

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA

73-2011

30 de noviembre del 2011

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA 73-2011

Acta de la sesión ordinaria número setenta y tres 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 quince minutos, del treinta de noviembre del dos mil once, con la asistencia de sus miembros: Dennis Meléndez Howell, Presidente; Emilio Arias Rodríguez; María Lourdes Echandi Gurdíán y Edgar Gutiérrez López, así como con la de los señores: Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva y Juan Miguel Torres Mora, Asistente de la Gerencia General.

ARTÍCULO 1. *Participación por el sistema de video conferencia.*

Se deja constancia que la señora *Sylvia Saborío Alvarado* participó en esta oportunidad por el sistema de video conferencia.

ARTÍCULO 2. *Aprobación del Orden del Día.*

El *Regulador General* procedió a dar lectura al Orden del Día de esta sesión, luego de lo cual la directora *María Lourdes Echandi Gurdíán* señaló que, conjuntamente con el directivo Arias Rodríguez, querían ver la posibilidad de incluir en la agenda la moción titulada "Declaratoria de un régimen de urgencia y procedimiento para cumplir con la firma de las actas pendientes de las sesiones de Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, antes de fin de año".

Analizado el planteamiento, la Junta Directiva resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 01-73-2011

Aprobar el Orden del Día de esta sesión, en el sentido de adicionar, de conformidad con el artículo 54, numeral 4), de la Ley General de la Administración Pública, con la moción de los directores María Lourdes Echandi Gurdíán y Emilio Arias Rodríguez: "Declaratoria de un régimen de urgencia y procedimiento para cumplir con la firma de las actas pendientes de las sesiones de Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, antes de fin de año" cuyo asunto se considerará como punto 3.4, de manera que el Orden del Día aprobado sea el siguiente:

1. Aprobación del Acta.

Proyecto del acta de la sesión 70-2011 y 71-2011.

3. Asuntos resolutivos.

3.1 Discusión inicial de la Propuesta del modelo de ajuste automático para el servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús. Oficios 829-RG-2011 y 190-CDR-2011 del 28 de noviembre de 2011.

3.2 Modificación interna N° 11-2011, por un monto de ¢66.868.406,20.

3.3 Recursos:

3.3.1 Recurso de apelación en subsidio presentado por la empresa Alfaro Limitada, contra la resolución RRG-016-2010. Oficio 622-DGJR-2011 del 28 de octubre de 2011. OT-257-2008.

3.3.2 Recurso de apelación interpuesto por la Empresa Discar S.A. en contra de la resolución 565-RCR-2011 de 22 de julio de 2011. ET-076-2011. Oficio 632-DGJR-2011.

3.3.3 Recursos de apelación e incidente de nulidad absoluta interpuestos por la empresa Tralapa Limitada contra la resolución 520-RCR-2011 y 521-RCR-2011 del 14 de junio de 2011, dictadas por el Comité de Regulación. Oficios 616-DGJR-2011 y 617-DGJR-2011 del 28 de octubre de 2011. OT-020-2011 y OT-50-2011.

3.4 Asuntos de los miembros de Junta Directiva.

Moción de los directores María Lourdes Echandi Gurdían y Emilio Arias Rodríguez: Declaratoria de un régimen de urgencia y procedimiento para cumplir con la firma de las actas pendientes de las sesiones de Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, antes de fin de año.

3.5 Solicitudes de concesiones de servicio público de generación.

3.5.1 Empresa Inversiones Cheg Acosta S.A. expediente CE-003-2011. Oficio 747-DEN-2011 del 25 de octubre de 2011.

3.5.2 Aeroenergía S.A., expediente CE-4-2011. Oficio 677-DGJR-2011 del 21 de noviembre de 2011.

3.6 Ajuste a manuales de cargos y clases. Oficios 605-GG-2011 del 7 de noviembre de 2011 y 657-DERH-2011 del 28 de octubre de 2011.

3.7 Asuntos del Auditor Interno.

3.7.1 Directriz correspondiente al proceso de nombramiento del auditor y sub-auditor, para que la administración se ajuste a los lineamientos por parte de la Contraloría General de la República. Oficio 372-AI-2011 de 7 de noviembre de 2011.

3.7.2 Remisión al Regulador General de informe 11-I-2011 referente a Advertencia sobre saldo del superávit acumulado de la autoridad Reguladora al 30-9-2011. Oficio 405-AI-2011 del 21 de noviembre de 2011.

4. Asuntos de carácter informativo.

4.1 Consulta por parte de la Asamblea Legislativa, sobre el Proyecto de Ley del mercado de gas licuado de petróleo, expediente 18.198. Oficio 774-RG-2011 del 15 de noviembre de 2011.

4.2 Cierre de las disposiciones del informe de la Contraloría General de la República DFOE-ED-IF-4-2010, relativo a un estudio efectuado en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

4.3 Recurso de apelación presentado por Juan Diego Henry contra resolución RCS-061-2011.

ARTÍCULO 3. Aprobación de actas.

La Junta Directiva procedió a analizar el punto relativo a la aprobación de las actas de las sesiones 70-2011 y 71-2011, celebradas el 21 y 23 de noviembre del 2011, respectivamente.

Luego de que los señores miembros de la Junta Directiva expresaron sus principales observaciones a las referidas actas, la Junta Directiva, resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 02-73-2011

Aprobar las actas de las sesiones 70-2011 y 71-2011, celebradas el 21 y 23 de noviembre del 2011, respectivamente, de cuyos proyectos se distribuyeron con anterioridad entre los señores miembros de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 4. Discusión inicial de la Propuesta del modelo de ajuste automático para el servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús. Expediente OT 57-2011.

A partir de este momento ingresan los señores Guillermo Monge Guevara, Carlos Solano, Juan Carlos Pereira, José Carlo Rojas Vargas y las señoras Marie Ann Obando Padilla, Karla Montero Víquez e Ingrid Araya Badilla.

La Junta Directiva procedió a conocer el oficio 829-RG-2011, adjunto al cual el Regulador General remite el documento 190-CDR-2011, relacionado con la propuesta del modelo de ajuste automático para el servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús. Expediente OT 57-2011.

Seguidamente el señor **Guillermo Monge Guevara** brindó una presentación con los aspectos principales del citado modelo, destacando, entre otras cosas: i) Antecedentes, ii) Objetivos del modelo, iii) Características básicas del modelo y iv) Oposiciones y coadyuvancias.

Además, se conocieron los principales cambios respecto a la versión presentada en audiencia:

- Se reorganizó la sección de antecedentes.
- Se dio una nueva redacción a la sección de justificación, a fin de incluir solo aquellos argumentos que justifican directamente la aplicación de un ajuste tarifario de tipo extraordinario.
- Se eliminó la sección denominada "Otras Reglas de Aplicación del Modelo Tarifario" los aspectos relevantes de su contenido se incorporaron en otras secciones.
- Se reformuló la sección de marco legal, para hacerla más concisa, y se le cambió el nombre por el de "Normativa aplicable"
- El cuadro 1 del documento anterior (474-DITRA-2011) se convirtió en el anexo 1 -con su respectiva explicación-

Adicionalmente, se expone el procedimiento de cálculo:

1. Se determina la variación semestral en el precio de los combustibles (PC).
2. Se determina la variación semestral ponderada de los salarios de choferes, chequeadores y mecánicos (SMT).
3. Se determina la variación semestral en los precios de mercado de los insumos de mantenimiento (CIM), que incluyen aceites, lubricantes, llantas, neumáticos y reencaches.

4. Se determina la variación en los costos administrativos (CGA) sujetos a ajuste automático, como son los correspondientes a seguro voluntario y obligatorio, derecho de circulación, revisión técnica vehicular, canon de regulación de ARESEP y canon del CTP.
5. La variación en cada uno de los rubros de costos descritos, se pondera según su peso específico en la estructura de costos sujetos a ajuste automático, según la siguiente fórmula:

$$I_i = \left(\frac{PC_1}{PC_0} - 1 \right) * PPC + \left(\frac{SMT_1}{SMT_0} - 1 \right) * PPS + \left(\frac{CTM_1}{CTM_0} - 1 \right) * PPLM + \left(\frac{CGA_1}{CGA_0} - 1 \right) * PPGA$$

6. La variación porcentual semestral de los diferentes rubros de costos sujetos a ajuste automático (I_i), se aplica a la tarifa establecida (t_0) en la última fijación general, a fin de determinar la nueva tarifa (t_1), como sigue:

$$t_1 = t_0 * (1 + I_i)$$

7. En el caso de que se haya dado una fijación individual, con posterioridad a la última fijación semestral, se compararán los parámetros de costo correspondientes al nuevo ajuste automático, contra los incorporados en la fijación individual.
8. Los ajustes tarifarios se redondearán a montos congruentes con las denominaciones de las monedas en circulación, según el procedimiento descrito en el modelo.

El señor **Dennis Meléndez Howell** consultó ¿cuáles fueron las principales observaciones que surgieron de la audiencia pública o algún elemento destacable que mereciera especial consideración?

Don **Guillermo Monge Guevara** respondió que algunos participantes manifestaron que debería modificarse el concepto disparador, aspecto para pedir la revisión de tarifa y otro para aplicar la tarifa propiamente. Otros comentaron cuál debería ser la fecha de corte de los costos. Para implementar la tarifa, si debería ser la fecha de la audiencia o la fecha en que entra, que se publica.

Hubo casos en que solicitaron modificar la forma en que se ponderan los insumos de mantenimiento. Eso propició una discusión en el grupo de trabajo, para poder hacer ajustes en la ponderación.

El director **Edgar Gutiérrez López** consultó si se tomaron en cuenta los principales costos de operación, ¿qué significa principales?, ¿por qué esos y no otros?

El **Regulador General** manifestó que hasta dónde tenía entendido, esos principales son: gastos administrativos, mantenimiento, salarios, combustible y la distancia también.

El señor **Luis Valverde Ramírez** indicó que hay muchos gastos administrativos, algunos de ellos están fuera de este modelo, porque se ajustan parcialmente los costos, no totalmente. Hay otros costos como los de inversión, depreciación, el gasto de salarios administrativos, servicios públicos, agua, luz, teléfono, internet, alquileres, gastos financieros, cosas de ese tipo, que no están incluidos.

Se tiene los elementos que se consideraron, que tienen un componente exógeno o fuera de control de la administración y que, monitoreándolos, se les puede dar un ajuste a las tarifas sistemático y periódico para mantenerlas actualizadas y la señal de precio sea oportuna. Se detectó que los componentes de costo que reúnen esa característica son los combustibles, los salarios, los insumos de mantenimiento y los gastos administrativos.

Se le llama gastos administrativos a los derechos de circulación, canon y aspectos de esos. En el informe se explica, que, lo que no esté expresamente considerado, se va a tener que hacer en una revisión ordinaria, que es otro procedimiento de revisión tarifaria y en el cual se podrá ver todo.

Lo que se hace, es darle un seguimiento a los elementos que podrían tener una repercusión importante y rápida en la economía de las empresas prestadoras de servicio de buses. Sin embargo, a pesar de que son pocos elementos de costo, esos cuatro, no son cuatro tipos de gastos, son cuatro grupos de gastos, representan en promedio un 75%, aproximadamente, de la estructura de costos de las compañías.

Esta es la manera de llevarle el pulso a los cambios en los precios y reflejarlos muy rápido en las tarifas, para que la señal de mercado sea oportuna y cumpla esa función.

Don **Dennis Meléndez Howell** comentó que tiene entendido que esta metodología en particular, va a ser de corta vida, en el sentido de que, está en preparación otra metodología, que ya es mucho más amplia que cubriría estos elementos, consecuentemente, esto es mientras entra eventualmente esa otra. ¿Estamos en lo cierto?

El señor **Monge Guevara** señaló que esa es una posibilidad. Una vez que se llegue a aprobar la nueva metodología de fijaciones ordinarias nacionales, se va a poder actualizar las tarifas de todas las rutas por iniciativa del Regulador General, de forma simultánea, por lo menos, una vez al año. Está por discutirse si esa actualización sería dos veces al año, y como es una fijación ordinaria, incluiría todos los costos.

Se podría argumentar que, en ese momento, sería innecesario hacer esta actualización extraordinaria. Podría pensarse en alguna variable, por ejemplo, en hacer una actualización anual vía ordinaria y una semestral, vía extraordinaria y combinar ambas. Eso es algo que habría que establecer, cuando llegue ese momento. Sin embargo, es claro, que si habría que modificar. En la situación más leve, habría que modificar los períodos de aplicación de esta metodología que se está proponiendo en este momento.

Doña **Sylvia Saborío Alvarado** indicó que quería saber: primero, ¿Cuánto representan estos costos exógenos, que son los que estarían propuestos a ser ajustados semestralmente, del total?

El señor **Guillermo Monge Guevara** respondió que estos cuatro rubros de costo o grupos, representan aproximadamente un 75% en el promedio de todas las rutas, pero pueden tener cierta variación, dependiendo que sean interurbanas. Están unos puntos por debajo o por encima, pero ese es el promedio general.

La directora **Sylvia Saborío Alvarado** consultó si se está eliminando lo que sería el disparador del 5% que antes se consideraba. Adicionalmente hay unas fijaciones ordinarias que son iniciadas por ARESEP y otras que son a petición de los transportistas: ¿Cómo quedarían esas otras fijaciones en términos de periodicidad en relación con esta metodología?

El señor **Carlos Solano Carranza** indicó que para el caso particular de ésta fijación extraordinaria, las fijaciones individuales ordinarias sean a petición de parte o de oficio de la ARESEP, continuarían con el mismo modelo y la misma metodología que se tiene, que es caso por caso y tomando en cuenta toda la estructura de costos y las variables operativas específicas de cada ruta, hasta tanto, no entre el nuevo procedimiento ordinario, que está en este momento en el proceso desarrollándose y cerca su finalización.

Doña **Sylvia Saborío Alvarado** señaló que tiene que reconocer que por motivo de su viaje, no tuvo tiempo de estudiar a fondo el documento, pero esas variaciones exógenas representan un montón, 75% del costo total. No le queda muy claro qué es el otro 25% y que haya una gran razón para diferenciar las ordinarias de las extraordinarias.

Don **Dennis Meléndez Howell** manifestó que lo que le atrae precisamente de la metodología, es que ya de una vez les quita a los empresarios ese 75% de justificación de la tarifa, porque ya se les da automáticamente. De tal forma, el porcentaje que les queda, da la posibilidad de solicitar una fijación ordinaria.

Ahí se disminuye sustancialmente, porque las posibilidades de que ese porcentaje alcance el 5%, que en este caso si corre el disparador por ser una solicitud ordinaria, realizada por ellos, se disminuye. Parte de la ventaja que tendría esto, es que, por lo menos en teoría, va a disminuir el número de solicitudes ordinarias, pero faltaría otros elementos que probablemente siempre van a motivar a que los empresarios vengán a solicitar tarifas, por ejemplo, cada vez que renuevan la flota o que tengan cambios sustanciales en algunos de los costos que no están contemplados en estas fijaciones extraordinarias.

