

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA

42-2011

4 de julio del 2011

San José, Costa Rica

SESION EXTRAORDINARIA 42-2011

Acta de la sesión extraordinaria número cuarenta y dos-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 y dieciocho minutos del cuatro de julio del dos mil once, con la asistencia de sus miembros: Dennis Meléndez Howell, Presidente; Emilio Arias Rodríguez; María Lourdes Echandi Gurdían; Edgar Gutiérrez López y Sylvia Saborío Alvarado, así como con la de 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. *Propuesta de Reglamento Interno de Contratación Administrativa.*

Las señoras Carol Solano Durán y Heilyn Ramírez, funcionarias de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, participaron en la discusión del presente tema.

De conformidad con lo resuelto en el artículo 1 del acta de la sesión 34-2011, celebrada el 20 de mayo del 2011, se entró a conocer el oficio 336-DGJR-2011, mediante la que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria somete una propuesta de Reglamento Interno de Contratación Administrativa.

La señora **Carol Solano Durán** procedió a explicar los principales extremos de la citada propuesta de reglamento, al tiempo que respondió algunas consultas que se le formularon sobre el particular.

A las 14:31 horas ingresaron los directores Emilio Arias y María Lourdes Echandi.

Entre otras cosas, explicó que el documento de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria 336-DGJR, va analizando una a una todas las observaciones de los señores directores sobre la propuesta sometida en esa oportunidad en la sesión 34-2011. Se refiere a las razones por las cuales se aceptó o no dichas sugerencias.

En el artículo 3 se eliminó según el tipo de procedimiento. El inicio del procedimiento de contratación deberá ser solicitado por el responsable de cada área solicitante y la decisión inicial deberá estar suscrita por el órgano competente para ello, según el tipo de procedimiento. La DGJR está sugiriendo que sea el Gerente quien emita estas decisiones.

El artículo 5 se discutió en la sesión 34-2011 y la DGJR estaba sugiriendo que el órgano interno con competencia para adoptar la decisión inicial al aprobar y modificar los carteles, así como para acordar la adjudicación, la declaratoria de infructuoso o desierto, es el Gerente General. En su ausencia, podrá actuar el Regulador General o el Regulador General Adjunto. Es un tema a valorar por la Junta. Se deja como un alerta para que sea un tema de discusión de Junta de conveniencia y oportunidad.

Posteriormente, las funciones de la Proveduría se discutía mucho que había algunos verbos que confundían la función de la Proveduría que es de conducción de los procedimientos de contratación. En el inciso 8 del artículo 6, sobre determinar si proceden las decisiones iniciales, se agregó según lo establecido en el Plan Anual de Adquisiciones.

Además, para que quedara más claro, se eliminó el verbo aprobar la versión final de los carteles para los distintos procedimientos de contratación que se genere. Posteriormente, el inciso 25 del mismo artículo 6, comunicar al área solicitante la aprobación interna o refrendo contralor para que sea el área solicitante, que es la contraparte de los procedimientos, proceda a girarle la orden de inicio al contratista.

En el inciso 30, sobre resolver dentro de los plazos dispuestos los asuntos atinentes a prórrogas, se cambió la palabra asuntos por trámites, atinentes a prórrogas, suspensiones, modificaciones unilaterales y/o contratos adicionales dentro de sus competencias. Básicamente, todo eso para recalcar la labor de conducción del procedimiento que el mismo reglamento a la ley de contratación le da a la Proveduría.

El inciso 34, a la función de tramitar la venta o remate de bienes de la ARESEP, se le agregó la frase "en lo que corresponda dentro de sus competencias". El 35, atender las gestiones de reajustes y revisión de precios que presenten los contratistas y tramitarlas ante los órganos que correspondan porque cuando llega algún asunto de contratación por ser la Proveduría, el área tramitadora a ella le llegan de Archivo Central, se le remite a Proveduría, por lo que tendrá que remitirla al órgano que corresponda para darle el trámite correspondiente.

El inciso 38, decía analizar la procedencia de las modificaciones contractuales, se está sustituyendo la palabra "analizar" por "tramitar". Las funciones de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria quedan igual. En el área solicitante, se incluye un inciso adicional al artículo 8 que es el inciso 11, que dice expresamente "girar la orden de inicio en las contrataciones que ésta solicite" precisamente para aclarar que le corresponde a ella y no a la Proveduría.

En el inciso 12 había que recordar que fue un tema que se discutió acá y se dijo velar por el cumplimiento de las obligaciones laborales de seguridad social y pago del salario mínimo Se sustituyó por procurar el cumplimiento de las obligaciones laborales ello a partir de la Ley Orgánica de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Sobre el particular se suscitó un cambio de opiniones, luego de lo cual se hizo ver que buscando ser más estricto, lo oportuno era utilizar la palabra velar en vez de procurar

Don **Rodolfo González Blanco** hizo ver una preocupación en el sentido de que en el artículo 8 dice del área solicitante Normalmente las áreas solicitantes no siempre están contratando, ni conocen esa función. Es más natural que sea el mismo proveedor, porque él hace la lista de las cosas y dice dónde está aquí la certificación de la Caja Costarricense de Seguro Social, dónde está la declaración jurada de esto o del otro, mientras que el área solicitante, por ejemplo, el caso de servicios generales, cuando está ejecutando el contrato de limpieza o de seguridad, se puede pensar que fácilmente el jefe o encargado de servicios generales pueda estar solicitando. El problema es si esto se va a aplicar a los contratos más pequeños.

Al respecto, la directora **Saborío Alvarado** comentó que debería quedar dentro de las obligaciones de la Proveduría y no dentro del área solicitante, porque le parece atendible lo que está diciendo el señor Gerente General.

La señora **Solano Durán** explicó que como el reglamento a la Ley de Contratación dice que la Proveduría es un simple conductor del procedimiento, es decir, recibe y remite a las áreas que les corresponde y está visualizado en la propuesta de reglamento que sea la contraparte o el área solicitante quien tenga que velar por la ejecución del contrato. Esos problemas se dan en la parte de ejecución, porque cuando reciben la oferta para poder firmar el contrato tienen que demostrar que están al día con las obligaciones de seguridad social, es un requisito de orden legal.

El **Auditor Interno** manifestó que, en efecto, ha pasado. La Auditoría lo detectó hace algún tiempo con una empresa de vigilancia que, de un pronto a otro, comenzó a no pagar el mínimo, ni tenía a los empleados asegurados. Si mal no recordaba, eso fue hace como cinco o seis años que la Auditoría lo detectó como consecuencia de un estudio que hizo. En una consultoría de tres meses con un despacho es muy difícil que eso ocurra, pero en estos contratos que son más prolongados, implica una responsabilidad grande para el solicitante.

El **Gerente General** indicó que la preocupación es que como es algo continuo, lo ideal sería que cada tres meses o cada seis meses, se esté en la obligación de pedirse una

certificación, porque velar es ir a auditar a la empresa y para ya llegar a ese punto hay una imposibilidad material o sea ¿cómo se hace en la práctica este velar o este procurar? En el manual habría que desarrollarlo con bastante detalle para evitar confusiones.

Continuó doña **Carol Solano Durán** con su exposición señalando que, en el inciso 15, se le incluyó la frase con el contratista de manera que quede *“coordinar con el contratista los aspectos operativos y funcionales durante la fase de ejecución contractual en los procedimientos que solicita”*. El inciso 22 sobre gestionar el finiquito de los contratos de obra en los cuales funja como contraparte técnica, aquí se circunscribió a los contratos de obra según dice el reglamento a la Ley de Contratación Administrativa para hacerlo más claro.

El artículo 9 se refiere a las funciones gerenciales de administración financiera que realiza la Gerencia General a través de las diferentes áreas de apoyo. Para una mejor comprensión, se indicó en cada uno de los incisos por medio de cuál área la Gerencia realiza las diferentes acciones administrativas. Por ejemplo, realizar los pagos a los proveedores es a través del área de tesorería, así se redactó a través del área de tesorería realizar los pagos respectivos a los proveedores de bienes y servicios, no personales.

Una vez que la Proveeduría haya informado sobre el recibido de satisfacción, el punto 2, con la colaboración de la DGJR y del área de Tesorería, llevar a cabo el cobro de multas a los contratistas que se deriven de los procedimientos de contratación, previa solicitud de la Proveeduría, a través del área de Tesorería, recibir, custodiar y devolver las garantías de participación y cumplimiento que se brindan producto del procedimiento de contratación y a través del área de Tesorería custodiar los contratos originales firmados producto de un procedimiento de contratación.

Se debe recordar que se puso de una vez que fuera a través del área de tesorería, pues por la estructura que se tiene actualmente en el RIOF, que no está visualizada el área de Tesorería sino que son funciones gerenciales, entonces, para hacerlos concordantes, se puso de esa manera.

El artículo 10 que también fue un tema de bastante discusión en la Sesión 34-2011, que se refiere a la aprobación de contratos de obras y servicios según lo establece el artículo 53 del inciso f) de la Ley de ARESEP, lo que se hizo fue cambiar la redacción de lo que se había discutido la vez pasada para una mayor claridad, en el sentido de que dice *“corresponde a la Junta Directiva aprobar los contratos de obras y servicios originados en una contratación directa vía excepción, cuyo monto asciende a lo establecido para una licitación pública o abreviada”* y se hizo el comentario de que es un tema a valorar por la Junta Directiva.

El artículo 11 sobre el inicio del procedimiento de contratación, también fue incluida la frase "a la Proveeduría". Para que fuera más clara la redacción dice que "*todas las unidades que requieran bienes y servicios no personales, deberán enviar solicitud de compra en la que se describa con detalle, lo requerido por esa dependencia a la Proveeduría*", o sea que esa solicitud la envían a la proveeduría y esto va de acuerdo con los otros artículos de las funciones de la proveeduría.

Doña **Sylvia Saborío** señaló que en el artículo 11 hay un pequeño error pues dice que "*deberán enviar solicitud de compra en el que se describa*", siendo lo correcto "*en la que se describa*".

La señora **Solano Durán** continuó diciendo que en el inciso 14, se decía que las aclaraciones, modificaciones y prórrogas al plazo de recepción de ofertas serán incluidas. Ahí se está sustituyendo "acordadas" por "incluidas" por la Proveeduría, porque por su función, conducción de los procedimientos, deberá coordinarlas previamente con el área solicitante respectiva y demás unidades intervinientes.

La directora **Saborío Alvarado** señaló que tenía una observación en el 15, pues le parece que donde dice "*únicamente requerirán formalización los contratos de servicios derivados de licitaciones públicas y abreviadas, también los derivados de un procedimiento de contratación directa que no sea de escasa cuantía, que por su naturaleza lo amerite*", son demasiados negativos y cosas ¿cómo podríamos redactar más al derecho para que quede más claro?

Doña **Carol Solano Durán** comentó que ahí sería la contratación directa por excepción, porque contratación directa que no sea de escasa cuantía son las de excepción. Le parece y que por su naturaleza lo amerite, es porque realmente el reglamento permite que se formalice por contrato u orden de compra. Normalmente por contrato es cuando debe quedar más formal, donde hay más derechos y obligaciones que quede más claro por medio de ese instrumento, porque la orden de compra es un documento más que todo presupuestario, es pequeño el espacio para indicar tanto detalle, entonces sería contratación directa por excepción si les parece.

Posteriormente, entrando al capítulo 5, sobre el registro de proveedores, está el artículo 20, que es la rotación del registro, en el inciso b). Una observación que se había hecho es que cuando se hace una invitación, realmente no hay cantidad máxima de, solo se regula un mínimo de invitaciones, de manera que se está eliminando máximas y quitando la "s" porque ya quedaría en singular, mínima.

En cuanto al tema de la derogatoria, el artículo 25, que aquí también se discutió, sobre qué pasa con el manual de contratación administrativa vigente que es más detallado, se está proponiendo que se deroga toda normativa interna que se oponga al presente reglamento, o sea en lo que no se oponga, sigue vigente y para mayor claridad en los transitorios, el transitorio primero se sugiere cambiar la redacción, de manera que se lea así:

□*Los procedimientos de compra iniciados con anterioridad a la publicación de este reglamento, se ajustaran en lo sucesivo a las disposiciones del presente reglamento y al manual de procedimientos de contratación administrativa de la ARESEP en lo que sea aplicable*□ Eso complementa el artículo anterior que seguiría aplicando el manual en lo que sea aplicable y no se le oponga al reglamento.

Ante una consulta del señor **Gerente General** en el sentido de si ya no queda nada aplicable, doña **Carol Solano** explicó que, por ejemplo, los plazos para resolver los recursos, emitir criterios, si hay un recurso de objeción en cartel o un recurso de revocatoria, hay unos plazos que la Proveeduría remite a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria para lo cual se cuenta con cinco días hábiles para emitir criterio, eso si sigue vigente.

Don **Luis Fernando Sequeira Solís** manifestó que lo ideal es que se haga una revisión después, a lo cual la señora **Solano Durán** señaló que desde luego, hay que hacer un nuevo manual que sería el otro acuerdo. La propuesta de acuerdo precisamente insta al Regulador General para que actualice el Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa de la ARESEP, a la luz de lo dispuesto en este reglamento, de forma que se □*amarra*□ los tres puntos de que se aplica mientras tanto y que se insta al Regulador para que actualice el manual. Esos serían los cambios sugeridos.

El señor **Regulador General** sometió a votación dicha propuesta de reglamento, la cual, tanto su persona, el director **Edgar Gutiérrez** y doña **Sylvia Saborío** manifestaron estar de acuerdo.

El director **Arias Rodríguez** indicó que su voto es contrario, ya que la propuesta no considera las observaciones que he hecho en sesiones pasadas, sobre la propuesta de Reglamento, no obstante quisiera hacer énfasis en una de ellas que se refiere al artículo 25, que tiene que ver con la derogatoria de la normativa interna que se oponga al presente reglamento. Incluso, solamente por ese punto se vería imposibilitado a votarlo afirmativamente, no puede ser que se apruebe una derogatoria general y no se especifiquen las normas a derogar, eso genera inseguridad jurídica y se deja abierto un portillo que no podría avalar. Si hay que derogar algo que se especifique y se cite.

La Directiva **María Lourdes Echandi Gurdíán** manifiesta que vota en contra de la propuesta de Reglamento con fundamento en lo siguiente:

Comparto lo indicado por el Directivo Arias con respecto al artículo 25 de la propuesta de Reglamento dado que disponer que *Se deroga toda normativa interna que se oponga al presente reglamento* es contrario a la seguridad y a la mejor técnica jurídica.

Debo dejar claro que la presente propuesta de Reglamento de Contratación Administrativa fue redactada por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y conocida en la sesión 34-2011 de esta Junta Directiva. Posteriormente, la misma Dirección es la que conoce las observaciones y decide qué acepta y qué no y hace una nueva propuesta de Reglamento.

De las 79 observaciones que realicé con relación a la propuesta inicial de Reglamento y que expuse en su mayoría en la sesión 34-2011, salvo contadas excepciones, en el oficio 336-DGJR de 28 de junio de 2011 suscrito por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, no se aceptan mis observaciones, repitiendo de forma constante a lo largo de los comentarios dos frases: 1) *No se observa que la propuesta sea ilegal* y 2) *es un asunto a valorar por la Junta Directiva*

Ambas frases permiten presumir, porque no se tuvo la delicadeza de aclararlo, qué se entiende por ilegalidad para la aludida Dirección. Todo hace pensar que se entiende por ésta la mera confrontación del texto sugerido con alguna de las fuentes escritas del bloque de legalidad para determinar el eventual quebranto del último.

Debo señalar, al respecto, que estamos frente a un concepto corto y erróneo de la legalidad administrativa. Según señala la Ley General de la Administración Pública, además de los requerimientos de legalidad pura, la regularidad de una conducta administrativa de carácter discrecional depende también de su ajuste a parámetros tales como las reglas unívocas de la ciencia y la técnica en lo que acá interesa, las propias del control interno y la gestión pública- y a los conceptos jurídicos indeterminados que delimitan el ejercicio de potestades con elementos de discrecionalidad eficiencia y razonabilidad-, tema que ha cobrado especial vigencia a partir de la entrada en vigor del Código Procesal Contencioso Administrativo al introducir instrumentos adecuados para revisar la legalidad en sentido amplio- de las conductas administrativas.

De este modo, una conducta que no causa a simple vista del operador un quebranto a fuentes escritas del bloque de legalidad, bien puede ser evidencia de un ejercicio ilegal de la potestad respectiva, por infracción de los límites que expresa o implícitamente

impone el ordenamiento jurídico para lograr que el ejercicio de la potestad sea eficiente y razonable.

Esta situación y los alcances del oficio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, obligan entonces a que sea la Junta Directiva quien defina bajo criterios de legalidad [en sentido amplio]-, las reglas que en definitiva han de imperar en los procedimientos de compra que regulará el reglamento una vez aprobado.

Optar por lo contrario, es decir, por validar a ciegas la propuesta original de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, dizque porque no es [ilegal], implicaría abdicar de la potestad que el legislador le atribuye a este cuerpo colegiado.

Ahora bien, aunque no he podido realizar un estudio sistemático como el que hubiera querido, dado que carezco de la asesoría independiente requerida para ello, es posible advertir que lo que considero un grueso quebranto legal, ha sido tratado por la Dirección antes referida, como un asunto de mérito [oportunidad y conveniencia- y no de legalidad.

Se trata de lo señalado por el artículo 10 de la propuesta de Reglamento el cual indica:

[Artículo 10.

De la Junta Directiva. Corresponde a la Junta Directiva aprobar los contratos de obras y servicios originados en una contratación directa vía excepción, cuyo monto ascienda al establecido para una licitación pública o abreviada.]

Oportunamente hice ver mis cuestionamientos de legalidad en torno a esa propuesta.

Como lo he señalado, la potestad de aprobar contratos de la Junta Directiva es mucho más amplia que la del control de legalidad que puede ejercerse a través del refrendo contralor y de la llamada aprobación interna. La aprobación es un acto administrativo en donde se decide si el acto administrativo aprobado es legítimo y además, oportuno y conveniente. Se trata, además, de un acto que tiene relevancia externa, por lo que puede ser impugnado por el adjudicatario cuya adjudicación no se apruebe eventualmente.

En vista de ello y a efecto de no legislar *ex novo*, estimo incorrecto que se pretenda que Junta Directiva apruebe solo los contratos en los supuestos que no tengan refrendo o aprobación.

Al no establecer la ley ninguna excepción a la aprobación de los contratos de obras y servicios por parte de la Junta Directiva, es este órgano quien debe determinar su

delegación, la cual deberá sujetarse a los límites y obligaciones que establece la ley en los artículos 90 y 91 de la Ley General de la Administración Pública. Es decir no podrá hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano y la delegación debe hacerse entre órganos de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función y que, en principio, el órgano colegiado no podrán delegar sus funciones, sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario. Además, el delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia.

Por lo anterior, los actos de aprobación deben estar asignados a órganos de jerarquía superior que tengan atribuciones de política y programación institucional y que sean órganos externos, es decir, de creación legal -art. 45 de la Ley de ARESEP-. Conforme a la redacción que se propone, existen unos supuestos en los cuales intervendrá la Junta Directiva. ¿Quién aprueba los restantes?

A mi juicio, debería ser el regulador general y el regulador general adjunto para el resto en tanto se trata de órganos que tienen competencias similares en cuanto a materia que el órgano delegante. Por otra parte, es preciso definir cuales aprobaciones de contratos de obras y servicios se reservará la Junta Directiva. Parece recomendable utilizar para ello criterios de tipo económico y de tipo estratégico que expuse oportunamente.

El **criterio económico** podría ser **aprobar los contratos de obras y servicios cuyo monto supere el establecido para una licitación pública cualquiera que haya sido el procedimiento para su adjudicación.** El **criterio estratégico** podría ser **aprobar los contratos de obras y servicios que tengan una especial importancia para la institución conforme a los objetivos del plan estratégico institucional y del plan operativo institucional.**

Considero que para definir el criterio económico debería valorarse uno histórico de las compras que ha efectuado la ARESEP en los últimos años, con el fin de tomar una decisión informada y acorde con la realidad institucional.

Estos últimos criterios, que delimitan el ejercicio de la potestad discrecional que posee este órgano con idéntico carácter que la ley escrita, no fueron objeto de comentario alguno por parte de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. Esto obliga a este órgano a pronunciarse al respecto para darle a su decisión final sustento suficiente desde el punto de vista jurídico.

En vista de lo anterior, mociono en el siguiente sentido:

1.- Tener por recibido el oficio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria;

2.- En el plazo de ocho días, convocar a sesión extraordinaria para evaluar cada uno de los artículos del proyecto, para aprobar o improbar su texto, considerando para ello los límites que impone el ordenamiento jurídico expresa o implícitamente, de modo que la decisión de esta Junta Directiva sea eficiente y razonable.

De esta forma dejo expuesto mi voto en contra de la propuesta de Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la ARESEP. □

Así las cosas, los directores *Meléndez Howell*, *Gutiérrez López* y *Saborío Alvarado* estuvieron a favor de la propuesta de Reglamento Interno de Contratación Administrativa sometido en esta oportunidad, mientras que los directores *Echandi Gurdíán* y *Arias Rodríguez* estuvieron en contra por la razones expuestas en la parte expositiva de este artículo.

Luego de la votación de la propuesta de Reglamento de Contratación Administrativa, la directiva *María Lourdes Echandi Gurdíán* solicita la palabra e indica lo siguiente: □ Para mi sorpresa, el pasado viernes 1 de julio recibí un sobre cerrado con unos documentos cuyo oficio inicial dice textualmente:

□ 07 de junio de 2011
230-GG-2011

Señor
Jorge Romero Vargas
Proveedor Institucional

Estimado señor

Le comunico los términos de referencia para la contratación de un especialista en derecho constitucional, para emitir criterios jurídicos y brindar asesoría a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Cordialmente,

Rodolfo González Blanco
Gerente General □

Agregó que en el oficio consta además el sello de recibido para trámite de la oficina de Proveeduría de la ARESEP de fecha 8 de junio del 2011. Dentro de los términos de referencia se indica:

□I. *OBJETIVO GENERAL DE LA CONTRATACION*

Emitir tres criterios jurídicos:

1) *Sobre la regularidad constitucional de la asignación de funciones otorgadas a la Autoridad Reguladora en los artículos 5 y 6 de Ley 7593, realizada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al amparo de lo dispuesto en los artículos 45 y 53 de la Ley 7593 a órganos creados por ella en el Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados.*

2) *) Sobre la regularidad constitucional del artículo 55 de la Ley 7593, que supedita la validez de los acuerdos de Junta Directiva a la votación con al menos cuatro votos afirmativos de sus miembros, en los siguientes casos: a) La resolución de las apelaciones en materia de fijación de tarifas y precios, b) (□)□*

El señor **Regulador General** manifestó que el tema a que hace referencia la directora Echandi Gurdíán no está incluida en la agenda de esta sesión.

La Directiva **Echandi Gurdíán** le dice que la deje terminar para que vea que lo que está exponiendo sí tiene relación con la contratación administrativa.

Don **Edgar Gutiérrez López** hizo ver que le preocupa el hecho de que se quejan mucho y don Emilio es una persona que ha manifestado que no se avanza, que hay mucho asunto que ver y de pronto, se introduce un tema que no está en agenda. Puede ser que tenga que discutirse en un momento, pero en su oportunidad, a través de una moción o lo que fuera.

Es cierto que el tema es de contratación pero no está relacionado con lo que se está aprobando en este momento. Hay una agenda que cumplir, así es que le parece que está definitivamente fuera de orden ese planteamiento.

El director **Emilio Arias** se dirigió al Regulador General diciendo que le parece que el tema que expone la directora Echandi Gurdíán, es absolutamente relacionado con la contratación administrativa, más que un ejemplo nace de un anónimo que les llega el viernes pasado y que viene a informar, como ha sido costumbre, sobre un acontecimiento que no ha sido puesto a conocimiento de la Junta, a pesar del paso del tiempo, y de la absoluta atinencia con el órgano. Se refiere a la contratación de un especialista en Derecho Constitucional, según

uno de los oficios que llegó a mis manos el 230 GG 2011 del 07 de junio de 2011, que firma el señor Gerente y dice: "□ *Le comunico los términos de referencia para la contratación de un especialista en Derecho Constitucional, para emitir criterios jurídicos y brindar asesoría a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos* □ "

Don **Dennis Meléndez Howell** enfatizó que el tema ni siquiera se encuentra en agenda y se podría programar para una sesión posterior. Normalmente, los directores Echandi y Arias son muy estrictos en esa materia y resulta que en este caso, se está siendo totalmente laxo.

El señor **Arias Rodríguez** indicó que le parece que es un tema de suma trascendencia, esta actitud de no conocerlo y el acto en sí ponen en evidencia el ocultamiento de información y la falta de transparencia, es un ejemplo más. En estas condiciones no procede quedarse en Junta, esta actitud recurrente de ustedes nos obliga a hacer públicas estas actuaciones y en lo personal creo conveniente pronunciarme sobre tantas irregularidades y lo haré por escrito y hasta tanto esta actitud no cambie no contarán con mi participación en las sesiones. Solicita en última instancia se incluya este tema en la agenda de la próxima sesión ordinaria.

Sobre el particular el **Regulador General** indicó que la agenda de la próxima semana ya había sido distribuida. En ese sentido, si hay alguna modificación se haría en el momento en que se presente.

La Directiva **Echandi Gurdíán** señala que no es cualquier asunto, se trata de una contratación irregular, pues se hizo a espaldas de esta Junta Directiva. No se ha tomado ningún acuerdo que respalde la contratación descrita. Todo ello evidencia la mala fe de los miembros de la Junta Directiva que pudiesen estar al tanto de esta contratación y, en especial, del Gerente General de esta Institución que participa en las sesiones de Junta Directiva.

El señor **Meléndez Howell** indicó que no ve por qué va a ser un acto irregular. Al contrario, precisamente todas esas han sido dudas que ustedes han venido expresando en Junta Directiva y lo que se desea es tener un criterio externo sobre si efectivamente esas dudas que ustedes han planteado tienen o no tienen fundamento. Lamentablemente, ustedes lo toman por el mal camino.

La señora **Echandi Gurdíán** manifiesta que dado que no le permiten referirse a una contratación hecha a espaldas de esta Junta Directiva, se tendrá que retirar de la sesión y hacerlo públicamente.

A partir de las 15:03 horas se retiraron del salón de sesiones los directores Echandi Gurdíán y Arias Rodríguez.

Analizada la propuesta del Reglamento Interno de Contratación Administrativa, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en su oficio 336-DGJR-2011, así como tomando en cuenta los comentarios y observaciones formulados en esta oportunidad, con la votación a favor de los directores *Meléndez*, *Gutiérrez* y *Saborío*, y los votos en contra de los directores *Echandi* y *Arias*, la Junta Directiva, por mayoría, dispuso:

Considerando:

1. Que el artículo 53 inciso l) de la Ley 7593, faculta a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, para definir la organización interna de la Autoridad Reguladora.
2. Que el artículo 7 de la Ley 7593, faculta a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para efectuar contratos de compra, venta y arrendamiento de bienes, muebles e inmuebles, y servicios necesarios para el desempeño de su cometido, todo de acuerdo con la legislación existente.
3. Que el Capítulo XIII de la Ley 7494, Ley de Contratación Administrativa, establece que cada Administración deberá contar con una dependencia encargada de los procedimientos de contratación administrativa, con la organización y las funciones que se determinen por reglamento interno.
4. Que es necesario mantener actualizado el marco normativo interno de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en materia de contratación administrativa con el fin de adecuarlo a las exigencias de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento vigentes y definir los órganos internos que intervienen en los procedimientos de contratación administrativa, así como los deberes de las unidades internas encargadas de ejecutar los procedimientos mencionados.
5. Que deben establecerse de manera clara y precisa las reglas de administración del registro de proveedores de la institución.
6. Que de conformidad con el artículo 53 inciso f), de la Ley 7593, corresponde a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, aprobar los contratos de obras y servicios, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, lo cual requiere definir la forma en que se llevará a cabo dicha aprobación.

7. Que el artículo 145 de la Ley General de la Administración Pública señala: *□Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse□* De lo anterior se distinguen con claridad dos clases de actos que inciden ya sea en la validez o en la eficacia de un acto administrativo: los actos de *□autorización□* (ex ante) y de los actos de *□aprobación□* (ex post). En el caso de estos últimos, se puede agregar que la aprobación se realiza sobre actos ya formados, con el objeto de permitir la ejecución y la eficacia de ellos.

8. Que en doctrina se entiende de los dos conceptos citados en el punto anterior, lo siguiente: *"AUTORIZACION.- El acto de autorización tiene un doble alcance jurídico: como acto de "habilitación o permiso" strictu sensu y como acto de "fiscalización o control".//Como acto de habilitación o permisión, la autorización traduce aquellas licencias que la autoridad administrativa confiere a los administrados en el ejercicio de la policía administrativa, v.gr., la autorización para construir o edificar como materia de la policía urbanística; la autorización para habilitar un comercio en ejercicio de la policía económica; la autorización para la existencia de las personas jurídicas. Como acto de fiscalización o control. la autorización es una declaración de voluntad administrativa constitutiva o de remoción de obstáculos para superar los límites que el orden jurídico pone al libre desenvolvimiento de la actividad pública.*

Esencialmente, desde el punto de vista jurídico, consiste en un acto administrativo de control, por el cual un órgano faculta a otro a emitir un determinado acto. En virtud de la autorización, un órgano administrativo inferior queda facultado para desplegar una cierta actividad o comportamiento... //APROBACION.-Es el acto administrativo de control que se produce con posterioridad a la emisión del acto controlado. //La aprobación actúa ex post, y otorga validez y eficacia al acto, incidiendo en su perfección..." (JOSE ROBERTO DROMI, Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, págs. 180, 181 y 184). Citado por la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-004-91, del 4 de enero de 1991.

9. Que de conformidad con el artículo 184 de la Constitución Política, 20 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República y 32 de la Ley de Contratación Administrativa, la actividad contractual que ejecute la Administración Pública requerirá de *□refrendo□* entendiéndose como tal, el acto de aprobación, que funge como requisito de eficacia del contrato administrativo y que verifica que el clausulado del contrato se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico; este acto está a cargo de la Contraloría General de la República.

10. Que con base en la normativa citada en el punto anterior, la Contraloría General de la República, ha definido a través del [Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública] resolución N° R-CO-44-2007 del 11 de octubre de 2007, las categorías de los contratos que por su origen, naturaleza o cuantía se excluyen de su aprobación, instaurando para éstos la denominada [aprobación interna] acto a cargo de la Unidad Jurídica interna de cada institución, que hace las veces del conocido refrendo contralor.

11. Que en atención a lo anterior la Junta Directiva estima razonable, proporcional y ajustado a los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa, aprobar sólo aquellos contratos de obras y servicios que representen un volumen significativo del gasto presupuestado por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, y que no estén sujetos al refrendo contralor ni a la aprobación interna, de conformidad con el Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública emitido por la Contraloría General de la República, ya que lo contrario significaría un exceso en los controles que conlleva a un uso ineficiente de los recursos públicos.

En uso de las atribuciones que le confieren el artículo 53 inciso l) de la Ley 7593 y sus reformas, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora,

Dispuso, por mayoría:

1. Someter a consulta pública, de conformidad con el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública, la propuesta de [Reglamento Interno de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos] que se lee así:

***REGLAMENTO INTERNO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS***

**CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1.- Objetivos. Los objetivos del presente Reglamento son:

- 1.- Fijar las competencias y asignación de responsabilidades de las dependencias internas de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, que participan en los procesos de adquisiciones de bienes o servicios contemplados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

2.- Regular el Registro de Proveedores de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Artículo 2.- Abreviaturas y definiciones. Para los efectos de este Reglamento, se establecen las siguientes abreviaturas y definiciones:

Abreviaturas:

ARESEP: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

CGR: Contraloría General de la República.

DGJR: Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

LCA: Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, publicada en el Alcance N° 20 a *La Gaceta* N° 110, del 8 de junio de 1995.

RIOF: Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados.

RLCA: Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, publicado en *La Gaceta* N° 210 del 2 de noviembre del 2006.

Definiciones:

ACTA DE APERTURA: Documento donde se dejará constancia de los datos generales de las ofertas y de los asistentes al acto de apertura de las ofertas presentadas en los procedimientos de licitación pública y licitación abreviada.

ACTO FINAL: Acto administrativo de adjudicación, readjudicación, declaratoria de desierto o infructuoso, con el cual se pone fin al procedimiento de contratación administrativa.

ÁREA SOLICITANTE: Unidad dentro de la estructura organizacional de la ARESEP que gestiona ante la Proveeduría la adquisición de un bien o servicio: Junta Directiva, Regulador (a) General o Regulador General Adjunto, Gerente General, o quien legalmente éste delegue, Superintendentes, Directores (as) Generales, Auditor (a) Interno (a).

CARTEL DE LICITACIÓN: Reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento.

CONTRAPARTE INSTITUCIONAL: Es el responsable de fiscalizar el fiel cumplimiento de la contratación administrativa que le ha sido encomendada. Corresponde al área solicitante.

CONTRATACIÓN DIRECTA POR EXCEPCIÓN: Contrataciones que por su propia naturaleza se encuentran excluidas de los procedimientos ordinarios de concurso, según lo establecido en la LCA y su reglamento.

CONTRATACIONES DIRECTAS AUTORIZADAS: Contrataciones que por estar autorizadas por la Contraloría General de la República, se excluyen de los procedimientos ordinarios de concurso.

CONTRATISTA: Persona física o jurídica que celebra una contratación administrativa con la ARESEP, para el suministro de algún bien o servicio u obra.

DECISIÓN INICIAL: Acto administrativo emitido por el funcionario o el órgano competente, que ordena el inicio de la contratación.

EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO: Legajo físico y/o archivo electrónico que deberá contener todas las actuaciones, internas y externas en el orden cronológico correspondiente a su presentación y relativas a un trámite de contratación administrativa específico.

ORDEN DE COMPRA: Documento formal de ejecución presupuestaria, que sustituye el contrato cuando este no se requiere, mediante el cual se formalizan los procedimientos de contratación administrativa y que concierne a la Proveeduría su elaboración.

PROGRAMA DE ADQUISICIONES: Proyección de las necesidades de bienes y servicios para el período presupuestario siguiente.

PROVEEDURÍA: Unidad encargada de la conducción de los procedimientos de contratación que requieran las distintas dependencias de la ARESEP.

REGISTRO DE PROVEEDORES: Registro en el cual figuran las personas físicas o jurídicas que han cumplido los requisitos dispuestos para ser tomados en cuenta en los procesos de contratación administrativa que promueva la ARESEP.

TERMINOS DE REFERENCIA: Conjunto de especificaciones técnicas y jurídicas, definidas por el área solicitante, para la adquisición de bienes y servicios necesarios para el desarrollo de sus funciones.

UNIDAD INTERNA DE APROBACIONES: Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de la ARESEP.

CAPÍTULO II

DE LAS UNIDADES CON COMPETENCIA PARA INICIAR LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 3.- El inicio del procedimiento de contratación que corresponda, deberá ser solicitado por el responsable del área solicitante y la decisión inicial deberá estar suscrita por el órgano competente para ello.

Artículo 4.- Podrán solicitar a la Proveduría el inicio de los procedimientos de contratación, cuando la adquisición del bien o servicio se encuentre dentro de su esfera de funciones:

- a) La Junta Directiva.
- b) El (la) Regulador (a) General.
- c) El (la) Regulador (a) General Adjunto (a).
- d) El (la) Gerente General.
- e) Los (las) Superintendentes.
- f) Los (las) Directores (as) Generales.
- g) El (la) Auditor (a) Interno (a).

Artículo 5.- El órgano interno con competencia para adoptar la decisión inicial, aprobar y modificar los carteles, así como acordar la adjudicación, la declaratoria de infructuoso o desierto correspondiente, es el (la) Gerente General. En su ausencia podrá actuar el (la) Regulador(a) General o el (la) Regulador(a) General Adjunto(a).

CAPÍTULO III

UNIDADES INTERNAS PARTICIPANTES EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 6.- De la Proveduría. Corresponde a la Proveduría la conducción de los procedimientos de contratación administrativa de la institución. Para ello, además de las funciones gerenciales de proveeduría institucional definidas en el artículo 52 del RIOF, tendrá los siguientes deberes y obligaciones:

- 1.-Asesorar a lo interno de la ARESEP sobre los trámites que deben ser cumplidos en relación con los distintos procedimientos de adquisición de bienes y servicios no personales.
- 2.-Consolidar y publicar en el primer mes de cada período presupuestario, la información referente al programa de adquisiciones interno de la ARESEP.
- 3.-Elaborar en el último trimestre de cada año, un cronograma de las compras más relevantes del próximo período presupuestario, al cual brindará el control y seguimiento respectivo.
- 4.-Recibir, tramitar, registrar y custodiar todos los documentos que conforman el Registro de Proveedores.
- 5.-Conformar una base de datos con carteles estandarizados y normalizados, que sirvan de formato o guía en la contratación de bienes y servicios no personales.
- 6.-Velar que en los carteles siempre se respeten los requerimientos técnicos y jurídicos mínimos indispensables.
- 7.-Instruir los procesos de contratación administrativa de la ARESEP.
- 8.-Determinar si proceden las decisiones iniciales, según lo establecido en el plan anual de adquisiciones.
- 9.-Preparar la versión final de los carteles para los distintos procedimientos de contratación que se generen.
- 10.- Verificar la existencia de contenido presupuestario en todo procedimiento de contratación administrativa.
- 11.- Gestionar ante la CGR cualquier solicitud de autorización o trámite que se requiera en los procedimientos de adquisición de bienes y servicios no personales, en coordinación con el área solicitante.
- 12.- Conformar y mantener en custodia un expediente administrativo, físico o electrónico, de cada procedimiento de compra, en el que se garantice la integralidad y el orden cronológico de incorporación de la documentación que él mismo contenga.
- 13.- Coordinar con las otras unidades el cumplimiento de las diferentes etapas del proceso de compras, así como llevar un control de los tiempos máximos de terminación de cada una de ellas (elaboración del cronograma de tareas y responsables).
- 14.- Ser el contacto o enlace oficial entre la Administración y los o las oferentes o contratistas.
- 15.- Controlar que no se produzca la fragmentación ilícita.
- 16.- Conducir y levantar el acta, de las audiencias pre cartelarias.
- 17.- Dictar oportunamente las modificaciones, prórrogas y aclaraciones que deban realizarse al cartel, ya sean de oficio o a petición de parte.
- 18.- Presidir los actos de apertura de ofertas en los procesos de contratación, de lo cual se levantará un acta.
- 19.- Solicitar oportunamente las subsanaciones de las propuestas a los o las oferentes.

- 20.- Gestionar ante la DGJR y las áreas solicitantes, según corresponda, la elaboración de los dictámenes con relación a la admisibilidad de las ofertas participantes en un concurso y a su recomendación de adjudicación.
- 21.- Atender los recursos de objeción a los carteles, así como los de revocatoria contra los actos de adjudicación en las contrataciones, con el apoyo de las áreas solicitantes y la DGJR, en lo de su competencia.
- 22.- Preparar la respuesta a las audiencias que en trámite de recursos de apelación conceda la CGR, con el apoyo de las áreas solicitantes y la DGJR, en lo de su competencia.
- 23.- Cumplir los plazos dispuestos para la formalización contractual.
- 24.- Tramitar los contratos administrativos que requieran de formalización.
- 25.- Comunicar al área solicitante la aprobación interna o refrendo contralor para que ésta proceda a girar la orden de inicio al contratista.
- 26.- Comunicar a la Gerencia General el recibido a satisfacción de los bienes o servicios contratados, a fin de que se proceda con el trámite de pago, para ello coordinará con el área solicitante.
- 27.- Administrar las garantías de participación, cumplimiento o de cualquier otro tipo que sean rendidas en los procedimientos de adquisición de bienes y servicios no personales.
- 28.- Gestionar el refrendo contralor o la aprobación interna del contrato ante la Contraloría General de la República o la DGJR, según corresponda, cuando ello resulte pertinente.
- 29.- Tramitar ante la Junta Directiva de la ARESEP, la aprobación de los contratos de obras y servicios que corresponda.
- 30.- Resolver dentro de los plazos dispuestos los trámites atinentes a prórrogas, suspensiones, modificaciones unilaterales y/o contratos adicionales, dentro de sus competencias.
- 31.- Elaborar y mantener actualizado un registro de los funcionarios y las funcionarias de la ARESEP que en razón del cargo que en ella ejercen, se encuentran cubiertos o cubiertas por el régimen de prohibiciones establecido por los artículos 22 y 22 bis de la LCA.
- 32.- Informar acerca del nivel de avance para los procesos de contratación de mayor impacto, riesgo y necesidad a nivel institucional mediante el uso de las herramientas informáticas que considere oportunas.
- 33.- Tramitar las compras con fondos de caja chica que se generen de conformidad con la normativa vigente.
- 34.- Tramitar la venta o remate de bienes de la ARESEP, en lo que corresponda dentro de sus competencias.
- 35.- Atender las gestiones de reajustes y revisión de precios que presenten los contratistas y tramitarlas ante los órganos que corresponda.
- 36.- Coadyuvar y solicitar la actualización del presente Reglamento, según las modificaciones que se produzcan en materia de contratación administrativa como resultado de la promulgación de leyes, decretos o reglamentos ejecutivos y circulares que se emitan por las autoridades competentes.

- 37.- Verificar que en los contratos y órdenes de compra que se generen, se cancele el importe correspondiente de especies fiscales, acorde con la cuantía del negocio.
- 38.- Tramitar la procedencia de las modificaciones contractuales de acuerdo con las razones que fundamente el área solicitante para tal efecto y a la normativa aplicable.

Artículo 7.- De la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. Corresponde a la DGJR, además de las funciones establecidas en el artículo 47 del RIOF, brindar asesoría legal para la atención de los distintos procedimientos de contratación que lleve a cabo la ARESEP. Para ello, cuenta al menos con los siguientes deberes y obligaciones:

- 1.- Emitir recomendaciones de orden jurídico a los borradores de carteles que sean sometidos a su consideración, cuando se trate de procedimientos de licitación o de contrataciones directas autorizadas o por excepción cuyo monto alcance el límite inferior de una licitación abreviada.
- 2.- Dictaminar desde el punto de vista legal, sobre la procedencia o improcedencia de la subsanación de ofertas cuando se trate de procedimientos de licitación o de contrataciones directas autorizadas o por excepción cuyo monto alcance el límite inferior de una licitación abreviada.
- 3.- Rendir los dictámenes legales sobre la admisibilidad de las ofertas participantes en los concursos mencionados.
- 4.- Emitir los criterios jurídicos sobre los recursos que se presenten en los procesos de contratación administrativa en los concursos mencionados.
- 5.- Elaborar los contratos administrativos que requieran de formalización.
- 6.- Instruir las acciones sancionatorias contra los o las oferentes y proveedores, una vez detectado algún incumplimiento o irregularidad en un proceso de compra, coordinando con las demás dependencias involucradas que correspondan.
- 7.- Otorgar la aprobación interna de aquellas contrataciones que así lo requieran, de conformidad con lo establecido en el Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la administración pública, emitido por la CGR.

Artículo 8.- Del área solicitante. Corresponde al área solicitante, proveer la asesoría y la ejecución de funciones específicas para la atención de los distintos procedimientos de contratación que solicite. Para ello, cuenta al menos con los siguientes deberes y obligaciones:

- 1.- Centralizar sus necesidades, en las materias que le competan.
- 2.- Definir las metas, el plan de acción y la estimación de recursos presupuestarios requeridos anualmente para las contrataciones que le competan.
- 3.- Generar los documentos de orden técnico que se requieran para la tramitación de un procedimiento de contratación administrativa.
- 4.- Velar porque no se incurra en fragmentación ilícita en las contrataciones a su cargo.

- 5.- Realizar estudios de mercado sobre los costos y características técnicas de los bienes o servicios que se desean contratar.
- 6.- Emitir recomendaciones de orden técnico sobre los borradores de carteles que sean sometidos a su consideración, incluyendo la posibilidad de realizar pagos por adelantado, conforme a lo dispuesto por el artículo 35 del RLCA; y la inclusión de multas, cláusulas penales o cláusulas de indemnización y/o retención, así como la estimación de la eventual sanción.
- 7.- Dictaminar desde el punto de vista técnico, sobre la procedencia o improcedencia de la subsanación de ofertas.
- 8.- Rendir, dentro del plazo que la Proveeduría le señale, los dictámenes técnicos con la recomendación sobre la admisibilidad de las ofertas participantes en el concurso así como emitir una recomendación de adjudicación.
- 9.- Colaborar con la Proveeduría, dentro de su campo de conocimiento, en la atención de los recursos que se presenten en los procesos de contratación administrativa que solicite.
- 10.- Fungir como contraparte técnica y velar por la correcta ejecución del contrato. Para ello, debe informar por escrito a la Proveeduría acerca del incumplimiento de las obligaciones contractuales que se presenten y solicitar la aplicación de la garantía de cumplimiento, cláusulas penales, multas y sanciones, siempre y cuando se hayan dispuesto en el cartel, así como las solicitudes de prórroga de entrega de bienes y servicios.
- 11.- Girar la orden de inicio en las contrataciones que solicite.
- 12.- Verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales, de seguridad social y pago de salario mínimo por parte de la empresa contratista en los procedimientos que solicite.
- 13.- Otorgar el visto bueno técnico al objeto contractual para que la Proveeduría pueda realizar el trámite de pago de la factura de compra ante la Gerencia General en los procedimientos que solicite.
- 14.- Velar por el correcto cumplimiento de cada una de las obligaciones indicadas en el cartel, la orden de compra y/o el contrato, según corresponda.
- 15.- Coordinar con el contratista los aspectos operativos y funcionales durante la fase de ejecución contractual en los procedimientos que solicita.
- 16.- Remitir a la Proveeduría copia de los documentos que se generen en el proceso de gestión de compras, para mantener actualizado el expediente administrativo.
- 17.- Evaluar la conveniencia de las propuestas de mejora que presenten los contratistas tanto en bienes y servicios, para lo cual deberán rendir el criterio técnico respectivo.
- 18.- Velar porque los contratos a su cargo, se ejecuten dentro de la vigencia originalmente pactada.
- 19.- Supervisar que la contratación con sus respectivas prórrogas no supere el límite máximo presupuestario del tipo de procedimiento del concurso que dio origen al servicio contratado.

- 20.- Planificar para que la contratación a su cargo, cuente con la disponibilidad de recursos presupuestarios durante la vigencia del contrato.
- 21.- Velar porque los pagos respectivos se realicen dentro del período presupuestario correspondiente.
- 22.- Gestionar el finiquito de los contratos de obra en los cuales funja como contraparte técnica.
- 23.- Determinar oportunamente la necesidad de ampliar, disminuir o modificar la prestación objeto del contrato, de previo a la finalización del plazo de ejecución contractual.

Artículo 9.- De la Gerencia General. Corresponde a la Gerencia General, realizar las funciones gerenciales de administración financiera establecidas en el artículo 50 del RIOF y las siguientes funciones, las cuales realizará a través de las áreas a su cargo:

- 1.- A través del área de Tesorería, realizar los pagos respectivos a los proveedores de bienes y servicios no personales una vez que la Proveeduría haya informado sobre el recibido a satisfacción de los mismos.
- 2.- Con la colaboración de la DGJR y del área de Tesorería, llevar a cabo el cobro de multas o sanciones a los contratistas que se deriven de los procedimientos de contratación, previa solicitud de la Proveeduría.
- 3.- A través del área de Tesorería, recibir, custodiar y devolver las garantías de participación y cumplimiento que se rindan producto del procedimiento de contratación.
- 4.- A través del área de Tesorería, custodiar los contratos originales firmados producto de un procedimiento de contratación.

Artículo 10.- De la Junta Directiva. Corresponde a la Junta Directiva aprobar los contratos de obras y servicios originados en una contratación directa vía excepción, cuyo monto ascienda al establecido para una licitación pública o abreviada.

CAPÍTULO IV SOBRE EL PROCESO DE COMPRAS

Artículo 11.- Inicio del procedimiento de contratación. Todas las unidades que requieran bienes o servicios no personales, deberán enviar solicitud de compra en la que se describa con detalle lo requerido por esa dependencia a la Proveeduría.

En los casos de procedimientos por excepción, además de la solicitud de inicio de procedimiento el área solicitante deberá aportar los estudios de razonabilidad del precio, la justificación para fundamentar la excepción y el (los) proveedor(es) recomendado(s).

Artículo 12.- Exclusión de carteles de licitación. No será necesaria la existencia de un cartel de licitación en los siguientes casos: contratación de servicios públicos, suscripciones a revistas y periódicos, servicios de capacitación abierta, adquisición de combustibles, modificación por concepto de ampliación o disminución del objeto contractual o por tratarse de un contrato adicional.

Artículo 13.- Divulgación de los carteles. Todo cartel será divulgado además de los medios previstos en la LCA y su Reglamento, en la página web de la ARESEP.

Artículo 14.- Coordinación interna con respecto al cartel. Las aclaraciones, modificaciones y prórrogas al plazo de recepción de ofertas serán incluidas por la Proveeduría, la cual deberá coordinarlas previamente con el área solicitante respectiva y demás unidades intervinientes.

Artículo 15.- Formalización contractual. Únicamente requerirán formalización los contratos de servicios derivados de licitaciones públicas y abreviadas. También los derivados de un procedimiento de contratación directa por excepción.

CAPÍTULO V

Del Registro de Proveedores

Artículo 16.- Alcance. El Registro de Proveedores de la ARESEP constituye el instrumento al que deben recurrir las personas físicas y/o jurídicas que deseen participar en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Proveeduría, con el objeto de registrarse, tanto en forma electrónica como física, como proveedores activos de la Institución.

Su administración es responsabilidad de la Proveeduría.

Artículo 17.- Procedimiento de inscripción. El procedimiento de inscripción en el Registro de Proveedores de la Autoridad Reguladora contempla los siguientes pasos:

- 1.-La Proveeduría invitará a los interesados o interesadas en integrar el Registro de Proveedores, mediante publicación en el diario oficial La Gaceta, en la página web de la ARESEP y facultativamente en un diario de circulación nacional, al menos una vez al año. No obstante lo anterior, todo interesado o interesada en ser incluido en el Registro de Proveedores, podrá solicitar su incorporación en cualquier momento, sin que exista un tiempo establecido para hacerlo.
- 2.-Los interesados o interesadas deben de completar en forma electrónica el respectivo formulario el cual debe ser accesado desde la página Web de la ARESEP.

- 3.-Una vez que el interesado o interesada se haya inscrito, deberá remitir a la Proveduría las certificaciones, declaraciones juradas y demás documentación física que se señala.
- 4.-La Proveduría cuenta con un plazo máximo de tres días hábiles para verificar si el interesado aportó toda la información electrónica y física solicitada.
- 5.-En aquellos casos en que la información sea defectuosa o poco clara, se prevendrá al interesado o interesada su subsanación, para lo cual se le concederá un plazo máximo de cinco días hábiles.
- 6.-Si la prevención es atendida correctamente, se otorgará la inscripción; caso contrario, la solicitud se tendrá por rechazada.

Artículo 18.- Vigencia de la inscripción. La condición de proveedor activo tiene una vigencia de veinticuatro meses, conforme con lo que señala el artículo 122 del RLCA.

Artículo 19.- Actualización de la información. Los proveedores incluidos en el Registro de Proveedores de la ARESEP, están en la obligación de comunicar a la Proveduría los cambios que se produzcan en su información, respecto del:

- a. Nombre o razón social.
- b. Sustitución del apoderado, apoderada o representante legal.
- c. Dirección, teléfono, número de fax, correo electrónico.
- d. Cambio de giro comercial.
- e. Medio señalado para atender notificaciones.

Artículo 20.- Rotación. La Proveduría deberá garantizar una rotación de los proveedores inscritos en el Registro de Proveedores, en las invitaciones a los procedimientos de contratación de licitación abreviada y las contrataciones directas por escasa cuantía no referidas a caja chica o a otras excepciones.

La rotación se realizará conforme con las siguientes regulaciones:

- a) Los proveedores se invitarán en estricto orden cronológico, empezando por los proveedores más antiguos según la fecha de inscripción en el registro.
- b) El número de proveedores a invitar por cada procedimiento dependerá de las cantidades mínimas establecidas para cada tipo de contratación, de acuerdo con la LCA y su Reglamento.
- c) En las contrataciones directas por escasa cuantía se invitarán obligatoriamente a tres proveedores pudiendo incorporarse adicionalmente dos más, tomando como referencia su participación en procedimientos anteriormente tramitados para la adquisición de bienes y servicios similares.

- d) En las licitaciones abreviadas se invitarán obligatoriamente cinco proveedores, pudiendo incorporarse adicionalmente dos más tomando como referencia su participación en procedimientos de contratación anteriormente tramitados para la adquisición de bienes y servicios similares.
- e) No se permite la invitación a proveedores que tengan sanciones de inhabilitación vigentes y debe tomarse en cuenta la recurrencia de la invitación.
- f) En caso de que existan proveedores catalogados como PYMES para una determinada mercancía se deberá de invitar para el proceso de contratación respectivo.
- g) Los proveedores catalogados como PYMES para una determinada mercancía tienen su propio rol de manera que se roten entre ellos.
- h) Deberá de garantizar una rotación por tipo de mercancía.
- i) Será potestativo para la Administración decidir procedimientos donde se inviten a todos los proveedores registrados para un objeto determinado, momento después del cual se reiniciará el rol de invitaciones.

Artículo 21.- Exclusión del Registro. La exclusión del Registro de Proveedores, conforme con lo señalado en el artículo 124 del RLCA, deberá de ser precedida de una audiencia por cinco días hábiles otorgada al interesado o interesada para que se manifieste sobre el particular. Vencido el plazo, se resolverá conforme en derecho corresponda. Contra lo resuelto se aplicará el régimen recursivo ordinario previsto en la Ley General de Administración Pública.

El recurso deberá indicar los alegatos por los cuales el interesado no está conforme con su exclusión del registro de proveedores, aportándose la prueba en que apoya su argumentación.

Corresponde a la Proveeduría dictar la resolución por la cual se excluya al interesado del Registro de Proveedores.

Artículo 22.- Intercambio de bases de datos. La Proveeduría podrá acceder o intercambiar las bases de datos de registro de proveedores de otras instituciones de conformidad con el artículo 120 del RLCA.

CAPÍTULO VI

Disposiciones finales

Artículo 23.- Uso de medios electrónicos y telemáticos. Dentro de los procesos de compra, se considerará oficialmente comunicada la información generada mediante la página web

institucional, así como cualquier mensaje que se transmita en forma electrónica y telemática por parte de medios o cuentas de correos de la Proveduría autorizados para dichos efectos.

Artículo 24.- Integración de normas. El presente reglamento se integra con lo que disponga la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Artículo 25.-Derogatoria. Se deroga toda normativa interna que se oponga al presente reglamento.

TRANSITORIOS

Transitorio I.- Los procedimientos de compra iniciados con anterioridad a la publicación de este Reglamento se ajustarán en lo sucesivo a las disposiciones del presente reglamento y al Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en lo que sea aplicable.

Transitorio II.- A partir de la entrada en vigencia de este Reglamento, se recurrirá de manera obligatoria a invitar a los potenciales oferentes de contrataciones directas y abreviadas, que se encuentren en el registro de proveedores institucionales. La publicación en el diario oficial La Gaceta será obligatoria en las licitaciones públicas, en los casos en los que la Administración considere indispensable, previa justificación y aprobación del Gerente General, se podrán publicar en el Diario Oficial, otro tipo de contrataciones (directas y abreviadas) que así lo ameriten.

Transitorio III.- Los Directores de las actuales Direcciones de Servicios de Energía, Agua y Ambiente, y Transportes, podrán solicitar el inicio de los procedimientos de contratación hasta tanto se encuentren debidamente nombrados los Superintendentes de Energía, Agua y Saneamiento y Transporte Público.

Transitorio IV.- Deberá la Administración, una vez publicado este reglamento en el diario oficial La Gaceta, establecer los canales tecnológicos necesarios para implementar la modalidad de contratación electrónica, para aquellos casos que así lo decida.

Rige a partir de su publicación.

Publíquese en el diario oficial La Gaceta. De dicha publicación avísese en un diario de circulación nacional. Téngase este acuerdo a disposición del público en un lugar visible dentro de la institución y en la página en Internet de la Autoridad Reguladora.

2. Que las observaciones que deseen formularse sobre dicha propuesta, deben remitirse, dentro del plazo de 10 días hábiles contados a partir del día siguiente a la publicación en el

diario oficial La Gaceta, a la Dirección General Centro de Desarrollo de la Regulación o al correo electrónico guillermo.monge@aresep.go.cr.

3. Solicitar a todas las Direcciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, hacer llegar sus observaciones a la propuesta, dentro del mismo plazo.
4. Instar al Regulador General para que actualice el Manual de procedimientos de contratación administrativa de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos a la luz de lo dispuesto en el presente reglamento.

A partir de las 15:05 horas se decreto un receso.

ARTÍCULO 2. RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR PLANTAS EÓLICAS S.R.L. CONTRA EL ACUERDO 11-019-2010. ET-135-2008

Reanudada la sesión, hicieron su ingreso al salón de sesiones la señora Xinia Herrera y el señor Robert Thomas para participar en el análisis del presente artículo.

Se conoció el oficio 98-DGJR-2011 del 14 de febrero del 2011, adjunto al cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remite el oficio 238-SJD-2010 mediante el cual la señora Xinia Herrera Durán emite criterio técnico sobre el recurso de reposición interpuesto por Plantas Eólicas S.R.L. contra acuerdo 11-019-2010, artículo 3, inciso 7, en relación con la Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley 7200), para la renegociación o firma de un nuevo contrato de compra venta de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), conducta administrativa sustentada en la RJD-009-2010.

Doña **Xinia Herrera** procedió a explicar que en dicho caso, sólo se ha definido la metodología y el precio no, pero el hecho de que sean plantas que firmen un nuevo contrato con el ICE significa que la metodología se sustenta en que, una parte importante de la inversión, sino es que toda, ya está amortizada. La rentabilidad que se reconoce, lo hace únicamente por la parte del activo que no está depreciado y eso es precisamente es el argumento de la empresa que recurre que es Plantas Eólicas.

La empresa señala que la fórmula que aprobó la Junta Directiva en la resolución recurrida presenta un elemento cuya aplicación resulta indebida: porque se utiliza el componente Ke multiplicado por el costo de inversión, ajustado según remanente de vida

útil, y que la manera en que está calculada la rentabilidad sobre el activo es una anualidad que tiende al infinito y por lo tanto muy baja.

En ese sentido, hay un error en la consideración del recurrente porque no consideró que el cálculo del $\square Ke \square$ que está en la fórmula, ya está ponderado por la depreciación del activo y por tanto, lo único que reconoce es la parte del activo que sigue sin depreciarse y entonces no es un anualidad sino simplemente una ponderación por la parte que está sin depreciar. El $\square Xu \square$ que está en la fórmula, es precisamente el factor de antigüedad y no es cierto que sea una anualidad que tiende al infinito. Básicamente esa es la parte técnica del recurso.

Don *Robert Thomas* comentó que lo único que había notado, era si en este momento cabría resolver de manera diferente el recurso dado que se trata de una resolución de hace un año, ya que no sabe en el ínterin se ha tomado alguna decisión. Lo señala para efectos de que se revise.

Se somete a votación dicho asunto, los directores *Meléndez Howell*, *Saborío Alvarado* y *Gutiérrez López* votan, por tanto, la Junta Directiva, con base en lo expuesto por la señora Xinia Herrera Durán en su oficio 238-SJD-1011,

dispuso

1-. Rechazar el recurso de revocatoria presentado por el señor Jay Gallegos en su condición de apoderado de Plantas Eólicas S.R.L. contra la RSJ-009-2010 de las 14:35 horas del 7 de mayo del 2010, publicada en el diario oficial La Gaceta 109 del 7 de junio del 2010.

2-. Se agota la vía administrativa.

3-. Se dicta la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que mediante la RJD-009-2010 de las 14:35 horas del 7 de mayo de 2010, lo siguiente:
- I) Dictar la metodología de fijación de tarifas para generadores (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compra venta de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad. II) Establecer que esta tarifa también podrá ser aplicable a cualquier otro tipo de compraventa de energía, con base en energía hidroeléctrica, mientras no existan otros modelos específicos, siempre que se cumplan con las premisas y consideraciones establecidas en el modelo, especialmente lo referente a que se trate de plantas con inversión ya amortizada. III) Establecer que esta tarifa podrá ser aplicable a cualquier

otro contrato de generadores privados con el Ice, con fuente diferente a la hidroeléctrica, mientras no exista un modelo específico para esa tecnología, siempre que se cumplan con las premisas y consideraciones establecidas en el modelo, especialmente lo referente a que se trate de plantas con inversión ya amortizada. IV) Establecer que los generadores privados a los que se les aplique este modelo, tendrán la obligación de presentar anualmente a la ARESEP la información financiera auditada (gastos operativos y de mantenimiento, administrativos y gastos de inversión individual), así como su debida justificación, [de forma] tal que permita al Ente Regulador disponer de la mayor y mejor cantidad de información necesaria para el ajuste del modelo a las condiciones operativas reales. Mientras no se disponga de la información que se detalla en el párrafo anterior, o en forma complementaria a esta situación, la Autoridad Reguladora calculará el modelo con la información que se disponga. El indicado acuerdo 011-019-2010, fue publicado en La Gaceta 109, del 7 de junio de 2010.

II. Que el 11 de junio de 2010, por fax, el Ing. Jay D Gallegos, Gerente de Plantas Eólicas S. R. L., según consta en certificación que acompaña, plantea recurso de revocatoria contra el acuerdo 011-019-2010, adoptado por la Junta Directiva de la Aresep, en la sesión 19-2010 del 7 de mayo de 2010; por el que se aprueba la metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes, cuando se presente una renegociación o firma de un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad, publicada en La Gaceta 109 del 7 de junio de 2010 (folio 1113 al 1126). Alega en resumen que:

(1) Sobre la fórmula aprobada por la Junta Directiva se presenta un elemento cuya aplicación resulta indebida: 1.1 Sobre el componente Ke. (a) Se utiliza el componente Ke multiplicado por el costo de inversión ajustado según el remanente de vida útil (el elemento $I \cdot Xu$), con el fin de convertir una cantidad fija (la Inversión total depreciada), en una cantidad anual (un "annuity"). (b) El factor de conversión de valor presente a anualidad, depende de la cantidad de períodos en los que se recupera la inversión. La fórmula de ese factor es: $FRC = Ke / (1 - (1 + Ke)^{-N})$. En el caso en que el número de períodos tienda a infinito, es decir, en el caso de una anualidad conocida como perpetuidad o "perpetuity" el factor de conversión FRC tiende a ser igual a Ke. (c) La forma como la Aresep ha aplicado este factor de conversión implica una simplificación que no es correcta, pues asume que la vida remanente de las plantas es infinita, cuando lo correcto es que la vida remanente (N), es la cantidad de años que resulta de restar los factores Vu y Vo (Vida útil y Vida en operación, respectivamente). (ch) En el caso de las plantas de generación del SIN que son sujetas a esta metodología, de mantenerse esa aplicación aprobada por la Aresep, el valor de la tarifa resultante sería menor de lo correcto, pues el componente $I \cdot Xu \cdot Ke$ siempre será menor que el valor resultante de aplicar

correctamente el concepto de anualidad según se explicó arriba, es decir, utilizando I*Xu*FRC, en lugar de I*Xu*Ke. (d) Ese planteamiento fue presentado en la audiencia pública, y está contenido en las páginas 9, 10 y 11 de la presentación que utilizó Planta Eólicas, S.R.L. como ayuda visual en la audiencia pública y que anexa al presente recurso. (2) Pretensión: Sobre la base de los argumentos expuestos, solicita: 1. revocar o anular el acuerdo 011-019-2010 y su acto preparatorio la RJD-009-2010 y 2. Valorar nuevamente los elementos que deben componer la fórmula a ser publicada para observaciones.

- III. Que el Asesor Jurídico de la Junta Directiva dictó el dictamen 122-AJD-2010 del 30 de junio del 2010, mediante el cual recomienda resolver con criterios técnicos rechazar el recurso de revocatoria presentado por Plantas Eólicas, S.R.L., contra el contenido del acuerdo 011-019-2010, artículo 3, inciso 7, adoptado por la junta directiva de la autoridad reguladora, en la sesión 19-2010 del 7 de mayo de 2010, donde se aprueba la Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley No. 7200), para la renegociación o firma de un nuevo contrato de compra venta de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad, conducta administrativa sustentada en la RJD-009-2010 de las 14:35 horas del 7 de mayo de 2010. Y dar por agotada la vía administrativa cuando se resuelva por el fondo la impugnación planteada.
- IV. Que la Asesora Económica de la Junta Directiva emitió memorando sin número, del 31 de enero del 2011, por cuyo medio recomienda rechazar el recurso de revocatoria presentado por el Ing. Jay D Gallegos, Gerente de Plantas Eólicas S. R. L., contra el acuerdo 011-019-2010, adoptado por la Junta Directiva de la Aresep, de la sesión 19-2010 del 7 de mayo de 2010.
- V. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. De los Oficios 122-AJD-2010 del 30 de junio del 2010 y memorando sin número, del 31 de enero del 2011, arriba citados, que sirven de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Del oficio 122-AJD-2010:

ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS FORMALES DE LOS RECURSOS

En cuanto a la representación y la legitimación activa, se informa que la impugnación fue presentada por el Ing. Jay Gallegos, Gerente de Plantas Eólicas, S.R.L., según consta en certificación que acompaña, empresa que se ha apersonado al expediente en defensa de los intereses de su representada, que resulta destinataria de los efectos del acto. Consecuentemente, el Ing. Gallegos ostenta la representación de dicha empresa que está legitimada para actuar a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la Ley general.G.A.P., en relación con lo dispuesto en los artículos 30 y 36 de la Ley 7593.

En torno a la interposición de los recursos, se informa lo siguiente:

El acuerdo 011-019-2010, adoptado con carácter de firme, por la Junta, el 7 de mayo de 2010 en la sesión 019-2010 fue publicado en La Gaceta 109 del 7 de junio de 2010.

La RJD-009-2010, de las 14:35 horas del 7 de mayo de 2010, no ha sido notificada a las partes, ni ha sido incorporada al expediente. Eso, en criterio de esta asesoría, resulta irregular e inconveniente, porque compromete la seguridad jurídica y puede llevar a confusión a las partes del procedimiento, en lo que concierne a la impugnación de dicho acuerdo y de la referida resolución.

El recurso fue presentado el 10 de junio de 2010 (folios 1113 al 1126).

No obstante lo arriba indicado sobre la falta de notificación de la RJD-009-2010; contrastado el plazo de tres días fijado en el artículo 346 de la Ley general para impugnar; la fecha de la publicación aludida y, la fecha en que se presentó el recurso; se concluye que fue presentado en tiempo.

ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS DE FONDO DEL RECURSO

De conformidad con lo establecido en el artículo 344 de la Ley general, contra el acto recurrible del jerarca cabe la interposición del recurso de revocatoria, al cual le son aplicables las reglas del procedimiento ordinario, en lo procedente. Consecuentemente, corresponde a la Junta resolver las impugnaciones planteadas contra un acuerdo dictado por ese órgano colegiado.

Lo argumentado por la recurrente es de carácter técnico, por lo que no emitiremos criterio al respecto.

Por último, se informa que la Secretaría de la Junta también le solicitó a la Asesora Económica de la Junta, que se pronunciara sobre la impugnación, por lo que sería conveniente esperar a que se rinda dicho criterio, antes de resolver el recurso.

CONCLUSIONES

Sobre la base de lo expuesto, podemos llegar a estas conclusiones:

- 1. El Ing. Jay Gallegos, Gerente de Plantas Eólicas, S.R.L., ostenta la representación de esa empresa que está legitimada para actuar en el expediente.*
- 2. La impugnación fue presentada dentro del plazo de ley.*
- 3. Lo argumentado por la recurrente es de carácter técnico, por esa razón no hemos emitido criterio.*

RECOMENDACIONES

Con fundamento en el mérito de los autos y en el criterio rendido en este oficio, salvo mejor criterio de la Junta Directiva, recomendamos:

- 1. Resolver con criterios técnicos el recurso de reposición presentado por Plantas Eólicas, S.R.L., contra el contenido del acuerdo 011-019-2010, artículo 3, inciso 7, adoptado por la junta directiva de la autoridad reguladora, en la sesión 19-2010 del 7 de mayo de 2010, donde se aprueba la Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley No. 7200), para la renegociación o firma de un nuevo contrato de compra venta de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad, conducta administrativa sustentada en la RJD-009-2010 de las 14:35 horas del 7 de mayo de 2010.*
- 2. Dar por agotada la vía administrativa cuando se resuelva por el fondo la impugnación planteada. □*

Del memorando del 31 de enero del 2011:

□ Sobre los argumentos del recurrente se señala que en la fórmula mediante la cual se determina la tarifa de para los generadores privados que al amparo de la Ley 7200 firman un nuevo contrato de compra-venta con el ICE se incluye el factor X_u de la siguiente manera:

$$TR = \frac{\left(\frac{C_a}{X_u}\right) + (I \cdot X_u \cdot k_e)}{(8760 \text{ horas/año}) \cdot f_p}$$

En la resolución RJD-009-2010 se determinó el factor de antigüedad o factor de utilización promedio (X_u) que han tenido las plantas de los generadores privados para la venta de electricidad al ICE, se estima por medio de la siguiente fórmula:

$$X_u = ((V_u \square V_o) / V_u) * (1 - V_r) + V_r$$

Donde:

V_u = Vida útil de las plantas para generación eléctrica (40 años)

V_o = Vida en operación promedio

V_r = Valor residual de las plantas (10%)

Lo anterior se definió considerando que:

i. La vida útil promedio de las plantas de generación eléctrica se estima en 40 años.

ii. La vida en operación se obtiene sacando la diferencia entre la fecha que se realiza el cálculo tarifario y el momento en el cual la planta inició las ventas de energía al ICE.

iii. El valor residual corresponde al valor de rescate, el cual es de 10% para efecto de las plantas hidroeléctricas.

Como se puede apreciar, ya en la fórmula de la que se deriva el X_u se considera el remanente de la vida útil de la planta y el valor de rescate de la misma, considerando que el plazo del contrato que venció es inferior a la vida útil del activo. En el cálculo de la tarifa de referencia, este valor se multiplica por el componente K_e definido como la rentabilidad o el costo de capital y por el costo de la inversión. Por lo anterior, no resulta de recibo la afirmación del recurrente de que la ARESEP asume que la vida remanente de las plantas es infinita, además de que el valor del activo tiende a disminuir con el transcurso del tiempo.

Téngase presente también que la metodología que se define por medio de la resolución RRJ-009-2010, en el folio 1196 del expediente ET-135-2008, estableció, entre otras las siguientes premisas:

Que en el contrato no se incluyan las tarifas, pero que si se consideren las reglas que haya definido la Autoridad Reguladora.

Lo anterior significa que se realizaran fijaciones puntuales en forma periódica modificándose para los generadores el esquema tarifario.

Que las deudas adquiridas por los generadores privados para la construcción de sus plantas ya están amortizadas

Por lo que se reconoce la rentabilidad únicamente por el remanente de la vida útil del activo, ajustada por el valor de rescate.

Con fundamento en el criterio rendido en este dictamen, se recomienda rechazar el recurso de apelación en subsidio presentado por el señor Jay Gallegos en su condición de apoderado de Plantas Eólicas SRL contra la RJD-009-2010 de las 14:35 horas del 7 de mayo de 2010. □

- II. En sesión 42-2011 del 4 de julio del 2011, cuya acta fue ratificada el mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base de 122-AJD-2010 del 30 de junio del 2010 y memorando sin número, del 31 de enero del 2011, de cita, acordó por unanimidad: rechazar el recurso de revocatoria presentado por Plantas Eólicas, S.R.L., contra la resolución RJD-009-2010 de las 14:35 horas de 7 de mayo de 2010, dictada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.
- III. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1) rechazar el recurso de revocatoria presentado por Plantas Eólicas, S.R.L., contra la resolución RJD-009-2010 de las 14:35 horas de 7 de mayo de 2010, dictada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y 2) dar por agotada la vía administrativa, como se dispone.

POR TANTO:

- 1) Rechazar el recurso de revocatoria presentado por Plantas Eólicas, S.R.L., contra la resolución RJD-009-2010 de las 14:35 horas de 7 de mayo de 2010, dictada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.
- 2) Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

A partir de este momento se retiró la señora Xinia Herrera Durán.

ARTÍCULO 3. RECURSO DE APELACIÓN EN SUBSIDIO INTERPUESTO POR LIBARDO OROZCO MÉNDEZ Y ALBA LUCÍA RODRÍGUEZ OCAMPO CONTRA LA RESOLUCIÓN RRG-8984-2008 DEL 27 DE OCTUBRE DEL 2008.

Se conoció el oficio 137-AJD-2010 del 3 de agosto del 2010, mediante el cual la señora Marta Leiva Vega y don Robert Thomas Harvey rinden criterio jurídico en torno a los recursos de revocatoria y de apelación interpuestos por los señores Libardo Orozco Méndez y Alba Lucía Rodríguez Ocampo, contra la resolución RRG-8994-2008 de las 8:00 horas del 27 de octubre del 2008.

Luego de que don *Robert Thomas* procedió a brindar una exposición del citado criterio, los directores *Meléndez Howell*, *Saborío Alvarado* y *Gutiérrez López* estuvieron de acuerdo en declarar la nulidad absoluta de lo actuado con fundamento en el artículo 174 de la Ley General de la Administración Pública.

La Junta Directiva, con base en lo expuesto por la señora Marta Leiva Vega y don Robert Thomas Harvey en su oficio 137-AJD-2010 del 3 de agosto del 2010,

Resolvió:

a-. Declarar la nulidad absoluta de lo actuado en el expediente OT-217-2008 con fundamento en el artículo 174 de la Ley General de la Administración Pública.

b-. Ordenar el archivo del expediente OT-216-2007, por carecer de interés actual su resolución.

c-. Se dicta la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el Regulador General en la RRG-8994-2008 de las 8:00 horas del 27 de octubre de 2008, con fundamento en el criterio del órgano director del procedimiento, resolvió: **I)** Declarar a Libardo Orozco Méndez, autor responsable de prestar el forma ilegal el día 6 de julio de 2007, el servicio público de transporte remunerado de personas. **II)** Imponer a Libardo Orozco Méndez una multa de un millón cincuenta y tres mil colones (¢1.053.000,00) correspondiente a cinco salarios base, que es la

sanción mínima por brindar el servicio de transporte público sin la autorización del Estado, regulado en el artículo 38 inciso d) de la Ley 7593. **III)** Intimar por primera vez al señor Miguel Alvarado Rodríguez (sic) para que dentro del plazo de 10 días hábiles, proceda a cancelar la multa impuesta a favor de la Autoridad Reguladora, de conformidad con lo establecido en los artículos 40 de la Ley 7593 y 22 del Reglamento a la ley, según lo establece los numerales 150 y 264.1) de la L. G. A. P. Dicho plazo se contará a partir del día hábil inmediato siguiente a la comunicación de las intimaciones de ley. El pago debe hacerse en la oficina de Tesorería de la Autoridad Reguladora o bien por medio de depósito en la cuenta corriente 2169-1 del Banco Nacional de Costa Rica, o por transferencia interna en ese mismo banco a la cuenta 100-01000-002169-1 o por transferencia desde otras entidades bancarias a la cuenta cliente 15100010010021692 del BNCR y aportase copia del comprobante de pago al expediente (folio 48 al 53). Se realizaron 5 intentos de notificación al fax 22655937, señalado por el señor Libardo Orozco Méndez para ese fin, sin que se obtuviera respuesta (folio 54 al 58).

- II. Que el Regulador General en la RRG-9311-2008 de las 14:00 horas del 4 de diciembre de 2008, corrige el error material contenido en el inciso segundo de la parte dispositiva de la RRG-8994-2008 de las 8:00 horas del 27 de octubre de 2008, para que se lea correctamente *Intimar por primera vez al señor Libardo Orozco Méndez* (folio 61 al 63). Fue notificada al señor Libardo Orozco Méndez por fax transmitido el 12 de noviembre de 2008 (63).
- III. Que el 15 de diciembre de 2008, los señores Libardo Orozco Méndez y Alba Lucía Rodríguez Ocampo, esta última en calidad de propietaria registral del vehículo, plantearon recurso de revocatoria y recurso de apelación contra la RRG-8994-2008 (folio 64 al 67 y 68 al 71). En ambos recursos alegan -en resumen- lo siguiente: (1) Que para el 6 de julio de 2007 el señor Libardo Orozco Méndez, esposo de la señora Alba Lucía Rodríguez Ocampo, viajaba por las inmediaciones de Ultrapark en La Aurora de Heredia con la señora Patricia Prado Aguilar, pero que en ningún momento le estaba prestando el servicio de transporte público, ni menos el de porteo. (2) Que en su defensa aportaron declaración jurada de la señora Prado Aguilar en la cual se hace constar que no se le prestaba ningún servicio de taxi o de porteo o de transporte público y quien ha estado dispuesta a ratificar lo dicho en la declaración. (3) Que es evidente que para resolver no se ha verificado la prueba documental, pues únicamente se tuvo en cuenta el criterio esbozado en el parte oficial. En el proceso no pudo verificarse que se haya dado algún servicio de taxi a la señora Prado Aguilar, quien es amiga de los recurrentes. (4) Que con respecto al radio en el vehículo, manifiestan que ambos son radioaficionados y que lo utilizan porque viajan en carretera, sobre todo los fines de semana, a entregar trabajos de bordado en Guanacaste, realizados por la

señora Rodríguez Ocampo. Se comunican con otros radioaficionados para enterarse de accidentes, del estado del tiempo, de las vías, de los puentes y otros. Reiteran que el hecho de que un vehículo porte radio no significa que preste un servicio de transporte remunerado de personas y que consideran muy injusto el que se considere únicamente lo dicho en el parte oficial y no se valore la declaración de la señora Prado Aguilar. (5) Pretensión: Acoger el recurso. Eximir del pago de la multa. Analizar la prueba aportada. Incorporar el testimonio de la señora Prado Aguilar, para lo cual solicitan el señalamiento de hora y fecha.

- IV.** Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria por oficio 395-DGJR-2010 del 7 de mayo de 2010 analizó los aspectos legales del recurso de revocatoria y recomendó que fuera rechazado por extemporáneo en el caso del señor Orozco Méndez y que fuera rechazado por falta de legitimación en el caso de la señora Rodríguez Ocampo (folio 75 al 79).
- V.** Que el Regulador General en la RRG-396-2010 de las 11:16 horas del 7 de mayo de 2010 resolvió: **I)** Rechazar por la forma, por carecer de legitimación, el recurso de revocatoria interpuesto por la señora Alba Lucía Rodríguez Ocampo contra la RRG-8994-2008 de las 8:00 horas del 27 de octubre de 2008. **II)** Rechazar por la forma, por extemporáneo, el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Libardo Orozco Méndez, contra la RRG-8994-2008 de las 8:00 horas del 27 de octubre de 2008. **III)** Emplazar a las partes ante la Junta Directiva, previniéndoles que cuentan con tres días hábiles, a partir del día siguiente de la notificación de ese acto, para hacer valer sus derechos ante el órgano de alzada (folio 80 al 85). Fue notificada al señor Libardo Orozco Méndez y a la señora Alba Lucía Rodríguez Ocampo por faxes transmitidos el 11 de mayo de 2010 (folios 85 y 86).
- VI.** Que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria por oficio 571-DGJR-2010/4588 del 8 de julio de 2010 con fundamento en el artículo 349 de la L.G.A.P., eleva a conocimiento de la Junta Directiva la impugnación planteada. A la fecha de este informe, ese oficio no ha sido incorporado al expediente.
- VII.** Que por oficio 258-SJD-2010 del 8 de julio de 2010 la Secretaría de Junta Directiva solicita a los Asesores de Junta Directiva emitir el análisis respectivo. (folio 89)
- VIII.** Que por oficio 130-AJD-2010 del 21 de julio de 2010 la Asesora Económica de Junta Directiva no emite criterio técnico ya que se resuelve con criterios de orden jurídico. (Folio 90)

- IX.** Que la Asesoría Legal de la Junta Directiva analizó el recurso, produciéndose el oficio 137-AJD-2010 del 3 de agosto de 2010, en el que se recomienda: a) Declarar la nulidad absoluta de lo actuado en el expediente con fundamento en el artículo 174 de la Ley general de la administración pública y b) Ordenar el archivo del expediente OT-216-2007, por carecer de interés actual su resolución. (Folios 91 y 102)
- X.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 137-AJD-2010, arriba citado, que sirve de sustento a esta resolución, se extrae lo siguiente:

Oficio 137-AJD-2010:

Análisis jurídico de los aspectos formales del recurso de apelación:

En cuanto a la legitimación activa se informa que la impugnación fue presentada por los señores Libardo Orozco Méndez y Alba Lucía Rodríguez Ocampo, siendo el primero a quien se investiga y quien resulta destinatario de los efectos del acto y, la segunda, siendo la propietaria registral del vehículo ostenta un interés legítimo en el asunto. Consecuentemente ambos al ser parte del procedimiento, ostentan legitimación activa para actuar, a la luz de lo establecido en los artículos 275, 282, 283 y 342 de la L.G.A.P., en relación con lo señalado en el artículo 38 de la Ley 7593 y sus reformas.

La legitimación activa de la señora Rodríguez Ocampo se retoma más adelante.

En torno a la interposición del recurso se informa que la RRG-8994-2008 se trató de notificar en cinco intentos, entre el 30 y el 31 de octubre de 2008, al fax 22655937 señalado por el señor Orozco Méndez para ese fin, sin que se obtuviera respuesta (folio 54 al 58) y que el recurso fue presentado el 15 de diciembre de 2008, (folio 64 al 67 y 68 al 71).

Del análisis comparativo entre las fechas de intentos de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado en el artículo 346 de la L. G. A. P., y lo estipulado en los artículos 6 y 12 de la Ley 7637, en torno a la notificación automática con el transcurso de 24 horas

después de dictado el acto, vigente en ese momento, se concluye que la impugnación se presentó extemporáneamente.

Análisis jurídico de los aspectos de fondo del recurso de apelación:

No obstante la extemporaneidad de la impugnación, se informa que analizadas las actuaciones seguidas por el órgano director en el expediente, esta asesoría advierte de nulidades sustanciales en el procedimiento que tienen como consecuencia que se anule oficiosamente lo actuado, al haber evidentes quebrantos al Principio de la Verdad Real, al Principio de Valoración de la Prueba conforme a la Sana Crítica y al Principio de Inocencia.

En relación con la boleta de citación levantada por los oficiales de tránsito y que la Autoridad Reguladora emplea como sustento para el iniciar el procedimiento ordinario, es necesario acotar que la que consta en autos (folio 2) contiene una enterrerrenglonadura que -en criterio de esta asesoría- atenta contra la integridad del documento y su valor probatorio, puesto que el Código Procesal Civil que es ley supletoria aplicable a la materia- establece ciertas formalidades para que los documentos públicos tengan valor probatorio, dentro de los cuales se hallan las boletas de citación y el informe sumario que emiten los oficiales de tránsito.

El artículo 369 del código indicado define que documentos e instrumentos públicos son todos aquellos que hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Por su parte, el artículo 392 de ese mismo código impone una limitación al valor probatorio de los documentos al establecer que Los documentos dañados o rotos en una parte sustancial no tienen valor probatorio. Tampoco lo tendrán en la parte que fueren enmendados o entrelineados, si el error no fuere salvado mediante una nota conforme con la ley.

Las normas procesales transcritas aplicables al procedimiento ordinario administrativo y deben ser tomadas en cuenta por el órgano director del procedimiento para efectos de recepción de prueba, en la cual dicho órgano tiene las mismas facultades y deberes que las autoridades judiciales, según lo manda el artículo 300 de la L. G. A. P. Esta asesoría ha sostenido esta posición, como podrá apreciarse en los oficios 026-AJD-2007 al 034-AJD-2007, entre otros.

Continuando con el análisis del expediente, esta área asesora encontró un grave error en el cómputo del plazo para celebrar la comparecencia oral y privada, ya que la ROD-082-2007 de las 10:00 horas del 31 de octubre de 2007 (folio 25 al 28)

mediante la cual el órgano director del procedimiento intimó los hechos investigados y citó al señor Libardo Orozco Méndez para que compareciera el 13 de noviembre de 2007 a las 14:45 horas fue comunicada al interesado por fax transmitido el miércoles 7 de noviembre de 2007 (folio 30), quedando notificada al día hábil siguiente de la transmisión, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 3° del Reglamento para el Uso de Fax como Medio de Notificación en los Despachos Judiciales, vigente en ese momento. El cómputo de fechas permite establecer certeramente que sólo restaban tres días hábiles para el martes 13 de noviembre de 2007, día en que se celebró la comparecencia, siendo que el plazo mínimo de quince días hábiles (artículo 311 de la L. G. A. P.) que debía mediar entre la citación y la celebración de la comparecencia oral y privada, se cumplía hasta el jueves 29 de noviembre de 2007 y no el 13 de noviembre de 2007, fecha en la que se celebró la comparecencia (acta del folio 34 a 42).

El incumplimiento del plazo establecido en el artículo 311 de la L. G. A. P., constituye una infracción sustancial porque causa indefensión a la parte y, tiene como consecuencia, la nulidad absoluta de lo actuado; dado que precisamente la ley otorga un plazo tan prolongado a la parte con el fin de que pueda preparar su defensa, analizando exhaustivamente los hechos intimados, los cargos imputados y las pruebas habidas en autos.

Ahora bien, en lo que respecta propiamente al análisis de lo actuado en la valoración de la prueba, debe señalarse la omisión de no haberse llamado a declarar a la señora Patricia Prado Aguilar en calidad de testigo, aún cuando a los autos fue aportado un documento conteniendo unas manifestaciones suyas sobre lo ocurrido (folio 7), pues precisamente debía corroborarse lo dicho por ella y ampliarse en el interrogatorio si fuera necesario, ya que se contraponía a lo afirmado por los oficiales de tránsito en la boleta de citación y en el informe de la sumaria (folio 2 al 4). Ante esa contradicción, lo correcto hubiera sido que se citara a declarar a señora Prado Aguilar pues la contradicción señalada debía aclararse, en cumplimiento del Principio de la Verdad Real.

Cabe señalar que el artículo 297-1) de la L. G. A. P., establece la obligación para la Administración de ordenar y practicar todas las diligencias de prueba necesaria para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite, ya sea de oficio o a petición de parte. Por lo cual resultaba sustancial en la búsqueda de la verdad real, que el órgano director -empleando los medios permitidos por el ordenamiento jurídico- aclarara la contradicción indicada supra y, de no ser posible, basarse en el Principio de Inocencia para resolver.

A este caso, cabe aplicar el Voto 1739-92 sobre el debido proceso cuya transcripción parcial consta en el análisis jurídico que esta área asesora realizara con respecto a la impugnación en subsidio planteada en el expediente OT-103-2005.

Además, se observa que el órgano director, en su informe final, hace referencia a la prueba documental habida en autos. Simplemente emite su opinión, de lo que le parece que está demostrado en el expediente. Se descartan la declaración jurada ante Notario público rendida por el recurrente y la rendida por la señora Prado Aguilar; sin señalar razones válidas. Únicamente señala que tiene por demostrado que el investigado prestó un servicio de transporte remunerado de personas sin la autorización estatal, sin dar el fundamento jurídico ni analizar la prueba recopilada. Estima que la prueba documental no desvirtúa lo consignado por el oficial de tránsito en la boleta a folio 2, criterio que olvida la presunción iuris tantum, por la cual una declaración jurada se presume válida hasta que una autoridad judicial [por sentencia firme- declare lo contrario.

Las voces [declaración jurada] e [iuris tantum] fueron definidas por el Dr. Guillermo Cabanellas de Torres en el Diccionario Jurídico Universitario como:

*[**declaración jurada:** La que los particulares hacen ante determinados organismos de la administración pública, generalmente a efectos tributarios o de manifestación de bienes. / Dentro del Derecho Procesal, la que se presta bajo juramento de decir la verdad y afrontando la responsabilidad de su violación. Es frecuente en algunas legislaciones admitir en el declarante la opción entre jurar o prometer, por cuanto al juramento se le ha dado un sentido religioso que no todos comparten]*

*[**iuris tantum:** Locución latina. Sólo el Derecho. Da a entender que la ley presume la existencia de algún hecho salvo que se pruebe lo contrario]*

Aunado a lo anterior se informa que una declaración jurada tiene igual peso probatorio que una boleta de citación levantada por una autoridad de tránsito, al ser ambos documentos públicos que se presumen válidos por disposición de ley. En consecuencia para demostrar la verdad real en torno a la información contradictoria consignada en ellos, lo procedente era haber llamado a atestiguar a los declarantes para confrontar lo afirmado por cada uno con lo consignado en los documentos públicos (Principio de la Verdad Real).

Aunado a lo anterior, se observa que las actuaciones de la Administración únicamente fueron notificadas al conductor del vehículo, es decir al señor Orozco Méndez, con lo cual se dejó en estado de indefensión al dueño registral del vehículo, sea a la señora Rodríguez Ocampo, ya que no se enteró del procedimiento y por tanto no pudo apersonarse al mismo ni aportar prueba de descargo suficiente (ver notificaciones a folios 15, 19, 28 y 53).

Como se indicó en el análisis de los aspectos de forma, la señora Rodríguez Ocampo ostenta un interés legítimo en este asunto, al ser la propietaria registral del vehículo, puesto que la medida cautelar impuesta a su vehículo le afectó su derecho de propiedad, por ello debió notificársele desde el principio este procedimiento.

En cuanto al derecho de propiedad la Constitución Política establece:

ARTÍCULO 45.- *La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.*

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

Por su parte el Código Civil sobre el dominio de los bienes indica:

ARTÍCULO 264.- *El dominio o propiedad absoluta sobre una cosa, comprende los derechos:*

- 1°.- De posesión.*
- 2°.- De usufructo.*
- 3°.-De transformación y enajenación.*
- 4°.-De defensa y exclusión;*** *y*
- 5°.-De restitución e indemnización.*

ARTÍCULO 316.- *Todo propietario tiene la facultad de reclamar en juicio la cosa objeto de su propiedad, y el libre goce de todos y cada uno de los derechos que ésta comprende.*

Las normas transcritas permiten afirmar que garantizando la Constitución Política el pleno goce de los derechos sobre la propiedad, la afectación que de ésta se haga [por ejemplo con la medida cautelar del artículo 44 de la Ley 7593- otorga a su dueño el derecho de apersonarse en cualquier procedimiento para ejercer su defensa.

El derecho del dueño registral del vehículo de apersonarse a cualquier procedimiento y de constituirse en parte para defender sus intereses, implica el correlativo deber para la Administración de comunicarle los actos que dicte con las formalidades de ley; de lo contrario se deja en estado de indefensión al interesado.

Es necesario reiterar que en resguardo de los Principios de la Verdad Real y de Defensa y de respeto a la Garantía del Debido Proceso, la Autoridad Reguladora debe investigar a profundidad los hechos puestos en su conocimiento por las partes, además de dar oportunidad al investigado y a quienes tengan interés legítimo para que aporten cualquier prueba admisible que demuestre que no se prestaba un servicio público sin concesión.

Por las razones expuestas supra y, no obstante la extemporaneidad de la impugnación, considera esta asesoría que la resolución recurrida carece de fundamento jurídico, al quebrantar plazos de ley y al sustentarse en una errónea recepción y valoración de la prueba, lo que obliga a anular de oficio lo actuado, de conformidad con el artículo 174 de la L. G. A. P.

No obstante, si se decidiera retrotraer el procedimiento tómesese en cuenta que debido al largo tiempo transcurrido desde el momento en que ocurrieron los hechos hasta el día en que se resuelva la impugnación y el que falta de transcurrir hasta que se pueda sanearse el procedimiento, provocará que éste se prolongue más allá de lo que permiten los Principios de Legalidad y de Justicia Pronta y Cumplida. Por ello y con fundamento en lo establecido en los artículos 174 y 269 de la L. G. A. P., y el principio de economía procesal, al carecer de interés actual la resolución de este asunto, lo recomendable es que se ordene el archivo del expediente. (□)□

- II. Que por oficio 130-AJD-2010 del 21 de julio de 2010 la Asesora Económica de Junta Directiva no emite criterio técnico ya que se resuelve con criterios de orden jurídico. (Folio 90)
- III. En sesión 42-2011, del 4 de julio de 2011, cuya acta fue ratificada el xx de julio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 137-AJD-2010, de cita, acordó por unanimidad: a) Declarar la nulidad absoluta de lo actuado en el expediente con fundamento en el artículo 174 de la Ley general de la

administración pública y b) Ordenar el archivo del expediente OT-216-2007, por carecer de interés actual su resolución.

- IV.** Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: a) Declarar la nulidad absoluta de lo actuado en el expediente con fundamento en el artículo 174 de la Ley general de la administración pública y b) Ordenar el archivo del expediente OT-216-2007, por carecer de interés actual su resolución.

POR TANTO:

- I.** Declarar la nulidad absoluta de lo actuado en el expediente con fundamento en el artículo 174 de la Ley general de la administración pública.
- II.** Ordenar el archivo del expediente OT-216-2007, por carecer de interés actual su resolución.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 4. *Recurso de apelación en subsidio, incidente de nulidad interpuesto por Autotransportes Barrio Cristóbal Colón contra la resolución RRG-144-2010 del 23 de febrero del 2010. OT-017-2010.*

El señor Erick Chaves Gómez, funcionario de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, participó en la discusión y análisis del presente artículo.

Se conoció el oficio 138-AJD-2010 del 3 de agosto del 2010, adjunto al cual la señora Marta Leiva Vega y don Robert Thomas Harvey rinden criterio jurídico en torno al recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad interpuesto por Autotransportes Cristóbal Colón S.A. contra la RRG-144-2010 de las 15:35 horas del 23 de febrero del 2010.

Seguidamente don **Robert Thomas** procedió a referirse al citado criterio legal, el cual recomienda ordenar que se retrotraiga el procedimiento llevado a cabo en el expediente OT-17-2010, hasta antes de que se dictara la RRG-144-2010 de las 15:35 horas del 23 de febrero del 2010. Devolver el expediente OT-017-2010 al órgano director del procedimiento para que se dicte un acto motivado mediante el cual se prevenga a Autotransportes Cristóbal Colón S.A., que cuenta con un plazo de 30 días hábiles para corregir la omisión o el atraso en el pago de las cuotas obrero patronales a la Caja

Costarricense del Seguro Social, de conformidad con lo señalado en el artículo 38, inciso f), de la Ley 7593 y sus reformas.

Don **Erick Chaves** indicó que tenía dos observaciones sobre el criterio del señor Robert Thomas. Una, en cuanto a la integración del órgano director, en el sentido de que hasta hace un tiempo se usaba nombrar dos personas como órgano director y se ponía el estribillo que podían actuar conjunta o separadamente. En este caso, se difiere del criterio de don Robert Thomas ya que la doctrina ha dicho que para que haya un órgano colegiado debe haber al menos tres miembros y que dos personas no hacen un Colegio, eso es por ejemplo doctrina del señor Julián Valero Torrijos, el cual dice el carácter colegiado del órgano, carácter que solo concurre a partir de la presencia de tres miembros, así pues debemos dejar la naturaleza colegiada a aquellos supuestos orgánicos en que la titularidad corresponda únicamente a dos personas físicas. De tal forma, la DGJR mantiene el criterio que en este caso no es un órgano colegiado, no existe la obligación de que siempre deban actuar de forma conjunta y en consecuencia, se discrepa que este sea un motivo para anular, máxime que la persona que recurre nunca argumentó esto, argumentó motivos de fondo básicamente que él si se encontraba al día con la Caja Costarricense de Seguro Social, cosa que es propio de la resolución final, él no alega nada en cuanto a la integración del órgano Director. Se considera innecesario que se anule máxime.

Otro punto de vista que es muy importante, que es jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional concretamente el voto 1360-2008, entre otros, que establece que el principio de que los defectos absolutos no son sanables, pero si es válido el acto, solo será declarado si se acredita al interés del reclamante y el correlativo o perjuicio de los intereses, es decir aunque haya una nulidad absoluta la persona tiene que invocarlo, y además de invocarla tiene que decir en qué le está agraviando, no vale sencillamente solo la mención y la nulidad por la nulidad, en ese sentido hay un principio fundamental, el principio de conservación de los actos, si la persona no lo ha recurrido, la persona se fue más bien por asuntos de fondo que son propios de la resolución final. Se considera que no valdría la nulidad por la nulidad, en este caso y continuaría el procedimiento su trámite normal, de hecho ya se hizo la comparecencia y se estaría a la espera de esto para emitir el informe final.

La observación de fondo básicamente, sobre la interpretación del inciso f) del artículo 38, que establece, para no incurrir en omisiones, dice el artículo 38: *que la ARESEP, sancionara, cumpliendo con el procedimiento administrativo previsto en la ley general de la administración pública con multa de cinco a diez veces el valor del daño causado, que ella determine a quien suministra un servicio público que incurra en cualquiera de las siguientes circunstancias: a, b, c, d* y el f dice: *Incumplimiento de la obligación de asegurar a los trabajadores de la entidad prestadora ante la C.C.S.S, y en el régimen de riesgos de trabajo*

Hasta ahí, nosotros interpretamos que el hecho de estar moroso, faculta a la ARESEP a iniciar un procedimiento y en caso de determinarse, que realmente estaba moroso, le correspondería la multa que establece el artículo 38 □ La discrepancia con el criterio de don Robert, versa básicamente con la segunda oración que tiene este inciso, que dice que se considera un plazo de treinta días hábiles para corregir la omisión o el atraso, en caso de persistir o reiterarse la mora, se cancelara la concesión o el permiso.

Lo que DGJR interpreta del criterio de don Robert es que no debería imponerle una multa a quien esté moroso sino, prevenirle primero que cuenta con un plazo de 30 días para que se ponga al día, sin necesidad de imponer la multa. Nuestro criterio es que, en el momento en que usted impone la multa pues le traslada o le da traslado estos 30 días que habla la ley para que la persona se ponga al día, so pena de que de no corregir la situación podría inclusive abrirse un procedimiento para revocarle el permiso o la concesión que es lo que habla esa nota.

El director *Edgar Gutiérrez López* manifestó en relación a este tema de la multa que se le pretende imponer a Autotransportes Cristóbal Colón S.A, que no comparte el criterio del Lic. Robert Thomas en cuanto a su apreciación de que se da en este caso una condición suspensiva y que la multa no puede imponerse sino que se le concede plazo al presunto infractor para que subsane la conducta sancionada.

Afirma que se está ante la sanción de una conducta que se sanciona por mera negligencia y ello hace que se trate de una sanción automática.

La condición de estar al día con los pagos a la Caja del Seguro Social no sólo es un requisito necesario para obtener la calidad de concesionario del servicio, sino que tal obligación se mantiene durante todo el tiempo que mantenga como tal. El plazo de 30 días para corregir la omisión o atraso, es condición para el acto de cancelación de la concesión o permiso.

Seguidamente se suscitó un cambio de impresiones sobre los criterios jurídicos conocidos en esta oportunidad, luego de lo cual se hizo ver la conveniencia de que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinda el criterio del caso, con lo cual la Junta Directiva pueda contar con ese insumo para mejor resolver.

La Junta Directiva, con base en los comentarios y sugerencias formulados en esta oportunidad,

dispuso:

solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emitir el criterio jurídico en torno al recurso de revocatoria con apelación en subsidio e incidente de nulidad interpuesto por Autotransportes Cristóbal Colón S.A. contra la RRG-144-2010 de las 15:35 horas del 23 de febrero del 2010, de conformidad con lo discutido en esta oportunidad.

ARTÍCULO 5. *Recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por Juan Diego Solano Henry, contra la resolución del consejo SUTEL.*

La señora Carol Solano Durán participó en el análisis del presente artículo.

La señora **Carol Solano Durán** procedió a explicar el citado recurso, dentro de lo cual indicó que el Consejo de la SUTEL, en ejercicio de sus competencias, emitió una resolución y el señor Juan Diego Solano que era opositor en el trámite, presentó un recurso de revocatoria con apelación en subsidio. El Consejo de la SUTEL resolvió la revocatoria pero le agota la vía administrativa alegando que es un tema que no tiene incidencia tarifaria. El señor Juan Diego Solano presenta una solicitud de aclaración y adición contra esa resolución del Consejo de la SUTEL, la cual al día de hoy y a la fecha de emisión del informe de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el Consejo de la SUTEL no le había resuelto.

En ese sentido, la recomendación de la DGJR es que sería prematuro para la Junta Directiva conocer ese recurso de apelación, porque primero el Consejo de la SUTEL tiene que aclarar a don Juan Diego Solano qué fue lo que pasó con el recurso de apelación que interpuso y, hasta tanto, no se podría entrar a analizar el fondo del recurso porque dependerá de lo que el Consejo de la SUTEL resuelva.

Ante una consulta de don **Dennis Meléndez Howell** en torno a cuál sería la propuesta de acuerdo, doña **Carol Solano** indicó que sería esperar que el Consejo de la SUTEL eleve a conocimiento de la Junta Directiva lo resuelto a la solicitud de aclaración, adición y ampliación a la Resolución RCS-100-2011, expediente SUTEL-OT-60-2010.

El director **Edgar Gutiérrez López** manifestó que, por razones de economía procesal y demás, lo conveniente sería instar de manera informal al Consejo de la SUTEL que tramite el caso para que finalmente se cierre el círculo y no dejar abierto el expediente.

Analizado el asunto, la Junta Directiva con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica en su oficio 229-DGJR-2011 del 4 de mayo del 2011, así como tomando en cuenta las sugerencias formuladas en esta oportunidad,

resolvió:

quedar a la espera de que el Consejo de la SUTEL eleve a conocimiento de la Junta Directiva lo resuelto a la solicitud de aclaración, adición y ampliación a la resolución RCS-100-2011, expediente SUTEL-OT-60-2010, interpuesta por el señor Juan Diego Solano Henry.

ARTÍCULO 6. Recursos pospuestos.

Seguidamente la Junta Directiva procedió a conocer los siguientes recursos indicados en el Orden del Día como puntos 2.2, 2.6, 2.7, 2.8 y 2.9, los cuales, en ese orden, se refieren a los siguientes casos:

- Recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Desarrollo Integral de Turrujal de Acosta contra la resolución RRG-9867-2009. (Expediente ET-048-2009)
- Recurso de apelación presentado por Maderas y Materiales del Sur S.A. contra resolución RRG-294-2010 del 16 de abril del 2010 dictada por el Regulador General. Expediente ET-036-2010.
- Recurso de apelación Transportes Unidos Poaseños S.A. contra RRG-71-2010 del 3-2-2010. Expediente ET-183-2009.
- Recurso de apelación Empresarios Unidos del Norte S.R.L. contra la RRG-389-2010 del 7-5-2010. Expediente ET-031-2010.
- Recurso de apelación y extraordinario de revisión interpuesto por la empresa Transportes Unidos Alajuelense S.A.(TUASA) contra la RRG-173-2010 de 4-3-2010. Expediente ET-180-2009.

El señor **Regulador General** indicó que por el tipo de recurso que son, no podría votarlos y al no encontrarse presentes los directores Echandi Gurdían y Arias Rodríguez, no se tendrían los votos suficientes para poderlos ver y resolver en esta oportunidad. Consecuentemente, lo oportuno es trasladar el conocimiento de dichos asuntos para una próxima sesión.

La directora **Sylvia Saborío Alvarado** comentó que quería dejar constando en actas que es preocupante los actos de los directivos Arias y Echandi. En su criterio, no le parecen atinentes las razones que adujeron. En todo caso, ejercieron su derecho de ausentarse,

pero al mismo tiempo, ellos son de los que más critican la falta de celeridad en la resolución de los recursos por parte de esta Junta Directiva. Que quede claro que ellos están contribuyendo en forma importante a que ese problema se mantenga.

El señor **Regulador General** manifestó que también quería hacer una aclaración, en relación con lo que dijo doña María Lourdes, ya que no le dio la oportunidad de aclarárselo. En cuanto al hecho de que se estuviese contratando un abogado constitucionalista, es precisamente para ver los puntos en que ellos han venido haciendo objeciones como son la constitucionalidad del Comité de Regulación, del artículo de la ley de ARESEP en cuanto a la necesidad de contar con los cuatro votos para aprobar determinados recursos y el otro punto que tiene que ver con la asesoría jurídica y regulatoria a la Junta Directiva, que ha sido una preocupación constante de parte de ellos, de que aducen que hay una, no solo una ilegalidad, incluso en algún momento habían aceptado que el asunto ya no era un problema de legalidad, sino que podía ser un problema de constitucionalidad.

Todos esos puntos han sido de preocupación para el despacho del Regulador General, consecuentemente, se consideró oportuno tener un criterio externo para poder tener una idea clara, de si ellos podían o no podían estar teniendo razón en estos argumentos. Considera que eso es muy importante precisamente para poder tomar las acciones que correspondan de aquí en adelante. Evidentemente, esto lo que menos tiene es un acto de mala fe o de transparencia, sobre todo, en el momento en que se está haciendo una contratación que va a través de un expediente que se va conformando en el cual queda todos los pasos que se siguen para dicha contratación.

Dicho expediente está abierto a nivel interno y además es una de las potestades que tiene el Regulador General de hacer esa contratación, no tiene en ningún momento que venir a Junta Directiva y precisamente lo interpretó que esas preocupaciones surgieron de la Junta Directiva y que valía la pena aclararlas. Consecuentemente, quisiera que conste en actas de que niego rotundamente esa falta de mala fe que me achacó doña María Lourdes.

Doña Sylvia Saborío Alvarado indicó que, como directora, tampoco lo consideró para nada una falta de transparencia. Es más, le parece que con gran diligencia el Regulador General está buscando resolver un tema que ha "empantanado" las discusiones y la actuación de la Junta y más bien, considera que es lo que corresponde y no ve ninguna falta de transparencia. Entiendo que es con ánimo de agilizar y resolver estos temas que han estado pesando como "nubes negras" sobre la actuación de esta Junta.

La Junta Directiva,

resolvió:

trasladar, para una próxima sesión, el conocimiento de los siguientes recursos indicados en el Orden del Día como puntos 2.2, 2.6, 2.7, 2.8 y 2.9, ello por cuanto no se contaba con los votos requeridos por ley:

- i. Recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Desarrollo Integral de Turrujal de Acosta contra la resolución RRG-9867-2009. (Expediente ET-048-2009)
- ii. Recurso de apelación presentado por Maderas y Materiales del Sur S.A. contra resolución RRG-294-2010 del 16 de abril del 2010 dictada por el Regulador General. Expediente ET-036-2010.
- iii. Recurso de apelación Transportes Unidos Poaseños S.A. contra RRG-71-2010 del 3-2-2010. Expediente ET-183-2009.
- iv. Recurso de apelación Empresarios Unidos del Norte S.R.L. contra la RRG-389-2010 del 7-5-2010. Expediente ET-031-2010.
- v. Recurso de apelación y extraordinario de revisión interpuesto por la empresa Transportes Unidos Alajuelense S.A.(TUASA) contra la RRG-173-2010 de 4-3-2010. Expediente ET-180-2009.

A LAS 16:45 HORAS FINALIZÓ LA SESIÓN.

DENNIS MELÉNDEZ HOWELL
Presidente de la Junta

SYLVIA SABORÍO ALVARADO
Miembro Junta Directiva

EDGAR GUTIÉRREZ LÓPEZ
Miembro Junta Directiva

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN
Miembro Junta Directiva

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ
Miembro Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario Junta Directiva