

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

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 006-2011

A LAS CATORCE HORAS DEL 28 DE ENERO DEL 2011

SAN JOSÉ, COSTA RICA

ACTA DE LA SESION EXTRAORDINARIA 6-2011

Acta de la sesión extraordinaria seis-dos mil once, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la ciudad de San José, a partir de las catorce horas del veintiocho de enero del dos mil once con la asistencia de sus miembros: Dennis Meléndez Howell, Presidente de la Junta, Edgar Gutiérrez López, María Lourdes Echandi Gurdían y Emilio Arias Rodríguez, así como con los señores: Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; y Lic. Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario de la Junta Directiva.

La señora Sylvia Saborío Alvarado, no estuvo presente en esta oportunidad, por impedírsele la atención de varios asuntos de carácter particular. Los señores Rodolfo González Blanco, Gerente General y Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno, tampoco estuvieron presentes en esta sesión.

ARTÍCULO 1 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO CONTRA MIEMBROS DEL CONSEJO DE LA SUTEL, EXPENDIENTES OT-51-2010 Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO CONTRA GEORGE MILEY ROJAS OT-52-2010.

De inmediato se entró a conocer los procedimientos administrativos disciplinarios contra Miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones y contra el señor George Miley Rojas, así como el dictamen de la Procuraduría General de la República C-219-2010 del 5 de noviembre del 2010 y documentos relacionados con los el expedientes OT-51-2010 y OT-52-2010.

La señora María Lourdes Echandi Gurdían expone una contrapropuesta suya y del Directivo Emilio Arias Rodríguez como alternativa a la propuesta enviada el día de ayer por la Administración.

Analizado el tema, la Junta Directiva decide acoger la contrapropuesta presentada por los directivos Echandi Gurdían y Arias Rodríguez:

ACUERDO 001-006-2011**I. En lo que respecta al expediente OT-051-2010:****Resultando que:**

- 1) El entonces Regulador General de la República, mediante oficio 082-RG-2010 de 12 de abril de 2010, planteó a la Junta Directiva en su anterior conformación, la necesidad de iniciar *una investigación preliminar que permita determinar si existe mérito para la apertura de un procedimiento administrativo ordinario con motivo de los hechos señalados, para identificar las posibles responsabilidades penales, administrativas y civiles, y para determinar los presuntos responsables* (Folios 03 a 05).
- 2) La Junta Directiva decidió mediante acuerdo 002-014-2010, artículo 2, de la Sesión Ordinaria No. 014-2010 celebrada el 12 de abril de 2010, en lo que interesa, lo siguiente:

1.- Ordenar el inicio de una investigación preliminar que permita determinar si existe mérito para la apertura de un procedimiento administrativo ordinario con motivo de los hechos señalados en el oficio 082-RG-2010, del 12 de abril de 2010, para identificar las posibles responsabilidades penales, administrativas y civiles, y para determinar los presuntos responsables.

2.- La investigación estará a cargo de un Órgano integrado por los señores Fernando Herrero Acosta, Regulador General, Juan Manuel Quesada Espinoza, Director General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y Enrique Muñoz Aguilar, Director General de Estrategia y Evaluación y contará con el apoyo técnico de los asesores de la Junta Directiva. (Folios 07 a 08 y 2260 a 2265).

3) El citado órgano rindió su informe recomendando, en lo que interesa, lo siguiente:

1.- Ordenar la apertura de un procedimiento administrativo ordinario contra los señores George Miley Rojas, Maryleana Méndez Jiménez y Carlos Raúl Gutiérrez Gutiérrez, miembros propietarios del Consejo de la Sutel, con el fin de averiguar la verdad real de los hechos en cuanto a los supuestos incumplimientos de los planes estratégicos y operativos de la Sutel aprobados por la Junta Directiva de ARESEP y la supuesta suspensión del proceso de concesión del espectro radioeléctrico para la telefonía móvil, ordenado mediante Decreto Ejecutivo No. 35646-MP-MINAET, publicado en el Alcance 51 a la Gaceta 248 del 22 de diciembre de 2009; pudiendo configurar dichas actuaciones, un incumplimiento a la obligación de prestar con eficiencia, diligencia y pericia los servicios para los que fueron contratados, conforme a lo establecido en los artículos 88 inciso a) y 107 al 112 del Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios; y que en caso de acreditarse, dichos miembros del Consejo de la Sutel podrían hacerse acreedores de las sanciones dispuestas en dichas normas. (Folios 1932 a 1948).

