febrero del 2011, dentro de la cual se hace un llamado a la austeridad en el sector público y define los lineamientos en materia de aumentos salariales y la 013-h del 16 de febrero del 2011, publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 4 de marzo del 2011, que prohíbe crear plazas nuevas y ocupar las vacantes, así como a la reducción de un 20% de sus presupuestos aprobados con algunas excepciones.

Frente a una excitativa y propuesta de este ex directivo, la Junta Directiva de la ARESEP, en atención a la directriz 012 - H MTSS, aprobó el acuerdo 013-005-2011 en la sesión 05-2011 del 26 enero 2011 el cual indica:

“Se hace una excitativa para que la Administración tome las medidas administrativas que corresponda a la luz de la directriz [012-H-MTSS] emitida por el Poder Ejecutivo.”( acta 05-2011 del 26 enero del 2011).

A pesar de lo anterior, el Regulador General emitió la resolución RRG-016-2011 de 8 de abril de 2011, con la que se aparte de la directriz presidencial, al establecer que "... de conformidad con lo establecido en los considerandos precedentes, resultando incompatible en ese sentido lo establecido en la Directriz

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

012-H-MTSS, siendo que existen normas de rango legal en la ley 7593 que regulan la remuneración de los funcionarios de la Autoridad Reguladora, y considerándose de acatamiento no obligatorio la Directriz 012-H-MTSS, lo procedente sería instruir a la Administración para que proceda como corresponde en lo que a materia salarial corresponde, tal y como se dispone”

Continuando en esa misma dirección contraria a la Directriz 012-H-MTSS, frente a la pronta aprobación de Presupuesto de Cánones 2012, el Regulador, presenta a Junta una iniciativa que originalmente pretendía crear 81 nuevas plazas, sin embargo, debió desistir de su intención, al no contar con la mayoría calificada de cuatro votos, establecida en el artículo 55 de la ley 7593, frente a la oposición expresa y manifiesta de la directora Echandi Gurdián y quien suscribe este informe quienes así lo manifestamos en las actas del 22 y 26 abril de 2011.

El 25 de agosto del 2011, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Ejecutivo No. 36752-H, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 185 del 27 de setiembre del 2011, en el cual dispensó de forma expresa a la SUTEL de la aplicación de la directriz 013-H.

En el mes de setiembre del 2011, al aprobarse el presupuesto para el periodo 2012 de la ARESEP, con el voto salvado de la Directora Echandi y quién suscribe este informe, se incluyeron partidas presupuestarias para la creación de once plazas nuevas, como consta en el acta de la sesión 61-2011 del 26 de setiembre del 2011.

La Contraloría General de la República, mediante oficio DFOE-EC-0661 de 23 de diciembre del 2011, improbo parcialmente el Presupuesto de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, siendo uno de los puntos la creación de las once plazas nuevas indicadas. Sin embargo, en la sesión 2-2012 del pasado 13 de enero del 2012, se aprobó una propuesta para plantear la reconsideración de

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

las improbaciones contenidas en el punto 2.2 del oficio DFOE-EC-0661 de la Contraloría General de la República, dentro del cual se solicita reconsiderar el inciso c) relativo a la creación de las indicadas once plazas nuevas.

Igualmente, se ha continuado llenando plazas vacantes, actuaciones que son evidentemente contrarias a lo establecido en la Directriz 013-H.

Desde el punto de vista jurídico, las directrices son medidas de dirección válidas constitucionalmente, cuyos efectos jurídicos pueden alcanzar a entidades autónomas conforme lo establece el artículo 98.1 de la Ley General de la Administración Pública –LGAP-. Esa norma atribuye a aquél órgano, la potestad de remover y sustituir a los directores de instituciones autónomas que desobedezcan las directrices impartidas, potestad conteste con la atribuida a la Presidencia de la República y al Poder Ejecutivo, respectivamente, por los artículos 26 inciso b) y 27 párrafo 1 de la misma Ley.

Mediante oficio 195-DGJR-2011 de 08 de abril de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de la ARESEP, se pronunció en torno a si tal directriz resulta o no vinculante para la institución, mediante un dictamen facultativo y no vinculante, concluyendo que "... no resulta de acatamiento obligatorio para la Autoridad Reguladora, ya que cercenaría las competencias asignadas por una norma jurídica de rango superior (Ley 7593) a la Junta Directiva". Por otra parte, se entiende que "En cuanto a directrices que ordenan reducir el gasto público, consideramos que tampoco serían de aplicación en la Autoridad Reguladora, ya que violentarían su autonomía financiera, considerando que nuestra fuente de financiamiento proviene principalmente de los cánones de regulación que se cobran por los servicios que regulamos".



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

Ahora bien, llama la atención que dentro del análisis no se incluye el dictamen vinculante C-102-2006 de 7 de marzo de 2006, de la Procuraduría General de la República, que surge de la consulta realizada por la propia ARSEP, sobre si en vista de que el artículo 1 de la ley de creación de la ARESEP dispone que esta institución “no se sujetará a los lineamientos del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de las atribuciones que se le otorgan en esta ley”, cabía concluir que las directrices del Poder Ejecutivo no podía ser aplicables para esta autoridad.

Dicho dictamen vinculante concluye que:

“Como institución autónoma la ARESEP goza del régimen de autonomía previsto en el artículo 188 de la Constitución Política. Pero a diferencia de otras entidades autónomas, la ley se encarga de señalar que la Autoridad tendrá una autonomía respecto del Poder Ejecutivo en lo que respecta al cumplimiento de sus atribuciones. Funciones que no son otras que la regulación de los servicios públicos enumerados en el artículo 5 de su Ley. Lo que implica que el Poder Ejecutivo no podrá emitir directrices directamente relacionadas con las atribuciones de la ARESEP. La excepción está referida al ejercicio de la función de regulación. Más allá de esta función, la ARESEP está sujeta a la potestad de dirección del Poder Ejecutivo. Lo que permite afirmar la sujeción a la política financiera del Estado, por consiguiente a las directrices que en ámbitos como el presupuestario, salarial, u otros (austeridad, estricto apego a los valores del ordenamiento, a la necesidad de protección de la mujer funcionaria, etc) emita el Ejecutivo.”

Finalmente, no cabe duda de que el dictamen vinculante C-102-2006 de 7 de marzo de 2006, aunque se rindió con antelación a la reforma de los artículos 1 y 82 operada mediante Ley No.8660 de 8 de agosto del 2008, por la naturaleza de la reforma ahí dispuesta, la conclusión a la cual arriba la Procuraduría se ha de mantener inalterada y deja claro que las directrices antes mencionadas, referentes

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

a temas como los señalados por la Procuraduría, si son vinculantes para la ARESEP, la cual debe acatarlas de manera obligatoria, y de no hacerlo, es aplicable el artículo 98.1 de la LGAP, y los directores quedan expuestos a sanciones de carácter rescisorio.

Igualmente debe tenerse claro que el poder de dirección que ejerce el Poder Ejecutivo sobre las instituciones autónomas, en esta y en otras materias, deriva en un primer momento de la Constitución y luego de la Ley General de la Administración Pública y no de modo exclusivo, de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos de 18 de setiembre de 2001 y sus reformas.

Finalmente, hay que recalcar que, si lo que estima la Administración es que las directrices, para el caso de la ARESEP, contienen vicios de legalidad o bien vicios de constitucionalidad, en tanto no medie una medida suspensiva sea ésta de la jurisdicción constitucional o contencioso administrativa -Principio de Ejecutoriedad de los actos administrativos- o bien, una decisión anulatoria ya sea por razones de constitucionalidad o legalidad, no es posible decidir de modo unilateral, la ineficacia e inejecutoriedad de una determinada decisión administrativa, en este caso, del Poder Ejecutivo.

### **2.8. Consideraciones sobre el desarrollo de la Superintendencia de Telecomunicaciones SUTEL, en el marco de la apertura del Mercado.**

Es importante destacar que el nacimiento a la vida jurídica, de la Superintendencia de Telecomunicaciones SUTEL, se da mediante la aprobación de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

Telecomunicaciones ley 8660 del 08 de agosto de 2008 y la ley General de Telecomunicaciones que entró en vigencia el 30 de junio de 2008, en el marco del rompimiento del monopolio del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y el inicio del denominado proceso de apertura y convergencia tecnológica.

El 26 de enero de 2009, queda integrado el órgano denominado Consejo de la SUTEL, de la mano de tres ejes fundamentales: El fortalecimiento institucional y financiero, el desarrollo e implementación de los procesos propios de la regulación y relaciones interinstitucionales e internacionales.

A mi llegada a la Junta Directiva de ARESEP, puse en evidencia como consta en las actas, el lento avance en la consolidación de la organización de la SUTEL y manifesté mi preocupación frente a la existencia de políticas asumidas por la anterior junta directiva, las cuales supeditaban administrativamente a éste órgano, al aparato administrativo de ARESEP, obligándolo a comprar los servicios ofrecidos por este, lo que impedía un desenvolvimiento eficiente y eficaz y la aceleración en la consecución de las metas planteadas. En ese sentido la Junta Directiva actual aprobó un acuerdo, mediante el cual se libera a la SUTEL de la dependencia administrativa y se les permite dibujar su propio rostro y consolidarse como órgano.

Por otro lado, cuestioné el lento proceso de contratación de personal, que se convertía en una seria preocupación frente a la elaboración del Cartel de Licitación de las bandas del espectro radioeléctrico y su posterior evaluación y adjudicación.

Frente a la existencia de la directriz 013-H del 16 de febrero del 2011, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, el 4 de marzo del 2011, mantuve una posición apegada al principio de legalidad, la cual generó la recomendación de que lo que correspondía era solicitarle al Poder Ejecutivo la exclusión de la SUTEL. En esa dirección el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Ejecutivo No. 36752-H de 25 de



## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

agosto del 2011, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 185 del 27 de setiembre del 2011 y consecuentemente se aprobaron las plazas solicitadas, con los estudios debidamente realizados, de conformidad con las disposiciones de la Contraloría General de la República.

Finalmente, luego de analizar el avance y las limitaciones de este órgano, creo prudente manifestar que actualmente debe enfrentar mediante una adecuada planificación y control, una serie de retos como: Velar por el establecimiento de medidas tendientes a garantizar la existencia de una competencia efectiva y la calidad, así como apostar por el acceso y servicio universal; poner en marcha los proyectos financiados por el Fondo Nacional de las Telecomunicaciones (FONATEL), en consecuencia con el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones; apostar por la definición de una política garantista en telefonía fija al amparo del Instituto Costarricense de Electricidad y garantizar la portabilidad numérica entre otros.

### **3. Otros aspectos relativos a los resultados de la gestión.**

#### **3.1. Estado de la auto evaluación del Sistema de Control interno institucional o de la unidad al inicio y final de la gestión.**

Durante el ejercicio de mi función en el seno de la Junta Directiva de ARESEP, no existe evidencia de un mecanismo de autoevaluación como órgano colegiado, sin embargo, en la presentación de mociones y votos salvados, en conjunto con la Directora Echandi Gurdían, así como con las solicitudes de informes y gestiones ante la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República y la auditoría interna, se evidencian acciones que se enmarcan en una permanente autoevaluación.



**3.2. Acciones emprendidas para establecer, mantener, perfeccionar y evaluar el sistema de control interno institucional.**

En concordancia con el punto anterior, las principales acciones se pueden evidenciar en la presentación conjunta con la Directora Echandi Gurdián, de una serie de mociones, dentro de las que se destacan:

1. Moción de consulta a la CGR en relación al Contrato de arrendamiento del edificio Multipark (acta 32-2010).
2. Moción con el objeto de impedir el arrendamiento del edificio propiedad de ARESEP, hasta tanto no se elaboren los estudios técnicos que demuestren la viabilidad y conveniencia. (acta 49-2010).
3. Mociones para reinstalar la Asesoría Jurídica y económica, independiente para la Junta Directiva (actas 38 y 49-2010 y 39 y 50 2011).
4. Moción para proponer la participación activa de la Junta Directiva en las audiencias públicas sobre metodologías tarifarias (acta 21-2011)
5. Moción relativa a la obtención de un estudio de mercado en materia salarial, que cumpliera con lo dispuesto en los artículos 54 y 71 de la ley 7593 (acta 05-2011)
6. Moción para ajustar el Reglamento Interno de Organización y Funciones (RIOF) y proceder a anular disposiciones ilegales según el dictamen vinculante C-217-2011, así como la elaboración de consulta a la propia PGR (acta 59-2011)
7. Moción relativa al Informe 11-I-2010 de la Auditoría Interna sobre expediente 09-023925-012-CJ (acta 53-2011)
8. Moción de declaratoria de un régimen de urgencia para proceder con la firma de las actas pendientes.
9. Moción para el establecimiento del sistema de elaboración de actas literales de las sesiones de Junta Directiva (acta 72-2011)

**3.3. Proyectos Pendientes y sugerencias propuestas al momento de la Presentación de mi renuncia.**

**Dentro del desarrollo de los distintos temas sustanciales del informe, es posible rescatar una serie de propuestas generadas en discusiones en el seno del órgano colegiado, y otras que se reflejan en mociones debidamente presentas y sometidas a votación, sin embargo, a modo de citar la que a criterio personal son urgentes, estimo pertinente puntualizar:**

1. Se requiere la creación de un adecuado mecanismo de control de acuerdos, así como el establecimiento de procedimientos claramente definidos en el área de la secretaría de Junta Directiva, que potencialicen el arduo trabajo que realiza el personal que actualmente labora en esta área.
2. Es de vital importancia la elaboración de un diagnóstico integral y evaluación del Reglamento de Organización y Funciones de la ARESEP.
3. Es urgente y trascendental contar con una propuesta viable técnica y jurídicamente que permita el regreso de la ARSEP al edificio de su propiedad. Ya que pesar de la existencia de una Comisión nombrada por el Regulador General y el acuerdo 004-044-2010, no existe hasta el momento de mi renuncia un diagnóstico o propuesta concreta y viable, en referencia al uso que se le dará a las propiedad de la ARESEP. Cabe destacar que el Auditor Interno ha informado sobre la presentación de una consulta a la Procuraduría General de la República en referencia al artículo 84 de la ley 7593 y su interpretación. Como lo he manifestado en diferentes oportunidades considero que la ARESEP debe hacer uso de las



## ***Informe de finalización de Gestión***

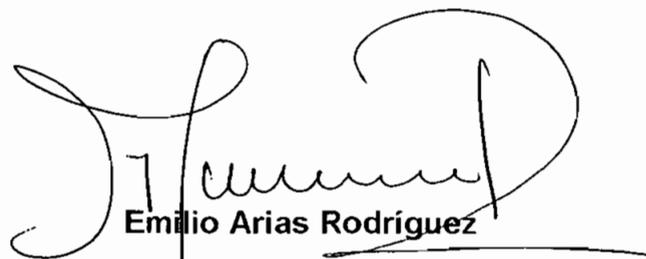
***Emilio Arias Rodríguez***

instalaciones de su propiedad, mediante un proyecto de ajuste de la infraestructura actual, con el objeto de evitar el pago de alquileres.

