

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA

47-2011

26 de julio del 2011

San José, Costa Rica

SESION EXTRAORDINARIA 47-2011

Acta de la sesión extraordinaria número cuarenta y siete-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 diecisiete horas y veinticinco minutos del veintiséis de julio del dos mil once, con la asistencia de sus miembros: Dennis Meléndez Howell, Presidente; Emilio Arias Rodríguez; María Lourdes Ehandi 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 derogatoria del Comité de Regulación y modificación del Transitorio II del RIOF.*

La Junta Directiva procedió a conocer una propuesta para derogar lo relativo a la creación, funciones y prórroga de la vigencia del Comité de Regulación y modificación del Transitorio II del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados.

El **Regulador General** indicó que quería dejar la salvedad de que dicha propuesta se está presentando básicamente como una posición de buscar una mayor seguridad. Desde su punto de vista, no está convencido de que el procedimiento o la estructura que se ha venido siguiendo con el Comité de Regulación sea ilegal, pues le parece que la ley es bastante clara en cuanto a las facultades que le otorga a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para darse su propia organización.

Con relación al tema de la inconstitucionalidad, a pesar del pronunciamiento que ha hecho don Rubén Hernández de manera preliminar, en el cual opina que puede haber problemas de roce constitucional, eso todavía está por verse y tendría que ser valorado por la Sala Constitucional en algún momento. Desde luego, dimensionado para ver cuáles son sus consecuencias y, en todo caso, eso es un tema que por el momento no le compete a esta Junta Directiva, sino que de alguna manera considera que le competiría a los señores Diputados, si fuera el caso, si es que la ley efectivamente se emitió con roces constitucionales,

En ese sentido, quiere dejar constando de que la propuesta elevada en esta oportunidad, no lo está haciendo porque considere que lo actuado hasta este momento sea algo ilegal, que haya alguna inseguridad jurídica con relación a lo que se ha venido actuando, sino que en aras de asumir una posición en algún momento, como dijo doña María Lourdes

Echandi que sea de menor riesgo, se está proponiendo este acuerdo de la derogatoria del Comité de Regulación y lógicamente la modificación del Transitorio II del RIOF.

El acuerdo contempla una serie de antecedentes que dieron origen a la creación del Comité de Regulación, las competencias que le asignó la Junta Directiva y los principios legales en los cuales se basó la ARESEP para crearlo, incluyendo la opinión jurídica de la Procuraduría General de la República y el pronunciamiento del Tribunal Contencioso Administrativo que dieron sustento o ratificaron la legalidad de dicho Comité de Regulación.

Teniendo en cuenta todas esas consideraciones y que el Comité de Regulación es un modelo transitorio mientras se creaban la superintendencias, que se tiene bien conocido las razones por las cuales estas superintendencias no han podido ser creadas hasta el momento, por el hecho de que se tuvo que hacer para atrás el concurso que se había abierto el año pasado para el nombramiento de los superintendentes, pero que en ese camino, mientras tanto, ha venido operando el Comité.

El planteamiento, en general, en estos momentos, para evitar esos criterios divergentes que se presentan y esas dudas que han sido expresadas aquí en Junta Directiva y en otras instancias, es que se deroguen los acuerdos que dieron origen a ese Comité de Regulación y se modifique el Transitorio II del RIOF, de manera que las funciones que se le asignaron al Comité les sean asignadas al Regulador General, mientras entran a funcionar las superintendencias, o bien, mientras se tengan criterios más claros para tomar otra decisión.

Ante una consulta de doña **María Lourdes Echandi Gurdíán** sobre quién había trabajado en el proyecto de acuerdo, don **Dennis Meléndez** señaló que básicamente don Juan Manuel Quesada y su persona, fueron quienes elaboraron dicho proyecto de acuerdo.

La directora **Echandi Gurdíán** quería plantear a la Junta Directiva que, dado que al final del día viernes se recibió esta propuesta, también quería solicitar que les fuera admitida una propuesta alterna del directivo Arias Rodríguez y su persona sobre el mismo tema, eso para efectos del orden del día.

Ante una consulta de don **Edgar Gutiérrez** en el sentido de si dicha propuesta es un texto sustitutivo, la directora **Echandi Gurdíán** indicó que en efecto y como el proyecto elevado en esta oportunidad por el señor Regulador fue primero, ésta sería una alternativa que plantean don Emilio y su persona.

De hecho, le gustaría que se explicara más, desde el punto de vista jurídico el por qué se optó por la alternativa de la derogación en la propuesta del Regulador. Es decir, dentro de las alternativas o mecanismos para extinguir una figura como el Comité de

Regulación la derogación fue la alternativa elegida. Ciertamente le interesaría que quede constando en actas, por qué fue que se eligió esta opción y después expondría la postura que tiene conjuntamente con el directivo Arias.

El señor *Juan Manuel Quesada Espinoza* señaló que siendo muy claro y transparente en esto, el señor Regulador General y Presidente de esta Junta, le solicitó que le elaborara un borrador de acuerdo para someterlo a conocimiento de esta Junta, cuyo objetivo fuera proponer los acuerdos que se indican en esa propuesta. Lejos de ahí, no tendría nada que agregar.

Doña *María Lourdes Echandi* comentó que entendía que entonces podían hacer la contra propuesta y se atiende dentro del orden del día.

Don *Emilio Arias Rodríguez* manifestó que la propuesta la recibió el viernes y por estar fuera no la pudo ver hasta hoy y conversar con doña María Lourdes algunos elementos. Le parece que, al menos, el objetivo de la moción en realidad es que el Regulador General asuma las potestades en materia de regulación que habían sido cedidas al Comité de Regulación transitoriamente y a las superintendencias mediante el RIOF.

Le parece que era importante que don Juan Manuel Quesada hubiera hecho una exposición, porque más que cualquier cosa, tienen dudas sobre los términos jurídicos que se están presentando dentro de la moción. Si en la propuesta es esa la terminología que debe utilizarse o no en esa dirección, es importante entender el hecho de pretender devolver al Regulador las potestades regulatorias que habían sido otorgadas vía reglamento. En tal sentido, no se puede ver de manera aislada como solamente el Comité de Regulación, pues eso implica una serie de elementos, por ejemplo, el hecho de pasar esas potestades al Regulador requiere un reacomodo en otros aspectos como el tema de la sanción. El Regulador es el que tiene la potestad sancionatoria para poner un ejemplo. Ese tipo de cosas deben de quedar claramente definidas al hacer una reforma en esa dirección.

Está anuente a colaborar con cualquier reforma para corregir esto, pero debe estar jurídicamente sustentada y que no signifique otra "piedra de tropiezo en el camino" sino que eso signifique reajustar las inconstitucionalidad que se han definido y poner el orden, a efecto de que la Institución nuevamente empiece por el rumbo que debe navegar jurídicamente, y que esa incerteza en el ambiente se le pueda poner un alto mediante una propuesta que jurídicamente contenga esos elementos.

Lo que le preocupa es que se dejan "lagunas" abiertas que después pueden complicar a la Junta que es la que está tomando la decisión. Si se va a solucionar el problema, diría que hay que hacerlo bien y eso pasa porque la propuesta tiene que tener un "expass" única y exclusivamente por un examen jurídico, no más allá.

En realidad lo que se está hablando aquí es de asuntos meramente jurídicos, por eso es que la directora Echandi y su persona han tratado de buscar una serie de elementos que les parece que hay que incorporar y ligar porque eso no se puede ver aislado así nada más y simplemente se corrige. Considera que es corregir la esfera inmediata y en esa dirección se trae una contrapropuesta, la cual quisiera dejar claramente en actas. El único interés y voluntad, es que la propuesta debe de ser ajustada en la terminología, en los considerandos para efectos de que queden claros y que eso tenga el efecto que se quiere.

En ese sentido, le parece que es poner nuevamente a la Institución en el camino que corresponde conforme a derecho. Doña María Lourdes podría hacer un análisis ya de la parte jurídica, pero en esa dirección es que hacen la propuesta, responsablemente y haciendo el llamado en ajustar esa propuesta para que jurídicamente la propuesta cumpla.

Le parece que es muy importante y quiere dejarlo claro, que el ánimo es efectivamente colaborar y hacer que la propuesta vaya blindada para que no se convierta en una "piedra en el zapato" y en esa dirección son las exposiciones que se van a hacer.

La Directiva *María Lourdes Echandi Gurdíán* manifiesta lo siguiente:

"Luego de estudiar el proyecto de derogatoria del Comité de Regulación y modificación del Transitorio II del Reglamento Interno de Organización y Funciones, **en adelante RIOF**, propuesto por la Administración y considerando el interés institucional deseamos proponer una moción alterna. Esta propuesta incluye no solo la posición del Directivo Arias Rodríguez y yo, sino la del Dr. Rubén Hernández Valle externada a esta institución recientemente y la del auditor interno contenida en el oficio 012-PAD-2011 (218-AI-2011 de 18 de julio de 2011).

