

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA

66-2011

26 de octubre del 2011

San José, Costa Rica

SESION ORDINARIA 66-2011

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

ARTÍCULO 1. *Aprobación del Orden del día.*

Seguidamente el **Regulador General** procedió a dar lectura del Orden del Día de esta sesión, luego de lo cual solicita retirar del conocimiento de esta Junta Directiva el punto 3.2 relacionado con el Modelo Automático de Ajuste para el Servicio de Transporte Remunerado de Personas Modalidad Autobús dado que, previamente, requiere cumplir con otros aspectos antes de elevarse a nivel de Junta.

Don **Emilio Arias Rodríguez** señaló que para hacer alguna consulta sobre cualquier tema existe el capítulo de "Asuntos de los miembros de Junta Directiva" dentro del orden del día. Si se indica de último posiblemente un directivo no tenga tiempo de hacer sus consultas. Sería importante incluir el asunto.

Don **Dennis Meléndez Howell** indicó que cree que la solución de esto es incluirlo ahí en ese punto, si algún director trae algo que es importante en el momento que se conoce el orden del día se puede hacer la modificación para trasladarlo a otro lugar.

Don **Emilio Arias Rodríguez** agregó que no tiene ningún problema en la forma, lo único que si quiere que quede claro es que debe garantizarse que los directivos puedan intervenir y hacer consultas y solventar dudas porque efectivamente no necesariamente en la agenda que se presenta están incluidos todos los temas de interés que puedan tener relación con la institución. Hay temas que surgen en el día y puede interesar hacer la consulta sobre un determinado aspecto.

La Junta Directiva resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 01-66-2011

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

- 1) Excluir, para ser conocido en otra oportunidad, el asunto relacionado con el punto 3.2 de la Agenda
- 2) Adicionar, de conformidad con lo que establece el artículo 54, numeral 4), de la Ley General de la Administración Pública, un capítulo de Asuntos de los Miembros de la Junta Directiva el cual se incorporará luego de conocido los puntos resolutivos de la agenda.

ARTÍCULO 2 *Aprobación del acta.*

La Junta Directiva procedió a analizar el punto relativo a la aprobación del acta de la sesión 65-2011, celebrada el 19 de octubre del 2011.

Seguidamente, los señores miembros de la Junta Directiva procedieron a indicar algunas observaciones sobre la citada acta sometida en esta oportunidad.

Doña **María Lourdes Echandi Gurdán** manifestó que en la página 12 en la línea 4 quiere que quede en actas de forma resumida lo que indicó con respecto a las observaciones sobre el acta 64-2011 sobre el tema del contrato de limpieza y aseo.

Luego en página 6, faltó una parte de su intervención y que quiere que conste. Ya la transcribió. Se trata de tres párrafos incluso de lo que hizo lectura ese día y lo pasará con el control de cambios al Secretario. Es el artículo 4 en la página 6.

Don **Emilio Arias Rodríguez** Solicitó un momento para efectos de leer dos párrafos que por error no se enviaron en el voto remitido con tiempo de forma digital, esto para garantizar que todos los directores lo conozcan y tengan la información completa.

Doña **Sylvia Saborío Alvarado** señaló que en las actas se debe reflejar las cosas que se dijeron. Las actas son un reflejo de lo que pasó en la sesión del cuerpo colegiado. Cree que incorporar texto y consideraciones después no se vale.

Don Emilio Arias Rodríguez indicó que va hacer dos aclaraciones. En la Asamblea Legislativa las actas son literales, se incorporan todo lo dicho por los diputados quieran o no quieran. Con respecto al tema de los votos salvados existe jurisprudencia de la Sala Constitucional suficiente, los votos salvados son parte del sistema garantista que se tiene

y precisamente el voto salvado lo que permite es que cualquier directivo que no comparte con la mayoría la votación que se dio tenga la oportunidad de manifestar porque no lo comparte.

Ahora, con respecto a lo que consultó don Edgar en la sesión pasada, es claro que decía *“bueno pero cómo sabemos nosotros si hay argumentos que no validamos o que nos dimos cuenta en ese momento y viene dentro del voto salvado”*. Precisamente, el sistema es que el voto salvado se conoce y se incorpora en antes de la aprobación del acta y, en ese momento, es donde cualquier directivo, tiene la posibilidad conforme lo establece la Ley de presentar un recurso de revisión de su voto.

No es que se pone en indefensión al resto y eso quiere dejarlo explicado, ese es el momento procesal y el mecanismo jurídico que está claramente establecido, donde se puede perfectamente tratar de modificar un voto que se dio, si ahí va algún argumento que un directivo está dando en un voto salvado. En ese momento no se tenía a la vista o que después de leerlo reposadamente como lo ha dicho la misma Sala Constitucional se valora que efectivamente es importante modificar la posición para salvar la responsabilidad.

Incluso, ya se había discutido desde el año pasado y después de una larga deliberación, se llegó a la conclusión de que los votos salvados se pueden consignar y precisamente se llaman votos salvados, porque requieren una redacción reposada y lo que se da aquí es una discusión y se dan los elementos, no se podría traer el voto preparado normalmente, porque eso puede ser que en algunos temas se pueda, en otros no, porque la votación depende incluso de la deliberación que se da en el momento de discusión de un tema determinado.

Don **Edgar Gutiérrez López**, considera que la naturaleza o la base del voto salvado es básicamente la liberación de responsabilidad, ahora, es cierto lo que don Emilio está diciendo, pero sobre esa base, sobre todo el análisis, con el cual él concuerda, debe de estar en función de que cuando se recibe el acta, el voto salvado ya viene incorporado, justamente para hacer esa valoración.

Lo que ha pasado aquí, es que cuando se está en el momento de la votación se utiliza, como en el caso de ahora, le parece que era lo que doña Sylvia Saborío estaba diciendo, no está ni oponiéndose, porque es parte de un derecho, pero que ojalá vengan incorporados al acta al momento en que se tiene tiempo para analizarla y podría darse lo que dice don Emilio, de que el voto salvado convenció y que se va a pedir una revisión, esa es la idea.

Don **Luis Fernando Sequeira** manifestó que la costumbre de todas las juntas directivas anteriores ha sido esa precisamente, enviar el voto salvado antes al Secretario para que lo incorpore al acta que se va a ratificar.

Doña **Sylvia Saborío Alvarado** señaló que por supuesto nadie puede decir nada en contra del derecho que todo el mundo tiene de salvar su voto, no se está cuestionando eso. Se está hablando del procedimiento de cómo consignar las razones para salvar el voto y cuando hacerlo y eso le parece que en la naturaleza de las actas, lo que debe de consignarse es lo que fue la discusión y las razones que se dieron ahí. Adicionar cosas después no le parece que sea correcto, eso no tiene nada que ver con la violación del derecho a salvar el voto, es una cosa procedimental, el acta debe reflejar lo que pasó en la sesión y punto.

Don **Emilio Arias Rodríguez** manifestó que lo que señala doña Sylvia Saborío es diferente a lo que está diciendo don Edgar. Comparte lo que está diciendo don Edgar y está de acuerdo con él, incluso el voto él lo envió con anticipación desde ayer. Desea recalcar que es la primera vez que por error envió un archivo incompleto, por eso transparentemente lo está exponiendo y leyendo en este momento.

Solicita se agregue al voto originalmente enviado, lo siguiente:

□ Otra razón para discrepar del voto de mayoría, es el hecho de que la metodología que se está aprobando es omisa en detallar la operatividad de las bandas de precios, porque no se dice cómo se aplicarán, además no se establece como opera la indexación de los precios de energía que se paga a las empresas que los tienen establecidos dentro de la banda, otra omisión en la metodología es el hecho de no establecer límites al ICE para definir los precios dentro de la banda, lo que genera que éste en su condición de comprador único haga uso de ese poder en contra de los vendedores de energía. □

Don **Luis Fernando Sequeira Solís** señaló que en la sesión se debe conocer por qué se está salvando el voto, los argumentos, en el mismo momento de la votación.

Don **Emilio Arias** coincide en que al momento de votar, se puede informar sobre los argumentos generales de su voto salvado, sin embargo es claro que en la redacción incluso se pueden dar nuevos argumentos, y precisamente pueden ser considerados al momento de aprobar el acta, y reitera que para eso el directivo puede presentar en ese momento una revisión, si considera que hay un argumento que lo hace cambiar de criterio.

Doña **Sylvia Saborío Alvarado** indicó que no está de acuerdo con esa posición y quiere dejarlo muy claro, en otras oportunidades cuando ha habido discusiones o disputas o faltas de claridad de que fue lo que se dijo, se recurre a la grabación, le parece que un acta, en ningún caso debe tener más que lo que dice la grabación y eso excluye por tanto cosas que se le adicionen después, una acta debe ser un reflejo de lo que se dio en la sesión y no ir más allá.

Doña **María Lourdes Echandi** manifestó que aclara que el voto salvado es un derecho del miembro del órgano colegiado para salvar su responsabilidad y lo establece el artículo 57 de la Ley General de la Administración Pública. La Ley General de la Administración Pública tiene su base en la Ley de Procedimiento Administrativo Español. La doctrina jurídica de ese país (González Pérez) es clara y cuando se refiere al voto salvado dice:

□Lo que deberá hacerse constar es, además del voto contrario al acuerdo del miembro que así lo pida, □los motivos que lo justifiquen□ Para poder ejercer esta facultad que reconoce el artículo 14[de esa Ley Española], es necesario haber votado en contra□

Continúa la cita: *□Ahora bien, no es necesario que □los motivos□ que se hagan constar se hubiesen aducido anteriormente en el curso de las deliberaciones. El Secretario no podrá negarse a recoger los argumentos que se le indican por no haber sido expuestos durante la sesión. El artículo 14 faculta para alegar motivos que justifiquen el voto contrario con independencia de que se hubiesen alegado□*

La posibilidad que tienen los miembros de Junta de valorar argumentos nuevos y reconsiderar su postura, es en la sesión siguiente antes de aprobar el acta estableciendo un recurso de revisión.

En el único momento en que tiene que quedar el voto salvado redactado es cuando hay un acuerdo firme, ahí es obligación de la persona que salva el voto redactarlo e incluirlo con el acuerdo firme. En el otro momento es hasta que se apruebe el acta.

Luego de analizado el tema objeto de este artículo, la Junta Directiva dispuso, por unanimidad:

ACUERDO 02-66-2011

Aprobar el acta de la sesión 65-2011 celebrada el 19 de octubre del 2011, cuyo proyecto se distribuyó con anterioridad copias entre los señores miembros de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 3 *Reforma del Reglamento Interno de Organización y Funciones, dictamen C-217-2011 y resolución de las 11:13 del 22 de setiembre del 2011.*

Se entró a conocer un proyecto de acuerdo tendiente a reformar el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus Órganos Desconcentrados. Dictamen C-217-2011 y resolución de las once horas y trece minutos del veintidós de setiembre del dos mil once.

Don **Dennis Meléndez Howell** indicó que, básicamente, lo que se pretende es tratar, en la medida de lo posible, de reasignar varias de las funciones que le habían sido transferidas al Comité de Regulación, específicamente, todas aquellas que pueden redistribuirse en otras instancias superiores, de manera que esas funciones no sufran atraso mientras se tiene una definición definitiva con relación a este tema de la constitucionalidad de las normas que dan pie a la creación del Comité de Regulación.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** indicó que en atención a la solicitud que le hiciera esta Junta Directiva en la sesión pasada, se procedió a elaborar un borrador de acuerdo. Como pueden ver, los primeros 21 considerandos son los antecedentes que se consideraron relevantes y que podría tener a la vista la Junta Directiva para decidir sobre ese tema. A partir del considerando 22 y hasta el 29, es donde se trata de plasmar un borrador de consideraciones que tendría el órgano para tomar el acuerdo, que en principio se le solicitó. Con esas consideraciones se dispone modificar el RIOF en la forma en que se señala en esa propuesta.

Doña **Sylvia Saborío Alvarado** manifestó su conformidad con la propuesta como lo había indicado en la sesión anterior, en el sentido de que ante la incertidumbre y para reducir la parálisis lo que correspondía era que en aquellos casos donde era posible transferir la responsabilidad del Comité de Regulación y reasignárselas a otro órgano de la institución que eso se debería hacer; por lo tanto, al corresponder a ese planteamiento que ella había formulado, está satisfecha.

Don **Dennis Meléndez Howell** señaló que tenía un considerando adicional que estuvieron trabajando el día de hoy, que sería para incluir como considerando treinta que indique: *□Que lo señalado en el considerando anterior reviste un alto grado de urgencia, dado que resulta necesario reasignar las funciones señaladas con el fin de no suspender el servicio público que está llamado a brindar este ente y evitar de esta manera la afectación del interés público, esto de acuerdo con el artículo 361.2 de la Ley 6227. □*

Doña **Sylvia Saborío** está de acuerdo en incluirlo, mientras que el director **Edgar Gutiérrez López** apuntó que luego de analizar toda la documentación y la motivación considera que está correcta.

En primer lugar, se parte de un pronunciamiento de la Procuraduría y lo que de acuerdo con las competencias que se están modificando, en ninguna forma se está burlando la disposición de la acción de inconstitucionalidad. No se está utilizando como una forma para burlar justamente la disposición misma, y se está transfiriendo aquellas competencias que las pueden realizar los órganos superiores existentes, lo cual tampoco estaría cayendo en la misma presunta inconstitucionalidad que se está discutiendo. En ese sentido está totalmente de acuerdo con la modificación.