4. Considero sustancial la confección de un Mecanismo de Planificación, control y evaluación de Proyectos, que le permita a la institución corregir el rumbo, y alcanzar una eficiente ejecución de proyectos.
5. Es necesario devolverle a la Junta Directiva de ARSEP, la asesoría técnica y jurídica independiente.
6. Reviste de una extrema urgencia contar con una política salarial clara, transparente, justa y concordante con los artículos 54 y 71 de la ley 7593.

### **3.4. Estado actual del cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la Auditoría Interna**

En referencia al oficio 69-AI-2011 del 16 de mayo de 2011, sobre la acumulación de actas de Junta Directiva sin ratificación, en conjunto con la directora Echandi Gurdián, presenté dos mociones indicadas en el aparte 3.2, las cuales refieren a la declaratoria del Régimen de Urgencia y procedimiento para cumplir con la firma de las actas pendientes antes del año 2011 y otra sobre la literalidad de las actas, con el objeto de agilizar y facilitar la aprobación de actas. Al respecto, según el acta 03-2012, del 18 de enero de 2012, la Junta acordó eliminar la literalidad de las actas.



**Emilio Arias Rodríguez**  
Cédula 4-01720350

## **Anexo número 1. Votos Salvados**

### **VOTOS SALVADOS 2010-2011**

#### **ACUERDO 009-032-2010**

#### **VOTOS SALVADOS DE LOS DIRECTORES ECHANDI GURDIÁN Y ARIAS RODRIGUEZ.**

Los señores Echandi Gurdían y Arias Rodríguez, manifiestan que de conformidad con lo establecido por el artículo 57 de la Ley General de la Administración Pública desean dejar constancia de los motivos que los separan del voto de mayoría y que su voto salvado sea debidamente comunicado junto con éste.

Los señores Echandi Gurdían y Arias Rodríguez hacen ver que su voto negativo se justifica en el tanto consideran que con la moción por ellos presentada se da mayor garantía al cumplimiento del deber de probidad establecido por el artículo 3. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública, No. 8422.

Reiteran los señores Echandi Gurdían y Arias Rodríguez, que su moción no tiene el interés de señalar a nadie en particular, ni imputar responsabilidad alguna, sino remitir, debidamente fundamentado, el caso en consulta a la Contraloría General de la República a efecto de que dicho órgano se pronuncie en torno a la existencia o inexistencia de una causal de prohibición para contratar del Fondo de Inversión de Desarrollo Inmobiliario Improsa con esta Autoridad.

Señalan los señores Echandi Gurdían y Arias Rodríguez que el hecho de que la propia entidad administradora de ese fondo, ante solicitud del Regulador General de fecha del 3 de setiembre pasado, declare por medio de un apoderado que no le alcanza las prohibiciones de ley para contratar, no es motivo suficiente para desistir de la consulta ante el Órgano contralor, toda vez que se está frente a un caso límite, donde es preciso realizar una interpretación jurídica de las disposiciones del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa. Esa norma no incluye dentro de sus regulaciones, los supuestos en los cuales un Fondo de Inversión de Desarrollo Inmobiliario no puede contratar, por lo que al aplicador de la norma le resulta exigible su interpretación, a efecto de determinar si las disposiciones de los incisos f) e i) de esa norma, resultan aplicables analógicamente. Es únicamente el Órgano contralor quien deberá establecer si la interpretación de esas reglas es o no extensiva a fondos de inversión, acudiendo para ello a los distintos métodos de interpretación jurídica a disposición.

Además, indican los señores Echandi Gurdían y Arias Rodríguez que se tiene evidencia fáctica de que al momento de presentarse la oferta por el citado Fondo, uno de los entonces directores de esta Autoridad Reguladora les asesoraba y además, era inversionista en una proporción a determinar.

Ante esa circunstancia, señalan los señores Echandi Gurdían y Arias Rodríguez, la simple comunicación a la Contraloría sin plantear la correspondiente consulta, resulta inconducente. Por ello, estiman que lo procedente es requerir de la Contraloría General de la República, órgano competente en esta materia, el correspondiente pronunciamiento vinculante al respecto.

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

### **ACUERDO 002-039-2010**

**Se deja constancia de que la señora María Lourdes Echandi Gurdíán votó en contra de las resoluciones comprendidas en los numerales del I al V de este acuerdo, por los motivos que han quedado constando en la parte expositiva de este artículo. Asimismo, la señora Echandi Gurdíán también votó en contra de la resolución contenida en el numeral VI de este acuerdo, toda vez que el numeral mencionado admite de modo ilegítimo, que luego de un mes se informe a esta Junta Directiva de los eventuales motivos para la toma de esta decisión. La señora Echandi Gurdíán fundamenta su voto en lo dispuesto por los artículos 133.1 y 166 de la Ley General de la Administración Pública, que establecen que la existencia de motivo cierto y legítimo es requisito de validez de todo acto administrativo, de modo que no es posible, desde el punto de vista jurídico, que se adopte una decisión, para con posterioridad –un mes después- determinar si existe o no motivación suficiente y legítima.**

**PUBLÍQUESE.**

### **ACUERDO 006-047-2010**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTORES EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN.**

Salvamos el voto en el tanto el voto de mayoría, con base en lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 977-DGJR-2010 de 2 de noviembre del 2010, decide conocer y resolver por el fondo el recurso de apelación en subsidio y el incidente de nulidad absoluta interpuesto por la empresa Transportes Pérez González S.A., dejándose de lado que esa misma Dirección emitió también criterio jurídico mediante oficio 650-DGJR-2010 de 3 de agosto del 2010 al resolverse el recurso de revocatoria e incidente de nulidad planteado por la misma empresa, lo cual quebranta el Principio de imparcialidad y objetividad que impera en todo procedimiento administrativo. Estimamos que en vista de tal circunstancia, resulta de aplicación una causal de inhibitoria de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria conforme a lo establecido por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica. Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias - el Director General y una subordinada-, lo cierto es que es la misma Dirección que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables al Director General de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, pues por su posición de jerarquía avala ya sea expresa o implícitamente los criterios de sus subordinados. Toda esta problemática obedece a la errónea decisión de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía. Por ello, disintimos del voto de mayoría y en su lugar, ordenamos enderezar los procedimientos y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure, mediante asesores permanentes e independientes de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad.

La votación del presente acuerdo de conformidad con el artículo 55, inciso a), de la ley 7593 requiere para su validez de por lo menos cuatro votos afirmativos, lo cual no se reflejó en el resultado de la votación. Lo anterior lo hacemos ver a efectos de salvar nuestra responsabilidad por la eventual ejecución de un acto inválido e intrínsecamente ineficaz.

**NOTIFÍQUESE.**

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

### **ACUERDO 001-052-2010**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS ARIAS RODRÍGUEZ Y ECHANDI GURDIÁN**

En cuanto a la investigación preliminar ordenada por la Contraloría General de la República en el oficio DFOE-ED-518, a efecto de determinar las causas que justificaron la prestación de servicios administrativos por parte de la ARESEP a la SUTEL hasta el 25 de setiembre de 2009, disentimos del voto de mayoría por razones de forma y fondo que se procede a detallar.

En cuanto a las razones de forma, consideramos improcedente fundar la investigación preliminar solicitada por el Órgano Contralor, en el documento que consta en los folios 203 a 215 del expediente administrativo OT-098-2010, el cual corresponde a un "borrador de informe", sin número de oficio, sin fecha, sin firmas y sin recibido de ninguna oficina. El "borrador de informe" es una fuente secundaria que carece de eficacia probatoria en tanto no puede ser considerado como un documento público al adolecer de los requisitos básicos que lo identifiquen y responsables que suscriban su contenido.

1. Comunicar a la Contraloría General de la República este acuerdo.

### **ACUERDO 002-052-2010**

**VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS ARIAS RODRÍGUEZ Y ECHANDI GURDIÁN** Nos separamos del voto de mayoría en el tanto el acuerdo tomado es ilegal y por tanto nulo, dado que la ampliación de los plazos que ahí se establecen, no figuraba en el orden del día de la sesión de hoy, ni fue posteriormente incorporado por al menos el voto favorable de cuatro de sus miembros. En el orden del día solamente figuraba el cumplimiento del punto VI del acuerdo 002-039-2010, el cual dispone: "Solicitar a la Administración que, en un plazo de un mes contados a partir de la firmeza de este acuerdo, presente a la Junta Directiva un informe sobre las causas del retraso para implementar las Superintendencias y para que las funciones gerenciales de administración financiera, de servicios generales y de proveeduría institucional establecidas en el artículo 45, 46 y 47 del RIOF, sean asumidas por la Gerencia General.

Adicionalmente, deberá presentar a la Junta Directiva dos planes de acción mediante los cuales, en un plazo no mayor de seis meses, se lleve a cabo la implementación de dichas Superintendencias y la asignación de las funciones gerenciales de administración financiera, de servicios gerenciales y de proveeduría institucional." Como es claro, este punto de orden del día es un informe que relata hechos y planes de acción que no implican, de ninguna forma, un acuerdo de ampliación de los plazos de seis meses establecidos en el acuerdo 002-039-2010.

### **ACUERDO 002-056-2010**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTORES ECHANDI GURDIÁN Y ARIAS RODRÍGUEZ:**

Voto Salvado de los Directivos María Lourdes Echandi Gurdían y Emilio Arias Rodríguez. En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por la funcionaria Sandra Gallegos Ayala, contra la resolución RRG-9086-2008 del 4 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría por cuanto el expediente administrativo OT-128-2009 al momento de ser conocido en Junta posee 38

## **Informe de finalización de Gestión**

### **Emilio Arias Rodríguez**

folios dentro de los cuales no se encuentran los estudios técnicos mencionados en los resultandos II, VIII y IX de la resolución de mayoría.

Tampoco consta en el indicado expediente administrativo el estudio técnico que respalda la reasignación citada en el informe FSC-112-2010, incluido en el considerando primero de la misma resolución de mayoría, que indica que "...actualmente la funcionaria se desempeña como profesional 4, en el cargo coordinador en regulación, vía reasignación". Consideramos que la falta de estos insumos técnicos nos impide formar criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación posterior y así estimar si la recurrente lleva razón o no en sus pretensiones. Por lo tanto se ordena enderezar los procedimientos a la Administración y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 003-056-2010**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTORES ECHANDI GURDIÁN Y ARIAS RODRÍGUEZ:**

Voto Salvado de los Directivos María Lourdes Echandi Gurdían y Emilio Arias Rodríguez En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por la funcionaria Mayela Padilla Conejo, contra la resolución RRG-9116-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría por cuanto el expediente administrativo OT-141-2009 al momento de ser conocido en Junta posee 45 folios dentro de los cuales no se encuentran los estudios técnicos mencionados en los resultandos II, VIII y IX de la resolución de mayoría.

Tampoco consta en el indicado expediente administrativo el estudio técnico que respalda la reasignación citada en el informe FSC-112-2010, incluido en el considerando primero de la misma resolución de mayoría, que indica que "...actualmente la funcionaria se desempeña como profesional 4, en el cargo coordinador en regulación, vía reasignación". Consideramos que la falta de estos insumos técnicos nos impide formar criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación posterior y así estimar si la recurrente lleva razón o no en sus pretensiones. Por lo tanto se ordena enderezar los procedimientos a la Administración y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 005-002-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el funcionario Alexander Araya Marín, contra la resolución RRG -9049-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-118-2009 al momento de ser conocido en Junta posee cincuenta y seis -56- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalda la reasignación citada en el informe FSC- 112-2010, incluido en el considerando primero de la misma resolución de mayoría, que indica que "*Actualmente el funcionario se desempeña como Profesional 1B, en el cargo Gestor Bachiller en Regulación, vía reasignación*". Consideramos que la falta de dicho insumo técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón al recurrente, motivo que además de ser legítimo, "*debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta*

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

*para dictar el acto*". Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 010-002-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el funcionario Eliécer Camacho Céspedes, contra la resolución RRG -9057-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-122-2009 al momento de ser conocido en Junta posee cuarenta y dos -42- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalda la reasignación citada en el informe FSC- 112-2010, incluido en el considerando primero de la misma resolución de mayoría, que indica que *"Actualmente el funcionario se desempeña como Profesional 2, en el cargo Gestor Profesional en Protección al Usuario, vía reasignación"*. Consideramos que la falta de dicho insumo técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón al recurrente, motivo que además de ser legítimo, *"debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto"*. Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 011-002-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el funcionario Franklin Jaubert Elizondo, contra la resolución RRG - 9142-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-101-2009 al momento de ser conocido en Junta posee ochenta y ocho -88- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalde la reasignación a que hace alusión el informe de la Fundación Servicio Civil para la Investigación y Desarrollo de los Recursos Humanos del Estado (FUSCIDERHE), incorporado de forma digital al expediente administrativo por acuerdo de Junta de hoy 17 de enero del 2011, el cual en página sesenta y cinco -65- indica *"Actualmente el funcionario se desempeña como Profesional 2, vía reasignación"*. Consideramos que la falta de dicho estudio técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón al recurrente, motivo que además de ser legítimo, *"debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto"*. Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

### **ACUERDO 013-002-2011**

Declarar sin lugar la nulidad concomitante interpuesta por el funcionario Franklin Jaubert Elizondo, contra la resolución RRG-9142-2008 de las 12:55 horas del 4 de noviembre de 2008.

### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el funcionario Franklin Castro Camacho, contra la resolución RRG -9062-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-127-2009 al momento de ser conocido en Junta posee cuarenta -40- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalda la reasignación citada en el informe FSC- 112-2010, incluido en el considerando primero de la misma resolución de mayoría, que indica que *"Actualmente el funcionario se desempeña como Profesional 2, en el cargo Gestor Profesional en Protección al Usuario, vía reasignación"*. Consideramos que la falta de dicho insumo técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón al recurrente, motivo que además de ser legítimo, *"debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto"*. Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 015-002-2011**

### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por la funcionaria Ileana Bonilla Salas, contra la resolución RRG -9040-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-155-2009 al momento de ser conocido en Junta posee cincuenta y siete -57- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalda la reasignación citada en el informe FSC- 112-2010, incluido en el considerando primero de la misma resolución de mayoría, que indica que *"Recientemente el puesto que desempeña la funcionaria fue reasignado como Profesional 2, según la información brindada por el Departamento de Recursos Humanos"*. Consideramos que la falta de dicho insumo técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón a la recurrente, motivo que además de ser legítimo, *"debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto"*. Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 029-002-2011**

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el funcionario William Cordero Víctor, contra la resolución RRG –9076-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-130-2009 al momento de ser conocido en Junta posee treinta y cuatro -34- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalda la reasignación citada en el informe FSC- 112-2010, incluido en el considerando primero de la misma resolución de mayoría, que indica que *“Actualmente el funcionario se desempeña como Profesional 1, vía reasignación”*, sin embargo en la página noventa y siete -97- del indicado informe consta: *“Por la vía de reasignación, el funcionario actualmente ocupa el puesto de Profesional 2”*. Consideramos que la falta del estudio técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón al recurrente, motivo que además de ser legítimo, *“debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto”*. Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

#### **ACUERDO 031-002-2011**

### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el funcionario Rodolfo González López, contra la resolución RRG –9091-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-125-2009 al momento de ser conocido en Junta posee cuarenta y ocho -48- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalda la reasignación citada en el informe FSC- 112-2010, incluido en el considerando primero de la misma resolución de mayoría, que indica que *“Actualmente el funcionario se desempeña como Profesional 5, vía reasignación”*. Consideramos que la falta de dicho insumo técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón al recurrente, motivo que además de ser legítimo, *“debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto”*. Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

#### **ACUERDO 033-002-2011**

### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el funcionario Sigifredo Hidalgo Herrera, contra la resolución RRG –9097-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-123-2009 al momento de ser conocido en

## **Informe de finalización de Gestión**

### **Emilio Arias Rodríguez**

Junta posee treinta y siete -37- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalda la reasignación citada en el informe FSC- 112-2010, incluido en el considerando primero de la misma resolución de mayoría, que indica que *“Actualmente el funcionario se desempeña como Profesional 3, vía reasignación”*. Consideramos que la falta de dicho insumo técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón al recurrente, motivo que además de ser legítimo, *“debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto”*. Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 038-002-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el funcionario Rodrigo Cárdenas Alfaro, contra la resolución RRG – 9059-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-102-2009 al momento de ser conocido en Junta posee cuarenta y seis -46- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalda la reasignación a que hace alusión el informe de la Fundación Servicio Civil para la Investigación y Desarrollo de los Recursos Humanos del Estado (FUSCIDERHE), incorporado de forma digital al expediente administrativo por acuerdo de Junta de hoy 17 de enero del 2011, el cual en página ciento noventa y seis -196- indica *“Actualmente el funcionario se desempeña como Profesional 3, vía reasignación.”* Consideramos que la falta de dicho estudio técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón al recurrente, motivo que además de ser legítimo, *“debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto”*. Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 041-002-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el funcionario Angelo Cavallini Vargas, contra la resolución RRG-9666-2008 del 2 de abril de 2009, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-093-2009-2009 al momento de ser conocido en Junta posee treinta -30- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalde la reasignación a que hace alusión el informe de la Fundación Servicio Civil para la Investigación y Desarrollo de los Recursos Humanos del Estado (FUSCIDERHE), incorporado de forma digital al expediente administrativo por acuerdo de Junta de hoy 17 de enero del 2011, el cual en página ciento cincuenta -150- indica *“Actualmente el funcionario se desempeña como Profesional 3, vía reasignación”*. Consideramos que la falta de dicho estudio técnico nos impide formarnos el criterio

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón al recurrente, motivo que además de ser legítimo, *"debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto"*. Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 042-002-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por la funcionaria Jovita Oviedo Borbón, contra la resolución RRG -9115-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-145-2009 al momento de ser conocido en Junta posee sesenta y ocho -68- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalda la reasignación citada en el informe FSC- 112-2010, incluido en el considerando primero de la misma resolución de mayoría, que indica que *"Actualmente la funcionaria se desempeña como Profesional 4, en el cargo Coordinador en Investigación y Asesoría Estratégica, vía reasignación"*. Consideramos que la falta de dicho insumo técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón a la recurrente, motivo que además de ser legítimo, *"debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto"*. Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 045-002-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por la funcionaria Patricia Sánchez Carvajal, contra la resolución RRG - 9132-2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-150-2009 al momento de ser conocido en Junta posee ochenta y dos -82- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalde la reasignación a que hace alusión el informe de la Fundación Servicio Civil para la Investigación y Desarrollo de los Recursos Humanos del Estado (FUSCIDERHE), incorporado de forma digital al expediente administrativo por acuerdo de Junta de hoy 17 de enero del 2011, en cual en página ciento diez -110- indica *"Actualmente la funcionaria se desempeña como Profesional 3, vía reasignación"*. Consideramos que la falta de dicho estudio técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón a la recurrente, motivo que además de ser legítimo, *"debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto"*. Por lo tanto, en tanto el expediente

## **Informe de finalización de Gestión**

### **Emilio Arias Rodríguez**

administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 047-002-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

En referencia al Recurso de Apelación interpuesto por el funcionario Jorge Umaña Granera, contra la resolución RRG – 9172 -2008 del 04 de noviembre de 2008, disentimos del voto de mayoría en el tanto el expediente administrativo OT-152-2009 al momento de ser conocido en Junta posee ochenta y seis -86- folios, dentro de los cuales no consta el estudio técnico que respalde la reasignación a que hace alusión el informe de la Fundación Servicio Civil para la Investigación y Desarrollo de los Recursos Humanos del Estado (FUSCIDERHE), incorporado de forma digital al expediente administrativo por acuerdo de Junta de hoy 17 de enero del 2011, el cual en página ciento cinco -105- indica "Actualmente el funcionario se desempeña como Profesional 2, en el cargo Gestor Profesional en Regulación, vía reasignación". Consideramos que la falta de dicho estudio técnico nos impide formarnos el criterio para determinar si existió cambio de funciones que justifique la reasignación y de existir, a partir de qué momento. Se imposibilita, de este modo, determinar si conforme a los términos del artículo 133 párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública, existe un motivo para darle o denegarle la razón al recurrente, motivo que además de ser legítimo, "debe existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto". Por lo tanto, en tanto el expediente administrativo debe reflejar el sustento fáctico y jurídico considerado al momento de la adopción de la resolución que adopte la Administración, se ordena enderezar los procedimientos y completar el expediente administrativo a fin de que conste la información necesaria para resolver por el fondo el recurso planteado.

### **ACUERDO 005-013-2011**

#### **VOTO SALVADO DEL DIRECTOR EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ**

Salvo el voto en el tanto el voto de mayoría, con base en lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficios 1129-DGJR-2010 del 15 de diciembre de 2010, 101-DGJR-2011 de 17 de febrero de 2011, decide conocer y resolver sobre el recurso de apelación contra la resolución RRG-81-2010 del Regulador General, presentado por el señor Edgar Cubero Castro, dejándose de lado que esa misma Dirección de Asesoría Jurídica mediante oficio 304-DGJR-2010 de fecha 22 de abril de 2010 emitió su criterio jurídico sobre el recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por el funcionario Edgar Cubero, lo cual quebranta el Principio de imparcialidad y objetividad que impera en todo procedimiento administrativo. Estimamos que en vista de tal circunstancia, resulta de aplicación una causal de inhibitoria de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria conforme a lo establecido por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica. Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias, lo cierto es que es la misma Dirección que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables al Director General de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, pues por su posición de jerarquía avala ya sea expresa o implícitamente los criterios de sus subordinados. Toda esta problemática obedece a la errónea decisión de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía. Por ello, disento del voto de mayoría y en su lugar, solicito ordenar y enderezar

## **Informe de finalización de Gestión**

### **Emilio Arias Rodríguez**

el procedimiento y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure, mediante asesores permanentes e independientes de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad.

### **ACUERDO 001-015-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTORES EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

Disentimos del voto de mayoría en el tanto consideramos que no podemos votar por quien tiene la mayor puntuación propuesta por el Departamento de Recursos Humanos, como lo hacen los tres miembros de Junta Directiva restantes, o por algún otro de los oferentes, pues parte de la información con que se cuenta para tomar la decisión no es clara, ni fue procesada de forma fiel, adecuada, equitativa y suficiente para elegir. Si bien la información está clara y correcta en cuanto a los requerimientos obligatorios y todos los cumplen de igual forma, lo cierto es que la información que hace diferencia en la puntuación obtenida, es la de los requerimientos preferibles, en los cuales se evidencian problemas de precisión en la invitación al público y luego de procesamiento de información fiel. El problema de precisión se evidencia en el requerimiento de "*60 meses en labores profesionales relacionadas en puestos a nivel profesional relacionados con las áreas que se desempeñan*" el cual al ser muy amplio y poco claro admite una disparidad en los criterios o términos de comparación entre los oferentes. Además se evidencia que el criterio de la "*experiencia en regulación de servicios públicos*" no fue procesado según los términos de la invitación, ni de forma fiel a la realidad para cada uno de los participantes. Todo ello hace que la nota de calificación no refleje la realidad, ni resultados comparables ni equitativos. Por lo tanto para poder elegir de forma no discriminatoria, se ordena a la administración, a la mayor brevedad posible, hacer una nueva convocatoria para el puesto de Secretario interino de Junta Directiva, determinando previamente con claridad los criterios de comparación para el cargo, para que luego sea debidamente procesada la información de forma fiel e idéntica para todos los oferentes.

### **ARTÍCULO 1 32-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTORES EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

Disentimos del voto de mayoría en el tanto consideramos que la propuesta "*Modelo automático de ajuste para el servicios público de transporte remunerado de personas, modalidad autobús*" presentada mediante oficio 474-DITRA-2011/10789 debe ser: 1.- adicionada, aclarada o corregida según las observaciones que se dirán. 1.- Adicionar o anexas a los cuadros 1 y 2, una justificación del por qué el peso de los insumos y del resultado de los coeficientes. Resulta claro que por seguridad jurídica el modelo debe explicarse por sí mismo, los cuadros deben incluir la justificación necesaria para que se comprendan, de lo contrario se podría generar una inconveniente discrecionalidad en la aplicación y falta de motivación. 2.- Aclarar que la encuesta periódica de precio del mercado de los insumos del cuadro 2 está ligada al procedimiento del cálculo contenido en el apartado "*D Modelo Automático Propuesto*". 3.- Aclarar la diferencia del modelo automático de ajuste propuesto con el modelo ordinario actual. 4.-Aclarar si tanto el procedimiento de fijación extraordinaria de tarifas como el modelo automático de ajuste, deben ir a audiencia pública a fin de cumplir con la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional. 5- Corregir la incorrecta definición de caso fortuito en el título "*C. Marco*"

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

*Legal*". 6.- Aclarar en el apartado "D. Modelo Automático Propuesto" que la configuración de los tres elementos básicos es en los costos y si dichos elementos deben ser simultáneos o no. 7.- Aclarar en el texto si los gastos administrativos y los salarios son imprevisibles y por tanto forman parte de un modelo automático de ajuste extraordinario. II.-Adicionalmente, se presentaron tres circunstancias fuera de nuestro control. 1. Mediante oficio 480-DITRA-2011 del 16 de mayo del 2011, nos fue entregada una "adenda" a la citada propuesta en la misma sesión que se votó, la cual no tuvimos la oportunidad de leer y evaluar con el debido rigor. 3. Hasta el momento de la votación se entregó la propuesta de acuerdo, a pesar de haberse solicitado con quince días de antelación por la complejidad y seriedad de la parte considerativa, siendo imposible evaluarla con el debido rigor 2.- Desde el 9 de octubre del 2010 esta Junta Directiva, por decisiones no atribuibles a nosotros dos, carece de una asesoría técnica y jurídica independiente del resto de los órganos de la administración, lo cual limita la verificación por parte de este órgano colegiado de la conformidad de la propuesta de la Administración con la respectiva normativa y reglas de la técnica.

### **ARTÍCULO 2 38-2011**

#### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

Expediente OT-008-2009. "*Recurso de apelación con nulidad concomitante, caducidad del proceso, caducidad de la acción sancionatoria y falta de competencia*" interpuesto por la empresa Alfaro Limitada en contra la resolución del Comité de Regulación No. 372-RCR-2011 de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011.

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, nos separamos del voto -resolución- de mayoría y conforme a lo dispuesto por los artículos 67.1; 102.d), 174.1 y 180 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad de la resolución venida en alzada, en vista de la infracción sustancial relativa al sujeto (existencia y competencia del órgano que adopta el acto) que media en la conducta impugnada, así como del Transitorio II del Reglamento Interno de Organización y Funciones de esta entidad -RIOF-, este último, en tanto se encuentra viciado de legalidad y constitucionalidad. La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de dictado de la resolución venida en alzada y del Transitorio II del RIOF. En vista de la anulación de dicho Transitorio, corresponde al Regulador General asumir las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación desde la fecha de su creación y hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

La presente resolución se dicta al conocer esta Junta Directiva, el "*recurso de apelación con nulidad concomitante, caducidad del proceso, caducidad de la acción sancionatoria y falta de competencia*" interpuesto por la empresa Alfaro Limitada contra la resolución del

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

Comité de Regulación No. 372-RCR-2011 de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011, la cual dispuso:

*“EL COMITÉ DE REGULACION*

*RESUELVE:*

*I. (...)*

*II. Revocar la concesión otorgada a la empresa Alfaro Limitada para la ruta 503 (...);*

*III. Imponer a la Empresa Alfaro Limitada, concesionaria de la ruta 1502, una multa de ₡5.086.000.00 (cinco millones ochenta y seis mil colones exactos), correspondiente a veinte salarios base, por prestación no autorizada del servicio de transporte público modalidad autobús, en razón de dar dicho servicio sin contar con el debido refrendo de por parte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.*

*IV. (...)*

*V. (...)”*

Estimamos que la aludida irregularidad del órgano que ha dictado la resolución recurrida – Comité de Regulación–, obedece a vicios de constitucionalidad y legalidad de la norma transitoria que lo ha creado según será expuesto en detalle de seguido.