Se trata de una propuesta integral que consideramos resuelve los aspectos más importantes en torno a la inconstitucionalidad del Comité de Regulación, de las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes y de una asesoría jurídica y regulatoria de Junta Directiva concentrada con la del resto de la Administración.

En primer término expondré las razones que fundan nuestra discrepancia con la propuesta de la Administración, para luego de ello exponer nuestra propuesta alterna.

DISCREPANCIA CON LA PROPUESTA DE LA ADMINISTRACIÓN**I.- DEL MOTIVO ARGUMENTADO PARA LA DEROGATORIA DEL COMITÉ DE REGULACIÓN EN LA PROPUESTA DE LA ADMINISTRACIÓN**

La lectura de la parte considerativa de la propuesta de acuerdo planteada por la administración a esta Junta Directiva, deja entrever los motivos en que parece basarse la derogatoria del Comité de Regulación sugerida.

Específicamente, por un lado, con el velado afán de sustentar la legalidad de la figura del Comité de Regulación, se hace mención en el Considerando XIII y el XIV, respectivamente, a la Opinión Jurídica 094-2009 de 5 de octubre de la Procuraduría General de la República y a la Sentencia No. 3929-2010 de las 16:00 horas del 20 de octubre del Tribunal Contencioso Administrativo.

En el caso de la referida opinión, se señala que mediante dicho pronunciamiento [no vinculante- la Procuraduría concluyó que no se presentaba una violación del principio de reserva de ley en materia de potestades de imperio, en tanto la Junta Directiva de esta Autoridad, además de poseer la potestad de aprobar la organización interna de la entidad, puede decidir a cuál órgano le atribuye el ejercicio de esa competencia, al ser omiso el legislador a la hora de definir concretamente a cuál centro de acción le atribuyó determinadas potestades.

Por otra parte, al hacerse referencia a la Sentencia No. 3929-2010, se deja sentada la tesis de que para ese Tribunal, la creación de las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes, no resulta ilegítima, toda vez que no se crearon órganos desconcentrados mediante una disposición reglamentaria de carácter orgánico y, por otra parte, en tanto se delegó en órganos como los mencionados, las distintas competencias legales atribuidas en abstracto a esta Autoridad.

Estas dos referencias, son luego complementadas con la alusión a las [Dudas generadas en torno a la creación del Comité de Regulación y de las Superintendencias] lo cual es objeto de atención a partir del Considerando XV y hasta el XVII.

Tales dudas las encuentra la administración, por un lado, en nuestras reiteradas alegaciones sobre el tema planteadas en diversas sesiones de esta Junta Directiva (ver actas de las sesiones 18, 21 y 38 todas del 2011) y por otro lado, en el [Informe preliminar] presentado por el Dr. Rubén Hernández Valle, profesional experto en Derecho Constitucional, contratado de modo

irregular por la Gerencia General, sin que esta Junta Directiva hubiese resuelto tal contratación mediante el respectivo acuerdo.

Tanto en nuestras alegaciones como en el dictamen jurídico del Dr. Hernández Valle, se llega a la conclusión de que el Comité de Regulación, y por privar la misma razón, las Superintendencias sic- son órganos irregularmente creados, toda vez que se les ha decidido atribuir potestades de imperio a pesar de tratarse de meros órganos internos de creación reglamentaria. Se coincide así, de modo absoluto, con nuestras alegaciones en torno al quebranto del Derecho de la Constitución que causa la creación de los citados órganos, específicamente, al contradecir los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Constitución Política, normas violadas a las cuales agrega el Dr. Hernández Valle con tino, los artículos 11 y 140 inciso 18) constitucionales.

De este modo, en el Considerando XX se termina motivando la decisión que se sugiere, señalando que *en virtud de las dudas planteadas en cuanto a la constitucionalidad de las funciones asignadas al Comité de Regulación, resulta conveniente al interés público: Derogar los acuerdos de Junta Directiva indicados en los considerandos V a X, 2) Modificar el Transitorio II del RIOF, de manera que se le asignen al Regulador General las funciones otorgadas con anterioridad al Comité de Regulación* entre otras potestades. Se deja entrever, en esta motivación, que de modo discrecional, se opta por dejar sin efecto los acuerdos de esta Junta Directiva relativos al Comité de Regulación y se modifica el Transitorio II del RIOF, no encontrándose en los hechos un deber jurídico de anular lo actuado.

Tal motivación, a nuestro juicio, no responde a la exigencia contenida en el artículo 133.1 de la Ley General de la Administración Pública, **en adelante LGAP**, toda vez que según esa norma *el motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto*

Por las razones que hemos esgrimido de modo reiterado los suscritos Directores, a pesar de lo cual no fueron nunca antes atendidas por la mayoría de este colegio, así como por lo señalado por el Dr. Hernández Valle, que no viene más que a confirmar nuestro dicho, estimamos que no existe duda alguna en torno a la irregularidad jurídica, tanto por motivos de constitucionalidad como por motivos de legalidad, de la creación del Comité de Regulación, así como de las Superintendencias sic- de Agua, Energía y Transporte.

Por exigencia de la propia Carta Política art.11 y 194- y del Principio de Supremacía Constitucional, así como por consecuencia de las normas de control interno, todo funcionario público tiene el deber jurídico de asegurarse que sus actuaciones se encuentra apegadas al Derecho de la Constitución, en especial si se ocupa órganos de superior jerarquía, como es nuestro caso.

Para cumplir con ese deber jurídico en este caso concreto, es preciso confrontar el texto y efectos de los acuerdos de esta Junta Directiva y normas del RIOF referidos al Comité de Regulación, con los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Carta Política, tarea que permite afirmar, sin duda alguna, que existe un claro quebranto de esas reglas constitucionales que obliga a anular tales conductas administrativas.

A todo ello agréguese que ni la Procuraduría General de la República ni el Tribunal Contencioso Administrativo examinaron, por no ser de su competencia, los vicios de constitucionalidad atribuibles a las disposiciones reglamentarias en comentario, como tampoco evaluaron la manifiesta violación del artículo 37 de la Ley de la ARESEP, reformado mediante la Ley No. 8660 por falta de aplicación, quebranto sobre el cual hemos abundado en repetidas ocasiones.

Por esta razón, discrepamos de la motivación dada por la Administración a las medidas acordadas, dado que en nuestro caso, encontramos que no existe duda alguna de la irregularidad jurídica de las normas del RIOF relativas al Comité de Regulación y, por paridad de razón, relativas a las Superintendencias [sic- de Agua, Energía y Transportes, por lo que esta Junta Directiva, en realidad, está en el deber y no ante la alternativa de decidir la anulación de los actos adoptados con relación al Comité de Regulación y de las correspondientes normas del RIOF que crean las Superintendencias [sic- y el propio Comité] en este último caso, de modo transitorio-.

II.- DE LAS DEFICIENCIAS TÉCNICO JURÍDICAS DE LA PROPUESTA

1.- ¿Derogatoria [revocatoria- o anulación?

La extinción de actos administrativos se encuentra debidamente regulada por la LGAP.

En efecto, conforme a ese cuerpo normativo, es posible derogar o revocar [por razones de oportunidad, conveniencia o mérito] aquellos actos que no sean reglados [arts. 152.1 y 156.1 de la LGAP-]. En cambio, los actos administrativos se anulan por [falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico] [art. 158 LGAP-].

En el caso de la anulación, tal declaración [tendrá efecto puramente declarativo y retroactivo a la fecha del acto, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe] [art. 171 LGAP-].

Por otra parte, el acto absolutamente nulo *no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación.* -art. 172 LGAP-.

Por esa razón, frente a vicios de nulidad absoluta, es deber de la administración proceder a su anulación, aún así sea de oficio, mientras que está dentro de su fuero de discrecionalidad, hacerlo en el caso de los actos relativamente nulos art. 174 LGAP-.

Los procedimientos a seguir en un caso u otro, son diversos, así como los efectos de la extinción una vez decidida.

Por ello, encontramos que la propuesta adolece de una importante debilidad técnica al optar por la derogación por motivos de oportunidad, conveniencia y mérito- de los actos y normas relativos al Comité de Regulación, cuando lo procedente es anular tales conductas administrativas -por motivos de nulidad absoluta en vista del vicio de inconstitucionalidad de que adolecen-.

Lo anterior es de especial gravedad en un caso como el presente, en el cual nos enfrentamos a una incierta cantidad de actuaciones de un Comité de Regulación irregularmente creado, actos que en unos casos son de gravamen y en otros más bien configuran derechos subjetivos. Por otra parte, hemos de suponer porque la administración no ha informado nada al respecto- que han de estar en curso una multiplicidad de procedimientos administrativos en los cuales está por dictarse el acto final por parte del aludido Comité.

Por otra parte, nada se dice en cuanto a si la extinción por derogación que se propone, tiene o no efectos retroactivos y, de ese modo, si subsisten jurídicamente todas o algunas de las decisiones del Comité de Regulación.

Por estas razones, no podemos compartir la propuesta de la Administración.

2.- No se resuelve el efecto en la materia, el tiempo y el espacio, de la extinción del Comité de Regulación

Precisamente en directa conexión con la naturaleza jurídica de la decisión extintiva que se sugiere adoptar por parte de la administración, resalta la ausencia de medidas de dimensionamiento de la derogatoria del Comité de Regulación, lo cual traerá a futuro, grandes debates en torno a la supervivencia del derecho abolido o a su absoluta extinción.

Esta circunstancia fue advertida, además, por el Auditor de la Institución en el oficio 012-PAD-2011 (218-AI-2011 de 18 de julio de 2011), página 4, en donde se previene a la Junta Directiva sobre la necesidad de medir las consecuencias jurídicas de la actividad administrativa de un órgano irregular, así como de los riesgos de carácter legal, económico y de otra índole que puedan derivarse de esa misma situación.

En efecto, es preciso considerar que mientras se mantenga en vigencia, el Comité de Regulación está en capacidad de adoptar actos de gravamen y actos de los cuales se ha derivado derechos subjetivos por parte de terceros ajenos a la Institución. Por otra parte, han de existir una serie de procedimientos iniciados en los cuales está pendiente la decisión final por parte del Comité de Regulación, todo lo cual debe regularse de algún modo, si bien no existe mención alguna a esta importante problemática en el proyecto de acuerdo puesto en nuestro conocimiento por la administración.

De esta forma, no podemos compartir la propuesta de la Administración.

II.- De la ausencia de disposiciones relativas a la urgente restauración de la asesoría jurídica y técnica de esta Junta Directiva

Ya en tres oportunidades hemos mocionado para reponer a esta Junta Directiva la asesoría jurídica y regulatoria independiente que tuvo por muchos años. En efecto, así sucedió en la sesión 38-2010 del 29 de setiembre del 2010, la segunda en la sesión 49-2010 del 10 de noviembre del 2010 y la tercera en la sesión 39-2011 del 15 de junio del 2011.

El tema debe ser retomado, en tanto al pasar a ejercer el Regulador General las potestades de imperio antes atribuidas al Comité de Regulación y a las superintendencias sic-, queda aún más en evidencia que no es admisible ni legítimo que la misma unidad preste asesoría jurídica y regulatoria tanto al Regulador General como a esta Junta Directiva. Por otra parte, tampoco es de recibo como decidió la mayoría de esta Junta Directiva en la sesión 41-2011 de 29 de junio del 2011 entender como solventada esa carencia de una asesoría jurídica y regulatoria independiente del resto de la Administración, con una asesoría complementaria y administrativamente dependiente del Regulador General.

Al igual que en el caso de la irregular creación y funcionamiento del Comité de Regulación y de las pretendidas superintendencias, hemos venido dejando en evidencia la inconstitucional e inconveniente fusión que por medio del RIOF se decidió hacer de la asesoría técnica y jurídica de esta Junta Directiva, con la del Regulador General y del Gerente General.

Al respecto, hemos esgrimido que la ausencia de dicha asesoría quebranta las normas de control interno, el Principio de Imparcialidad y Objetividad así como la teoría de órgano administrativo que distingue entre órganos deliberantes de los ejecutivos.

Por otra parte, es lo cierto que conforme a las reglas de control interno, deben separarse funciones incompatibles y el procesamiento de transacciones, de modo tal que una persona o unidad no tenga el control por la totalidad de determinadas labores, como en efecto sucede en el caso de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria que concentra las labores de asesoría técnica y jurídica tanto en primera instancia como en segunda instancia, tareas claramente incompatibles entre sí aún y cuando las presten funcionarios diversos en cada instancia.

Recuérdese, además, el deber que tiene la administración de *“actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado”* (González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), confianza que se ve claramente traicionada con la aludida práctica que hemos reiterado, hemos censurado.

Hemos además descartado que exista un obstáculo jurídico orgánico para atribuir a la Junta Directiva su propia asesoría jurídica y técnica. Se trata de la errónea afirmación, por estar infundada en una inválida interpretación jurídica, del artículo 57 a), párrafo cuarto de la Ley de la ARESEP, de que no es posible la creación de órganos administrativos adscritos a la Junta Directiva y por ende sujetos a su dirección, como sería el caso de los asesores técnicos y jurídicos que se solicita restablecer, en el tanto el Regulador General es el superior jerárquico en materia administrativa conforme a la citada disposición legal.

La afirmación es jurídicamente incorrecta. Para una mejor ilustración, se debe remitir al artículo 53 inciso j) de la Ley de la ARESEP que establece la potestad de la Junta Directiva de resolver recursos de apelación contra resoluciones del Regulador General. ¿Cómo podrían asesores sujetos al despacho del Regulador, asesorar a la Junta Directiva en el ejercicio de tal potestad? Es claro que los principios de objetividad e imparcialidad vedan cualquier posibilidad de que tenga participación en ese tipo de asuntos asesores sujetos a la jerarquía del órgano cuyas decisiones examina esta Junta Directiva.

En todo caso, la lectura que sobre este tema hace el Regulador y el Director de la Asesoría Jurídica y Regulatoria, es errónea por violar por falta de aplicación del inciso e) del mismo artículo 53 recién citado. Según esa norma, compete a la Junta Directiva: *“resolver los asuntos de su competencia en materia administrativa”*

Es decir el legislador no ha vaciado de modo absoluto la competencia en materia administrativa en beneficio del Regulador General, como incorrectamente lo afirma dicho funcionario y avala el Regulador, sino que el legislador ha reservado para la Junta Directiva parte de esa competencia, por ejemplo, para los asuntos relativos a los órganos internos a ella adscritos.

Estas alegaciones, descartadas sin justificación jurídica alguna por la mayoría de la Junta Directiva de modo reiterado, fueron objeto de análisis por parte del Dr. Hernández Valle, quien también coincidió en ese tema con nuestras tesis.

En vista de tal coincidencia, estimamos que lo pertinente es proceder a anular la mención que se hace en el artículo 46 del RIOF de la Junta Directiva como uno de los órganos a los cuales presta asesoría la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

Se debe anular, además:

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

Es preciso también, reformar el artículo 12 del mismo RIOF, para que en adelante indique:

Artículo 12. □ Apoyo de Junta Directiva.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por último, se dispone la nulidad del artículo 8 de la sesión No. 41-2011 del 29 de junio del 2011, en tanto una asesoría complementaria para Junta Directiva dependiente administrativamente del Regulador General, resulta contraria al Principio de Objetividad e Imparcialidad, a las normas de control interno y la teoría del órgano administrativo que distingue entre órganos deliberantes y órganos ejecutivos, vicios que se ven agravados, al asumir en adelante el Regulador General las potestades inconstitucionalmente atribuidas al Comité de Regulación.

Dicha asesoría jurídica y regulatoria complementaria no resuelve los vicios arriba alegados, en el tanto se dispuso que dependería administrativamente del Regulador General.

PROPUESTA ALTERNA

Por todas las razones dichas, disentimos de la propuesta de acuerdo de la administración y en su lugar, proponemos lo siguiente:

RESULTANDO:

1. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos No. 7593 y sus reformas, esta Autoridad está facultada para establecer su organización interna, a fin de cumplir con sus funciones.
2. Que las normas de control interno para el Sector Público establecen que el Jerarca y los titulares subordinados, deben establecer las actividades de control que permitan obtener una seguridad razonable de que la actuación de la institución es conforme con las disposiciones jurídicas y técnicas vigentes.
3. Que la atribución de potestades de imperio solo es posible atribuirla a órganos externos creados por el legislador.

4. Que de conformidad con la Teoría del Órgano, propia del Derecho Administrativo, debe distinguirse entre órganos deliberantes y ejecutivos, tal y como sucede en el caso de las instituciones autónomas, como la ARESEP, las cuales son dirigidas por una Junta Directiva deliberante a la cual le corresponde planear y determinar la actividad del órgano externo cuya función es más bien ejecutiva.
5. Que cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente compuesto por varios centros de acción, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar.
6. Que es deber de la administración anular aquellas conductas que adolezcan de vicios de nulidad absoluta, debiéndose dimensionar en el tiempo, la materia y el espacio los efectos retroactivos de tal anulación.

CONSIDERANDO:

I.- SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL COMITÉ DE REGULACIÓN

1.- Sobre el Comité de Regulación

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

En vista de esa naturaleza jurídica del aludido Comité, estimamos que no puede asignársele atribuciones cuyo ejercicio repercuta de forma directa en la esfera de los ciudadanos (potestades de imperio). Así se deriva del Principio General de Libertad y por ende de la exclusiva competencia de la Asamblea Legislativa para regular la vida externa de la Administración frente a los derechos del particular, según el contenido de los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Constitución Política.

La Doctrina ha señalado de modo claro y pacífico al respecto que *□la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley -artículo 121, inciso 20) de la Constitución Política-*. □ JINESTA LOBO, Ernesto, Tratado de Derecho Administrativo. En el mismo sentido véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se señala además que el inciso 1) del artículo 53 de la Ley de la ARESEP reconoce la potestad de autoorganización de la entidad, la cual debe ser ejercida por la Junta Directiva en ejercicio de la cual, no hay posibilidad de crear órganos externos por ser esa facultad exclusiva de la Asamblea Legislativa.

Textualmente, se indica:

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

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

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

Como se puede observar, el razonamiento seguido por la Procuraduría para calificar como regular la creación de las superintendencias y la atribución de funciones que se dispone en el RIOF en su favor, se centra en el hecho de que no se trata de órganos desconcentrados, caso en el cual reconoce la exigencia de una disposición legal que los conforme. Se deja de lado, sin embargo, el hecho de que indistintamente de que se trate de órganos desconcentrados o no, lo cierto es que el ejercicio de potestades de imperio, como se reconoce que lo son algunas de las atribuidas a las superintendencias, sólo cabe que lo hagan órganos externos creados por el legislador, no así por parte de meros órganos internos creados por la propia administración

mediante un reglamento interno de organización como es el RIOF, todo lo cual disponen los artículos 28 y 121 inciso 20) de la Constitución Política. Como se ha visto, en su opinión, la Procuraduría admite que los únicos órganos externos son los antes referidos, no así las superintendencias.

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

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

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

Como se puede comprobar, este fallo, tal y como se hizo ver en las sesiones No. 18, 21 y 38 del 2011 de esta Junta Directiva, tampoco analiza los límites constitucionales antes evaluados, a saber, la imposibilidad de atribuir potestades externas a entes internos, aspecto que queda reservado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 10 de la Carta Política.

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

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

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

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

II.-SOBRE LA ILEGALIDAD: VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 37 DE LA LEY DE LA ARESEP, REFORMADO MEDIANTE LA LEY NO. 8660 POR FALTA DE APLICACIÓN

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

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

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

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

□Artículo 37.-Plazo para fijar precios y tarifas

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

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

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

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

□*Artículo 62.-*

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

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

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

III.- DEL DEBER DE ANULAR LOS ACUERDOS DE ESTA JUNTA DIRECTIVA Y DE LAS NORMAS DEL RIOF QUE CREAN LAS SUPERINTENDENCIAS □sic- Y DEFINEN LA EXISTENCIA TEMPORAL DEL COMITÉ DE REGULACIÓN, ASI COMO ACUERDOS CONEXOS

No cabe duda de que toda conducta inconstitucional es absolutamente nula y por ende, no es posible arreglarla a derecho, ni por saneamiento ni por convalidación □art. 172 de la LGAP-.

Por otra parte, no cabe duda, tampoco, de que al encontrarse viciados por razones de constitucionalidad y legalidad, conforme al artículo 174 de la LGAP, recae sobre esta Junta Directiva el deber de anular los acuerdos mediante los cuales se puso a regir el Comité de Regulación y se crearon las superintendencias □sic- de agua, energía y transporte, así como de los acuerdos conexos a la implementación de estas últimas.

1.- Anulación de los acuerdos relativos al Comité de Regulación

Así las cosas, siendo esta misma Junta Directiva el órgano que los adoptó y además, el superior jerarca de esta Autoridad □art.180 LGAP-, visto el vicio de inconstitucionalidad e

ilegalidad antes apuntados, lo procedente es declarar de oficio la nulidad de los siguientes acuerdos de esta Junta Directiva:

- acuerdo 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010;
- acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010;
- acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010;
- acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010;
- artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011.

2.- Anulación de los acuerdos relativos a las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte

Por otra parte, han de anularse también, por las mismas razones, las siguientes disposiciones del RIOF:

Sobre la Superintendencia de Agua y Saneamiento

- artículo 33;
- artículo 34.1.d), 1.e), 1.f), 1.h), 1.n), 2.d);

Sobre la Superintendencia de Energía

- artículo 35;
- artículo 36. 1.f), 1.g), 1.h), 1.j), 1.o), 2.d);

Sobre la Superintendencia de Transporte Público

- artículo 37;

- artículo 38. 1.c), 1.e), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.n) 1.o), 1.u), 2.d);

3.- Anulación de los acuerdos conexos a la implementación de las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte

Finalmente, deben anularse, por las mismas razones los siguientes acuerdos de Junta Directiva conexos a la implementación de las superintendencias:

- acuerdo 004-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 que decidió Aprobar (□.) la descripción de clase y cargo de los puestos de superintendentes de aguas, energía y transporte
- acuerdo 005-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 que resolvió: 1. Ordenar el inicio de un nuevo proceso para reclutar y seleccionar los candidatos a los puestos de Superintendentes de Aguas, Energía y Transportes de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. 2. Solicitar a la Administración que a la mayor brevedad inicie el trámite de contratación del consultor o la empresa consultora que apoyará al Departamento de Recursos Humanos en el reclutamiento, la evaluación y la preselección de los (las) candidatos (as) a ocupar dichos puestos de Superintendentes, debiendo definirse como primer paso, sus perfiles, los cuales deberán someterse a aprobación de esta Junta Directiva. 3. El proceso para reclutar y seleccionar a los Superintendentes de Aguas, Energía y Transporte de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, deberá estar concluido a más tardar, el 15 de marzo de 2011.

IV.- DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

De conformidad con el artículo 37 de la Ley de la ARESEP reformado mediante ley No. 8660, corresponde al Regulador General sancionar la dilación en la resolución de toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas de parte del órgano que, de conformidad con esta Ley, deba resolver Sin embargo, la ley no definió en ninguna norma el órgano a quien correspondería fijar tarifas.

Ante esta laguna, como se ha venido señalado por parte de los suscritos Directores, lo procedente es aplicar la regla establecida por el artículo 62 de la LGAP, de modo que lo pertinente es que sea el Regulador General quien asuma esa función de tanta importancia en la vida social y económica, tal y como lo ha venido haciendo históricamente.

Siendo así, es claro que la potestad de sancionar la dilación en el ejercicio de la potestad de fijar o cambiar tarifas no podrá ser ejercida por el mismo Regulador General.

Ante esa problemática, de nuevo, lo pertinente es recurrir a la LGAP, cuyo artículo 102 dispone las potestades de todo superior jerárquico, en este caso, la Junta Directiva de la ARESEP.

Dentro de tales potestades, se encuentra la de vigilar la acción del inferior, la potestad disciplinaria, el ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, así como avocar las funciones del inmediato inferior.

De este modo, ante la incompatibilidad entre el ejercicio de una potestad [fijar tarifas- y la de sancionar la dilación en su ejercicio, lo procedente es que en adelante sea esta Junta Directiva el órgano que se avoque la potestad disciplinaria prevista en el artículo 37 de la Ley de ARESEP, de modo que en caso de que el Regulador General no se pronuncie a futuro dentro del plazo de ley señalado por el citado artículo, corresponderá a este cuerpo colegiado sancionar tal conducta omisiva.

V.- DEL DIMENSIONAMIENTO EN EL TIEMPO, EL ESPACIO Y LA MATERIA DE LA ANULACIÓN

Existen al menos tres reglas jurídicas que obligan a dimensionar en tiempo, espacio y materia una decisión que traiga consigo la anulación de una norma o conducta administrativa con efecto retroactivo, todo lo cual reside en el Principio de Seguridad Jurídica de claro origen constitucional. Se trata del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, **en adelante LJC**, el artículo 171 de la LGAP y el artículo 131 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en adelante CPCA.

De este modo, por exigencias propias del Principio de Seguridad Jurídica, la anulación de conductas administrativas por ser absolutamente nulas, además de ser un deber jurídico, implica la necesidad de dimensionar en el tiempo, el espacio y la materia el efecto retroactivo de tal decisión, a efecto de evitar dislocaciones que atenten en contra de la estabilidad social y demás valores superiores del ordenamiento jurídico (arts. 91 de la LJC, 171 LGAP y 131 del CPCA).

Así las cosas, en tanto se ha decidido anular una importante diversidad de conductas administrativas, en específico, las relativas a la creación temporal del Comité de Regulación, se dimensiona los efectos de tal decisión en estos términos:

a.- en el caso de aquellos actos de gravamen adoptados por el Comité de Regulación, en tanto se encuentran afectados por el vicio de incompetencia absoluta al haber sido dictados por un órgano inconstitucional, lo que impide su saneamiento o convalidación (art. 172 LGAP), corresponde al Regulador General, de oficio, decretar su anulación y retrotraer los procedimientos conservando aquellos actos o trámites cuyo contenido hubiera permanecido de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad (art.186 LGAP);

b.- en el caso de los actos del citado Comité de los cuales terceros han derivado derechos subjetivos, se estima que quedan a salvo del efecto retroactivo de la nulidad decretada, en tanto se entienden adquiridos de buena fe (art. 171 LGAP);

c.- para el caso de aquellos procedimientos iniciados pero no terminados al momento de la anulación aquí decidida, se dispone que lo deberá continuar el Regulador General, manteniendo todo lo actuado, salvo aquello que no sea jurídicamente posible (art. 67.2 LGAP).

POR TANTO:

Con fundamento en nuestro juramento constitucional de hacer valer y respetar la Constitución Política y las leyes de la República y conforme a lo dispuesto por los artículos 11, 28 y 121. 20) de la Constitución Política; 62, 67, 102, 171, 172, 174.1, 180 y 186 de la Ley General de la Administración Pública, decidimos declarar de oficio la nulidad, por vicio de nulidad absoluta, de las siguientes conductas y normas:

- acuerdo 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 84 del 3 de mayo del 2010;
- acuerdo 026-019-2010 de la sesión 019-2010 del 7 de mayo del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 109 de 7 de junio del 2010;
- acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010;
- acuerdo 002-039-2010 de la sesión extraordinaria 039-2010 del 4 de octubre del 2010, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010;
- artículo 3 de la sesión 021-2011 del 30 de marzo del 2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.79, alcance No.24 del 26 de abril de 2011.
- artículo 33 del RIOF;

- artículo 34.1.d), 1.e), 1.f), 1.h), 1.n), 2.d) del RIOF;
- artículo 35 del RIOF;
- artículo 36. 1.f), 1.g), 1.h), 1.j), 1.o), 2.d) del RIOF;
- artículo 37 del RIOF;
- artículo 38. 1.c), 1.e), 1.f), 1.g), 1.h), 1.l), 1.m), 1.n), 1.o), 1.u), 2.d) del RIOF;
- la mención que se hace de la Junta Directiva en el artículo 46 y en los incisos 1.a), 1.c), 1.d) y 3.a) del artículo 47 del RIOF.
- los incisos 1.b) y 1.e) del artículo 47 del RIOF.
- acuerdo contenido en el artículo 8 de la sesión 41-2011 de 29 de junio del 2011;

Por conexidad, deben anularse, los siguientes acuerdos de Junta Directiva:

- acuerdo 004-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010 y el
- acuerdo 005-043-2010 de la sesión 43-2010 del 20 de octubre del 2010.

La declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de adopción de los respectivos acuerdos y de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe, entendiéndose incluidos dentro de éstos, los derivados de actos administrativos firmes del Comité de Regulación que reconozcan, declaren o amplíen situaciones jurídicas administrativas hasta antes de esta declaratoria.

En vista de la anulación de los acuerdos de Junta Directiva y del Transitorio II del RIOF que crearon y prorrogaron el Comité de Regulación y según lo dispuesto en el artículo 62 de la LGAP, al ser el Regulador General el órgano externo con funciones más similares a las asignadas al Comité de Regulación e incluso por haberlas asumido históricamente hasta el 7 de mayo del 2010, se le instruye para que asuma las funciones hasta ahora desempeñadas por el Comité de Regulación y que se pretendía que ejercieran las Superintendencias sic- de Agua, Energía y Transportes, hasta tanto el legislador no disponga lo contrario. En vista de ello, deberá continuar los procedimientos pendientes manteniendo todo lo actuado, salvo lo que no sea jurídicamente posible.

Además, se le instruye para que proceda a anular las actuaciones del aludido Comité en aquellos procedimientos en que se hayan adoptado actos de gravamen, dejando a salvo aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad aquí declarada y proceder a adoptar el acto final que corresponda según el mérito de los autos.

En adelante, corresponderá a esta Junta Directiva en su carácter de órgano superior supremo, avocarse la potestad disciplinaria del Regulador General definida por el artículo 37 de la Ley de la ARESEP, en tanto sobre este último, de modo sobreviniente, ha recaído una causal de incompatibilidad para su ejercicio en vista de los alcances de lo aquí resuelto.

Adicionalmente, se dispone la reforma del artículo 12 del RIOF para que en adelante indique:

Artículo 12. □ Apoyo de Junta Directiva.

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

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

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

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

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

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

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

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

Don **Dennis Meléndez Howell** señaló que la propuesta de los directores Arias y Echandi no le parecía, por una razón. Le parece muy extraño que estando en igualdad de condiciones el dictamen de la Procuraduría General de la República y el dictamen de don Rubén Hernández y el criterio de ellos, que no son vinculantes para nosotros, simplemente dan por un hecho que se tiene que aceptar el de don Rubén Hernández y no el que había emitido la Procuraduría General de la República y lo que habían emitido los jueces contenciosos administrativos, eso por una parte.

Están asumiendo que todo lo actuado es inconstitucional, cuando en realidad eso está por verse. Eso tendrá que verse en las instancias correspondientes y desde luego, el dimensionamiento de esto tendrá que verlo el organismo que corresponda.

En este sentido, no le queda claro el asunto de por qué se hace esa confusión entre asignar potestades de imperio y transferir potestades de imperio. En realidad, la Procuraduría General de la República ha sido clara de que la competencia está bien asignada, el legislador trasladó a la ARESEP la potestad de fijar las tarifas, corresponde entonces a la Junta Directiva asignar quién va a desempeñar esas funciones. Eso no significa, de acuerdo a lo que dice el criterio de la Procuraduría General, que se le estén transfiriendo, por tanto, si bien hay potestades de imperio implícitas, aquí no habría ninguna violación constitucional.

Obviamente, no es quién para decir eso, pero sí le crea severas dudas de que eso pueda ser así. Aquí se tiene una serie de criterios dentro de los cuales hay puntos a favor y puntos en contra. Es decir, hay criterios encontrados que dicen una cosa y la otra, pero sí le parece muy extraño que se diga que hubo una equivocación de los señores diputados cuando aprobaron la ley y dejaron vacíos en la ley muy serios.

Igualmente, que hubo una equivocación muy seria de parte de la Junta Directiva anterior, que también aceptó que eso debía interpretarse de esa manera. Hubo una interpretación equivocada de don Robert Thomas quien emitió un dictamen en el cual decía que el Comité de Regulación era legal y viable. Hubo una equivocación de parte de la actual Junta Directiva, inclusive don Emilio y doña Maria Lourdes, la primera vez cuando vieron el tema del Comité de Regulación, lo aprobaron y como la misma doña Maria Lourdes Echandi ha dicho en actas, contribuyó a la redacción.

Por otra parte, la segunda vez en que se vio el tema del Comité de Regulación, si bien no lo votaron a favor los directores Arias y Echandi, adujeron que era por razones de que aún no estaban listas las superintendencias y que era una "barbaridad" que las superintendencias no estuvieran creadas, incluso hasta se pidió un informe del por qué la superintendencias se habían atrasado tanto.

Por otro lado, como menciona don Rubén Hernández, se dice: "mire es que la Procuraduría General está equivocada, el Tribunal Contencioso está equivocado" bueno, ante toda esta evidencia, lo menos que tiene son dudas de que no se puede aprobar de "buenas a primeras" el criterio de ustedes dos o el criterio de don Rubén Hernández simplemente porque lo dicen. No sabe quién tiene la razón en esto, pero tiene sus dudas de que todo eso que ustedes han dicho sea la verdad real.

Le parece que hay □ mucha tela que cortar □ en este sentido, que es muy extraño que ustedes acepten una posición y no acepten otras posiciones en las cuales ha habido tantos elementos involucrados, en donde por lo menos a ustedes, inicialmente, no les creó ninguna duda en términos de legalidad, ni en términos de constitucionalidad. No fue hasta el 19 de marzo, si mal no recuerda, que ustedes mencionaron por primera vez y así quedó constando en actas, que les parecía que había algún vicio de constitucionalidad y en estos momentos, ante esas dudas, le crea mucha confusión esa propuesta.

La directora *Sylvia Saborío Alvarado* manifestó que la verdad por razones diametralmente opuestas, pero llega a la misma conclusión que doña María Lourdes y don Emilio, con relación a la propuesta del señor Regulador General sometida en esta oportunidad.

Ahora, no se va a referir a la propuesta de los directores Arias y Echandi, pues es demasiado complicada y no cree que la haya podido absorber, no siendo abogada, pero si quiere recordar que en la sesión del 30 de marzo del 2011, la Junta Directiva aprobó, por mayoría, la prórroga del Comité de Regulación, por lo menos en su caso, tomando como base la opinión jurídica de la Procuraduría General de la República OJ094-2009, la sentencia 3929-2010 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Distrito Judicial, la opinión legal de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de la ARESEP, la posición de la Junta Directiva anterior y la opinión que, al respecto, había rendido el entonces asesor jurídico de la Junta Directiva don Robert Thomas.

Además, lo que parece la clara intención del legislador tras las enmiendas a la ley de ARESEP, incorporadas por Ley 8660, en el sentido de eliminar la facultad exclusiva y excluyente del Regulador para fijar tarifas, trasladándoselas más bien a la ARESEP en su conjunto, como se infiere del artículo 6 d) y del artículo 37.

El artículo 37 claramente refleja la intención del legislador que es y cito □ La ARESEP resolverá en definitiva □ toda solicitud de fijación o cambio ordinario de tarifas en un plazo que no podrá exceder de 30 días... si pasado ese término quien deba resolver no ha tomado la decisión correspondiente será sancionado por el Regulador General de la ARESEP con suspensión del cargo hasta 30 días.

Finalmente, el otro criterio que, a su juicio, fue importante para que se tomara la decisión de prorrogar el 30 de marzo del 2011 el Comité de Regulación, es la ausencia de la fijación de tarifas dentro de las diez funciones que la Ley 7593 le asigna taxativamente al Regulador en el artículo 57.

En todo caso, desde ese 30 de marzo del 2011, cuando la Junta Directiva, por mayoría, decidió prorrogar el Comité de Regulación, lo único que ha cambiado es que la Junta Directiva recibió el 19 de julio del 2011 un informe preliminar de don Rubén Hernández que avalaba la posición de la señora Echandi. Sin embargo, se trata de una mera opinión legal y no de un fallo de la Sala Constitucional que en nuestro ordenamiento jurídico, es la única instancia que puede decidir si algo es inconstitucional o no.

Esto la lleva a las razones por las que se opone a la moción que el Regulador General presentó. En primer lugar, porque no se ha determinado ni la inconstitucionalidad ni la ilegalidad del Comité. Las razones diametralmente opuestas de que hablaba al principio es que le parece que los directivos Echandi y Arias, dan por juzgada la inconstitucionalidad e ilegalidad del Comité de Regulación y por extensión de las superintendencias. En ese sentido, no está segura porque las instancias que deben definir eso no lo han definido, entonces esa es la primera razón por la que se opone a la moción que presentó el señor Regulador.

En segundo lugar, ya pasando de lo puramente legal a lo sustantivo, es una mala decisión, toda vez que se estaría negando el espíritu de modelo de regulación que se pretendía crear con las reformas a la ley de ARESEP, y condenando al país a retener una estructura arcaica centrada en la figura del Regulador que no se ajusta a los estándares internacionales de hoy en día.

Finalmente, la razón más de peso, es que tiene serias dudas de si pasar la función de fijación de precios al Regulador es en efecto legal, toda vez que el artículo 57 de la ley de ARESEP que define las funciones del Regulador no la incluye específicamente. Y no quisiera que el próximo cuestionamiento a esta Junta, fuera por haberle asignado al Regulador funciones que van claramente más allá de los que la misma ley le asignó.

Por estas razones, considera que lo que corresponde, para salir de dudas de una vez por todas, es tener un pronunciamiento de la Procuraduría General de la República en el sentido de si es legalmente posible que la Junta Directiva de la ARESEP, en el ejercicio de las competencias señaladas, por un lado, en el artículo 45 y en el inciso 1) del artículo 53, le asigne, mediante el RIOF, competencias que la Ley 7593 le otorgó al ente regulador como un todo, a órganos creados por ella misma distintos a los señalados en el artículo 45.

La segunda pregunta que le parece que es importante, es si es legalmente posible que la Junta Directiva le asigne al Regulador las competencias asignadas al Comité de Regulación, en términos de la fijación de tarifas. No está convencida de que eso sea posible, entonces considera que lo que corresponde, antes de empezar a derogar el Comité, es tener una opinión jurídica vinculante y clara acerca de si esto es realmente ilegal o no, porque

actuar sobre presunciones en vez de decisiones de los órganos correspondientes, no es la forma como se debería proceder aquí.

Don *Edgar Gutiérrez López* comentó que, en primer lugar, lamenta que no va a poder referirse a todo el tratado de derecho administrativo que se presentó en esta oportunidad, porque es un documento que se está leyendo y no ha tenido oportunidad de analizar, desde luego siguiendo la tesis de los directores Arias y Echandi que siempre han insistido en que debe darse tiempo de análisis, además de que considera que sería irresponsable de su parte, aprobar de antemano, una serie de nulidades con una serie de consecuencias que no tienen sentido.

Sin embargo, si entrevé de todo lo que ustedes analizan muy arraigado el problema de la inconstitucionalidad de las normas que se citan, entiende la preocupación del señor Regulador ante este tema que se desató de pronto como noticia nacional, con consecuencias ya anunciadas y demás, de una ilegalidad por razón de inconstitucionalidad. Dicha situación no le queda totalmente clara porque no existe ninguna resolución que así lo declare. De todos es sabido que la constitucionalidad o no, la declara la Sala Constitucional.

Entiende, dentro de todo lo que se ha actuado aquí, y hace la referencia de que cuando ingresó a esta Junta Directiva ya todo este tema estaba documentado o legislado legalmente pero, sin embargo, las actuaciones en las que ha tenido que participar siempre, las ha considerado que se encuentran apegadas a la legalidad y de que no se está en presencia propiamente de un asunto de ilegalidad, que ya ha sido estudiado por un Tribunal y por la misma Procuraduría General de la República.

Una de las razones en el documento expuesto por doña María Lourdes, es que para descalificar a la Procuraduría General de la República, se refiere principalmente porque se trata de una opinión y que como es una opinión entonces no tiene el carácter de vinculante para la Junta Directiva.

No obstante, la legalidad, que personalmente no la cuestiona, no ha sido analizada y la inconstitucionalidad que es mucho de lo que pretende reforzar los argumentos expuestos por doña María Lourdes, no es un hecho real, no existe, no se ha declarado. En todo caso, si se tratara de una inconstitucionalidad le parece que la responsabilidad la tienen los señores Diputados, los que emitieron la Ley, porque en eso no tiene participación la Junta.

Visto el problema que se ha señalado acá, considera que ante la variedad de criterios existentes, lo prudente es un poco lo que finalmente señaló doña Sylvia, de que antes de comenzar a derogar o anular disposiciones, se proceda a realizar una consulta a la Procuraduría General de la República. Dicha consulta va a resultar vinculante y se va hacer en

forma concreta sobre los temas que se están analizando, solicitando a la misma Procuraduría que sea lo más ágil posible en la evacuación de la citada consulta, con lo cual se tendría una certeza mayor en qué campo se está actuando, porque mientras se actúa con la idea de que un asunto se tiene que modificar porque puede ser inconstitucional, le parece que no tiene sentido y se podría pasar más bien de una situación legal totalmente aceptable, a una ilegalidad por tratar de reformar o darle competencias al señor Regulador.

Desde su punto de vista, si las competencias que tenía el Regulador se las quitó la ley posteriormente, no se puede volver a otorgárselas, eso sí sería totalmente ilegal y ante esa incertidumbre, desde luego, no estaría de acuerdo con la moción de los compañeros Echandi Gurdíán y Arias Rodríguez, y sí estaría de acuerdo de aprobar la moción de doña Sylvia en el sentido de que se proceda a la consulta, porque no está de acuerdo con la propuesta que se encuentra en agenda, toda vez de que traslada las competencias de establecer las tarifas al Regulador lo cual, a su juicio, sí resulta totalmente ilegal.

Estaría de acuerdo en apoyar la moción de consultar a la Procuraduría General de la República. No está de acuerdo en apoyar la reforma propuesta en la agenda de esta sesión, ni la que propusieron los compañeros Arias y Echandi, porque en primer lugar no se dio oportunidad de estudio.

Don *Emilio Arias* señaló que en el orden de ideas que se ha conversado, le parece que tiene razón don Edgar en el sentido de que esta moción que están presentando debe requerir más estudio por parte de ustedes y, en ese sentido, están en total disposición de que la analicen o se está entregando hoy como lo señaló, porque apenas estaba llegando el día de hoy y tuvo la oportunidad de conversar con doña María Lourdes la tarde de hoy, porque ella tenía en la mañana compromisos en el Poder Judicial. En esa dirección, le parece que es prudente que la analicen para dar el tiempo.

Con respecto a la propuesta de doña Sylvia, considera que debe ser agendada como corresponde igual, para que tanto su persona como doña María Lourdes conozcan la moción la cual debe ser debidamente redactada como amerita, con las consideraciones del caso y que se proceda a votar la moción que fue agendada el día de hoy por el señor Regulador y cada miembro con la motivación que acaba de dar.

En su criterio, es lo que corresponde conforme al ordenamiento y que cada quien vote y justifique su voto y la moción que presenta el Regulador quede en actas con la votación que quede, porque así fue asignada como punto único en la agenda. De su parte, la directora Echandi y su persona con mucho gusto están en total disposición de entregar el documento para que sea analizado. Como lo dijo al principio, el ánimo es un ánimo de cooperación, de buscar una solución a la crisis y cuestionamientos públicos que en este

momento tiene la Institución. No los mueve tomar una decisión ligera, los mueve tomar una decisión responsable por el país y le parece que lo que corresponde es votar la moción que propone el señor Regulador, cada uno con sus consideraciones que ha dado y posteriormente, lo que correspondería sería agendar esta moción que presentaron para que sea conocida como corresponde, como se ha hecho siempre.

Asimismo, que doña Sylvia presente formalmente su moción por escrito y la haga llegar igual y sea agendada en el momento que corresponda. Le parece que eso es lo que en derecho corresponde, siguiendo con la misma tesis de don Edgar y en ese sentido, estarían totalmente anuentes. Lo que sí les parece es que en estas decisiones, deben de ser decisiones no solamente tomadas al calor de una moción presentada verbalmente, sino con un documento. Igual comparte la tesis de don Edgar y que en esa dirección, se agenden las dos mociones, la de doña Sylvia con la justificación que ella aporte, no solamente la justificación que ella acaba de dar sino, con todas las justificaciones técnicas que corresponden para presentar una moción de consulta a la Procuraduría General de la República.

Además, que el señor Regulador someta a votación la moción que está presentada en esta oportunidad, y que dicha la votación en las consideraciones muy respetables de cada uno de los miembros de esta Junta.

El señor *Regulador General* señaló que hubiera preferido definir este tema el día de hoy, en términos de que se le asignaran al Regulador esas funciones como estaba planteado en la moción pero; sin embargo, entiende bien la posición de doña Sylvia y don Edgar, en el sentido de que se pueda estar agravando el problema si efectivamente se llega más bien a plantear que es ilegal el traspasarle esas funciones al Regulador.

Ese aspecto sí le preocupa porque entonces se estaría sustituyendo algo que podría ser legal, porque desde luego piensa que el procedimiento que se ha venido siguiendo es enteramente legal, y sustituirlo por algo que más bien podría llegar a ser ilegal. Se estaría en el peor de los escenarios. En ese caso, está de acuerdo con doña Sylvia en que este es un tema que amerita un estudio, que amerita una consideración por parte de la Procuraduría General de la República. Ya no se tiene otra opción, sino que buscar un criterio que efectivamente sea vinculante para ARESEP y que permita sacar de dudas en cualquiera de las direcciones que corresponda.

Ahora, no ve por qué razón esto no se pueda tomar en esta sesión, es decir, es una moción excesivamente simple, ya se tiene todos los antecedentes y todo lo que se ha discutido en esta sesión y lo que sí ha quedado perfectamente claro, es que las cosas no están perfectamente claras y que efectivamente se necesita un criterio de esa naturaleza. Tomar un acuerdo de solicitar a la Procuraduría un pronunciamiento como se ha hecho en otras

ocasiones, le parece que no es un aspecto que requiera toda una motivación prefabricada y considerandos distintos a los que ya se tienen acá.

De hecho, si la Junta Directiva no lo toma, tiene la potestad de solicitarlo a la Procuraduría General de la República. Lo podría hacer si es que la Junta Directiva decide que no lo quiere hacer, pero perfectamente lo puede solicitar porque está dentro de las potestades y tiene la autoridad para hacerlo como Regulador General.

El director *Arias Rodríguez* indicó que le parece que hay dos opciones. Simplemente, la opción es que usted en su caso con lo acaba de decir, retire la moción que usted presentó y quede constando que la está retirando y la opción es, en la misma dirección de lo que acaba de decir don Edgar, igual de que no se ha tenido tiempo para leer esta moción, es entendible y hemos sido consecuentes en esa misma tesis, igual recuerdo la vez que doña Sylvia presentó la moción para que los directores renunciáramos al salario, era muy simple, la presentó verbalmente pero se tomó la decisión que fuera presentada formalmente en la siguiente sesión.

En su criterio, se están hablando de cosas muy delicadas, cualquier moción por más simple que sea, en el contexto en el que estamos, debe ser presentada como corresponde, los con la formalidad que corresponde, esta sesión fue convocada para analizar una moción como punto único y cree que aquí hay que actuar conforme a derecho. Estaría anuente a votar la moción que usted acaba de presentar, que someta a votación la moción y si usted decide retirarla que se consigne en actas.

Le preocupa mucho y debe decirlo, porque según lo que leyó hoy en el periódico, hay un comunicado de prensa de la Institución que el Regulador lo hace y ese comunicado va en dirección de que hay una moción que va a presentar. Considera que si el Regulador decide retirarla, debe consignarse en actas, pero lo que no quisiera es que se interprete el día de mañana que no se tomó la decisión porque este Cuerpo Colegiado o por un grupo del Cuerpo Colegiado o por la totalidad, se decidió no votarla y públicamente quedamos expuestos como Órgano Colegiado.

Lo que corresponde es votar la moción, a no ser que el Regulador como proponente decida retirarla y que se consigne en el acta que usted la retira o se procede a votar y que quede en el acta las justificaciones que cada uno ha dado.

Don *Edgar Gutiérrez López* comentó que quería manifestar que no hay cierto balance, ya que cuando se comenzó esta sesión ustedes solicitaron, le parece que doña María Lourdes, que se les permitiera incorporar al orden del día una moción con un nuevo texto, y en efecto, se estuvo de acuerdo.

En tal sentido, no ve qué diferencia hay con que se genere a raíz de la moción en discusión, una moción distinta adicional que finalmente tampoco afecta, y no ve tampoco en qué sentido afecta que se vaya a la Procuraduría General de la República, a hacer una consulta sobre el mismo tema en relación con todo el análisis jurídico que han hecho los directores Arias y Echandi. Es decir, pueden perfectamente complementarse ambas situaciones, en razón de oportunidad y conveniencia y no ve por qué no se pueda aprobar la moción.

Sobre el particular, el señor *Arias Rodríguez* agregó que lo que no entiende es que don Edgar le hizo una pregunta y le dio la respuesta, pero ahora le da vuelta a la pregunta. Es decir, don Edgar acaba de preguntar que no tuvieron la oportunidad de leerla, igual le acaba de responder que está totalmente de acuerdo con lo que le acaba de decir y que entonces se proceda a dejar la moción para que sea analizada por ustedes con el tiempo que corresponde y que es prudente y comparte no votarla. Le parece que lo que corresponde es resolver el punto para lo cual fueron convocados que es someter, como la misma doña Sylvia acaba de decir, la moción y posteriormente, nuestra propuesta sea conocida y valorada igualmente.

Ahora, si doña Sylvia tiene una propuesta, que la haga llegar por escrito como corresponde, con la justificaciones que corresponden y sea incorporada en agenda y con mucho gusto va estar en la disposición de discutirla e incluso, en su momento, valorar las consideraciones, pero igual le parece que comparte con don Edgar que las dos deben ser presentadas formalmente y deben ser agendadas y discutidas con conocimiento de las partes.

Comparte la tesis que don Edgar le manifestó, siente que lo que corresponde aquí hoy es someter a consideración la propuesta del señor Regulador, a no ser que él retire la moción que está en todo su derecho como proponente de la moción.

Don *Dennis Meléndez Howell* señaló que simplemente propuso la moción, la mantiene y lo que procede en este momento es votar.

El director *Gutiérrez López* indicó que no estaba de acuerdo con la moción porque le parece que requiere previamente un análisis de legalidad por parte de la Procuraduría General de la República.

La directora Saborío Alvarado comentó que pensaba lo mismo y le parece que está bien reprogramar la moción de los señores Echandi y Arias, aunque dan por juzgada la inconstitucionalidad y la ilegalidad. Su posición es que hasta que la autoridad competente no defina ese aspecto, no va a tomar ninguna decisión con respecto a la derogación o no del Comité de Regulación. No tiene

inconveniente en que se haga la consulta a la Procuraduría General de la República. Y si esta Junta no está dispuesta a tomar esa decisión hoy, le rogaría a don Dennis que, como Regulador, la haga.

En su criterio, lo importante es saber cuál es la posición de la Procuraduría porque aquí se está actuando sobre supuestos y considera que se tiene que actuar sobre certezas. Solicitaría que la otra moción no se programe hasta que se esté en condición de tomar esa decisión y en su caso, esto es hasta que tenga un pronunciamiento de la instancia que tenga la posibilidad de decidir.

Don **Edgar Gutiérrez López** señaló que, para efectos de acta, están claros que ustedes dos retiraron la moción, a lo cual don **Emilio Arias** apuntó lo que están haciendo es en concordancia con lo que don Edgar manifestó, se ha dejado presentada, lo que no se hace es que no se discute el día de hoy, obviamente porque ustedes quieren verla con más tiempo y que se agende posteriormente cuando corresponda, como se ha hecho en otras oportunidades cuando se presenta una moción que se agenda y el señor Regulador tiene la potestad conforme a la definición de agendas, de agendarla o no agendarla o en este caso, agendarla conforme al orden del día. Se posterga, no se va a votar por las razones y aceptando la posición de don Edgar.

Ahora, si don Edgar quiere que se vote, no tendría problema en que se vote, pues lo que quiere es que quede claro en actas, que es la posición suya y de doña María Lourdes absolutamente amplia. Si el resto de la Junta quiere que se vote, se vota, si ustedes quieren que se posponga y se agende posteriormente para que se pueda estudiar, están también de acuerdo.

Don **Dennis Meléndez Howell** señaló que lo que corresponde es terminar la votación de la primera moción y luego analizan la moción de los directores Arias y Echandi.

Don **Emilio Arias Rodríguez** manifestó que estaba en contra de la moción, básicamente comparte el espíritu del Regulador General y celebra el espíritu del Regulador en dirección de enderezar los procedimientos. No comparte y no puede votar la moción porque considera que no está justificada, los considerandos que se esgrimen dentro de la moción no son los adecuados, es decir, la motivación de la moción no es la que corresponde en derecho.

Además, de que comparte la tesis que han manifestado la directora Echandi y su persona, en diversas oportunidades comparten la tesis del señor Rubén Hernández Valle, en su informe. Comparten y actúan en concordancia con lo indicado por el Auditor Interno de la Institución, y por esa razón, luego de hacer el análisis concienzudo conforme a estas opiniones y además de la que ya han manifestado que se consigne en actas, consideran que

cualquier decisión que se tome en aras de pasar la regulación al señor Regulador o que él asuma la potestad regulatoria debe de ser blindada, debe de contener el adecuado sustento jurídico y la motivación para evitarle causar daños a terceros y respetar también los derechos adquiridos de buena fe de terceros.

En esa dirección, es que presentaron la propuesta que hicieron responsablemente estudiada, se conoció y se leyó acá y por esa razón es que no puede acompañar al Regulador, aunque está totalmente de acuerdo con el espíritu que manifestó al convocar y con lo que manifestó en su comunicado de prensa.

Si quisiera dejar en actas y solicita que cualquier comunicado de prensa que se haga en esa dirección sea entregado a los miembros de este Cuerpo Colegiado, porque no quisiera que un comunicado de prensa tergiverse lo que se está tomando acá. Lo dice de buena fe porque es un asunto muy técnico y quien lo redacta debe conocer los acontecimientos que se dieron, esto por cuanto, si ya hubo un comunicado de prensa, posiblemente va a ver reacción de prensa y, en ese sentido, llama a la atención de que no es conveniente exponer a la Institución y que, en dado caso, que se opte por hacer un comunicado frente al comunicado que el Regulador había hecho, se exponga la realidad y las justificaciones que cada uno de los miembros dio para votar en contra o a favor esta moción. Lo deja claro porque le parece que es importante.

La directora *María Lourdes Echandi Gurdian* indicó que coincidía con el espíritu de la propuesta del Regulador de tratar de poner en orden la Institución con el discutido Comité de Regulación y en ese punto, celebra una apertura de parte de él en este tema.

Sin embargo, no puede coincidir con la propuesta de derogatoria del Comité de Regulación porque, a su juicio, desde el punto de vista jurídico frente a los vicios de nulidad absoluta, como es la inconstitucionalidad de este Comité de Regulación y de las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte, es deber de la Administración proceder a su anulación, aun así sea de oficio, mientras que solo se está dentro de la posibilidad de hacerlo en el caso de los actos relativamente nulos.

En el caso de los absolutamente nulos, se convierte en un deber de parte de la Administración y el fundamento de este deber es que la Junta es el órgano creador de este órgano interno -Comité de Regulación- y de acuerdo al juramento constitucional contenido en el artículo 194 de la Constitución Política y de acuerdo al artículo 11 de la Constitución Política, el primer deber como funcionarios públicos es respetar la Constitución como norma de superior jerarquía.

De tal forma, sobre todo por el contenido técnico y por el efecto que puede tener una derogatoria frente a una nulidad absoluta, es que su voto es en contra de la moción de acuerdo a todos los argumentos que expuso anteriormente en detalle.

El director *Arias Rodríguez* agregó que para que se consigne en actas, de acuerdo a lo que doña Sylvia manifestó en el sentido de que solicitaba al Regulador operara directamente haciendo la consulta a la Procuraduría General de la República, quería solicitar en aras de que este es un tema que directamente involucra al órgano en su totalidad, porque las decisiones tomadas tanto por esta Junta como por la anterior son tomadas por el Cuerpo Colegiado, le parece que esa consulta deber ser conocida por Junta y que se analice.

Hace un respetuoso llamado a que eso sea valorado, entiende que el Regulador tomara la decisión, pero sí le parece que por lo trascendente del tema y por la importancia que se ha dado, no solamente como el Regulador lo decía a nivel de Junta, sino que esto ha trascendido a la Junta, considera que cualquier consulta, así como se llamó la atención para el caso de don Rubén Hernández, le parece que no es prudente volver a ir en esa misma dirección de que el Regulador tome la decisión solo.

En ese sentido, considera que debe ser por el Cuerpo Colegiado por la circunstancia que hay en relación con las posiciones públicas de diferentes sectores. Incluso, cualquier decisión del Regulador debería ser respaldada por medio de la Junta Directiva. Respetuosamente, hace un llamado ya que es importante en el marco de la discusión de un tema de tal trascendencia.

El señor *Regulador General* manifestó que hubiese querido que este tema hubiese quedado por lo menos resuelto en términos de que se les trasladaran estas funciones al Regulador, tal y como lo planteó en la moción. Sin embargo, le han surgido esas dudas externadas por doña Sylvia y don Edgar, en el sentido de si, a la larga, no se va a empeorar las cosas cometiendo una ilegalidad, cuando en realidad se podría estar del lado totalmente legal en lo que se ha venido haciendo.

En tal sentido, lo que va hacer en este caso, aunque parezca un poco extraño, es votar en contra la moción que presentó, pero definitivamente no puedo renunciar al derecho de presentar ante la Procuraduría General de la República una consulta en el sentido de que se aclare este tema. No le gusta estar en esta incertidumbre y no se sabe cuánto tiempo se va a llevar esto, dándole "pataditas" al asunto. Definitivamente, quiere que esto se solucione de una sola vez. Quiere así, como lo planteó cuando contrató a don Rubén Hernández, hacer luz sobre este tema y no desea que las cosas estén en esa incertidumbre y que se diga que se están haciendo cosas que son ilegales o inconstitucionales. Por tanto, muy lamentablemente

en este sentido, si difiere de don Emilio y va a presentar esa solicitud ante la Procuraduría General de la República.

La directora *Echandi Gurdían* señaló que se une al llamado de don Emilio, igualmente de forma respetuosa, sobre todo por los efectos que tiene una consulta a la Procuraduría General de la República, que son efectos vinculantes y que vincularía a la Institución en general. Hace ver que quisiera como miembro de Junta Directiva, conocer el detalle de la consulta porque es un tema delicado. Hoy lamenta mucho también que no la hayan participado en la decisión de la contratación del constitucionalista don Rubén Hernández, dado que la Junta no acordó ese tema.

Le parece que en este tema de la consulta a la Procuraduría General de la República, se les debe informar previamente, se les debe participar de los términos de la consulta a la Procuraduría, sobre todo por los efectos que tiene establecidos por ley.

Don *Dennis Meléndez Howell* indicó que, tomando en cuenta las razones expuestas por cada miembro de la Junta Directiva, se rechaza por unanimidad la propuesta conocida en esta oportunidad.

Analizado suficientemente el tema objeto de este artículo, la Junta Directiva con base en los comentarios y observaciones formulados en esta ocasión:

resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 01-47-2011

Rechazar la propuesta del Regulador General, conocida en esta oportunidad, tendiente a derogar lo relativo a la creación, funciones y prórroga de la vigencia del Comité de Regulación y modificación del Transitorio II del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados.

ACUERDO 02-47-2011

Dar por recibida, para ser conocida en una próxima sesión, la moción de los directores Arias Rodríguez y Echandi Gurdían, relacionada con una propuesta para la derogación del Comité de Regulación y Transitorio II del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus Órganos Desconcentrados (RIOF), moción que se adicionó al Orden del Día de esta sesión, según lo establecido en el artículo 54, numeral 4), de la Ley General de la Administración Pública .

A LAS 18:25 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