4) Mediante resolución RJD-006-2010 del 07 de mayo de 2010, con la participación y el voto del entonces Regulador General, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora resolvió:

1. Dar inicio al procedimiento administrativo disciplinario contra George Miley Rojas, Maryleana Méndez Jiménez y Carlos Raúl Gutiérrez Gutiérrez, miembros del Consejo de la Sutel, en su condición de funcionarios (INVESTIGADOS), que se tramitará bajo el expediente número OT-051-2010 con el fin de averiguar la verdad real de los hechos sobre los presuntos incumplimientos de los planes estratégicos y operativos de la Sutel aprobados por la Junta Directiva de ARESEP y señalados en la parte considerativa de esta resolución, en particular en lo referido al proceso de apertura las telecomunicaciones; y la supuesta suspensión del proceso de concesión del espectro radioeléctrico para la telefonía móvil, ordenado mediante Decreto Ejecutivo No. 35646-MP-MINAET, publicado en el Alcance 51 a la Gaceta 248 del 22 de diciembre de 2009; pudiendo configurar dichas actuaciones, un incumplimiento a la obligación de prestar con eficiencia, diligencia y pericia los servicios para los que fueron contratados, conforme a lo establecido en el artículo 88 inciso a) del Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios; y que en caso de acreditarse, dichos miembros

del Consejo de la Sutel podría hacerse acreedores de las sanciones dispuestas en los artículos 109, 110, 111 y 112 de dicho Reglamento. □(Folios 1954 a 1958).

- 5) Contra la resolución RJD-006-2010 citada, los señores George Miley Rojas y Maryleana Méndez Jiménez, presentaron recursos de revocatoria con nulidad concomitante, recursos que a la fecha no han sido resueltos por la Junta Directiva (Folios 1960 a 1968 y 1977 a 1980).
- 6) Según acuerdo de Junta Directiva 006-022-2010 de la sesión ordinaria 022-2010 del 28 de julio de 2010, se resolvió:

□A efecto de evitar perjuicios y de que esta Junta Directiva pueda tener por acreditados de modo claro y expreso los motivos y la pertinencia de abrir los procedimientos administrativos disciplinarios referidos, de mejor acuerdo y con sustento en los artículos 146 incisos 3) y 4), 148, 169 y 170 de la Ley General de la Administración Pública, se suspende la ejecución de las resoluciones RJD-006-2010 y RJD-007-2010 contenidas en el acuerdo 005-019-2010 de la sesión ordinaria 019-2010 de 7 de mayo del 2010, hasta tanto: // a) Se ponga en conocimiento de esta Junta Directiva el informe preliminar que dio origen a la apertura de los procedimientos antes relacionados; // b) La Asesoría Legal de la Junta Directiva rinda un informe detallado en torno al contenido y límites de la potestad sancionadora atribuida a la ARESEP con relación a los jerarcas de la SUTEL, debiendo establecer en el mismo, además, si estima útil y oportuno, plantear una consulta similar a la Procuraduría General de la República, y // c) Que con sustento en tales insumos, esta Junta Directiva establezca la pertinencia o no de dar continuidad a los indicados procedimientos. □(Folios 2214 a 2235)

- 7) En cumplimiento de lo dispuesto en el punto b) del acuerdo 006-022-2010 citado, en la sesión ordinaria de esta Junta Directiva, número 025-2010 del 11 de agosto de 2010, acuerdo 003-025-2010, se conoció el dictamen jurídico 144-AJD de 10 del agosto de 2010, sustituido por el dictamen 145-AJD-2010 del 13 de agosto de 2010 y se acordó formular consulta a la Procuraduría General de la República, en cuanto a las interrogantes ahí expuestas, misma que fue trasladada mediante oficio 336-SJD-2010 del 24 de agosto de 2010. (Folios 2266 a 2273 y 2237 a 2246).
- 8) Mediante dictamen C-219-2010 del 5 de noviembre de 2010, la Procuraduría General de la República se refirió a la consulta formulada mediante el oficio 336-SJD-2010 y concluyó lo siguiente:

