

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

**ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA Nº 058-2009**

**A LAS TRECE HORAS DEL 25 DE AGOSTO DE 2009**

**SAN JOSÉ, COSTA RICA**

**25 DE AGOSTO DE 2009**

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 058-2009**

**ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA NÚMERO CINCUENTA Y OCHO**

Celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en la sala de sesiones, a las trece horas del veinticinco de agosto del dos mil nueve; preside el señor Jorge Cornick Montero, asisten los Directores Marta María Vinocour Fornieri y Adolfo Rodríguez Herrera.

Los señores Fernando Herrero Acosta y Pamela Sittenfeld Hernández no asistieron a esta sesión en virtud del permiso concedido según lo dispuesto mediante acuerdo 008-052-2009, del acta de la sesión 052-2009, celebrada el 3 de agosto del 2009. A raíz de lo anterior y de conformidad con lo establecido en el artículo 51 de la Ley General de la Administración Pública, se hizo necesario nombrar un Presidente ad-hoc para esta sesión, designación que recayó en el señor Jorge Cornick Montero.

También asisten los señores Rodolfo González Blanco, Gerente General, Robert Thomas Harvey, Asesor Legal, Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno; Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección de Asesoría Jurídica y el señor Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario de Junta Directiva.

Se deja constancia de que la señora Xinia Herrera Durán, Asesora Económica de la Junta Directiva, no participó en esta sesión en virtud de encontrarse disfrutando de parte de sus vacaciones.

**ARTÍCULO 1  
ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**

**a) PROPUESTA DE CONSULTA A LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA  
SOBRE EL TEMA DEL NOMBRAMIENTO DE MIEMBRO SUPLENTE DE LA  
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES.**

El señor Jorge Cornick Montero, de conformidad con lo resuelto mediante acuerdo 003-057-2009, del acta de la sesión ordinaria 057-2009, celebrada el 24 de agosto del 2009, sometió a consideración de los señores Directores la propuesta de oficio que se estará remitiendo a la señora Ana Lorena Brenes E., Procuradora General de la República con el fin de que esa Entidad reconsidere el dictamen C-198-2009 del 20 de julio del 2009, expedido a solicitud del Auditor Interno de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en relación con el tema del nombramiento y remuneración del Miembro suplente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

De inmediato se suscitó un cambio de impresiones dentro del cual la señora Marta María Vinocour Fornieri hizo ver que, esta sesión es válida al contar con el quórum requerido por Ley, además de que la consulta fue elaborada con base en un acuerdo en firme sostenido por todos los Miembros de esta Junta Directiva.

**25 DE AGOSTO DE 2009**

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 058-2009**

En virtud de que dos Miembros de esta Junta Directiva se encuentran ausentes, el hecho de que los tres Directores restantes firmen dicha consulta, en nada deslegitima o le resta valor en ningún aspecto al acto y menos en la circunstancia presente en la que tanto el señor Regulador General como doña Pamela Sittenfeld han estado muy atentos a esta consulta, además de que dadas las características de urgencia y las nuevas características y precisiones que se dieron inclusive al señor Auditor Interno de que la respuesta dada a la consulta por él formulada es vinculante, hacen que para mayor tranquilidad suya, dicha consulta sea enviada lo antes posible.

Don Jorge Cornick Montero hizo ver que el acuerdo de hacer la consulta es un acuerdo firme y no está en discusión; sin embargo, hoy está como punto de agenda la aprobación del texto de la consulta y aunque los tres Directores presente aprueben el borrador, ese acuerdo no puede quedar en firme, dada la ausencia de don Fernando y doña Pamela.

Así las cosas, su propuesta es que se dé por aprobado el texto de la consulta y se someta para su aprobación el próximo lunes, oportunidad en que quedaría en firme el acta de esta sesión.

Suficientemente analizado el tema, la Junta Directiva acuerda:

**ACUERDO 001-058-2009**

Hacer del conocimiento de la señora Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora General de República, que tal y como la propia Procuraduría General de la República lo ha indicado y los Asesores Legales de esta Junta Directiva así lo han manifestado, en relación con el tema del nombramiento y remuneración del Miembro suplente de la Superintendencia de Telecomunicaciones, esta Junta Directiva se manifiesta en el siguiente sentido:

Solicitar criterio vinculante para esta Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), sobre las decisiones de su Junta Directiva (Junta), relativas al nombramiento y remuneración del miembro suplente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel).

Tal y como la Procuraduría y nuestros asesores legales han indicado, existe una contradicción entre lo que establecen los artículos 61 y 71 de la Ley 7593 y sus reformas. Ante esta situación, la Junta resolvió —como se explica en detalle en el oficio 248-RG-2009-554-DAJ-2009, del 17 de agosto de 2009, del Regulador General y el Director de la Dirección de Asesoría Jurídica de Aresep, que se adjunta—, nombrar a tiempo completo y con dedicación exclusiva al miembro suplente del referido Consejo, con una remuneración igual a la de los miembros titulares.