### **I.- SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD**

#### **1.- Sobre el Comité de Regulación**

En cuanto a la creación y atribuciones de ese órgano, como directores de la entidad hemos manifestado que a nuestro criterio las atribuciones asignadas a dicho comité deben ser asumidas por el Regulador General en vista de diversas consideraciones jurídicas que pasamos a exponer.

El Comité de Regulación es un órgano interno que no ha sido creado mediante ley, es decir, no es un órgano externo que pueda ejercer potestades de imperio, como sí es el caso del Regulador General.

En vista de esa naturaleza jurídica del Comité de Regulación, estimamos que no puede asignársele atribuciones cuyo ejercicio repercuta de forma directa en la esfera de los ciudadanos (potestades de imperio). Así se deriva del Principio General de Libertad y por ende de la exclusiva competencia de la Asamblea Legislativa para regular la vida externa de la Administración frente a los derechos del particular, según el contenido de los artículos 28 y 120 inciso 20) de la Constitución Política.

La Doctrina ha señalado de modo claro y pacífico al respecto que *“la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley -artículo 120, inciso 20) de la Constitución Política-.”* JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

Administrativo. En el mismo sentido véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo.

De este modo, estimamos que conforme a los límites constitucionales antes referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización tal y como ha sucedido en la especie. En efecto, si se le asigna a un órgano interno potestades de imperio vía reglamento autónomo de organización, en realidad se crea un órgano externo obviando la reserva legal que establece la Constitución Política en la aludida norma y se legisla *ex novo*.

Como resulta obvio, estas consideraciones en nada se relacionan con la idoneidad de los funcionarios que integran o han integrado dicho Comité de Regulación.

No obstante, no debe dejarse de lado que, precisamente por el impacto que tienen las decisiones de los órganos externos de la ARESEP sobre la esfera de los particulares, los nombramientos de los funcionarios con competencias externas y que asumen la jerarquía de la institución, han de ser ratificados por la Asamblea Legislativa con el propósito de brindarle a sus decisiones legitimidad democrática, todo lo cual, como es claro, no sucede en el caso de los funcionarios que integran el Comité de regulación en tanto son designados por el Regulador General a su entera discreción.

Esta problemática, hay que decirlo, se produce también en el caso de las pretendidas superintendencias de agua, energía y transportes –denominación por demás inadecuada y que conduce a la confusión en torno a su verdadera naturaleza jurídica–, las cuales son órganos internos creados por un reglamento autónomo de organización, como es el RIOF, a los cuales les fueron asignadas, por esa vía, potestades de imperio como las de definir tarifas en los servicios públicos de su respectivo ramo, sin el soporte legal exigido por el bloque de constitucionalidad.

## **2.- Sobre el examen parcial de la Procuraduría y del Tribunal Contencioso Administrativo**

### **A.- Sobre la opinión jurídica OJ-094-2009 de 9 de octubre del 2009 de la PGR**

La Procuraduría General de la República emitió una opinión jurídica con relación al tema que se viene de exponer –con referencia a las superintendencias–, en donde desarrolla una tesis contraria a la de los suscritos directores. Se trata, con todo, de una mera opinión jurídica, no así un dictamen, por lo cual no tiene efectos vinculantes conforme lo aclara, en su apartado I, la misma opinión jurídica OJ-94-2009.

Aún no siendo vinculante tal criterio, es preciso examinar las razones por las cuales no se comparte la conclusión de dicho órgano consultivo.

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

En la referida opinión, la Procuraduría admite que según el artículo 45 de la Ley de la ARESEP, la entidad está conformada, **únicamente**, por cuatro órganos externos, a saber:

- a) Junta Directiva.
- b) Un regulador general y un regulador general adjunto.
- c) Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel).
- d) La Auditoría Interna.

De este modo, se indica que cualquier otro órgano que no esté comprendido en el citado artículo 45, debe ser considerado como un órgano interno.

Se señala además que el inciso l) del artículo 53 de la Ley de la ARESEP reconoce la potestad de auto organización de la entidad, la cual debe ser ejercida por la Junta Directiva en ejercicio de la cual, no hay posibilidad de crear órganos externos por ser esa facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa.

Textualmente, se indica:

*“La competencia de la Junta Directiva está referida a la creación de órganos internos, sin que le haya sido atribuida una competencia para crear órganos externos. Por consiguiente, la Junta Directiva debe limitarse a asignar las funciones a los distintos órganos internos que cree, sin crear ni transferir potestades de imperio.”*

Además, al referirse a las funciones de las superintendencias creadas por el RIOF, se reconoce que algunas de ellas *“...implican poderes de imperio. Potestades, entonces, que sólo pueden ser atribuidas por ley.”*

Sin embargo, la Procuraduría concluye que dado que las superintendencias no son órganos de desconcentración máxima, se les ha asignado, no transferido, competencias a las superintendencias, por lo que estima jurídicamente correcto tal proceder.

Como se puede observar, el razonamiento seguido por la Procuraduría para calificar como regular la creación de las superintendencias y la atribución de funciones que se dispone en el RIOF en su favor, se centra en el hecho de que no se trata de órganos desconcentrados, caso en el cual reconoce la exigencia de una disposición legal que los conforme. Se deja de lado, sin embargo, el hecho de que indistintamente de que se trate de órganos desconcentrados o no, lo cierto es que el ejercicio de potestades de imperio, como se reconoce que lo son algunas de las atribuidas a las superintendencias, sólo cabe que lo hagan órganos externos creados por el legislador, no así por parte de meros órganos internos creados por la propia administración mediante un reglamento interno de organización como es el RIOF, todo lo cual disponen los artículos 28 y 120 inciso 20) de la Constitución Política. Como se ha visto, en su opinión, la Procuraduría admite que los únicos órganos externos son los antes referidos, no así las superintendencias.

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

Así las cosas, en tanto evade o ignora en su razonamiento jurídico la restricción constitucional antes referida, no podemos compartir el criterio referido, el cual, en todo caso, no posee carácter vinculante como se ha visto.

### **B.- Sobre la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial aludida**

Una vez examinada la sentencia No. 3929-2010 de las 16:00 horas del 20 de octubre de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial, es posible concluir que en dicho fallo se sigue el mismo razonamiento que la Procuraduría General de la República expuso en la referida opinión jurídica.

Como se puede comprobar, este fallo, tal y como se hizo ver en las sesiones No. 18 y 21 del 2011 de esta Junta Directiva, tampoco analiza los límites constitucionales antes evaluados, a saber, la imposibilidad de atribuir potestades externas a entes internos, aspecto que queda reservado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 10 de la Carta Política.

En suma, en efecto, al igual que en el caso de la Procuraduría General de la República, no se consideran en el fallo en comentario, los límites constitucionales de los Reglamentos autónomos de organización.

Debe reiterarse que conforme a los límites constitucionales referidos, a los órganos internos no puede asignárseles potestades de imperio vía reglamento interno de organización, en tanto ello quebranta la reserva legal que establece la Constitución Política en la materia.

De este modo, en tanto los efectos de este fallo se reducen al debate de mera legalidad – artículo 49 constitucional-, no encontramos en este pronunciamiento límite alguno para resolver en los términos en que lo hacemos.

Por otra parte, como se expondrá de seguido, en el fallo no se examina el quebranto que estimamos se causa con el Transitorio II del RIOF al artículo 37 de la Ley de la ARESEP.

### **II.-Sobre la ilegalidad: violación del artículo 37 de la Ley de la ARESEP, reformado mediante la Ley No. 8660 por falta de aplicación**

A mayor abundamiento, debemos señalar, como se ha hecho ya en deliberaciones anteriores de esta Junta Directiva, que en el citado proceso contencioso administrativo no se examinó un aspecto de medular importancia para verificar la ilegalidad de la creación del referido Comité.

Efectivamente, a nuestro juicio, las disposiciones reglamentarias que crean el Comité de Regulación son ilegales en tanto violan el artículo 37 de la Ley de la ARESEP por falta de aplicación, tal y como lo vamos a exponer de seguido.

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

Estimamos que aún considerando la reforma del artículo 37 de la ley de la ARESEP operada mediante el artículo 41 aparte g) de la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008, no es posible calificar como legítima la creación de ese Comité.

En efecto, dicha norma dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

*“ Artículo 37.-Plazo para fijar precios y tarifas*

*La Autoridad Reguladora resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, en un plazo que no podrá exceder de treinta (30) días naturales posteriores a la fecha de la celebración de la audiencia. Si, pasado ese término, quien, de conformidad con esta Ley, deba resolver, no ha tomado la decisión correspondiente, será sancionado por el regulador general de la Autoridad Reguladora, con suspensión del cargo hasta por treinta (30) días. La suspensión dos veces o más en un mismo año calendario, se considerará falta grave y constituirá causal de despido sin responsabilidad patronal.”*

Como se puede comprobar, sin duda, el propio legislador dejó en claro que según su entendimiento, **es la Ley** a quien corresponde atribuir la potestad de resolver en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas, no así a un mero reglamento interno de organización como el RIOF.

Ciertamente, si bien el legislador con la reforma al artículo 37 de la No. 7593 de 9 de agosto de 1996, mediante la Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008 da por supuesto que estableció el órgano externo competente que *“resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas”*, lo cierto es que no lo hizo. Es decir, existe una laguna normativa en la asignación del órgano externo que debe asumir esa tarea.

Ante tal vacío, lejos de optarse, como se ha hecho de modo ilegítimo, a integrar el Ordenamiento mediante una disposición reglamentaria de corte orgánico, lo pertinente es acudir a las reglas establecidas en el artículo 62 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone:

*“Artículo 62.-*

*Cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente u órgano compuesto por varias oficinas, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar, y, si no la hay, la de grado superior, o la que ésta disponga.”*

De este modo, para definir el órgano que debe asumir la función de fijar o cambiar tarifas e imponer sanciones rescisorias y económicas a los sujetos regulados, deberá examinarse cuál de los órganos **externos** de la ARESEP, es decir los establecidos en el artículo 45 de su ley, tienen una función más similar, quedando excluidos en la elección los órganos internos por las razones ya aludidas.

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

Es claro, a nuestro juicio, que el órgano externo de la ARESEP con funciones más similares al ilegítimo Comité de Regulación y a las ilegítimas superintendencias de agua, energía y transportes, es el regulador general, por lo que corresponde a éste, como históricamente ha sucedido, ejercer tales facultades hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

Por tanto, consideramos que el Comité de Regulación es incompetente para ejercer potestades de imperio tales como las que ejerce mediante la resolución No. 372-RCR-2011 de las 15:15 horas del 21 de marzo del 2011 que revoca la concesión otorgada e impone una sanción económica (multa).

### **POR TANTO:**

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, nos separamos del voto -resolución- de mayoría y conforme a lo dispuesto por los artículos 67.1; 102.d), 174.1 y 180 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad de la resolución venida en alzada, en vista de la infracción sustancial relativa al sujeto (existencia y competencia del órgano que adopta el acto) que media en la conducta impugnada, así como del Transitorio II del Reglamento Interno de Organización y Funciones de esta entidad -RIOF-, este último, en tanto se encuentra viciado de legalidad y constitucionalidad. La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de dictado de la resolución venida en alzada y del Transitorio II del RIOF. En vista de la anulación de dicho Transitorio, corresponde al Regulador General asumir las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación desde la fecha de su creación y hasta tanto el legislador no disponga lo contrario.

El presente voto salvado -resolución de minoría- deberá ser debidamente comunicado junto con la resolución de mayoría, según lo establecido en el artículo 57 de la Ley General de la Administración Pública.-

**ACUERDO 03-50-2011**

### **VOTO SALVADO DEL DIRECTOR EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ**

Expediente OT-029-2011 Metodología Tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas, oficio 417 RG -2011 del 5 de agosto de 2011.

Con fundamento en mi juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, disiento del voto de mayoría en el tanto la propuesta denominada "Metodología Tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas", considero debe ser adicionada, aclarada o corregida, de conformidad con las observaciones que noto a continuación:

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

Primero: Dentro de las competencias de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) en materia de concesiones y tarifas con respecto a los generadores privados, no es jurídicamente aceptable asumir que el Instituto Costarricense de Electricidad realice subastas o concursos, para decidir a cual empresa le compra energía, además la potestad tarifaria, es una potestad de imperio, que no puede ser delegada y está asignada por ley a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por lo que la justificación de la propuesta de establecimiento del sistema de Bandas Tarifarias, que presenta el Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR), carece de sustento jurídico. En el informe se señala que existe un poder monopsonico por parte del ICE, en el mercado de compra de energía que autoriza el capítulo I de la Ley 7200, lo que es cierto; (ver página 21 del 113-CDR-2011), señala el informe que las tarifas tope que se incluyeron dentro de la propuesta original sometida a audiencia pública, tiene el inconveniente que no se establece límite inferior, por lo que el ICE haría uso de ese poder, y por lo tanto para solucionar ese problema se propone las bandas. No obstante a criterio del suscrito directivo, la propuesta de bandas tarifarias tampoco solventa la problemática señalada. En las condiciones actuales, donde aún no ha sido aprobada una Ley General de Electricidad, y no existe un mercado en competencia, se debe establecer una tarifa puntual sujeta a revisión para los generadores privados que vendan la energía al ICE al amparo del capítulo primero de la Ley 7200.

Segundo: Los precios de venta de la energía al ICE que autoriza la ley 7200, deben cumplir con lo establecido en los artículos 3 y 31 de la Ley 7593, en concordancia con el artículo 17 de la ley 8723, Ley Marco de Concesión para el aprovechamiento de las fuerzas hidráulicas para la generación hidroeléctrica que rezan:

“Artículo 3.- Definiciones Para efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

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

b) Servicio al costo. Principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31.

c) Prestador de servicio público. Sujeto público o privado que presta servicios públicos por concesión, permiso o ley. (Así reformado por artículo 41, inciso a) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).

d) Evaluación de impacto ambiental. Estudio científico-técnico, realizado por profesionales en la materia, que permite identificar y predecir los efectos que producirá un proyecto específico sobre el ambiente, cuantificándolo y ponderándolo, para plantear una recomendación.”

