

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA

57-2011

12 de setiembre del 2011

San José, Costa Rica

SESION EXTRAORDINARIA 57-2011

Acta de la sesión extraordinaria número cincuenta 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 catorce horas y cuarenta y cuatro minutos del doce de setiembre 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, Carol Solano Durán, Directora Jurídica *a. i.* de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. *Términos de referencia para la contratación del Sistema Administrativo Financiero por medio de la contratación directa 2011-CD-000124-ARESEP.*

Doña Magaly Porras Porras, Esteban Castro y el consultor Eladio Alvarado participaron en el siguiente tema.

Se conoció el oficio 397-GG-2011, adjunto al cual la Gerencia General se refiere a los Términos de referencia para la contratación del Sistema Administrativo Financiero por medio de la contratación directa 2011-CD-000124-ARESEP denominada □Contratación de Servicios Profesionales para llevar a cabo la elaboración del cartel de licitación para la adquisición del Sistema Administrativo Financiero y su respectiva valoración□

Seguidamente el señor **Eladio Alvarado** brindó una exposición de los principales extremos de los citados términos de referencia de la contratación directa 2011-CD-000124-ARESEP, al tiempo que respondió una serie de consultas que le formularon sobre el particular.

Don **Emilio Arias** indicó que tenía una preocupación en el sentido de que en el documento en la página 5 se hace un análisis de la situación de DAF, ya que dice textualmente que □DAF no cuenta en la actualidad con una solución integrada que consolide los diversos procesos que realiza y que le facilite apoyo en la toma de decisiones únicamente

se cuenta con soluciones informáticas obsoletas y no integradas lo que provoca una alta carga de trabajo perdido por personal técnico □

Ese hallazgo es reciente que se encontraron con esta consultoría o ya esto es un asunto que se tenía claro desde hace tiempo, porque le parece que esto es muy delicado, ya que el tema financiero de una institución pública debe estar blindado. Como lo dice ahí mismo en el documento, el riesgo es altísimo riesgo en el sistema financiero.

Eso lo liga con la exposición que se les hizo aquí de las NICS-SP y los requerimientos que está pidiendo Hacienda. Es importante que se haya tomado ese tema de la NICS de manera transversal. Específicamente, con respecto a ese hallazgo significa que es un problema y hay que buscar una solución y entre más se tarda es más complicado y mayor el riesgo. ¿Hasta ahora se está conociendo este hallazgo?

El Auditor Interno **Luis Fernando Sequeira** indicó que tal tema se señaló fuertemente a la Junta Directiva tras anterior, incluso hasta se propuso un plazo. Igualmente se comunicó a la anterior y presente Junta. Aunado a eso, cada vez que se ven estados financieros se ve gran lista de hallazgos por debilidades del sistema.

Don **Emilio Arias** consultó si DAF, como Departamento, ¿conocían de eso?, a lo cual doña **Magaly Porras** indicó que en realidad ha sido todo un inconveniente que se incrementó con los servicios que le empezaron a dar a la SUTEL. Las cargas de trabajo son altas, al igual que el riesgo.

El director **Arias Rodríguez** señaló que, atando cabos, esto fue de la Junta tras anterior ¿por qué con la aprobación de la Ley 8660 en el 2008 no se tomaron estas previsiones, máxime si existía esa alerta de la Junta tras anterior? Le llama la atención porque cuando leyó el documento, se alerta de eso. Está tranquilo porque ese documento, luego de dos Juntas, ahora se viene a tomar una decisión de manera concreta.

Doña **Magaly Porras** indicó que en el 2009 se hizo levantamiento de requerimientos y posteriormente en setiembre del 2010 se dio contenido presupuestario para iniciar gestiones, pero por lo avanzado del año no fue factible sino hasta ahora.

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

ACUERDO 01-57-2011

Dar por recibido el oficio 397-GG-2011, adjunto al cual la Gerencia General se refiere a los Términos de referencia para la contratación del Sistema Administrativo Financiero por medio de la contratación directa 2011-CD-000124-ARESEP denominada Contratación de Servicios Profesionales para llevar a cabo la elaboración del cartel de licitación para la adquisición del Sistema Administrativo Financiero y su respectiva valoración

Se queda a la espera para que, en una próxima sesión, se presente el borrador del caso relacionado con la decisión inicial de la citada contratación directa 2011-CD-000124-ARESEP.

ARTÍCULO 2 *Reasignación del puesto código 43403 en la DITRA.*

Don Guillermo Monge Guevara y doña Norma Cruz participaron en el análisis del siguiente artículo.

Se conoció el oficio 395-RG-2011 del, mediante el cual el Regulador General sometió a aprobación la reasignación del puesto código 43403 de Profesional 2 a Profesional 4, que se ubica en la Dirección de Servicios de Transporte.

Doña **Norma Cruz** brindó una exposición de los principales extremos de la citada reasignación, al tiempo que respondió algunas consultas sobre el particular.

El director **Emilio Arias Rodríguez** señaló que si bien es cierto está claro con el sustento técnico para realizar la reasignación, quería dejar constando que el Decreto 36752-H es muy claro y que impide llenar esta plaza, porque la ARESEP está sujeta a la Directriz 013-H. Con el decreto queda claro que las directrices si vinculan a la ARESEP, y esto es consecuente con el pronunciamiento C-102-2006 de la Procuraduría General de la República.

Se somete a votación la citada reasignación, dentro de la cual don **Edgar Gutiérrez**, doña **Sylvia Saborío** y el señor **Regulador General** señalaron que estarían de acuerdo. Por su parte, el señor Arias vota a favor de la reasignación dejando constancia de que hizo la advertencia a la administración sobre la obligación de acatar la directriz 013-H.

La directora **Echandi** vota a favor de la reasignación, en el mismo sentido del directivo Arias, en cuanto a que la plaza que queda vacante tiene que ajustarse a la Directriz 13-H, que se debe acatar de acuerdo al dictamen C-102-2006, del 7 de mayo del 2006 de la Procuraduría General de la República.

Doña **Sylvia Saborío** indicó que quería apuntar que se tienen aquí versiones legales, no sólo de la propia Dirección Jurídica, sino del abogado de la SUTEL en el sentido de que la Ley 8660 del 8 de agosto del 2008, cambiaba los términos y hacía inválida el tema de la Procuraduría.

Don **Emilio Arias Rodríguez** señaló que quería aclarar que después de la promulgación del Decreto 36752, se dilucida el conflicto en las tesis que habían a nivel de Junta en el sentido de si era o no vinculante la Directriz 013-H emitida por el Poder Ejecutivo, igualmente queda claro que lo que priva es el pronunciamiento de la PGR y que lo dicho por la CGR como lo dice el propio oficio no es vinculante. Ese cuestionamiento queda clarificado con el Decreto 36752 porque es evidente de que si no fuese vinculante para la ARESEP y la SUTEL dicha directriz, no tendría que hacerse la excepción de la directriz para llenar las plazas de la SUTEL.

Una vez analizado el tema objeto de este artículo, la Junta Directiva con base en la documentación adjunta al oficio 395-RG-2011 dispuso, por unanimidad:

ACUERDO 02-57-2011

Aprobar, de conformidad con lo indicado en el oficio 395-RG-2011, la reasignación del puesto código 43403 de Profesional 2 a Profesional 4, el cual se encuentra ubicado en la Dirección de Servicio de Transporte.

ARTÍCULO 3 Resolución 2011012104 de la Sala Constitucional.