Don **Carlos Solano Carranza** comentó que también se debe considerar que, los ajustes son semestrales y se han venido dando desde hace mucho tiempo. El procedimiento es haberle quitado los proxí, el tipo de cambio y el IPC, sustituirlos por una canasta de insumos y ahora también, se le quitó el disparador, pero realmente estas fijaciones van reconociendo las variaciones semestrales y no a todas las rutas. En las nacionales anteriores se les ha otorgado por diferentes razones.

Hay rutas que individualmente no han tenido fijaciones en mucho tiempo y tienen ajustes muy significativos y, como decía don Dennis, en el modelo ordinario son muy sensibles, quizá más que los costos, las variables de operación, como son flota, carreras, demanda, recorridos. Cuando hay cambios importantes en estas variables de operación, el modelo es muy sensible, se activa y supera por mucho éstas variaciones en los costos.

Don **Dennis Meléndez Howell**, manifestó que como una aclaración adicional, una de las ventajas que tiene estas fijaciones semestrales, es que se puede obligar a los empresarios a que de previo se les pueda otorgar el respectivo aumento, tienen que haber cancelado el canon a la ARESEP, entonces, se convierte en un instrumento efectivo para obligarlos en el pago.

La directora **Sylvia Saborío Alvarado** manifestó que le parece importante, en vista del cambio que se hizo en la forma de cómo se va a cobrar el canon que ya no sería por adelantado y a través del INS.

Doña **María Lourdes Echandi Gurdián** señaló que en la sesión 68-2011, con motivo del conocimiento de la metodología para los precios de referencia de las tarifas para las plantas de generación eólica, la Junta Directiva tomó el acuerdo 06-68-2011 y el punto 1 dice: *Solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, para que en lo*

sucesivo, siempre que se sometan metodologías a conocimiento de la Junta Directiva, lleve a cabo una revisión, desde el punto de vista jurídico, en el sentido de que no se tengan problemas de ninguna naturaleza, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia □ Concretamente, la jurisprudencia que se genera, entre otros fallos, con la resolución número 577-2007, ya se analizó, incluso con la metodología para generación de energía con plantas eólicas.

Le parece que sería oportuno que la Dirección General de Asesoría Jurídica, haga el estudio relacionado con esta metodología, en cuanto a la discrecionalidad y a luz de esa jurisprudencia de la Sala Primera. Lo segundo, pediría que cualquier cambio que se haga de este texto que les están dando hoy, lo envíen con el control de cambios respectivo, porque la metodología son documentos bastante densos, técnicos y comparar página por página, es muy difícil. Le interesaría que cualquier cambio que se haga a futuro en estos textos, pueda tener el criterio de comparación, saber qué se está eliminando, qué se está sustituyendo.

Don **Dennis Meléndez Howell** señaló que se trajo la metodología como discusión inicial, en el entendido de que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, tenga el tiempo de hacer ese trabajo.

El señor **Emilio Arias Rodríguez** manifestó que con respecto al cuadro de la audiencia de las diferentes ponencias que se presentaron, o más bien las objeciones que se presentaron al modelo, si es importante que en algunos casos dentro del documento que se les presentó hace referencia a otros documentos en cuanto a la respuesta que se está dando al administrado o al regulado. Le interesa que en el cuadro se evidencie eso para efectos de poderlos localizar.

En cuanto al tema jurídico, es importante que se ponga atención a lo dicho por la Defensoría de los Habitantes, hay que analizar lo que doña María Lourdes manifestó en la sesión antepasada, se analice el tema de la discrecionalidad, que le parece que es un tema delicado.

Otro elemento que le llama la atención es sobre el tema de la semestralización de la metodología, a lo cual don **Guillermo Monge Guevara** indicó que en realidad como se está proponiendo en este momento, cualquier cambio es reconocido por muy pequeño o por muy grande, ya sea para arriba o para abajo, en cada semestre y este mecanismo sustituye el que se había propuesto a audiencia, que sí incluía un disparador, o sea, solo se activaba la posibilidad de hacer el ajuste si los costos pasaban de cierto porcentaje.

El director **Emilio Arias Rodríguez** señaló que eso le parece importante que se analice, porque es un cambio sustancial. Tenía la idea del primer documento que se sometió a audiencia, pero eso es un elemento sustancial, porque si hay un cambio sustancial en esa propuesta si no se va a hacer de esa forma.

Don **Guillermo Monge Guevara** indicó que en la respuesta a las oposiciones se argumenta alrededor de ese punto, porque hay oposiciones que pidieron ese cambio, se les está dando la razón. En esa sección se explica por qué se considera que los opositores tienen una posición atendible.

El director **Emilio Arias Rodríguez** manifestó que, por eso el cuadro va a ser importantísimo, porque es la única forma de poder ver efectivamente esa relación. Con esos dos insumos que nos van a entregar, poder empatar algunas dudas.

Don **Dennis Meléndez Howell** realizó una observación, en cuanto a las comparaciones de documentos, indicó que la herramienta que tiene Word, facilita revisar las actas, verificar si han sido incorporados los cambios, se guarda el acta original que se nos envía y luego se recibe y se verifican los cambios. Para estos efectos se necesita que el documento esté en Word y no en PDF.

El señor **Emilio Arias Rodríguez** indicó que, con el control de cambios el sistema permite hacer anotaciones y referencias, le parece que es lo más sencillo para efectos de no tener que volver a ver las actas.

Don **Dennis Meléndez Howell** señaló que se da por finalizado el punto, en el entendido de que se va a incluir cuando la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria realice la revisión general.

La señora **María Lourdes Echandi Gurdian** consultó la posibilidad que ese documento de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, aunque no esté agendado, les llegue con suficiente tiempo para no verlo de un día para otro. Como es un asunto tan delicado, con el fin de poder ir adelantando la revisión.

El señor **Regulador General** indicó que en cuanto la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria lo realice, se los hace llegar.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** señaló que, para que quede claro hoy a las 13:30 horas, se les solicitó, hará lo posible por tenerlo lo más rápido, para que lo puedan tener a disposición.

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

ACUERDO 03-73-2011

Continuar analizando, en una próxima sesión, la propuesta del "Modelo de Ajuste Automático para el Servicio de Transporte Remunerado de Personas Modalidad Autobús" remitido por el Centro de Desarrollo de la Regulación, mediante oficio 190-CDR-2011, en el sentido de que se queda a la espera del criterio de Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, respecto a los alcances de la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en torno al citado modelo.

ARTÍCULO 5 Modificación Interna 11-2011.

La señora Magally Porras Porras, Directora de la Dirección Administrativa Financiera, participó en el análisis del siguiente tema.

Se conoció el oficio 836-RG-2011 del 29 de noviembre de 2011, mediante el cual el Regulador General remite la carta 1389-DAF-2011 del 28 de noviembre del 2011, adjunto al que la Dirección Administrativa Financiera somete la Modificación Interna 11-2011 al presupuesto de la Institución, por un monto de ₡66.868.406.20 (sesenta y seis millones, ochocientos sesenta y ocho mil cuatrocientos seis colones con 20/100), como se indica en el Anexo 4 de dicho oficio, a saber:

	AUMENTA	DISMINUYE
TOTALES	₡66.868.406,20	₡66.868.406,20
Remuneraciones	51.118.406,20	56.468.406,20
Servicios	-	10.000.000,00
Materiales y Suministros	-	300.000,00
Bienes duraderos	10.750.000,00	-
Transferencias corrientes	5.000.000,00	100.000,00

Seguidamente la señora **Magally Porras Porras** procedió a brindar una explicación sobre la citada Modificación Interna, al igual que respondió una serie de 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 1389-DAF-2011 de 28 de noviembre de 2011, dispuso por unanimidad y en firme:

ACUERDO 04-73-2011

Aprobar a nivel de sub partida, partida y programa, la modificación presupuestaria No. 11-2011 al presupuesto de la Institución, por un monto neto de ¢66.868.406,20 (sesenta y seis millones, ochocientos sesenta y ocho mil cuatrocientos seis colones con 20/100), como se muestra en el Anexo No. 4, del oficio 1389-DAF-2011 de la Dirección Administrativa Financiera.

ARTÍCULO 6 *Recurso de apelación en subsidio presentado por la empresa Alfaro Limitada, contra la resolución RRG-016-2010.*

Ingresa la señora Selene Camacho funcionaria de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Legal, a participar en la discusión y análisis de éste y los siguientes dos artículos.

El señor **Dennis Meléndez Howell** somete a conocimiento el oficio 622-DGJR-2011 DE 28 de octubre de 2011, mediante el cual la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria somete un criterio legal sobre el recurso de apelación en subsidio contra la RRG-016-2010, presentado por la empresa Alfaro Limitada.

La señora **Selene Camacho**, hace una breve exposición sobre el tema del recurso de apelación en subsidio contra la RRG-016-2010, presentado por la empresa Alfaro Limitada, al tiempo que respondió algunas consultas sobre el particular.

Seguidamente la señora **María Lourdes Echandi Gurdíán** indicó que:

Revisado el expediente OT-257-2007, el director Arias Rodríguez y ella consideran que en el tanto se decida conocer y resolver, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Alfaro Limitada, en contra la resolución RRG-016-2010 del 7 de enero del 2010, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 622-DGJR-2011 de 28 de octubre del 2011 (visible de folio 601 a 606), se deja de lado, mediante esa decisión, que esa misma Dirección □unidad u órgano administrativo interno de naturaleza consultiva- emitió también el criterio jurídico considerado al resolverse el recurso de revocatoria planteado por la misma empresa en contra del acto final que impugna, tal y como consta en el oficio 374-DGJR-2010 de 6 de mayo del 2010 (visible de folio 530 a 535), lo cual veda la posibilidad de que esta Junta Directiva cuente con un criterio jurídico y técnico ajeno a las conductas que se revisan en esta superior jerarquía.

Consideramos que conforme a las reglas de control interno, debe evitarse la concentración del ejercicio de funciones incompatibles, de modo tal que una persona o unidad no tenga el control por la totalidad de determinadas labores.

Además, estimamos que la aludida concentración de funciones de asesoría jurídica y regulatoria en las dos instancias, quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad que impera en todo procedimiento administrativo, así como el deber que tiene la Administración de □ actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado □ (GONZÁLEZ PÉREZ Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO Francisco, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), toda vez que involucra al mismo órgano consultivo en la fase de resolución del recurso de revocatoria, así como el de apelación.

De esta forma, a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria como unidad u órgano- le alcanza la causal de inhibitoria establecida por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica.

Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias □el Director General y sus subordinados-, lo cierto es que es la misma Dirección la que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables a la Dirección como órgano dada la naturaleza y fin de la causal bajo examen, así como también y en específico a su Director General, pues por su posición de jerarquía avala, ya sea expresa o implícitamente, los criterios de sus subordinados.

Como lo hemos señalado de modo reiterado, toda esta problemática obedece a la errónea decisión, incorporada en los artículos 46 y 47 del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP), de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía.

Precisamente por esa situación, en cuatro oportunidades he mocionado, junto con el Directivo Arias, aún sin éxito, para reponer a esta Junta Directiva la asesoría jurídica y regulatoria independiente que tuvo por muchos años. En efecto, así sucedió en la sesión 38-2010 del 29 de setiembre del 2010, la segunda en la sesión 49-2010 del 10 de noviembre del 2010, la tercera en la sesión 39-2011 del 15 de junio del 2011 y la cuarta en las sesiones 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

Cabe destacar, a mayor abundamiento, que la tesis que hemos reiterado en diversas ocasiones, el Directivo Arias y yo, fue recientemente confirmada por el Dr. Rubén Hernández Valle en un dictamen jurídico rendido a esta institución, el cual indicó:

□A.- El contenido del deber de imparcialidad de los funcionarios públicos

1.- Tanto la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, la cual tiene rango de ley de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGAP, como la jurisprudencia constitucional han desarrollado con algún detalle el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, así como el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración, que deriva directamente de la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Entre otros, Votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional**).**

2.- Este derecho a la imparcialidad se configura como el deber de los funcionarios públicos de participar en la resolución de un asunto, directa o indirectamente, cuando previamente ha emitido criterio sobre el asunto (Dictamen número C-302-2009 PGR**).**

3.- En un dictamen posterior, la PGR estableció claramente que □Ciertamente, en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que dimana del artículo 11 de la Constitución Política y complementado por los numerales 230 y siguientes de la LGAP□ (Dictamen número C-106-2010**).**

4.- Por ello, la imparcialidad del funcionario público se ve afectada cuando el interesado interpone recursos administrativos con el objeto de que otra instancia conozca del asunto y el funcionario ha emitido previamente criterio sobre el punto objeto de discusión. Lógicamente este principio no se aplica en los casos de recursos de reposición en cuya esencia va el ser conocido por el jerarca que emitió el acto impugnado.

B.- el artículo 46 del RIOF de la ARESEP

1.- La norma en examen le otorga la competencia a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de asesorar, emitir opiniones y criterios para la Junta Directiva, el Regulador General y el Gerente General.

2.- Esta norma viola el principio de imparcialidad, dado que permite que abogados de esa Dirección emitan criterios jurídicos en dos instancias diferentes.

En efecto, la Dirección está obligada a verter criterios primero en asuntos que conozca en primera instancia el Gerente General o el Regulador General y luego, a emitirlos de nuevo, cuando se conozcan en alzada en Junta Directiva. Esta participación de la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria en dos instancias diferentes viola el principio de

imparcialidad de los funcionarios públicos, el cual es aplicable, como ha indicado la jurisprudencia administrativa de la PGR, a los asesores legales.

3.- La solución consistiría en crear una asesoría legal independiente para la Junta Directiva. □

En ese sentido, se debe indicar que frente a vicios de nulidad absoluta, como es una inconstitucionalidad, es deber de la Administración proceder a su anulación, aún así sea de oficio □art. 174 LGAP-. De lo contrario, se incurre en responsabilidad por la ejecución de actos absolutamente nulos, así como, de modo personal, los funcionarios que participen en su ejecución - arts.169 y 170 LGAP-.

En virtud de todo lo expuesto, consideramos que lo procedente es:

a) anular por inconstitucional: la mención que se hace de la Junta Directiva en el artículo 46 y en los incisos 1.a), 1.c), 1d) y 3.a) del artículo 47 del RIOF como uno de los órganos a los cuales presta

- asesoría la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, lo cual quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.
- los incisos 1.b) y 1.e) incluidos en el artículo 47 del RIOF en tanto resultan violatorios del Principio de Objetividad e Imparcialidad y las reglas de control interno.

b) en su lugar reformar el artículo 12 del RIOF, para que en adelante indique:

□Artículo 12. □Apoyo de Junta Directiva.

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

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

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

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

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

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

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

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

c) ordenar enderezar los procedimientos y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure a esta Junta Directiva, mediante asesores permanentes e independientes del resto de la Administración, la recomendación respectiva para la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad.

El señor **Regulador General** comentó que pediría al Director General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria si el criterio que ellos han manifestado en otras ocasiones con relación a que, lo importante en estos casos, es quiénes personalmente han participado en la elaboración del respectivo dictamen por recomendación a la Junta Directiva de los recursos, o si tienen algún cambio en relación con esa posición.