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

“Artículo 31.d En este último caso, se procurará fomentar la pequeña y la mediana empresa. Si existe imposibilidad comprobada para aplicar este procedimiento, se considerará la situación particular de cada empresa.

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

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

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

a) Garantizar el equilibrio financiero.

b) El reconocimiento de los esquemas de costos de los distintos mecanismos de contratación de financiamiento de proyectos, sus formas especiales de pago y sus costos efectivos; entre ellos, pero no limitados a esquemas tipo B: (construya y opere, o construya, opere y transfiera, BOO), así como arrendamientos operativos y/o arrendamientos financieros y cualesquiera otros que sean reglamentados.

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

(Así reformado, todo el artículo, por el artículo 41, inciso g) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el

Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008).”

### “ARTÍCULO 17.- Tarifas de electricidad

La regulación en cuanto al servicio público y las tarifas de venta de electricidad al ICE, que se aprueben para las empresas que tengan concesiones para el aprovechamiento de las fuerzas hidráulicas para la generación hidroeléctrica al amparo de esta Ley, se establecerán de acuerdo con los principios, los criterios y las normas de la Ley N. ° 7593, en particular los preceptos de servicio al costo y de fijación de precios y tarifas contenidos en los artículos 3 y 31, respectivamente. El criterio de costo evitado no podrá ser utilizado, bajo ninguna circunstancia, en la fijación de los precios y las tarifas para la venta de energía al ICE u otros distribuidores autorizados por ley. Esta norma prevalece sobre cualquier otra que se le anteponga en esta materia. Queda exceptuado de los alcances de este artículo, el capítulo II de la Ley N. ° 7200.”

De la lectura y análisis de estos artículos, se deduce que el denominado factor ambiental, es un imperativo, existe la obligación de incluirlo, dentro de la metodología propuesta. Este factor es uno de los elementos centrales para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos. La metodología refiere la inclusión del factor (fa) con un valor de cero porque no se calculó, al respecto señalo que se debe posponer el conocimiento de esta propuesta

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

metodológica, hasta que esté completa, no puede ser que se relegue este factor, y se deje de considerar indefinidamente, hasta tanto no se apruebe una nueva metodología que lo defina. Específicamente dentro del punto 5.2.12 denominado Promoción de la inversión privada en generación hidroeléctrica, en el punto b), se indica textualmente: " abrir la posibilidad de incluir en la tarifa un componente ambiental, cuyo diseño será sometido a audiencia a corto plazo" De esto se desprende que efectivamente estamos frente a una posibilidad que queda indefinida en el tiempo, máxime considerando el histórico de tiempo que conlleva la tramitación de una metodología a nivel institucional. Adicionalmente es importante cuestionarse el costo económico y humano que representa.

Por otro lado, en la página 22 del documento entregado mediante oficio 122- CDR -2011 / 65718, que es el que fue sometido a consideración de Junta Directiva, se señala que..." la ARESEP está de acuerdo con establecer un factor de costo ambiental...", Nuevamente a criterio de este directivo, no es que está de acuerdo, es que el artículo 31 de la Ley 7593 la obliga a incluirlo dentro de la metodología.

Tercero: Al momento de someterse a votación la "Metodología Tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas", oficio 417 RG -2011 del 5 de agosto de 2011, este directivo no ha recibido la información solicitada en la sesión 46 -2011 del 20 de julio de 2011, sesión donde se presentaron las propuestas de la Dirección de Servicios de Energía y el Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR), la cual es de vital importancia para resolver. No obstante, cabe señalar que de manera informal, en el transcurso de esta sesión, tuve a la vista el oficio DEN 2011/ 17963, del 22 de julio de 2011, mediante el cual la Dirección de Servicios de Energía, le entrega a esta junta la información solicitada por este directivo, sin embargo, la misma no me fue entregada en tiempo, lo que evidencia una vez más el ocultamiento de información a este directivo, lo que me impide resolver con la información completa y certera.

Cuarto: Actualmente la Junta Directiva de la ARESEP, por decisiones no atribuibles a este directivo, ni a la directora Echandi Gurdían, carece de una asesoría técnica y jurídica independiente del resto de los órganos de la administración, situación que se da a partir del 9 de octubre del 2010. Esto limita la verificación por parte de este órgano colegiado de la conformidad de la propuesta de la Administración con la respectiva normativa y reglas de la técnica, lo que fundamento, de conformidad con el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos y el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración. Ver votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional. Es claro que en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que emana del artículo dos constitucional en concordancia con el artículo 230 y siguientes de la Ley General de Administración Pública.

**ACUERDO 05-55-2011**

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

### **VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

*Salvamos el voto en el tanto la resolución de mayoría de la Junta Directiva decidió conocer y resolver, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por Minor Solano Valerín, en contra del auto de inicio del procedimiento de la Dirección de Protección al Usuario de 3 de mayo del 2007, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 424-DGJR-2011 de 29 de julio del 2011.*

*Estimamos que se deja de lado, mediante esa decisión, que esa misma Dirección –unidad u órgano administrativo interno de naturaleza consultiva- emitió también el criterio jurídico considerado al resolverse el recurso de revocatoria planteado por la misma empresa en contra del acto final que impugna, tal y como consta en el oficio 389-DGJR-2010 de 7 de mayo del 2010, lo cual veda la posibilidad de que esta Junta Directiva cuente con un criterio jurídico y técnico ajeno a las conductas que se revisan en esta superior jerarquía.*

*Consideramos que conforme a las reglas de control interno, debe evitarse la concentración del ejercicio de funciones incompatibles, de modo tal que una persona o unidad no tenga el control por la totalidad de determinadas labores.*

*Además, estimamos que la aludida concentración de funciones de asesoría jurídica y regulatoria en las dos instancias, quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad que impera en todo procedimiento administrativo, así como el deber que tiene la Administración de "...actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado" (GONZÁLEZ PÉREZ Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO Francisco, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), toda vez que involucra al mismo órgano consultivo en la fase de resolución del recurso de revocatoria, así como el de apelación.*

*De esta forma, a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria –como unidad u órgano- le alcanza la causal de inhibitoria establecida por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica.*

*Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias –el Director General y sus subordinados-, lo cierto es que es la misma Dirección la que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables a la Dirección como órgano dada la naturaleza y fin de la causal bajo examen, así como también y en específico a su Director General, pues por su posición de jerarquía avala, ya sea expresa o implícitamente, los criterios de sus subordinados.*

*Como lo hemos señalado de modo reiterado, toda esta problemática obedece a la errónea decisión, incorporada en los artículos 46 y 47 del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP), de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía.*

*Precisamente por esa situación, en cuatro oportunidades he mocionado, junto con el Directivo Arias, aún sin éxito, para reponer a esta Junta Directiva la asesoría jurídica y regulatoria independiente que tuvo por muchos años. En efecto, así sucedió en la sesión 38-2010 del 29 de setiembre del 2010, la segunda en la sesión 49-2010 del 10 de noviembre del*

## **Informe de finalización de Gestión**

### **Emilio Arias Rodríguez**

2010, la tercera en la sesión 39-2011 del 15 de junio del 2011 y la cuarta en las sesiones 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

Cabe destacar, a mayor abundamiento, que la tesis que hemos reiterado en diversas ocasiones, el Directivo Arias y yo, fue recientemente confirmada por el Dr. Rubén Hernández Valle en un dictamen jurídico rendido a esta institución, el cual indicó:

#### **"A.- El contenido del deber de imparcialidad de los funcionarios públicos**

1.- Tanto la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, la cual tiene rango de ley de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGAP, como la jurisprudencia constitucional han desarrollado con algún detalle el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, así como el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración, que deriva directamente de la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Entre otros, Votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional).

2.- Este derecho a la imparcialidad se configura como el deber de los funcionarios públicos de participar en la resolución de un asunto, directa o indirectamente, cuando previamente ha emitido criterio sobre el asunto (Dictamen número C-302-2009 PGR).

3.- En un dictamen posterior, la PGR estableció claramente que "Ciertamente, en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que dimana del artículo 11 de la Constitución Política y complementado por los numerales 230 y siguientes de la LGAP" (Dictamen número C-106-2010).

4.- Por ello, la imparcialidad del funcionario público se ve afectada cuando el interesado interpone recursos administrativos con el objeto de que otra instancia conozca del asunto y el funcionario ha emitido previamente criterio sobre el punto objeto de discusión. Lógicamente este principio no se aplica en los casos de recursos de reposición en cuya esencia va el ser conocido por el jerarca que emitió el acto impugnado.

#### **B.- el artículo 46 del RIOF de la ARESEP**

1.- La norma en examen le otorga la competencia a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de asesorar, emitir opiniones y criterios para la Junta Directiva, el Regulador General y el Gerente General.

2.- Esta norma viola el principio de imparcialidad, dado que permite que abogados de esa Dirección emitan criterios jurídicos en dos instancias diferentes.

En efecto, la Dirección está obligada a verter criterios primero en asuntos que conozca en primera instancia el Gerente General o el Regulador General y luego, a emitirlos de nuevo, cuando se conozcan en alzada en Junta Directiva. Esta participación de la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria en dos instancias diferentes viola el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, el cual es aplicable, como ha indicado la jurisprudencia administrativa de la PGR, a los asesores legales.

3.- La solución consistiría en crear una asesoría legal independiente para la Junta Directiva."

## **Informe de finalización de Gestión**

### **Emilio Arias Rodríguez**

*En ese sentido, se debe indicar que frente a vicios de nulidad absoluta, como es una inconstitucionalidad, es deber de la Administración proceder a su anulación, aún así sea de oficio –art. 174 LGAP-. De lo contrario, se incurre en responsabilidad por la ejecución de actos absolutamente nulos, así como, de modo personal, los funcionarios que participen en su ejecución - arts. 169 y 170 LGAP-.*

*En virtud de todo lo expuesto, consideramos que lo procedente es:*

*a) anular por inconstitucional: La mención que se hace de la Junta Directiva en el artículo 46 y en los incisos 1.a), 1.c), 1d) y 3.a) del artículo 47 del RIOF como uno de los órganos a los cuales presta asesoría la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, lo cual quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.*

*Los incisos 1.b) y 1.e) incluidos en el artículo 47 del RIOF en tanto resultan violatorios del Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.*

*b) en su lugar reformar el artículo 12 del RIOF, para que en adelante indique:*

*“Artículo 12. —Apoyo de Junta Directiva.*

*1.- La Junta Directiva tendrá como área de apoyo a su gestión la Secretaría de Junta Directiva.*

*2.- Además de los asesores que considere necesarios para su desempeño, contará con una Asesoría Jurídica y una Asesoría Regulatoria permanente e independiente del resto de órganos de la administración cuyas funciones serán:*

*a.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de primera instancia que deba conocer la Junta Directiva.*

*b.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de segunda instancia que deba conocer la Junta Directiva.*

*c.- Atender las consultas jurídicas o técnicas regulatorias que le formulen la Junta Directiva o cualquiera de sus miembros.*

*d.- Apoyar en la atención de las consultas jurídicas y regulatorias planteadas por terceros a la Junta Directiva.*

*e.- Asesorar en materia jurídica y regulatoria a la Junta Directiva sobre los aspectos formales de los proyectos de resolución que esta deba emitir.*

*f.- En general, prestar apoyo técnico a la Junta Directiva y sus integrantes, para el mejor desempeño de sus funciones.”*

*c) ordenar enderezar los procedimientos y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure a esta Junta Directiva, mediante asesores permanentes e independientes del resto de la Administración, la recomendación respectiva para la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad.*

**ACUERDO 04-57-2011**

**VOTO SALVADO DE LOS DIRECTIVOS  
EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN**

Nos separamos del voto de mayoría y votamos en contra al considerar que se debe suspender este procedimiento hasta tanto se proceda a anular las normas del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP) que corresponda y se aprueben las normas que se requieran para solventar los vacíos que dicha anulación genera, según procede conforme al dictamen de la Procuraduría General de la República C-217-2011 de 8 de setiembre del 2011, en tanto en esa normativa se le atribuye a las Superintendencias y al Comité de Regulación, potestades que no es legalmente posible atribuirles, concretamente, la de revocar concesiones de servicio público y la de imponer multas, que son potestades que le corresponde ejercer, en su orden, a la Junta Directiva y al Regulador General respectivamente.

Lo anterior con fundamento en que:

1. La Procuraduría General de la República considera, en el indicado dictamen C-217-2011, que la revocatoria de la concesión de servicio público es una potestad indelegable de la Junta Directiva de la ARESEP y la imposición de multas es competencia del Regulador General;
2. Tales potestades están atribuidas en el Transitorio II inciso c) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP (RIOF) al Comité de Regulación y a las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte en los incisos relacionados de los artículos 34, 36 y 38 del RIOF respectivamente.
3. Si no se suspende este procedimiento se está aprobando un perfil conforme a la normativa que está vigente y que según el dictamen C-217-2011 de la Procuraduría General de la República es ilegal.
4. La no suspensión implica dar un paso en falso sin tener las bases iniciales firmes.

A todo esto cabe agregar que conforme al Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus Órganos Desconcentrados y sus Funcionarios, en su artículo 3 dispone:

***“Concurso: Proceso en el que participan candidatos internos y externos a la institución para llenar una plaza vacante, acorde con los perfiles del puesto y las necesidades específicas señaladas en el Manual de actividades ocupacionales y el Manual descriptivo de puestos.***

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

*Puesto: Conjunto de deberes y responsabilidades asignadas por una autoridad competente, para que sean atendidos por un (una) funcionario(a) durante la totalidad o una parte de la jornada de trabajo.”*

Como se observa, el inicio de un concurso para llenar una plaza, está indisolublemente ligado al perfil del correspondiente puesto, como es lógico que suceda.

Además, ese perfil ha de responder a los alcances del puesto que se desempeñará por parte del candidato elegido.

En este caso, por las razones apuntadas, nos encontramos ante una situación en donde el alcance del puesto a desempeñar está en entredicho, en tanto actualmente las normas orgánicas que lo rigen, presentan disposiciones que un dictamen vinculante para esta Institución, señalan como ilegales.