Se conoció la resolución No. 2011012104 de las dieciséis horas y cuarenta y nueve minutos del siete de setiembre de 2011, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Además, de conformidad con lo establecido en el artículo 54, inciso 4), de la Ley General de la Administración Pública, los miembros de la Junta Directiva modificaron el Orden del Día en el sentido de adicionar el pronunciamiento C-217-2011 de la Procuraduría General de la República.

El **Regulador General** indicó que lo que se consultó a la Sala Constitucional fue básicamente sobre si encontraban algún vicio de inconstitucionalidad en términos de la conformación del Comité de Regulación y de varios artículos del RIOF que tenían que ver con la creación de las superintendencias, lo cual había sido lo que se había planteado en el Contencioso Administrativo por parte de los funcionarios del ICE en su oportunidad.

En este caso, la Sala lo que ha dicho es que, efectivamente, no han encontrado ningún vicio de constitucionalidad en esos procedimientos y, consecuentemente, estaba a derecho. La Procuraduría General de la República también hace un análisis al respecto y llega a la conclusión de que es claro lo que pretendían hacer los legisladores en términos de trasladar las competencias de regulador en cuanto a la fijación de tarifas a la Autoridad Reguladora como institución, incluso cita cuáles fueron los señores Diputados que propusieron la moción y que fue aprobada por unanimidad en su oportunidad y que, consecuentemente, si a alguien no se le puede regresar esas funciones es precisamente al Regulador General. Que, por tanto, corresponde, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley de la ARESEP, a la Junta Directiva la asignación de esas funciones a un órgano interno para que las desempeñe.

La directora **Sylvia Saborío Alvarado** señaló que le parece que han sido muy claros los pronunciamientos de ambos órganos que además son los que, en definitiva, pueden decidir y no tiene sentido discutir el fondo de lo que acordaron, sino lo que vale de aquí en adelante, es simplemente acatarlo. Sin embargo, considera que los pronunciamientos de la Sala IV y de la Procuraduría General de la República marcan un punto de inflexión para el futuro de esta Institución. Pero para que esta dura experiencia, además de costosa resulte valiosa quisiera hacer las siguientes reflexiones:

1- *Que ni el reiterar algo hasta el cansancio, ni hacerlo en tono fuerte y acusador, hace que un argumento falaz se torne veraz.*

2- *Que no podemos permitir que intereses o argumentos espúreos, le impidan a esta Junta cumplir sus cometidos, como ha sucedido con la resolución de varios recursos, por intransigencia de dos directores que daban la ilegalidad e inconstitucionalidad del Comité de Regulación como cosa juzgada.*

3.- *El costo de esta controversia ha sido enorme para la ARESEP, no sólo en términos reputacionales, sino de tiempo, recursos y esfuerzos institucionales que hubo que desviar de las tareas sustantivas para atender estos alegatos--esto sin siquiera contar la cantidad de horas y los cientos de páginas de actas que se gastaron en reiterar las mismas acusaciones y argumentos falaces una y otra vez. Aún más, los promotores de este costoso affair no se contentaron con hacerle perder el tiempo a esta Junta y desperdiciar los recursos de la ARESEP: tal y como nos amenazaron que lo harían, llevaron el asunto a la prensa, a las cámaras empresariales, a asociaciones de consumidores, a Casa Presidencial y más recientemente, a la Asamblea Legislativa.*

4.- *La excesiva politización de una entidad como ARESEP, que por su naturaleza debe ser eminentemente técnica, tiene que parar. Yo invito a los compañeros de Junta que tengan genuino interés en el futuro de esta Institución, a que le pongamos coto a esta situación. Asimismo, los insto a que resolvamos los asuntos de esta Junta en su seno. Todos tenemos derecho a argumentar nuestra posición antes de que se tome una decisión y a justificar nuestro voto. Pero una vez tomada una decisión, es una posición institucional y los directores deben acatarla. Salir a atacarla en la prensa o en otros medios es falta de lealtad institucional.*

5.- *Finalmente, creo oportuno señalar que es generalmente en los momentos difíciles en que se mide el temple de las personas y el compromiso con la Institución, así que quisiera hacer un reconocimiento muy especial al señor Regulador y a todos aquellos que han luchado sin desvelo por procurar la integridad y el progreso de esta Institución. No tengo que mencionarlos porque ustedes saben quiénes son.*

Ahora, a lo que debemos abocarnos como Junta, es a la selección de los superintendentes y a la consolidación del marco de regulación previsto en la Ley 7593 y sus reformas. □

El director **Emilio Arias Rodríguez** indicó que antes de hacer su intervención quería consultar a la Dirección Jurídica si concuerda, en todos sus extremos, ¿con lo que el Regulador General y doña Sylvia Saborío ha expuesto desde la óptica jurídica?

Doña **Carol Solano Durán** hizo ver que el dictamen de la Procuraduría General de la República ingresó el viernes a la Autoridad Reguladora y la Dirección General lo tuvo hasta el día de hoy. No se ha hecho un análisis exhaustivo del dictamen ni del voto.

El señor **Arias Rodríguez** indicó que le parece importante antes de tomar cualquier medida, quería conocer ese análisis de la Dirección General de la Asesoría Jurídica porque considera que lo que el Regulador General y doña Sylvia manifiestan no refleja la realidad desde la óptica jurídica. Solicita un informe escrito, para que quien asesora asuma su responsabilidad. Creyó que al menos por estar este tema agendado, se contaría con un informe y una exposición de la asesoría jurídica.

En vista de que urge el tema, solicitaría que se le haga llegar un análisis jurídico de ambos documentos, tanto del voto de la Sala Constitucional, resolución número 2011012104 de las 16:49 horas del 7 de setiembre del 2011 y que el análisis jurídico sea analizado a la luz del pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, que fue recibido el 9 de setiembre del 2011, oficio C-212-2011, del 8 de setiembre del 2011.

Que se haga ese análisis de ambos documentos, no sólo hacerlo independientemente cada uno, sino sobre lo que establece la Ley de la Jurisdicción Constitucional en cuanto a la acción de inconstitucionalidad en su artículo 88 y los alcances, y a la resolución de la Procuraduría en cuanto a lo que establece la Ley Orgánica de la Procuraduría General y también los alcances y vinculación del pronunciamiento de la PGR.

La directora **María Lourdes Echandi Gurdian** indicó que suponía que los tres miembros restantes leyeron atentamente la resolución de la Sala.

□En cuanto a la resolución 2011-012104 de las 16:49 horas del 7 de setiembre del 2011 de la Sala Constitucional, debo señalar que luego de su lectura reposada y objetiva, no me queda más que concluir que ha sido dictada a partir de una interpretación fáctica y jurídica errónea.

De hecho lo resuelto por la Sala más bien confirma la inconstitucionalidad que hemos venido alegando que se da en este caso, dado que para la Sala no son inconstitucionales los acuerdos y normas impugnadas en tanto entendió, erróneamente, que las decisiones finales de fijación de tarifas y la resolución de los procedimientos administrativos son conocidas por el Regulador General.

Textualmente, indica, la Sala en el Considerando III lo siguiente: *□Nótese como las decisiones finales siguen estando en cabeza de la Autoridad Reguladora mediante su titular □la fijación de tarifas y procedimientos administrativos continúan, en definitiva, siendo conocidos por el Regulador General-; simplemente para efectos de tramitación y agilidad en el servicio, se dispuso la puesta en funcionamiento de estas otras instancias internas□*

Como se puede notar, la Sala entendió equivocadamente, que el papel del Comité de Regulación y de las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes, era el propio de un órgano instructor, mientras que entendió que el Regulador General seguía siendo el órgano decisor de los procedimientos de fijación de tarifas, quejas y sancionadores administrativos.

Por esta razón, estimo que lo ahí decidido, además de que no causa efectos más que entre las partes, según el artículo 87 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, no resuelve de modo definitivo la situación y no debe entenderse como cosa juzgada.

Para una mejor ilustración me permito leer el artículo 87 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Aclaro que dicho artículo se ubica en la citada ley dentro del apartado de la acción de inconstitucionalidad, Título IV De las Cuestiones de Inconstitucionalidad, Capítulo I De la Acción de Inconstitucionalidad. El artículo 87 indicado dispone: *Las resoluciones que denieguen la acción deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla. Únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos.*□

El director *Arias Rodríguez* señaló que concuerda con el análisis de doña María Lourdes y en esa dirección es que le interesa el análisis que hará la Dirección General de Asesoría Jurídica a la luz de las dos normas, tanto la resolución como el pronunciamiento de la PGR. Con respecto a la acción tomada a nivel institucional para enfrentar este tema, quería señalar que tuvo conocimiento del comunicado de prensa que emitió el 9 de setiembre del 2011 la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

No conoce, hasta este momento, que se le hizo llegar una copia, de ese comunicado de prensa. Que ese comunicado antes de que institucionalmente saliera don Dennis y doña Sylvia a los medios de comunicación a darlo no conocía del mismo. Considera que lo que se tenía que haberse hecho antes, por ser un tema de tal trascendencia institucional, con una buena asesoría jurídica debió de conocer previamente los alcances de la resolución de la Sala Constitucional, antes de dar el comunicado de prensa, máxime que el viernes ingresó a las 2:55pm a la ARESEP el pronunciamiento de la PGR. Hubiese esperado que así como se les envió el dicho pronunciamiento a las 10:21pm el viernes, que en la misma dirección se les hubiese enviado la resolución en el momento en que estuvo conocimiento antes de hacer el comunicado de prensa.

Lo lógico y prudente hubiese sido que antes de salir a los medios como se hizo, se hubieran analizado estos documentos en el seno de la Junta y se contara con un pronunciamiento de la Dirección Jurídica, que dimensionara los mismos.

Después de lo que dice doña Carol Solano aquí, queda evidencia en el acta de que no existe antes de hacer ese comunicado de prensa un pronunciamiento para sustentar lo que dice el comunicado. Cuando el Regulador emite un comunicado como Regulador General, puede hacerlo. Antes de los hechos acontecidos, de manera personal, nunca se había permitido hacer un comunicado de prensa como directivo.

Después de la conferencia lo puedo hacer con toda tranquilidad, porque la conferencia es dada por el Regulador y exclusivamente con la directora Sylvia Saborío, lo cual significa que no se le comunicó a la totalidad del órgano que se iba hacer esa conferencia, porque indistintamente de la existencia de una posición del Regulador General, no es la directora Saborío la voz oficial de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Y el Regulador General de manera objetiva e imparcial debió convocado a la totalidad de los miembros de la Junta Directiva, si quería que la Junta formara parte de ese acto de convocatoria a los medios de comunicación.

De esa forma, hace de manera serena un análisis, porque considera que eso no es un buen proceder de parte del Regulador, porque tuvo que convocarnos a todos y darnos la información en igualdad de condiciones.

Con referencia a las manifestaciones de la directora Saborío, no va entrar a debatirlos porque les parecen sumamente delicados, se están emitiendo acusaciones con términos muy graves y serios. Decir que una persona tiene intereses espurios o argumentos espurios es una frase que tiene un alcance bastante serio. Igualmente, hablar de argumentos falaces, que hay intereses de diferentes sectores, eso va quedar en el acta y le solicita a la directora se retracte, de lo contrario tendrá que llevar esto a la instancia judicial, porque su actitud es reiterada.

En diversas ocasiones se le ha llamado la atención a la directora Saborío en el sentido de que utilice términos distintos a los que utiliza para referirse a estos directores, que incluso reiteradamente se le ha solicitado que modifique y que los corrija, lo cual no ha sido aceptado por la directora y más bien ha venido en aumento ese tipo de frases.

Se va permitir llevar esto a otros niveles porque le parece que efectivamente cuando se hace uso de la palabra quedan en actas cosas, es un documento público. Lo que acaba de decir de la directora Saborío deja entrever consideraciones muy graves que en la instancias respectivas le solicitará que las demuestre como corresponde a derecho, las actas

han sido de conocimiento público, en este momento están siendo analizadas por una comisión en la Asamblea Legislativa, por medios de comunicación y por distintos interesados que han venido acá por los mecanismos que establece la ley y los procedimientos institucionales a solicitarlas y la Secretaría.

Pero de eso a que se indique en un acta que se le ha dado información a la prensa y no se tenga probada esa información, personalmente va ver si todos esos elementos que discursó la directora Saborío en los Tribunales de Justicia va poder probar y mantener. Y lo dice con toda seriedad, porque esta acta posiblemente va ser analizada a ese nivel y debe dejar claro que ha llamado la atención consecuentemente como consta en actas, incluso ha solicitado que se rectifiquen esos términos ofensivos que se han venido diciendo en diversas oportunidades, pero el día de hoy se le pasó la mano a la directora Saborío y le parece que cada uno de los miembros debe tener claro que el acta es un documento público y todo aquello que se diga es un elemento probatorio en las instancias que correspondan para hacer valer su derecho. La esencia de un órgano deliberativo, como una Junta Directiva, no es que todos coincidamos exactamente con lo diferentes puntos de vista pero si respetarse los argumentos al debatir. Pero no se puede permitir la manera irrespetuosa en que se expresa doña Sylvia en referencia a estos directores.

Don **Edgar Gutiérrez López** indicó que cuando venía a esta sesión lo hacía con cierta satisfacción de que, erróneamente, un tema que estaba entabando el funcionamiento de esta Junta Directiva ya había sido aclarado y por el órgano competente para eso. El tema básicamente era de inconstitucionalidad y la Sala ha resuelto que el Comité y la estructura que se señaló que no resulta inconstitucional. Creía que se iba a proceder de ahora en adelante con mayor agilidad, pero ve que no, que el tema de los compañeros que tienen criterio distinto de acuerdo con lo anunciado, pareciera que va seguir ahora con una interpretación de lo que dijo la Sala.

Don **Dennis Meléndez** indica que, tenía la esperanza de que el aspecto de inconstitucionalidad de la estructura propuesta estaba resuelto. Sobre el tema de la conferencia de prensa, me parece intrascendente y no le da el sentido que le da el director Arias, toda vez que lo que se hace en esa conferencia es simplemente dar a conocer una resolución sobre un tema que ha estado en el ambiente público, el cual ha generado diferentes comentarios en instituciones dando por un hecho que se estaba actuando totalmente ilegal y que iban a dar graves consecuencias en contra. Le parece que eso quedó aclarado, la conferencia de prensa tenía como objeto poner en conocimiento una resolución de la Sala como igual la pudieron haber tomado ellos.

A raíz de este pronunciamiento y curiosamente viene simultáneamente la Procuraduría General de la República resolviendo una consulta que se le había planteado, la cual termina siendo finalmente coincidente en ese sentido y recalca que lo ilegal hubiese sido trasladar las competencias al Regulador toda vez que se le habían quitado en forma expresa por la Ley.

En general, considera que a partir del pronunciamiento de la Sala Constitucional y la misma Procuraduría, hay una serie de acciones que tenemos que tomar a futuro. Le parece que debe hacerse algún ligamen entre el pronunciamiento de la Sala junto con todos los votos salvados de los directores Arias y Echandi, cuando se ha discutido el tema de la ilegalidad, que han sido muy documentados para que queden en alguna forma relacionados de que sobre ese tema, si bien es cierto, hubo posteriormente un pronunciamiento de la Sala Constitucional.

Le parece que ahora el tema debe de dejarse de discutir y buscar la forma de agilizar más la cantidad de temas que se agendan siempre y poder avanzar más en la administración de esta Institución.

El **Regulador General** manifestó que también guardaba la esperanza de que esto iba a poner un punto final en todo el tema. Si ya la Sala Constitucional tomó una determinación, entonces qué más se puede decir. Además, le parece que la Procuraduría General de la República es bien clara en su pronunciamiento y hasta donde tiene entendido eso es vinculante para ARESEP y se debe actuar de conformidad. No entiende cuál es el objetivo de seguir debatiendo de manera interminable, dando argumentos de si la Sala se equivocó. Al final de cuentas, lo que la Sala entiende es que la fijación de tarifas ha seguido en cabeza de la ARESEP por medio del Regulador o cualquier otro.

Independientemente, eso es una cuestión de análisis de los señores magistrados, y lo que a la ARESEP le compete ya se tiene ese pronunciamiento de la Sala y punto. Si ellos se equivocaron o no, le parece que es extraño buscar más debilidades al tema. La posición está clara y se está actuando conforme a lo que dice la Sala y la Procuraduría, por lo menos ya se tiene un respaldo. No entiende cuál es el objetivo de seguir "echando sal en la herida" profundizando sobre un tema que ya se ha debatido demasiado.

Doña **María Lourdes Echandi Gurdían** señaló que quería aclarar que se reservaba el derecho de acudir a los Tribunales frente a lo manifestado en actas por la directiva Saborío. No es la primera vez que ha recibido ese tipo de acusaciones y lamenta mucho la falta de tolerancia de parte de ella y la falta de argumentos. En realidad, lo ideal, es que en este órgano colegiado se generara argumentación y debate. La agresión de la que son objeto el Directivo Arias y ella, más bien, lo que confirma es que hay algo razón en lo que

están manifestando. En sus adentros la directiva Saborío sabe que tenemos razón por eso resultamos muy amenazantes y hace ese tipo de acusaciones.

Lo cierto es que se ha puesto en conocimiento el dictamen C-217-2011 del 8 de setiembre del 2011 de la Procuraduría General de la República que atiende una consulta planteada de modo unilateral por el Regulador General, sin que esta Junta Directiva participara en el alcance de lo consultado.

La Directiva *María Lourdes Echandi Gurdión* manifiesta:

Se ha puesto en nuestro conocimiento de esta Junta Directiva el dictamen C-217-2011 de 7 de setiembre del 2011 de la Procuraduría General de la República que atiende consulta planteada de modo unilateral por el Regulador General, sin que esta Junta Directiva participara en el alcance de lo consultado.

Interesa resaltar que el dictamen concluye que:

- la revocatoria de la concesión de servicio público es una competencia indelegable de la Junta Directiva de la ARESEP;
- la imposición de multas es una competencia del Regulador General;
- la fijación de tarifas y la resolución de las quejas no es competencia del Regulador General, ni de la Junta Directiva y como la misma fue otorgada de manera genérica a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la Junta Directiva puede distribuirla en un órgano interno.

Debo indicar que comparto las dos primeras conclusiones alcanzadas, no así la última, en tanto admite que se atribuya a órganos de creación reglamentaria, el ejercicio de potestades de imperio, lo cual, como he señalado en diversas oportunidades, quebranta el Principio de Reserva de Ley (artículo 121.20 de la Constitución Política) tal y como lo señaló la Sala Constitucional en la resolución No. 2003-05090 de las 14:44 horas del 11 de junio.

Ahora bien, con relación a las dos primeras conclusiones, debo llamar la atención en tanto hay que tener presente que el RIOF atribuyó tanto el Comité de Regulación como las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes la potestad de revocar concesiones de servicio público y la de imponer multas, por lo que las normas que así lo disponen, son ilegales y deben ser anuladas por esta Junta Directiva conforme a lo establecido por la Ley General de la Administración Pública.

Por tanto, visto el alcance del dictamen vinculante de la Procuraduría General de la República mociono en este sentido:

a.- que se solicite la reconsideración del dictamen, únicamente en cuanto a la conclusión de que es posible que esta Junta Directiva distribuya internamente a órganos de creación reglamentaria, el ejercicio de las potestades de fijación de tarifas y la resolución de quejas o denuncias, cuando esas potestades, por ser de imperio, han de atribuirse, exclusivamente, a órgano externos de esta entidad conforme al artículo 121 inciso 20 de la Constitución Política y según lo ha entendido la Sala Constitucional en la Res. No. 2003-05090;

b.-Que se proceda a anular las normas del RIOF y se aprueben las normas que se requieran para solventar los vacíos que dicha anulación genera, según procede conforme al dictamen de la Procuraduría General de la República C-217-2011 de 8 de setiembre del 2011, en tanto en esa normativa se le atribuye a las Superintendencias de Agua, Energía y Transportes y al Comité de Regulación, potestades que no es legalmente posible atribuibles, concretamente, la de revocar concesiones de servicio público y la de imponer multas, que son potestades que le corresponde ejercer, en su orden, a la Junta Directiva y al Regulador General respectivamente.

Hizo ver que así dejó expuesta su posición con respecto al dictamen C-217-2011 de la PGR, pero también quería señalar que lamenta la posición del director Gutiérrez López, porque es muy claro que en la resolución 2011-12104 de la Sala Constitucional en el párrafo que recién citó existe un error en la apreciación de los hechos y le hace saber que existe jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional donde ha admitido gestiones de reconsideración de sus resoluciones por un manifiesto error en la apreciación de los hechos.

Entonces aclara, al Directivo Gutiérrez, que su postura no es una falta de honestidad intelectual. Esa insinuación le molesta mucho. Señala que, precisamente, porque cree en lo que recién expuso está hoy aquí defendiendo el tema en esta silla de esta Junta Directiva, porque cree que es lo correcto y la Sala Constitucional incurrió en un error de apreciación de los hechos. Reitera que por eso es que está hoy aquí, en ésta institución, defendiendo el tema.

El señor *Arias Rodríguez* señaló que quería dejar constando que no fueron convocados a la conferencia de prensa, lo cual les permite que el día de mañana poder hacer cada uno de los directores independientemente su conferencia de prensa y hablar a nivel institucional como lo hizo la directora Saborío en los medios de comunicación. La directora Echandi y su persona han sido respetuosos de los canales, aunque no han compartido los comunicados de prensa, pero si ese es el estilo, se marca una pauta para actuar como

directivos en los medios y hacer comunicados de prensa y cuando se les cuestione por medio de un comunicado, alguna situación especial, darla y comunicarla en cualquier momento como lo hizo la directora Saborío.

Don **Dennis Meléndez** indicó que, al final, su persona era el organizador de la conferencia de prensa y tomaba la decisión, a lo cual don **Emilio Arias Rodríguez** señaló que eso sí le gusta que lo diga que, al final, usted tomaba la decisión de quién invitaba y a quién no. El **Regulador General** precisó que no la estaba invitando. La invitó en ese preciso instante porque estaba en ese momento aquí.

La señora **Saborío Alvarado** indicó que precisamente esa es la lección equivocada que se saca de aquí. Los miembros de un Cuerpo Colegiado, como lo ha dicho, tiene la oportunidad de decir sus argumentos y justificar su voto. Pero una vez que se toma ya una decisión es cosa institucional y no sale uno por ahí a decir lo que desea. Eso no fue lo que hizo, eso es una tergiversación. Simplemente estuve porque me invitaron y apoye la posición institucional.

Don **Edgar Gutiérrez López** indicó que quería aclarar que la resolución de la Sala Constitucional que tenía era esta. Si se equivoco o no, no lo sabe, porque no existe otra resolución. Esta es la resolución que se tiene.

La señora **Echandi Gurdíán** agregó que le reiteraba el artículo 87 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y que existe reiterada jurisprudencia de los errores manifiestos de apreciaciones de los hechos en donde la Sala Constitucional ha reconsiderado lo resuelto.

Ante una consulta del director Arias, don **Edgar Gutiérrez** indicó que hasta ahora recibió el pronunciamiento de la Procuraduría, el cual aún no ha leído. Sobre el particular, don Emilio indicó que era importante que don Edgar lo leyera porque como abogado iba a entender la vinculación del pronunciamiento, ya que es muy delicado decir que la PGR concuerda con lo que dice la Sala.

Por otra parte, doña **María Lourdes Echandi** y don **Emilio Arias** se refirieron a la importancia de incorporar, en la próxima sesión extraordinaria, para efecto de contar con los tiempos legales del caso, la moción con dos puntos, propuesta por la Directiva Echandi, relacionada con el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República.

Luego de algunos comentarios sobre el particular, la Junta Directiva.

ACUERDO 03-57-2011

Dar por recibido la resolución No. 2011012104 de las 16:49 horas del 7 de setiembre de 2011, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, así como el pronunciamiento C-217-2011 de la Procuraduría General de la República.

ARTÍCULO 4. *Perfiles de puestos de superintendente de Energía, Aguas y Transporte.*

La señora Norma Cruz y don Guillermo Monge Guevara participaron en el análisis y discusión del presente artículo.

La Junta Directiva entró a conocer el oficio 398-GG-2011 del 31 de agosto del 2011, adjunto al cual la Gerencia General remite los Perfiles de puestos de superintendente de Energía, Aguas y Transporte, contenidos en el memorando 142-CDR-2011/68473.

Doña **María Lourdes Echandi Gurdian** quería hacer un planteamiento en el sentido de que por los argumentos expuestos con relación a la sentencia 2011-012104 de la Sala Constitucional y el dictamen C-217-2011 de la Procuraduría General de la República, señalados en el artículo anterior, desea mocionar para que este tema se suspenda hasta tanto se anulen las normas del RIOF y se aprueben las normas que se requieran para solventar los vacíos que dicha anulación pueda generar, según procede conforme al dictamen de la Procuraduría General de la República C-217-2011 de 8 de setiembre del 2011.

Lo anterior con fundamento en que:

1. La sentencia de la Sala Constitucional 2011-012104 del 7 de setiembre del 2011, contiene un manifiesto error en la apreciación de los hechos.
- 2.-La Procuraduría General de la República considera, en el indicado dictamen C-217-2011, que la revocatoria de concesión de servicio público es una potestad indelegable de la Junta Directiva de la ARESEP y la imposición de multas es una competencia del Regulador General.
- 3.-La revocatoria de concesión de servicio público y la imposición de multas, están atribuidas en el Transito II, inciso c) del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP), al Comité de Regulación y la revocatoria a la concesión servicio público y la imposición de multas está atribuida en el RIOF a las futuras Superintendencias de Agua, artículo 34, de Energía el artículo 36 y de Transportes en el artículo 38.

Por esas razones, mociona para que se suspenda este procedimiento por los

efectos que tiene y porque se estaría aprobando un perfil con competencias para las Superintendencias que de acuerdo con el dictamen de la Procuraduría General de la República no deberían tener. En igual situación se encuentra el Comité de Regulación.

Don **Dennis Meléndez Howell** indicó que en realidad eso no interfiere con definir los perfiles en este momento, obviamente y si la Procuraduría dice eso, eso habría que quitarlo y nada más, pero no tiene ninguna incidencia. Lo que sucede es que hay un proceso abierto, hay una empresa contratada para ese fin que necesita seguir adelante con el procedimiento y en estos momentos no se podría seguir atrasando el tema.

Don **Emilio Arias Rodríguez** señaló que lo que indica el Regulador no se puede interpretar de esa manera, porque dentro del documento que se presenta para el análisis mediante oficios 398-GG-2011 y 142-CDR-2011, se describen tareas de lo que serían hipotéticamente los superintendentes. Esas tareas son concordantes con lo que dice el RIOF hasta antes de lo que decía la PGR que le corresponde a cada superintendencia. Posterior al pronunciamiento de la PGR que se está por analizar y está el dictamen jurídico que se solicitó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, precisamente esta descripción de tareas no es la que corresponde.

En esa dirección, hay un gran elemento sustancial porque de aprobarse este perfil con estas tareas, serían después de analizar el tema de la PGR, imposible de incluir dentro del perfil. Se estaría aprobando un perfil que no corresponde a derecho y que incurre en error porque no se están excluyendo los elementos que la PGR define claramente en su pronunciamiento. Lo prudente es que esto se conozca cuando ya se tenga una posición con respecto a lo que dice la PGR. No tiene problema en conocerlo, pero si llama a la prudencia de que sin tener el informe de la DGJR y que ustedes puedan tener lo argumentos del caso.

El **Regulador General** indicó que la Procuraduría es clara que la derogatoria de concesiones es de la Junta Directiva y la imposición de multas es del Regulador, entonces simplemente cuando se ven los perfiles que eso se debe excluir dentro de esos perfiles y punto. Esto es para los perfiles, se verá aplicando en enero, se tiene que ir avanzando en el proceso. No se puede detener el proceso cuando simplemente se podría eliminar eso de este perfil. Si después se decide otra cosa pues se incluye.

El señor **Arias Rodríguez** indicó que para tener claro la posición de don Dennis Meléndez, es que se resuelva este tema a pesar de que el RIOF vigente es contrario a la propuesta.

Sobre el particular, don **Dennis Meléndez** indicó que se está haciendo un perfil de funciones

que es lo que va tener el Regulador, si en el momento en que se eligen los superintendentes está vigente otro RIOF, evidentemente eso es lo que procede. En este momento va con estas condiciones.

Don **Emilio Arias** dijo que en este caso, no solo hay afectaciones que terceros el día de mañana podrían alegar esto, porque se estaría aprobando un perfil que, aunque usted diga que el día de mañana se podría corregir el RIOF, para tomar una decisión la Junta Directiva tiene que tomarla conforme a normas que existen y estén vigentes. No se pueden actuar de forma que hipotéticamente se puede corregir en el futuro. No es conforme a derecho y llama la atención y por celeridad no se puede brincar el principio de legalidad.

Si la Procuraduría dice que hay que cambiar el RIOF, se debe seguir el procedimiento, incluso llama la atención por ejemplo con el caso SUTEL que en muchas oportunidades se trajeron las propuestas que se corrigieron para que, precisamente, hacerlas concordes con el RIOF. Antes se exigió hacer la reforma del RIOF para poder proceder con los perfiles y todo el procedimiento cuando inició la SUT EL.

Es frecuente que a raíz de un nombramiento de un cargo, ese cargo recibe modificaciones. Si la modificación en las funciones es menor y las características del cargo se mantienen, eso no tiene ningún efecto jurídico sino que simplemente se hace la modificación porque en lo fundamental el cargo se mantiene. Si se tratara de adiciones de funciones, las descripciones de clase y cargo siempre se establecen además de las que se definen ahí, se pueden incluir las que el Regulador General establezca. Si se trata de cambios para agregar o quitar funciones que no varían la naturaleza y características principales de un cargo, eso se resuelve vía administrativa, es un asunto técnico, no debiera tener ninguna implicación.

El señor **Arias Rodríguez** consultó a doña Carol Solano el caso hipotético de que si tuviera un informe que dijera que lo dictaminado por la PGR es vinculante y corresponde una reforma al RIOF, recomendaría que se resuelva estos perfiles antes de reformar el RIOF, a lo cual la señora **Solano Durán** señaló que una posibilidad, revisando el oficio 142-CDR-2011, en la descripción de tareas, punto 1, inciso j), dice claramente declarar la caducidad y revocatoria de las concesiones otorgadas para la prestación de los servicios, siendo que este punto es uno de lo que la Procuraduría señaló que corresponde a la Junta, una posibilidad es que apruebe el documento con excepción del inciso j).

El otro tema es la imposición de multas, pero el inciso 2, donde habla de materia procedimientos administrativos, dice nada más, inciso d), resolver como órgano decisor la quejas controversias y denuncias, así como proporcionar la información. No habla de la imposición de multas. Cree que lo que causaría problema con el dictamen sería el inciso j) y una posibilidad para no atrasar el conocimiento del tema sería que se apruebe con

excepción del inciso j).

El **Regulador General** indicó que le da la impresión, sin ser abogado, que ya con este pronunciamiento vinculante de la Procuraduría, tácitamente queda revocado el artículo correspondiente del RIOF que dice que es una función de las superintendencias. Es decir, es inaplicable.

Doña **Carol Solano Durán** indicó que el único competente para establecer la organización de la Institución es la Junta, entonces si requeriría una reforma, pero como esto es la aprobación de un perfil, no ve problema que se apruebe con excepción de ese inciso. Son dos incisos de las funciones que se otorgaron a las superintendencias.

Doña **Norma Cruz** brindó una explicación de los citados perfiles de los puestos de superintendentes de Energía, Aguas y Transportes. Destacó la especificación del puesto, requisitos de formación, conocimiento, competencias, etc., para cada caso.

El **Auditor Interno** manifiesta su inquietud en el sentido que la Junta Directiva fija la estructura, una vez que fija la estructura fija las funciones de las áreas, con base en esas funciones se crean puestos, estos puestos tienen un perfil originado en todo ese proceso administrativo. No conoce al detalle el tema de la Procuraduría, pero considera importante recomendar a la Junta asociar el RIOF y estos perfiles, de manera que se pueda hacer de una forma coordinada producto del mismo acuerdo.

Si el RIOF va ser modificado en una próxima sesión, debe quedar determinado ir desarrollando los pasos hasta llegar a los perfiles. Se está definiendo un perfil con funciones que están en el RIOF, pero que por lo que escucha, estarían mal ubicadas.

Don **Edgar Gutiérrez López** indicó que eso no modifica el perfil. Hay que quitarle esas funciones asignadas en el RIOF, pero el perfil no, a lo cual don **Emilio Arias** dijo que también porque el perfil incluye competencias, funciones y las tareas, es una copia de lo que dice el RIOF lo que están poniendo en las funciones, salvo excepciones, y tiene que ser así porque se les debe dar funciones de acuerdo con el RIOF. Lo que dice el Auditor Interno es lo que han dicho que lo que procede es reformar el RIOF según lo que dice la Procuraduría y posteriormente, aprobar los perfiles conforme al RIOF modificado.

No se pueden tomar decisiones bajo la expectativa que en el futuro se va corregir. Qué pasaría si se aprueban perfiles, no está su persona, doña María Lourdes o don Edgar, hipotéticamente. Las decisiones de Junta tienen que estar sustentadas en algo certero y no pensar en que se van a cambiar las cosas después.

El **Regulador General** indicó que si ese es el caso, se aprueba tal como está incluyendo eso que está en el RIOF, y si posteriormente se modifica el RIOF automáticamente esa función desapareció. Eso es lo que procede.

Don **Emilio Arias** indicó acerca de los terceros que se pueden ver afectados por eso, a lo cual doña **Norma Cruz** explicó que en general se está sometiendo la aprobación del perfil, el cargo la clase están aprobados. Lo que se somete es el perfil para la publicación.

Don **Dennis Meléndez** indicó que sólo se somete el perfil y una vez que se modifica el RIOF, se modificará el cargo y las competencias nada más.

La directora **Echandi Gurdían** indicó que concuerda con el Auditor, en el sentido de que se tiene que suspender el procedimiento hasta tanto se anulen las normas del RIOF y se hagan las reformas necesarias para dejarlo coherente, en virtud del dictamen de la Procuraduría. Si no se atiende este criterio jurídico, esta Junta está incumpliendo un dictamen de la PGR debidamente notificado al órgano superior jerárquico de esta Institución. Si no se suspende se está aprobando un perfil conforme a la normativa que está vigente y que según el dictamen es ilegal. Se está dando un paso en falso sin tener las bases iniciales firmes, un ejemplo más de lo que evidenció el estudio de la firma de Deloitte & Touche, S.A. en la recién pasada sesión 56-2011 del 7 de setiembre del 2011. Se están haciendo las cosas al revés.

Doña **Sylvia Saborío** indicó que no está en contra de aprobar el perfil propiamente, desde luego tiene que ser de acuerdo con lo que diga la Procuraduría General de la República modificar el RIOF, pero es un elemento pequeño dentro de la totalidad y que no afecta los perfiles.

Don **Dennis Meléndez Howell** indicó que se somete a aprobación el perfil que, según ha explicado la Jefe de Recursos Humanos, en nada afecta las funciones.

El señor **Emilio Arias Rodríguez** indicó que se están tomando decisiones y en ese sentido, doña Norma es la asesora en este momento. Es la parte jurídica lo que se está cuestionando, lo importante es que quede claro quién es la asesora de la Junta. La parte técnica la tiene clara.

Doña **Norma Cruz** explicó que existen mecanismos en el RAS, como explicaba don Guillermo, que cuando se produce un cambio sustancial en el puesto puede cambiar de nombre o pueden cambiar las funciones, se le pueden agregar o eliminar o fusionar funciones, en el caso de que haya un cambio en la estructura organizacional.

Ante una consulta de don **Dennis Meléndez** en el sentido de si eso no va cambiar el perfil, la señora **Cruz** indicó que no porque no hay ningún riesgo en cuanto a requisitos legales y en cuanto a requisitos de competencias, ni al grado ni las especialidades.

El director **Arias Rodríguez** indicó que está resolviendo en este momento y va votar conforme al oficio 398-GG-2011 y memorando 142-CDR-2011/68473 y el documento que se le está haciendo entrega que va foliado con el número 6028, que solicitará que se lo certifiquen, que tiene 18 páginas, eso es lo que se está sometiendo a votación, de lo contrario se estaría sometiendo otro documento que no es el que tiene, que no fue agendado. Esa es la votación que está haciendo sobre dicho documento, para efectos de que conste en actas y le quiten y le pongan cosas.

Don **Guillermo Monge** indicó que en el Reglamento para llenar plazas vacantes, se establece que el procedimiento indica que los concursos se establecen las bases del concurso. Un componente de bases de concurso es el perfil. El perfil es más específico que el cargo, puede haber para el mismo cargo varios perfiles. En este caso, las partes de las funciones es igual que la del cargo, por eso es que se repite. Lo que tiene más específico el documento de perfil son las secciones posteriores que son claves para definir el análisis de antecedentes, las pruebas técnicas, y el perfil de las pruebas psicológicas. Así que con esta explicación quiere decir que la descripción de funciones, en el caso de superintendentes, es igual en el cargo y en el perfil.

Don **Edgar Gutiérrez López** indicó que en vista de que se está votando es simplemente el perfil como perfil, es decir es el tipo de funcionario que se está considerando desde ese punto vista, estaría aprobándolo porque es una etapa de avance en el proceso. Desde luego, con lo que se ha explicado se sabe que se tiene que ajustar posteriormente el RIOF y que este perfil no implica un nombramiento y, a su juicio, propiamente las funciones que tiene que cumplir. Simplemente es el funcionario que se visualiza para que se comience hacer el concurso.

Doña **Sylvia Saborío Alvarado** indicó que está de acuerdo porque justamente es el perfil, el tipo de funcionario, los requerimientos que se andan buscando. Lo que vaya a hacer específicamente, una vez reclutado, será lo que esté vigente que hace una persona que ocupa ese cargo en el momento en que lo ocupe.

El **Regulador General** indicó que igualmente vota en ese sentido, de que se está votando un perfil, viendo las características que debe tener el funcionario que va ocupar ese cargo y, si después las funciones hay que ajustarlas y reformar el RIOF, eso será otra cosa.

El señor **Arias Rodríguez** dijo que vota en contra y va poner un ejemplo en el sentido de que no es tan simple poder decir que declarar la caducidad y la revocatoria de las concesiones es algo que no afecta. Para su persona, el perfil de una persona que va tener en sus manos declarar la caducidad y esa revocatoria, va ser muy distinta a la persona que no lo vaya hacer, porque son competencia absolutamente técnicas y a la hora de usted analizar el perfil de un profesional tiene que ir eso ligado con las características de las funciones que va ejercer ese funcionario. Pone ese ejemplo para que quede claro que es el inciso j), de varios que hay.

Comparte además el argumento de doña **María Lourdes Echandi** que se ha hecho y dicho Deloitte & Touche, si se está haciendo lo mismo que ellos encontraron a nivel institucional, haciendo las cosas mal para corregirlas en el camino. Unos de los elementos que diagnosticaron fue ese tema. Pero si el interés es seguir haciéndolo al revés, que entonces cada quien asuma responsabilidad.

La directora **Echandi Gurdíán** señaló que votaba en contra de aprobar el perfil y mantiene su posición de mocionar para que se suspenda este procedimiento hasta tanto se anulen las normas del RIOF y se aprueben las normas que se requieran para solventar los vacíos que dicha anulación pueda generar conforme al dictamen de la Procuraduría General de la República C-217-2011 y redactará el voto salvado común con el directivo Arias que se hará llegar.

Con una votación 3 a 2, la Junta Directiva dispuso por mayoría

ACUERDO 04-57-2011

Aprobar, de conformidad con la documentación adjunta al oficio 398-GG-2011 del 31 de agosto del 2011, los perfiles de puestos de Superintendente de Energía, Aguas y Transporte, contenidos en el memorando 142-CDR-2011/68473.

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

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

Lo anterior con fundamento en que:

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

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

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

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

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

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

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

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

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN

ARTÍCULO 5. *Informe sobre la contratación directa de una asesoría externa de un especialista en derecho laboral y estatutario, para que se asesore en el proceso de negociación de la convención colectiva.*

Se conoció el oficio 376-GG-2011 del 2 de agosto del 2011, mediante el cual la Gerencia General somete a consideración el Informe sobre la contratación directa de una asesoría externa de un especialista en derecho laboral y estatutario, para que se asesore en el proceso de negociación de la convención colectiva.

Don **Rodolfo González Blanco** se refirió al citado tema, al tiempo que respondió una serie de consultas que le formularon sobre el particular. Del citado oficio 376-GG-2011, se copia lo siguiente:

□*La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos promovió la contratación directa N° 2011CD-000227-ARESEP □Contratación de Servicios Profesionales de Asesoría de un Especialista en Derecho Laboral con Énfasis en Estatutario para Asesorar en el Proceso de Negociación de la Convención Colectiva□, con el propósito de dar cumplimiento al Acuerdo de Junta Directiva No. 9 de la Sesión 1-2011 que manifiesta:*

□Contratar la asesoría externa de un especialista en derecho laboral y estatutario, para que se asesore en el proceso de negociación de la convención colectiva y se presente un diagnóstico de interpretación del acuerdo 004-069-2010, ante esta Junta Directiva.□

Al concurso se invitaron cinco oferentes inscritos en el registro de la Institución, a saber:

- 1. Bufete Alfaro Muñoz*
- 2. Bufete Godínez y Asociados, S. A*
- 3. BDS Asesores Jurídicos, S. A.*
- 4. Bufete Vargas Hidalgo y Asociados*
- 5. Licda. María Lorena Murillo Salazar.*

De ellos presentaron formal oferta el Dr. Alexander Godínez Vargas del Bufete Godínez y Asociados, S. A., BDS Asesores Jurídicos, S. A. y la Licda. María Lorena Murillo Salazar. Una vez realizado el estudio de las ofertas fue necesario solicitarles aclarar varios puntos que, al ser atendidos permitieron descartar dos ofertas, ya que el requisito 6.1 d) se convirtió en punto medular a la hora de decidir, tal aspecto se refiere a la □Experiencia en procesos de arbitraje laboral con énfasis en materia estatutaria, preferiblemente acreditado como árbitro de derecho por un ente competente□

Efectuado el análisis correspondiente y por cumplir con los requisitos estipulados en el cartel, se recomendó adjudicar al Dr. Alexander Godínez Vargas, quien presentó una oferta que en precio representa 3.32 veces la de la Licda. Murillo (la de menor cuantía). Se acompaña un cuadro con el detalle del análisis efectuado a las tres ofertas, se resalta el punto 6.1.d) de previa cita. El resultado del análisis se informó al Regulador General, mediante la nota 368-GG-2011 del 17 de agosto de 2011, quien otorgó su visto bueno a la recomendación de adjudicación.

Por tratarse de una contratación derivada de un acuerdo de Junta Directiva, que en su desarrollo tendrá estrecha relación con ese cuerpo colegiado y como paso previo a emitir la orden de compra respectiva, procedo a informarles del trámite seguido hasta el momento en el proceso de contratación. □

Don **Edgar Gutiérrez López** señaló que uno de los componentes de la contratación consiste en obtener un diagnóstico de interpretación del acuerdo 004-069-2010, a lo cual don **Rodolfo González Blanco** indicó que por medio de ese acuerdo la Junta Directiva le estableció a la representación patronal de la Comisión de Negociación de la Convención Colectiva, que los artículos del Reglamento Autónomo de Servicio constituían el límite máximo para la negociación con la representación sindical.

Doña **Sylvia Saborío Alvarado** señala que en aquel momento se opuso a esa contratación porque considera que el acuerdo de la Junta Directiva no requería interpretación porque era muy claro y además estaba de acuerdo con eso. Para ser consecuente con eso, se opondría a esa contratación. Además, considera muy curioso que haya esas discrepancias en los niveles de remuneración de casi 4 a 1. Considera que es una brecha demasiado grande para poderla explicar por simples diferencias de honorarios, en todo caso, estima excesivo y vota en contra.

Doña **María Lourdes Echandi** indicó que tiene algunas dudas sobre lo que va a hacer el asesor, al menos, según los documentos entregados. ¿Qué límites o parámetros tienen ambas partes para saber a qué atenerse?

Don **Rodolfo González Blanco** manifiesta que el precio y la forma de pago por los servicios brindados se pagarán contra el recibo a satisfacción, según lo señalado en la página 3 del cuadro, punto 5.2b de los Términos de Referencia.

Don **Dennis Meléndez Howell** indicó que quería aclarar que se le presentó la documentación de esta licitación, obviamente analizando en términos objetivos lo que estaba contenido ahí, es claro que quién reunía los requisitos y presentaba la mejor oferta era el señor Godínez, en ese sentido dio el visto bueno en términos de que esa era la adjudicación.

Evidentemente, su preocupación tiene que ver con el que haya que pagar esa cantidad de dinero para una asesoría, en un elemento como este, que es, básicamente y hasta donde recuerda, decirle a la Junta Directiva hasta dónde llegan sus alcances o no. Se cuestiona si el requisito por el cual se está excluyendo la oferta más baja, de los 5 años de experiencia, hasta qué punto es tan necesario en un caso como este. Es básicamente analizar cuáles son los términos legales y hasta dónde se llega.

Don **Edgar Gutiérrez López** señaló que, en ese sentido, pensaba que ese requisito no descalificaba sino que era un porcentaje de calificación, lo cual tampoco obliga a la Junta Directiva a acoger la mayor oferta, pero pareciera que sí tomaron en cuenta que eso descalificaba.

Doña **María Lourdes Echandi** consultó sobre el apartado en amarillo, el cual señala que la señora Lorena María Murillo indica que no acredita experiencia, los otros dos dicen que sí tienen experiencia pero no acreditan ¿Entonces quién acreditó?

Don **Rodolfo González Blanco** manifiesta que la diferencia entre el oferente n° 2 y el n° 3 es que el primero dice haber tramitado procesos de arbitraje laboral con énfasis en materia estatutaria y el otro señala que fueron nombrados como árbitros en procesos de ese tipo, sin embargo no dijeron haber ejercido. En todo caso, aun cuando se le hubiera reconocido el mismo puntaje en este ítem, igualmente el oferente n° 3 hubiera quedado por debajo del n° 2, por haber cotizado un precio mayor.

Doña **María Lourdes Echandi** apuntó que entonces el término acreditación no es el término correcto. Estima que ciertamente el tener que recoger en todo lado certificaciones puede provocar que nadie o pocos participen en el concurso, se puede excluir una gran cantidad de profesionales porque andar recogiendo certificaciones es un calvario. Lo importante es abrir a la mayor cantidad posible de oferentes y solicitar una declaración jurada en lo que resulte muy engorroso y si lo que dicen ahí no es cierto incurren en el delito de perjurio. Por lo que el oferente es responsable penalmente.

Ante una consulta de la directora **Echandi Gudián** en cuanto a si hay alguna estimación de las horas invertidas por parte de este oferente para justificar esos \$19.000,00, don **Rodolfo González Blanco** indicó que el punto 5.3 habla de que *□la DGJR será la unidad encargada de verificar la correcta ejecución del contrato, por lo tanto, dará su aprobación de que los servicios se han recibido a satisfacción y de conformidad con el número de horas expresadas en la factura correspondiente, para realizar el pago respectivo. □*

Ante pregunta de don **Luis Fernando Sequeira Solís** acerca de qué pasaría si a los 6 meses no se ha determinado nada, el señor **Gerente General** respondió que se puede prorrogar hasta el 50%. El asunto es que en esto es muy complicado, no se sabe cuánto va a durar esa negociación.

Don **Edgar Gutiérrez López** manifestó que el problema es que se estimó por el tiempo y aparentemente se estimó por horas, entonces ese tiempo debería de equipararse a un número máximo de horas para que surta la renegociación o lo que fuera. Esto no hay forma de corregirlo sino declararlo desierto, qué pasaría en ese asunto.

El señor **González Blanco** comentó que si se ahora se declarara desierta la contratación habría que volver a hacer todo el proceso de nuevo, esto implicaría que el proceso de negociación seguiría a la espera de contar con esa contratación, a menos que esta

misma Junta decidiera interpretar sobre la disposición acerca del límite establecido mediante el acuerdo 004-069-2010, este es el meollo del asunto, cuál es el límite para el negociador, si es realmente lo mismo que está en el Reglamento Autónomo de Servicio o si es algo más amplio, básicamente, eso es lo que se estaba esperando para efectos de continuar con la negociación.

La directora **María Lourdes Echandi** señaló que esto puede generar una discusión para esta Junta Directiva. Queda muy vago, hay que ligarlo con algo. Pregunta ¿En esta cotización de \$19.000 dólares consta por ejemplo una estimación de las horas a invertir o un resultado esperado?

Don **Rodolfo González Blanco** indicó que revisado el expediente, se observa que todos hacen su oferta basada en un monto global. Además, la invitación que se hizo dice en el punto 5.2, que la forma de pago establecida es la siguiente:

- *Un 30% contra el análisis y presentación por escrito del proyecto de convención colectiva, y el análisis por escrito del acuerdo 003-069-2008.*
- *Un 40% contra la presentación ante la Junta Directiva los criterios que sustenten la posición de la Junta Directiva ante aquellos artículos que haya decidido no negociar de la Convención Colectiva.*
- *Un 30% una vez finalizado el proceso de negociación de la Convención Colectiva, con el resultado que el mismo proceso genere y la presentación de un informe final que muestre los resultados obtenidos del proceso.*

Los señores miembros manifiestan su conformidad en que se encuentre establecido en el expediente específicamente la forma de avance y el pago respectivo.

Don **Emilio Arias Rodríguez** comparte que luego de la lectura del punto 5.2, en el folio 15 del expediente, así estamos claros de que cuando se entregue un producto, saber de qué producto estamos recibiendo, por dónde vamos y cuál es el significado porcentual de la entrega de información.

Don **Dennis Meléndez Howell** somete a votación la propuesta que en este caso es otorgar el contrato al señor Godínez. Don **Emilio Arias Rodríguez** manifestó que está a favor luego de haber escuchado la explicación del Gerente General y que consta en el cartel sobre los porcentajes de avance que conste en el acta.

Doña **María Lourdes Echandi** indicó que vota a favor por comprobar que está ligado el monto a resultados. Solicita que se incluya en actas lo leído por el Gerente relativo al punto 5.2 del cartel que consta en el folio 15 del expediente administrativo.

Don **Dennis Meléndez Howell** señaló que se aprueba 3 a 1 y se abstiene por haber dado la recomendación. La Junta Directiva con la abstención del señor Presidente, resolvió, por mayoría.

ACUERDO 05-057-2011

- 1) Adjudicar al señor Alexander Godínez Vargas del Bufete Godínez y Asociados la asesoría externa en el proceso de negociación de la Convención Colectiva.
- 2) Encargar a la Administración Superior realizar los trámites correspondientes para ejecutar la contratación Directa No.2011CD-000227-ARESEP otorgada al señor Alexander Godínez Vargas, tomando en consideración la forma de pago establecida en el punto 5.2 folio 15 del expediente administrativo:
 - *Un 30% contra el análisis y presentación por escrito del proyecto de convención colectiva, y el análisis por escrito del acuerdo 003-069-2008.*
 - *Un 40% contra la presentación ante la Junta Directiva los criterios que sustenten la posición de la Junta Directiva ante aquellos artículos que haya decidido no negociar de la Convención Colectiva.*
 - *Un 30% una vez finalizado el proceso de negociación de la Convención Colectiva, con el resultado que el mismo proceso genere y la presentación de un informe final que muestre los resultados obtenidos del proceso.*

ARTÍCULO 6 Asuntos pospuestos.

A raíz de un planteamiento del señor Dennis Meléndez Howell, la Junta Directiva resolvió:

ACUERDO 06-057-2011

Posponer, para una próxima sesión, los puntos indicados en la Agenda como puntos resolutivos 1.6 y 1.7 así como el punto 2 relacionados con asuntos de carácter informativo.

A LAS 17:47 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