Doña *María Lourdes Echandi Gurdíán* señala que:

□Discrepa del criterio de la mayoría, por lo menos de los expresados anteriormente, y el directivo Arias Rodríguez también, con respecto a la reforma al RIOF cuya base es el documento que se nos puso en conocimiento que se titula: □Reforma al RIOF con base en el dictamen C-217-2011 y □LA RESOLUCIÓN DE LAS ONCE HORAS TRES MINUTOS DEL VEINTIDOS DE SETIEMBRE DEL DOS MIL ONCE□

En el caso del primero □dictamen C-217-2011-, como se sabe la Procuraduría General de la República expone su particular interpretación del reparto de competencias que estima corresponde efectuar considerando las actuales disposiciones de la Ley de la ARESEP, especialmente luego de su reforma mediante la Ley No. 8660.

La resolución aludida, si bien no se aclara es la resolución mediante la cual la Sala Constitucional dio curso a la Acción de Inconstitucionalidad planteada en contra de las disposiciones del RIOF que atribuyen al Comité de Regulación y a las Superintendencias -sic- de Agua, Energía y Transportes las potestades de fijar tarifas, resolver quejas e imponer sanciones rescisorias a los regulados, entre otras.

Ciertamente por disposición legal, el dictamen de la Procuraduría General de la República vincula la voluntad de esta Autoridad, por lo que, en principio, lo procedente es efectuar las reformas que sea necesario para adecuar el reglamento al alcance del dictamen.

Ahora bien, median dos circunstancias que, a nuestro juicio, hacen que la iniciativa de la administración sea inoportuna.

La primera circunstancia es que, como consta en la certificación emitida por el Secretario de la Junta Directiva mediante oficio 416-SJD-2011/74267 del 24 de octubre del 2011, está pendiente de publicación en el Diario Oficial La Gaceta dos modificaciones acordadas por este órgano colegiado precisamente al RIOF. Así se ratifica, de hecho en los Considerandos XI, XII y XIII del borrador puesto en conocimiento.

La consecuencia jurídica de la omisión de la publicidad idónea de estas reformas es que no cobran eficacia alguna, todo ello conforme a lo señalado por el artículo 240 inciso 1, en relación con el artículo 140 ambos de la Ley General de la Administración Pública.

Así las cosas, resulta claramente improcedente reformar el RIOF antes de que cobre eficacia la reformas pendientes de publicar. Nótese que tales reformas ocasionan ajustes en la numeración por lo que ni siquiera existe seguridad jurídica en torno a cuál de los artículos es el que debe ser reformado.

La segunda razón para estimar inoportuna la reforma propuesta, es que lo planteado se relaciona de modo directo con el objeto del proceso de inconstitucionalidad en contra de las normas del RIOF actualmente conocido por la Sala Constitucional por lo que lo pertinente es no adoptar decisiones al respecto hasta tanto la Sala no se pronuncie por las razones que paso a señalar.

Con relación a las normas impugnadas ante la Sala Constitucional en unos casos se propone su derogatoria (por ejemplo el artículo 34, inciso 1, subinciso h que aquí en la propuesta supone no está segura, sería el artículo 43, inciso 1, subinciso h), lo cual podría suponer un allanamiento a la inconstitucionalidad aducida por la accionante, concretamente en tanto se atribuye la potestad de declarar la caducidad y revocatoria de las concesiones a la Junta Directiva [Órgano Externo- y ya no a las Superintendencias -Órgano Interno-, si bien nada de ello se puntualiza en la parte considerativa.

Por otro lado se reforman otras disposiciones (por ejemplo el artículo 34, inciso 2, subinciso d, que supone que de acuerdo a lo que presenta la Dirección de Asesoría Jurídica sería el artículo 43, inciso 2, subinciso d), pero manteniendo la aducida violación al Principio de Reserva Legal, artículo 121, inciso 20 de la Constitución Política, con lo cual se altera el marco normativo cuya constitucionalidad examina la Sala, de modo que de forma inminente, se causará gran confusión de acoger la Sala la inconstitucionalidad planteada, toda vez que anulará normas con textos alterados con posterioridad al dictado, notificación y publicación de la resolución que da curso a la demanda.

Finalmente estimamos que la reforma planteada es improcedente en tanto a nuestro juicio lo pertinente es anular, no así revocar o /y reformar las normas del RIOF que atribuyen potestades de imperio a órganos internos, como el Comité de Regulación y las Superintendencias [sic-, de Aguas, Energía y Transporte.

Sin duda alguna tal proceder atenta contra el Derecho de la Constitución, concretamente atenta contra el Principio de Reserva Legal, dispuesto por el artículo 121, inciso 20 constitucional.-

Por todo lo dicho no compartimos la tesis de la mayoría que aprueba la modificación planteada por la Administración, lo cual votamos negativamente.

Seguidamente el Directivo Arias Rodríguez expondrá de nuevo la posición que ya expusieron en la sesión 65-2011, en torno a qué había que hacer para solucionar el tema de la urgencia tan alegada por el resto de los miembros de la Junta Directiva.

Don *Emilio Arias Rodríguez* indicó que, en consecuencia con lo mencionado por doña María Lourdes, comparte lo que acaba de leer para efectos de que así se consigne en actas. En la sesión 65-2011 doña María Lourdes y él coincidieron en una propuesta de solución a esta problemática y le parece importante que si alguna persona en el futuro desea conocer los antecedentes de este tema, pueda conocer que hubo una propuesta alternativa y jurídicamente viable, por esta razón la leerá para que quede debidamente incorporada en el acta:

□Esto se da frente a una problemática específica. Dado que en la acción de inconstitucionalidad se discute la incompetencia del Comité de Regulación y la Superintendencias de Agua, Energía y Transporte para ejercer potestades de imperio como la fijación de tarifas, según el artículo 120.21 de la Constitución, el efecto de la admisión de la demanda como lo ordenó la Sala, es la suspensión inmediata de la aplicación de esas normas, por lo que estos Órganos no pueden fijar tarifas. Por ello corresponde a la Aresep buscar una solución para garantizar la continuidad del servicio público.

La solución que doña María Lourdes y él han planteado es que previa transferencia de competencias del Comité de Regulación, el Regulador puede y debe fijar las tarifas en el tanto la Sala resuelva la inconstitucionalidad. Permaneciendo inalterada la competencia de Junta Directiva de resolver en segunda instancia. Dicha solución la señalaron en la sesión 65-2011 del 19 de octubre pasado y causó extrañamente su vilipendio. De ello depende evitar inminentes dislocaciones sociales y económicas.

La transferencia de competencias debe de obedecer a razones de oportunidad y conveniencia política. Se procura por este medio asegurar la continuidad de los fines públicos, cuando se vean en entredicho por incapacidad del titular normalmente encargado, lo que se conoce efectivamente como razón de oportunidad. En este caso al suspenderse el efecto jurídico de las potestades atribuidas al Comité de Regulación lo pertinente para asegurar la continuidad del servicio prestado por la Aresep es acudir a uno de los mecanismos de transferencia de competencias previstos en la misma Ley General de la Administración Pública en su artículo 84.

En esa misma Ley se previó una regla frente a casos como el que se nos comenta, el artículo 85.1 dice □Toda transferencia de competencias externas de un órgano a otro, tendrá que ser autorizada por la norma expresa, salvo casos de urgencia□ Sin duda, se está frente a un caso de urgencia, es la existencia de un peligro de inaplazable solución El peligro consiste, al no fijarse tarifas, en la inminente pérdida de equilibrio económico en la prestación de los servicios públicos regulados, así como la eventual afectación de los intereses económicos de los usuarios, circunstancias capaces de causar dislocaciones sociales y económicas.

En relación a ese tema, el único argumento que el Regulador manifestó en su momento ante la tesis de doña María Lourdes y de su persona, consiste en que la Procuraduría General de la República, en su dictamen vinculante C-217-2011, resolvió, que luego de la reforma a la Ley de Aresep, mediante la Ley 8660, el Regulador perdió la potestad de fijar tarifas. Esa decisión del legislador no impide la posibilidad apuntada de transferir, temporalmente, la potestad de fijar tarifas al Regulador, Órgano Externo que natural e históricamente ejerció esa facultad y que, como la misma Procuraduría General de la República establece en ese dictamen, es el jerarca inmediato del Comité de Regulación y de las citadas tres superintendencias.

Ese carácter de jerarca refuerza la mencionada tesis, en el tanto dentro de las potestades de todo superior jerárquico, se encuentra la de avocar las funciones del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de límites y condiciones señalados en la Ley General de la Administración Pública, artículo 102, inciso e. □

Don **Dennis Meléndez Howell** indicó que consideraba que el acuerdo está debidamente fundamentado y en ese sentido, se aprueba con una votación por mayoría, tres votos a dos.

Doña **María Lourdes Echandi Gurdíán** señala que lo que ella dijo y lo que dice don Emilio lo unimos en voto salvado, posterior a la aprobación de la Reforma del RIOF.

Analizado el tema, la Junta Directiva, resolvió, por mayoría,

Considerando:

Sobre la potestad de auto organización interna de la Autoridad Reguladora

- I. Que la reforma operada mediante Ley 8660 del 8 de agosto de 2008 a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593) atribuyó a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos competencias asignadas, originalmente, al Regulador General de modo exclusivo.
- II. Que de conformidad con los artículos 45, 53 inciso l) y 73 inciso q) de la Ley 7593, la Junta Directiva es un órgano superior de la Autoridad Reguladora, y entre sus funciones se encuentra la potestad de aprobar la organización interna del Ente Regulador (incluida la SUTEL).

- III. Que mediante acuerdo 001-021-2009, de la sesión 021-2009, del 19 de marzo de 2009, se aprobó por parte de esta Junta Directiva, el Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados (RIOF), publicados en el Alcance 13 a La Gaceta 69, del 8 de abril de 2009. Dicha reglamentación introduce una serie de cambios administrativos y estructurales en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos que responden, en gran medida, a la reforma legal incorporada por la Ley 8660, como son la creación de Superintendencias dentro de la estructura organizativa de la Autoridad Reguladora.
- IV. Que el RIOF también asignó a las Superintendencias de Agua y Saneamiento (SUAGUA), Energía (SUENERGIA) y de Transporte Público (SUTRANSPORTE), las competencias de: a) Fijar de manera ordinaria y extraordinaria, a solicitud de parte y de oficio, los precios y tarifas para los servicios regulados; b) Declarar la caducidad y revocatoria de las concesiones otorgadas para la prestación de los servicios públicos; c) Determinar la existencia de mérito en quejas, controversias y denuncias y resolverlas como órgano decisor. También dichas Superintendencias deben realizar investigaciones preliminares.
- V. Adicionalmente, el RIOF asignó a: 1) SUENERGIA la competencia de [otorgar o rechazar el refrendo a contratos en generación privada de energía y a los contratos de venta de energía] y 2) SUTRANSPORTE la competencia de [otorgar o denegar el refrendo a los contratos de concesión de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que sean remitidos para estos efectos]
- VI. Que, por otra parte, mediante acuerdo 003-15-2010 de la sesión 015-2010 del 15 de abril de 2010 de la Junta Directiva, se creó el Comité de Regulación y al mismo se le asignaron las siguientes funciones: [a. Ordenar la apertura de los expedientes tarifarios, fijar las tarifas de los servicios públicos y resolver los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones; b. Resolver lo que corresponda en materia de quejas y denuncias y conocer en primera instancia los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones; c. Resolver los procedimientos administrativos sancionatorios a que se refieren los artículos 38 y 41 de la Ley 7593 y conocer de los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones; d. Coordinar los actos preparatorios necesarios para remitir a la Junta Directiva, para su resolución, las apelaciones a las fijaciones de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones.] Dicho nombramiento rigió del 8 de mayo de 2010 y hasta el 20 de julio de 2010. Fue publicado en el diario oficial La Gaceta No. 84 de 3 de mayo del 2010.

- VII. Que la Junta Directiva mediante el artículo 6 del acuerdo 026-2010, de la sesión ordinaria 019-2010 del 7 de mayo del 2010, adicionó al Comité de Regulación las siguientes funciones: □e. Otorgar o denegar el refrendo a los contratos de concesión de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que sean remitidos para estos efectos y f. Ratificar o no los contratos que suscriba el Instituto Costarricense de Electricidad destinados a la compra de energía eléctrica, que sean remitidos para estos efectos. □Fue publicado en el diario oficial La Gaceta No.109 de 7 de junio del 2010.
- VIII. Que por acuerdo 010-020-2010 de la sesión 020-2010 de 20 de julio de 2010, la Junta Directiva prorrogó la vigencia del Comité de Regulación y le estableció como funciones las siguientes: □a. Ordenar la apertura de los expedientes tarifarios, fijar las tarifas de los servicios públicos y resolver los recursos de revocatorias que se presente contra sus actuaciones; b. Resolver lo que corresponda en materia de quejas y denuncias y conocer en primera instancia los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones; c. Resolver los procedimientos administrativos sancionatorios a que se refieren los artículos 38 y 41 de la Ley 7593 y conocer de los recursos de revocatoria que se presenten contra sus resoluciones; d. Coordinar los actos preparatorios necesarios para remitir a la Junta Directiva, para su resolución, las apelaciones a las fijaciones de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones; e. Otorgar o denegar el refrendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que sean remitidos para estos efectos. □Dicho acuerdo rigió desde el 20 de julio de 2010 y hasta el 8 de octubre de 2010. Se publicó en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 del 5 de agosto de 2010.
- IX. Que a través del acuerdo 002-039-2010, artículo 2 de la sesión extraordinaria 039-2010, celebrada por la Junta Directiva, el 04 de octubre de 2010 y ratificada el 06 del mismo mes, se modifica el artículo 50 y se adicionan los artículos 51 y 52, todos transitorios. En lo que interesa prorrogó la vigencia del Comité de Regulación y le estableció las siguientes funciones: □a.- Ordenar la apertura de los expedientes tarifarios, fijar las tarifas de los servicios públicos y resolver los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones; b.- Resolver lo que corresponda en materia de quejas y denuncias y conocer en primera instancia los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones; c.- Resolver los procedimientos administrativos sancionatorios a que se refieren los artículos 38 y 41 de la Ley 7593 y conocer de los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones; d.- Coordinar los actos preparatorios necesarios para remitir a la Junta Directiva, para su resolución, las apelaciones a las fijaciones de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones; e.- Otorgar o denegar el refrendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que sean remitidos para estos efectos; f.- Ratificar o no los

contratos que suscriba el Instituto Costarricense de Electricidad destinados a la compra de energía eléctrica, que sean remitidos para estos efectos. □ Esta medida transitoria rige a partir del 9 de octubre de 2010 y hasta por un plazo de seis meses (9 de abril de 2011). Dicho acuerdo fue publicado en el diario oficial La Gaceta No. 203 del 20 de octubre de 2010.