Don **Juan Manuel Quesada** indicó que no trae ningún cambio en esa posición, solo agregar como ha sido señalado que los funcionarios que participaron en la emisión del dictamen que dio base a la resolución del recurso de revocatoria, son distintos a los que en este momento se emitió el dictamen, que la posición que está señalada, es totalmente objetiva y técnica y adicionalmente quisiera agregar lo que de seguido va a leer: *□Que estos informes se emiten en atención a las tareas que han sido encomendadas a nuestra Dirección en el Reglamento Interno de Organización y funciones, que a la fecha éstos informes incluidos todos los temas que vienen y a hoy se encuentran vigentes, pues estamos obligados a emitirlos, a la luz del principio de neutralidad y eficiencia inherente a la actuación administrativa que establece que todo funcionario está obligado a ejercer sus funciones, observando la más estricta neutralidad ideológica sin acepción de personas o grupos, es decir, sin favoritismos ni discusión, debemos señalar que los dictámenes que se han puesto en conocimiento en este momento, no han sido emitidos con la intención de favorecer ilegítimamente o ilegalmente a nosotros, a un tercero o a cualquier persona ni organización social o grupo que no poseemos ningún interés directo ni indirecto en la resolución de este asunto y que tampoco tenemos parentesco, amistad o enemistad, así como tampoco ninguna relación de servicio con los involucrados en el asunto, de tal suerte que no existiendo elementos que comprometan nuestra imparcialidad e independencia ni nada que impida el cumplimiento de nuestras funciones, hemos procedido a emitir esos dictámenes. □*

El señor **Meléndez Howell** indicó que dentro de lo que dice don Juan Manuel que si le preocupa, es lo que dice que, estando estas disposiciones incluidas en el RIOF, las tienen que cumplir, consideran que esas disposiciones que aparecen en el RIOF, deberían ser cambiadas, porque una cosa es que las tengan que cumplir porque el RIOF así lo dice y otra

cosa es porque podrían contener algún elemento que por lo menos genere dudas. Porque si está a nuestra mano cambiar el RIOF.

El señor **Juan Manuel Quesada** indicó que un asunto que a su parecer debería ser la Junta Directiva la que lo valorara, entiende que la base de este Reglamento Interno de Organización y Funciones, fue todo un proceso de consulta y de asesoría técnica sobre la materia y con esa misma tónica puede la Junta decidir cualquier otra cosa, es claro que se ha emitido y la Junta podría modificarlo bajo el poder de organización que tiene sobre esta Institución, sobre la creación de órganos y la asignación de funciones.

El señor **Regulador General** manifestó que en eso está muy claro, lo que no está muy claro para es si efectivamente las normas que están en el RIOF, podrían contener algún elemento que choque contra los principios legales o constitucionales, como mencionó doña María Lourdes hace un momento, es decir, una cosa es simplemente que digan que dan este dictamen porque están obligados por el RIOF a hacerlo y el deber de cumplir con las funciones que les han sido asignadas y otra cosa es si efectivamente la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria tiene algún indicio de que podría hacer algún elemento ilegal o inconstitucional en estas disposiciones.

La señora **Carol Solano Durán** indicó que quería referirse al dictamen 544-DGJR-2011 del 20 de setiembre del 2011, el cual responde a una consulta de don Dennis Meléndez en el sentido de que si se violentaba el principio de imparcialidad por el tema de que la misma Dirección General de Asesoría Jurídica asesorara tanto al Regulador como a la Junta Directiva. La Dirección emitió un dictamen que concluye:

□ Conclusión 1ª El Regulador General y la Junta Directiva son la Administración activa de la Autoridad Reguladora en la materia recursiva propia de los procedimientos administrativos, en tanto que la posición de esta Dirección General es consultiva, auxiliar o asesora, los criterios que emite esta Dirección General, no son vinculantes, se trata de actos preparatorios sin efecto propio, los recursos que se presenten en los procedimientos administrativos, son producto del ejercicio del derecho de defensa de los administrados, que es parte del derecho fundamental al debido proceso. Los motivos de recusación y las causas de impedimento y otras que impidan cumplir con el principio de imparcialidad, le son aplicables a los funcionarios a título personal, no a las oficinas, departamentos o direcciones en las que se desempeñen, posteriormente entramos a analizar el caso de los órganos, las personas que han integrado un órgano de investigación preliminar, las personas que han dado asesoría en aquellos casos en que la Administración decide iniciar un procedimiento administrativo, posteriormente decimos en la conclusión número 6 que los integrantes de esta Dirección General, deben abstenerse de rendir criterio, auxilio o asesoría en aquellos asuntos en los cuales tienen un interés directo o personal, en razón del principio de

imparcialidad, que anteriormente ya nuestro Director General aclaró que en este caso y en los que vamos a exponer, ninguno de los funcionarios tenemos un interés directo.

El número 7 dice que el hecho que esta Dirección General brinde asesoría jurídica y regulatoria tanto al Regulador General en primera instancia, como a la Junta Directiva en segunda instancia en un mismo procedimiento administrativo, no violenta per se el ordenamiento jurídico y o los principios rectores del debido proceso, con las salvedades indicadas previamente en cuanto a los funcionarios, el principio de imparcialidad y las causales de abstenciones, recusaciones, impedimentos y excusas.

Y el número 8 es que la Administración está obligada a asegurar la mayor imparcialidad posible, a través de una estructura organizacional que facilite ese objetivo, por ello tanto la administración activa, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y los funcionarios deben ser cuidadosos de no incurrir en actuaciones que puedan considerarse contrarias al principio de imparcialidad□

Don **Edgar Gutiérrez López** manifestó que no concuerda con lo expuesto por Doña María Lourdes, teóricamente está desarrollando principios válidos, pero a su juicio no anulan el caso presente.

Le parece que el dictamen de asesoría jurídica ofrece plena confianza, el criterio que han externado no puede tacharse de imparcial, téngase en cuenta que el infractor ha aceptado los cargos y lo único que cuestiona es el monto de la multa.

Por otro lado, no aceptaría que se piense de antemano que se está ante aspectos inconstitucionales, porque se estaría invadiendo competencias de la Sala, mientras la Sala no diga que algo es inconstitucional, no podría mencionar que es inconstitucional, en ese sentido le parece que en primer lugar, el planteamiento hecho por doña María Lourdes es un poco teórico, pero no hace mención de por qué razón no es confiable el dictamen de la asesoría, simplemente porque interpreta que en algún momento participó en el caso, piensa que la nulidad por pura nulidad, ya ha sido muy analizada y no se da.

Ese es un caso que se estaría dejando de aplicar una multa, que está debidamente comprobada, estaría totalmente de acuerdo y, por otro lado, en el fondo no es la Asesoría Jurídica la que está resolviendo, la que estaría resolviendo, es la Junta Directiva.

El señor **Emilio Arias Rodríguez** indicó que para aclararle a don Edgar, no se está entrando a analizar el fondo del recurso, simplemente, porque lo último que usted acaba de decir es como si nosotros estuviéramos analizando el tema por el fondo, no estamos entrando a conocer por el fondo. Debe dejar claro de que no están cuestionando tampoco el tema de la imparcialidad de la asesoría de manera personal. Le parece que tienen esa coletilla

que acaban de decir, precisamente porque responden genéricamente a lo que una de las abogadas acaba de exponer.

En referencia al tema de este oficio del informe de la asesoría jurídica, debe recalcar que también existe un informe que se contrató que es de don Rubén Hernández, donde concretamente se le consultó este caso y este punto y el informe es igualmente contrario a lo que acaba de exponer la asesoría de la Dirección Jurídica.

El director *Edgar Gutiérrez López* señaló que se consultó el tema pero no el caso.

Don *Emilio Arias Rodríguez* respondió que si don Edgar lee y analiza lo expuesto por don Rubén, ni siquiera respondiendo al tema puntualmente, incluso hace un análisis más allá del tema puntual. Para dejarlo claro, pareciera como que dice que hubo una contratación específica donde se consultó ese tema, incluso para ahondar aún más a las actas y las analiza, incluso hay acuerdos de Junta en esa dirección dos acuerdos que en este momento se encuentran sin cumplirse ambos en este tema.

La señora *Echandi Gurdían* agregó que ciertamente quien está decidiendo es Junta Directiva. La Junta está tomando el oficio 622-DGJR-2011 del 28 de octubre de 2011 y lo está aprobando como un todo. Precisamente, incluso así empezó su exposición y de esta forma el dictamen se está aprobando íntegramente.

La Asesoría Jurídica viene del mismo órgano que participó en la primera y el mismo órgano que participó en la segunda instancia. No se está cuestionando, la imparcialidad personal de ningún funcionario

Quiere aclarar que es un tema de estructura y de organización administrativa. Es decir, es un problema de que un mismo órgano está asumiendo las mismas funciones y no se está dando la garantía propia del Principio de Imparcialidad y Objetividad que es abstracto. No se está pensando en el funcionario concreto ni en el caso concreto sino en un principio de organización administrativa.

Hemos resuelto igual para otros casos en las mismas circunstancias, no se está entrando al fondo, más bien se está ordenando enderezar el procedimiento de acuerdo a los argumentos que expusimos.

El señor *Regulador General* sometió a votación el recurso de apelación.

Don **Edgar Gutiérrez López** señala que está de acuerdo con la recomendación, mientras la directora **Sylvia Saborío Alvarado** comentó que está de acuerdo con acoger la recomendación de la Dirección Jurídica. Está satisfecha que fueron dos personas diferentes las que dieran su criterio inicialmente y luego ahora en el recurso y creo que es garantía suficiente de imparcialidad.

El señor **Regulador General** indicó que por su parte también está de acuerdo con el dictamen rendido por la Dirección de Asesoría Jurídica, le parece que la Junta Directiva si cuenta de acuerdo con lo que dice el RIOF con una asesoría jurídica, independiente y objetiva consecuentemente pues eso es suficiente.

Por otra parte, se les ha expresado y existen dictámenes de la propia Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en donde haciendo uso de dictámenes de la Procuraduría General de la República, se ha hecho la separación entre lo que son las actuaciones de los distintos miembros de la Asesoría con relación a lo que es la asesoría como un todo.

Eso es satisfactorio, nada más debe hacer la observación que el día que estuvo por acá el Lic. Rubén Hernández y se le consultó, sobre el tema él mostró en ese momento, por lo menos la duda de que efectivamente eso tuviese que ser obligatorio que fueran órganos distintos, él simplemente contestó en ese momento sin más no recuerdo de que era tal vez conveniente por razones de conveniencia que fueran distintos, pero no fue categórico, por lo menos en la presentación que él hizo acá con relación a que su criterio que era necesariamente que tenían que ser órganos distintos.

Entonces con base en esos criterios, pues está de acuerdo en acoger la recomendación que da la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

Doña **María Lourdes Echandi Gurdíán** comentó con base en lo expuesto anteriormente, votaría en contra y se separó del criterio de mayoría. Pediría que conste como voto salvado la lectura que hizo al final de la resolución para que sea notificada conjuntamente.

El señor **Arias Rodríguez** señaló que él igualmente vota en contra bajo la misma tesis y el mismo voto salvado. Nada más quisiera dejar claro, de que el informe en que se alega ustedes están de acuerdo, es un informe donde la misma Dirección de Asesoría Jurídica hace un análisis de su función como asesoría jurídica, es decir, no es un órgano independiente que ha hecho el análisis, sobre la existencia propiamente de esas competencias que establece el RIOF no así, el caso de la consulta que se le hizo al señor Rubén Hernández y

debe dejar claro, es muy distinto lo que dice efectivamente el informe escrito que él entregó a lo que se ha comentado aquí en Junta.

Analizado el tema, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria contenido en su oficio 622-DGJR-2011 del 28 de octubre de 2011, la Junta Directiva resolvió, por mayoría, con los votos a favor de los directores *Meléndez Howell*, *Saborío Alvarado* y *Gutiérrez López*, y voto salvado de la directora *Echandi Gurdían* y el señor *Arias Rodríguez*:

ACUERDO 05-73-2011

- 1) Declarar sin lugar, por el fondo, el recurso de apelación presentado por la Empresa Alfaro Ltda. contra la resolución RRG-016-2010.
- 2) Remitir el expediente OT-257-2008 a la Dirección Administrativa Financiera para que se gestione el cobro administrativo, según corresponde.
- 3) Dar por agotada la vía administrativa.

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

Disentimos del criterio de la mayoría en el tanto decide conocer y resolver, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Alfaro Limitada, en contra la resolución RRG-016-2010 del 7 de enero del 2010 -expediente OT-257-2007-, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 622-DGJR-2011 de 28 de octubre del 2011 (visible de folio 601 a 606), se deja de lado, mediante esa decisión, que esa misma Dirección [unidad u órgano administrativo interno de naturaleza consultiva- emitió también el criterio jurídico considerado al resolverse el recurso de revocatoria planteado por la misma empresa en contra del acto final que impugna, tal y como consta en el oficio 374-DGJR-2010 de 6 de mayo del 2010 (visible de folio 530 a 535), lo cual veda la posibilidad de que esta Junta Directiva cuente con un criterio jurídico y técnico ajeno a las conductas que se revisan en esta superior jerarquía.

Consideramos que conforme a las reglas de control interno, debe evitarse la concentración del ejercicio de funciones incompatibles, de modo tal que una persona o unidad no tenga el control por la totalidad de determinadas labores.

Además, estimamos que la aludida concentración de funciones de asesoría jurídica y regulatoria en las dos instancias, quebranta el Principio de Objetividad e Imparcialidad que impera en todo procedimiento administrativo, así como el deber que tiene la Administración de □□ actuar siempre de forma que sus actuaciones, tanto por la forma como por el fondo, puedan provocar confianza en el administrado□□ (GONZÁLEZ PÉREZ Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO Francisco, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), toda vez que involucra al mismo órgano consultivo en la fase de resolución del recurso de revocatoria, así como el de apelación.

De esta forma, a la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria □como unidad u órgano- le alcanza la causal de inhibitoria establecida por los artículos 230.2 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 8 a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, este último de aplicación analógica.

Es claro que aunque sean personas físicas distintas quienes emitieron los criterios en las diferentes instancias □el Director General y sus subordinados-, lo cierto es que es la misma Dirección la que conoce y emite criterio sobre el mismo asunto, por lo que los motivos de abstención resultan aplicables a la Dirección como órgano dada la naturaleza y fin de la causal bajo examen, así como también y en específico a su Director General, pues por su posición de jerarquía avala, ya sea expresa o implícitamente, los criterios de sus subordinados.

Como lo hemos señalado de modo reiterado, toda esta problemática obedece a la errónea decisión, incorporada en los artículos 46 y 47 del RIOF (Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP), de fundir la asesoría jurídico regulatoria de esta Junta Directiva, con la que asesora a los órganos de inferior jerarquía.

Precisamente por esa situación, en cuatro oportunidades he mocionado, junto con el Directivo Arias, aún sin éxito, para reponer a esta Junta Directiva la asesoría jurídica y regulatoria independiente que tuvo por muchos años. En efecto, así sucedió en la sesión 38-2010 del 29 de setiembre del 2010, la segunda en la sesión 49-2010 del 10 de noviembre del 2010, la tercera en la sesión 39-2011 del 15 de junio del 2011 y la cuarta en las sesiones 47-2011 del 26 de julio del 2011 y 50-2011 del 8 de agosto del 2011.

Cabe destacar, a mayor abundamiento, que la tesis que hemos reiterado en diversas ocasiones, el Directivo Arias y yo, fue recientemente confirmada por el Dr. Rubén Hernández Valle en un dictamen jurídico rendido a esta institución, el cual indicó:

□A.- El contenido del deber de imparcialidad de los funcionarios públicos

1.- Tanto la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, la cual tiene rango de ley de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGAP, como la jurisprudencia constitucional han desarrollado con algún detalle el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, así como el derecho fundamental de los administrados a la imparcialidad de la Administración, que deriva directamente de la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (**Entre otros, Votos 6472-2006, 2883-96 y 3932-95 de la Sala Constitucional**).

2.- Este derecho a la imparcialidad se configura como el deber de los funcionarios públicos de participar en la resolución de un asunto, directa o indirectamente, cuando previamente ha emitido criterio sobre el asunto (**Dictamen número C-302-2009 PGR**).

3.- En un dictamen posterior, la PGR estableció claramente que **□Ciertamente, en su condición de funcionarios públicos, los asesores legales están igualmente llamados a respetar el principio de imparcialidad y transparencia que dimana del artículo 11 de la Constitución Política y complementado por los numerales 230 y siguientes de la LGAP□ (Dictamen número C-106-2010)**.

4.- Por ello, la imparcialidad del funcionario público se ve afectada cuando el interesado interpone recursos administrativos con el objeto de que otra instancia conozca del asunto y el funcionario ha emitido previamente criterio sobre el punto objeto de discusión. Lógicamente este principio no se aplica en los casos de recursos de reposición en cuya esencia va el ser conocido por el jerarca que emitió el acto impugnado.

B.- el artículo 46 del RIOF de la ARESEP

1.- La norma en examen le otorga la competencia a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria de asesorar, emitir opiniones y criterios para la Junta Directiva, el Regulador General y el Gerente General.

2.- Esta norma viola el principio de imparcialidad, dado que permite que abogados de esa Dirección emitan criterios jurídicos en dos instancias diferentes.

En efecto, la Dirección está obligada a verter criterios primero en asuntos que conozca en primera instancia el Gerente General o el Regulador General y luego, a emitirlos de nuevo, cuando se conozcan en alzada en Junta Directiva. Esta participación de la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria en dos instancias diferentes viola el principio de imparcialidad de los funcionarios públicos, el cual es aplicable, como ha indicado la jurisprudencia administrativa de la PGR, a los asesores legales.

3.- La solución consistiría en crear una asesoría legal independiente para la Junta Directiva. □

En ese sentido, se debe indicar que frente a vicios de nulidad absoluta, como es una inconstitucionalidad, es deber de la Administración proceder a su anulación, aún así sea de oficio [art. 174 LGAP-]. De lo contrario, se incurre en responsabilidad por la ejecución de actos absolutamente nulos, así como, de modo personal, los funcionarios que participen en su ejecución - arts.169 y 170 LGAP-.

En virtud de todo lo expuesto, consideramos que lo procedente es:

a) anular por inconstitucional:

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

b) en su lugar reformar el artículo 12 del RIOF, para que en adelante indique:

□Artículo 12. □ Apoyo de Junta Directiva.

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

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

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

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

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

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

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

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

c) ordenar enderezar los procedimientos y suspender la resolución del recurso de alzada, hasta tanto se asegure a esta Junta Directiva, mediante asesores permanentes e independientes del resto de la Administración, la recomendación respectiva para la resolución objetiva e imparcial de los recursos de alzada que corresponde a este órgano colegiado conocer en su condición de superior jerarca de esta entidad.

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ

ARTÍCULO 7 *Recurso de apelación interpuesto por la Empresa Discar S.A. en contra de la resolución 565-RCR-2011 de 22 de julio de 2011.*

La Junta Directiva procedió a conocer el oficio 632-DGR-2011 del 2 de noviembre de 2011, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, se refiere al recurso de apelación interpuesto por la Empresa Discar S.A. en contra de la resolución 565-RCR-211 del 22 de julio de 2011.

De inmediato la señora **Carol Solano Durán** se refiere al citado recurso destacando los antecedentes del recurso. Se tiene que la empresa Discar S.A. impugna lo que se denomina la fijación de tarifas, a nivel nacional, para las rutas de autobuses, que fue en julio de este año.

La empresa presenta recurso de apelación contra esta resolución y como antecedente importante en este caso, siendo que la resolución emanada del Comité de Regulación del 27 de setiembre del 2011, la Sala Constitucional le dio curso a la Acción de Inconstitucionalidad planteada por la Asociación de Consumidores de Costa Rica, en la que está alegando la inconstitucionalidad de una serie de acuerdos de la Junta Directiva, dentro de los cuales se creó el Comité de Regulación y se le dio dentro de sus funciones el fijar las tarifas de los servicios públicos.

Seguidamente la señora **Ingrid Araya Badilla** expone los argumentos técnicos y el criterio de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria destacando que:

El recurso tiene básicamente dos argumentos: el primero, el cálculo tarifario debe considerarse como costo, los costos que estaban vigentes en la fijación nacional del 2010 que eran los del 2009, ya que en esta ocasión la empresa no tuvo tarifas porque no contaba con el contrato refrendado. Se le contesta que el procedimiento para fijar a nivel nacional lo que consideran son las variaciones del entorno económico de la fijación inmediata anterior general, contra la fijación de este momento. En caso hubiese rutas con fijaciones individuales,

pues la fecha de la fijación individual, pero que no es el objetivo de las fijaciones nacionales ver en forma particular las rutas que no tienen tarifa en la fijación nacional anterior.

Como segundo argumento, la empresa señala que está en desequilibrio económico desde hace tres años, dado que no tuvo tarifas en esa fijación nacional. A lo que se le indica que nuestra ley permite que en cualquier momento las rutas vengan con un estudio individual y es valorado, justamente este es el mecanismo que le permitiría en forma particular considerar su desequilibrio financiero si existiese.

Como conclusión general sería rechazar por el fondo el recurso para la ruta 08 operada por Discar S.A.

La señora **Carol Solano Durán** indicó que en las conclusiones encontramos la número seis, al emanar la resolución impugnada del Comité de Regulación, se concluyó en este caso, que no puede agotarse la vía administrativa, que se agotaría con la resolución de este recurso de apelación, hasta tanto la Sala Constitucional no resuelva en definitiva la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Consumidores de Costa Rica, según lo dispuso en la resolución del 22 de setiembre.

La recomendación para la Junta Directiva, es suspender el conocimiento y la resolución de este recurso, hasta tanto la Sala Constitucional no resuelva en definitiva la Acción de Inconstitucionalidad y notifique a las partes.

La directora **María Lourdes Echandi Gurdíán** consultó ¿Por qué en el criterio jurídico, en las conclusiones se entra al fondo y en la recomendación está disponiendo suspender?

Don Juan **Manuel Quesada Espinoza** respondió que precisamente la tarea que tienen asignada, es referirse a los recursos, se está esa tarea, sin dejar de lado lo que pasó en la Acción de Inconstitucionalidad, que impediría a esta Junta, no a la Asesoría Jurídica referirse al fondo del recurso, sino a esta Junta resolver.

La señora **María Lourdes Echandi Gurdíán** consultó ¿Por qué sólo se resuelve suspender este recurso tarifario habiendo otros recursos pendientes de resolver por parte de la Junta, ¿Por qué concretamente éste, si se tiene en fila otros?

El señor **Juan Manuel Quesada Espinoza** señaló que lo que se tiene en conocimiento, es que ha sido un recurrente que ha insistido y que se le dio es prioridad. A lo cual el señor **Regulador General** indicó que le consta, que ha habido varios oficios que la empresa ha solicitado la pronta resolución del recurso.

Doña **María Lourdes Echandi Gurdián** manifestó que lo hace ver porque hay otros recursos que entraron primero y que podrían estar en las mismas condiciones y se le está dando prioridad a éste. Es importante que quede claro.

Sobre este recurso de apelación interpuesto por la empresa Discar S.A, en contra la resolución 565-RCR-2011 del 22 de julio de 2011, coincide con el criterio 632-DGJR-2001 del 2 de noviembre del 2011 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, únicamente, en lo dispuesto en las recomendaciones, apartado 1 que indica I, *Que por tratarse la resolución impugnada de un acto emitido por el Comité de Regulación, se debe suspender el conocimiento y la resolución por parte de la Junta Directiva de la Aresep ()*, hasta tanto no se resuelva en definitiva por parte de la Sala Constitucional, la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Consumidores de Costa Rica y que se tramita actualmente en el expediente 11-010189-0007-CO.

En cuanto a las conclusiones del indicado oficio 632-DGJR-2011, considero innecesario e inoportuno adelantar criterio por parte de este órgano. Hay que aclarar, que para los casos en que aún no ha decidido el Comité de Regulación, la fijación tarifaria a diferencia de este recurso, previa transferencia de la competencia al Comité de Regulación, el Regulador General puede y debe fijar las tarifas en tanto la Sala Constitucional resuelva la inconstitucionalidad. Permanece inalterada la competencia de la Junta Directiva, a resolver en segunda instancia. Dicha solución la han señalado el directivo Arias y su persona en la sesión 65-2011 del 19 de octubre pasado.

Esto es un caso en donde ya el Comité de Regulación resolvió por lo que sí cabría la suspensión. En los casos en que no ha decidido dicho Comité, es en los supuestos en que podría operar una transferencia de competencia.

El director **Emilio Arias Rodríguez** indicó que le parece que hay un acuerdo que está por quedar en firme, se van a transcribir literal las actas, en un caso como estos aunque tenemos claras las recomendaciones de suspensión, estaría quedando en el acta toda la exposición de fondo, que aunque no se está en este momento conociendo, ya estaría quedando pública en un acta. Le parece que por un asunto de logística más que cualquier otra cosa, se debería simplemente suspender el conocimiento de este recurso hasta tanto la Sala Constitucional dé su dictamen.

El señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación simplemente suspender el conocimiento de este recurso hasta tanto la Sala Constitucional dé su dictamen.

Analizado el tema, la Junta Directiva dispuso por unanimidad:

ACUERDO 06-73-2011

Suspender el conocimiento y la resolución por parte de la Junta Directiva de ARESEP, del recurso de apelación interpuesto por la empresa DISCAR S.A. en contra de la resolución 565-RCR-2011 del 22 de julio de 2011, hasta tanto no se resuelva en definitiva, por parte de la Sala Constitucional, la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Consumidores de Costa Rica y que se tramita actualmente en el expediente No. 11-010189-0007-CO.

ARTÍCULO 8 *Recursos de apelación e incidente de nulidad absoluta interpuesta por la empresa Tralapa Limitada.*

El señor **Dennis Meléndez Howell** comentó que se estaba presentando una situación en el sentido de que no puede votar el tema en discusión, toda vez que su persona convalidó lo que había actuado anteriormente en este caso.

En virtud de lo anterior, se hizo necesario, a partir de este momento y únicamente para efectos de votación de este artículo, elegir a un Presidente ad-hoc, al tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley General de la Administración Pública, designación que recayó en la señora María Lourdes Echandi Gurdíán.

Seguidamente la Junta Directiva procedió a conocer los oficios 616-DGJR-2011 y 617-DGJR-2011 del 28 de octubre de 2011, mediante los cuales se refiere a los recursos de apelación e incidente de nulidad absoluta interpuestos por la Empresa Tralapa Limitada, contra las resoluciones 520-RCR-2011 (OT-020-2011) y 521-RCR-2011 (OT-050-2011) del 14 de junio de 2011, dictadas por el Comité de Regulación.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** procedió a explicar los distintos argumentos relaciones con los recursos interpuesto por la empresa Tralapa y Tralapa-Equipulas, al tiempo que respondió algunas consultas que le formularon sobre el particular.

Ante una consulta de doña **María Lourdes Echandi Gurdíán**, en el sentido de si las resoluciones RRG-195-2011 y RRG-196-2011 tienen un criterio jurídico que las soporte, el señor **Quesada Espinoza** respondió que no.

La directora **Echandi Gurdíán** señaló que el considerando IX indica que, *□Por otra parte, analizada la Ley 6227, esta no sanciona dicho vicio en forma expresa con nulidad absoluta, como sí lo hace en otras hipótesis, como por ejemplo en los artículos 41, 155, 237, 247 y 268. De ello se concluye que la imperfección en el sujeto apuntada en esta resolución no se encuentra dentro de los supuestos en los cuales el legislador dispusiese la nulidad*

absoluta del acto, sino que por el contrario es posible su subsanación. □ El considerando IX de la resolución RRG-195-2011 y RRG-196-2011 es similar. Quería saber si alguno de ustedes participó en esta resolución o en la elaboración de esa resolución.

Doña **Carol Solano Durán** comentó que, en efecto, mediante un memorándum que le remitió a don Dennis Meléndez el borrador de resolución. Además, quería ampliar el hecho de que la Dirección consideró que es una nulidad relativa, porque no es que el elemento sujeto falte en su totalidad como lo establece la Ley General de la Administración Pública, sino que está imperfecto en ese momento, porque lo había remitido el Comité de Regulación.

Era la imposición, la apertura de un procedimiento para imponer una multa y de acuerdo con el dictamen vinculante de la Procuraduría General de la República C-217-2011, en una interpretación de la Ley 7593, esa era una competencia del Regulador General.

Siendo una nulidad relativa, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria consideró que puede ser objeto de convalidación, como en efecto sucedió, de hecho hay un dictamen de la Procuraduría General de la República, el C-230-2008, donde analiza un caso similar y se permite leer un párrafo:

□Ante esta situación si bien podría pensarse en la nulidad del procedimiento, la Sala Primera de la Corte de Justicia ha sostenido que una irregularidad en el nombramiento del órgano director no necesariamente genera la nulidad de todo el procedimiento administrativo, y que ese vicio queda subsanado por convalidación, en el momento en que la Junta Directiva toma la decisión final, especialmente si el procedimiento fue instruido por un profesional, ligado al tema en discusión y aún con conocimiento de la materia □

Luego se hace un extracto de ese voto de la Sala, que sí consta en los considerandos de esta resolución de convalidación, que es la resolución de la Sala Primera 398FO2, de las 15:10 horas del 16 de mayo del 2002, que precisamente es un vicio en el sujeto también. Esta es la resolución de la Sala Primera citada por la Procuraduría General de la República en el dictamen C-230 del 2008.

Ante un comentario de doña **María Lourdes Echandi** sobre jurisprudencia de la Sala Primera, la señora **Solano Durán** explicó que un que iba a leer precisamente un extracto de esa jurisprudencia de la Sala I que a su vez citó la Procuraduría General de la República en el dictamen de cita, dice:

□Desde un punto de vista sustancial la doctrina administrativista afirma que el sujeto es un elemento esencial en el acto administrativo, lo que recoge a su vez, el ordinal 129, privilegiando la tesis de que el sujeto es uno solo, esto es que el Órgano instructor y el decisor debe ser uno solo, artículo 90 y 314, respondiendo a su vez a los principios de

oralidad e inmediación de la prueba previstos en los numerales 309 y 314, en el caso concreto, esta tarea fue encomendada al ingeniero nombrado para ese efecto por el Gerente Administrativo, sin que conste en autos autorización o delegación alguna para serla.

Esta situación provoca sin duda una irregularidad en el nombramiento del Órgano del procedimiento, pues su designación fue hecha por un funcionario sin competencia para ello, lo que vicia al acto en uno de sus elementos esenciales, determinado el vicio que en su sagrario reprocha el casacionista es preciso establecer, si con ello se produce una nulidad absoluta o relativa, en tesis de principio la nulidad por la nulidad misma no existe, para que ello ocurra, es menester que se hayan omitido formalidades sustanciales, entendiéndose por tales aquellas cuya realización correcta hubiere impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes o cuya omisión causara indefensión, situaciones que en la especie se echan de menos.

Por otra parte, la Junta Directiva al adoptar el acto final, no hizo reparo alguno a lo actuado, subsanando cualquier irregularidad en el procedimiento, lo cual es legalmente posible en consideración que no se trata de la inexistencia del elemento sujeto, como para sustentar una nulidad absoluta, artículo 166 sino de su imperfección, en atención únicamente al origen de su nombramiento, 167, siendo importante destacar aquí que se trató de un profesional ligado al objeto en discusión y con conocimiento de la materia.

Finalmente, al amparo de la teoría finalista, es claro que los actos cuestionados cumplieron el fin esencial del actuar administrativo, sea la satisfacción del interés público, en este caso en particular el Regulador General hizo una valoración de las actuaciones que había emitido el Comité de Regulación, de hecho corrigió un error material, envió a notificar una resolución personalmente que no se había realizado, eso se hizo previa a que él convalidara las actuaciones por lo tanto el fin público no se afectó, hay una razón para considerar que sea una nulidad absoluta de nuestro criterio, puesto que el vicio no es que el sujeto no está, sino que es imperfecto y con la convalidación y de acuerdo a esta jurisprudencia tanto de la Sala como la administrativa de la Procuraduría pues es posible la convalidación como sucedió en este caso□

La directora **Echandi Gurdían** apuntó que toda esa explicación que se da, le parece que debió incluso haberse sustentado en la resolución del Regulador General en un criterio jurídico, que le diera soporte, porque la resolución no es, por sí misma, explicativa y además requiere un criterio jurídico que la soporte. Se refiere a la resolución RRG-195-2011 y a la resolución RRG-196-2011 del Regulador General. Considera, de acuerdo a la Ley de Control Interno, que toda actuación tiene que tener soporte jurídico, más de este nivel, que es una convalidación de actos cuestionables como de nulidad absoluta del vicio más grave en el ordenamiento jurídico.

La señora **Carol Solano Durán** comentó que estos casos se había presentado por parte de los denunciantes amparos de legalidad y se tenía bastante premura. De hecho, en unos de los casos ya se había condenado a la Institución porque no se había resuelto en el plazo que el Tribunal había ordenado. Se tenía necesidad de atender el procedimiento a la brevedad posible y el análisis jurídico, si bien es cierto, no hay un dictamen que soporte el documento, si consta el fundamento jurídico y fue remitido en este caso por su persona en condición de Directora Jurídica a.i., al señor Regulador General para su valoración.

Doña **María Lourdes Echandi Gurdíán** manifestó que estudió el caso conjuntamente con el directivo Arias Rodríguez y tienen el siguiente criterio:

Mediante resolución RRG-195-2011 el Regulador General convalidó las resoluciones 520-RCR-2011 del 14 de junio del 2011 y 594-RCR-2011 del 12 de agosto del 2011-expediente OT-020-2011- dictadas por el Comité de Regulación. En la primera resolución, el Comité de Regulación dictó la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio contra la empresa Tralapa Limitada por presunto cobro de tarifas o precios distintos a los fijados, autorizados o establecidos por la ARESEP, presunto incumplimiento de la condiciones vinculantes impuestas en resoluciones tarifarias al prestador del servicio y presunto incumplimiento de las normas y principios de calidad del servicio público, de conformidad con el artículo 38 incisos d), g) y h) de la ley 7593 y sus reformas. En la segunda resolución, se rechazó la nulidad concomitante, declaró sin lugar el recurso de revocatoria y efectuó emplazamiento ante la Junta Directiva del recurso de apelación.

A mi juicio, existe en este caso la duda razonable en torno a la pertinencia de alterar un marco normativo sometido a control de constitucionalidad, como se ha dispuesto por la mayoría de la Junta Directiva, al reformar el RIOF mediante acuerdos 03-054-2011 de la sesión 54-2011 de 31 de agosto del 2011, 03-062-2011 y 04-062-2011 ambos de la sesión 62-2011 de 28 de setiembre del 2011 y el 03-066-2011 de la sesión 66-2011 de 26 de octubre del 2011, para atribuir, entre otras, al Regulador General la potestad de imponer multas, potestad que antes se había atribuido al Comité de Regulación.

Debe agregarse que dado que la resolución impugnada y la que la confirma, son actos emitidos por el Comité de Regulación en ejercicio de competencias atribuidas por normas que fueron impugnadas ante la Sala Constitucional, igualmente hay duda razonable de si lo que corresponde es suspender el conocimiento y la resolución de este asunto por parte de esta Junta Directiva, hasta tanto no se resuelva la acción de inconstitucionalidad que se tramita en el expediente No.11-010189-0007-CO.

En todo caso, como he señalado en otras ocasiones, a mi juicio, aquellos actos de gravamen que imponen multas a regulados que fueron adoptados por el Comité de Regulación en ejercicio de las potestades que ilegal e inconstitucionalmente se le atribuyeron por el RIOF, poseen el vicio de incompetencia absoluta, por ser esa materia del resorte del Regulador General, según señaló la Procuraduría General de la República en el dictamen vinculante C-217-2011 del 8 de setiembre del 2011. Se trata, con todo, de un vicio de nulidad absoluta, lo que impide su saneamiento o convalidación (art. 172 de la Ley General de la Administración Pública [en adelante LGAP-]) tal y como se expondrá.

De este modo, para supuestos como el examinado, correspondería al Regulador General, de oficio, decretar la anulación de lo actuado por el Comité aludido y retrotraer los procedimientos, conservando aquellos actos o trámites cuyo contenido hubiera permanecido de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad (art.186 LGAP).

No cabe la posibilidad de convalidar actos dictados por un órgano incompetente para ejercer potestades de imperio, en tanto existe prohibición expresa, dispuesta por una norma de orden público como es el caso del citado artículo 172 de la LGAP.

No puedo compartir, en modo alguno, que como se indica en la resolución RRG-195-2011 del Regulador General, que se está frente a un vicio de nulidad relativa y por ende subsanable, en vista de que supuestamente en la LGAP, no se sanciona este vicio con nulidad absoluta (Ver Considerando IX).

La afirmación choca de modo frontal con las normas de la propia LGAP y la jurisprudencia reiterada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, como lo señalan los artículos 128 y 158.2 de la LGAP, cuando exista una disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico, se ocasiona la invalidez del acto administrativo.

Por su parte, el artículo 129 de la LGAP dispone que “El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia”

Dentro de tales requisitos para el ejercicio de la competencia, se encuentra el dispuesto en el artículo 59.1 de la LGAP, según el cual, “la competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio”

Así las cosas, habiéndose regulado la competencia mediante una norma reglamentaria y no legal, es claro que en este caso concreto se está frente a un quebranto sustancial del Ordenamiento Jurídico que causa nulidad absoluta de lo actuado, a saber, la violación del Principio de Reserva Legal.

Agréguese que quien ha ejercido la potestad de imperio, es decir, el Comité de Regulación, es un órgano interno- distinto al designado por el legislador para tal función el Regulador General-, lo cual deja entrever un vicio relacionado con la jerarquía normativa.

Así, desde el propio inicio del procedimiento hasta el dictado del acto final, ha mediado una clara incompetencia y nulidad absoluta de todo lo actuado.

De forma reiterada, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha calificado circunstancias análogas, como actos con un vicio de nulidad absoluta, por ende, insubsanables.

En efecto, se ha señalado, al respecto, lo siguiente:

□La competencia de un órgano es la capacidad de ejercicio de determinadas atribuciones que el Ordenamiento Jurídico le ha conferido. Es decir, el conjunto de facultades y funciones que este puede ejercer. Para que un órgano administrativo pueda realizar válidamente una actividad es necesario, entonces, que esté dentro de su esfera de encargos, siendo la competencia, requisito del acto de que se trate. Lo anterior permite concluir, que la División de Control y Fiscalización no tenía dentro de su esfera de atribuciones, competencia para iniciar y tramitar procedimientos administrativos sancionatorios, así que toda actividad efectuada por ella en ese sentido carece de validez, salvo claro está, que la Dirección General de Aduanas le hubiere delegado sus funciones propias otorgándole así competencia para lo actuado, acto delegativo que se extraña en el presente caso. Tal incompetencia de la División de Control y Fiscalización produjo, lógicamente, nulidad absoluta de todo lo tramitado (artículos 129 y 158 de la LGAP) □Res. No. 599-2006; No. 323-2007 y 385-2008.

De esta forma, la resolución RRG-195-2011 del Regulador General que pretende la convalidación de las resoluciones 520-RCR-2011 del 14 de junio del 2011 y 594-RCR-2011 del 12 de agosto del 2011 dictadas por el Comité de Regulación, es absolutamente nula, en tanto, como se dijo, las resoluciones del Comité de Regulación adolecen de un vicio de nulidad absoluta y son, por ello, insubsanables.

A su vez, las resoluciones 520-RCR-2011 del 14 de junio del 2011 y 594-RCR-2011 del 12 de agosto del 2011 dictadas por el Comité de Regulación, presentan un vicio de nulidad absoluta por lo dicho, de modo que lo pertinente es disponer su anulación, así como enderezar los procedimientos, de modo que el Regulador General proceda a anular retroactivamente las actuaciones del Comité en este expediente, sin que sea posible conservar actuación alguna por mediar un vicio de nulidad absoluta, que no es posible sanear ni convalidar.

Agrego a esta alegación, la notoria ausencia de un criterio jurídico que haya dado pie a lo actuado por el Regulador General en franca violación de una regla de orden público-, lo cual reitera el quebranto de control interno que obliga a los funcionarios de asegurarse, razonablemente, que la actuación de la institución es conforme con las disposiciones jurídicas y técnicas vigentes. Hay que advertir también que tampoco hay criterio jurídico independiente del resto de los órganos de la administración que avale el proyecto de resolución puesto en conocimiento.

Don **Edgar Gutiérrez López** señaló que en lo que a su persona respecta, le parece que el proyecto que ha sido sometido, en esta oportunidad, está jurídicamente bien fundamentado y lo estaría acogiendo y en ese sentido iría mi voto. No le parece que se esté ante una actuación que sea totalmente nula como lo señalaba y no comparte la totalidad de lo expresado por doña María Lourdes Echandi Gurdían.

Doña **Sylvia Saborío Alvarado** indicó que vota por suspender, mientras que el director **Emilio Arias Rodríguez** señaló que igual no comparte el informe de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y comparte la tesis que doña María Lourdes acaba de exponer.

La directiva **Echandi Gurdían** agregó que mantiene la tesis que elaboró con don Emilio, de anular en lugar de convalidar, por considerar que hay un vicio de nulidad absoluta y no un vicio de nulidad relativa.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** señaló que para efecto de aclarar, la recomendación del dictamen de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria está enfocada en el recurso no en la convalidación.

A partir de este momento, los señores miembros de la Junta Directiva acordaron tomar un receso de 15 minutos.

Luego de reanudada la sesión, la Junta Directiva resolvió, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 07-73-2011

Posponer, para una próxima sesión, la votación en torno a los recursos de apelación e incidente de nulidad absoluta interpuestos por la Empresa Tralapa Limitada, contra las resoluciones del Comité de Regulación 520-RCR-2011 (OT-020-2011) y 521-RCR-2011 (OT-050-2011), ambas del 14 de junio de 2011, a las cuales se refieren los dictámenes de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria contenidos en los oficios 616-DGJR-2011 y 617-DGJR-2011 del 28 de octubre de 2011.

ARTÍCULO 9. *Moción para atender la formalización de actas.*

Se deja constancia que, a partir de este momento, el señor Regulator General se reincorporó a la sesión.

La Junta Directiva procedió a conocer la moción presentada por los directores Emilio Arias Rodríguez y María Lourdes Echandi Gurdíán titulada: Declaratoria de un régimen de urgencia y procedimiento para cumplir con la firma de las actas pendientes de las sesiones de Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos

Seguidamente la señora *Echandi Gurdíán* procedió a leer la citada moción:

CONSIDERANDO:

1.-Que en otras oportunidades las actas sometidas a la firma de los miembros de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en adelante Junta Directiva, no han reflejado los cambios y adiciones que se han solicitado en el proceso de su aprobación, omisiones que en algunos casos han sido de gran relevancia.

2.-Que desde el mes de enero del 2011 hasta el 23 de noviembre del 2011, la Junta Directiva ha realizado setenta sesiones.

3.-Que hasta el 23 de noviembre del 2011, se encuentran impresas, foliadas, selladas por la auditoría interna y a disposición para firmar por los integrantes de la Junta Directiva, tan sólo, diecisiete actas.

4.-Que varias de esas diecisiete actas no reflejan los cambios remitido por los miembros de la Junta Directiva.

5.-Que para solventar dicha omisión se acudió, por parte de la Secretaría de la Junta Directiva, a la utilización de una **Fe de erratas** u hoja aparte del texto principal, sin foliatura seguida y sin un vínculo en el texto principal del acta, por lo que no proporciona ninguna certeza jurídica.

6.-Que al 23 de noviembre del 2011 aun no estaban impresas para firmar **cincuenta y tres** actas de las setenta que van del año 2011.

7.-Que la gran cantidad de actas pendientes de firmar evidencia la necesidad de hacer una **declaratoria de un régimen de urgencia** para la puesta al día en la firma de las actas de las sesiones de la Junta Directiva, de modo que se elabore un procedimiento para cumplir con la firma de las actas pendientes lo antes posible.

8.-Que dicho procedimiento debe asegurar el cumplimiento de la petición de los miembros de la Junta Directiva, efectuada hace varios meses, de poner en conocimiento el texto final de cada acta con los cambios de todos antes de hacer su impresión en hojas con el sello de la auditoría interna y foliatura.

POR TANTO:

1.- **Declarar un régimen de urgencia** para la puesta al día en la firma de las actas de la Junta Directiva.

2.- Que en el caso excepcional que por error material exista una omisión dentro del texto final del acta, esa omisión deberá corregirse mediante razón marginal en el folio respectivo. De no ser posible, en ese mismo folio se incluirá una razón marginal que remita al folio del libro actas donde constará la corrección pertinente. Dicha razón marginal será firmada por el Secretario de la Junta Directiva, salvo que la omisión altere la voluntad del órgano colegiado, en cuyo caso deberán firmar también todos sus miembros.

3.- Para atender la urgencia de cumplir con la firma de las actas pendientes, se seguirá el siguiente **procedimiento**:

a.- A más tardar el 2 de diciembre del 2011, la Secretaría de la Junta Directiva debe entregar a cada miembro de la Junta Directiva en digital o en forma impresa, las setenta actas pendientes a la fecha con las correcciones de todos los miembros de Junta Directiva.

b.-A más tardar el 23 de diciembre del 2011, los miembros de la Junta Directiva deben revisar y poner su visto bueno a la versión corregida de cada acta.

c.- A más tardar el 11 de enero de 2012, la Secretaría de la Junta Directiva debe imprimir las actas en papel foliado para ser firmadas por los miembros de la Junta Directiva.

d.- A más tardar el 16 de enero del 2012, los miembros de la Junta Directiva deben haber firmado las actas que van del mes de enero del 2011 al mes de noviembre del 2011.

4.- Para cumplir con el anterior procedimiento:

a.- Los miembros de la Junta Directiva dedicarán el tiempo necesario para la revisión acumulada de las actas del día 5 al 23 de diciembre del 2011. En consideración a ello, la agenda de la sesión ordinaria de esas semanas se reducirá a asuntos de urgencia.

b.- Al menos dos funcionarias, de la Secretaría de Junta Directiva, se dedicarán tiempo completo para la impresión de actas para revisión por los miembros de la Junta Directiva así como con la impresión final de las mismas para firmar□

Se suscitó un cambio de impresiones sobre el particular, dentro del cual el señor **Regulador General** comentó que para aligerar el proceso, se podría ir viendo las actas en orden y conforme se vayan teniendo, se envía la confirmación a don Alfredo, de manera que no quede toda la impresión para el final.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** señaló que una preocupación que tiene en cuanto a la propuesta, es con respecto al punto 3, inciso a), indica que, a más tardar el 2 de diciembre la Secretaría debe entregar a cada miembro en digital las 70 actas pendientes a la fecha, con las correcciones de todos los miembros de Junta Directiva. En ese sentido, es importante señalar que existen propuestas de cambios tanto de su persona, como la del Auditor Interno y la del Gerente General. Sería conveniente que también se incorpore una frase indicando *las correcciones aprobadas en Junta*.

La directora **Echandi Gurdían** expresó que los que han participado tienen derecho a que se indique lo que corresponda. Lo oportuno si les parece sería indicar □*miembros de Junta y quiénes han participado*□

Analizada la moción presentada en esta ocasión, la Junta Directiva resolvió, por unanimidad, en firme,

Considerando:

- 1.-Que en otras oportunidades las actas sometidas a la firma de los miembros de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en adelante Junta Directiva, no han reflejado los cambios y adiciones que se han solicitado en el proceso de su aprobación, omisiones que en algunos casos han sido de gran relevancia.
- 2.-Que desde el mes de enero del 2011 hasta el 23 de noviembre del 2011, la Junta Directiva ha realizado setenta sesiones.
- 3.-Que hasta el 23 de noviembre del 2011, se encuentran impresas, foliadas, selladas por la auditoría interna y a disposición para firmar por los integrantes de la Junta Directiva, tan sólo, diecisiete actas.
- 4.-Que varias de esas diecisiete actas no reflejan los cambios remitido por los miembros de la Junta Directiva.
- 5.-Que para solventar dicha omisión se acudió, por parte de la Secretaría de la Junta Directiva, a la utilización de una **Fe de erratas** u hoja aparte del texto principal, sin foliatura seguida y sin un vínculo en el texto principal del acta, por lo que no proporciona ninguna certeza jurídica.
- 6.-Que al 23 de noviembre del 2011 aun no estaban impresas para firmar cincuenta y tres actas de las setenta que van del año 2011.
- 7.-Que la gran cantidad de actas pendientes de firmar evidencia la necesidad de hacer una declaratoria de un régimen de urgencia para la puesta al día en la firma de las actas de las sesiones de la Junta Directiva, de modo que se elabore un procedimiento para cumplir con la firma de las actas pendientes lo antes posible.
- 8.-Que dicho procedimiento debe asegurar el cumplimiento de la petición de los miembros de la Junta Directiva, efectuada hace varios meses, de poner en conocimiento el texto final de cada acta con los cambios de todos antes de hacer su impresión en hojas con el sello de la auditoría interna y foliatura.

Por tanto, por unanimidad y en firme:

ACUERDO 08-73-2011

1.- Declarar un régimen de urgencia para la puesta al día en la firma de las actas de la Junta Directiva.

2.- Que en el caso excepcional que por error material exista una omisión dentro del texto final del acta, esa omisión deberá corregirse mediante razón marginal en el folio respectivo. De no ser posible, en ese mismo folio se incluirá una razón marginal que remita al folio del libro actas donde constará la corrección pertinente. Dicha razón marginal será firmada por el Secretario de la Junta Directiva, salvo que la omisión altere la voluntad del órgano colegiado, en cuyo caso deberán firmar también todos sus miembros.

3.- Para atender la urgencia de cumplir con la firma de las actas pendientes, se seguirá el siguiente procedimiento:

- a.- A más tardar el 2 de diciembre del 2011, la Secretaría de la Junta Directiva debe entregar a cada miembro de la Junta Directiva en digital o en forma impresa, las setenta actas pendientes a la fecha con las correcciones de todos los miembros de Junta Directiva y de quienes han participado.
- b.- A más tardar el 23 de diciembre del 2011, los miembros de la Junta Directiva deben revisar y poner su visto bueno a la versión corregida de cada acta.
- c.- A más tardar el 11 de enero de 2012, la Secretaría de la Junta Directiva debe imprimir las actas en papel foliado para ser firmadas por los miembros de la Junta Directiva.
- d.- A más tardar el 16 de enero del 2012, los miembros de la Junta Directiva deben haber firmado las actas que van del mes de enero del 2011 al mes de noviembre del 2011.

4.- Para cumplir con el anterior procedimiento:

- a.- Los miembros de la Junta Directiva dedicarán el tiempo necesario para la revisión acumulada de las actas del día 5 al 23 de diciembre del 2011. En consideración a ello, la agenda de la sesión ordinaria de esas semanas se reducirá a asuntos de urgencia.
- b.- Al menos dos funcionarias, de la Secretaría de Junta Directiva, se dedicarán tiempo completo para la impresión de actas para revisión por los miembros de la Junta Directiva así como con la impresión final de las mismas para firmar.

ARTÍCULO 10 Solicitud de la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A.

Ingresa el señor William Ramírez Calderón, funcionario de la Dirección de Servicios de Energía, a participar en el análisis de éste y el siguiente artículo.

Se conoció el oficio 747-DEN-2011 de 25 de octubre de 2011, mediante el cual la Dirección de Servicio de Energía somete una solicitud de concesión de servicio público de generación hidroeléctrica planteada por la empresa Inversiones Cheg Acosta, S. A. Asimismo, se conoce el oficio 541-DGJR-2011 del 20 de setiembre del 2011, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remite un informe que hace referencia a las normas jurídicas y disposiciones aplicables a la solicitud bajo examen.

El señor **William Ramírez Calderón** se refiere al tema de la solicitud de concesión de servicio público de generación eléctrica planteada ante la Autoridad Reguladora por Inversiones Cheg Acosta S.A., con base en el recurso hídrico por una capacidad de un megavatio 1000 kilovatios para venta al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), cuya planta en este caso está ubicada en Cañas, Guanacaste.

Entre otras cosas, destaca el proceso que se ha seguido el expediente, los requisitos exigidos y aportados por parte del representante de la empresa, aspectos generales de Inversiones Cheg Acosta.

La señora **Carol Solano Durán** de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria indicó que el oficio 541-DGJR-2011, se hizo una observación para que se le previniera a la empresa que debe encontrarse al día en el pago de sus obligaciones con el FODESAF según el artículo 22 de la Ley 5662 y que lo acreditaran al expediente.

Analizado el tema objeto de este artículo, la Junta Directiva con base en lo expuesto por la Dirección de Servicio de Energía y la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en sus oficios 747-DEN-2011 de 25 de octubre de 2011 y 541-DGJR-2011 del 20 de setiembre del 2011, resolvió, por unanimidad,

ACUERDO 09-073-2011

- 1-. Otorgar concesión de servicio público de generación de energía eléctrica a la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., por 20 MW, como máximo, de los cuales 1 000 kW serán para venta al Instituto Costarricense de Electricidad.
- 2-. La concesión se registrará por los siguientes términos y condiciones:

Primero: El plazo de la concesión que en este acto se otorga, es de 20 (veinte) años que regirá a partir del 07 de diciembre de 2011.

Segundo: No se podrá prestar el servicio, si la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos no tiene fijados los precios o las tarifas correspondientes.

Tercero: La solicitud de renovación de la concesión que en este acto se otorga, debe ser presentada a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al menos seis meses antes de su vencimiento.

Cuarto: La concesionaria debe mantener al día el canon de regulación establecido por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. La falta de pago de dicho canon, dará lugar a sanciones establecidas en la Ley 7593 y sus reformas.

Quinto: La concesionaria debe cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 14 de la Ley 7593 y sus reformas y la normativa sobre calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio, que emita la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sexto: Serán causales de extinción de la concesión que en este acto se otorga, las siguientes: **(a)** Generar más energía que la autorizada; **(b)** Vender o entregar energía eléctrica a persona distinta al Instituto Costarricense de Electricidad; **(c)** Traspasar la concesión, total o parcialmente, sin previa autorización de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Séptimo: Serán causales de extinción de la concesión que en este acto se otorga, las siguientes: **(a)** La renuncia del concesionario, sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan; **(b)** Fuerza Mayor o caso fortuito, que alteren las condiciones de la concesión; **(c)** La disposición expresa de la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo establecido en el inciso c) del artículo 15 de la Ley 7593 y sus reformas y; **(ch)** el incumplimiento de las disposiciones que en materia de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio y, respecto de tarifas que dicte la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Octavo: También serán causales de revocación de la concesión que en este acto se otorga, las establecidas en los artículos 38, 39 y 41 de la Ley 7593 y sus reformas.

Noveno: Indicar a la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., que la concesión debe cumplir no solamente con las condiciones estipuladas en el respectivo contrato, sino también con la Normativa Técnica aplicable, que la Autoridad Reguladora haya aprobado o llegue a aprobar en el futuro en el ejercicio de sus facultades reguladoras.

Décimo: Señalar a la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., que debe cumplir con las condiciones relativas a la protección del ambiente, que establezcan tanto la legislación vigente como la que establezcan los entes estatales correspondientes, en cumplimiento de sus potestades legales.

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 245 de la Ley General de la Administración Pública, se indica que contra esta resolución cabe recurso de reposición o de reconsideración que se interpondrá, dentro de los tres días siguientes a la notificación de este acto; ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a la que le corresponde resolverlo.

3-. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO

- I-** Con oficio de fecha 22 de marzo del 2011 y recibido en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), el 10 de mayo del 2011, la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., con cédula de persona jurídica tres-ciento uno-trescientos cincuenta y siete mil novecientos sesenta y nueve (3-101-357969), a través del señor Luis Max Acosta Alfaro, en su condición de Presidente con facultades de Apoderado Generalísimo sin límite de suma de dicha empresa, presentó solicitud de concesión de servicio público de generación de energía eléctrica, al amparo del Capítulo I de la Ley 7200 y sus reformas (Ley que autoriza la generación eléctrica o paralela), por 1 000 kW, para venta al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE); (folios 1 al 3).
- II-** Que la Dirección de Servicios de Energía de la Aresep, verificó que la siguiente documentación aportada por la solicitante, cumpliera con los requisitos establecidos para este tipo de peticiones:
 - 1) Certificación notarial de la personería del representante legal de solicitante (folio 4).
 - 2) Resolución R-245-2010-AGUAS-MINAET de las 14 horas 3 minutos del 8 de marzo de dos mil diez, el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, otorga concesión de aprovechamiento de aguas por un plazo de tres años, siendo su eficacia del 7 de mayo de 2009 al 7 de mayo de 2012 (folio 15 y 16).

3) Resolución SG-DEA-1867-2010-SETENA, de fecha 4 de junio del 2010, donde hacer constar que el proyecto se exonera del requisito de viabilidad ambiental (folio 5).

- III- Que la Dirección de Servicios de Energía de la Aresep, por Oficio 338-DEN-2011, del 24 de mayo del 2011, le solicitó a la Dirección General de Participación del Usuario de la Aresep, convocar a la audiencia pública de ley, la referida solicitud de la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A.(folio 17, 18).
- IV- Que la convocatoria a audiencia pública para conocer de la citada solicitud de concesión, presentada por Inversiones Cheg Acosta S.A., fue publicada en los diarios Al Día y Extra, ambos del 27 de mayo del 2011 y, en La Gaceta 105 del 1 de junio del 2011(folios 23 y 26).
- V- Que la concesión solicitada, expediente 862-H, corresponde a una potencia teórica máxima de 1 000 kW, concesión que venció en el año 2005 (folio 8 al 14).
- VI- Que el proyecto se ubica en el Distrito 2° Palmira, Cantón 6° Cañas, provincia de Guanacaste.
- VII- Que la audiencia pública se llevó a cabo el 29 de junio del 2011 en el Salón Multiuso de Cañas, ubicado en Barrio El Castillo, al costado noroeste del Plantel Municipal, Cañas, Guanacaste.
- VIII- Que el día de la audiencia pública se admitieron 4 oposiciones:

Ana Julia Arana Bolívar, con cédula de identidad 5-134-895: quien señala que en mi condición de ambientalista y en un proyecto que hemos tenido ríos limpios, siempre me ha preocupado de cómo se ha venido utilizando nuestros ríos, donde la biodiversidad y la fauna acuática se ha venido perjudicando, entonces yo me referí digamos a un informe de la comisión mundial de represas de las Naciones Unidas en el año 2000, que indica que entre numerosos impactos ambientales que se vienen dando e este tipo de represas es la pérdida de la biodiversidad acuática e la pesquería río arriba y abajo y de los servicios brindados con las planicies de inundación río abajo, también por los humedales y los ecosistemas de las riveras y estuarios adyacentes.

Lo otro es la pérdida de bosque y hábitat naturales de las poblaciones de especies y la degradación de las cuencas río abajo, eh río arriba debido a la inundación de las zonas del embalse.

También están los impactos acumulativos en la calidad del agua, en las inundaciones naturales y en la composición de las especies, cuando el mismo río se construyen varias represas, entonces como hemos visto que realmente aquí Guanacaste es una zona que tiene bastante sol, que inclusive nuestro gobierno local tuvo una visita a la provincia de Cantón en China y hay una propuesta ahí para crear otro tipo de energías limpias; sé que hay sistemas de energía solar, eólicas y creo que eso es una de las mejores digamos para cuidar nuestro planeta y para que nuestra futuras generaciones realmente tengan la posibilidad de disfrutar de los ríos libres de todo tipo de contaminación. Sabemos que las represas, los sedimentos cada día van corriendo río abajo y entonces se hacen acumulativos y eso puede provocar alguna situación de desastre natural, ahora con el cambio climático inclusive los organismos a nivel internacional nos están diciendo que Costa Rica va a ser una de las zonas más impactadas, por lo tanto a nivel personal y como ambientalista hago mi oposición, creo que el señor puede evocar otras alternativas, está la energía solar, está la energía eólica, máxime que ya estamos con un convenio con la República Popular China con estos intercambios a nivel de cantonales con la República China, esa es una de las alternativas que debemos buscar para cuidar nuestros recursos naturales □

Marvin Barrantes Castillo, con cédula de identidad 1-634-825: quien señala que □ el señor hizo una exposición muy breve de la parte técnica, pero en realidad a mí me hubiera gustado ver acá planos, proyectar en la pantalla lo que es realmente el proyecto, como se ubica, habló de hoja cartográfica pero no las vimos acá y eso ayudaría mucho a ilustrar realmente el proyecto, el efecto ambiental que podría tener, ahí lo podríamos ver un poquito más claro y en las condiciones que se explicó realmente yo creo que no quedó bien claro □

José Pablo Vargas Picado, con cédula de identidad 5-327-983: quien señala que, mi consulta básicamente sería que en la proyección socio-ambiental que iría a tener este proyecto, es algo que a uno como ciudadano le interesa ¿Por qué?

Porque estamos acostumbrados a ver, por lo general, que la empresa privada saca mucho pero da muy poco, digamos uno como ciudadano espera esa proyección tanto a nivel de proyectos comunales, tanto como ambientales. Eso me interesaría conocer cuál es la proyección de ustedes ¿Qué proyectos tienen? ¿Cuál va a ser el perfil de esa empresa?

Y lo segundo como decía el compañero aquí presente, la presentación la sentí un tanto escasa ¿Por qué?

Porque uno viendo imágenes, viendo un poco más se puede formar un criterio más amplio de lo que es el proyecto independiente de la capacidad que tenga, porque si es un proyecto relativamente pequeño cercano al Mega menos de un Mega, independiente de que sea un Mega o veinte Megas, ciento cincuenta Megas, creo y considero que tal vez un poco más de información tal y como lo dijo el compañero sería de más provecho y uno le deja un panorama mucho más amplio. Si fuera la posibilidad que a uno le hicieran llegar esto se los agradecería, y enfatizar eso la necesidad de los pobladores, de los vecinos de los que sea, de esperar ese plus, ese valor agregado de la empresa privada. Se lo digo porque formo parte de una empresa privada, ligado también a la producción eléctrica y soy muy consciente de que la población espera mucho de nosotros, de los que tratamos de producir.

En cuanto a la producción hidroeléctrica es una fuente renovable, la apoyo siempre y cuando cuente con todos los requisitos ambientales, todos los permisos, todos los diferentes permisos con que debe uno contar, que ustedes saben que deben contar, siempre y cuando no haya un daño al ambiente, pues, es una de las soluciones buenas, aparte de la energía eólica o solar como decía la señora, y dejar un poco de lado lo que es el consumo de energía térmica que eso sí es cierto que deberíamos presentar una oposición rotunda a lo que es la quema de combustible.

Roy Fernando Sibaja Artavia, con cédula de identidad 5-301-377: quien señala que [solamente un par de preguntas creo que nuestra dependencia de nuestro trabajo y como presidente de la junta de vecinos de Corobicí, la mayoría de los jóvenes o personas de una edad parecida a la mía trabajamos en el río, eso es dependencia, de ahí dependen nuestras familias, la pregunta es:

¿Cuánto nivel de agua quedará en el río Tenorio y que posibilidades de seguir funcionando para nosotros en ese lugar? Esa sería mi pregunta. ¿Cuánto es el caudal que queda?

A ver si va a quedar un caudal ecológico, si se podrá seguir transitando con los botes, si el agua que van a coger después va a volver otra vez al río en un cauce normal, entonces esa sería mi pregunta. Muchas gracias.

- IX-** Que la Dirección de Servicios de Energía mediante Oficio 604-DEN-2011 del 2 de setiembre del 2011, dirigido al Regulador General de la ARESEP emitió su criterio sobre la solicitud planteada por la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., recomendando que fuera otorgada la concesión.

- X- Que con memorando 605-DEN-2011, del 2 de setiembre del 2011, fueron remitidos al Regulador General, el informe técnico con oficio 604-DEN-2011, y el expediente CE-03-2011, así como el resumen ejecutivo, en que se tramita la indicada solicitud de concesión presentada por la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A.
- XI- Que en los plazos y procedimientos se han observado las prescripciones de ley.

CONSIDERANDO

- I- Que el artículo 9 de la Ley N° 7593, establece que la Autoridad Reguladora continuará ejerciendo la competencia que la Ley 7200 y sus reformas, que le confería al Servicio Nacional de Electricidad.
- II- Que el artículo 5° de la Ley 7200 y sus reformas, establece que la Aresep está facultado para otorgar concesiones destinadas a la explotación de centrales eléctricas de limitada capacidad, hasta de un máximo de 20 MW, por un plazo no mayor de 20 años y; para prorrogar, modificar o traspasar esas concesiones, sin autorización legislativa.
- III- Que el artículo 4° del Reglamento a la Ley 7593, que es Decreto Ejecutivo 29732-MP, establece que corresponde a la Aresep otorgar concesiones destinadas a la explotación de centrales eléctricas de limitada capacidad.
- IV- Que el artículo 6°, inciso 2, subinciso 3) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados, señala que dentro de las funciones que le corresponde ejercer a la Junta Directiva, se halla la de otorgar las concesiones de servicio público para la venta de energía.
- V- Que del oficio 604-DEN-2011, ya citado, que sirve de fundamento a esta resolución, conviene extraer lo siguiente:
 - 1) La central hidroeléctrica de Inversiones Cheg Acosta S.A., generará energía eléctrica, al amparo de la Ley 7200 y sus reformas; con una capacidad instalada nominal de 1 000 kW, y que aprovecha las aguas del río Tenorio.
 - 2) Por Resolución R-245-2010-AGUAS-MINAET de las 14 horas 3 minutos del 8 de marzo de dos mil diez, el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, Departamento de Aguas, resuelve:

I. ACOGER LA SOLICITUD DE CHEG ACOSTA S.A., cédula jurídica 3-101-357969 y al amparo de la Ley N° 8723, Transitorio I), OTORGAR CONCESIÓN ESPECIAL DE FUERZA HIDRÁULICA, para los fines de la Ley N° 7200.

II. *El plazo de esta concesión será de tres años a partir de su publicación de la ley N° 8723, es decir, su eficacia será del 7 de mayo de 2009 al 7 de mayo de 2012 (folios 16 y 17).*

3) De acuerdo con lo establecido en las Leyes 17 y sus reformas y 7593 y sus reformas, se corroboró que la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., no tiene cuentas pendientes con la Caja Costarricense del Seguro Social.

4) De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 7200, no se requiere estudio de impacto ambiental para plantas menores de 2 000 kW, siendo que la capacidad de la Planta es de 1 000 kW como potencia máxima.

5) Que analizadas las oposiciones: 1) las mismas son apreciaciones de carácter personal, las cuales no se sustentan en estudios técnicos que indiquen las consecuencias ambientales que podría acarrear el proyecto; 2) que la exposición breve de la parte técnica y la falta de planos del proyecto no es motivo de denegar la concesión; 3) que el hecho de que la empresa privada saca mucho pero da poco a la comunidad en aspectos comunales como ambientales, son aspectos que las partes deben tratar fuera de esta concesión; 4) que el caudal ecológico es tomado en cuenta por el MINAET a la hora de otorgar la concesión de aguas, por lo que no es motivo de denegar la concesión de servicio público de generación.

6) Dado que la capacidad actual instalada en el Sistema Eléctrico Nacional (SEN) corresponde a 2 450 326 kW (oficio ICE 0510-536-2011, de fecha 25 abril 2011), resulta que el 15% en lo concerniente al Capítulo I de la Ley 7200, corresponde a 367 549 kW de potencia máxima posible, contra los 166 000 kW actuales.

7) Es conveniente otorgar esta concesión, dada la naturaleza de la fuente primaria de energía, que es ambientalmente adecuada.

8) No hay objeciones técnicas a la solicitud, y a la fecha la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., ha cumplido con la legislación vigente, por lo que se recomienda:

a) Otorgar la concesión solicitada por la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., por una potencia de 1000 kW

b) En caso de ser favorable la concesión, indicarle a la empresa que el proyecto debe cumplir no solamente con las condiciones estipuladas en esta resolución, sino con la normativa técnica aplicable que la Autoridad Reguladora haya aprobado o llegue a aprobar en el ejercicio de sus facultades reguladoras.

VI- Que por acuerdo 003-048-2007, tomado en la sesión 048-2007, del 15 de agosto de 2007, la Junta Directiva resolvió, en lo conducente:

I. Ampliar las concesiones que corresponde otorgar a esta Junta Directiva, en el marco del Capítulo I de la Ley 7200, en cuanto a la cantidad de energía que puede ser objeto de compraventa, a todas aquellas empresas que: 1. Estén vendiendo al Instituto Costarricense de Electricidad, cantidades de energía inferiores al límite establecido en esa ley, 2: Produzcan energía eléctrica con fuentes renovables y, 3. Soliciten al Instituto Costarricense de Electricidad, la modificación de los contratos vigentes de compraventa de energía eléctrica, en cuanto a la cantidad de esa energía que puede ser objeto de compraventa. (□)

VII- Que sobre la base de los resultandos y considerandos que preceden y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es otorgar la concesión para prestar servicio público de generación de energía eléctrica, solicitada por la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., como se dispone.

POR TANTO:

Con fundamento en los artículos 5° de la Ley 7200 y sus reformas; 9°, párrafo segundo de la Ley 7593 y sus reformas; 4°, inciso a), subinciso 1 y; 30 del Decreto Ejecutivo 29732-MP, que es el Reglamento a la Ley 7593; 6°, inciso 2, subinciso e) del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados y; en el acuerdo 003-048-2007, tomado por esta Junta Directiva, en la sesión 048-2007, del 15 de agosto de 2007.

**LA JUNTA DIRECTIVA
RESUELVE POR UNANIMIDAD:**

I. Otorgar concesión de servicio público de generación de energía eléctrica a la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., por 20 MW, como máximo, de los cuales 1 000 kW serán para venta al Instituto Costarricense de Electricidad.

II. La concesión se registrará por los siguientes términos y condiciones:

Primero: El plazo de la concesión que en este acto se otorga, es de 20 (veinte) años que regirá a partir del 07 de diciembre de 2011.

Segundo: No se podrá prestar el servicio, si la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos no tiene fijados los precios o las tarifas correspondientes.

Tercero: La solicitud de renovación de la concesión que en este acto se otorga, debe ser presentada a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al menos seis meses antes de su vencimiento.

Cuarto: La concesionaria debe mantener al día el canon de regulación establecido por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. La falta de pago de dicho canon, dará lugar a sanciones establecidas en la Ley 7593 y sus reformas.

Quinto: La concesionaria debe cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 14 de la Ley 7593 y sus reformas y la normativa sobre calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio, que emita la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sexto: Serán causales de extinción de la concesión que en este acto se otorga, las siguientes: **(a)** Generar más energía que la autorizada; **(b)** Vender o entregar energía eléctrica a persona distinta al Instituto Costarricense de Electricidad; **(c)** Traspasar la concesión, total o parcialmente, sin previa autorización de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sétimo: Serán causales de extinción de la concesión que en este acto se otorga, las siguientes: **(a)** La renuncia del concesionario, sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan; **(b)** Fuerza Mayor o caso fortuito, que alteren las condiciones de la concesión; **(c)** La disposición expresa de la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo establecido en el inciso c) del artículo 15 de la Ley 7593 y sus reformas y; **(ch)** el incumplimiento de las disposiciones que en materia de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio y, respecto de tarifas que dicte la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Octavo: También serán causales de revocación de la concesión que en este acto se otorga, las establecidas en los artículos 38, 39 y 41 de la Ley 7593 y sus reformas.

Noveno: Indicar a la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., que la concesión debe cumplir no solamente con las condiciones estipuladas en el respectivo contrato, sino también con la Normativa Técnica aplicable, que la Autoridad Reguladora haya aprobado o llegue a aprobar en el futuro en el ejercicio de sus facultades reguladoras.

Décimo: Señalar a la empresa Inversiones Cheg Acosta S.A., que debe cumplir con las condiciones relativas a la protección del ambiente, que establezcan tanto la legislación vigente como la que establezcan los entes estatales correspondientes, en cumplimiento de sus potestades legales.

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 245 de la Ley General de la Administración Pública, se indica que contra esta resolución cabe recurso de reposición o de reconsideración que se interpondrá, dentro de los tres días siguientes a la notificación de este acto; ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a la que le corresponde resolverlo.

NOTIFIQUESE.

ARTÍCULO 11 *Solicitud de concesión de servicio público de generación hidroeléctrica planteada por la empresa Aeroenergía, S. A.*

Se conoció el oficio 809-DEN-2011 de 15 de noviembre del 2011, por cuyo medio la Dirección de Servicio de Energía somete la solicitud de concesión de servicio público de generación hidroeléctrica planteada por la empresa Aeroenergía, S. A. Asimismo, se tiene a la vista el oficio 677-DGJR del 21 de noviembre del 2011, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria se refiere a las normas jurídicas y disposiciones aplicables a la solicitud bajo examen.

El señor **William Ramírez Calderón** se refiere a la solicitud de concesión de servicio público de generación eléctrica planteada ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos por la empresa Aeroenergía, S. A., para su proyecto eólico Vientos del Este. Se refiere al trámite de la solicitud, a la revisión de documentación y otros aspectos generales.

La señora **Carol Solano Durán** procedió a indicar se refiere al análisis de la Dirección Jurídica. Mediante oficio 650-DGJR-2011 se señalan algunas observaciones al borrador de resolución, para que se incorpore dentro de los resultados que la empresa cumplía con el requisito de estar al día en FODESAF. Además, se detectó la falta de certificación que demostrara que el capital social de la empresa Aeroenergía, S. A. pertenece por lo menos, en un 35%, a costarricenses, según lo señala el artículo 3 de la Ley 7200. Posteriormente, en el oficio 677-DGJR-2011 se concluye que las observaciones indicadas fueron atendidas.

Luego de lo expuesto, la Junta Directiva con base en lo expuesto por la Dirección de Servicio de Energía y la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en sus oficios 809-DEN-2011 y 677-DGJR-2011, resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 10-073-2011

1. Otorgar concesión de servicio público de generación de energía eléctrica a la empresa Aeroenergía, S. A., por 9 MW, que se destinará en su totalidad para venta al Instituto Costarricense de Electricidad; no teniendo porcentaje alguno para autoconsumo.
2. La concesión se registrará por los siguientes términos y condiciones:

Primero: El plazo de la concesión que en este acto se otorga, es de 20 (veinte) años, contados a partir del 07 de diciembre del 2011.

Segundo: La solicitud de renovación de la concesión que en este acto se otorga, debe ser presentada a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al menos seis meses de antes de su vencimiento.

Tercero: La concesionaria debe pagar el canon de regulación establecido por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y mantenerse al día. La falta de pago de dicho canon, dará lugar a las sanciones establecidas en la Ley 7593 y sus reformas.

Cuarto: La concesionaria debe cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 14 de la Ley 7593 y sus reformas y la normativa sobre calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio, que emita la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Quinto: Serán causales de extinción de la concesión que en este acto se otorga, las siguientes: **(a)** Generar más energía que la autorizada; **(b)** Vender o entregar energía eléctrica a persona distinta al Instituto Costarricense de Electricidad; **(c)** Traspasar la concesión, total o parcialmente, sin previo autorización de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sexto: Serán causales de caducidad de la concesión que este acto se otorga, las siguientes: **(a)** La renuncia del concesionario, sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan; **(b)** Fuerza mayor o caso fortuito, que alteren las condiciones de la concesión; **(c)** La disposición expresa de la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo establecido en el inciso c) del artículo 15 de la Ley 7593 y sus reformas y;

(ch) El incumplimiento de las disposiciones que en materia de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio y, respecto de tarifas que dicte la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sétimo: Serán causales para de revocación de la concesión que en este acto se otorga, las establecidas en los artículos 38, 39 y 41 de la Ley 7593 y sus reformas.

Octavo: Indicar a la empresa Aeroenergía S.A., que la concesión debe cumplir, no solamente con las condiciones estipuladas en el respectivo Contrato, sino también con la normativa técnica aplicable, que la Autoridad Reguladora haya aprobado o llegue a aprobar en el futuro en el ejercicio de sus facultades reguladoras□

Noveno: Señalar a la empresa Aeroenergía S. A., que debe cumplir con las condiciones relativas a la protección del ambiente, que establezcan tanto la legislación vigente como las que establezcan a futuro los entes estatales correspondientes, en cumplimiento de sus potestades legales□

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 345 de la Ley general de la administración pública, se indica que contra esta resolución cabe recurso de reposición o de reconsideración, que se interpondrá, dentro de los tres días siguientes a la notificación de este acto; ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a la que corresponde resolverlo.

3. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que con oficio de fecha 13 de junio del 2011 y recibido en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), el 15 de junio de ese mismo año; la empresa AEROENERGÍA S. A., con cédula jurídica tres-ciento uno-ciento cincuenta y cinco mil trescientos cuarenta y siete, a través del señor Salomón Lechtman, en su condición de Representante Legal, presentó a la Aresep solicitud de concesión de servicio público de generación de energía eléctrica, para un nuevo proyecto denominado Viento del Este; al amparo del Capítulo I de la Ley 7200 y sus reformas (Ley que autoriza la generación eléctrica autónoma o paralela), por 9 000 kW, para venta al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE); (folio 1).
- II. Que la Dirección de Servicios de Energía de la Aresep, verificó que la siguiente documentación aportada por la solicitante, cumpliera con los requisitos establecidos para este tipo de peticiones:

- 1) Certificación notarial de la personería del representante legal de la solicitante (folio 03).
 - 2) Resolución N° 926-2011-SETENA de las 8 horas 55 minutos del 26 de abril del 2011, de aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, (folios 07 al 12).
 - 3) Copia de nota N° 0690-212-2011 de elegibilidad del ICE, para el proyecto de nominado eólico Vientos del Este, perteneciente a la empresa Aeroenergía S. A., (folios 13 y 14).
 - 4) Certificación de estar al día con la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), (folio 05).
 - 5) Certificación de estar al día en las obligaciones con el FODESAF, (folio 42).
- III.** Que la Dirección de Servicios de Energía de la Aresep, por Oficio N° 469-DEN-2011/16647, del 11 de junio del 2011, le solicitó a la Dirección General de Participación del Usuario de la Aresep, convocar a la audiencia pública de ley, la referida solicitud de la empresa Aeroenergía S. A. (folios 15 y 16).
- IV.** Que la convocatoria a audiencia pública para conocer de la citada solicitud de concesión, presentada por Aeronergía S. A., fue publicada en los diarios La Nación y en Al Día; ambos del 18 de julio del 2011 y, en La Gaceta 143 del 26 de julio del 2011 (folios 22 y 23).
- V.** Que no se presentaron oposiciones ni coadyuvancias a la solicitud, según se indica en el oficio N° 1553-DGPU-2011 del 26 de agosto del 2011, (folio 38).
- VI.** Que la audiencia pública se llevó a cabo el 16 de agosto del 2011 en el salón parroquial Santa Teresita, ubicado del supermercado PALÍ 50 metros oeste, Tilarán; Guanacaste. El Acta 79-2011 de la audiencia, se halla en los folios 34 al 37.
- VII.** Que la Dirección de Servicios de Energía de la Aresep, analizó la referida solicitud de concesión, produciéndose el Oficio 757-DEN-2011/74680, del 25 de octubre del 2011 (folios 45 al 50).

VIII. Que con Memorando 761-DEN-2011, del 26 de octubre del 2011, fueron remitidos a esta Junta Directiva, el Oficio 757-DEN-2011/74680, de cita, y el expediente CE 04-2011, en que se tramita la indicada solicitud de concesión presentada por la empresa Aeroenergía S. A. (folio 43).

IX. Que en los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.

CONSIDERANDO

I. Que el artículo 9° de la Ley 7593 establece que la Aresep continuará ejerciendo la competencia que la Ley 7200 y sus reformas, confería al Servicio Nacional de Electricidad.

II. Que el artículo 5° de la Ley 7200 y sus reformas, establece que la ARESEP está facultada para otorgar concesiones destinadas a la explotación de centrales eléctricas a las cuales el ICE les adjudique contratos para adquirir energía eléctrica, según las condiciones de este artículo y los artículo 2 y 6 de esta Ley, (hasta un máximo de 20 MW).

III. Que el artículo 4° del Reglamento a la Ley 7593, que es el Decreto Ejecutivo 29732-MP, establece que corresponde a la Aresep otorgar las concesiones destinadas a la explotación de centrales eléctricas de limitada capacidad.

IV. Que el artículo 6°, inciso 2 e) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados, señala que dentro de las funciones que corresponde ejercer a esta Junta Directiva, se halla la de otorgar las concesiones de servicio público para la venta de energía.

V. Que del Oficio 757-DEN-2011/12093, ya citado, que sirve de fundamento a esta resolución, conviene extraer lo siguiente:

1) El Proyecto Eólico Vientos del Este de la empresa Aeroenergía S. A., generará energía eléctrica, al amparo de la Ley 7200 y sus reformas; con una capacidad instalada nominal de 9 000 kW, y que aprovecha la fuerza del viento.

2) El proyecto eólico se ubica en la Provincia de Guanacaste, cantón octavo (Tilarán) y distrito cuarto (Santa Rosa), folios 16 y 35.

3) No se presentaron oposiciones ni coadyuvancias al proyecto.

- 4) De acuerdo con lo establecido en las Leyes 17 y sus reformas y 7593 y sus reformas, se corroboró que la empresa Aeroenergía, S. A. no tiene cuentas pendientes con la Caja Costarricense del Seguro Social, folio 05.
- 5) De igual manera con respecto de lo estipulado en el artículo 22 la ley N° 5662 y su reforma (ley 8783), no tiene cuentas pendientes con el FODESAF , folio 42
- 6) En el caso de la empresa Aeroenergía S. A. para su proyecto se requería del estudio de impacto ambiental, por cuanto la Ley 7200 en su artículo 8 señala que proyectos mayores e iguales que 2 000 kW requerirán una certificación sobre la aprobación de un Estudio de Impacto Ambiental y el caso que no ocupa, la cantidad es superior a ese valor (9 000 kW)., de ahí la presentación de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), según Resolución N° 926-2011-SETENA del 26 de abril del 2011.
- 7) Dado que la capacidad actual del Sistema Nacional Interconectado (SNI) con referencia a julio del 2011 es de 2 605 MW, resulta que el 15 por ciento en lo concerniente al Capítulo I de la Ley 7200 es de 390,75 MW (Oficio N° 510-973-2011 ICE, contenido en el expediente OT-74-2011, folio 1); en tanto que la capacidad en operación al ICE de la generación privada al amparo del Capítulo I de la Ley 7200 es a la fecha de 186,8 MW (datos estadísticos de DEN- ARESEP), por lo que con la incorporación de esta planta de 9 MW se llegarían a 195,8 MW) y no se superaría el valor límite de 390,75 MW; es decir que la inclusión de esta nueva capacidad de generación aún no alcanzaría el 15% de la capacidad instalada del SNI autorizada para este capítulo.
- 8) Es conveniente otorgar esta concesión, dada la naturaleza de la fuente primaria de energía, que es ambientalmente adecuada.
- 9) No hay objeciones técnicas a la solicitud y a la fecha, Aeroenergía S. A. ha cumplido con la legislación vigente, por lo que se recomienda:
 - a) Otorgar la concesión solicitada por Aeroenergía S. A. para su proyecto denominado Vientos del Este, S. A.
 - b) En caso de ser favorable la concesión, indicarle a la empresa que el proyecto debe cumplir no solamente con las condiciones estipuladas en el contrato, sino con la normativa técnica aplicable que la Autoridad Reguladora haya aprobado o llegue a aprobar en el ejercicio de sus facultades reguladoras.

VI. Que por oficio N° 650-DGJR-2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica Regulatoria de fecha 9 de noviembre del 2011, externa criterio legal sobre la solicitud de concesión incoada por Aeroenergía S. A., del cual se extrae en, lo que interesa lo siguiente:

(

Proyecto de resolución de la solicitud de concesión

Sobre el proyecto de resolución debemos indicar lo siguiente:

1. Que con vista en el Considerando V, inciso 6 del proyecto de resolución, debe indicarse correctamente, Resolución N° 926-2011-SETENA y no como por error se consignó.

2. Valorar hacer mención en el Resultando II, como punto 5) de la certificación emitida por el FODESAF, de la cual se desprende que la empresa Aeroenergía S. A. no tiene obligaciones pendientes con dicha institución, conforme al artículo 22 de la ley 5662 y sus reformas.

3. No consta en autos, documento alguno que demuestre que el capital social de la empresa Aeroenergía S. A., pertenezca al menos en un treinta y cinco por ciento (35%) a costarricenses, lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 7200.

(

VII. Que la Dirección de Servicios de Energía mediante oficio N° 809-DEN -2011 de fecha 15 de noviembre del 2011, atendiendo lo señalado por la Dirección General de Asesoría en su oficio N° 650-DGJR-2011, y lo indicado en el memorando N° 458-SJD-2011, efectúa las modificaciones requeridas, en cuanto a la numeración de la Resolución de la SETENA, el detalle de certificación de FODESAF e incorpora la certificación del cumplimiento del artículo 3 de la ley 7200 de que al menos el 35% de capital social pertenece a costarricenses.

VIII. Que sobre la base de los resultandos y considerandos que preceden y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es otorgar la concesión para prestar servicio público de generación de energía eléctrica, solicitada por Aeroenergía, S. A., como se dispone.

POR TANTO

Con fundamento en los artículos 5° de la Ley 7200 y sus reformas; 9°, párrafo segundo de la Ley 7593 y sus reformas; 4°, inciso a), subinciso 1 y; 30 del Decreto Ejecutivo 29732-MP, que es el Reglamento a la Ley 7593; 6°, inciso 2, subinciso e) del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados,

**LA JUNTA DIRECTIVA
RESUELVE, POR UNANIMIDAD:**

- I. Otorgar concesión de servicio público de generación de energía eléctrica a la empresa Aeroenergía, S. A., por 9 MW, que se destinará en su totalidad para venta al Instituto Costarricense de Electricidad; no teniendo porcentaje alguno para autoconsumo.
- II. La concesión se registrará por los siguientes términos y condiciones:

Primero: El plazo de la concesión que en este acto se otorga, es de 20 (veinte) años, contados a partir 07 de diciembre del 2011.

Segundo: La solicitud de renovación de la concesión que en este acto se otorga, debe ser presentada a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, al menos seis meses de antes de su vencimiento.

Tercero: La concesionaria debe pagar el canon de regulación establecido por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y mantenerse al día. La falta de pago de dicho canon, dará lugar a las sanciones establecidas en la Ley 7593 y sus reformas.

Cuarto: La concesionaria debe cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 14 de la Ley 7593 y sus reformas y la normativa sobre calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio, que emita la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Quinto: Serán causales de extinción de la concesión que en este acto se otorga, las siguientes: **(a)** Generar más energía que la autorizada; **(b)** Vender o entregar energía eléctrica a persona distinta al Instituto Costarricense de Electricidad; **(c)** Traspasar la concesión, total o parcialmente, sin previo autorización de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sexto: Serán causales de caducidad de la concesión que este acto se otorga, las siguientes: **(a)** La renuncia del concesionario, sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan; **(b)** Fuerza mayor o caso fortuito, que alteren las condiciones de la concesión; **(c)** La disposición expresa de la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo establecido en el inciso c) del artículo 15 de la Ley 7593 y sus reformas y; **(ch)** El incumplimiento de las disposiciones que en materia de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima del servicio y, respecto de tarifas que dicte la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Sétimo: Serán causales para de revocación de la concesión que en este acto se otorga, las establecidas en los artículos 38, 39 y 41 de la Ley 7593 y sus reformas.

Octavo: Indicar a la empresa Aeroenergía S.A., que la concesión debe cumplir, no solamente con las condiciones estipuladas en el respectivo Contrato, sino también con la normativa técnica aplicable, que la Autoridad Reguladora haya aprobado o llegue a aprobar en el futuro en el ejercicio de sus facultades reguladoras□

Noveno: Señalar a la empresa Aeroenergía S. A., que debe cumplir con las condiciones relativas a la protección del ambiente, que establezcan tanto la legislación vigente como las que establezcan a futuro los entes estatales correspondientes, en cumplimiento de sus potestades legales□

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 345 de la Ley general de la administración pública, se indica que contra esta resolución cabe recurso de reposición o de reconsideración, que se interpondrá, dentro de los tres días siguientes a la notificación de este acto; ante la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a la que corresponde resolverlo.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 12 *Asuntos pospuestos.*

A raíz de un planteamiento que se hizo sobre el particular, la Junta Directiva resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 11-073-2011

Posponer, para una próxima sesión, los asuntos indicados en la agenda como puntos 3.5, 3.6, 3.6.1 y 3.6.2, los cuales, en ese orden, se indican a continuación:

- a) Ajuste a manuales de cargos y clases. Oficios 605-GG-2011 del 7 de noviembre de 2011 y 657-DERH-2011 del 28 de octubre de 2011.
- b) Directriz correspondiente al proceso de nombramiento del auditor y sub-auditor, para que la administración se ajuste a los lineamientos por parte de la Contraloría General de la República. Oficio 372-AI-2011 de 7 de noviembre de 2011.
- c) Remisión al Regulador General de informe 11-I-2011 referente a Advertencia sobre saldo del superávit acumulado de la autoridad Reguladora al 30-9-2011. Oficio 405-AI-2011 del 21 de noviembre de 2011.

ARTÍCULO 13 *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 12-73-2011

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

- 1. Consulta por parte de la Asamblea Legislativa, sobre el Proyecto de Ley del mercado de gas licuado de petróleo, expediente 18.198. Oficio 774-RG-2011 del 15 de noviembre de 2011.
- 2. Cierre de las disposiciones del informe de la Contraloría General de la República DFOE-ED-IF-4-2010, relativo a un estudio efectuado en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

En cuanto al punto 5.3 Recurso de apelación presentado por Juan Diego Henry contra resolución RCS-061-2011, se indicó que se estará agendando, como asunto de carácter resolutivo, en una próxima sesión.

A LAS 18:00 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