Tomando en cuenta el interés público, el contexto nacional, la apertura del mercado de telecomunicaciones y los retos que ello representa; la Junta decidió nombrar al miembro suplente del Consejo a tiempo completo y con dedicación exclusiva, con el fin de coadyuvar en la consecución de los objetivos encomendados por el legislador a la Sutel. Para tomar esa decisión, la Junta consideró, además, lo siguiente:

**I. NOMBRAMIENTO DEL MIEMBRO SUPLENTE DEL CONSEJO DE LA SUTEL**

- a) Es suficientemente claro lo que dispone el referido artículo 61 en su párrafo cuarto, que dice: **“Los miembros titulares y el suplente del Consejo, [...] ejercerán sus cargos a tiempo completo y con dedicación exclusiva [...]”**. De conformidad con esa disposición legal, el suplente se nombró a tiempo completo y con dedicación exclusiva. Se entiende que estas condiciones se le aplican como miembro suplente y no en ningún otro puesto de la Sutel, porque los demás puestos de ese órgano desconcentrado, corresponde a su Consejo nombrarlos, no a la Junta.
- b) Resulta más conveniente para el interés público, que el miembro suplente del Consejo sea nombrado a tiempo completo y con dedicación exclusiva, no sólo porque así lo manda la ley, sino, porque de esa forma se logra que se funcionario esté debidamente informado de todos los casos que el Consejo atiende y resuelve, en los ámbitos regulatorio, gerencial y administrativo. De lo contrario, los aportes que el suplente podría dar en esos ámbitos serían, evidentemente, muy limitados, lo que a las caras, no es lo que quiere la ley ni lo que conviene que ocurra.
- c) Contratar a una persona que se limitara a sustituir a alguno de los miembros titulares del Consejo y remunerarla con dietas, como lo establece el artículo 71, pero en conflicto con el 61, ambos de la referida ley, podría tener repercusiones altamente negativas sobre el desempeño de la Sutel y sobre la efectividad y eficiencia del proceso de apertura del mercado de las telecomunicaciones, señalada como uno de los objetivos de la Ley 8642, Ley general de telecomunicaciones, en su artículo 2°.
- d) Es poco probable encontrar personas en el país, que conozcan del Sector de telecomunicaciones, que no trabajen en alguna de los tres tipos de entidades vinculadas con dicho sector: la Sutel, el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (Minaet) y, los operadores de los servicios. Sin embargo, si se encontraran, diversas razones hacen inconveniente o imposible el nombramiento de una persona que labore en alguna de esas entidades, a saber:
- e)
- i. Si se nombra como suplente a un funcionario del MINAET, se debilita la necesaria independencia, que según la experiencia y la literatura especializada, debe existir entre el rector y el regulador; independencia que fue una preocupación permanente de los legisladores.
  - ii. Finalmente, la ley establece una serie de incompatibilidades que excluyen, justificadamente, el nombramiento de personas que laboren en entidades que prestan los servicios de telecomunicaciones regulados en la ley de la materia.

En vista de la inconveniencia o la imposibilidad de nombrar a una persona que trabajara con alguna de las entidades mencionadas, hubiera sido necesario nombrar a alguna persona cuya fuente de remuneración no tuviera que ver con las telecomunicaciones, pero cuyo conocimiento de ese sector, por ende, posiblemente habría sido reducido. No obstante, si su vínculo con la Sutel se limitara a participar en las sesiones del Consejo en que tenía que remplazar a uno de sus miembros titulares, difícilmente podría adquirir el conocimiento necesario para tomar

decisiones informadas y con criterio sobre los temas que fueran presentados a su consideración.

Por otra parte, si el nombramiento atendiera exclusivamente lo dispuesto en el artículo 71 ya citado, hubiera sido necesario nombrar a una persona carente de los conocimientos requeridos y, a la que no se le hubieran dado las condiciones para que adquiriera la información y el criterio necesarios para ejercer adecuadamente sus funciones, lo cual podría haber significado un incumplimiento del deber de tutelar el interés público, que la ley asigna a la Junta.

- f) Aunque se podría interpretar que contradice lo dispuesto en el artículo 71 ya citado, lo cierto es que se respeta lo que ordena el artículo 61 y permite una tutela más eficaz del interés público, la Junta consideró que:
- i. Si se considerara idónea para ocupar ese puesto, a una persona que estuviera laborando en la Aresep, el Minaet o una operadora de los servicios de telecomunicaciones; integrarla a trabajar a tiempo completo eliminaría cualquier posible conflicto de interés o disminución de la independencia del regulador.
  - ii. Si se considerara idónea para ocupar ese puesto, a una persona que no necesariamente tuviera los conocimientos técnicos específicos sobre el sector, trabajar a tiempo completo le permitiría adquirirlos y en todo caso tener la posibilidad de destinar tiempo de trabajo de manera sistemática a informarse de los problemas que fueran presentados a su consideración en el momento en que tuviera que sustituir a un miembro del Consejo.
  - iii. El miembro suplente del Consejo podría aportar en las labores, regulatorias, gerenciales y administrativas de ese órgano, como lo manda la ley.