- X. Que por el acuerdo 3 de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de la sesión ordinaria 021-2011, celebrada el 30 de marzo de 2011, ratificada el 6 de abril de 2011, se prorrogó la existencia del Comité de Regulación y dispuso sus funciones en adelante, a saber: □ a. Ordenar la apertura de los expedientes tarifarios, fijar las tarifas de los servicios públicos y resolver los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones; b. Ordenar la apertura, dictar actos preparatorios y resolver lo que corresponda en materia de quejas y denuncias y conocer en primera instancia los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones; c. Ordenar la apertura, dictar actos preparatorios y resolver los procedimientos administrativos sancionatorios a que se refieren los artículos 38 y 41 de la Ley 7593 y conocer de los recursos de revocatoria que se presenten contra sus actuaciones; d. Coordinar los actos preparatorios necesarios para remitir a la Junta Directiva, para su resolución, las apelaciones a las fijaciones de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones; e. Otorgar o denegar el refrendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que sean remitidos para estos efectos, f. Ratificar o no los contratos que suscriba el Instituto Costarricense de Electricidad destinados a la compra de energía eléctrica, que sean remitidos para estos efectos. □ Esta medida transitoria rigió a partir del 9 de abril de 2011 y hasta el 30 de setiembre del 2011. Se publicó en el Alcance No. 24 al diario oficial La Gaceta 79 del 26 de abril de 2011.
- XI. Que a través del acuerdo de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por artículo 5, de la sesión 62-2011, celebrada el 28 de setiembre del 2011, ratificada el 5 de octubre del 2011, entre otras disposiciones transitorias, se modificó el Transitorio II del RIOF a fin de prorrogar la vigencia del Comité de Regulación, y se le estableció las siguientes funciones: □ a. Ordenar la apertura de los expedientes tarifarios, fijar las tarifas de los servicios públicos y resolver los recursos administrativos que correspondan; b. Ordenar la apertura, dictar actos preparatorios y resolver lo que corresponda en materia de quejas. Además, deberá resolver los recursos administrativos que correspondan; c. Coordinar los actos preparatorios necesarios para remitir a la Junta Directiva, para su resolución, las apelaciones a las fijaciones de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones; d. Ordenar en los procedimientos administrativos, en los cuales la posible sanción sea la caducidad de las concesiones y permisos otorgados para la prestación de los servicios públicos, su apertura; dictar los

actos preparatorios y las medidas cautelares de cierre de empresa o remoción de equipo y dictar la resolución final. Además, deberá resolver los recursos administrativos que correspondan; e. Otorgar o denegar el refrendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que sean remitidos para estos efectos y resolver los recursos administrativos que correspondan; f. Ratificar o no los contratos que suscriba el Instituto Costarricense de Electricidad destinados a la compra de energía eléctrica, que sean remitidos para estos efectos y resolver los recursos administrativos que correspondan. □Esta medida transitoria rige a partir del 1 de octubre de 2011 y hasta el 31 diciembre del 2011. Dicho acuerdo se encuentra pendiente de publicación.

- XII. Que mediante el acuerdo 003-054-2011, tomado en la sesión ordinaria 054-2011 del 31 de agosto de 2011, de la Junta Directiva y ratificado en la sesión ordinaria 56-2011 del 7 de setiembre de 2011, dispuso la aprobación de una reforma al RIOF, con el objeto de que la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) asuma sus propias funciones administrativas y de apoyo. Ello conlleva a un cambio en la numeración del articulado del RIOF. Dicho acuerdo se encuentra pendiente de publicación.
- XIII. Que por el acuerdo 03-062-2011, de la sesión ordinaria 62-2011 del 28 de setiembre de 2011, de la Junta Directiva y ratificado en la sesión del 5 de octubre de 2011, se rectificó un error material detectado en la numeración de la modificación al RIOF introducida mediante el acuerdo 003-054-2011 citado, de manera que el artículo 20 pase a ser el artículo 17 y así sucesivamente hasta el artículo 44 pase a ser el 41. Además, se adicionó a dicho acuerdo un punto dos, con el objetivo que se corra la numeración del resto del articulado del RIOF. Dicho acuerdo se encuentra pendiente de publicación.

Sobre el dictamen C-217-2011 de la Procuraduría General de la República

- XIV. Que por oficio 390-RG-2011 del 29 de julio de 2011, el Regulador General, planteó consulta a la Procuraduría General de la República, sobre la asignación interna, vía reglamento, de las competencias dadas por ley.
- XV. Que mediante dictamen C-217-2011, de 8 de setiembre de 2011, la Procuraduría General de la República, emitió el criterio solicitado mediante oficio 390-RG-2011 citado. Dicho dictamen, en lo que interesa concluyó:

□(□) 1-. En ejercicio de la potestad legislativa, la Asamblea Legislativa creó la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y le atribuyó su competencia. Conforme lo cual estableció las potestades que a dicho Ente corresponden, atribuyéndole potestades de imperio.

2-. *Se sigue de lo anterior que la creación del Ente y la titularidad de sus potestades derivan de la ley. Al disponer en los términos indicados, el legislador ha respetado el principio de reserva de ley presente en el artículo 121, inciso 20 de la Constitución y del cual se hace eco el numeral 59.1 de la Ley General de la Administración Pública.*

3-. *A partir de la reforma introducida a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos por la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, la facultad de resolver las solicitudes de fijación de tarifas deja de corresponder al Regulador General. Por el contrario, dicha competencia es propia de la Autoridad Reguladora como Ente, tal como deriva del artículo 6 de la Ley 7593.*

4-. *En materia de tarifas de los servicios públicos, la competencia de la Junta Directiva consiste en resolver los recursos que se planteen contra la fijación tarifaria. Por consiguiente, legalmente no le corresponde fijar tarifas.*

5-. *De conformidad con el artículo 37 de la Ley, la resolución que fija las tarifas es emitida por un órgano sujeto a la jerarquía del Regulador General. En caso de que ese funcionario incumpla sus obligaciones, el Regulador General puede sancionarlo. Lo que excluye la posibilidad de que la fijación tarifaria sea realizada por la Junta Directiva del Ente o por el Regulador General.*

6-. *El legislador decidió igualmente que el conocimiento y resolución de las quejas por la prestación de los servicios públicos no correspondía al Regulador General.*

7-. *Es decir, en ejercicio de la potestad legislativa decidió que al Regulador General no le correspondía ni resolver las solicitudes de fijación de tarifas ni de conocer y resolver las quejas por la prestación de los servicios públicos.*

8-. *Corresponde a la Junta Directiva resolver los recursos de apelación que se presenten contra las resoluciones que resuelvan las quejas por la prestación de los servicios públicos.*

9-. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 53 de la Ley de la ARESEP, corresponde a la Junta Directiva del Ente ejercer la potestad de organización del Ente. Por lo que dicho Órgano Colegiado debe determinar cuál es la organización interna más conveniente para el Ente, en razón de los fines que debe cumplir y que, por ende, satisfaga en mejor forma el principio de eficacia administrativa.

10-. En ejercicio de esa potestad podrá distribuir internamente el ejercicio de las competencias atribuidas a la ARESEP por la Ley. No obstante, no podrá asignar a otro órgano las competencias que el legislador ha asignado directamente. Este límite comprende tanto las competencias que le han sido expresamente asignadas a la Junta como aquéllas propias del Regulador General.

11-. Consecuentemente, la Junta Directiva no puede asignar en otro órgano la potestad de revocar concesiones, que le corresponde según lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley.

12-. En igual forma, debe respetar la competencia atribuida legalmente al Regulador para suscribir los contratos de concesión de los servicios públicos que lo requieran, establecida para el Regulador, en los términos del artículo 57 de la Ley.

13-. En aplicación de los artículos 40 de la Ley de la ARESEP y 65 y 149 de la Ley General de la Administración Pública, la potestad de imponer multas corresponde al Regulador. (□)□

- XVI. Que al tenor de lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el dictamen C-217-2011 del 8 de setiembre de 2011 es vinculante para la Autoridad Reguladora, mismo que hace necesario ajustar la normativa interna a lo dispuesto en él.

Sobre la acción de inconstitucionalidad 11-010189-007-CO

- XVII. Que la Asociación de Consumidores de Costa Rica interpuso ante la Sala Constitucional una acción de inconstitucionalidad contra el RIOF, concretamente en contra de sus disposiciones en las cuales crea el Comité de Regulación y las Superintendencias de Agua, Energía y Transporte. Dicha acción se conoce en el expediente 11-010189-007-CO.

- XVIII. Que la Sala Constitucional mediante la resolución del 22 de setiembre del 2011, ordenó la suspensión del dictado de la resolución final en los procesos o procedimientos en los cuales se discuta la aplicación de lo cuestionado. Además se indicó que *□lo único que la acción suspende en vía administrativa es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendentes a agotar esa vía, que son los que iniciaron y a partir del recurso de alzada o de reposición interpuestos contra el acto final, salvo, claro está, que se trate de normas que deben aplicarse durante la tramitación, en cuyo caso la suspensión opera inmediatamente.* □
- XIX. Que ante una solicitud de aclaración que la Autoridad Reguladora hizo a la Sala Constitucional el 28 de setiembre de 2011, la Sala Constitucional mediante resolución del 12 de octubre de 2011 indicó: *□(□) no le corresponde a la Sala determinar qué actos en concreto debe o no suspender la ARESEP en el presente caso, de acuerdo a la normativa reglamentaria impugnada.* □
- XX. Que a la fecha no se ha resuelto la acción de inconstitucionalidad mencionada.
- XXI. Que la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-397-2008 del 31 de octubre de 2008, refiriéndose al tema de cómo cumplir una orden emitida por la Sala Constitucional, cuando ésta está dirigida a la suspensión de la aplicación de una norma que asigna competencias cuestionadas constitucionalmente, caso similar al presente, indicó en sus conclusiones: *□1. El asunto consultado no está previsto en la Ley de la Jurisdicción Constitucional. 2. Hay dos posibles soluciones, contradictorias entre sí, sobre el tema consultado. 3. La primera indicaría que, al tratarse de un asunto no previsto en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no procedería el efecto suspensivo; consecuentemente, la Administración Pública no solo puede ejercer la competencia, sino que también se encuentra habilitada para dictar el acto final. 4. La segunda señalaría que, aplicando por analogía el numeral 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Administración Pública no puede ejercer la competencia dictando el acto final hasta tanto la Sala Constitucional no resuelva la acción de inconstitucionalidad. En vista de que estamos en presencia de un asunto novedoso, y siendo la Sala Constitucional la llamada a interpretar las normas de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que regulan su competencia, lo más recomendable es consultar este asunto a este órgano fundamental del Estado costarricense.* □

Sobre la implementación del Dictamen C-217-2011 y lo dispuesto por la Sala Constitucional

- XXII. Que se hace necesario garantizar la continua y eficiente prestación del servicio público que, por Ley está llamada a brindar la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en aplicación del principio de eficacia administrativa, y en cumplimiento del dictamen vinculante de la Procuraduría General de la República y la resolución de las 11:13 horas del 22 de setiembre de 2011. En razón de ello, en lo posible, debe hacerse una reforma del RIOF que permita a la Autoridad Reguladora, ejercer adecuadamente sus competencias legales.
- XXIII. Que conforme el dictamen C-217-2011, no le corresponde al Regulador General ni a la Junta Directiva, resolver en primera instancia las solicitudes de fijación de tarifas ni de quejas por la prestación de los servicios públicos.
- XXIV. Que sería jurídicamente posible, que la Junta Directiva reasigne las funciones dadas al Comité de Regulación a otros órganos de la Autoridad Reguladora, con excepción de la fijación de tarifas y resolución de quejas, a fin que ésta pueda seguir ejerciendo, en lo posible, sus competencias esenciales.
- XXV. Que según lo señaló la Procuraduría General de la República en la conclusión número once del dictamen citado, compete a esta Junta Directiva la revocatoria de las concesiones, según lo dispone el artículo 55 inciso b) de la Ley 7593. En consecuencia las denuncias que tengan por posible consecuencia esa sanción, el órgano decisor será esta Junta Directiva. Considerando la similitud entre la naturaleza de las concesiones y los permisos para la prestación de un servicio público y que las causales para aplicar dichas sanciones son las definidas en el artículo 41 de la Ley 7593, resulta conveniente que sea éste órgano colegiado quien conozca también la revocatoria de dichos permisos.
- XXVI. Que por otra parte, por la similitud de los efectos jurídicos que conllevan la revocatoria y caducidad de las concesiones o permisos de los servicios públicos regulados, resulta conveniente al interés público y en atención al principio de eficiencia administrativa, que sea esta Junta Directiva la competente para declarar la caducidad de las concesiones o permisos.
- XXVII. Que conforme lo indicado por la Procuraduría General de la República en la conclusión número trece, la potestad de imponer multas corresponde al Regulador General, razón por la cual a éste puede asignársele la competencia para conocer las denuncias, en lugar de que la continúe ejerciendo el Comité de Regulación transitoriamente.

- XXVIII. Que asimismo el refrendo de los contratos de de concesión de transporte remunerado de personas y los contratos que suscriba el Instituto Costarricense de Electricidad destinados a la compra de energía, resulta conveniente en razón de los antecedentes citados que sea competencia del Regulador General.
- XXIX. Que resulta conveniente al interés público y en aplicación del principio de eficacia administrativa, definir los órganos internos que se les asignará las competencias que conforme los antecedentes mencionados, no debe continuar ejerciendo el Comité de Regulación y establecer las medidas transitorias para su adecuado funcionamiento.
- XXX. Que lo señalado en el considerando anterior reviste un alto grado de urgencia, dado que resulta necesario reasignar las funciones señaladas con el fin de no suspender el servicio público que está llamado a brindar este ente y evitar de esta manera la afectación del interés público, esto de acuerdo con el artículo 361.2 de la Ley 6227.

Por tanto:

ACUERDO 03-66-2011

De conformidad con los considerandos anteriores, y en aplicación de los artículos 45, 53 inciso l) y 73 inciso q) de la Ley 7593, la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227), artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y 81 y 82 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos resuelve, por mayoría, reformar el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus Órganos Desconcentrados, tal y como se dispone:

- I. Adicionar al artículo 6° inciso 2., un sub inciso *j.* y uno *k.* que dicen:
- j.* Ordenar en los procedimientos administrativos, en los cuales una posible sanción a imponer sea la revocatoria de la concesión o el permiso, su apertura; dictar los actos preparatorios y las medidas cautelares de cierre de empresa o remoción de equipo y dictar la resolución final. Además deberá conocer de los recursos que se presenten.
- k.* Declarar la caducidad de las concesiones o permisos otorgados para la prestación de los servicios públicos de su competencia, cuando corresponda.
- II. Adicionar al artículo 8° tres incisos, que dicen:
- p.* Ordenar en los procedimientos administrativos, en los cuales la posible sanción sea la imposición de multas, su apertura; dictar los actos preparatorios y las medidas

cautelares de cierre de empresa o remoción de equipo y dictar la resolución final. Además deberá conocer de los recursos que se presenten.

q. Otorgar o denegar el refrendo de contratos de concesión de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, que sean remitidos para estos efectos y resolver los recursos administrativos que correspondan;

r. Ratificar o no los contratos que suscriba el Instituto Costarricense de Electricidad destinados a la compra de energía eléctrica, que sean remitidos para estos efectos y resolver los recursos administrativos que correspondan. □

III. Adicionar al artículo 56° inciso 1 un sub inciso f.que dice:

f. *Asesorar a la Junta Directiva en materia de resolución de las apelaciones a las fijaciones de tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones; □*

IV. Modificar el artículo 43° inciso 2 sub inciso b., para que en adelante indique:

b. *Realizar las investigaciones preliminares de aquellos casos, donde posiblemente hay infracción a los artículos 38 y 41 de la Ley 7593 y remitir al órgano decisor correspondiente un informe que contenga como mínimo la valoración y recomendación de la existencia mérito suficiente para abrir el respectivo procedimiento y que anexe los elementos de juicio necesarios para formular el traslado de cargos o intimación. □*

V. Modificar el artículo 43° inciso 2 sub inciso c., para que en adelante indique:

c. *Determinar la existencia de mérito en quejas y controversias, para la instrucción formal de un procedimiento administrativo y solicitar dicha instrucción a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria cuando corresponda. □*

VI. Modificar el artículo 43° inciso 2 sub inciso d., para que en adelante indique:

d. *Resolver, como órgano decisor las quejas y controversias que se presenten ante la ARESEP, así como proporcionar la información que se le solicite en su instrucción. □*

VII. Modificar el artículo 45° inciso 2 sub inciso b., para que en adelante indique:

b. *Realizar las investigaciones preliminares de aquellos casos, donde posiblemente hay infracción a los artículos 38 y 41 de la Ley 7593 y remitir al órgano decisor correspondiente un informe que contenga como mínimo la valoración y recomendación de la existencia mérito suficiente para abrir el respectivo*

procedimiento y que anexe los elementos de juicio necesarios para formular el traslado de cargos o intimación. □

VIII. Modificar el artículo 45° inciso 2 sub inciso c., para que en adelante indique:

□c. Determinar la existencia de mérito en quejas y controversias, para la instrucción formal de un procedimiento administrativo y solicitar dicha instrucción a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria cuando corresponda. □

IX. Modificar el artículo 45° inciso 2 sub inciso d., para que en adelante indique:

□d. Resolver, como órgano decisor las quejas y controversias que se presenten ante la ARESEP, así como proporcionar la información que se le solicite en su instrucción. □

X. Modificar el artículo 47° inciso 2 sub inciso b., para que en adelante indique:

□b. Realizar las investigaciones preliminares de aquellos casos, donde posiblemente hay infracción a los artículos 38 y 41 de la Ley 7593 y remitir al órgano decisor correspondiente un informe que contenga como mínimo la valoración y recomendación de la existencia mérito suficiente para abrir el respectivo procedimiento y que anexe los elementos de juicio necesarios para formular el traslado de cargos o intimación. □

XI. Modificar el artículo 47° inciso 2 sub inciso c., para que en adelante indique:

□c. Determinar la existencia de mérito en quejas y controversias, para la instrucción formal de un procedimiento administrativo y solicitar dicha instrucción a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria cuando corresponda. □

XII. Modificar el artículo 47° inciso 2 sub inciso d., para que en adelante indique:

□d. Resolver, como órgano decisor las quejas y controversias que se presenten ante la ARESEP, así como proporcionar la información que se le solicite en su instrucción. □

XIII. Derogar el sub inciso h. del inciso 1 del artículo 43°.

XIV. Derogar los sub inciso b. y j. del inciso 1 del artículo 45°.

XV. Derogar los sub incisos e. y o. del inciso 1 del artículo 47°.

XVI. Derogar los incisos c., d., e., y f., del transitorio II.

Transitorio:

En el caso de los procedimientos administrativos que se encuentren en curso, éstos seguirán siendo tramitados y resueltos por el órgano que a la luz de esta reforma, resulte competente. Dicho órgano mantendrá todo lo actuado, salvo que ello no sea jurídicamente posible.

La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria continuará instruyendo los procedimientos encomendados en el Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados. Finalizada la etapa de instrucción, trasladará el asunto a la Superintendencia competente según el sector regulado, junto con un informe de instrucción, sin recomendación o valoración alguna del fondo del asunto. Dicha superintendencia analizará y valorará cada caso y tratándose de procedimientos administrativos sancionatorios originados en las causales de los artículos 38 y 41 de la Ley 7593, preparará un informe sobre el fondo del asunto, dirigido al órgano decisor competente, que incluirá además, las recomendaciones y propuestas de resolución que correspondan.

Rige a partir de su publicación. Publíquese en el diario oficial La Gaceta.

VOTO SALVADO**Directores Emilio Arias Rodríguez y María Lourdes Echandi Gurdián**

Discrepamos del criterio de la mayoría con respecto a la reforma al RIOF con base en el conocimiento que se les puso en conocimiento que se titula: *Reforma al RIOF con base en el dictamen C-217-2011 y LA RESOLUCIÓN DE LAS ONCE HORAS Y TRES MINUTOS DEL VEINTIDOS DE SETIEMBRE DE DOS MIL ONCE*

En el caso del primero C-217-2011-, como se sabe la Procuraduría General de la República expone su particular interpretación del reparto de competencias que estima corresponde efectuar considerando las actuales disposiciones de la Ley de la ARESEP, especialmente luego de su reforma mediante la Ley No. 8660.

La resolución aludida si bien no se aclara es la resolución mediante la cual la Sala Constitucional dio curso a la Acción de Inconstitucionalidad planteada en contra de las disposiciones del RIOF que atribuyen al Comité de Regulación y a las Superintendencias -sic- de Agua, Energía y Transportes las potestades de fijar tarifas, resolver quejas e imponer sanciones decisorias a los regulados entre otras.

Ciertamente, por disposición legal, el dictamen de la Procuraduría General de la República vincula la voluntad de esta Autoridad, por lo que, en principio, lo procedente es efectuar las reformas que sea necesario para adecuar el reglamento al alcance del dictamen.

Ahora bien, median dos circunstancias que, a nuestro juicio, hacen que la iniciativa de la administración sea inoportuna.

La primera circunstancia es que, como consta en la certificación emitida por el Secretario de la Junta Directiva mediante oficio 416-SJD-2011/74267 del 24 de octubre del 2011, está pendiente de publicación en el Diario Oficial La Gaceta dos modificaciones acordadas por este órgano colegiado, precisamente al RIOF. Así se ratifica de hecho en los considerandos XI, XII y XIII del borrador puesto en conocimiento.

La consecuencia jurídica de la omisión de la publicidad idónea de estas reformas es que no cobran eficacia alguna, todo ello conforme a lo señalado por el artículo 240 inciso 1, en relación con el artículo 140 ambos de la Ley General de la Administración Pública.

Así las cosas, resulta claramente improcedente reformar el RIOF antes de que cobre eficacia la reformas pendientes de publicar. Nótese que tales reformas ocasionan ajustes en la numeración por lo que ni siquiera existe seguridad jurídica en torno a cuál de los artículos es el que debe ser reformado.

La segunda razón para estimar inoportuna la reforma propuesta, es que lo planteado se relaciona de modo directo con el objeto del proceso de inconstitucionalidad en contra de las normas del RIOF actualmente conocido por la Sala Constitucional por lo que lo pertinente es no adoptar decisiones al respecto hasta tanto la Sala no se pronuncie por las razones que paso a señalar.

Con relación a las normas impugnadas ante la Sala Constitucional en unos casos se propone su derogatoria (por ejemplo el artículo 34, inciso 1, subinciso h que aquí en la propuesta supone no está segura, es el 43, inciso 1, subinciso h), lo cual podría suponer un allanamiento a la inconstitucionalidad aducida por la accionante, concretamente en tanto se atribuye la potestad de declarar la caducidad y revocatoria de las concesiones a la Junta Directiva Órgano Externo- y ya no a las Superintendencias -Órgano Interno-, si bien nada de ello se puntualiza en la parte considerativa.

Por otro lado se reforman otras disposiciones, por (ejemplo el artículo 34, inciso 2, subinciso d, que supone que de acuerdo a lo que presenta la Dirección de Asesoría Jurídica es el 43, inciso 2, subinciso d), pero manteniendo la aducida violación al Principio de Reserva Legal, artículo 121, inciso 20 de la Constitución Política, con lo cual, se altera el marco normativo cuya constitucionalidad examina la Sala, de modo que de forma inminente, se causará gran confusión de acoger la Sala la inconstitucionalidad planteada, toda vez que anulará normas con textos alterados con posterioridad al dictado, notificación y publicación de la resolución que da curso a la demanda.

Finalmente estimamos que la reforma planteada es improcedente en tanto a nuestro juicio lo pertinente es anular, no así revocar o/y reformar las normas del RIOF que atribuyen potestades de imperio a órganos internos, como el Comité de Regulación y las Superintendencias [sic], de Aguas, Energía y Transporte. Sin duda, alguna tal proceder atenta contra el Derecho de la Constitución, concretamente atenta contra el principio de reserva legal, dispuesto por el artículo 121, inciso 20 constitucional.

En la sesión 65-2011 expusimos una solución ante la urgencia ocasionada por la suspensión de la aplicación de las normas de RIOF impugnadas en la acción de inconstitucionalidad expediente 11-010189-0007-CO.

Esto se da frente a una problemática específica. Dado que en la acción de inconstitucionalidad se discute la incompetencia del Comité de Regulación y la Superintendencias de Agua, Energía y Transporte para ejercer potestades de imperio como la fijación de tarifas, según el artículo 120.21 de la Constitución, el efecto de la admisión de la demanda, como lo ordenó la Sala, es la suspensión inmediata de la aplicación de esas normas, por lo que estos Órganos no pueden fijar tarifas. Por ello corresponde a la Aresep buscar una solución para garantizar la continuidad del servicio público.

La solución que hemos planteado es que previa transferencia de la competencia del Comité de Regulación, el Regulador puede y debe fijar las tarifas, en tanto la Sala resuelve la inconstitucionalidad. Permaneciendo inalterada la competencia de Junta Directiva de resolver en segunda instancia-Dicha solución la señalaron en la sesión 65-2011 del 19 de octubre pasado y causó, extrañamente, su vilipendio. De ello depende evitar inminentes dislocaciones sociales y económicas.

La transferencia de competencias debe de obedecer a razones de oportunidad y conveniencia política. Se procura, por este medio, asegurar la continuidad de los fines públicos, cuando se vean en entredicho por incapacidad del titular normalmente encargado, lo que se conoce efectivamente como razón de oportunidad. En este caso, al suspenderse el efecto jurídico de las potestades atribuidas al Comité de Regulación lo pertinente para asegurar la continuidad del servicio prestado por la Aresep, es acudir a uno de los mecanismos de transferencia de competencias previstos en la misma Ley General de la Administración Pública en su artículo 84.

En esa misma Ley se previó una regla frente a casos como el que se nos comenta, el artículo 85.1 dice [Toda transferencia de competencias externas de un órgano a otro, tendrá que ser autorizada por la norma expresa, salvo casos de urgencia] Sin duda, se está frente a un caso de urgencia, es la existencia de un peligro de inaplazable solución. El peligro consiste, al no fijarse tarifas, en la inminente pérdida de equilibrio económico en la prestación de los

servicios públicos regulados, así como la eventual afectación de los intereses económicos de los usuarios, circunstancias capaces de causar dislocaciones sociales y económicas.

En relación a ese tema, el único argumento que el Regulador manifestó en su momento ante la tesis de doña María Lourdes y de su persona, consiste en que la Procuraduría General de la República, en su dictamen vinculante C-217-2011, resolvió, que luego de la reforma a la Ley de Aresep, mediante la Ley 8660, el Regulador perdió la potestad de fijar tarifas. Esa decisión del legislador no impide la posibilidad apuntada de transferir, temporalmente, la potestad de fijar tarifas al Regulador, Órgano Externo que natural e históricamente ejerció esa facultad y que, como la misma Procuraduría General de la República establece en ese dictamen, es el jerarca inmediato- del Comité de Regulación y de las citadas tres superintendencias.

Ese carácter de jerarca refuerza la mencionada tesis, en el tanto dentro de las potestades de todo superior jerárquico, se encuentra la de avocar las funciones del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de límites y condiciones señalados en la Ley General de la Administración Pública, artículo 102, inciso e.

ARTÍCULO 4. *Discusión preliminar sobre el Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada Biomasa.*

Los funcionarios Guillermo Monge Guevara, Director General del Centro de Desarrollo para la Regulación, Luis Elizondo Vidaurre, Marco Vinicio Cordero Arce y Alexander Davis Barquero de la Dirección de Servicios de Energía, así como José Carlos, de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, participaron en el análisis del presente artículo.

Se conoció el oficio 580-GG-2011 del 24 de octubre del 2011, adjunto al cual la Gerencia General traslada a consideración la carta 175-CDR-2011 mediante la cual el Centro de Desarrollo de la Regulación somete para una discusión preliminar, el Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada biomasa.

De inmediato don **Guillermo Monge Guevara** procedió a brindar una introducción del tema, mientras que el señor **Alexander Davis Barquero** expuso los principales extremos del citado modelo remitido a audiencia pública, según acta de la sesión 18-2011, celebrada el 18 de marzo del 2011, al tiempo que respondió distintas consultas que le fueron formulando los señores miembros de la Junta.

Entre los antecedentes destacó:

- Según el oficio 074-SJD/SO18-2011 del 21 de marzo del 2011, la Junta Directiva se pronuncia favorablemente respecto al Modelo y estructura de costos típica de una planta modelo de generación de electricidad con biomasa distinta de bagazo de caña y su fórmula de indexación
- La audiencia pública se realizó el día 27 de abril de 2011, por medio del sistema de video conferencia y de conformidad con el artículo 36 de la Ley 7593.
- Se recibió una posición por parte de la empresa Desarrollos Mil Novecientos Veintiuno S.A., representada por el señor Mario Alberto Jiménez Núñez.

Se refirió a la diagrama del proceso: materia orgánica, molienda y separación, biomasa (pinzote), caldera a baja y alta presión, vapor a generación y vapor proceso. Además a los aspectos generales del modelo:

1. Evaluación de información para diseño de balances:

- a- Revisión de Diagramas de Flujo de Proceso
- b- Elaboración de balances de masa y energía
- c- Revisión de cálculos automáticos para modelo en hoja electrónica.

2. Aplicación del modelo con datos de entrada:

- a- Caracterización de biomasa
- b- Datos para aplicación de balances. (Consumo vapor, eficiencias, entre otros)
- c- Inversión y costo total por kWh.
- d- Gastos de operación, financieros y depreciación.
- e- Margen de rentabilidad.

Explicó la Tarifa total por kWh, el Nivel de rentabilidad, el Costo total de la energía para la venta, el Porcentaje de Distribución, el Costo total por kWh. Asimismo, la Inversión total y la estructura de los costos: Costo total: $CT = N CVT + CFT$.

En cuanto al análisis de argumentos, todas las modificaciones realizadas al modelo se fundamentaron en los argumentos de la posición planteadas. Explicó los argumentos que generan variación en el modelo. Entre las recomendaciones señaló:

- Aprobar el Modelo tarifario para plantas de generación o cogeneración de electricidad con biomasa y su fórmula de ajuste de costos que se detalla en este informe, modelo que excluye las plantas que utilizan residuos orgánicos municipales y las que sólo producen con bagazo de caña de azúcar

- Esta aplicación se efectuará siguiendo el proceso de las fijaciones ordinarias, una vez que la Autoridad Reguladora cuente con la información respectiva por parte de los prestadores del servicio.
- Cada tres años la Autoridad Reguladora realizará una revisión de los costos totales del modelo, mientras tanto que en los dos años previos se procederá a indexar los costos de explotación. En caso de no disponer de la información para la revisión por parte del prestador del servicio, la tarifa permanecerá invariante con respecto a la última indexada.
- Agradecer la posición presentada por la empresa ante este trámite, por su valiosa participación.
- Responder a la empresa que presentó posiciones a este procedimiento de acuerdo con los criterios incluidos en la sección 4 de este informe.

Continuando con su exposición el señor **Davis Barquero** hizo ver que dado que no hay experiencia en el país en generar electricidad con otros insumos biomásicos, a diferencia de bagazo de caña, que es un modelo que permite dar una tarifa directamente, en estos casos, no se hizo como en bagazo una tarifa con el enfoque de industria, sino que lo que se hace es que se ofrece una metodología general, un tipo de estructura de costos y se requerirá de la información que provean los interesados para dar tarifas individuales.

Se está en una fase en la que el nivel de desconocimiento de estos procesos es alto. La disyuntiva que se presenta es entre la imposibilidad de dar una tarifa, porque no se conoce suficientemente estas industrias, o dar una tarifa con las limitaciones que implica hacer fijaciones individuales.

La directora **Sylvia Saborío Alvarado** indicó que considera que eso es algo de lo que la ARESEP debería de estarse alejando. Entiende las limitaciones, pero debería de existir alguna manera de subsanar, al menos temporalmente, dichas limitaciones, usando algún tipo de benchmarking de experiencias en otros lados y acabar en una especie de banda.

Le parece que es hacia donde se debería estar moviendo la ARESEP metodológicamente en los diversos sectores en esa Dirección. Valdría la pena tratar de calzar las fijaciones tarifarias dentro de lineamientos y una dirección más general. Entiende que se está tratando de ir hacia eso y considera que así debe ser, porque hay demasiadas ventajas, en principio, como ente regulador, para tratar de regular industrias y no empresas.

Ya se está haciendo un tipo de subdivisión por tecnologías, aunque bien se podría decir que no interesa como se produzca la energía: se fijan las bandas y los que puedan producir con cualquier tecnología dentro de esas bandas que lo hagan. Considera que como una medida temporal puede tener sentido que se le ponga atención a las tecnologías,

probablemente lo tiene, pero ya pasar de tecnologías a empresas individuales es un salto que no se debería tomar levemente, sino más bien hacer esfuerzos por mantenerse a nivel de industria que comparte una cierta tecnología.

Don **Guillermo Monge Guevara** señaló que precisamente esa es la estrategia que se desea aplicar en este caso. Se pretende contratar estudios para conocer esta industria y poder fijar con base en esos estudios, una banda, en el plazo más corto posible. Algo parecido ocurrió con biomasa, fue necesario que la Dirección de Servicios de Energía contratara una consultora especializada extranjera, porque los consultores nacionales estaban vinculados con alguno de los operadores de acá y el trabajo fue básico para poder aterrizar en una metodología por industria. Bagazo es una industria con más tradición en el país, pero no había razón para no hacer lo mismo para los otros modelos de generación con biomasa, esa es la intención.

El señor **Dennis Meléndez Howell** comentó que quería hacer una aclaración en relación con la consulta realizada por doña Sylvia. Efectivamente, se discutió con don Guillermo en su oportunidad y se llegó a la conclusión de que se debe de ir hacia esos modelos, pero sin embargo dado el desconocimiento del paquete tecnológico en estos momentos, no queda más que ir viendo y analizando, caso por caso de cada una de las tecnologías, para ir acumulando ese *know-how* e independientemente de eso, formular posteriormente una modificación a la metodología para avanzar hacia un sistema de bandas.

En este momento, si se quisiera hacer, no se estaría en capacidad de hacerlo, eso fue por lo menos lo que le entendió a don Guillermo Monge y a don Álvaro Barrantes y se quedó en que no es la mejor solución, pero es lo que se tiene a corto plazo y está urgiendo. El ICE ya está listo para sacar las licitaciones correspondientes para ver la posibilidad de que se empiecen a desarrollar estos proyectos y lo único que está faltando es la metodología, que sirve mientras se logra tener un modelo mucho más consolidado.

Luego de algunos comentarios y consultas adicionales, la Junta Directiva, dispuso:

ACUERDO 04-66-2011

Dar por recibida la exposición brindada en esta oportunidad en torno al Modelo para la determinación de tarifas de referencia para plantas de generación privada biomasa distinta de bagazo de caña y su fórmula de indexación contenido en el oficio 175-CDR-2011 del Centro de Desarrollo de la Regulación, en el entendido de que, en una próxima sesión, se elevará la propuesta correspondiente para su debida aprobación.

ARTÍCULO 5. Propuesta de Modificación Interna 9-2011.

Se conoció el oficio 579-GG-2011 del 24 de octubre del 2011, mediante el cual la Gerencia General remite la carta 1176-DAF-2011/74268 de igual fecha, por cuyo medio la Dirección Administrativa y Financiera remite la Modificación Interna 9-2011 al presupuesto, por un monto de ¢3.840.000.00, como se indica en el Anexo 4 de dicho oficio.

Seguidamente el señor **Rodolfo González Blanco** procedió a brindar una explicación sobre la citada modificación interna y respondiendo algunas consultas que se le formularon sobre el particular.

La Junta Directiva, con base en la documentación de la Dirección Administrativa Financiera contenida en su oficio 1176-DAF-2011/74268 del 24 de octubre del 2011, resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 05-66-2011

aprobar, a nivel de sub partida, partida y programa, la Modificación Interna 9-2011 al presupuesto, por un monto de ¢3.840.000,00 (tres millones ochocientos cuarenta mil con 00/100), como se muestra en el Anexo 4 del oficio de la Dirección Administrativa Financiera 1176-DAF-2011/74268 del 24 de octubre del 2011, cuyo detalle al nivel de partida el siguiente:

	AUMENTA	DISMINUYE
TOTALES	¢3.840.000,00	¢3.840.000,00
Remuneraciones	¢2.000.000,00	
Servicios	¢1.840.000,00	¢3.840.000,00

ARTÍCULO 6. Solicitud de cambio de contraparte relacionado con la Contratación Directa 2011 CD-000227-ARESEP.

Se conoció el oficio 673-RG-2011 del 21 de octubre del 2011, mediante el cual el Regulador General remite el oficio 597-DGJR-2011 del 20 de octubre del 2011, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria solicita someter a conocimiento de la Junta Directiva la posibilidad de sustituir la contraparte institucional relacionado con la Contratación Directa 2011CD-000227-ARESEP.

Del citado oficio 597-DGJR-2011 se copia lo siguiente:

□Mediante el oficio 1099-DAF-2011, del pasado 11 de octubre, se remitió, para la respectiva ejecución contractual, el expediente 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□

Este procedimiento fue adjudicado, mediante acuerdo adoptado por la Junta Directiva de la ARESEP, en el artículo 5, de la sesión extraordinaria 57-2011, recayendo dicho acto de adjudicación sobre el señor Alexander Godínez Vargas.

En los términos de referencia de este procedimiento, se designó a esta Dirección como contraparte institucional; no obstante, en atención a las reuniones sostenidas con ese Despacho, la Gerencia General y la Dirección General de Estrategia y Evaluación, se concluye que no resulta conveniente que sea esta Dirección la llamada a fungir como □contraparte institucional□ ya que los suscritos hemos participado del proceso de negociación, como □representante institucional□ y asesores de la Administración superior.

En razón de lo anterior, se considera pertinente que las personas que de una u otra manera, se han visto involucradas hasta la fecha en este proceso de negociación, no intervengan en la ejecución de este contrato; esto con el fin de evitar cuestionamientos sobre la objetividad en la vigilancia de la ejecución contractual solicitada y garantizar de esta forma, que todos los actos relativos a la actividad de contratación, esté orientada al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la Administración y la efectiva satisfacción del interés general, a partir del uso eficiente de los recursos institucionales; según lo que exige el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa.

Por todo lo expuesto, se le solicita formalmente, que se someta a conocimiento de Junta Directiva, la posibilidad de sustituir la □contraparte institucional□ de este procedimiento, para que recaiga en la jefatura del Departamento de Recursos Humanos, quien además de ser un funcionario que no intervenido en el proceso de negociación de la Convención Colectiva, atendiendo a la naturaleza de su puesto y sus funciones, resulta compatible con el objeto de esta contratación. □

Luego de que el señor Regulador General se refiriera al tema, la Junta Directiva, con base en la propuesta de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria contenida en su oficio 597-DGRJ-2011, resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 06-66-2011

Sustituir en la Contratación Directa 2011CD-000227-ARESEP □Contratación de servicios profesionales de asesoría de un especialista de Derecho Laboral con énfasis en Estatutario, para asesorar en el proceso de negociación de la convención colectiva□ la contraparte institucional de manera que recaiga en la Jefatura del Departamento de Recursos Humanos el proceso de negociación de la Convención Colectiva, en vez de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

ARTÍCULO 7. *Solicitud de corrección de error material en el Código del puesto reasignado por acuerdo 02-57-2011.*

La señora Norma Cruz Ruiz, Jefe a.i. del Departamento de Recursos Humanos, participó en el análisis del presente artículo.