De este modo, ignorar la situación expuesta, implica, una vez más, que la superior jerarquía de la Autoridad tome decisiones apresurados y que no responden a una adecuada planificación y a una comprobada pertinencia jurídica, tal y como quedó en evidencia en el estudio contratado a la firma Deloitte & Touche, expuesto muy recientemente en la sesión 56-2011 de 7 de setiembre del 2011.

### **ACUERDO 03-61-2011**

#### **VOTO SALVADO DIRECTORES EMILIO ARIAS RODRIGUEZ Y MARIA LOURDES ECHANDI GURDIAN**

Nos separamos del criterio de mayoría pues tal y como lo hemos indicado en las sesiones de Junta Directiva 05-2011 del 26 enero 2011, 25-2011 del 12 abril 2011, 26-2011 del 14 de abril 2011, 37-2011 del 8 junio 2011, 40-2011 del 17 junio 2011 y 59-2001 del 19 setiembre 2011, las directrices del Poder Ejecutivo 012-H-MTSS de 25 de enero del 2011 publicada el 4 de febrero del 2011 y la 013-H del 16 de febrero del 2011, publicada el 4 de marzo del 2011 deben ser acatadas por la ARESEP.

De seguido expondremos nuestra postura en relación con las plazas nuevas que se pretende crear en el presupuesto 2012 de la ARESEP.

#### **I. La directriz No. 013-H es aplicable a la ARESEP, salvo decisión jurisdiccional en contrario**

La directriz es una medida de dirección reconocida al Poder Ejecutivo por la Constitución Política cuyos efectos jurídicos pueden alcanzar a entidades autónomas conforme lo establece el artículo 98.1 de la Ley General de la Administración Pública –LGAP- que

## **Informe de finalización de Gestión**

### **Emilio Arias Rodríguez**

atribuye a aquél órgano la potestad de remover y sustituir a los directores de instituciones autónomas que desobedezcan las directrices impartidas, potestad conteste con la atribuida a la Presidencia de la República y al Poder Ejecutivo, respectivamente, por los artículos 26 inciso b) y 27 párrafo 1 de la misma Ley.

Según la primera norma, es atribución de la Presidencia de la República *“dirigir y coordinar las tareas de Gobierno y de la Administración Pública central en su conjunto, y hacer lo propio con la Administración Pública descentralizada”*. Por su parte, corresponderá al Poder Ejecutivo *“...dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo”*.

En ejercicio de tal potestad, el Poder Ejecutivo emitió la Directriz No. 013-H publicada en el Diario Oficial La Gaceta alcance No.45 del 4 de marzo del 2011, mediante la cual, en su artículo 1, dispone que a partir de la publicación de dicha directriz, esto es, a partir del pasado 4 de marzo, *“...no se crearán plazas en el Sector Público”*. De tal medida, según el mismo artículo, tan sólo quedan exceptuadas *“... las plazas de carácter policial de los diferentes cuerpos cubiertos por el Estatuto Policial”*, así como, una serie de *“...entidades públicas”* enumeradas por el artículo 9 de la misma directriz, dentro de las cuales no se encuentra ARESEP.

A pedido del Regulador General, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria se pronunció en torno a si tal directriz resulta o no vinculante para la ARESEP mediante el oficio 195-DGJR-2011 de 08 de abril de 2011. Se trata de un dictamen que viene precedido por la anuencia del Director de esa oficina, es decir, el mismo que asesora a esta Junta Directiva. El citado oficio concluye que la aludida directriz *“... no resulta de acatamiento obligatorio para la Autoridad Reguladora, ya que cercenaría las competencias asignadas por una norma jurídica de rango superior (Ley 7593) a la Junta Directiva”*. Por otra parte, se entiende que *“En cuanto a directrices que ordenan reducir el gasto público, consideramos que tampoco serían de aplicación en la Autoridad Reguladora, ya que violentarían su autonomía financiera, considerando que nuestra fuente de financiamiento proviene principalmente de los cánones de regulación que se cobran por los servicios que regulamos”*.

Las conclusiones de dicho oficio, que posee la condición de dictamen facultativo y no vinculante –art. 303 de la LGAP-, no pueden ser compartidas por las razones que pasamos a exponer.

En su oportunidad, esta misma Autoridad consultó a la Procuraduría General de la República si en vista de que el artículo 1 de la ley de creación de la ARESEP dispone que esta institución *“no se sujetará a los lineamientos del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de las atribuciones que se le otorgan en esta ley”*, cabía concluir que las directrices del Poder Ejecutivo no podía ser aplicables para esta autoridad.

## Informe de finalización de Gestión

**Emilio Arias Rodríguez**

Al resolver la consulta, la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-102-2006 de 7 de marzo de 2006, el cual sí es vinculante para la ARESEP por ser la entidad consultante –art. 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley 6815 del 27 de setiembre del 1982- y especialmente para esta Junta Directiva dada su condición de superior jerarca, dispuso, lo siguiente:

*“Como institución autónoma la ARESEP goza del régimen de autonomía previsto en el artículo 188 de la Constitución Política. Pero a diferencia de otras entidades autónomas, la ley se encarga de señalar que la Autoridad tendrá una autonomía respecto del Poder Ejecutivo en lo que respecta al cumplimiento de sus atribuciones. Funciones que no son otras que la regulación de los servicios públicos enumerados en el artículo 5 de su Ley. Lo que implica que el Poder Ejecutivo no podrá emitir directrices directamente relacionadas con las atribuciones de la ARESEP. La excepción está referida al ejercicio de la función de regulación. Más allá de esta función, la ARESEP está sujeta a la potestad de dirección del Poder Ejecutivo. Lo que permite afirmar la sujeción a la política financiera del Estado, por consiguiente a las directrices que en ámbitos como el presupuestario, salarial, u otros (austeridad, estricto apego a los valores del ordenamiento, a la necesidad de protección de la mujer funcionaria, etc) emita el Ejecutivo.” (El subrayado no es del original).*

Como puede verse, a partir de lo señalado en el citado dictamen vinculante, no queda duda de que una directriz como la que interesa, dirigida expresamente a temas como los señalados por la Procuraduría, sí es vinculante para la ARESEP, la cual debe ajustarse a la misma.

De este modo, de no ajustar la Junta Directiva su actividad a los términos de la misma, conforme a lo establecido por el artículo 98.1 de la LGAP, los directores quedan expuestos a sanciones de carácter rescisorio.

Así, es jurídicamente insostenible que una directriz como la examinada no sea vinculante tal y como lo concluye el citado oficio 195-DGJR-2011 de 08 de abril de 2011, oficio que a pesar de provenir de la asesoría interna de esta Autoridad, de **modo inaudito** omite referirse al dictamen de anterior cita, el cual resolvió oportunamente la misma consulta planteada por el Regulador en este caso.

Cabe destacar que si bien el citado pronunciamiento se rindió con antelación a la reforma de los artículos 1 y 82 operada mediante Ley No.8660 de 8 de agosto del 2008, es lo cierto que por la naturaleza de la reforma ahí dispuesta, la conclusión a la cual arriba la Procuraduría se ha de mantener inalterada.

Lo anterior dado que la reforma al artículo 1 realizada mediante la indicada Ley No. 8660, no alteró la regla que estimó la Procuraduría fundamento de su interpretación, es decir, que “La Autoridad Reguladora no se sujetará a los lineamientos del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de las atribuciones que se le otorgan en esta Ley”. De ahí que se estimara, en el indicado Dictamen, que esas “Funciones que no son otras que la regulación de los

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

*servicios públicos enumerados en el artículo 5 de su Ley. Lo que implica que el Poder Ejecutivo no podrá emitir directrices directamente relacionadas con las atribuciones de la ARESEP. La excepción está referida al ejercicio de la función de regulación. Más allá de esta función, la ARESEP está sujeta a la potestad de dirección del Poder Ejecutivo”.*

En cuanto a la reforma al artículo 82 realizada mediante la Ley No.8660, es preciso indicar que dicha reforma no afectó la potestad de dirección del Poder Ejecutivo sobre la ARESEP, dado que como se evidencia en la citada Directriz 13-H, ésta tiene como fundamento no solo la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos de 18 de setiembre de 2001 y sus reformas, sino también, los artículos 9, 130, 140 incisos 7), 8), 18) y 20), 146,176, 180,188, 189, de la Constitución Política; los artículos 1, 4, 21, 25, 26, 27, 98, 100, 107, 113 incisos 2) y 3) de la Ley N. 6227, Ley General de la Administración Pública de 2 de mayo de 1978 y sus reformas; el artículo 80 de la Ley No. 7097, Ley de Presupuesto Extraordinario de 18 de agosto de 1988 y sus reformas y el artículo 16 de la Ley No. 6955, Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público de 24 de febrero de 1984 y sus reformas.

Es claro que el Poder de Dirección que ejerce el Poder Ejecutivo sobre las instituciones autónomas, en esta y en otras materias, deriva en un primer momento de la Constitución y luego de la Ley General de la Administración Pública y no de modo exclusivo, de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos de 18 de setiembre de 2001 y sus reformas.

Como lo hemos manifestado en las sesiones de Junta Directiva 25, 26, 37, 59 todas del 2011, si lo que estima la Administración es que las directrices, para el caso de la ARESEP, contienen vicios de legalidad o bien vicios de constitucionalidad, debemos reiterar que, en tanto no medie una medida suspensiva sea ésta de la jurisdicción constitucional o contencioso administrativa -Principio de Ejecutoriedad de los actos administrativos- o bien, una decisión anulatoria ya sea por razones de constitucionalidad o legalidad, no es posible decidir de modo unilateral, la ineficacia e inejecutoriedad de una determinada decisión administrativa, en este caso, del Poder Ejecutivo.

A todo esto, cabe agregar que es claro que la voluntad del Poder Ejecutivo en el caso de la directriz en comentario, fue que sus efectos alcanzaran a la ARESEP. Nótese que cuando se quiso excluir alguna entidad en particular, así se hizo. En todo caso, distinguir donde no se ha hecho por parte del Poder Ejecutivo no es jurídicamente procedente. La interpretación en esta materia ha de ser restrictiva, nunca ampliativa por razones obvias.

### **II.- Decreto Ejecutivo No. 36752-H**

El Poder Ejecutivo con el fin de exceptuar a la SUTEL de la aplicación de la directriz 013-H dictó el Decreto Ejecutivo No. 36752-H de 25 de agosto del 2011, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 185 del 27 de setiembre del 2011.

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

La promulgación del Decreto Ejecutivo No. 36752-H citado evidencia que la Directriz 13-H del Poder Ejecutivo publicada en el Diario Oficial La Gaceta alcance No.45 del 4 de marzo del 2011 abarca tanto a la ARESEP como a la SUTEL, dado que fue necesario el dictado de una dispensa formal por parte del Poder Ejecutivo para el caso de la creación de plazas nuevas en SUTEL.

Dicho decreto confirma la interpretación de los alcances de la indicada directriz tal como lo expusimos debidamente en Junta, los directivos que suscribimos el presente voto salvado, cuando la presidenta de la SUTEL, nos manifestó el caso excepcional de este órgano y la urgente necesidad de las plazas.

### **III. Oficio DJ-0995-2011 de 8 de setiembre del 2011 de la División Jurídica de la Contraloría General de la República**

La División Jurídica de la Contraloría General de la República mediante oficio No. 07094 (03 de agosto de 2011 DJ-0828-2011) emitió opinión no vinculante sobre la consulta planteada por el Regulador General con relación al ámbito de aplicación de la Directriz 13-H emitida el 4 de marzo del 2011 por el Poder Ejecutivo.

Como respuesta a la solicitud de la reconsideración del oficio No. 07094 (03 de agosto de 2011 DJ-0828-2011) de la División Jurídica de la Contraloría planteada por parte de quienes suscribimos el presente voto salvado, se emitió el Oficio DJ-0995-2011 de 8 de setiembre del 2011 de la División Jurídica de la Contraloría General de la República en su último párrafo dispone:

*“(...) sobre la aplicación o inaplicación de una directriz a determinadas instituciones, específicamente a la ARESEP, a la luz de la reforma operada a la normativa de esa institución, mediante la promulgación de la Ley No. 8660. Es un asunto cuyo criterio vinculante –en ejercicio de la potestad consultiva- compete a la Procuraduría General de la República, y no a esta Contraloría General, como se asumió dicha competencia con la emisión del dictamen No.C-102-2006.”*

### **IV.- La pretendida creación de plazas, no está debidamente motivada conforme lo exige la Contraloría General de la República**

A todo lo anterior se une el hecho de que la pretendida creación de plazas, no está debidamente motivada conforme lo exige la Contraloría General de la República

El oficio DFOE-ED-1022 de 17 de diciembre del 2010 (12645) suscrito por el Lic. Allan R. Ugalde Rojas, Gerente de Área de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa del Área de Servicios Económicos para el Desarrollo de la Contraloría General de la República, relacionado con la aprobación parcial del presupuesto inicial del período 2011 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, hace ver que la nuevas plazas deben estar

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

*“debidamente justificadas mediante los estudios financieros, técnicos y legales correspondientes.”*

La pretendida creación de plazas, con la salvedad de las de la auditoría interna, no está debidamente motivada conforme lo exige la Contraloría General de la República, pues no fueron aportados *“los estudios financieros, técnicos y legales correspondientes.”*, En referencia a las dos plazas de asesores para Junta Directiva, cabe destacar que actualmente dentro de las plazas existentes en la estructura organizacional de ARESEP vigente, se encuentran dos que poseen esa misma nomenclatura y las mismas funciones sustanciales que se les pretende asignar a las propuestas en este instrumento presupuestario, habiendo sido trasladadas a otras dependencias, mediante una disposición que nosotros no compartimos, en estos casos, lo que procede es reinstalar a ambos funcionarios en sus puestos de asesores de Junta Directiva y no crear nuevas plazas, lo anterior impide la debida motivación de la decisión por parte de esta Junta Directiva.

En la misma sesión de hoy los consultores de la firma Deloitte & Touche, S.A. expusieron sobre la estructura organizacional de la Gerencia General, relacionada con la contratación directa 2011 CD-000069-ARESEP, y confirmaron que no se requieren nuevas plazas y que las existentes pueden ser reacomodadas. Confirman, también, dichos consultores, que no han hecho un estudio de cargas de los puestos en su trabajo.