□1. La Superintendencia de Telecomunicaciones es un órgano con desconcentración máxima de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en materia de telecomunicaciones y, en particular, respecto de la supervisión y regulación del mercado de telecomunicaciones. Dada esa desconcentración en las demás materias que no son cubiertas por la desconcentración otorgada legalmente, la SUTEL está sujeta a la relación de jerarquía. // 2. Como jerarca supremo de la Autoridad Reguladora de los Servicios Pública, su Junta Directiva es el jerarca de la Superintendencia de Telecomunicaciones en los ámbitos en que no ha operado la desconcentración. // 3. La circunstancia de que le esté excluido a la Junta Directiva el ejercicio de varias de las potestades propias de la relación de jerarquía no excluye que pueda ejercer el poder disciplinario sobre los miembros del Consejo de la SUTEL. En ese sentido, la potestad disciplinaria sobre dichos miembros corresponde a la Junta Directiva de la ARESEP. // 4. En ejercicio de esa potestad, la Junta Directiva de la ARESEP puede decidir la remoción

de un miembro del Consejo de la SUTEL, lo que demuestra una relación jerárquica (con las limitaciones antes indicadas) entre el Consejo de SUTEL y la Junta Directiva de la ARESEP. // 5. Ese poder disciplinario puede ser ejercido en relación con lo dispuesto en la Ley General de Control Interno y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. // 6. Por su parte, corresponde al Consejo de SUTEL ejercer la potestad sancionadora sobre los funcionarios de la Superintendencia. (Folios 2247 a 2259).

Considerando que:

1. Advierte esta Junta Directiva, de previo a la resolución por el fondo de los recursos planteados en contra de la Resolución RJD-006-2010, vicios en el citado acto administrativo capaces de causar su nulidad absoluta. En efecto, de conformidad con reiterada jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República en calidad de órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, todo acto que decida la apertura de un procedimiento administrativo sancionador, ha de definir con claridad el objeto, fin y efectos jurídicos que podría causar el acto final que se adopte (Así, entre otros, véase el dictamen C-277-2005). Una vez examinado el contenido de la resolución recurrida, es posible determinar que lo resuelto por esta Junta Directiva no logra detallar de modo explícito, claro y circunstanciado, las supuestas irregularidades que se atribuye a los directores de la SUTEL. Como resulta del contenido literal de la resolución recurrida, tan solo se hace mención de *supuestos incumplimientos de los planes estratégicos y operativos de la Sutel aprobados por la Junta Directiva de ARESEP y la supuesta suspensión del proceso de concesión del espectro radioeléctrico para la telefonía móvil* sin que se logre determinar a ciencia cierta, de qué modo los directores de la SUTEL incurrieron en tales supuestos incumplimientos. Tampoco se precisa, como corresponde, cuáles objetivos de los citados planes fueron los supuestamente quebrantados. La vaguedad de la imputación ubica en estado de indefensión a los directores de la SUTEL. Esta omisión se refiere a una formalidad esencial conforme al artículo 224 de la Ley General de la Administración Pública, causa por sí, la nulidad de la resolución recurrida, sin que sea preciso evaluar los restantes alegatos esgrimidos por los recurrentes. Tal declaratoria tiene, conforme al artículo 171 de la Ley General de la Administración Pública, efecto retroactivo a la fecha del acto anulado.
2. Precisamente, en vista del aludido efecto retroactivo de la anulación aquí decidida, de previo al nuevo ejercicio de la potestad de esta Junta de decidir el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en contra de los Directores de la SUTEL, resulta preciso ordenar la evaluación de diversas actuaciones que anteceden a dicha decisión con el objeto de comprobar su regularidad jurídica. En efecto, según ha señalado la Sala Constitucional, para *evitar falsear el equilibrio inherente a todo procedimiento, es esencial que no exista una incompatibilidad de funciones* (Res. No. 2911-93 de 18 de junio de 1993) en los distintos órganos que intervienen en las diversas fases del mismo. En el caso concreto, consta en autos que el entonces Regulador General puso en conocimiento de la Junta Directiva su interés en que se investigaran las conductas de los directores de la SUTEL mediante oficio 082-RG-2010 de 12 de abril de 2010 (ver folios 03 a 05). Además, integró la Junta Directiva que acordó iniciar la investigación preliminar mediante acuerdo 002-014-2010 de 12 de abril del 2010 (ver folios 2260 a 2264), formó parte del órgano que investigó y rindió el informe preliminar en donde se recomendó la apertura de un procedimiento sancionador (ver folios 18 a 39) e integró la Junta Directiva que dictó la resolución RJD-006-2010 de 7 de mayo del 2010, la cual con este acuerdo se anula (ver folios 40 a 44). Estima esta Junta Directiva que es preciso determinar si no existe una

incompatibilidad de funciones en tales actuaciones del entonces Regulador General que puedan haber falseado el equilibrio inherente a todo procedimiento.

3. Adicionalmente, en caso de no encontrarse incompatibilidad alguna en las distintas intervenciones del entonces Regulador General, se estima necesario determinar, mediante la correspondiente evaluación jurídica, y si fuera necesario técnica, si es posible para esta Junta Directiva, con base en el informe preliminar rendido en autos, definir de modo objetivo, claro y circunstanciado, la eventual existencia de conductas de los directores de la SUTEL que puedan generar su responsabilidad, así como, con la debida precisión, las sanciones a que podrían estar expuestos por esa razón. Interesa tal estudio jurídico, en tanto solo de ese modo podrá esta Junta Directiva determinar si está en capacidad, en su caso, de definir el objeto, fin y consecuencias jurídicas del eventual procedimiento administrativo que pudiera llegar a concluirse que es preciso iniciar.
4. Siendo que el señor Juan Manuel Quesada Espinoza, Director General de Asesoría Jurídica y Regulatoria fungió como miembro del órgano que llevó a cabo la investigación preliminar que consta en autos, le afecta una causal de incompatibilidad para rendir la opinión jurídica referida en los anteriores dos considerandos.
5. Dado que mediante oficios 271-SJD-2010, 262-SJD-2010, 261-SJD-2010 y 264-SJD-2010, la Secretaría de Junta Directiva solicitó al señor Robert Thomas Harvey, analizara los recursos y la recusación sometidos a conocimiento de éste órgano y con el fin de dar continuidad a esos temas, se considera pertinente sea el señor Thomas Harvey quien emita el criterio jurídico descrito en los considerandos 2 y 3 de esta resolución.

Por tanto, por unanimidad y en firme:

Con fundamento en las atribuciones conferidas por los artículos 11, 133.1, 162, 166, 174 y 225 de la Ley General de la Administración Pública y en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos:

1. Dejar sin efecto la medida cautelar dictada en el acuerdo 6-22-2010 de 28 de julio del 2010, el cual adquirió firmeza en el acta de la sesión 23-2010 del 4 de agosto del 2010.
2. Anular la resolución RJD-006-2010 del 7 de mayo de 2010, por no detallarle al órgano director que designa para atender la instrucción del procedimiento que acá interesa, el objeto de aquél, conforme lo exige el principio del debido proceso (regla de la intimación de cargos).
3. De previo a determinar la pertinencia de iniciar de nuevo el presente procedimiento, por medio de la Secretaría de esta Junta, solicítesele al señor Robert Thomas Harvey que rinda, **en un plazo de diez días**, en dictamen jurídico a que se refieren los considerandos 2 y 3 de esta resolución.

Notifíquese y ejecútese.

ACUERDO 002-006-2011**II. En lo que respecta al expediente OT-052-2010:****Resultando que:**

1. El entonces Regulador General de la República, mediante oficio 082-RG-2010 de 12 de abril de 2010, planteó a la Junta Directiva en su anterior conformación, la necesidad de iniciar *una investigación preliminar que permita determinar si existe mérito para la apertura de un procedimiento administrativo ordinario con motivo de los hechos señalados, para identificar las posibles responsabilidades penales, administrativas y civiles, y para determinar los presuntos responsables* (Folios 02 a 04).
2. La Junta Directiva decidió mediante acuerdo 002-014-2010, artículo 2, de la Sesión Ordinaria No. 014-2010 celebrada el 12 de abril de 2010, en lo que interesa, lo siguiente:

1.- Ordenar el inicio de una investigación preliminar que permita determinar si existe mérito para la apertura de un procedimiento administrativo ordinario con motivo de los hechos señalados en el oficio 082-RG-2010, del 12 de abril de 2010, para identificar las posibles responsabilidades penales, administrativas y civiles, y para determinar los presuntos responsables.

2.- La investigación estará a cargo de un Órgano integrado por los señores Fernando Herrero Acosta, Regulador General, Juan Manuel Quesada Espinoza, Director General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y Enrique Muñoz Aguilar, Director General de Estrategia y Evaluación y contará con el apoyo técnico de los asesores de la Junta Directiva. (Folios 05 a 06 y 124 a 128).

3. El citado órgano rindió su informe recomendando, en lo que interesa, lo siguiente:

1.- Ordenar la apertura de un procedimiento administrativo ordinario contra el señor George Miley Rojas, Presidente del Consejo de la SUTEL, con el fin de averiguar la verdad real de los hechos en cuanto a lo indicado por dicho Presidente en el correo electrónico de fecha 16 de febrero de 2010, en el sentido de no variar el borrador de modificaciones al RIOF con el propósito de que la Junta Directiva lo devolviera otra vez; pudiendo configurar dicha actuación, en caso de acreditarse los hechos, una violación a: (1) los enunciados 1.1 sub-incisos d), h) e i) de las Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República, auditorías internas y servidores públicos en general, publicadas en La Gaceta 228 del 22 de noviembre de 2004-Directriz D-2-2004 del 22 de noviembre de 2004-, (2) el deber de probidad que rige las actuaciones de todos los funcionarios públicos, a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, (3) la obligación de prestar con eficiencia, diligencia y pericia los servicios para los que fueron contratados, conforme a lo establecido en los artículos 88 inciso a) y 107 al 112 del Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios; y que en caso de acreditarse, el señor presidente del Consejo de la SUTEL podría hacerse acreedor de las sanciones dispuestas en dichos instrumentos jurídicos (Folios 18 a 39).

4. Mediante resolución RJD-007-2010 del 07 de mayo de 2010, con la participación y el voto del entonces Regulador General, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora resolvió:

1. Dar inicio al procedimiento administrativo disciplinario contra George Miley Rojas, Presidente del Consejo de la SUTEL, en su condición de funcionario (INVESTIGADO), que se tramitará bajo el expediente número OT-052-2010 con el fin de averiguar la verdad real de los hechos en cuanto a lo indicado por dicho Presidente en el correo electrónico de fecha 16 de febrero de 2010, en el sentido de no variar el borrador de modificaciones al RIOF con el propósito de que la Junta Directiva lo devolviera otra vez; pudiendo configurar dicha actuación, en caso de acreditarse los hechos, una violación a: (1) los enunciados 1.1 sub-incisos d), h) e i) de las Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República, auditorías internas y servidores públicos en general, publicadas en La Gaceta 228 del 22 de noviembre de 2004-Directriz D-2-2004 del 22 de noviembre de 2004-, (2) el deber de probidad que rige las actuaciones de todos los funcionarios públicos, a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, (3) la obligación de prestar con eficiencia, diligencia y pericia los servicios para los que fueron contratados, conforme a lo establecido en los artículos 88 inciso a) y 107 al 112 del Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios; y que en caso de acreditarse, el señor presidente del Consejo de la SUTEL podría hacerse acreedor de las sanciones dispuestas en dichos instrumentos jurídicos (Folios 40 al 45).

5. Contra la resolución RJD-007-2010 citada, el señor George Miley Rojas presentó recurso de revocatoria con nulidad concomitante, recurso que a la fecha no ha sido resuelto por la Junta Directiva (Folios 46 a 53).

6. Según acuerdo de Junta Directiva 006-022-2010 de la sesión ordinaria 022-2010 del 28 de julio de 2010, se resolvió:

A efecto de evitar perjuicios y de que esta Junta Directiva pueda tener por acreditados de modo claro y expreso los motivos y la pertinencia de abrir los procedimientos administrativos disciplinarios referidos, de mejor acuerdo y con sustento en los artículos 146 incisos 3) y 4), 148, 169 y 170 de la Ley General de la Administración Pública, se suspende la ejecución de las resoluciones RJD-006-2010 y RJD-007-2010 contenidas en el acuerdo 005-019-2010 de la sesión ordinaria 019-2010 de 7 de mayo del 2010, hasta tanto: // a) Se ponga en conocimiento de esta Junta Directiva el informe preliminar que dio origen a la apertura de los procedimientos antes relacionados; // b) La Asesoría Legal de la Junta Directiva rinda un informe detallado en torno al contenido y límites de la potestad sancionadora atribuida a la ARESEP con relación a los jefes de la SUTEL, debiendo establecer en el mismo, además, si estima útil y oportuno, plantear una consulta similar a la Procuraduría General de la República, y // c) Que con sustento en tales insumos, esta Junta Directiva establezca la pertinencia o no de dar continuidad a los indicados procedimientos. (Folios 82 y 99).

7. En cumplimiento de lo dispuesto en el punto b) del acuerdo 006-022-2010 citado, en la sesión ordinaria de esta Junta Directiva, número 025-2010 del 11 de agosto de 2010, acuerdo 003-025-2010, se conoció el dictamen jurídico 144-AJD de 10 del agosto de 2010,

sustituido por el 145-AJD-2010 del 13 de agosto de 2010 y se acordó formular consulta a la Procuraduría General de la República, en cuanto a las interrogantes ahí expuestas, misma que fue trasladada mediante oficio 336-SJD-2010 del 24 de agosto de 2010. (Folios 130 a 137, 101 a 110 y 100).

8. Mediante dictamen C-219-2010 del 5 de noviembre de 2010, la Procuraduría General de la República se refirió a la consulta formulada mediante el oficio 336-SJD-2010 y concluyó lo siguiente:

1. La Superintendencia de Telecomunicaciones es un órgano con desconcentración máxima de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en materia de telecomunicaciones y, en particular, respecto de la supervisión y regulación del mercado de telecomunicaciones. Dada esa desconcentración en las demás materias que no son cubiertas por la desconcentración otorgada legalmente, la SUTEL está sujeta a la relación de jerarquía. // 2. Como jerarca supremo de la Autoridad Reguladora de los Servicios Pública, su Junta Directiva es el jerarca de la Superintendencia de Telecomunicaciones en los ámbitos en que no ha operado la desconcentración. // 3. La circunstancia de que le esté excluido a la Junta Directiva el ejercicio de varias de las potestades propias de la relación de jerarquía no excluye que pueda ejercer el poder disciplinario sobre los miembros del Consejo de la SUTEL. En ese sentido, la potestad disciplinaria sobre dichos miembros corresponde a la Junta Directiva de la ARESEP. // 4. En ejercicio de esa potestad, la Junta Directiva de la ARESEP puede decidir la remoción de un miembro del Consejo de la SUTEL, lo que demuestra una relación jerárquica (con las limitaciones antes indicadas) entre el Consejo de SUTEL y la Junta Directiva de la ARESEP. // 5. Ese poder disciplinario puede ser ejercido en relación con lo dispuesto en la Ley General de Control Interno y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. // 6. Por su parte, corresponde al Consejo de SUTEL ejercer la potestad sancionadora sobre los funcionarios de la Superintendencia. (Folios 111 a 123).

Considerando que:

- 1) Advierte esta Junta Directiva, de previo a la resolución por el fondo de los recursos planteados en contra de la Resolución RJD-007-2010, vicios en el citado acto administrativo capaces de causar su nulidad absoluta. En efecto, de conformidad con reiterada jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República en calidad de órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, todo acto que decida la apertura de un procedimiento administrativo sancionador, ha de definir con claridad el objeto, fin y efectos jurídicos que podría causar el acto final que se adopte (Así, entre otros, véase el dictamen C-277-2005). Una vez examinado el contenido de la resolución recurrida, es posible determinar que lo resuelto por esta Junta Directiva no logra detallar de modo explícito, claro y circunstanciado, cuáles son las consecuencias jurídicas sanciones- que podría dar lugar el presente procedimiento para cada uno de los supuestos quebrantos normativos que se endilga al Presidente del Consejo de la SUTEL. Como resulta del contenido literal de la resolución recurrida, tan solo se dice que *podría hacerse acreedor de las sanciones dispuestas en dichos instrumentos jurídicos* sin que se logre determinar a ciencia cierta, cuáles y bajo cuáles supuestos fácticos y jurídicos, podrían ser esas sanciones administrativas. Tampoco se precisa, como corresponde, de qué modo la conducta atribuida al Presidente del Consejo de la SUTEL podría generar los quebrantos normativos que se enumeran en la referida resolución. La vaguedad de la imputación ubica

en estado de indefensión al investigado. Esta omisión se refiere a una formalidad esencial que conforme al artículo 224 de la Ley General de la Administración Pública, causa por sí, la nulidad de la resolución recurrida, sin que sea preciso evaluar los restantes alegatos esgrimidos por el recurrente. Tal declaratoria tiene, conforme al artículo 171 de la Ley General de la Administración Pública, efecto retroactivo a la fecha del acto anulado.

- 2) Precisamente, en vista del aludido efecto retroactivo de la anulación aquí decidida, de previo al nuevo ejercicio de la potestad de esta Junta de decidir el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en contra del Presidente del Consejo de la SUTEL, resulta preciso ordenar la evaluación de diversas actuaciones que anteceden a dicha decisión con el objeto de comprobar su regularidad jurídica. En efecto, según ha señalado la Sala Constitucional, para *evitar falsear el equilibrio inherente a todo procedimiento, es esencial que no exista una incompatibilidad de funciones* (Res. No. 2911-93 de 18 de junio de 1993) en los distintos órganos que intervienen en las diversas fases del mismo. En el caso concreto, consta en autos que el entonces Regulador General puso en conocimiento de la Junta Directiva su interés en que se investigaran las conductas de los directores de la SUTEL mediante oficio 082-RG-2010 de 12 de abril de 2010 (ver folios 02 a 04). Además, integró la Junta Directiva que acordó iniciar la investigación preliminar mediante acuerdo 002-014-2010 de 12 de abril del 2010 (ver folios 124 a 128), formó parte del órgano que investigó y rindió el informe preliminar en donde se recomendó la apertura de un procedimiento sancionador (ver folios 18 a 39) e integró la Junta Directiva que dictó la resolución RJD-007-2010 de 7 de mayo del 2010, la cual con este acuerdo se anula (ver folios 40 a 44). Estima esta Junta Directiva que es preciso determinar si no existe una incompatibilidad de funciones en tales actuaciones del entonces Regulador General que puedan haber falseado el equilibrio inherente a todo procedimiento.
- 3) Adicionalmente, en caso de no encontrarse incompatibilidad alguna en las distintas intervenciones del entonces Regulador General, se estima necesario determinar, mediante la correspondiente evaluación jurídica, si es posible para esta Junta Directiva, con base en el informe preliminar rendido en autos, definir de modo objetivo, claro y circunstanciado, la eventual existencia de una conducta del Presidente del Consejo de la SUTEL que pueda generar su responsabilidad, así como, con la debida precisión, las sanciones a que podría estar expuestos por esa razón. Interesa tal estudio jurídico, en tanto solo de ese modo podrá esta Junta Directiva determinar si está en capacidad, en su caso, de definir el objeto, fin y consecuencias jurídicas del eventual procedimiento administrativo que pudiera llegar a concluirse que es preciso iniciar.
- 4) Siendo que el señor Juan Manuel Quesada Espinoza, Director General de Asesoría Jurídica y Regulatoria fungió como miembro del órgano que llevó a cabo la investigación preliminar que consta en autos, le afecta una causal de incompatibilidad para rendir la opinión jurídica referida en los anteriores dos considerandos.
- 5) Dado que mediante oficios 271-SJD-2010, 262-SJD-2010, 261-SJD-2010 y 264-SJD-2010, la Secretaría de Junta Directiva solicitó al señor Robert Thomas Harvey, analizara los recursos y la recusación sometidos a conocimiento de éste órgano y con el fin de dar continuidad a esos temas, se considera pertinente sea el señor Thomas Harvey quien emita el criterio jurídico descrito en los considerandos 2 y 3 de esta resolución.

Por tanto, por unanimidad y en firme:

Con fundamento en las atribuciones conferidas por los artículos 11, 133.1, 162, 166, 174 y 225 de la Ley General de la Administración Pública y en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, resuelve:

1. Dejar sin efecto la medida cautelar dictada en el acuerdo 6-022-2010 de 28 de julio del 2010, el cual adquirió firmeza en la sesión 23-2010 del 4 de agosto del 2010.
2. Anular la resolución RJD-007-2010 del 7 de mayo de 2010 por no detallarle al órgano director que designa para atender la instrucción del procedimiento que acá interesa, el objeto de aquél y las consecuencias jurídicas a que queda expuesto el investigado conforme lo exige el principio del debido proceso (regla de la intimación de cargos).
3. De previo a determinar la pertinencia de iniciar de nuevo el presente procedimiento, por medio de la Secretaría de esta Junta, solicítesele al señor Robert Thomas Harvey que rinda, **en un plazo de diez días**, el dictamen jurídico a que se refieren los considerandos 2 y 3 de esta resolución.

Notifíquese y ejecútese.

ARTICULO 2 SOLICITUD DEL REGULADOR GENERAL RELACIONADO CON SU PARTICIPACIÓN EN LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ASOCIACIÓN COORDINADORA DE ENTIDADES REGULADORAS DE CENTRO AMÉRICA (ACERCA), LA CUAL SE LLEVARÁ A CABO EN LA CIUDAD DE SAN SALVADOR, EL SALVADOR.

De inmediato el señor Regulador General somete a conocimiento de los señores miembros de la Junta Directiva, el oficio de fecha 24 de enero del 2011, por cuyo medio el señor Giovanni Hernández, Secretario de la Asociación Coordinadora de Entidades Reguladoras de Centroamérica (ACERCA), cursa formal invitación para que, los días 3 y 4 de marzo del 2011, participe en la Asamblea General de la Asociación Coordinadora de Entidades Reguladoras de Centroamérica (ACERCA), a celebrarse en la ciudad de San Salvador, El Salvador.

Después de analizado el tema, la Junta Directiva resuelve:

ACUERDO 003-006-2011

- 1) Darse por enterada del viaje que estará realizando el señor Dennis Meléndez Howell, Regulador General, para participar en la Asamblea General de la Asociación Coordinadora de Entidades Reguladoras de Centroamérica (ACERCA), actividad que se llevará a cabo los días 3 y 4 de marzo del 2011, en la ciudad de San Salvador, El Salvador.
- 2) Autorizar a la Dirección Administrativa Financiera a girar la suma que resulte necesaria para cubrir los gastos por concepto de viaje del señor Dennis Meléndez Howell, a la ciudad de San Salvador, El Salvador.

- 3) Autorizar el pago de gastos conexos como la adquisición o reproducción de material bibliográfico, llamadas telefónicas y envío de faxes oficiales, así como el uso oficial de servicios de Internet, lo anterior sujeto a la presentación de las respectivas facturas al momento de hacer la liquidación, lo anterior conforme lo disponen los artículos 31 y 52 del reglamento de viajes, gastos de viaje y transporte para funcionarios públicos.
- 4) Los gastos de transporte de taxi (casa-aeropuerto-hotel y viceversa), inscripción, viáticos e impuestos de salida de los aeropuertos correrán por cuenta de la Autoridad Reguladora. El monto de los viáticos se fijará con base en lo establecido en el Reglamento de Gastos de Viaje y Transporte para Funcionarios Públicos, incluyendo la proporción del viático que corresponda al día de partida y el de regreso, los gastos conexos y los gastos de representación debidamente justificados, en cumplimiento de los objetivos institucionales y que no excedan el monto presupuestario aprobado para este fin.

ACUERDO FIRME.

A LAS DIECISÉIS HORAS FINALIZÓ LA SESIÓN.

DENNIS MELÉNDEZ HOWELL
Presidente de Junta Directiva

EDGAR GUTIÉRREZ LÓPEZ
Miembro Junta Directiva

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN
Miembro Junta Directiva

EMILIO ARIAS RODRIGUEZ
Miembro Junta Directiva

LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO
Secretario Junta Directiva

AGL.