Se conoció el oficio 551-GG-2011 del 18 de octubre del 2011, mediante el cual el Gerente General remite el oficio 587-DERH-2011 del 20 de octubre del 2011, por cuyo medio el Departamento de Recursos Humanos somete a consideración de la Junta Directiva una propuesta de acuerdo para corregir un error material del código del puesto reasignado mediante Acuerdo 02-57-2011, del acta de la sesión 57-2011.

Doña **María Lourdes Echandi Gurdíán** consultó si el citado tema tiene criterio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a lo cual el señor Gerente General indicó que no, por cuanto le fue trasladado directamente por el Departamento de Recursos Humanos.

La directora **Echandi Gurdíán** señaló que lo dice porque es un error material desde el 2006, y aparentemente es algo muy simple, pero hay que tener cuidado. La Ley General de la Administración General tiene un artículo que se refiere expresamente al caso de los errores materiales y dependiendo de lo que implique el error material, así es la vía para corregirlo, si devenga derechos o no un tercero. Le parece que es importante que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinda un dictamen al respecto, sobre todo por el tiempo que lleva y que lo acaban de descubrir.

No se sabe lo que pueda implicar el efecto de corregir el error material.

Por ejemplo, no sabe ¿Si existe otro código igual al que se va a dar? ¿Qué pasó con el otro código? ¿Si es de otra persona? No tiene información para saberlo y la Ley General de la Administración Pública establece en el artículo 130, inciso 2), que "El error no será vicio del acto administrativo pero cuando recaiga sobre otros elementos del mismo la ausencia de éstos viciará el acto, de conformidad con esta ley" En ese sentido, hay que tener cuidado, tener la información completa. Considera que esto amerita un criterio jurídico para que Junta tome la decisión de cambiar el código en este caso.

Don **Dennis Meléndez** indicó que si se va a ver las implicaciones que esto tiene hacia atrás, probablemente eso puede ser de utilidad, pero en este momento en que la plaza está vacante, es claro que hay que corregirlo de aquí en adelante, independientemente, de cuáles sean las consecuencias hacia atrás, si las hubiera. Lo importante es no seguir incurriendo en ese error. Desconoce que si los demás Directores estarán dispuestos a solicitarle eso a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, pero en su criterio estaría de acuerdo en que se haga de una vez esa corrección en ese código.

El director **Emilio Arias Rodríguez** indicó que como lo hizo la semana pasada cuando salvó su voto respecto al tema de la metodología, uno de los elementos en que ahondó fue en el tema del error material. Comparte con la directora Echandi Gurdíán porque dentro de los votos salvados desarrolló ese tema, en el sentido de que a la hora de analizar pueda ser que sea un error material, pero para tomar la decisión Junta Directiva considera, no solo para este caso en específico, sino para cualquier caso resolutivo contar con un informe jurídico, salvo casos excepcionales.

La responsabilidad del cuerpo colegiado, individualizada en este caso, en las votaciones es muy grande porque parte de la buena fe de lo que le están diciendo, pero no tiene por escrito ningún documento que le garantice que eso es así y que no sucedió lo que doña María Lourdes Echandi acaba de decir.

La única forma de tomar una decisión jurídicamente razonada, es contar con un informe jurídico. Le parece que antes de incorporar en la agenda temas como estos, deberían de enviarse y que se entregue criterio jurídico. Si hay un tema excepcional donde efectivamente por el tema no se requiere, pero debería ser la excepción a la regla, el que no venga el informe jurídico, porque por lo general todas las acciones o acuerdos que tomamos en Junta tienen implicaciones de carácter jurídico. Requiere de dicho informe para validar la solicitud que hace el Departamento de Recursos Humanos.

Don **Edgar Gutiérrez** indicó que en este caso de que en realidad la plaza está vacante y es más lo del puesto, igual podría resolverse no como un error material con lo cual se podría estar generando una serie de derechos hacia atrás, sino como una modificación. Todo el análisis habla de un error, puede ser que la motivación, pero dadas las circunstancias y por el tiempo, lo que se podría hacer es simplemente modificar el código.

Luego de que doña **Norma Cruz Ruiz** se refiriera a la solicitud de modificación, el señor Regulador General sometió a votación dicha petición.

Doña **María Lourdes Echandi Gurdíán** manifestó su voto en contra por lo siguiente:

□El documento que se ha puesto en conocimiento de esta Junta Directiva es una propuesta para corregir error material en el código del puesto reasignado mediante el acuerdo 02-57-2011. Indica en el memorándum de la Jefe de Recursos Humanos que es una corrección de error material en el Código 43303 de DITRA.

La Ley General de Administración Pública establece en su artículo 130, inciso 2), lo siguiente:

□El error no será vicio del acto administrativo pero cuando recaiga sobre otros elementos del mismo, la ausencia de estos viciará el acto, de conformidad con esta ley□

De este modo, frente a supuestos de hecho como el que se examina en este caso concreto, es impostergable que la toma de decisión se acompañe de insumos técnicos, jurídicos suficientes para poder descifrar si se está frente a un caso en donde el error vicia o no vicia el acto administrativo adoptado.

Dependiendo de cuál sea la conclusión que se alcance, así será la vía que deba seguirse para corregir el error.

Tal exigencia, en este caso adquiere mayor trascendencia si se toma en cuenta que el error se arrastra desde el 2006, de modo que es preciso discernir cuáles fueron los efectos jurídicos en la ejecución del acto durante todo ese plazo, por ejemplo, determinando si ha habido o no terceros que han derivado derechos subjetivos o situaciones jurídicas consolidadas que puedan verse afectados por la toma de la decisión sugerida en esta Junta Directiva.

Es claro, por lo señalado en la norma citada, que es preciso que se determine si el error material imparte en uno de los elementos materiales del acto administrativo con el fin de determinar si el mismo es nulo relativa o absolutamente.

En la documentación que se acompaña a este punto de la agenda se extraña información suficiente e idónea para precisar tales elementos de juicio, en tanto no consta criterio jurídico que haga esa evaluación.

Así las cosas, es evidente que no tenemos elementos de juicio para tomar la decisión, lo cual se ve agravado por el hecho de que esta Junta Directiva no cuenta con una asesoría jurídica independiente del resto de los órganos de la administración que avale lo sugerido por esta última o lo cuestione.

Según normativa de control interno, el jerarca y los titulares subordinados, según sus competencias deben establecer las actividades de control que permitan obtener una seguridad razonable de que la actuación de la institución es conforme con las disposiciones jurídicas y técnicas vigentes.

Por ello, me aparto del voto de mayoría para, en su lugar, requerir a la administración un análisis detallado, fáctico y jurídico, de modo que sea posible determinar la pertinencia de la vía elegida y del acuerdo que se sugiere adoptar a esta Junta Directiva. □

Don **Emilio Arias Rodríguez** indicó que su voto es negativo, fundamentado en que no tiene el informe jurídico y manifiesta que eso le preocupa y quiere dejar reiteración en actas para efectos de dejar el rastro. El hecho de que son elementos resolutivos que llegan a Junta y que reiteradamente ha solicitado que se acuerden del debido informe jurídico, y considera que someter a votación a Junta asuntos con los que no se cuenta con el informe jurídico o técnico como lo acaba de decir doña María Lourdes Echandi, es contrario al control interno que les obliga a pedir esos insumos para votar.

Analizado el tema objeto de este artículo de este la Junta Directiva resolvió, por mayoría, tres votos a dos:

ACUERDO 07-66-2011

Modificar, de conformidad con lo indicado en el oficio 587-DERH-2011/72206 del 10 de octubre del 2011, el código del puesto reasignado mediante Acuerdo 02-57-2011, del acta de la sesión 57-2011, celebrada el 12 de setiembre del 2011, de forma que se sustituya de 43403 por 43303, cuyo código se encuentra ubicado en la Dirección de Servicio de Transporte.

ARTÍCULO 8. *Adjudicación Licitación Pública N° 2011 LN-000001-ARESEP. Adquisición de Equipo de Cómputo y Periféricos*

El señor Esteban Castro, Jefe del Departamento de Tecnologías de Información, participó en el análisis del presente artículo.

Se conoció el oficio 575-GG-2011 del 21 de octubre del 2011, adjunto al cual el Gerente General remite el oficio 1135-DAF-2011/73482 del 18 de octubre del 2011, por cuyo medio el Proveedor Institucional somete a consideración de la Junta Directiva un informe y proyecto de acuerdo relacionado con la adjudicación de la Licitación Pública N° 2011 LN-000001-ARESEP. Adquisición de Equipo de Cómputo y Periféricos

Don **Rodolfo González Blanco** procedió a explicar que mediante Acuerdo 03-48-2011 del acta de la sesión ordinaria 48-2011, celebrada el 27 de julio del 2011 se tomó la decisión inicial y se aprobó el cartel de licitación pública 2011-LN-000001-ARESEP, cuya invitación a participar se publicó en La Gaceta No. 155 del 12 de agosto de este año.

Don **Emilio Arias Rodríguez** indicó que estaba localizando en el expediente la revisión jurídica, ya que siendo consecuente con lo que se dijo en el punto anterior, en el folio 0843 viene un cuadro sobre condiciones generales y viene si se cumplen o no que son las jurídicas. Se cuestionada quién elaboró ese cuadro. Entiende que en el expediente contempla

un oficio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante el cual realiza una serie de recomendaciones, pero quién verifica si esas recomendaciones se cumplen o no.

Desde el punto de vista técnico, había solicitado un documento que se le hizo llegar sobre los elementos técnicos del cartel que lo remite el Departamento de Tecnologías de Información. No obstante, la DGJR hace una serie de observaciones y quién le garantiza, como miembro de Junta, de que las observaciones se cumplieron o no.

Según entiende, en el proceso primero la DGJR hace un análisis del cartel y emite recomendaciones sobre el cartel, en esa parte ingresa jurídico. Posteriormente, cuando se va a adjudicar hay un informe técnico del Departamento de Tecnologías de Información que establece recomendaciones de si cumple con los elementos técnicos. Además, está en el expediente un informe jurídico que realiza recomendaciones, pero quién garantiza si se cumplieron.

Don **Rodolfo González** indicó que se está hablando de momentos distintos. Las recomendaciones que hace la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria son para incorporarlas en el cartel.

El señor **Juan Manuel Quesada Espinoza** señaló que a la Dirección Jurídica dentro del procedimiento no le corresponde verificar si se cumplió con la subsanación de ofertas. La participación es en la elaboración del cartel. Sobre la base de un borrador, jurídico emite criterio. En principio, la Proveeduría valora, realiza los cambios y es el que se somete a Junta Directiva para su aprobación.

Luego vienen las ofertas, y esas ofertas son analizadas tanto jurídica como técnicamente. El análisis jurídico de las ofertas las hizo la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y el técnico DETI, no sabría si ésta última incorporará ese análisis al final. Lo jurídico es un insumo para la Proveeduría. La recomendación de la adjudicación, entiende que es lo que está en este momento en conocimiento.

Ante una consulta de don **Emilio Arias Rodríguez** acerca de si la DGJR verifica si sus recomendaciones se cumplieron, don **Juan Manuel Quesada Espinoza** indicó que no, porque eso le corresponde al órgano que le recomienda a la Junta Directiva la adjudicación, con base en todos los insumos.

Don **Emilio Arias** se cuestionó, jurídicamente, cómo hace el Proveedor, quién lo asesora para ver si efectivamente se cumplió. El señor **Quesada Espinoza** apuntó que Proveeduría tiene los insumos jurídicos de la valoración de ofertas. La recomendación en este caso, por la naturaleza de los bienes que se van a adquirir, corresponde al Departamento de Tecnologías de Información.

Don **Edgar Gutiérrez López** indicó que le parece que el procedimiento cronológico es distinto, siente que primero ellos revisan problemas del cartel, cuando ya vienen las ofertas se lo pasan a jurídico nuevamente. La revisión jurídica está básicamente orientada a la admisibilidad de la oferta, si se cumple con el cartel, si se cumple con los requisitos legales que el cartel requiere de cada oferente para excluir o no considerar y eso posiblemente se limita, si todas las disposiciones cumplen con el cartel todos pueden ser considerados.

Posteriormente, viene la parte técnica de la selección, le parece que esa es la parte que hace jurídico únicamente, no hubo ninguna exclusión o se desestimó por razones legales ninguno de los oferentes, aparentemente todos entraron a considerar.

El director **Arias Rodríguez** apuntó que la DGJR hizo una serie de observaciones, hasta ahí está totalmente de acuerdo, lo que no tiene claro es quién, al final del proceso, verificó si lo que Jurídico se corrigió.

El señor **Dennis Meléndez Howell** señaló que la pregunta que tiene es si se cumplieron todos los procedimientos que están establecidos, si no, si hubiese que seguir otro procedimiento habría que cambiar los manuales de procedimientos, a lo cual don **Juan Manuel Quesada Espinoza** señaló que las recomendaciones que hace la Dirección Jurídica sobre los elementos jurídicos de las ofertas, pueden ser diversas.

Ese tipo de observaciones son las que se apuntaron en este caso y se le remiten al Proveedor que es el responsable de □con base en esos insumos- solicitar a una empresa, por ejemplo, algún elemento jurídico que se recomendó subsanar. Luego, dependiendo del tipo de información que se aportó, el Proveedor valorará a la hora de hacer su recomendación si se excluye o no se excluye esa oferta.