### **ACUERDO 04-65-2011**

#### **VOTO SALVADO DEL DIRECTIVO EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ**

##### **Sobre corrección de error material y adición de una frase en la Resolución RJD-152-2011-**

Con fundamento en mi juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República, disiento del voto de mayoría en el tanto la propuesta modificaciones a la Resolución RJD-152-2011, de las 14:15 del 10 de agosto de 2011, mediante la cual se estableció la metodología de tarifas de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas” a criterio de este directivo, no corresponde a correcciones de simples errores materiales, ya que las mismas alteran de manera sustancial la metodología aprobada originalmente, lo que impide la aplicación del artículo 157 de la ley General de Administración Pública en estos caso concretos. En esa dirección la Sala Constitucional ha sido clara en su voto 485-95 de las 16:00 del 25 de enero de 1994 al indicar que las correcciones de errores materiales deben ser de tal naturaleza que no alteren lo sustancial de la decisión.

En el oficio 152-CDR-2011/70333 del 14 de septiembre de 2011, de la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación, en referencia al supuesto error material en la ecuación 5 del apartado Costos fijos por capital, se indica textualmente:

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

*El Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR) identificó un error material en la formulación de la ecuación 5 del apartado “Costos Fijo por Capital” del “Por Tanto I”, que conviene corregir. El error consiste en que, en el lado izquierdo de la citada ecuación, se omitió incluir la variable “recuperación de la inversión” identificada con las siglas “RI”, sumada a la variable “rentabilidad de la inversión” identificada con la sigla “r”.*

*Después de corregir la omisión antes mencionada, la formulación correcta de la citada ecuación 5 debe leerse de la siguiente manera: “ $RI + r = M \times FC$ ”.*

*Como resultado del error mencionado, también se omitió incluir la referencia a la variable “RI” en el párrafo inmediatamente inferior a la línea donde se expresa la ecuación 5, por lo que debe incluirse dentro de las variables descritas en dicha ecuación.*

*La consecuencia de no corregir el error material antes mencionado consistiría en una valoración mayor de la que es correcta para la variable “costo fijo por capital (CFC)”. Ello ocurriría porque al despejar la variable CFC con base en las ecuaciones 4 y 5 que se incluyen en la resolución RJD-152-2011, esta quedaría planteada de la siguiente manera:  $CFC = (M \times FC) + RI$ . La formulación correcta de esa variable es  $CFC = M \times FC$ . Se puede notar entonces que la consecuencia de mantener el error material reside en sumar equivocadamente el monto correspondiente a la recuperación de la inversión (RI), al valor correcto de CFC.”*

De lo anterior se desprende claramente que no estamos en presencia de un simple error material, por cuanto la pretendida corrección de la ecuación, modifica de manera sustancial el resultado de la tarifa al aplicar la nueva fórmula, situación así reconocida por el propio Director de Energía de la ARESEP, frente a una consulta de quien suscribe el presente voto.

Otra razón para discrepar del voto de mayoría es el hecho de que la metodología que se está aprobando es omisa en detallar la operatividad de las bandas de precios porque no se dice como se aplicarán. Además, no se establece como opera la indexación de los precios de la energía que se paga a las empresas que los tienen establecidos dentro de la banda.

Otra omisión de la metodología es el hecho de no establecer límites al ICE para definir los precios dentro de la banda, lo que generara que éste en su condición de comprador único, haga uso de ese poder en contra de los vendedores de energía.

Actualmente la Junta Directiva de la ARESEP, por decisiones no atribuibles a este directivo, ni a la directora Echandi Gurdian, carece de una asesoría técnica y jurídica independiente del resto de los órganos de la administración, contrario a las normas de control interno, situación que se da a partir del 9 de octubre del 2010. Esto limita la verificación por parte de este órgano colegiado de la conformidad de la propuesta de la

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

Administración con la respectiva normativa y reglas de la técnica, lo que fundamento, de conformidad con el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos y el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración. Ver votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional. Es claro que en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que emana del artículo dos constitucional en concordancia con el artículo 230 y siguientes de la Ley General de Administración Pública.

Este directivo resuelve enderezar los procedimientos y ordenar se proceda con la audiencia pública, con el objeto de consultar los cambios propuestos a la resolución RJD-152-2011, metodología para tarifas de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas, de conformidad con el artículo 36 del capítulo VIII, de la ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

**ACUERDO 03-66-2011**

### **VOTO SALVADO**

**Directores Emilio Arias Rodríguez y María Lourdes Echandi Gurdían**

Discrepamos del criterio de la mayoría con respecto a la reforma al RIOF con base en el conocimiento que se les puso en conocimiento que se titula: *“Reforma al RIOF con base en el dictamen C-217-2011 y LA RESOLUCIÓN DE LAS ONCE HORAS Y TRES MINUTOS DEL VEINTIDOS DE SETIEMBRE DE DOS MIL ONCE”*.

En el caso del primero –C-217-2011-, como se sabe la Procuraduría General de la República expone su particular interpretación del reparto de competencias que estima corresponde efectuar considerando las actuales disposiciones de la Ley de la ARESEP, especialmente luego de su reforma mediante la Ley No. 8660.

La resolución aludida si bien no se aclara es la resolución mediante la cual la Sala Constitucional dio curso a la Acción de Inconstitucionalidad planteada en contra de las disposiciones del RIOF que atribuyen al Comité de Regulación y a las Superintendencias -sic- de Agua, Energía y Transportes las potestades de fijar tarifas, resolver quejas e imponer sanciones decisorias a los regulados entre otras.

Ciertamente, por disposición legal, el dictamen de la Procuraduría General de la República vincula la voluntad de esta Autoridad, por lo que, en principio, lo procedente es efectuar las reformas que sea necesario para adecuar el reglamento al alcance del dictamen.

Ahora bien, median dos circunstancias que, a nuestro juicio, hacen que la iniciativa de la administración sea inoportuna.

La primera circunstancia es que, como consta en la certificación emitida por el Secretario de la Junta Directiva mediante oficio 416-SJD-2011/74267 del 24 de octubre del 2011, está

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

pendiente de publicación en el Diario Oficial La Gaceta dos modificaciones acordadas por este órgano colegiado, precisamente al RIOF. Así se ratifica de hecho en los considerandos XI, XII y XIII del borrador puesto en conocimiento.

La consecuencia jurídica de la omisión de la publicidad idónea de estas reformas es que no cobran eficacia alguna, todo ello conforme a lo señalado por el artículo 240 inciso 1, en relación con el artículo 140 ambos de la Ley General de la Administración Pública.

Así las cosas, resulta claramente improcedente reformar el RIOF antes de que cobre eficacia la reformas pendientes de publicar. Nótese que tales reformas ocasionan ajustes en la numeración por lo que ni siquiera existe seguridad jurídica en torno a cuál de los artículos es el que debe ser reformado.

La segunda razón para estimar inoportuna la reforma propuesta, es que lo planteado se relaciona de modo directo con el objeto del proceso de inconstitucionalidad en contra de las normas del RIOF actualmente conocido por la Sala Constitucional por lo que lo pertinente es no adoptar decisiones al respecto hasta tanto la Sala no se pronuncie por las razones que paso a señalar.

Con relación a las normas impugnadas ante la Sala Constitucional en unos casos se propone su derogatoria (por ejemplo el artículo 34, inciso 1, subinciso h que aquí en la propuesta supone no está segura, es el 43, inciso 1, subinciso h), lo cual podría suponer un allanamiento a la inconstitucionalidad aducida por la accionante, concretamente en tanto se atribuye la potestad de declarar la caducidad y revocatoria de las concesiones a la Junta Directiva -Órgano Externo- y ya no a las Superintendencias -Órgano Interno-, si bien nada de ello se puntualiza en la parte considerativa.

Por otro lado se reforman otras disposiciones, por (ejemplo el artículo 34, inciso 2, subinciso d, que supone que de acuerdo a lo que presenta la Dirección de Asesoría Jurídica es el 43, inciso 2, subinciso d), pero manteniendo la aducida violación al Principio de Reserva Legal, artículo 121, inciso 20 de la Constitución Política, con lo cual, se altera el marco normativo cuya constitucionalidad examina la Sala, de modo que de forma inminente, se causará gran confusión de acoger la Sala la inconstitucionalidad planteada, toda vez que anulará normas con textos alterados con posterioridad al dictado, notificación y publicación de la resolución que da curso a la demanda.

Finalmente estimamos que la reforma planteada es improcedente en tanto a nuestro juicio lo pertinente es anular, no así revocar o/y reformar las normas del RIOF que atribuyen potestades de imperio a órganos internos, como el Comité de Regulación y las Superintendencias -sic-, de Aguas, Energía y Transporte. Sin duda, alguna tal proceder atenta contra el Derecho de la Constitución, concretamente atenta contra el principio de reserva legal, dispuesto por el artículo 121, inciso 20 constitucional.

## ***Informe de finalización de Gestión***

***Emilio Arias Rodríguez***

En la sesión 65-2011 expusimos una solución ante la urgencia ocasionada por la suspensión de la aplicación de las normas de RIOF impugnadas en la acción de inconstitucionalidad expediente 11-010189-0007-CO.

Esto se da frente a una problemática específica. Dado que en la acción de inconstitucionalidad se discute la incompetencia del Comité de Regulación y la Superintendencias de Agua, Energía y Transporte para ejercer potestades de imperio como la fijación de tarifas, según el artículo 120.21 de la Constitución, el efecto de la admisión de la demanda, como lo ordenó la Sala, es la suspensión inmediata de la aplicación de esas normas, por lo que estos Órganos no pueden fijar tarifas. Por ello corresponde a la Aresep buscar una solución para garantizar la continuidad del servicio público.

La solución que hemos planteado es que previa transferencia de la competencia del Comité de Regulación, el Regulador puede y debe fijar las tarifas, en tanto la Sala resuelve la inconstitucionalidad. Permaneciendo inalterada la competencia de Junta Directiva de resolver en segunda instancia-Dicha solución la señalaron en la sesión 65-2011 del 19 de octubre pasado y causó, extrañamente, su vilipendio. De ello depende evitar inminentes dislocaciones sociales y económicas.

La transferencia de competencias debe de obedecer a razones de oportunidad y conveniencia política. Se procura, por este medio, asegurar la continuidad de los fines públicos, cuando se vean en entredicho por incapacidad del titular normalmente encargado, lo que se conoce efectivamente como razón de oportunidad. En este caso, al suspenderse el efecto jurídico de las potestades atribuidas al Comité de Regulación lo pertinente para asegurar la continuidad del servicio prestado por la Aresep, es acudir a uno de los mecanismos de transferencia de competencias previstos en la misma Ley General de la Administración Pública en su artículo 84.

En esa misma Ley se previó una regla frente a casos como el que se nos comenta, el artículo 85.1 dice “Toda transferencia de competencias externas de un órgano a otro, tendrá que ser autorizada por la norma expresa, salvo casos de urgencia”. Sin duda, se está frente a un caso de urgencia, es la existencia de un peligro de inaplazable solución. El peligro consiste, al no fijarse tarifas, en la inminente pérdida de equilibrio económico en la prestación de los servicios públicos regulados, así como la eventual afectación de los intereses económicos de los usuarios, circunstancias capaces de causar dislocaciones sociales y económicas.

En relación a ese tema, el único argumento que el Regulador manifestó en su momento ante la tesis de doña María Lourdes y de su persona, consiste en que la Procuraduría General de la República, en su dictamen vinculante C-217-2011, resolvió, que luego de la reforma a la Ley de Aresep, mediante la Ley 8660, el Regulador perdió la potestad de fijar tarifas. Esa decisión del legislador no impide la posibilidad apuntada de transferir, temporalmente, la potestad de fijar tarifas al Regulador, Órgano Externo que natural e históricamente ejerció esa facultad y que, como la misma Procuraduría General de la República establece en ese

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

dictamen, es el jerarca –inmediato- del Comité de Regulación y de las citadas tres superintendencias.

Ese carácter de jerarca refuerza la mencionada tesis, en el tanto dentro de las potestades de todo superior jerárquico, se encuentra la de avocar las funciones del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de límites y condiciones señalados en la Ley General de la Administración Pública, artículo 102, inciso e.”

**ACUERDO 03-71-2011**

### **VOTO SALVADO DIRECTORES EMILIO ARIAS RODRIGUEZ Y MARIA LOURDES ECHANDI GURDIAN**

Nos separamos del criterio de mayoría y sustentamos nuestro voto negativo mediante el cual, no aprobamos la metodología propuesta por la Administración, para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada eólicas nuevas, en las siguientes consideraciones:

“Como lo ha establecido de modo reiterado la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la fijación de una metodología tarifaria por parte de esta Autoridad, implica, ni más ni menos, que reducir a cero la discrecionalidad en la fijación de tarifas.

En efecto, la Sala ha establecido de modo reiterado a partir de la Resolución No. 577-2007, que la ARESEP “...*cuenta con una potestad discrecional técnica para establecer los modelos de cálculo*” si bien ese no es el caso de la fijación tarifaria, en el tanto, “...*una vez fijado el modelo de revisión tarifaria (que debe publicarse en el Diario Oficial), en tesis de inicio, es esta la herramienta de cálculo que debe utilizarse, y por ende, el instrumento que determina si existe o no distorsión financiera que deba enmendarse, lo que otorga certeza jurídica y constituye un parámetro de control de la actividad regulatoria de precios.*”

De este modo, el ejercicio de la potestad de aprobación de las metodologías tarifarias, involucra como su principal efecto jurídico, “...*una reducción a cero de las potestades inicialmente discrecionales, siendo que una vez realizado el cálculo –mediante la metodología tarifaria- es el resultado de esa operación la que determina y precisa el contenido de esa decisión –fijación tarifaria-*”.

De este modo, considerando tales consecuencias jurídicas del acto de aprobación de una metodología tarifaria, es claro que debe esta Junta Directiva asegurarse de modo

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

riguroso, que su decisión se ajusta a los parámetros de legalidad a que está sujeto todo ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

Específicamente, interesa en especial considerar los parámetros de legalidad que derivan de las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, así como los conceptos jurídicos indeterminados señalados por el legislador en materia de servicio público, tales como el de servicio al costo, servicio de calidad a un precio justo, etc.