## II. REMUNERACIÓN DEL MIEMBRO SUPLENTE DEL CONSEJO DE LA SUTEL

- a) Existe una contradicción entre lo que establece el artículo 61 de repetida cita —que es un nombramiento a tiempo completo y con dedicación exclusiva, que corresponde a una relación laboral que se remunera con salarios— y lo que dispone el artículo 71 ídem, cuando dice que se remunerará a través de dietas, que se aplican sólo en el caso de cuerpos colegiados, distintos, en muchos aspectos, al Consejo de la Sutel.
- b) Ante esa inconsistencia, la Junta decidió, con un criterio de oportunidad y conveniencia, que la remuneración del miembro suplente del Consejo, independientemente de su nombre, debe ser igual a la de los demás miembros del Consejo, como reza el artículo 71 en lo que interesa: “[...] **Los miembros suplentes [sic] del Consejo devengarán, por día de trabajo o sesión, dietas proporcionales a la remuneración de los propietarios [...].**”
- c) A la vez que se estableció que el miembro suplente del Consejo, es un funcionario que trabaja a tiempo completo y devenga un salario de acuerdo con su función; se tomó en cuenta que la Ley 8422, Ley de enriquecimiento ilícito en la función pública, establece en su artículo 17 que: “[...] **quienes desempeñen un cargo dentro de la función pública, no podrán devengar dieta alguna [...]** salvo si no existe superposición horaria entre la jornada laboral y las sesiones de tales

**órganos.** [...]” Por tanto, el pago de dietas procedería solamente si el Consejo sesionara fuera del horario normal de trabajo, y el suplente asista y participe en la sesión de que se trate.

- ch) El pago de dietas por asistir a las sesiones del Consejo y participar en ellas, fuera del horario normal del trabajo, sólo al miembro suplente —cuando ostenta la condición de servidor público— y no a los demás —como una lectura superficial de la ley podría sugerir—; sería discriminatorio y odioso, a favor del miembro suplente y en contra de los demás miembros del Consejo; no sólo por ser adicional al salario, sino porque no estaría sujeto a las contribuciones de la seguridad social, lo que sería un privilegio, desde el punto de vista tributario. Esas discriminaciones atentarían además, contra la constitución de un equipo de trabajo armónico al interior de la Sutel. Por estas razones, es preferible, desde el punto de vista del desarrollo del nuevo órgano, que todos los miembros de su Consejo reciban una sola clase de remuneración —en este caso el salario— en un monto acorde con el sentido de igualdad de remuneración estipulado en los artículos 71 y 61 de la Ley 7593 y sus reformas.
- d) La participación del miembro suplente ha sido fundamental para los primeros pasos en el desarrollo de la Sutel. Se ha hecho evidente que es esencial que tenga suficiente conocimiento de los asuntos de que conoce y resuelve el Consejo, para que cuando deba sustituir a un titular, con la eficacia y solvencia necesarias. También evidenciado que la necesidad de que el suplente sustituya a un miembro titular del Consejo, surge en momentos muy diversos y de duración muy variable, en ocasiones, sólo unos minutos para participar en la decisión de un asunto respecto del que algún miembro titular debe abstenerse de conocer. El suplente del Consejo, nombrado por la Junta, desde su juramentación ha desempeñado sus funciones a tiempo completo y con dedicación exclusiva y la Administración ha obtenido los productos esperados que han coadyuvado a la consecución de los objetivos de la Sutel.

### **III. *DICTAMEN C-198-2009 DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA***

En su Dictamen C-198-2009, del 28 de julio de 2009, la Procuraduría General de la República (Procuraduría General), reconoce en primer término, que el diseño legislativo del Consejo de la Sutel es sui generis y escapa de la regla general que se aplica a cuerpos colegiados de la Administración pública, creados y pensados para que operen de modo diferente de cómo opera dicho Consejo.

Esa particularidad, estima la Junta, debe ser la piedra angular sobre la que debe fundarse todo análisis del Consejo de la Sutel. No puede partirse, para ello, sólo de criterios jurídicos generales aplicables a cuerpos colegiados distintos, como se dijo, del Consejo de la Sutel, para determinar aspectos como su dinámica interna y la remuneración de sus miembros todos.

#### **Naturaleza del nombramiento de los miembros del Consejo de la Sutel**

- a) En cuanto al nombramiento de los miembros propietarios del Consejo, la conclusión preliminar a la que se arriba en el citado dictamen, es que según dispone el artículo 61 de la Ley 7593 y sus reformas, los miembros propietarios ejercerán sus cargos a tiempo completo y con dedicación exclusiva. Conclusión que salta a la vista y a la que también se arriba en el criterio de la Dirección de Asesoría Jurídica 336-DAJ-2009/3357.

- b) Esa es la primera diferencia detectada respecto de otros cuerpos colegiados de la Administración pública, los cuales únicamente tienen la función de asistir a sesiones, deliberar y adoptar decisiones o actos administrativos (función deliberativa, política o de dirección).
- c) Concluye la Procuraduría General igualmente, que respecto de los miembros titulares del Consejo, no queda duda que “[...] **reciben una remuneración en función de su labor continua y permanente, por lo que su remuneración deberá ser igualmente permanente**”. Esto nos lleva a pensar que en cuanto al miembro suplente, la conclusión debería ser la misma, si partimos de que realiza funciones continuas y permanentes, sobre todo, cuando la ley no distingue en el artículo 61 en cuanto a la naturaleza de su nombramiento.
- d) Señala la Procuraduría General, que las características especiales de los miembros titulares del Consejo les asemeja más a la figura del gerente de las instituciones autónomas, que a los de directivos de juntas directivas. Se concluye que estamos ante la figura de funcionario a plazo legal, que ostenta un contrato laboral a plazo fijo por disposición legal (ver Ley 4646, que regula el nombramiento de los gerentes de instituciones autónomas, tema sobre el que la Procuraduría General se ha pronunciado abundantemente).
- e) Esta perspectiva se fortalece cuando se toma en cuenta que, respecto a la Sutel, la ley le asigna a la Junta y, no al Consejo de la Sutel, algunas funciones que sí son propias de una Junta Directiva, por ser de carácter político o de dirección. Entre ellas se encuentran la aprobación de planes estratégicos y operativos, de la organización de Sutel y el reglamento interno, así como el nombramiento de las autoridades superiores (los titulares y el suplente del Consejo).
- f) Conviene además, tomar en cuenta que en las discusiones previas a la presentación del Proyecto de ley a la Asamblea Legislativa por parte del Poder Ejecutivo, en las cuales participamos el Regulador General y varios miembros de la Junta Directiva de Aresep, el Consejo se pensó como un “Superintendente colectivo”. El Ministro responsable de la elaboración del proyecto defendió con fuerza el argumento de que la figura del Superintendente debía sustituirse por la de un Consejo, con el propósito de colegiar las decisiones regulatorias y de esa forma reducir las posibilidades de corrupción en la toma de decisiones.
- g) Siendo así es que si estamos ante un cargo de naturaleza gerencial y no solo deliberativa, la sustitución de un miembro titular del Consejo, no puede limitarse a la ausencias solo el plano de las funciones deliberativas (asistir a las sesiones y participar en ellas), sino que debe contemplar la parte gerencial o administrativa, que es intrínseca a la naturaleza sui generis del Consejo. La naturaleza gerencial de los miembros titulares también afecta al suplente; de lo contrario, la sustitución no sería plena, en detrimento del efectivo cumplimiento de las funciones asignadas al órgano. Pensar lo contrario sería una interpretación que se apartaría de las reglas de la lógica jurídica, pues se desconocería la doble naturaleza de los miembros del Consejo, que el mismo criterio que la Procuraduría General reconoce.

- h) La naturaleza de los trabajos asignados al Consejo, es permanente. Si se observan las funciones asignadas a ese órgano (artículo 73 de la Ley 7593 y sus reformas), podemos ver que la gran mayoría de ellas no se agotan, ni pueden cumplirse, con solo asistir a la sesión del Consejo de que se trate y participar en ella; sino que deben tomarse en cuenta también las actividades permanentes del Consejo, que comprenden, como se dijo, las administrativas y ejecutiva.
- i) En cuanto a la naturaleza o tipo de nombramiento del miembro suplente, la Procuraduría General, en su Dictamen C-198-2009, de cita, señala como primera conclusión que “[...] **al igual que los miembros propietarios, el miembro suplente es designado por el plazo de cinco años, y debe ejercer su cargo a tiempo completo y con dedicación exclusiva** [...]” A la misma conclusión llegó la Dirección de Asesoría Jurídica como se aprecia en el Oficio 336-DAJ-2009/3357, a partir de una lectura del artículo 61 de la Ley 7593 y sus reformas y, de las actas legislativas en que se discutió esa normativa.
- j) Concluye la Procuraduría General además, que el miembro suplente ha sido considerado por el legislador para suplir las ausencias temporales de los propietarios. Se da aquí la primera antinomia: ¿cómo armonizar un nombramiento a tiempo completo y con dedicación exclusiva, con el supuesto de una sustitución, con el ejercicio de una prestación que como la suplencia, solo se puede dar en momentos específicos de ausencia de un titular, en períodos de tiempo determinados?
- k) Obviamente la Procuraduría General, ante el deber de resolver una consulta puntual y buscar una solución dentro del ordenamiento jurídico; debe buscar una interpretación coherente con dichos elementos y con el panorama normativo que se le impone. Sobre este punto, la Procuraduría General concluye, “[...] **que el miembro suplente tendrá las mismas funciones que los miembros propietarios, pero únicamente cuando los sustituya a éstos en sus ausencias temporales.**”
- l) En el citado Dictamen C-198-2009, la Procuraduría General cita el C-310-2008, para fundamentar la naturaleza del cargo de suplente en cuerpos colegiados en la Administración pública. Sin embargo, el último dictamen citado, no debe aplicarse al caso que nos ocupa, por la misma naturaleza sui generis, que según la propia Procuraduría General, tiene el Consejo de la Sutel. Es por eso, que el análisis del asunto debe ser particular, considerando la particularidad del Consejo y la de sus integrantes.
- m) Por lo general, en los cuerpos colegiados de la Administración pública, los miembros suplentes no forman per se, parte del órgano, por no concurrir a la formación de la voluntad administrativa en su fase deliberativa. En caso del Consejo de la Sutel, son pertinentes estas preguntas:
- ¿Qué pasa si el órgano no ejerce solo función deliberativa, como en es el caso del Consejo de la Sutel?
  - ¿Qué pasa si el legislador asignó a ese órgano, potestades de administración?



- ¿Qué sucede además, si la especialidad de su labor sustantiva requiere de continuidad y conocimiento amplio de los procesos que el órgano desarrolla, lo que justifica y hace recomendable que aún los miembros suplentes deban desarrollar un seguimiento de las labores que el órgano realiza?
- ¿Qué ocurre cuando la conformación de la voluntad administrativa no es lo único que el órgano colegiado debe producir?
- ¿Dónde queda la figura del suplente, cuando la conformación de la voluntad administrativa no es el único elemento intrínseco del Consejo; cuyas funciones no se agotan en lo puramente deliberativo, sino van más allá para comprender también, funciones administrativas y gerenciales?

Sobre esas interrogantes puede afirmarse, que de acuerdo con el diseño creado por el legislador, lo más cercano a su voluntad, es un suplente que: (1) ejerza permanentemente, funciones administrativas y gerenciales y (2) sustituya o supla al titular de que se trate, en esas funciones y en la deliberativa del Consejo, esta última, desde luego, cuando asista a las Sesiones del Consejo y participar en ellas.

- n) Reiteramos que ante la naturaleza sui generis del Consejo, no puede concluirse que “[...] **los miembros suplentes solo integran aquellos órganos colegiados cuando les corresponde sustituir temporalmente a su titular propietario**” Tómese en cuenta que la propia Procuraduría General reconoce que cuando el miembro suplente sustituye a un titular, no lo hace únicamente para participar en las sesiones del Consejo, sino que abarcaría las diversas actividades o funciones que se cumplan durante todo el plazo en que el miembro titular este ausente; plazo en el que, según la Procuraduría General, su nombramiento sería a tiempo completo y con dedicación exclusiva; lo que nos da base para concluir, que la Procuraduría General acepta que en la doble naturaleza del Consejo, hay funciones administrativas en las que el suplente debe igualmente suplir al titular. Cabe preguntarse entonces, en esas condiciones, ¿por qué debe remunerarse al suplente con una simple dieta?
- o) Respecto de los órganos colegiados —ha dicho la propia Procuraduría General— que su funcionamiento está regido por los principios de colegialidad, simultaneidad y deliberación (Dictamen C-298-2007). Sin embargo, en el caso del Consejo de la Sutel, la aplicación de esos principios solo sería procedente en lo que respecta específicamente a las sesiones, pero en razón de que los miembros del Consejo, como se dijo, no solo tiene funciones deliberativas, sin también administrativas y gerenciales. De allí que tengamos que reafirmar una vez más, que el Consejo fue diseñado por el legislador, como un órgano con funciones múltiples, cuyos miembros titulares y suplentes, deben ejercer todas esas múltiples funciones y, ser remunerados de forma acorde a esas responsabilidades. Bajo esa inteligencia es que el artículo 61 establece una prestación de servicios a tiempo completo y con dedicación exclusiva, condición que no distingue a los miembros titulares de los suplentes.

#### **Pago o remuneración al miembro suplente del Consejo de la Sutel**

- a) Señala la Procuraduría General, como tesis de principio, que la dieta como mecanismo de remuneración en la Administración pública, alude a un pago por un servicio prestado, donde no

media relación de subordinación ni remunera una prestación permanente y continua de servicios (ver en la misma línea, el Dictamen C-298-2007); aserto que no se tomó en consideración en el Dictamen C-198-2009, sino que define la dieta como la remuneración proporcional que recibiría el miembro propietario durante los días que el suplente lo sustituya, independientemente de que exista sesión del Consejo durante esos días.

- b) Para afirmar esto, la Procuraduría General cita sus propios criterios que se aplican para una generalidad de cuerpos colegiados de la Administración pública; pero que no se corresponden con la naturaleza particular del Consejo de la Sutel.
- c) Es categórica la Procuraduría General en sostener que solo cabe pago de dieta, cuando el suplente asiste a la sesión de que se trate, pero no contempla la realización de otras labores que no sean la asistencia a la sesión. Sin embargo, acepta por otra parte, que se pague dieta al suplente del Consejo por cumplir otras funciones, amén de la participación en sesiones, siempre que se den dentro del plazo o período de sustitución del miembro propietario (ver conclusión 5 del Dictamen C-198-2009).
- d) No obstante lo anterior, en la página 15 del referido Dictamen C-198-2009, la Procuraduría General concluye, que los artículos 68 y 73 de la Ley 7593 y sus reformas, no señalan otras formas de participación diferente a la asistir a las sesiones del Consejo y participar en ellas. Sobre esto, cabe que nos preguntemos, ¿cómo se llega a la conclusión que se consigna en el párrafo que antecede, pues en él se acepta la posibilidad de que el miembro suplente del Consejo realice funciones adicionales a la participación en la sesiones de ese órgano y reciba remuneración por ello? Si la norma realmente no establece otras funciones que no sean participar en sesiones, no debería remunerarse ninguna otra que no sea esa.
- e) Ante esa interrogante, la Procuraduría General concluye que, como los miembros titulares son funcionarios a tiempo completo y con dedicación exclusiva, que reciben una remuneración permanente por las labores efectuadas, su remuneración no está limitada únicamente a la asistencia a la sesiones del órgano, sino que:

**[...] si el miembro suplente sustituye al titular del Consejo en sus labores, entonces debemos concluir que al establecer el legislador que el día de trabajo le será remunerado al miembro suplente a través de una dieta que resulte proporcional a la remuneración recibida por el propietario [artículo 71 Ley 7593], es porque al entrar a sustituir al miembro propietario, el suplente debe recibir una dieta correspondiente a todos los días que sustituyó al propietario, independientemente de que ese día exista sesión del Consejo de SUTEL.**

- f) Esa conclusión nos devuelve al razonamiento que hemos venido exponiendo: las funciones del miembro suplente no se limitan a la participación en sesiones y no es la dieta en el sentido estricto del término, el mecanismo de remuneración que debe aplicarse a ese funcionario. Existe una clara contradicción normativa que la misma Procuraduría General ha detectado y, por razones de justicia, lógica jurídica y, por la naturaleza de la funciones desempeñadas, solo puede resolverse con una integración normativa que permita remunerar al suplente por medio de un mecanismo acorde con la naturaleza permanente de sus funciones, mecanismo que no

**25 DE AGOSTO DE 2009**

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 058-2009**

es la dieta, como ha dicho la Procuraduría General; porque la dieta, por naturaleza, tiene limitación en el tiempo. No puede pensarse en el pago de una dieta como figura permanente, sin ruptura de continuidad, porque las funciones de los miembros del Consejo de la Sutel, por ministerio de ley, son permanentes.

- g) Reconoce la PGR en su criterio, que con el artículo 71 de la Ley 7593 se rompe el principio general de que la dieta únicamente resulta procedente para remunerar la asistencia del directivo suplente a la sesión del órgano colegiado. Señala además que, dicha norma presenta dos problemas:
- h) El primero consiste en definir qué otras tareas, además de asistir a la sesiones y participar en ellas; podrá desempeñar el miembro suplente del Consejo. En cuanto a ese problema, concluye la Procuraduría General, que la ley es omisa.
- i) El segundo problema tiene que ver con la forma de compatibilizar el carácter a tiempo completo y dedicación exclusiva, que se le exige para ejercer el cargo al miembro suplente, con el sistema de remuneración por dietas.
- j) En cuanto al segundo problema, sostener como lo hace la PGR que el tiempo completo y dedicación exclusiva a que se refiere el artículo 61 de la Ley 7593 y sus reformas, se refiere al momento en que, por ausencia del titular, el suplente asume las competencias de aquél, implica mezclar presupuestos de una relación laboral de tipo permanente, con otra que no lo es, implica mezclar permanencia con eventualidad, lo que no es posible jurídicamente, por más sui generis que sea el Consejo de la Sutel. Implica también, hablar de dedicación exclusiva en períodos de tiempo que pueden ser de horas e incluso minutos. Insistimos, si las funciones del Consejo no se agotan en lo deliberativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 de la Ley 7593 y sus reformas, tampoco la remuneración —si se interpreta armónicamente la normativa aplicable—, podría agotarse en una dieta.

#### **IV. IMPLICACIONES QUE PUEDE TRAER LA APLICACIÓN DEL DICTAMEN C-198-2009**

Resulta conveniente referirnos a las posibles implicaciones que puede traer la aplicación de dicho dictamen en la Aresep.

- a) En caso de que la Junta aplicara el Dictamen C-198-2009, la Sutel se vería afectada funcionalmente, ya que no contaría con los servicios, a tiempo completo y con dedicación exclusiva, del suplente del Consejo de la Sutel; sino que este únicamente sería llamado a ejercer funciones cuando un miembro titular esté ausente, lo que desnaturalizaría las funciones sui generis que la Ley 8660 le asignó a ese Consejo. Si ello se diera, no se estarían atendiendo las preocupaciones planteadas por esa Junta al momento que tomó la decisión de nombrar a ese miembro a tiempo completo y con dedicación exclusiva.

**25 DE AGOSTO DE 2009**

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 058-2009**

- b) Por el tipo de remuneración que se ofrecería por la labor de suplente, podría ser muy difícil que la Junta pudiera atraer personas a ocupar el puesto de suplente, que posea la experiencia técnica que se requiere y que cumpla con todo el régimen de incompatibilidades que establece la misma ley.

**V. CONVENIENCIA DE MANTENER LAS DECISIONES ADOPTADA POR LA JUNTA**

De conformidad con lo expuesto, consideramos haber dejado evidenciado, que la Junta ha actuado de conformidad con las facultades y competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico y, en procura de satisfacer el interés público y coadyuvar a la consecución de los objetivos que le señaló el legislador a la Sutel.

La Junta, ante una evidente incongruencia o inconsistencia entre el texto de los artículos 61 y 71 de la Ley 7593, reconocida plenamente por la Procuraduría General, la Auditoría Interna, la Dirección de Asesoría Jurídica y, Asesoría Legal de Junta Directiva, todos órganos de la Aresep, interpretó que la forma correcta de armonizar e integrar dichas normas, es nombrar al miembro suplente del Consejo de la Sutel en una plaza a tiempo completo y con dedicación exclusiva y, remunerar al suplente en forma proporcional a la de los otros miembros del Consejo, es decir mediante salario.

La satisfacción del interés público y el coadyuvar en el cumplimiento de los objetivos señalados por el legislador a la Sutel, fue el fundamento de la decisión tomada por la Junta, que luego de amplias discusiones, consideró necesario contar con un miembro suplente a tiempo completo, capaz de conocer y apoyar en todas las funciones que ejerce el Consejo de la Sutel. Esa decisión, considera la Junta, es acorde con la voluntad del legislador que está evidenciada en las discusiones sostenidas en las comisiones legislativas que analizaron el Proyecto de Ley de fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del Sector telecomunicaciones, que se convirtió en la Ley 8660; donde se observa que el Consejo de la Sutel es un órgano técnico y no político, cuyas acciones no se agotan en funciones deliberativas o políticas, sino que comprende también actividades administrativas y gerenciales, por lo que se hace necesario que todos los miembros de ese Consejo, tanto los titulares, como suplente, laboren a tiempo completo y con dedicación exclusiva.

De acuerdo con lo arriba expuesto, puede considerarse que las decisiones tomadas por la Junta, son jurídicamente pertinentes, a más de convenientes, para la prestación de los servicios que la Sutel está llamada a prestar y, por ende, a la consecución del interés público.

**VI. SOLICITUD DE RECONSIDERACIÓN DEL DICTAMEN C-198-2009**

En atención a todo lo arriba expuestos, la Junta le solicita a la Procuraduría General de la República, reconsiderar el Dictamen C-198-2009, del 20 de julio de 2009, expedido a solicitud del Auditor Interno de la Autoridad Reguladora.

La Junta ruega que en análisis que realice la Procuraduría General de la República, tome en consideración los criterios jurídicos que se adjuntan, vertidos en los Oficios 336-DAJ-2009, de la Dirección de Asesoría Jurídica, 259-AJD-2009, de la Asesoría Legal de la Junta Directiva y, 248-RG-2009-554-DAJ-2009, del Regulador General y el Director de Asesoría Jurídica de la Autoridad Reguladora.

La Junta agradece su atención a la presente solicitud, que como comprenderá es esencial para poder continuar con el proceso de desarrollo de la Superintendencia de Telecomunicaciones y, la apertura del mercado de telecomunicaciones.

**ARTICULO 2**

**B) PRESUPUESTO EXTRAORDINARIO N°2 DE LA AUTORIDAD REGULADORA.**

**B.1. MODIFICACIÓN INTERNA N°12.**

El señor Jorge Cornick Montero somete a conocimiento de los señores miembros de la Junta Directiva el oficio 325-GG-2009 del 25 de agosto del 2009, adjunto al que el señor Rodolfo González Blanco, Gerente General, remite con su aprobación, el 699-DAF-2009 / 24971, del 24 de agosto del 2009, adjunto al que la señora Magally Porras Porras, Directora de la Dirección Administrativa Financiera, somete a consideración el Presupuesto Extraordinario N°2 de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por un monto neto de ¢299.923.367,72 y la Modificación Interna N° 12-2009, por ¢18.923.367,72 la cual debe ser aprobada antes del presupuesto extraordinario, ya que redistribuye saldos disponibles al 31 de julio del 2009.

Don Rodolfo González procedió a brindar una explicación sobre el particular, destacando que el presupuesto extraordinario es por una suma de ¢299.777.581,45 mediante el cual se trasladaría a la Superintendencia de Telecomunicaciones, una porción del disponible presupuestario asignado originalmente a favor de la Dirección Telecomunicaciones (DITEC), que deberá ser administrado por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones de la SUTEL, para cubrir parte de sus necesidades durante el periodo comprendido entre setiembre y diciembre del 2009, en relación con la primera fase del proceso de separación presupuestaria de SUTEL, de la Autoridad Reguladora.

Lo anterior obedece a que el Transitorio III de la Ley 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones establece que al entrar en vigencia la presente Ley, el personal, el presupuesto, los activos, los pasivos y el patrimonio del Departamento Nacional de Control de Radio del Ministerio de Gobernación y Policía asignado a labores de control del espectro radioeléctrico, se transfieren a la Sutel, así como el traslado a esa Superintendencia del presupuesto, los activos, pasivos y el patrimonio de la ARESEP, asignado a la Dirección de Servicios de Telecomunicaciones.

Señaló además que en la sesión 036-2009, esta Junta Directiva aprobó el calendario de traslado que ordenó la Contraloría General de la República, mediante el cual se programó que el 15 de junio se obtendría la aprobación del presupuesto de traslado de a la SUTEL.

Es importante tener presente que mediante oficio 157-SUTEL-2009 del 21 de abril del 2009, la Superintendencia de Telecomunicaciones presentó ante la Contraloría General de la República el proyecto de ajuste del canon 2009 mediante el que se solicitó un incremento de ¢2.449,9 miles de colones, solicitud que fue rechazada en oficio FOE-ED-0417 de esta Entidad. Así las cosas, Sutel remite el 3 de agosto del 2009, un nuevo proyecto de ajuste del canon 2009 y no es sino hasta el 18 de agosto del 2009 que esa Entidad convoca a audiencia el mencionado proyecto de ajuste.

Con base en lo anterior se espera que para finales de setiembre próximo, la Superintendencia de Telecomunicaciones obtenga la aprobación del ajuste a los cánones del 2009, con lo que estará en capacidad de fortalecer las distintas subpartidas de su presupuesto, razón por la cual se considera que las circunstancias actuales son propicias para tramitar los ajustes presupuestarios correspondientes.

Adicionalmente, también se presenta en esta oportunidad, la modificación interna 12-2009, por ¢18.923.367,72 la cual debe ser aprobada antes del presupuesto extraordinario, ya que redistribuye saldos disponibles al 31 de julio del 2009, que tiene el sub programa 2200 Ditec, para suplir necesidades de Sutel durante el periodo de transición, estimado entre agosto y setiembre, necesario para que la Contraloría General apruebe el citado presupuesto extraordinario.

Destacó que tanto el presupuesto extraordinario como la modificación interna tienen el propósito de completar dentro del plazo señalado por la Contraloría General de la República, esto es, el 15 de setiembre del 2009, el traslado del presupuesto de la Dirección de Telecomunicaciones a la Sutel,

Hizo ver que mediante el presupuesto extraordinario 2-2009, la ARESEP rebaja de su presupuesto el disponible estimado de Ditec al 31 de julio del 2009, para ser trasladado a la Sutel, manteniendo una reserva para suplir sus necesidades durante el período de transición. Hay que tener presente que simultáneamente el presupuesto extraordinario 1-2009 de Sutel, incorpora esos fondos al presupuesto. La reserva que permanece en la Autoridad Reguladora tiene la finalidad de cubrir las necesidades de Sutel, mientras ambos presupuestos extraordinarios son aprobados.

Con el presupuesto extraordinario, se trasladan recursos a la Sutel por un monto neto de ¢299,8 millones ajustes que en la parte de ingresos consideran una rebaja por canon de telecomunicaciones por ¢592,8 millones, una rebaja de recursos de vigencias anteriores por ¢73,8 millones y un aumento de ingresos por venta de servicios a la Sutel de ¢366,8 millones, mientras que por el lado de los egresos se da una rebaja de los disponibles presupuestarios del programa 2 en lo que corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones estimado a setiembre del 2009 (299,8 millones) y una rebaja y aumento por el mismo monto (¢366,8 millones) de los disponibles presupuestarios estimados a setiembre del 2009 del programa 1 en lo que corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones. Lo anterior por cuanto una vez rebajadas las subpartidas para su traslado a la Sutel, se debe volver a incrementarlas en el presupuesto de Aresep, por ahora financiadas con el pago por servicios suministrados a la Sutel.

Del total de asignación del presupuesto extraordinario por ¢299.777.581,45, ¢76.777.100,68 corresponden a remuneraciones, ¢157.077.875,19 a servicios, ¢6.539.112,35 a materiales y suministros, ¢41.533.858,15 a bienes duraderos y ¢17.849.635,07 a transferencias corrientes.

En lo que respecta a la modificación interna 12-2009, el señor Gerente General destaca que ésta corresponde a los gastos directos relacionados con Sutel, para garantizar reservas disponibles suficientes para el pago de salarios durante el periodo de transición. Deben realizarse previamente traslados de fondos desde saldos disponibles a julio de subpartidas que no se van a utilizar por ahora, hacia aquellas que se consideran necesarias.

**25 DE AGOSTO DE 2009**

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 058-2009**

Recalcó que una vez obtenida la aprobación de parte de la Contraloría General de la República se liquidarán los saldos pendientes, para lo cual será necesario presentar ante la Junta Directiva un nuevo presupuesto extraordinario.

En el caso de la modificación interna comprende el incremento en la subpartida sueldos para cargos fijos por ¢18.923.367,72, pues el monto presupuestado originalmente por ese concepto fue insuficiente, debido al nombramiento de los Miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, más dos plazas para profesionales en derecho, lo cual no pudo ser previsto oportunamente en el presupuesto original, debido a lo reciente de las modificaciones a la Ley 7593.

Así las cosas, para el caso de la modificación interna se registra un aumento de la subpartida de sueldos para cargos fijos por ¢18.923.367,72, recursos que fueron trasladados de la reducción en las subpartidas suplencias por ¢1.970.109,79, recargo de funciones por ¢182.065,87 y retribución por años servidos por ¢16.771.192,06.

Finalmente, don Rodolfo González hizo ver que surgieron unas dudas de parte de la Dirección de Asesoría Jurídica sobre el particular. Estas ya fueron tratadas directamente con don Juan Manuel Quesada y don Luis Fernando Sequeira Solís, a partir de lo cual la Administración propone el planteamiento hecho en esta oportunidad.

De inmediato se suscitó un cambio de impresiones sobre el particular, dentro del cual y en atención a una consulta que sobre el particular hizo doña Marta María Vinocour Fornieri en torno a si la Auditoría Interna está de acuerdo con los términos de ambas propuestas de modificación presupuestaria, don Luis Fernando Sequeira comentó que su preocupación seguía siendo la misma externada en la sesión 057-2009, respecto de la forma en que se había llevado a cabo el manejo referente al contenido de las plazas.

Sobre este mismo punto el señor Gerente del Banco señaló que al igual que lo mencionó en la sesión de ayer, había que tener presente que la Administración ha debido tomar una serie de decisiones, dentro del marco de la legalidad, para que las cosas puedan seguir su curso normal y, en ese sentido, también debían evaluarse las razones de oportunidad y conveniencia ya mencionadas.

Suficientemente analizado el tema, la Junta Directiva acuerda:

**ACUERDO 002-058-2009**

Aprobar a nivel de sub partida, partida y programa, la Modificación Interna N° 12-2009, al presupuesto de la Institución, por un monto de ¢18.923.367,72 (dieciocho millones novecientos veintitrés mil trescientos sesenta y siete colones con 72/100), como se muestra en el Anexo N° 4 de esta modalidad de modificación, según oficio 699-DAF-2009, de la Dirección Administrativa Financiera.

**25 DE AGOSTO DE 2009**

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 058-2009**

**ACUERDO 003-058-2009**

Aprobar a nivel de sub partida, partida y programa, el Presupuesto Extraordinario N°2-2009, de la Institución, por un monto de ¢299.777.581,45 (doscientos noventa y nueve mil setecientos setenta y siete mil quinientos ochenta y un colones con 45/100), como se muestra en el Anexo N° 4 de esta modalidad de presupuesto, según oficio 699-DAF-2009, de la Dirección Administrativa Financiera.

**CONCLUYE LA SESIÓN A LAS CATORCE HORAS TREINTA MINUTOS.**

\_\_\_\_\_  
**SR. JORGE CORNICK MONTERO**  
**PRESIDENTE AD-HOC JUNTA DIRECTIVA**

\_\_\_\_\_  
**SR. LUIS A. CASCANTE ALVARADO**  
**SECRETARIO JUNTA DIRECTIVA**