Don **Luis Fernando Sequeira Solís** señaló que se supone que el Proveedor tiene la responsabilidad, una vez que llegan las modificaciones que ha hecho el área legal, de hacer los ajustes pertinentes, es parte de su función, porque para eso es el Proveedor. Por ejemplo, en el caso de la Auditoría Interna, cuando interviene y hace revisiones a posteriori, lógicamente toma una muestra de expedientes y revisa si esto se está dando y si no se está dando y si no asume la responsabilidad el Proveedor.

La directora **María Lourdes Echandi Gurdían** pregunta ¿Qué es lo que se pretende hacer aquí? ¿Es adjudicar una licitación pública o aprobar el contrato de acuerdo al artículo 53 inciso f)?. Lo que se está sometiendo es una adjudicación de la Licitación Pública no la aprobación de un contrato. Lo que pasa es que toda la motivación del acuerdo es sobre el artículo 53 inciso f). Hay que discriminar que existen dos actos jurídicos diferentes, uno es la adjudicación y el otro es la aprobación de un contrato. Le parece importante aclararlo.

En la parte considerativa solo se mencionan el artículo 53, inciso f) y no el Manual de contratación, ni normativa alguna más. Si el manual establece la competencia para Junta de adjudicar las licitaciones si lo que pretende es adjudicar. Si lo que se pretende es aprobar el contrato lo que tiene que venir aquí es el contrato no la licitación.

Un tema importante al momento de adjudicar y que no sabe si eso lo verificaron dentro del expediente son cinco puntos. El primero es la vigencia de las ofertas, el segundo la vigencia de la garantía de participación su monto y plazo.

El tercero es la calificación de las ofertas, el cuarto es la inexistencia de motivos de inelegibilidad y ahora un quinto, que las observaciones jurídicas previamente hechas que estén corregidas. Tiene que haber alguien que valore este tema porque es meramente jurídico.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** comentó que el acto administrativo que sigue en este proceso de contratación es la adjudicación, en ese sentido doña María Lourdes Echandi Gurdíán tiene razón de que la propuesta de acuerdo está mal fundamentada. Tiene razón y eso habrá que corregirlo.

El señor **Arias Rodríguez** apuntó que no corresponde lo que se está sometiendo con lo que se está proponiendo votar. Si se votara tal cual está, la motivación no es y absolutamente no corresponde lo que se estaría estamos votando.

Doña **María Lourdes Echandi** indicó si es adjudicación y si debe llegar a Junta de acuerdo con la normativa vigente, le parece importante que Junta se le garantice la legalidad mediante un criterio jurídico. Desconoce si está en el expediente, pero eso lo debería chequear la Asesoría de Junta, la vigencia de las ofertas, la vigencia de la garantía de participación su monto y plazo, la calificación de las ofertas, la inexistencia de motivos de inelegibilidad y que las observaciones jurídicas previamente señaladas fueron corregidas debidamente.

Le parece una garantía importante desde el punto de vista jurídico y que Junta necesita asegurarse de acuerdo a la normativa de control interno que encarga eso para tomar una decisión totalmente informados.

El señor **Juan Manuel Quesada** indicó que, a la luz de lo que se puede desprender del expediente, quien tendría que hacer esa valoración es el Proveedor Institucional. La DGJR hizo la recomendación que se subsanaran las ofertas, él Proveedor previno que se subsanaran y de aportarse, resultaría ser un oferente elegible.

No obstante, eso le parece que no es una valoración jurídica. Claro está, que dentro del procedimiento si está establecido y previsto que en caso de que Proveduría requiera la aclaración de algo jurídico, lo solicita, pero quien tiene que traer el insumo a la Junta, según el procedimiento del manual de contratación vigente, no es la Dirección Jurídica.

El director **Emilio Arias Rodríguez** indicó que en realidad lo único que quiere dejar claro, es que entiende que ese es el procedimiento administrativo, pero Junta, para tomar una decisión de adjudicación de estas dimensiones, debe ser de acuerdo a la Ley de Control Interno, debe tener un insumo de alguien que revise este expediente y les de el visto bueno.

Lo mismo que acaba de decir doña María Lourdes. Si viene revisado con eso se vota. Una cosa es el procedimiento y toda la etapa administrativamente hasta llegar a Junta y otra cosa, es que el Órgano Colegiado a la hora de liberar y tomar la decisión de adjudicar o no, se salvaguarde que ese procedimiento haya sido debidamente verificado. Eso en la misma dirección del tema anterior de agenda.

La Junta no tiene ningún filtro, entonces cree que es importante, máxime porque se está hablando de licitaciones y hay cualquier cantidad de ejemplos en los tribunales de Juntas, que precisamente por no tomar esas previsiones que la misma Ley de Control Interno establece, se están en este momento pagando dinerales por irresponsabilidad.

La señora **María Lourdes Echandi Gurdíán** manifestó una última precisión, cree que independientemente de si se están cumpliendo todos los procedimientos establecidos, es importante tomar esa medida, es una garantía que tendrían los miembros de Junta en ese sentido. Reiteró lo que dispone la normativa de control interno, *que el jerarca y los titulares subordinados según sus competencias debe establecer las actividades de control, que permita obtener una seguridad razonable de que la actuación de la Institución conforme con las exposiciones jurídicas y técnicas vigentes* □

Seguidamente el señor **Rodolfo González Blanco** procedió a referirse al tema de las garantías y la vigencia de las ofertas, pero también para poder ejecutar el presupuesto también es muy importante, si a la Junta le parece, se puede hacer la revisión lo más rápido posible y traerlo en la próxima sesión.

Luego de algunos comentarios y sugerencias sobre el particular, la Junta Directiva dispuso, por unanimidad:

ACUERDO 08-66-2011

Solicitar a la Administración que, con base en los comentarios y sugerencias formulados en esta oportunidad, fundamente la propuesta de acuerdo que corresponda en torno a la adjudicación de la Licitación Pública N° 2011 LN-000001-ARESEP. □Adquisición de Equipo

de Cómputo y Periféricos, remitida mediante oficio 575-GG-2011 del 21 de octubre del 2011, la cual será sometida, en una próxima sesión, para los fines pertinentes.

ARTÍCULO 9. *Asuntos de los miembros de la Junta.*

El señor **Emilio Arias Rodríguez** indicó que quería consultar al Regulador General o al Gerente, en relación con el modelo de ajuste a servicios de transporte remunerado, ya que en el periódico La Nación salió una publicación sobre el cobro segmentado del canon para el sector transportes. Dentro de los elementos que se incorporan a la metodología se habla de los gastos administrativos y se habla de que un gasto administrativo es el canon de regulación, pero se estaría incorporando dentro de la metodología o en la tarifa el cobro de la totalidad del porcentaje del 100% para recuperar en tarifa del canon y según lo que vio en el periódico.

En el periódico no necesariamente es un elemento certero, según lo que leyó, se está modificando y se va hacer el cobro en tres partes. Quería tener claro en esa parte sobre la incorporación de una parte de gastos administrativos del 100% en la metodología de los gastos administrativos. Si se incorpora en la tarifa el 100% y se establece que se recaude en Junta el 100% en esa tarifa y, posteriormente, el pago es en tres tractos, son recursos que se están recogiendo los regulados de primera entrada, y resulta que lo están pagando en tractos hacia adelante, entonces esos recursos que están entrando, generan recursos producto de inversión, entonces ¿qué pasaría con eso? Ahora, si el cobro anual del canon, es algo nuevo o ya se había hecho antes en tractos, por qué se dejó de hacer en tractos.

El señor **Dennis Meléndez Howell** indicó, con relación a la primera pregunta, que eso se reconoce en la tarifa y se supone que el mecanismo que venía operando, era que los autobuseros lo pagaban en el mes de diciembre y lo recuperaban a lo largo del año, es decir; más bien, lo estaban pagando por adelantado.

Eso se considera, como ellos lo señalaron, una discriminación que se estaba haciendo, en el sentido de que tenían que aportar el pago del canon de todo el año, cuando está previsto en la tarifa que lo van a recuperar a lo largo del año. Entonces más bien ARESEP está devolviendo el procedimiento para hacer más racional el cobro en lo que a ellos se refiere.

Don **Emilio Arias Rodríguez** indicó que entiende eso perfectamente y comparte el hecho de que se estaba haciendo injusto con ellos, pero ahora se le da "vuelta a la tortilla" y más bien, sería la ARESEP la que reconoce en tarifas de primer entrada el monto completo y el pago para ARESEP, el traspaso o el traslado de esos recursos que se hacen al principio, se reconocen en la tarifa, se hace en tres tractos, es decir, antes era al revés. Solicitó le expliquen porque son recursos públicos que van a estar. No estoy manifestándome en contra de las medidas o acuerdos, máxime que este asunto no ha sido resorte de Junta, sin

embargo, hace la pregunta porque se enteró por la prensa y desea tener los argumentos claros para efectos de mantenerse informado.

Don **Rodolfo González Blanco** indicó que cree que eso más bien es ¿cuál es la metodología de calcular las tarifas? Lo que se hace es que se estima cuáles van a ser los ingresos totales del año de la actividad y se calculan cuáles son los gastos totales de la actividad. Se supone que si a los ingresos va la utilidad que se reconoce, eso tiene que ser igual, lo que pasa aquí es que como es una estimación de todo lo que va a pasar en el año, lo que se hace es distribuir el cobro del canon durante todo el año, conforme va recaudando de cada pasajero paga un poco. De tal forma, no es que está recaudando todo al principio de año, durante todos los días está recaudando hasta el último día del año.

Don **Emilio Arias Rodríguez** señaló que la recaudación sí, pero el reconocimiento en tarifas está siendo en un solo el 100%, a lo cual el señor **Gerente General** indicó que el asunto es que la tarifa se calcula con esa metodología, no se le está adelantando, sino que le está diciendo "sus costos anuales van a ser estos y el canon este" Lo que se hace es que se divide entre los pasajeros y se obtiene la tarifa.

En esta parte entra la Contraloría General con la aprobación. Ellos han aceptado que el regulado lo que hace es recaudar la tarifa, son los obligados a pagar el canon, pero lo recaudan y lo que dicen es "ustedes no pueden poner en peligro o desestabilizar las finanzas del regulado" Tiene que garantizar que ese costo del canon esté dentro de la tarifa, pero a la hora de hacer el cálculo, lo que se hace es que eso se distribuye entre todos los pasajeros a lo largo del año. De tal manera, no se está se está recargando el canon, ni a principio, lo está pagando durante todo el año.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** comentó que en otros términos, lo que hace ARESEP, es fijar una tarifa que le va a permitir recuperar el costo del canon, pero a través del año, es decir que con la fijación tarifaria no significa que ya el operador se "echó la plata en la bolsa", él no la va a percibir en ese momento, lo irá recuperando conforme va prestando el servicio.

Sobre el particular, don **Dennis Meléndez Howell** hizo ver que lo mismo se hace con el ICE y el AYA, así como con todos los demás regulados.

Ante una consulta del director **Arias Rodríguez** acerca de que hubo una época que se hizo el cobro trimestralmente, don **Luis Fernando Sequeira Solís** le explicó que el cobro se dejó de hacer trimestralmente básicamente por un aspecto de gestión de cobro. Desde el punto de vista de la auditoría, tiene que decir que la Administración tiene que desarrollar una política de gestión de cobro muy agresiva para poder recuperar de la misma forma.

El señor **Emilio Arias Rodríguez** comentó si eso está claramente valorado, si se tiene la información suficiente, los elementos, porque tiene algo muy claro cuando lo vio en el periódico decía en plural, pero quien está asumiendo la responsabilidad a futuro de si esto se convierte en un retroceder. Es muy fácil cobrar por medio de marchamo, porque inmediatamente recupera, pero esa garantía de si ese mecanismo va a ser más eficiente.

La recolección de esos fondos públicos es una obligación recuperarlos y establecer mecanismos eficientes, porque entiende que lo ideal es que la administración pública pule los mecanismos para hacer una eficiente gestión de recuperación de esos recursos.

En este caso, se puede garantizar por los que tomaron la decisión de que eso va a generar una condición igual a la que se tiene o, más bien, podría estar en riesgo y empezar nuevamente como en el pasado a tener problemas ¿quién lo garantiza?

Don **Edgar Gutiérrez López** indicó que es el mismo sistema de recaudación de impuestos, a lo cual el señor **Arias Rodríguez** señaló que si usted no paga el marchamo a la hora de circular lo paran y tiene una sanción, entonces es un mecanismo que obliga a pagar.

El director **Gutiérrez López** comentó que entendía pero el problema es que estamos por usar un mecanismo de recaudación, se está obligando a los regulados a pagar anticipadamente, ese es el problema.

Sobre el particular, el **Regulador General** indicó que no hay ninguna ley que obligue a los autobuseros a pagar eso en el marchamo. Si ellos se niegan a pagar eso en el marchamo, simplemente el INS no tiene ningún elemento para negarles el marchamo. Simplemente dicen "vengo a pagar lo que corresponde al derecho de circulación más el seguro", que es lo que está establecido por ley y lo otro, es que ARESEP lamentablemente cuando el señor autobusero dijo "que no lo quería pagar" no se tenía elementos legales para decirles que no lo podía hacer.

Es importante primero tener en cuenta que el canon estrictamente hablando, debería pagarse por empresas y no por autobuses. Realmente es una pena de parte de ARESEP que no se tenga adecuadamente organizado el cobro por empresa. Una base de datos aceptable, parte de eso fue la negociación de que ellos aceptaran pagar el primer trimestre con el marchamo, para darle tiempo a ARESEP de organizar ese sistema de cobros.

Desde luego, se tiene que buscar cual es la mejor manera y, obviamente, ningún sistema de cobros es perfecto al 100%. Se generara morosidad y los autobuseros están conscientes de que la morosidad será parte del costo que habrá que cargarles posteriormente.

Don **Emilio Arias Rodríguez** indicó que tenía una consulta en el sentido de si en el pasado hubo morosidad, según lo que acaba de decir el mismo gerente y según lo que está claramente definido por la Contraloría y por la Procuraduría y por la misma Dirección Jurídica de ARESEP, lo que los regulados hacen es recaudar el canon, no es que paga el regulador el canon. El canon lo paga el usuario, pero una vez que el usuario lo paga, el regulado lo recibe, son fondos públicos, porque efectivamente son producto de un cobro de un canon que se debe de pagar.

En el momento en que eso llega a manos del regulado, es decir, del empresario, eso se convierte en recursos públicos, es decir qué pasa si esos recursos públicos no llegan a las arcas de la ARESEP, porque eso le interesa que se lo expliquen, que han aplicado y con qué sustento, porque le interesa tenerlo claro pues le surge la duda ante esto, porque eso es un elemento importante.

El señor **Quesada Espinoza** apuntó que en cuanto a lo que señala don Emilio, que ese es un criterio de la Procuraduría, la Contraloría y la Dirección Jurídica, si se refiere a la actual Dirección Jurídica lo que tendría que decir para aclarar el punto es que la posición que de hecho sostiene la Contraloría, no la comparte.

El director **Arias Rodríguez** indicó que tenía duda sobre cuál es el mecanismo, y lo que quiere que le digan es como está funcionando eso, para tener claro que ha pasado con esos recursos. La duda es porque el canon no lo paga los regulados, el canon lo pagan los usuarios.

Don **Edgar Gutiérrez López** señaló que lo que pasa es que ahí lo único que cabría es la (□) indebida posiblemente, porque no está regulado, le parece en la vía penal, porque es lo mismo que el impuesto de ventas, generarse otra serie de medidas cautelares, eso no se tiene desarrollado.

El **Regulador General** comentó que le parecía que eso no es cierto, en el sentido que no es igual que el impuesto de ventas. El impuesto de ventas tiene que ir fundamentado en una factura y debe irse cobrando en cada una de las ventas, consecuentemente, eso significa que la Tributación Directa vela porque se cobre, por ejemplo, por impuesto de venta 60 mil millones de colones, pero si las empresas recaudaron a través de eso 72 mil millones de colones, las empresas tienen la obligación de entregar los 72 mil a Tributación. Pero aquí opera distinto. Se tiene un monto que es el canon de regulación que se le cobra a la empresa y ese es el único monto que debe pagar a ARESEP, independientemente de cuánto recaude, sea más o menos.

Se estima que ellos lo pueden recaudar a través de la tarifa, poniéndoles un monto, pero si al final ellos recaudaron más que eso o menos que eso, eso ya no es problema de ARESEP, como si lo es de Tributación Directa. La ARESEP debe cobrar el canon que esté establecido, o sea, el que fue aprobado, fueron los 60 mil millones en ese ejemplo.

Es su criterio, es una forma que se le da al regulado que resarcirse del pago que tiene que hacer pero nada más. No hay una conexión directa entre el pago que hace cada persona que se monta al autobús y dice "mire, de estos 275 colones, 30 colones van para ARESEP" y entonces, una contabilidad debería llevar la empresa de autobuses, "a bueno, cubrimos tantos pasajeros, esto fue por concepto de tarifas, estos fue por concepto de canon"

El director **Emilio Arias Rodríguez** consultó si no era cierto que ¿el tema del canon, lo está reconociendo como costos administrativos?, a lo cual el **Regulador General** afirmó que sí.

La señora **Sylvia Saborío Alvarado** comentó que efectivamente, pero es un monto que se hace a la hora de estimarlo por adelantado, con base en ciertas expectativas del flujo de pasajeros. Pero si en los hechos, el número de pasajeros difiere para arriba o para abajo, de las proyecciones con base en las cuales se fijó el canon, la obligación de los proveedores es pagar el monto prefijado del canon, no la cuota que le tocaría per cápita.

Don **Emilio Arias** señaló que no va a entrar a discutir ese tema, indicó que está de acuerdo, pero suponiendo: "vos sos empresaria, y resulta que no pagaste el canon, ese dinero que son recursos públicos, ¿qué pasa?, es decir, cuales son las acciones que toma la ARESEP para recuperar eso que no es un pago que hace el empresario, sino que el empresario es simplemente un recaudador del canon"

El señor **Regulador General** manifestó que hay intereses de mora por multas y además de eso, después de tres meses de no pago del canon, procede cancelarle la concesión o el permiso. Adicionalmente, con el sistema que empieza a operar el año entrante, haciendo dos fijaciones anuales de tarifas para ir quitando toda esa bulla del montón de empresas que vienen a hacer las solicitudes, la empresa que no haya pagado el canon, no tiene derecho a ese aumento anual de tarifas. Esos son los elementos coercitivos que tenemos.

El señor **Emilio Arias** señaló pero entonces quiere decir que en esos años que hubo problemas, se aplicó eso y ¿se recuperó el dinero? Don **Rodolfo González Blanco** aseguró que no se generó en ese sector, porque entonces se recibía por adelantado, "o sea lo pagaba o lo pagaba"

Al respecto, la directora **Saborío Alvarado** comentó que no hay la menor duda, que no hay un mecanismo más eficiente y eficaz en términos de costo que el usar un proceso que ya esté en camino, montarse en eso y hacerlo; ningún mecanismo va a ser tan eficiente en términos de lograr el objetivo a un bajo costo administrativo, ninguno. Pero ellos están aduciendo una cosa que es cierta, que es que "no se vale" cobrarles por adelantado y que a nadie más se le cobra por adelantado.

Ante eso, que es una posición razonable, lo que le cabe a ARESEP es montar un mecanismo alternativo lo más bueno posible y usar las otras armas que tiene ahí para lograr la recaudación efectiva sin tener la presión que se tiene hasta ahora.

El **Auditor Interno** manifestó que lo que sucedía también es que había que cobrarles a los transportistas, salía más caro todas las gestiones de cobro judicial, por eso se buscaron estos mecanismos, con RECOPE y con el INS.

El señor **Regulador General** indicó que nada más les anunciamos que vamos a traer a Junta Directiva, precisamente la constitución de ese departamento de cobro, y obviamente eso les va a incrementar el canon a los propios transportistas porque ya la gestión de cobro cuesta más y ellos lo han aceptado de esa manera.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** comentó que él no sabe si será el momento pero, como tiene que ver con lo que se está discutiendo, si son retenciones o no y las implicaciones que eso tiene, la posición que sugeriría sostener debería partir de tener claro cuál es la naturaleza del canon, y a la luz de esa naturaleza, poder tener claro quién es el obligado a pagar el canon.

La ley establece que por prestar una actividad regulada se debe pagar el canon. La conclusión a la que podría llegarse es que el obligado es el prestador del servicio.

Don **Dennis Meléndez Howell** señaló que de esa forma funciona en el sistema financiero, o sea el banco no le está cobrando a uno, no es un agente recaudador del canon para la SUGEF.

El señor **Juan Manuel Quesada Espinoza** indicó que puede llegarse a concluir que la posición que sostuvo la Institución hacia la Contraloría y la que la Contraloría acogió, de que el prestador es un simple recaudador, les parece que es jurídicamente equivocada, porque simplemente se basa en el argumento de que como es un costo a reconocer en la tarifa, al final de cuentas quien paga el canon, es el usuario.

Bajo el principio de servicio al costo, el hecho de que se recupere el costo que se hace por canon, no significa que se estén trasladando las responsabilidades del pago del

canon por la actividad que se está ejerciendo, al usuario y por lo tanto no puede entenderse que el operador es un simple recaudador.

Siempre ha considerado que debe plantearse esta tesis ante la Contraloría. Le parece que los argumentos jurídicos sobre el tema de cuál es la naturaleza de este tipo de cánones, fácilmente puede llevarnos a la conclusión de que el obligado a pagarlo es el operador y no el usuario.

El señor **Gerente General** manifestó que en cuanto al obligado, cree que no hay discusión, pero el resto le parece que es un poco semántica la situación, porque si la regulación es al costo y hay que reconocer una utilidad razonable, entonces [usted le reconoce la utilidad] pero entre la utilidad no está, lo que ha pasado es que la Contraloría dice [esto es parte de los costos que tiene o no tiene que sacar de la utilidad] Entonces estamos hablando de que la utilidad es mayor o es menor, le parece que en el fondo es un poco semántica la cosa.

La directora **Sylvia Saborío Alvarado** comentó que es semántica pero también es económica, porque en el grado en que haya una diferencia importante entre la expectativa de número de personas en quien recae y la realidad, el proveedor acaba pagando más o menos per cápita y eso no lo siente el que lo usa, porque el que lo usa paga siempre lo mismo. Pero en los efectos habrá pagado más o menos per cápita el proveedor del servicio si hay más o menos consumidores.

De hecho, entiende que parte de las preocupaciones de las personas de transportes es que hay una subestimación sistemática del número de personas que viajan, entonces esa diferencia se la está embolsando el autobusero. El problema es que no ha habido hasta ahora una forma de constatar o verificar los números efectivos de demanda.

El señor **Regulador General** indicó que entonces, les llevaría a una discusión de cada una de los costos, es decir, la gasolina, ¿quién la paga?, ¿quién es el obligado de pagar la gasolina del autobús de ahí, quien paga los repuestos?

El señor **Gerente General** manifestó que debe ser parecido a la discusión que se ha sostenido con el tema de las mismas inversiones, si ya las reconoció, en el siguiente periodo, se les cobra, o sea, se les rebaja, todo aquello que se excedió o quede por defecto debiera de ajustarlo en el siguiente periodo. De eso se trata este negocio, por supuesto que hay problemas de información y eso es donde se falla, pero el principio como tal, el mismo mecanismo, debiera asegurar que esas diferencias en el largo plazo desaparecen.

Don **Dennis Meléndez Howell** afirmó que se caería en algo muy peligroso, si se dice: [no, es que pagar eso es una responsabilidad del usuario] entonces el empresario dice [mire, ustedes me dijeron que yo iba a tener 850 mil marcas por mes, y yo lo que tuve fueron

600 mil marcas por mes, entonces le voy a pagar menos canon □ No, es que el canon ya está establecido y se le dio un mecanismo igual a cualquier otro costo, pero eso no lo exime a él de que si el número de marcas era inferior a lo que él estaba previendo, que entonces va a pagar menos canon.

La directora **Echandi Gurdían** señaló que le interesa conocer el criterio de la Contraloría General de la República, del Director General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria y si existe de la Procuraduría General de la República.

El señor **Juan Manuel Quesada** contestó que no está formalmente. La directora **Echandi Gurdían** reiteró que le parecía interesante estudiarlo con cuidado.

A lo cual don **Juan Manuel Quesada** indicó que existe un dictamen de don Robert, de la anterior Asesoría. Sobre el particular, don **Emilio Arias Rodríguez** comentó que es un tema interesante porque se puede ver lo que dice la Contraloría y algo se tiene que acomodar para efectos de que calce, por eso le salto la duda, pero ya con esos insumos se podría tener más claridad.

La directora **Echandi Gurdían** consultó ¿Puedo confiar en que se nos va a facilitar esa documentación?, por lo cual el señor **Juan Manuel Quesada** aseguró hacer llegar el dictamen de Robert y el informe de la Contraloría.

La señora **María Lourdes Echandi Gurdían** afirmó que ya que es un tema que vendrá a Junta le parece importante contar con toda esa información con suficiente tiempo.

ACUERDO 09-66-2011

Dar por recibido los comentarios suscitados en esta oportunidad, en torno a una consulta formulada por el director Emilio Arias Rodríguez acerca de publicación en el diario La Nación sobre el cobro segmentado del canon para el sector transportes.

ARTÍCULO 10. Asuntos de carácter informativo.

El Regulador General procedió a referirse a los documentos distribuidos en esta oportunidad de carácter informativo, luego de lo cual la Junta Directiva resolvió:

ACUERDO 10-66-2011

Dar por recibidos los documentos distribuidos en esta oportunidad de carácter informativo, los cuales se detallan a continuación:

- a) Respuesta al oficio ECO-862-17.597-11 del 7 de octubre de 2011 de la Asamblea Legislativa, relativo a la consulta sobre el "Proyecto de Ley para el fortalecimiento del Fondo de capitalización laboral, como instrumento contra el desempleo, Expediente 17.597. Oficio 629-RG-2011 del 7 de octubre de 2011.
- b) Remisión de los oficios 636-RG-2011 y 638-RG-2011 a los Diputados Néstor Manrique Oviedo Guzmán y Marielos Alfaro Murillo, respectivamente. Oficio 644-RG-2011 del 13 de octubre de 2011.
- c) Respuesta al oficio CPAS-CPAS-713-17.953 del 26 de setiembre de 2011, de la Asamblea Legislativa, en torno al "Proyecto de Ley de Creación del nuevo Hospital Doctor Fernando Escalante Pradilla en Pérez Zeledón" expediente 17.953. Oficio 660-RG-2011 del 18 de octubre de 2011.
- d) Respuesta al oficio CE-16-10-11 del 10 de octubre de 2011 de la Asamblea Legislativa, relacionada con el "Proyecto de Ley Solidaridad tributaria" expediente 18.270. Oficio 661-RG-2011 del 18 de octubre de 2011.
- e) Informe sobre cumplimiento del acuerdo 07-62-2011 y acciones para realizar la reunión precartelaria. Oficio 547-GG-2011, 5-CIE-2011 y 236-DGEE-2011.

A LAS 17:05 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