Resulta indispensable, por ello, que los integrantes del colegio, al momento de adoptar una decisión de este calibre, se hayan asegurado que, en beneficio de la certeza jurídica y de los conceptos jurídicos indeterminados antes aludidos, hayan reducido la discrecionalidad administrativa de modo legítimo y claro.

El rigor de la decisión que se adopte, además, exige el contraste objetivo e independiente de la propuesta y sus justificaciones de parte de asesores técnicos y jurídicos de la Junta Directiva, de modo que tales insumos permitan la formación de un criterio informado y la toma de una decisión responsable y no improvisada.

En contraste, también en este caso concreto, no se nos ha ofrecido a los directores una asesoría independiente y objetiva que confronte la propuesta de la administración y sus justificaciones, con las reglas unívocas de la ciencia y la técnica y demás parámetros de legalidad. Esta situación, que hemos censurado en repetidas ocasiones, sin que se haya atendido, sin duda alguna, no asegura que se tome la mejor decisión, a pesar de las aludidas consecuencias que conlleva la aprobación de una metodología.

A mayor abundamiento, debemos indicar que se nos ha hecho llegar al menos dos versiones diferentes de la metodología sugerida por la Administración. En efecto, de una sesión a otra, se ha realizado diversos ajustes a la propuesta, lo cual causa incertidumbre en torno a su contenido definitivo.

Así las cosas, producto de la lectura que hemos podido realizar en el plazo otorgado y considerando la aludida incertidumbre en cuanto al contenido de la metodología, hemos podido detectar algunas disposiciones que nos parece riñen con el objetivo de las metodologías antes referidas, en tanto dejan a la discrecionalidad del aplicador la toma de ciertas decisiones de evidente influencia en la determinación de la tarifa.

Nos referimos, por ejemplo, a lo señalado en el oficio 676-DGJR-2011 del 21 de noviembre del 2011, titulado "*ANÁLISIS SOBRE DISCRECIONALIDAD Y CAMBIOS REALIZADOS A LA METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE TARIFAS DE REFERENCIA DE GENERACION ELECTRICA PRIVADA PARA PLANTAS EÓLICAS NUEVAS*", sobre el oficio 185-CDP-2011, en cuyo anexo se hace, el siguiente análisis:

*"6.6 Costos de Explotación (CE) (...) ANÁLISIS DE DISCRECIONALIDAD: este apartado determina la forma de calcular los costos de explotación; con respecto a la*

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

*determinación de la muestra no se define: su tamaño, su delimitación geográfica y se deja abierta la posibilidad de transformar información para hacerla comparable. Por lo tanto existe un grado de discrecionalidad alto para el técnico que aplica la metodología.”* Página 7.

*“6.7 Costos fijos por capital (CFC) (...) ANALISIS DE DICREACIONALIDAD: (...) En el caso específico para determinar: la tasa libre de riesgo, la prima de riesgo, el riesgo país y el beta desapalancado, como primera opción para obtener la información de refiere a una página web existente hoy día, pero en caso de que esta página deje de existir, se deja abierta la posibilidad de utilizar cualquier fuente que se pública y confiable, en cuyo caso podría haber un margen de discrecionalidad para los técnicos que apliquen la metodología.”* Página 9.

*“6.8 Monto de Inversión Unitaria (M) (...) ANALISIS DE DICREACIONALIDAD: Este apartado incluye la forma de calcular el costo de la inversión promedio, para luego definir los límites de la banda tarifaria a partir de éste. La discrecionalidad para los técnicos que apliquen la metodología se presenta en la opción 1 de este apartado, en los siguientes aspectos: a) el tamaño de la muestra, la metodología no es clara en cuanto al número de proyectos que incluirán en la muestra, cuando sean más de 20, ni tampoco cuáles son los criterios para eliminar o sustituir proyectos de la misma, b) se deja abierta la posibilidad de que el técnico indexe información para ajustarla al año base del cálculo o no lo haga y c) no se especifica la forma de realizar el ajuste de la información de los datos para incluir en la muestra proyectos mayores a 20MW. En este apartado se introduce la posibilidad de realizar o no varias cosas, por ejemplo: “se podrán incorporar el a muestra con los ajustes correspondientes.” “Se podrán modificar los valores correspondientes a la segunda opción.” Estos ejemplos son imprecisiones que podrían conllevar a discrecionalidad.”* Páginas 11 y 12.

*“6.9 Definición de la franja tarifarias (...) ANALISIS DE DICREACIONALIDAD: La discrecionalidad en la definición de la franja tarifaria está directamente relacionada con la discrecionalidad con la que se determine el monto de la inversión unitaria, en razón de que éste es el que determina la amplitud de la banda tarifaria.”* Página 12.

Existen, además, dos agravantes que refuerzan nuestra tesis de improbar la presente propuesta de metodología.

El primero se refiere al hecho de que la metodología sugiere un método de definición de la tarifa mediante bandas.

Sin que esto signifique que compartimos lo ahí señalado, lo cierto es que la Procuraduría General de la República en su opinión jurídica OJ-66-2009 del 23 de julio del 2009, cuestionó la legalidad de las bandas para definir la tarifa.

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

Al respecto, no encontramos evidencia alguna que permita determinar el por qué la propuesta, a pesar de los señalamientos que contiene la citada opinión jurídica, opta por la alternativa de las bandas.

Esta circunstancia causa, a nuestro juicio, una incertidumbre insalvable en torno a la regularidad jurídica de la propuesta, ante lo cual, no queda más que votar negativamente la metodología sugerida por la administración.

Finalmente, tanto en el texto inicial como en el que ahora se pone en conocimiento de esta Junta Directiva, se intenta sustentar la propuesta en un documento denominado "*Política y Metodologías Tarifarias del Sector Energía*", preparado por funcionarios de esta Autoridad (ver Proyecto de Resolución página 8, considerando XI de la versión enviada por correo electrónico el viernes 18 de noviembre del 2011 y en página 9 de la versión impresa entregada en horas de la noche del lunes 21 de noviembre del 2011).

Al respecto, sorprende la alusión que se hace a ese documento, en el tanto, expresamente se señala que se trata de un documento meramente informativo. Incluso este indica que se trata de una "compilación". Pero lo más preocupante, es que se advierte que "*Mucho de su contenido puede considerarse superado, pues permanentemente la Autoridad Reguladora revisa las metodologías tarifarias.*" Agréguese a esto que se trata de un documento que no fue oportunamente aprobado por esta Junta Directiva y que data de junio del 2002.

De este modo, no encontramos en los antecedentes que preceden la confección de este modelo, sustento suficiente como para asegurarnos, razonablemente, que la actuación de la institución es conforme con las disposiciones jurídicas y técnicas vigentes, por lo que voto negativamente la propuesta de metodología, ordenando enderezar los procedimientos, de modo que se corrija de la propuesta, expresiones como las explicadas que dejan al libre albedrío del aplicador del modelo, la definición de aspectos claves. Por otra parte, deberá excluirse por completo como fuente de referencia, del estudio sobre "*Política y Metodologías Tarifarias del Sector Energía*". Adicionalmente, deberá dejarse en suspenso la aprobación de la propuesta, hasta tanto no se acompañe de un criterio técnico y jurídico de carácter independiente, que acredite su conformidad."

**ACUERDO 05-73-2011**

***VOTO SALVADO DE LOS DIRECTORES MARIA LOURDES ECHANDI GURDIAN Y  
EMILIO ARIAS RODRIGUEZ***

Disentimos del criterio de la mayoría en el tanto decide conocer y resolver, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Alfaro Limitada, en contra la resolución RRG-016-2010 del 7 de enero del 2010 -expediente OT-257-2007-, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 622-DGJR-2011 de 28 de octubre del 2011 (visible de folio 601 a 606), se deja de lado, mediante esa decisión, que esa misma Dirección –unidad u órgano administrativo interno

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

de naturaleza consultiva- emitió también el criterio jurídico considerado al resolverse el recurso de revocatoria planteado por la misma empresa en contra del acto final que impugna, tal y como consta en el oficio 374-DGJR-2010 de 6 de mayo del 2010 (visible de folio 530 a 535), lo cual veda la posibilidad de que esta Junta Directiva cuente con un criterio jurídico y técnico ajeno a las conductas que se revisan en esta superior jerarquía.

Consideramos que conforme a las reglas de control interno, debe evitarse la concentración del ejercicio de funciones incompatibles, de modo tal que una persona o unidad no tenga el control por la totalidad de determinadas labores.

Además, estimamos que la aludida concentración de funciones de asesoría jurídica y regulatoria en las dos instancias, quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad que impera en todo procedimiento administrativo, así como el deber que tiene la Administración de “...actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado” (GONZÁLEZ PÉREZ Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO Francisco, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), toda vez que involucra al mismo órgano consultivo en la fase de resolución del recurso de revocatoria, así como el de apelación.

De esta forma, a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria –como unidad u órgano- le alcanza la causal de inhibitoria establecida por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica.

Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias –el Director General y sus subordinados-, lo cierto es que es la misma Dirección la que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables a la Dirección como órgano dada la naturaleza y fin de la causal bajo examen, así como también y en específico a su Director General, pues por su posición de jerarquía avala, ya sea expresa o implícitamente, los criterios de sus subordinados.

Como lo hemos señalado de modo reiterado, toda esta problemática obedece a la errónea decisión, incorporada en los artículos 46 y 47 del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP), de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía.

Precisamente por esa situación, en cuatro oportunidades he mocionado, junto con el Directivo Arias, aún sin éxito, para reponer a esta Junta Directiva la asesoría jurídica y regulatoria independiente que tuvo por muchos años. En efecto, así sucedió en la sesión 38-2010 del 29 de setiembre del 2010, la segunda en la sesión 49-2010 del 10 de noviembre del 2010, la tercera en la sesión 39-2011 del 15 de junio del 2011 y la cuarta en las sesiones 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

Cabe destacar, a mayor abundamiento, que la tesis que hemos reiterado en diversas ocasiones, el Directivo Arias y yo, fue recientemente confirmada por el Dr. Rubén Hernández Valle en un dictamen jurídico rendido a esta institución, el cual indicó:

### ***“A.- El contenido del deber de imparcialidad de los funcionarios públicos***

***1.- Tanto la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, la cual tiene rango de ley de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGAP, como la jurisprudencia constitucional han desarrollado con algún detalle el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, así como el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración, que deriva directamente de la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Entre otros, Votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional).***

***2.- Este derecho a la imparcialidad se configura como el deber de los funcionarios públicos de participar en la resolución de un asunto, directa o indirectamente, cuando previamente ha emitido criterio sobre el asunto (Dictamen número C-302-2009 PGR).***

***3.- En un dictamen posterior, la PGR estableció claramente que “Ciertamente, en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que dimana del artículo 11 de la Constitución Política y complementado por los numerales 230 y siguientes de la LGAP” (Dictamen número C-106-2010).***

***4.- Por ello, la imparcialidad del funcionario público se ve afectada cuando el interesado interpone recursos administrativos con el objeto de que otra instancia conozca del asunto y el funcionario ha emitido previamente criterio sobre el punto objeto de discusión. Lógicamente este principio no se aplica en los casos de recursos de reposición en cuya esencia va el ser conocido por el jerarca que emitió el acto impugnado.***

### ***B.- el artículo 46 del RIOF de la ARESEP***

***1.- La norma en examen le otorga la competencia a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de asesorar, emitir opiniones y criterios para la Junta Directiva, el Regulador General y el Gerente General.***

***2.- Esta norma viola el principio de imparcialidad, dado que permite que abogados de esa Dirección emitan criterios jurídicos en dos instancias diferentes.***

***En efecto, la Dirección está obligada a verter criterios primero en asuntos que conozca en primera instancia el Gerente General o el Regulador General y luego, a emitirlos de nuevo, cuando se conozcan en alzada en Junta Directiva. Esta participación de la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria en dos instancias diferentes viola el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, el cual es aplicable, como ha indicado la jurisprudencia administrativa de la PGR, a los asesores legales.***

***3.- La solución consistiría en crear una asesoría legal independiente para la Junta Directiva.”***

En ese sentido, se debe indicar que frente a vicios de nulidad absoluta, como es una inconstitucionalidad, es deber de la Administración proceder a su anulación, aún así sea de oficio –art. 174 LGAP-. De lo contrario, se incurre en responsabilidad por la ejecución de

## **Informe de finalización de Gestión**

**Emilio Arias Rodríguez**

actos absolutamente nulos, así como, de modo personal, los funcionarios que participen en su ejecución - arts.169 y 170 LGAP-.

En virtud de todo lo expuesto, consideramos que lo procedente es:

a) anular por inconstitucional:

- la mención que se hace de la Junta Directiva en el artículo 46 y en los incisos 1.a), 1.c), 1d) y 3.a) del artículo 47 del RIOF como uno de los órganos a los cuales presta asesoría la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, lo cual quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.
- los incisos 1.b) y 1.e) incluidos en el artículo 47 del RIOF en tanto resultan violatorios del Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.

b) en su lugar reformar el artículo 12 del RIOF, para que en adelante indique:

*“Artículo 12. —Apoyo de Junta Directiva.*

*1.- La Junta Directiva tendrá como área de apoyo a su gestión la Secretaría de Junta Directiva.*

*2.- Además de los asesores que considere necesarios para su desempeño, contará con una Asesoría Jurídica y una Asesoría Regulatoria permanente e independiente del resto de órganos de la administración cuyas funciones serán:*

*a.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de primera instancia que deba conocer la Junta Directiva.*

*b.- Emitir criterio jurídico y técnico regulatorio sobre los recursos administrativos de segunda instancia que deba conocer la Junta Directiva.*

*c.- Atender las consultas jurídicas o técnicas regulatorias que le formulen la Junta Directiva o cualquiera de sus miembros.*

*d.- Apoyar en la atención de las consultas jurídicas y regulatorias planteadas por terceros a la Junta Directiva.*

*e.- Asesorar en materia jurídica y regulatoria a la Junta Directiva sobre los aspectos formales de los proyectos de resolución que esta deba emitir.*

*f.- En general, prestar apoyo técnico a la Junta Directiva y sus integrantes, para el mejor desempeño de sus funciones.”*

c) ordenar enderezar los procedimientos y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure a esta Junta Directiva, mediante asesores permanentes e independientes del resto de la Administración, la recomendación respectiva para la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad.