

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA

21-2011

30 de marzo del 2011

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA 21-2011

Acta de la sesión ordinaria número veintiuno-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 treinta de marzo del dos mil once con la asistencia de sus miembros: Dennis Meléndez Howell, Presidente; Emilio Arias Rodríguez; Edgar Gutiérrez López y Sylvia Saborío Alvarado, así como con los señores: Rodolfo González Blanco, Gerente General; Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno; Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. *Constancia de inasistencia.*

La señora **María Lourdes Echandi Gurdían** no participó en la presente sesión bajo la modalidad de video conferencia, toda vez que los servidores de Skype no permitieron realizar la conexión respectiva para efectuar la videollamada desde ARESEP, según la explicación que consta en el oficio 050-DETI-2011 de 31 de marzo de 2011, suscrito por el señor Esteban A. Castro Quirós, Jefe del Departamento de Tecnologías de Información de ARESEP.

ARTÍCULO 2. *Aprobación del Orden del Día.*

Se entró a conocer el Orden del Día de esta sesión, luego de lo cual la Junta Directiva

resolvió:

Aprobar el Orden del Día de esta sesión, en el siguiente sentido:

- i. Conocer los puntos 2.3 y 2.4 de la Agenda como asuntos de carácter informativo, hasta tanto se distribuya a la Junta Directiva el documento relacionado con el Manual de procedimientos de contratación administrativa de la ARESEP.
- ii. Excluir el punto 3.1 relacionado con el POI de la SUTEL, para que sea conocido en la sesión extraordinaria del próximo lunes 4 de abril del 2011.
- iii. Adicionar, según lo establecido en el artículo 54, numeral 4), de la Ley General de la Administración Pública, con un planteamiento de los Directores Arias Rodríguez y Echandi Gurdían, en el sentido de que la Junta Directiva en sesiones extraordinarias participe de las audiencias públicas relacionadas con metodologías tarifarias.

ARTÍCULO 3. Prórroga del Comité de Regulación.

De conformidad con lo resuelto en el artículo 5 del acta de la sesión 18-2011, celebrada el 16 de marzo del 2011, se continuó analizando una propuesta de prórroga de vigencia del Comité de Regulación, contenida en el oficio 083-RG-2011 del 22 de febrero del 2011.

De inmediato el señor **Regulador General** indicó que entiende que hay opiniones a favor y en contra de la propuesta en discusión pero, en su criterio, considera que por conveniencia institucional es necesario prorrogar el Comité de Regulación. Se ha señalado algunas de las desventajas de no tener dicho Comité. Primero, qué implicaría que el Regulador tenga que dedicarle todo su tiempo a dicho tema y dejar otros temas, lo cual podría ser secundario si fuera el caso.

Es importante que en Junta Directiva se cuente con los votos suficientes para conocer todos los asuntos que llegan en relación con las apelaciones en subsidio, lo que implicaría también que el Regulador no podría estarlas analizando. Ahora bien, quería señalar que tenía algunos aspectos que agregar a la propuesta original que se había distribuido en su oportunidad, de manera que quede constando en actas. Dicho texto indica:

□La ley 8660 modificó a la Ley 7593, en particular asignándoles funciones a la Autoridad Reguladora, que originalmente estaban asignadas al Regulador General. En uso de las atribuciones conferidas en los artículos 45 y 53, inciso l) de la Ley 7593, la Junta Directiva aprobó el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora y sus órganos desconcentrados en el que se crean las Superintendencias de Energía, Aguas y Ambiente y Transporte Público dentro de la estructura organizativa de la institución. Tanto la Procuraduría General de la República (OJ-094-2009) como el Tribunal Contencioso Administrativo (sentencia 3929-2010) han considerado que el RIOF no violenta el principio de reserva de ley en materia de potestades de imperio ni el de jerarquía normativa, por cuanto no crea ni transfiere competencias a favor de los órganos que crea, sino que asigna competencias atribuidas por ley a la Autoridad Reguladora.

Siendo que al día de hoy no ha sido posible implementar las Superintendencias, resulta necesario prorrogar la vigencia del Comité de Regulación, cuya prórroga y funciones fueron establecidas por esta Junta, en el Transitorio II del RIOF, hasta que las Superintendencias entren en funcionamiento. □

Por otra parte, quería señalar que en el considerando tercero propuesto se debe indicar artículo 53. Asimismo, hizo ver la conveniencia de agregar un sexto considerando en la propuesta de acuerdo que señale:

Que la Procuraduría General de la República, mediante opinión jurídica OJ-094-2009, del 5 de octubre del 2009, dio respuesta a una consulta formulada por varios Diputados del Partido Acción Ciudadana, en el que solicitan se aclare si dentro de las potestades legales de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, está el crear nuevas Superintendencias. La opinión jurídica concluyó que:

() *La potestad de auto organización que se reconoce a todo organismo público tiene como límite la reserva de ley en materia de potestades de imperio.//Esta potestad que comprende la creación de órganos y la distribución interna de competencias no puede constituir un mecanismo de creación de potestades de imperio ni de transferencia de competencias no autorizada por el legislador. () la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora se encuentra legalmente facultada para aprobar la organización interna del Ente Regulador (). Diversos elementos nos llevan a considerar que la atribución de estas competencias no implican una violación al principio de reserva de ley en materia de potestades de imperio, por cuanto el Reglamento no tiene como objeto transferir dichas competencias atribuidas por la Ley al Ente Regulador. () En tanto las competencias sean atribuidas a la Autoridad Reguladora como Ente y no a un órgano específico de ésta, se sigue que la Junta Directiva de la ARESEP como superior jerárquico supremo podrá decidir a cuál órgano le atribuye el ejercicio de esa competencia. ()*

Es lo que solicitaría que se incorpore al análisis del tema y ver hasta cuándo sería la prórroga dependiendo del concurso de los superintendentes. Propondría hasta finales de agosto.

Don **Edgar Gutiérrez** apuntó que en la última sesión se presentaron una serie de cuestionamientos legales que requirió mayores investigaciones sobre estos aspectos. Le parece que sobre el tema específico, con el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República y el resultado del Tribunal Contencioso se viene a aclarar que efectivamente se tiene competencia para mantener la estructuración que dio a cabo el reglamento en su oportunidad. El proyecto de acuerdo como está hoy es abundante en materia jurídica que justifica el voto afirmativo y, en ese sentido, estaría totalmente de acuerdo en aprobar la prórroga del Comité de Regulación y señalar una fecha razonable de vigencia.

La señora **Sylvia Saborío** manifestó que está de acuerdo en prorrogar la existencia del Comité de Regulación. Le parece que hay abundantes argumentos legales que indican que la Junta Directiva tiene esa facultad, lo cual es una gran suerte, porque el mismo argumento se aplicaría para no tener facultades para crear las superintendencias, lo cual plantearía un problema mucho más serio. Sería desdibujar la estructura que se ha pensando para el futuro de ARESEP. Por esas razones, está totalmente de acuerdo en prorrogar el plazo del Comité de Regulación y en cuanto al plazo, ya se han tomado varias decisiones en el sentido de que la identificación y contratación de los superintendentes se va hacer tan pronto como se pueda, pero le parece una pérdida de tiempo estar insistiendo y elevando a la Junta Directiva el tema.

Le gustaría tener suficiente tiempo para ese aspecto, sin que ello lleve a quitar la presión sobre la identificación y contratación de los superintendentes, pero no tener que pasar por esta misma formalidad de someterlo a la Junta nuevamente de aquí al final del año.

Estaría anuente de llevar el plazo, eventualmente, hasta el fin de año, con el objeto de estar seguros de que la Junta Directiva no tendrá que verlo nuevamente. Sin embargo, por el ritmo acelerado espera que esto no relaje para nada la presión sobre el objetivo fundamental, que es la contratación de los superintendentes. En eso está de acuerdo.

Don **Dennis Meléndez H.** explicó que el proyecto de acuerdo como está estructurado, es abundante en razones jurídicas que justifica el voto afirmativo de los miembros de la Junta Directiva. Estaría anuente en votarlo positivamente.

La señora **Saborío Alvarado** apuntó que estaría de acuerdo en prorrogar el Comité de Regulación, dado que existen suficientes argumentos legales para que la Junta Directiva tenga esa facultad. Ya lo había mencionado en la sesión anterior cuando se analizó el tema. Está totalmente de acuerdo en prorrogar el plazo para el Comité de Regulación.

En cuanto al plazo, quiere tener suficiente tiempo para la contratación de los superintendentes y no tener que pasar por esta misma formalidad a fin de año. Estaría anuente hacerlo a fin de año, con el fin de evitar el trámite. El objetivo fundamental es la contratación de los superintendentes.

El señor **Gutiérrez López** indicó que en relación con los plazos, le parece que no es preocupante, porque puede adoptarse un plazo largo, pero en la medida en que quede resuelto el tema de los nombramientos, ese plazo no tendrá que cumplirse hasta el final.

Doña **Sylvia Saborío** agregó que prefería señalar un plazo amplio pero manteniendo ese lenguaje de la propuesta, en el sentido de que una vez que entren en

funcionamiento los superintendentes, las respectivas direcciones pasarán a formar parte de cada Superintendencia, según corresponda.

El señor **Emilio Arias R.** hizo uso de la palabra para decir que tiene por escrito una posición de doña María Lourdes Echandi, la cual comparte en todos sus extremos y al final de su intervención, procederá a leer para que se consigne textualmente en el acta.

Sobre el Comité de Regulación ya me he pronunciado en otras oportunidades, no obstante quiero hacer dos consideraciones, una de oportunidad y otra jurídica. Es importante recalcar que frente a la propuesta que trae el Regulador General de mantener el Comité de Regulación, existe una posibilidad jurídicamente viable, que es precisamente la posibilidad de que el Regulador asuma esas funciones, como siempre funcionó y se evite tomar una decisión que hoy por hoy ha sido ampliamente cuestionada acá y por diferentes sectores como la UCCAEP, la Asociación de Consumidores y diputados de la Asamblea Legislativa. Precisamente ayer en la reunión sostenida con representantes de UCCAEP, el señor Jack Liberman manifestó dudas y cuestionó el funcionamiento del Comité.

Considera que como Órgano Colegiado, se debe tener la prudencia de valorar y analizar los diversos criterios jurídicos y escuchar opiniones distintas, máxime cuando hay otras opciones viables. Desde ese punto de vista, mantiene la posición de que como miembros de la Junta Directiva que pasan por la legitimación democrática de la Asamblea Legislativa que los ratificó, se tienen que asumir responsabilidades y el Comité de Regulación como nació originalmente fue por un periodo corto y excepcional, frente a la ausencia del Regulador y la Junta y no como ha sucedido, legitimándose con acuerdos de Junta Directiva, entre comillas, que demuestran que su origen fue pensado en otra dirección y con el tiempo se ha ido definiendo como una práctica avalada por una parte de esta Junta Directiva.

En relación con lo que el señor Regulador General leyó sobre el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, tiene en digital dicho pronunciamiento, y efectivamente lo que señala el Regulador es una parte del pronunciamiento de la Procuraduría, sin embargo, hay elementos relevantes que no incluye en la lectura de su criterio. Hay una duda absoluta sobre los alcances del RIOF y las funciones que se le otorgan a ciertos órganos en cuanto a la distribución interna de competencias y el tema de potestades de imperio. El Comité de Regulación es un órgano que no ha sido creado mediante ley, es decir, no es un órgano externo que pueda ejercer potestades de imperio.

En ese mismo documento que hace referencia el señor Regulador General, dice claramente que: *□La potestad que autoriza al Jerarca para realizar reestructuraciones*

administrativas internas, lo que puede comprender el establecimiento de nuevo órganos, o en su oportunidad una distribución interna de competencias, que no implique potestades de imperio. Como bien apunta la Sala Constitucional en la sentencia transcrita y aunado a los criterios aquí expuestos, la administración pública en ejercicio de su potestad de auto-organización, están facultadas para distribuir la reorganización para lo cual pueden disponer del establecimiento de nuevos órganos o una distribución interna de competencias que no impliquen potestades de imperio. Estas se constituyen en el límite del ejercicio de la potestad de auto-organización administrativa□

Y sigue diciendo, aunque no pretende leer todo el informe, pero le interesa dejar claro la parte de interés, *□esta sujeción es fundamental tratándose de la competencia, sea la actitud de obrar de las personas públicas o la de sus órganos, la competencia es entonces el conjunto de potestades y deberes que el ordenamiento atribuye a una persona u órgano público, en cuanto esa competencia comparte potestades de imperio, su regulación se sujeta al principio de reserva de ley. Corolario del principio de legalidad que ha sido acogido en nuestro ordenamiento jurídico*□

Y se refiere al artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública que, en el punto que interesa, dice: *□la competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio*□ Y aquí se habla y se discutió en su oportunidad, sobre las implicaciones de lo que es de la materia tarifaria y, específicamente, lo que hace el Comité de Regulación.

Igualmente, es importante recalcar que se dice claramente que ese límite va ligado con el impacto que tienen las decisiones en general, en las personas reguladas o en los usuarios que van a utilizar o que se van a ver afectados directamente con las decisiones del Comité de Regulación. Ahora bien como lo indicó al inicio, quisiera leer la posición de la Directora Echandi Gurdíán, la cual comparte en todos sus extremos y solicita se incorpore en el acta:

□Tal y como lo manifesté en la sesión 18-2011 del 16 de marzo del 2011, la propuesta de acuerdo que se somete a consideración dispone prorrogar el Comité de Regulación, contenido en el transitorio II del Reglamento autónomo de organización de ARESEP, denominado Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados -RIOF-, el cual dispone:

□Corresponderá al Comité de Regulación, ejercer las siguientes funciones:

a.- Ordenar la apertura de los expedientes tarifarios, fijar las tarifas de los servicios públicos y resolver los recursos de revocatoria que se presente contra sus actuaciones;

- b.- Ordenar la apertura, dictar actos preparatorios y resolver lo que corresponda en materia de quejas y denuncias y conocer en primera instancia los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones;*
- c.- Ordenar la apertura, dictar actos preparatorios y resolver los procedimientos administrativos sancionatorios a que se refieren los artículos 38 y 41 de la Ley 7593 y conocer de los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones;*
- d.- Coordinar los actos preparatorios necesarios para remitir a la Junta Directiva, para su resolución, las apelaciones a las fijaciones de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones;*
- e.- Otorgar o denegar el refrendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que sean remitidos para estos efectos;*
- f.- Ratificar o no los contratos que suscriba el Instituto Costarricense de Electricidad destinados a la compra de energía eléctrica que sean remitidos para estos efectos. □*

El Comité de Regulación es un órgano 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.

El Comité de Regulación es un órgano interno, creado, vía reglamento autónomo de organización, por el jerarca de la institución y como tal no puede tener atribuciones cuyo ejercicio repercuta de forma directa en la esfera de los ciudadanos. 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.

A pesar de ello, frente al ejercicio por parte del Comité de Regulación, de muchas de las anteriores atribuciones, no sólo los sujetos regulados o concesionarios de los servicios públicos pueden verse afectados, sino también todos los usuarios de los servicios públicos, es decir, todos los ciudadanos de este país.

Esta circunstancia deja al descubierto que se intenta atribuir a ese Comité la posibilidad de ejercer potestades de imperio, esto es, relativas a la actividad administrativa de carácter externo que despliega sus efectos jurídicos en la esfera de los particulares, afectando, beneficiando o reduciendo derechos fundamentales como los previstos en el artículo 46 párrafo último de la Constitución Política, así como situaciones jurídicas administrativas consolidadas, como en el caso de los concesionarios.

No se trata, entonces, de una mera actividad interna, sino todo lo contrario. Los efectos jurídicos de las decisiones de este Comité escapan de la esfera de la propia institución.

Ese mecanismo, a mi juicio, es claramente inconstitucional. Me apoyo para hacer esta afirmación en lo que la Doctrina ha señalado de modo claro y pacífico al respecto: *□ 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 Administrativo. En el mismo sentido véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo.

Por ello, estimo que el *□ alto grado de urgencia □* de prorrogar el citado Comité de Regulación por su inminente vencimiento el próximo 9 de abril, alegado en el considerando décimo octavo del proyecto de acuerdo que se discute, no existe en el tanto es el Regulador General, como órgano externo, quien puede y debe ejercer las atribuciones asignadas a este Comité de Regulación de modo inconstitucional e ilegal.

Ante ello, debo manifestar que estoy en desacuerdo con la creación y las atribuciones del Comité de Regulación, las cuales son inconstitucionales por violar el artículo 120 inciso 20) de la Constitución Política al asignársele, sin previa autorización legal a un órgano interno, potestades de imperio propias de los órganos externos.

El razonamiento anterior, también se aplica a las superintendencias de agua, energía y transportes, órganos internos creados por el mismo reglamento autónomo de organización, RIOF, a los cuales les fueron asignadas, por esa vía, potestades de imperio.

Algo que estimo debe quedar en evidencia es que, precisamente, por el impacto que tienen las decisiones de los órganos externos de la ARESEP sobre la esfera de los particulares, es que resulta necesario que los nombramientos de los funcionarios con competencias externas sean ratificados por la Asamblea Legislativa, todo ello con el propósito de brindarles a sus decisiones legitimidad democrática.

Sobre el artículo 37 de la ley de la ARESEP

Por otra parte, además, estimo que el Comité de Regulación es ilegal, en tanto viola el artículo 37 de la Ley de la ARESEP, como lo voy a exponer de seguido.

Efectivamente, esta tesis, inclusive, es confirmada de modo expreso por el propio legislador en la reciente reforma del artículo 37 de la ley de la ARESEP operada mediante el artículo 41 aparte g) de la Ley N° 8660 del 8 de agosto de 2008.

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 N° 8660 del 8 de agosto de 2008 da por supuesto que estableció en la ley el órgano externo competente que *□resolverá en definitiva toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas□ al indicar □quien, de conformidad con esta Ley, deba resolver□*, lo cierto es que no lo hizo, vació que debe resolverse conforme 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. □

Frente a tal disposición, es preciso señalar que sólo podrá atribuirse esa potestad a los órganos externos de la ARESEP, es decir, los establecidos en el artículo 45 de su ley:

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

Es claro, por las razones antes indicadas, que el órgano externo de la ARESEP con funciones más similares al Comité de Regulación y a las 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.

Sobre la opinión jurídica OJ-094-2009 de 9 de octubre del 2009 de la PGR

La PGR emitió una opinión jurídica, que aclaro no es un dictamen si no una mera opinión jurídica y por tanto no tiene los efectos legales vinculantes de un dictamen de este órgano superior técnico jurídico de la administración pública.

En su opinión OJ-094-2009 la PGR admite que el artículo 45 de la Ley de la ARESEP determina que está conformada por cuatro órganos externos específicos:

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

Indica que cualquier otro órgano que no esté comprendido en el artículo 45 debe ser considerado un órgano interno.

Señala que el inciso 1) art. 53 de la Ley de la ARESEP reconoce la potestad de auto organización de la ARESEP, que a lo interno corresponde a su Junta Directiva.

Textualmente, 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, detalla las competencias de las superintendencias en el RIOF y estima lo siguiente:

□Hemos retenido esas funciones porque manifiestan de modo muy claro la potestad de regulación que se ha atribuido a la ARESEP y algunas implican poderes de imperio. Potestades, entonces, que sólo pueden ser atribuidas por ley.□

Finalmente, la PGR concluye que porque las superintendencias creadas por reglamento no son órganos de desconcentración máxima, entonces el reglamento interno asigna, no

transfiere, competencias a las superintendencias, cuya denominación, por cierto, censura con razón.

El razonamiento seguido por la PGR, sin embargo, deja de lado el hecho de que tal asignación de competencias, sólo puede darse entre los órganos externos creados por el legislador, no así entre órganos internos creados por la propia administración mediante un reglamento interno de organización como es el RIOF, todo lo cual dispone el artículo 120 inciso 20) de la Constitución Política.

Sobre la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial relacionada

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, sigue el mismo razonamiento que la Procuraduría General de la República.

(□) De inicio, debe aclararse que estamos frente a un reglamento de organización dictado por un ente que goza de autonomía administrativa y técnica. Desde esta perspectiva, si bien el artículo 45 de la Ley 7593 dispone una estructura inicial, lo cierto es que también habilita al ente a establecer su organización interna, para un mejor cumplimiento de las competencias asignadas. Esa atribución se confirma en el ordinal 53 inciso l) de la misma ley, en la que se establece que corresponde a la Junta Directiva aprobar la organización interna de la Autoridad Reguladora y el estatuto interno de trabajo. Así, es claro que fue el propio legislador quién habilitó al ente la posibilidad de crear los órganos que considerara necesarios para una adecuada salvaguarda de los fines públicos que le fueren encomendados; razón por la cual lo regulado en el citado artículo 2 no amplía el numeral 45 legal (que expresamente contempló la posibilidad de que el ente se diera su propia organización) sino que se ajusta al bloque de legalidad y en nada violenta el principio de jerarquía de las fuentes. (□) Se impugnan también las normas reglamentarias que otorgan competencia a cada una de las superintendencias que señalan los preceptos 2 y 16 ya indicados. En este sentido, los artículos 20, 22 y 24 establecen la competencia general de las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes (□), respectivamente. Es criterio de este Tribunal que, en general, la competencia asignada a cada uno de esos órganos encuentra total sustento en el artículo 5 de la citada Ley No. 7593. (□) no observa este Tribunal que las disposiciones reglamentarias impugnadas violentan el Principio de Jerarquía de las Fuentes o de Legalidad. Primero, porque no se crean órganos desconcentrados. Segundo, porque las normas impugnadas se limitan a distribuir competencias que ya habían sido establecidas por ley. En conclusión, no existe vicio alguno que deba declararse. Por otra parte, estiman estos juzgadores las normas citadas se encuentran debidamente motivadas, en tanto desarrollan preceptos legislativos preexistentes. (□) Teniendo presente que no se está creando competencia alguna vía reglamento (porque ésta fue creada en el artículo 5 de la Ley No. 7593), es claro que, de conformidad con el artículo 59 inciso 2) de la Ley General de la

Administración Pública, es posible su distribución interna vía reglamento, sujeto éste, claro está, a cualquier futura ley sobre la materia. A mayor abundamiento, nótese que las competencias definidas en el artículo 5 legal indicado, fueron atribuidas en forma genérica al ente (ARESEP). Además en los numerales 45 y 53 l) reservan a la Junta Directiva la facultad de establecer su organización interna, a fin de un mejor cumplimiento de sus funciones. Se reitera que esa facultad fue, precisamente, la que se ejerció con el dictado del Reglamento que se impugna, delegando en los mencionados órganos las distintas competencias legales atribuidas al ente. Delegación que, por demás, se ajusta a los límites que establece el ordinal 90 de la LGAP. (□) □

Como se puede comprobar, este fallo, tal y como lo hice ver en la sesión 18 del 2011, tampoco analiza los límites constitucionales antes evaluados, a saber, la imposibilidad de atribuir potestades externas a entes internos.

En suma, en efecto, ni la PGR ni el Tribunal Contencioso Administrativo consideran los límites constitucionales de los Reglamentos autónomos de organización. Conforme a los límites constitucionales a los órganos internos no puede asignársele potestades de imperio vía reglamento interno de organización, si se le asignan a un órgano interno potestades de imperio, vía reglamento autónomo de organización en realidad se crea un órgano externo sin la reserva legal que establece la Constitución Política. □

El señor **Presidente de la Junta** comentó que quería aclarar que, con toda franqueza, no tiene ningún problema en asumir las funciones del Comité de Regulación. Le preocupa un poco para atrás, qué implicaría en términos de todo lo que se ha venido actuando. Sería un reconocimiento abierto de que todo lo actuado contenía algún elemento jurídico que invalidaría todo lo que se ha venido haciendo, lo cual le provoca mucha preocupación.

De todas maneras, siente que de aquí en adelante lo que se pueda decidir también estaría en las mismas condiciones hacia atrás. Desde ese punto de vista, le parece que sería un poco peligroso que reconozcamos de una vez, sin estar al menos su persona en este caso, seguro de que lo que se ha hecho no ha estado ajustado a la legislación y a la Constitución Política. Sería un reconocimiento tácito de lo que lo actuado no estuvo correcto.

Por otra parte, quería consultar al señor Juan Manuel Quesada que, en estas condiciones, qué sucedería si la Junta Directiva toma la decisión de prorrogar el Comité de Regulación y posteriormente, se llegue a declarar que había algún vicio de inconstitucionalidad, qué implicaría hacia atrás. O bien, qué pasaría en este momento si la

Junta Directiva simplemente no prorroga el Comité de Regulación, pero de todas maneras se llega a determinar que lo que se había hecho era inconstitucional, cuáles serían las consecuencias de eso e implicaciones para la Junta Directiva.

Don **Juan Manuel Quesada** explicó que por lo general, en cuanto a las implicaciones para terceros, es usual que la Sala Constitucional cuando declara la inconstitucionalidad de una norma, dimensiona sus votos y protege precisamente aquellos terceros que hayan adquirido derechos de buena fe en aplicación de esas normas. Eso puede ser un efecto hacia terceros si se declarara inconstitucional la asignación de esas competencias a dichos órganos creados por la Junta Directiva.

A nivel personal, le sería difícil decir cuáles serían las implicaciones pero le parece que la propuesta que se somete, es clara y expone cuáles son los fundamentos y los instrumentos jurídicos sobre los que se basa la decisión que, a su criterio, son suficientes. Eventualmente, si se habría que establecer alguna responsabilidad pues le parece que ese puede ser uno de los elementos a considerar.

El director **Arias Rodríguez** señaló que eso parece fácil, pero en realidad no es lo mismo cuando se ha tenido los argumentos y las posiciones jurídicas al tener dos opciones a escoger y una tiene argumentación como la que se ha hecho. Considera que no es tan fácil como cuando se tiene sólo una opinión jurídica. En dado caso, que eso se analice de esa forma ya a profundidad, se podría evidentemente demostrar que este tema se ha discutido muchas veces en Junta Directiva y que se han hecho diversas posiciones jurídicas o argumentos en una dirección.

Entonces que el tema de la responsabilidad, si bien es cierto, se analiza de esa forma general, también se entra a analizar cuáles fueron los insumos con los que contó el órgano colegiado para tomar la decisión. Si es un insumo de una sola vía, es una cosa, pero si hay varias posiciones jurídicas, efectivamente no se puede decir que se tomó una decisión desconociendo que existía la posibilidad, máxime en este caso, que se tienen opciones distintas a esta, legítimas. Lo cual quiere dejar muy claro.

Ante una consulta del señor **Auditor Interno** en el sentido que si el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República era una solicitud específica sobre el tema, don **Emilio Arias** comentó que no era sobre este tema, sino de las superintendencias. Incluso, es importante recalcar que la consulta dentro de lo que entra a considerar la Procuraduría, para efectos nuestros, no es vinculante. Eso como primer elemento.

Un segundo elemento, es que la consulta se hace en referencia a las superintendencias, y es una consulta muy general. Lo que se habla dentro del pronunciamiento de la Procuraduría sobre el tema de las potestades de imperio, es un elemento que la Procuraduría debe externalizar, pero en el fondo la pregunta no es nada del Comité de Regulación. Lo que se está haciendo por parte del señor Regulador, en este caso, es una interpretación tratando de encajar ese pronunciamiento de la Procuraduría con el tema del Comité de Regulación, pero no es específicamente una pregunta sobre el Comité de Regulación.

Don **Luis Fernando Sequeira** advirtió sobre la importancia de evaluar muy bien los riesgos que puede acarrear y que esté debidamente respaldada la posición por la Dirección de Asesoría jurídica y Regulatoria.

El señor **Arias Rodríguez** comentó que quería agregar un elemento. Si la Junta Directiva tuviese que tomar una decisión entre A y B y sólo hay una posición única de que B es la que debería tomarse, porque es la que está jurídicamente sustentada, entendería en ese caso tomar esa decisión.

Pero es importante dejar claro que se ha analizado y discutido en varias oportunidades, que no solamente esa opción B es la jurídicamente viable, incluso, la posibilidad de que el señor Regulador General asuma la regulación como lo venía haciendo antes de la modificación de la Ley, es una posición jurídicamente viable, que ya fue aplicada porque la ley lo definía así en su momento. Dentro de lo que se leyó hablaba precisamente sobre las lagunas que tenía la reforma que se hizo a la ley de Aresep.

De manera que si se entra a hacer un análisis de cómo venía aplicándose ese procedimiento a nivel de la institución, quién tenía a cargo esas funciones era el Regulador General. Si fuera quien tiene que tomar una decisión en otras circunstancias, efectivamente buscaría tomar una decisión que esté jurídicamente validada y que no esté cuestionada. Lo más irracional es tomar una decisión cuestionada si hay una que es jurídicamente validada. No es lo mismo decidir entre A y B o decidir entre A, B y C y que uno de esas tres no es cuestionada. Ahí es donde se refiere a que las responsabilidades personales también tienen sus límites.

Si tiene insumos suficientes para decidir o tener una opción que no es cuestionada y es validada para todos los pronunciamientos jurídicos, considera que decidiría una opción segura y no se iría por una que podría ser cuestionada.

El señor **Meléndez Howell** indicó que quería comentar a los señores directores que, de su parte, no tiene ningún inconveniente en asumir las funciones de

fijaciones tarifarias y demás, asignadas al Comité de Regulación, sin ningún problema. Si le preocupa los argumentos que se han dado en un sentido y el otro. Además, le preocupa el hecho de que si automáticamente se reconoce que esto es así, todo lo establecido en el RIOF deja de tener efecto.

De manera que no se podría asignar a las superintendencias la función principal que se suponía que tendrían, que es precisamente la fijación en primera instancia de las tarifas. Esa es la preocupación fundamental. No es tanto el hecho de si se toma o no. Al final de cuentas, tendría que seguir recurriendo al mismo equipo técnico para que le asesore y prepare las propuestas. Tendría que dedicar estudio, porque no se puede tampoco aceptar, de buenas a primeras, lo que le sometán. Implicará tiempo, pero no tiene temor ni ningún inconveniente de hacerlo. Le preocupa esos dos aspectos.

Ahora, le saltan dudas de cómo es posible que cuando se hace una ley como esta, no se contemple esos elementos, porque si anteriormente se decía que las funciones de fijación tarifaria le correspondían al Regulador General, y en el cambio que se hizo en la ley se cambió eso, precisamente que ya no era del Regulador sino de la Autoridad Reguladora, y no sólo eso, sino que en el artículo 37, se establece que hay un plazo determinado para la fijación de las tarifas y que si en ese plazo no se ha hecho dicha fijación, corresponde al Regulador General sancionar a quien haya retrasado la toma de esa decisión.

Para su persona es muy claro que dentro del interés del legislador estaba el hecho de que, efectivamente no tenía que ser necesariamente el Regulador el que tomara esas decisiones. Al menos, con lo que dice el artículo 37, le parece que no tendría sentido, sería una contradicción que la misma ley le esté diciendo que se tiene un período determinado para tomar la decisión y si no se tomó, se tiene que sancionar. Es algo incoherente.

Ahora si hay ahí algún problema de orden constitucional o no, desconoce si esta ley pasó por la Sala Constitucional, fue revisada en su oportunidad. Si ha habido alguna consulta sobre esa naturaleza o si ya con lo que ha dicho la Procuraduría. Ya lo ha dicho don Emilio que esto no es vinculante pero si lo que dijo el Tribunal Contencioso Administrativo, donde es muy claro el hecho de que la consulta está bien, en este caso, se hizo en términos de las superintendencias, pero el elemento fundamental de las superintendencias era precisamente la atribución de la competencia de las fijaciones tarifarias. De manera que si existe un ligamen directo en eso.

El señor *Emilio Arias* manifestó que era importante aclarar que los límites evaluados en ambos documentos, no alcanza lo que la Junta Directiva está discutiendo en este momento. Es importante replantearlo porque en el caso de la Procuraduría hace una

referencia pero es una consulta de otro tema, no entra a hacer un estudio específicamente del Comité de Regulación. Tampoco el Tribunal Contencioso entra a profundizar sobre esos temas.

A veces se puede hacer referencia a documentos, pero en este caso, si se tuviera un pronunciamiento de la Procuraduría específicamente sobre el Comité de Regulación, entonces podría decir que si ustedes consideran basarse en eso, tiene un asidero, la Procuraduría se pronunció, pero en este caso, no existe. Entonces la decisión que ustedes tomarían es una decisión que no tiene respaldo sobre un caso que analice el Comité de Regulación. Como referencia está bien, pero no entrar a profundizar sobre eso.

La señora *Sylvia Saborío* indicó que, desde su posición, le parece perfectamente convincente los antecedentes y argumentos que se han presentado para la legalidad del Comité de Regulación. Aparte de la legalidad, considera inconcebible que una ley impida a que una institución pueda reorganizarse de la mejor forma para desempeñar las funciones que la misma ley le asigna. Esto puede ser una legalidad, pero como economista y sentido común, es incomprensible que así sea. Quiere dar el beneficio de la duda a los diputados y no pensar que le pusieron una "camisa de fuerza" de esa magnitud a esta institución que va mucho más allá de lo que considera razonable.

Por lo demás, le parece que esta es la situación legal, pero además considera que las alternativas son todas peores, una recargar las funciones al Regulador General, dado que lo distrae de aspectos más fundamentales que tiene. Además, pone entre dicho lo actuado hacia atrás y el futuro. De todas esas perspectivas, considera que es sumamente inconveniente conceder no solo el punto, incluso la posibilidad, hasta que demuestren lo contrario.

Considera que hay sobrados argumentos para pensar que eso no es así de lógica y de legalidad, y mantiene su posición de que, ante esas alternativas, la mejor es continuar el Comité de Regulación.

El director *Arias Rodríguez* comentó que es importante recalcar que la ley de ARESEP no es la que generó esa limitación que hace referencia doña Silvia Saborío. Se está hablando de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), que no es particular para el ARESEP. Es para todos los entes que deben actuar de conformidad con la LGAP.

Es decir, la facultad o la posibilidad que se tiene de auto-organizarse no se está cuestionando, lo que tiene son límites y los límites son los que se hace referencia en estos documentos. No es que los diputados limitaran. De hecho se tiene posibilidades de hacer un RIOF. Lo que no se tiene es la posibilidad de darle a órganos de ese RIOF

competencias o facultades que no le corresponde de acuerdo con los límites que establece la LGAP.

Ese es el punto y luego otro elemento que le parece muy complicado es que, dentro del razonamiento para votar esto, se diga que el razonamiento de poner en peligro lo está hacia atrás se pueda caer, o que es casi dar por sentado que lo que está hacia atrás estuvo mal hecho. En este tema, le parece que cuando se encuentra en el camino un elemento para efectos de determinar que hay un procedimiento que se está llevando no conforme a derecho, lo que procede es actuar y enderezar los procedimientos.

Considera que sería peor no enderezarlos bajo esa justificación. Si hay suficientes elementos o si hay duda, lo que procedería es tomar una decisión, por lo menos, que no es su caso, por su posición en este asunto. Pero si tiene que volver a repetir, tres opciones, dos que son viables que no son cuestionables y tiene una que está cuestionada, la lógica por lo menos de su persona, en tomar la decisión que no le genere ningún tipo de riesgo y el nivel de riesgo de esto es tomar una decisión que puede estar al margen de la ley.

La directora **Saborío Alvarado** comentó que no está concediendo siquiera la duda de que esto no sea correcto. No es ese su argumento. Cree que es constitucional. Su argumento no se basa en que sería un cuestionamiento de lo actuado hasta la fecha, aunque eso sería muy grave que se diera. Pero eso no es base de su argumento. Su posición está basada en los argumentos legales y los precedentes que se han establecido ahí y por razones de conveniencia institucional, considera que sería inconveniente y que por eso fue que se cambió en su oportunidad que se trasladaran esas funciones del Regulador a la Institución como tal cuando se hizo la reforma.

Siente que pertenecen o se las dieron a la Institución y se vuelve en un asunto interno de cómo la Institución las organice para desempeñar las funciones que le fueron encomendadas por ley y, por tanto, sigue votando a favor de la extensión.

Don **Edgar Gutiérrez** señaló que en realidad respeta todos los argumentos que ha hecho don Emilio Arias, pero para el caso no lo comparte porque le parece que está debidamente justificada la propuesta del acuerdo sobre la prorroga de vigencia del Comité de Regulación. Desde luego, entiende la responsabilidad de que cada uno asume cuando emite su voto, pero piensa que hay muchas razones, no sólo de hecho, sino de derecho que respaldaría la posición. Por eso mantiene su posición de su voto a favor.

El señor **Regulador General** comentó que el tema lo ha conversado con otros reguladores en Centroamérica y Atlanta. La tendencia moderna es que los entes reguladores no son unipersonales en el sentido de que ya en el mundo han ido

desapareciendo aquellas personas que tienen bajo su responsabilidad el manejo de un equipo y que son los que toman las decisiones. No tiene un cuerpo deliberante que le ayuda a tomar ese tipo de decisiones. Esa tendencia de ese tipo de organismos ha ido desapareciendo.

La Contraloría General de la República (CGR) entendería que tampoco es un organismo unipersonal, ya que la Contralora General tiene que tomar necesariamente todas las decisiones o salir a afirmar todo lo que sale de la CGR. Lo mismo entiende sucede con la PGR. En ese aspecto, es donde desconoce las razones de ese cambio a la Ley del Aresep. La intuición le dice que podría ir en esa dirección de manera que la Aresep dejara de ser un ente unipersonal y se reconociera que, efectivamente, es un organismo que puede tener las funciones distribuidas y que haya diferentes instancias que puedan tomar diferentes tipos de decisiones.

En este sentido, por lo menos el último párrafo del pronunciamiento de la PGR, dice *“en tanto las competencias sean atribuidas a la AR como ente y no a un órgano específico de ésta, se sigue que la JD del Aresep como superior jerárquico supremo, podrá decidir a cuál órgano le atribuye el ejercicio de esas competencias”*. En este caso, le queda muy claro de que efectivamente la ley le atribuye a la Autoridad Reguladora como ente, la función de la fijación de las tarifas. Eso unido al famoso artículo 37, pues le dice que eso estaba previsto para verlo en esa dirección.

Considera importante lo que indica don Luis Fernando Sequeira, en el sentido de que deberíamos respaldarnos con un pronunciamiento formal de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. Estaría dispuesto a votar esto y acompañar eso con el voto afirmativo para aprobar esta prórroga y como no va quedar en firme, sino hasta la próxima sesión, quedaríamos en firme a ese pronunciamiento de la Asesoría Jurídica.

En la próxima sesión cuando se vea el acta para dejarlo en firme, se puede pedir una revisión eventualmente. Entiende que la parte que hay que decir ya está dicho, en este acuerdo, pero para que haya ese respaldo adicional, por lo demás hay que tomar decisiones en esta vida y todo le parece indicar que efectivamente eso está correcto de esa forma.

El señor **Emilio Arias** indicó que tenía una observación sobre el particular. El informe que puedan solicitar hoy no puede considerarse como el elemento de sustento de la votación de hoy. Es decir, ustedes están tomando una decisión con la propuesta que trajo el Regulador General y mientras el acta queda firme, ustedes van a tener un insumo adicional, pero no es el insumo con el cual están votando. Porque lo que no quisiera es que después se tome una decisión y se acuerpe y se le adjunte el informe como si ustedes tomaron la decisión con ese informe.

De lo contrario, en ese caso se estaría invalidando la posibilidad de los que no estamos votando sobre ese informe. Si ustedes quisieran que esa sea las justificaciones para el acuerdo lo toman cuando tienen efectivamente el informe. Pero, si el informe llega después no se podría ni siquiera considerar en actas así y mucho menos, porque estaría validando un acuerdo con un insumo que ni siquiera se discutió en Junta Directiva y ni lo vimos en el momento que se sometió a consideración el tema.

La señora **Saborío Alvarado** enfatizó en el hecho de que no creía que se necesite un informe adicional, además no sabe si hay más argumentos que los que ahí se indicaron. En su criterio, esos son suficientes.

Don **Dennis Meléndez** indicó que está claro que eso no va ser el sustento de eso, pero si podría ser el sustento para tomar la decisión contraria, si fuera el caso en que la DAJR está advirtiéndole de la existencia de algunos elementos que ponen en duda el hecho de que la decisión que se tomó en la sesión anterior, estaba incorrecta. Ahí se propondría una revisión del acuerdo y dado el nuevo argumento se estaría tomando esa decisión de revocar lo que se había hecho. Ahora, si el dictamen de la División Jurídica nos dice que concuerda con todo lo que dice acá, ya eso es un elemento simplemente de tranquilidad, no de justificación.

El señor **Juan Manuel Quesada** indicó que quería adelantar a la Junta que, la propuesta que aquí se sometió la comparte totalmente. Le parece que jurídicamente es la correcta y el dictamen que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria tuviera que emitir iría en esa misma línea.

En referencia a la propuesta a la que se refiere Juan Manuel y el Regulator, en el sentido de contratar un especialista en Derecho Constitucional, para que haga un estudio referente a la constitucionalidad del Comité, debo decir que yo estaría totalmente de acuerdo, creo que sería interesante incluso hacer un conversatorio, donde se expongan los diferentes criterios y así evaluemos un tema tan serio como este. Igualmente lamento la posición de doña Silvia Saborío, quien ha manifestado que ella no necesita del insumo y que está totalmente clara. Creo que este tema así como otros que hemos discutido, no debe verse con ligereza, por el contrario requiere de un estudio serio y profesional.

De inmediato se sometió a votación la propuesta de acuerdo conocida en esta oportunidad, don **Dennis Meléndez**, doña **Sylvia Saborío** y don **Edgar Gutiérrez**, fueron del criterio de emitir su voto positivo en el sentido de prorrogar la vigencia del Comité de Regulación, mientras que don **Emilio Arias Rodríguez** se pronunció en contra, ello por los

motivos antes consignados.

Analizado el tema, la Junta Directiva

Considerando:

PRIMERO: Que la reforma operada mediante Ley No. 8660 del 8 de agosto de 2008 a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593 atribuyó a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos competencias asignadas, originalmente, al Regulador General de modo exclusivo.

SEGUNDO: Que la Ley No. 7593, en su artículo 45 dispone que la Autoridad Reguladora estará facultada para establecer su organización interna, a fin de cumplir sus funciones.

TERCERO: Que la Ley No. 7593, en su artículo 53 inciso l) establece como competencia de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, el aprobar su organización interna.

CUARTO: Que mediante acuerdo 001-021-2009, de la sesión 021-2009, de 19 de marzo de 2009, se aprobó por parte de esta Junta Directiva, el Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados (RIOF), publicado en el Alcance 13 a La Gaceta 69, de 8 de abril de 2009. Dicha reglamentación introduce una serie de cambios administrativos y estructurales en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos que responden, en gran medida, a la reforma legal incorporada por la Ley No. 8660, como son la creación de Superintendencias dentro de la estructura organizativa de la Autoridad Reguladora.

QUINTO: Que mediante acuerdo 3, del acta de la sesión extraordinaria 025-2009, celebrada por la Junta Directiva el 2 de abril de 2009 y ratificada el 3 de abril del mismo año, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, creó entre otras, las plazas de Superintendente de Energía, Superintendente de Aguas y Ambiente y Superintendente de Transporte Público. (folio 2 del expediente Concurso 06-2009, Superintendentes)

SEXTO: Que la Procuraduría General de la República, mediante opinión jurídica OJ-094-2009, del 5 de octubre del 2009, dio respuesta a una consulta formulada por varios Diputados del Partido Acción Ciudadana, en el que solicitan se aclare si dentro de las potestades legales de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, está el crear nuevas Superintendencias. La opinión jurídica concluyó que:

□(□) La potestad de auto organización que se reconoce a todo organismo público tiene como límite la reserva de ley en materia de potestades de imperio.//Esta potestad que

comprende la creación de órganos y la distribución interna de competencias no puede constituir un mecanismo de creación de potestades de imperio ni de transferencia de competencias no autorizada por el legislador. (□) la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora se encuentra legalmente facultada para aprobar la organización interna del Ente Regulador (□). Diversos elementos nos llevan a considerar que la atribución de estas competencias no implican una violación al principio de reserva de ley en materia de potestades de imperio, por cuanto el Reglamento no tiene como objeto transferir dichas competencias a favor de los órganos que crea, sino que lo que produce es una asignación de las competencias atribuidas por la Ley al Ente Regulador. (□) En tanto las competencias sean atribuidas a la Autoridad Reguladora como Ente y no a un órgano específico de ésta, se sigue que la Junta Directiva de la ARESEP como superior jerárquico supremo podrá decidir a cuál órgano le atribuye el ejercicio de esa competencia. (□)□

SÉTIMO: Que dentro del proceso contencioso administrativo interpuesto por el Sindicato de Ingenieros y Profesionales del ICE contra la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, cuya pretensión principal era que se declarara la nulidad de los artículos del RIOF que crearon las Superintendencias de Energía, de Aguas y Saneamiento y de Transporte Público, dentro de la estructura organizativa de la Autoridad Reguladora, por considerar que se violentaban los principios de jerarquía normativa, de legalidad y de fundamentación de los actos propios, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial, emitió la sentencia 3929-2010, de las 16:00 horas del 20 de octubre de 2010, en la que declaró sin lugar en todos sus extremos el proceso, al considerar que:

□(□) De inicio, debe aclararse que estamos frente a un reglamento de organización dictado por un ente que goza de autonomía administrativa y técnica. Desde esta perspectiva, si bien el artículo 45 de la Ley 7593 dispone una estructura inicial, lo cierto es que también habilita al ente a establecer su organización interna, para un mejor cumplimiento de las competencias asignadas. Esa atribución se confirma en el ordinal 53 inciso l) de la misma ley, en la que se establece que corresponde a la Junta Directiva aprobar la organización interna de la Autoridad Reguladora y el estatuto interno de trabajo. Así, es claro que fue el propio legislador quién habilitó al ente la posibilidad de crear los órganos que considerara necesarios para una adecuada salvaguarda de los fines públicos que le fueren encomendados; razón por la cual lo regulado en el citado artículo 2 no amplía el numeral 45 legal (que expresamente contempló la posibilidad de que el ente se diera su propia organización) sino que se ajusta al bloque de legalidad y en nada violenta el principio de jerarquía de las fuentes. (□) Se impugnan también las normas reglamentarias que otorgan competencia a cada una de las superintendencias que señalan los preceptos 2 y 16 ya indicados. En este sentido, los artículos 20, 22 y 24 establecen la competencia general de las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes (□), respectivamente. Es

criterio de este Tribunal que, en general, la competencia asignada a cada uno de esos órganos encuentra total sustento en el artículo 5 de la citada Ley No. 7593. (□) no observa este Tribunal que las disposiciones reglamentarias impugnadas violentan el Principio de Jerarquía de las Fuentes o de Legalidad. Primero, porque no se crean órganos desconcentrados. Segundo, porque las normas impugnadas se limitan a distribuir competencias que ya habían sido establecidas por ley. En conclusión, no existe vicio alguno que deba declararse. Por otra parte, estiman estos juzgadores las normas citadas se encuentran debidamente motivadas, en tanto desarrollan preceptos legislativos preexistentes. (□) Teniendo presente que no se está creando competencia alguna vía reglamento (porque ésta fue creada en el artículo 5 de la Ley No. 7593), es claro que, de conformidad con el artículo 59 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, es posible su distribución interna vía reglamento, sujeto éste, claro está, a cualquier futura ley sobre la materia. A mayor abundamiento, nótese que las competencias definidas en el artículo 5 legal indicado, fueron atribuidas en forma genérica al ente (ARESEP). Además en los numerales 45 y 53 l) reservan a la Junta Directiva la facultad de establecer su organización interna, a fin de un mejor cumplimiento de sus funciones. Se reitera que esa facultad fue, precisamente, la que se ejerció con el dictado del Reglamento que se impugna, delegando en los mencionados órganos las distintas competencias legales atribuidas al ente. Delegación que, por demás, se ajusta a los límites que establece el ordinal 90 de la LGAP.(□)□

OCTAVO: Que mediante concurso N° 6-2009 se promovió la Contratación de ocho puestos de nivel gerencial, dentro los cuales estaban incluidos los puestos de Superintendentes de Aguas, Energía y Transporte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. La invitación a dicho concurso fue publicada en el Diario La Nación el día 24 de mayo de 2009. (folio 22 del expediente Concurso 06-2009, Superintendentes)

NOVENO: Que con la entrada en funciones de la actual Junta Directiva de la Aresep se ha retomado el tema, analizando en la sesión ordinaria 032-2010 del 8 de setiembre de 2010, la posibilidad de nombrar los tres cargos de superintendente a partir del concurso efectuado y de los candidatos potencialmente elegibles. Se acordó en esa sesión, mediante acuerdo 010-032-2010 continuar analizando en una próxima sesión, lo relativo al concurso para nombrar las plazas de tres superintendentes de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en el entendido de que la Administración, en atención a lo señalado por el señor Auditor Interno, evaluará la conveniencia de continuar con el proceso o, su defecto, anularlo e iniciar un nuevo procedimiento para nombrar dichas plazas

DÉCIMO: Que mediante acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010, de 4 de octubre de 2010, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora considerando: a) que a esa fecha no había sido posible implementar las Superintendencias de Agua y Saneamiento,

de Energía y de Transporte Público, dentro de la estructura organizativa de la Autoridad Reguladora, b) la necesidad de definir transitoriamente el órgano encargado de realizar las funciones encomendadas a dichas Superintendencias, mientras estas entran en funcionamiento y c) el vencimiento del plazo otorgado en el artículo 50 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados (RIOF), adicionó dos nuevos transitorios a dicho reglamento.

DÉCIMO PRIMERO: Que en el Transitorio II de dicho reglamento, se dispuso prorrogar la vigencia del Comité de Regulación y disponer que las actuales Direcciones de Servicios de Energía, de Servicios de Agua y Ambiente y de Servicios de Transporte asumieran las funciones que el RIOF le asigna a las Superintendencias, con excepción de las funciones asignadas al Comité de Regulación. Esta medida rige a partir del 9 de octubre de 2010 y hasta por un plazo de seis meses. Esta reforma fue publicada en La Gaceta No. 203, de 20 de octubre de 2010.

DÉCIMO SEGUNDO: Que mediante acuerdo 003-043-2010 de la sesión ordinaria 043-2010, celebrada por la Junta Directiva el 20 de octubre de 2010 y ratificada el 25 del mismo mes y año, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora; aplicando criterios de oportunidad y conveniencia y en procura de satisfacer el interés público, declaró desierto el concurso 06-2009, en lo que se refiere a las plazas de Superintendentes de Energía, Transportes y Aguas.

DÉCIMO TERCERO: Que mediante acuerdo 004-043-2010 de la sesión ordinaria 043-2010, celebrada por la Junta Directiva el 20 de octubre de 2010 y ratificada el 25 del mismo mes y año, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora resolvió aprobar la descripción de clase y cargo de los puestos de superintendentes de agua, energía y transporte.

DÉCIMO CUARTO: Que mediante acuerdo 005-043-2010 de la sesión ordinaria 043-2010, celebrada por la Junta Directiva el 20 de octubre de 2010 y ratificada el 25 del mismo mes y año, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora resolvió:

□(□)

1. *Ordenar el inicio de un nuevo proceso para reclutar y seleccionar los candidatos a los puestos de Superintendentes de Aguas, Energía y Transportes de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.*
2. *Solicitar a la Administración que a la mayor brevedad inicie el trámite de contratación del consultor o la empresa consultora que apoyará al Departamento de Recursos Humanos en el reclutamiento, la evaluación y la preselección de los (las) candidatos (as) a ocupar dichos puestos de Superintendentes, debiendo*

definirse como primer paso, sus perfiles, los cuales deberán someterse a aprobación de esta Junta Directiva.

3. *El proceso para reclutar y seleccionar a los Superintendentes de Aguas, Energía y Transporte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, deberá estar concluido a más tardar, el 15 de marzo de 2011. (□)□*

DÉCIMO QUINTO: Que mediante oficio 42-RG-2011, de 1 de febrero de 2011, el Regulador General emite la decisión inicial para el procedimiento de licitación abreviada No. 2011-LA-000003-ARESEP, para la Contratación de Servicios Profesionales para llevar a cabo el proceso de reclutamiento, preselección, selección y evaluación de todos los candidatos a ocupar los puestos de Superintendentes de Aguas, Energía y Transportes

DÉCIMO SEXTO: Que mediante oficio 52-RG-2011, de fecha 4 de febrero de 2011, el Regulador General informa a la Junta Directiva las causas del retraso en el nombramiento de los Superintendentes de Agua, Energía y Transportes, indicando lo siguiente:

() *El 1 de febrero de 2011, procedí a emitir la Decisión inicial para el Procedimiento de Licitación Abreviada No. 2011 LA-000003-ARESEP, para la Contratación de Servicios Profesionales para llevar a cabo el proceso de reclutamiento, preselección, selección y evaluación de los candidatos a ocupar los puestos de superintendentes de Aguas y Ambiente; Energía, y Transportes, de acuerdo con lo solicitado por la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación. Adjunto copia del Oficio 42-RG-2011 del 1 de febrero de 2011.*

Cabe aclarar que dicha instrucción no se podía girar antes de cumplir con todos los requisitos que se derivan de la normativa presupuestaria, que exige, entre otras, la recepción del presupuesto aprobado por parte de la Contraloría y posterior cumplimiento de una serie de trámites, los que conllevan varios días.

Lamentablemente, de acuerdo con los plazos que una contratación de esta naturaleza demanda, consideramos que es posible que, para la fecha establecida de vencimiento del Transitorio II del RIOF (Publicado en La Gaceta 203 del 20 de octubre de 2010), mediante el cual se nombra el Comité de Regulación, no se cuente con los nombramientos objeto de la licitación arriba mencionada. (□)□

DÉCIMO SÉTIMO: Que se hace necesario garantizar la continua y eficiente prestación del servicio público que, por Ley está llamada a brindar la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

DÉCIMO OCTAVO: Que el derecho transitorio es una técnica jurídica que busca dar respuesta a los problemas de aplicación de las normas en el tiempo, que se producen a raíz de la derogatoria y la vigencia de otra, en la que se hace necesario adaptar las situaciones prevalecientes a la realidad que crea la nueva norma.

DÉCIMO NOVENO: Que resulta conveniente al interés público prorrogar transitoriamente la vigencia y las funciones del Comité de Regulación, mientras las Superintendencias entran en funcionamiento. Lo anterior reviste un alto grado de urgencia, ante la inminencia del vencimiento del plazo otorgado en el Transitorio II del RIOF (9 de abril de 2011) para la implementación de las Superintendencias, así como las justificaciones señaladas en el oficio 52-RG-2011.

VIGÉSIMO: Que disponer medidas transitorias de esta naturaleza no modifica la voluntad de la Junta Directiva plasmada en el Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora y sus órganos desconcentrados no implica como tal una reforma a dicho reglamento sino solo una previsión administrativa para su plena vigencia y es viable jurídicamente por las razones de interés público y urgencia señaladas en el considerando anterior.

Resolvió, por mayoría:

modificar el Transitorio II del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados, para que se lea de la siguiente forma:

□(□) Se prorroga la vigencia del Comité de Regulación, creado mediante acuerdo 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 84 del 3 de mayo del 2010 y modificado mediante acuerdos 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 109 de 7 de junio del 2010 y 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 151 del 5 de agosto de 2010, 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en La Gaceta No. 203, del 20 de octubre de 2010.

Dicho órgano colegiado estará integrado por tres funcionarios titulares y un suplente nombrados por el Regulador General.

Corresponderá al Comité de Regulación, ejercer las siguientes funciones:

- a. Ordenar la apertura de los expedientes tarifarios, fijar las tarifas de los servicios públicos y resolver los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones;*
- b. Ordenar la apertura, dictar actos preparatorios y resolver lo que corresponda en materia de quejas y denuncias y conocer en primera instancia los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones;*
- c. Ordenar la apertura, dictar actos preparatorios y resolver los procedimientos administrativos sancionatorios a que se refieren los artículos 38 y 41 de la Ley 7593 y conocer de los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones;*
- d. Coordinar los actos preparatorios necesarios para remitir a la Junta Directiva, para su resolución, las apelaciones a las fijaciones de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones;*
- e. Otorgar o denegar el refrendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que sean remitidos para estos efectos,*
- f. Ratificar o no los contratos que suscriba el Instituto Costarricense de Electricidad destinados a la compra de energía eléctrica, que sean remitidos para estos efectos.*

Para el cumplimiento de las funciones asignadas en el punto anterior, dicho comité contará con la asesoría permanente de la Dirección de Servicios de Energía, la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente y la Dirección de Servicios de Transportes, en cada una de sus áreas.

Dichas Direcciones asumirán las funciones que el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora y sus órganos desconcentrados asigna a de las Superintendencias según corresponda, con excepción de las encomendadas al Comité de Regulación en este artículo.

Con el fin de que no se produzca ninguna interrupción o suspensión de las actividades ordinarias y extraordinarias, de las funciones y de las tareas que venían ejerciendo dichas Direcciones, éstas continuarán realizándolas durante el periodo de vigencia de esta medida transitoria.

Una vez que entren en funcionamiento las Superintendencias, las respectivas Direcciones pasarán a formar parte de cada Superintendencia, según corresponda.

Esta medida transitoria rige a partir del 9 de octubre de 2010 y hasta el 30 de setiembre del 2011.

Publíquese en el diario oficial La Gaceta.

Se deja constancia que el señor **Emilio Arias Rodríguez** votó en contra la resolución anterior, por los motivos que quedaron consignados en la parte expositiva de este artículo.

ARTÍCULO 4 *Competencia de ARESEP para definir tarifas para el alquiler de vagones.*

El señor **Robert Thomas Harvey** participó en el análisis del presente artículo.

La Junta Directiva entró a conocer los siguientes documentos:

- i. Oficio 24-CDR-2011 del 24 de febrero de 2011 mediante el cual el señor Robert Thomas Harvey, Asesor Legal de Junta Directiva, remite un dictamen sobre la competencia de este Organismo Regulador para definir tarifas para el alquiler de vagones, en cumplimiento al acuerdo 005-029-2010 del 30 de agosto de 2010 adoptado por la Junta Directiva.
- ii. Recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Ferrocarriles (INCOFER), contra la resolución RRG-AU-64-2008 de las 15:28 horas del 25 de agosto de 2008. (Expediente AU-38-2008).

De inmediato, el señor **Robert Thomas H.** procedió a brindar una exposición de los principales extremos del dictamen contenido en su oficio 24-CDR-2011 del 24 de febrero del 2011.

Seguidamente se suscitó un cambio de impresiones entre los señores miembros de la Junta Directiva, dentro del cual se hizo ver la conveniencia de posponer el análisis del caso, hasta tanto se tenga un informe del área técnica de transporte sobre el particular.

La Junta Directiva

Resolvió:

- 1- Solicitar a la Dirección de Servicios de Transporte un informe tendiente a dimensionar los efectos sobre una eventual decisión que tome la Junta Directiva, a raíz del caso de definición de tarifas para el alquiler de vagones.

- 2- Posponer, hasta tanto no se cuente con el informe de la Dirección de Servicios de Transportes según el numeral anterior, el conocimiento de los documentos que se detallan a continuación:
 - i. Oficio 24-CDR-2011 del 24 de febrero de 2011 mediante el cual el señor Robert Thomas Harvey, Asesor Legal de Junta Directiva, remite un dictamen sobre la competencia de este Organismo Regulador para definir tarifas para el alquiler de vagones, en cumplimiento al acuerdo 005-029-2010 del 30 de agosto de 2010 adoptado por la Junta Directiva.
 - ii. Recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Instituto Costarricense de Ferrocarriles (INCOFER), contra la resolución RRG-AU-64-2008 de las 15:28 horas del 25 de agosto de 2008. (Expediente AU-38-2008).

ARTÍCULO 5 *Presentación de la propuesta de Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora.*

Las señoras **Carol Solano D.** y **Heilyn Ramírez S.** participaron en el análisis del presente artículo.

De inmediato las señoras **Solano Durán** y **Ramírez Sánchez** llevaron a cabo una exposición sobre la propuesta de Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la cual fue remitida mediante oficio 132-RG-2011 del 25 de marzo del 2011.

Por las razones expuestas por el director Emilio Arias Rodríguez en la aprobación del Orden del Día de esta sesión, dicha presentación se realizó para fines informativos y no resolutivos, hasta tanto el señor Arias contara con el documento relacionado con el Manual de procedimientos de contratación administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos.

La Junta Directiva

Dispuso:

Dar por recibida la exposición brindada en esta oportunidad sobre la propuesta de Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la cual fue remitida mediante oficio 132-RG-2011 del 25 de marzo del 2011.

ARTÍCULO 6 *Conocimiento de las audiencias públicas en sesiones de la Junta Directiva.*

Dentro de los asuntos de los señores miembros de Junta Directiva, don **Emilio Arias Rodríguez** señaló que solicitó modificar el Orden del Día, con el objeto de traer a discusión la propuesta que he realizado en otras oportunidades en relación con la necesidad de que la Junta Directiva de ARESEP dirija las Audiencias en temas trascendentales como las Metodologías Tarifarias.

Como lo he manifestado en diversos temas debemos de asumir las responsabilidades sin intermediación. Es necesario que la Junta que es la que finalmente aprueba las metodologías, tenga la información de primera mano y los miembros del órgano colegiado podamos consultar o solicitar la ampliación de las exposiciones que se hacen en el momento de la audiencia.

En esta dirección tanto la directora Echandi Gurdían como yo, hemos manifestado esta postura en Junta, pero vale la pena destacar que diversas organizaciones o sectores como UCCAEP, Asociación de Consumidores de CR, y las Cámaras de manera individual han hecho esta misma solicitud.

En primera instancia la propuesta que hacemos es que sea la Junta en pleno la que dirija las audiencias en sesión extraordinaria, no obstante, frente a lo expresado por la directora Sylvia Saborío, si la posición fuera que no sea la Junta, si no el que quiera participar que lo haga, nosotros solicitaríamos un acuerdo para asumir María Lourdes y yo dicha responsabilidad.

Personalmente, creo que esta junta no solo debe escuchar a los diferentes sectores, sino también considerar de primera mano y seriamente los planteamientos y solicitudes, como es estos casos concretos que impactarán tanto a los consumidores como a los regulados, y como un todo la economía del país.

Quiero leerles un correo que me envió la directora Echandi y solicito se incorpore dentro de mi intervención, por cuanto lo comparto en todos sus extremos:

“Estimo necesario que el pleno de la Junta Directiva de ARESEP sea quien dirija las audiencias públicas de metodologías tarifarias, pues es a este órgano a quien le compete aprobarlas. Como abogada soy una convencida de que la inmediatez y la contradicción son mecanismos muy útiles a la hora de formarse un criterio y adoptar una decisión.

Espero que la decisión de esta Junta Directiva sea asumir, de forma unánime, la dirección de las audiencias públicas de las indicadas metodologías, sin embargo, de no existir

consenso o mayoría en ese sentido, estimo que siendo públicas dichas audiencias, adelanto mi interés en participar en ellas.” □

Doña **Sylvia Saborío A.** hizo ver que es un aspecto que se debe definir. Le gustaría conocer un poco más sobre la dinámica de las audiencias. No está tan segura con el hecho de que la Junta sea la que modere, conduzca o dirija. Sino que vaya más bien como observador. Considera importante que los miembros asistan y conozcan lo que está pasando. Lo que no está segura es en el hecho de presidirla. En ese sentido, le gustaría conocer mejor cuál es la dinámica de las audiencias para llegar a su propia conclusión de si agrega o quita más bien, dejando de lado que le parece una buena idea que la Junta Directiva participe en esas audiencias. Sin embargo, no le llega de forma automática de que sea lo mejor que la Junta las presida.

El señor **Edgar Gutiérrez** manifestó que tenía sus dudas sobre el tema, porque en realidad son dos actos diferentes. Hay un momento en que la Junta Directiva tiene que intervenir aprobando y la audiencia se convierte en un acto donde se le da al administrado la oportunidad de manifestarse. Por lo general, las audiencias se documentan, por lo que hay que tener cuidado con un eventual adelanto de criterio que pueda debilitar acto de aprobación. Tiene sus dudas en ese sentido y de que la Junta tenga que participar de forma activa.

Don **Juan Manuel Quesada** hizo ver que la Junta Directiva en su oportunidad, para efectos de las audiencias en telecomunicaciones, dispuso que iba a sesionar extraordinariamente los días en que estaban convocadas las audiencias, de manera que se iniciaba la sesión e inmediatamente pasaban al auditorio. Específicamente, para efectos de la audiencia contaban con el experto que está presente y guiando las audiencias. En su criterio, la Junta puede utilizar dicho mecanismo vía sesión extraordinaria.

Luego de algunos comentarios adicionales sobre el particular, se hizo ver la conveniencia que la Dirección General de Participación del Usuario lleve a cabo una exposición acerca de la dinámica de las audiencias públicas y que se conozca en la próxima sesión extraordinaria convocada para el 4 de abril del 2011.

Analizado el tema, la Junta Directiva

resolvió en firme:

conocer en sesiones de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la celebración de las audiencias públicas relacionadas con las metodologías tarifarias.

ARTÍCULO 7 *Informes de la Auditoría Interna.*

Seguidamente los señores miembros de Junta Directiva entraron a conocer los siguientes documentos de la Auditoría Interna:

- i. Oficio 058-AI-2011 del 7 de marzo de 2011, relativo al informe 09-I-2010 Registros Contables ARESEP
- ii. Oficio-60-AI- 2011 del 10 de febrero de 2011, relacionado con la presentación del resultado de la revisión del estudio 001-CO-2010 denominado: Revisión cumplimiento informes de gestión y declaraciones juradas de bienes.
- iii. Oficio 67-AI-2011 del 8 de marzo de 2010, relativo al informe 7-I-2010 Evaluación del manejo de recursos públicos invertidos en capacitar funcionarios
- iv. Oficio 70-AI-2011 del 16 de febrero de 2011, en torno a la presentación del resultado de la revisión del estudio 002-CO-2010 denominado: Auditoría del cumplimiento de los artículos 54 y 71 de la Ley 7593.

Seguidamente don **Luis Fernando Sequeira** indicó que solo el informe 09-I-2010, contempla 46 debilidades detectadas y 83 recomendaciones emitidas el 07, 43 recomendaciones y otras que tienen los restantes. Quiere ser claro que son copias las que se están haciendo llegar a la Junta Directiva ya que, los usuarios primarios son el Regulador, el Gerente General y el Jefe de Centro de Desarrollo de la Regulación.

Amplía que el procedimiento que se sigue con cualquier estudio de Auditoría es el mismo, hay una discusión y una exposición de resultados a las áreas involucradas, una vez que se concluye el estudio, y han revisado los diferentes borradores. Se convoca a las áreas involucradas y se le exponen los hallazgos y las recomendaciones. En el caso de esta Auditoría interna, el procedimiento que se sigue es solicitar que ese día presenten por escrito cualquier documento adicional que no se haya considerado y que pueda variar alguna de las conclusiones o bien observaciones generales sobre el informe.

Esa no es la mecánica que utiliza el resto de las instituciones ni tampoco la Contraloría General de la República, ya que ellos no hacen llegar a los auditados previamente el borrador, sino simplemente presentan los hallazgos el día de la discusión. Ahora bien, la Ley de Control Interno es la que da el mecanismo de apelación en los artículos 36 y 37 y 38. En caso de que tenga algún problema para implementar alguna de las recomendaciones, el auditado debe implementar un procedimiento alternativo para subsanar la debilidad detectada por la Auditoría Interna.

El auditor interno es enfático en que hay preocupación de la Auditoría Interna por lo reiterado de las debilidades detectadas, principalmente en la parte financiera. La Ley de Control Interno es muy clara en cuanto a que, la responsabilidad de los controles internos corresponde a la administración activa y fija responsabilidades cuando el sistema de control interno no está siendo aplicado y revisado. Agrega que gran parte de lo que se está dando es por debilidad en los sistemas informáticos, pero también en la parte humana. En ese sentido, su participación es para solicitar a la Junta la revisión detallada de esos informes, para que observen los diferentes hallazgos.

Recuerda que cada uno de ellos se compone de cinco elementos, la condición que es el problema que se detecta, el criterio que es la norma o el proceso que se está violando, la causa que es la posible razón por la cual se está dando ese problema y el efecto que es la incidencia de ese problema en el riesgo; adicionalmente, el quinto elemento lo origina una recomendación de la Auditoría Interna.

El señor **Emilio Arias** muestra su preocupación al respecto porque hay algunos cuestionamientos que se hacen el manejo de fondos públicos, específicamente en materia de capacitación, en cuanto a bienes públicos de la ARESEP, que no están en este momento en la ARESEP. Le parece que hay serias debilidades en materia de control interno, en procedimientos, también hay observaciones en ese sentido, en cuanto al tema de la existencia de una estructura RIOF y otras cosas que existían antes y no han sido adaptadas al RIOF y que puntualmente hace referencia a debilidades en esa dirección, donde la Auditoría Interna le dirige oficios al Regulador General, al Gerente General y al Jefe de Recursos Humanos.

El mapa lo tiene claro, la pregunta es ¿cuál es el paso a seguir? Que ellos se refieran al oficio y la Auditoría va a valorar lo que ellos manifiesten, o cómo se va a llegar a determinar esas responsabilidades, porque hay cosas que le preocupan bastante.

El señor **Sequeira Solís** manifiesta que las recomendaciones ya están emitidas, están dirigidas a áreas específicas y se hace un seguimiento año con año. Algunas recomendaciones ya se han cumplido, otras se mantienen; el estudio de seguimiento próximo a presentarse mostrará cuáles siguen pendientes y en qué grado están.

Ante una consulta del señor **Arias Rodríguez** relativo al control de bienes, el señor **Sequeira Solís** manifestó que todos los funcionarios tienen a su cargo los bienes que administran. La jefatura normalmente tiene más bienes a su cargo y de hecho se muestra situaciones especiales que se han dado con activos.

Con respecto al informe 7-I-2010, este es producto de una denuncia, y el estudio está dando las recomendaciones del caso, principalmente que se ajuste el marco legal existente, el reglamento de capacitación para subsanar ciertas cosas.

Nuevamente a raíz de una pregunta del director *Arias Rodríguez* acerca de si se tendrá posteriormente conocimiento la Junta sobre dónde van a llegar a terminar los distintos asuntos evaluados, el señor *Auditor Interno* explicó que la ley habla de que cuando la Auditoría evalúa que hay algunas cosas que pueden acarrear responsabilidad, debe de emitir dos informes. Uno, que es el informe de control interno y otro, que es el de relación de hechos, el cual tiene manejo diferente, se maneja con el jerarca administrativo, porque sigue todo un procedimiento; en este momento no está en capacidad de citar nada al respecto.

Doña *Sylvia Saborío Alvarado* le consulta al señor Gerente que en varias oportunidades se ha conversado en cuanto a mejorar los procesos, desea reiterar que estas cosas eran un trasfondo para definir los términos de referencia y lo que se espera en la contratación que se hizo era para mejorar los procesos. ¿Ahí están plenamente tomadas en cuenta los aspectos que ya se conocían como debilidades?

El señor *González Blanco* explicó que el año pasado la Directora Administrativa hizo una presentación y días después se presentó a la Junta una modificación presupuestaria para iniciar los trámites de contratación de ese nuevo sistema. Este año lo primero que se hizo fue iniciar los trámites de los términos de referencia, precisamente para la contratación de lo que es la reorganización en el RIOF. Actualmente, se llama funciones gerenciales y uno de los requerimientos es la atención de esos temas, sobre todo de temas de control interno, de procedimientos, de procesos en el área administrativa, eso está ahí y está lo que tiene que ver con la respuesta que se le dio a la Auditoría Interna. Precisamente, es pedirle a las áreas de toda la organización que todo lo que tiene que ver con las recomendaciones de la Auditoría se considere a la hora de formular los cánones del año entrante. Lo que se pretende es que se ponga dentro de los lineamientos, ya que las áreas se comprometen a resolver la situación dado que tienen requerimientos que cumplir.

El señor *Sequeira Solís* manifestó que cuando se hacía el seguimiento, ellos tendían a hacerlo hacia las áreas en forma directa, la respuesta no era nada eficiente, desde el año pasado se está centralizando en el Gerente General el seguimiento, todavía no es tan depurado, pero si se ha notado más eficiencia con la aplicación de los informes, ya que inmediatamente salen notas de la Gerencia General hacia las áreas solicitando la aplicación de mecanismos.

En la Auditoría Interna también se está cambiando el procedimiento, de tal forma de que cuando se discuta el informe, de una vez se trate de obtener de parte del área auditada una especie de cronograma y compromiso sobre el tiempo en el cual esperan cumplir con esas recomendaciones.

Luego de discutido el tema objeto de este artículo, la Junta Directiva

acordó:

dar por recibido los informes de la Auditoría Interna que seguidamente se detallan:

- i. Oficio 058-AI-2011 del 7 de marzo de 2011, relativo al informe 09-I-2010 Registros Contables ARESEP
- ii. Oficio-60-AI-2011 del 10 de febrero de 2011, relacionado con la presentación del resultado de la revisión del estudio 001-CO-2010 denominado: Revisión cumplimiento informes de gestión y declaraciones juradas de bienes.
- iii. Oficio 67-AI-2011 del 8 de marzo de 2010, relativo al informe 7-I-2010 Evaluación del manejo de recursos públicos invertidos en capacitar funcionarios
- iv. Oficio 70-AI-2011 del 16 de febrero de 2011, en torno a la presentación del resultado de la revisión del estudio 002-CO-2010 denominado: Auditoría del cumplimiento de los artículos 54 y 71 de la Ley 7593.

A LAS 5:25 FINALIZA LA SESIÓN.

DENNIS MELÉNDEZ HOWELL
Presidente de la Junta

SYLVIA SABORÍO ALVARADO
Miembro Junta Directiva

EDGAR GUTIÉRREZ LÓPEZ
Miembro Junta Directiva

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ
Miembro Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario Junta Directiva