

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA

77-2011

21 de diciembre del 2011

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA 77-2011

Acta de la sesión ordinaria número setenta y siete dos mil once, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la ciudad de San José, a partir de las catorce horas del veintiuno de diciembre del dos mil once, con la asistencia de sus miembros: Dennis Meléndez Howell, Presidente; Emilio Arias Rodríguez; María Lourdes Echandi Gurdían y Edgar Gutiérrez López; así como con la de los señores Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno; Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; Juan Miguel Torres Mora, Asistente de la Gerencia General y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

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

ARTÍCULO 1. *Aprobación del Orden del Día.*

Dennis Meléndez Howell:

En el Orden del Día de esta sesión está la aprobación de las actas 75 y 76. La 75 se nos hizo llegar y la 76, me informa don Alfredo, que está en este momento en proceso de impresión. Lógicamente, tenemos que tomar la decisión de si la aprobamos leyéndola o si no, la posponemos para enero.

En asuntos resolutivos tenemos, los informes relacionados con los incisos a) y b) del informe de la Contraloría General de la República, sobre el proceso de apertura de telecomunicaciones en Costa Rica. Ahí nada más falta un detalle con relación al oficio 914-SUTEL, que había quedado pendiente nada más de comunicarle a SUTEL, qué iba a suceder con la solicitud de salarios que ellos habían planteado.

En el punto 3.2 tenemos la propuesta de términos de referencia para la Contratación de Servicios Especializados, para realizar un estudio preliminar de las opciones viables para la eventual construcción o simplemente el espacio físico para las oficinas ARESEP y SUTEL, a partir del aprovechamiento de los terrenos de las propiedades que se tienen en La Sabana.

Tenemos un estudio de reasignación un puesto 43306. En recursos, tenemos cuatro recursos: Recurso de apelación de Gasolineras del Norte, Recurso de apelación del señor Carlos Luis Santamaría, Recurso de apelación de Gonzalo Barquero Ramírez y un criterio sobre la solicitud de aclaración de una resolución de la Junta Directiva del 18 de mayo de 2011, presentado por ACOPE.

Tres puntos del señor Auditor Interno que han venido incorporándose en diferentes sesiones. El punto 3.6 es la solicitud de atención de gestiones del señor Carlos Moraga Gatgens con relación varias quejas presentadas ante la SUTEL. Luego, el dictamen de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre la posibilidad de que un director que votó negativamente un acuerdo, vote afirmativamente su firmeza. Esos serían los temas que tenemos para hoy. ¿Algún comentario?

Emilio Arias Rodríguez:

Sí. Con respecto al proyecto de las actas de las sesiones 75 y 76, yo quisiera primero dejar claro en actas de que como lo manifestó el Regulador, el acta 76-2011 no ha sido todavía distribuida a esta Junta, incluso yo conversé temprano con Alfredo porque estaba preocupado precisamente por este tema, por la urgencia del asunto y esto va a la Asamblea Legislativa.

Nosotros propusimos un mecanismo. Sin embargo, yo quisiera como rastro a este proceso que quede claro, que el mecanismo que nosotros propusimos originalmente era célere, incluso con tiempo de cuarenta y ocho horas para que se entregara un informe, sin embargo; por los asuntos obvios y la naturaleza de los vencimientos de los tiempos y básicamente del tiempo de nombramiento de una de los miembros del Consejo.

Me parece que esto es un tema delicado y puede traer cuestionamiento más allá, a pesar de las circunstancias que han pasado y que constan en el acta, que incluso se estaría aprobando el acta 76 de manera literal. Nosotros estaríamos anuentes a que se haga un receso, porque no sé cuál es la dimensión del acta, pero por lo menos un minuto por hoja, treinta y cinco minutos para poder leer esa acta, para efectos de ver y cotejar la literalidad del acta y si eso fuera así, luego de ese receso podríamos conocer el acta 76 y dejando claramente indicado, que no es posible que este tema siga sucediendo, porque y lo dejo en actas, como lo he dicho en otras oportunidades, las actas llegan horas antes de las sesiones de Junta y como se lo comenté Alfredo, si bien es cierto y yo entiendo que esto fue lunes, pero yo hoy a las nueve y media que llamó aquí a la Junta me dicen que está en proceso, pero yo no estoy sentado ahí en mi despacho esperando que me llegue el acta de ARESEP para venirme a Junta y aprobarla y yo una acta que no haya leído no puedo aprobarla.

Pero entonces en esa dimensión de la situación y por la urgente necesidad de este proceso, pero siempre y cuando como lo dijimos la vez pasada, se cumpla con los procedimientos correspondientes y se tengan los insumos técnicos y jurídicos adecuados al momento de decidir.

Nos parece que podríamos tomar un receso de treinta y cinco minutos, si es así la cantidad de páginas, para que por lo menos podamos leer el acta y en esa dirección, por lo menos que quede aprobada el acta y a partir de ese momento se inicie con los procedimientos que se acordaron en la sesión pasada.

Dennis Meléndez Howell:

Me parece bien el procedimiento.

Edgar Gutiérrez López:

Yo estoy de acuerdo.

Emilio Arias Rodríguez

Y otro punto que también queríamos por el asunto de tiempo, que igual es que el punto del Auditor Interno, el 3.5, es un punto que hemos venido arrastrando desde hace varias sesiones no llegamos a ese punto. Entonces nosotros propondríamos adelantar ese 3.5, los tres exactos para salir de eso.

Me parece porque ya tenemos bastante tiempo de estar jalando esto que podemos adelantar, que no es necesario que tiene que ser de primero, por lo menos de 3.4, para efectos de que nos alcance la sesión de hoy con el tiempo programado, para poder conocer eso y ya cerrar ese capítulo en este año y no tener que ver esto hasta el año entrante.

Edgar Gutiérrez López:

A mí me parece que si hay oportunidad de dejar aprobada el acta, me parece que estaríamos totalmente de acuerdo, me parece que es oportuno y conveniente que la pudiéramos aprobar.

Dennis Meléndez Howell:

Estoy de acuerdo hacemos eso y pasaríamos el punto 3.5 como 3.4 de acuerdo.

Luego de analizado el Orden del Día correspondiente, la Junta Directiva resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 01-77-2011

Aprobar el Orden del Día de esta sesión, en el sentido de trasladar el conocimiento del punto 3.5, una vez conocido lo relacionado con el asunto concerniente al punto 3.3 de la Agenda. En razón de ello, el texto de la agenda de la sesión es el siguiente:

1. Aprobación del Orden del Día.

2. Aprobación de Actas.

Proyecto del acta de las sesiones 75-2011 y 76-2011.

3. Asuntos resolutivos.

3.1 Informes relacionados con los incisos a y b del informe DFOE-IFR-IF-11-2011 de la Contraloría General de la República, denominado Informe sobre el proceso de apertura de las telecomunicaciones en Costa Rica

3.1.1 *Plan para atención de requerimientos de la SUTEL, según disposición de la Contraloría General de la República. Oficio 284-DGEE-2011 de la Dirección General de Estrategia y Evaluación*

3.1.2 *Informe sobre la capacidad técnica de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria para apoyar a la Junta Directiva en la atención de los recursos de apelación que se presenten contra decisiones del Consejo de la SUTEL sobre tarifas, cánones, tasas y contribuciones de telecomunicaciones. Oficio 723-DGJR-2011.*

3.2 *Propuesta de términos de referencia definitivos para "Contratación de servicios especializados para realizar un estudio preliminar de las opciones viables que existen para satisfacer las necesidades futuras de espacio físico para la ubicación de las oficinas de la ARESEP y de la SUTEL, a partir del mejor uso y aprovechamiento de las propiedades ubicadas en La Sabana"*

3.3 *Estudio de reasignación al puesto, código 43306. Oficio 815-RG-2011 del 25 de noviembre de 2011 y 737-DERH-2011.*

3.5 *Asuntos del Auditor Interno.*

3.5.1 *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.*

3.5.2 *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.*

3.5.3 *Respuesta al oficio 840-RG-2011, relativo a que la Auditoría Interna está programando realizar una investigación sobre la operatividad de ampliación de jornada a funcionarios de SUTEL. Oficio 430-AI-2011 del 2 de diciembre de 2011.*

3.4 *Recursos:*

3.4.1 *Recurso de apelación presentado por Corporación Gasolineras del Norte S.A. contra la resolución RRG-9464-2009 de 11 de febrero de 2009. OT-220-2008.*

3.4.2 *Recurso de apelación interpuesto a favor del señor Carlos Luis Santamaría Méndez, contra la resolución RRG-10267-2009. OT-209-2009.*

3.4.3 *Recurso de apelación interpuesto por el señor Gonzalo Barquero Ramírez, Apoderado General de Condominio Eco Residencial Villa Real contra resolución de la Dirección de Fiscalización y Defensa del Usuario de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006. Expediente OT-131-2006.*

3.4.4 *Criterio sobre la solicitud de aclaración de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011 presentada por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE). ET-135-2008.*

3.6 *Solicitud de atención de gestiones del señor Carlos Moraga Gatgens y recomendación por parte de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en cuanto a las acciones a tomar en cuanto quejas tramitadas en expedientes AU-SUTEL-11-2010 y, AU-SUTEL-259-2010 y AU-SUTEL-317-2010. Oficio 635-DGJR-2011 del 3 de noviembre de 2011.*

3.7 *Dictamen de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre la posibilidad de que un director que votó negativamente un acuerdo, vote afirmativamente su firmeza. Oficio 673-DGJR-2011.*

4. *Asuntos de miembros de la Junta Directiva.*

ARTÍCULO 2. Aprobación de las actas.

La Junta Directiva procedió a analizar el punto relativo a la aprobación de las actas de las sesiones 75-2011 y 76-2011, celebradas el 14 y 19 de diciembre del 2011, respectivamente. En primer lugar tenemos el proyecto de acta 75, si tienen comentarios.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

En esa sesión participamos los compañeros Karla Montero, José Carlos Rojas, Carol Solano y el suscrito. Hicimos llegar nuestras observaciones de cambio a Alfredo, que son de redacción y puntuación y que no cambian en nada el fondo de las intervenciones. Pero si hay algunas observaciones de fondo que tal vez yo hubiera querido que Alfredo se las comentara, pero si ustedes gustan las puedo decir también.

Dennis Meléndez Howell:

Tal vez mejor que las diga y que queden grabadas. Mientras tanto, yo mandé varias observaciones, todas son de forma. Al final me puse a dar una segunda revisión y encontré que había ahí unos párrafos que estaban repetidos, entonces lo junté y quité un par de párrafos que venían por ahí en una de las intervenciones, porque me parecía que era repetición. En todo caso están con control de cambios para que lo puedan verificar.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

La primera observación don Dennis, tiene que ver con el acuerdo 4-75-2011 que es el que se refiere al acuerdo, sobre la metodología extraordinario o automática de buses. El primer punto de ese acuerdo dice: I. Acoger en todos sus extremos el oficio de la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación N° 201-CDR-2011

Al final de la exposición de ellos, yo hice una intervención donde recomendaba que valoraran definir qué valores iban a tomar para las variables que no estaban incluidas en el estudio de insumos del 2009 y de lo que entiendo y de lo que se desprende del borrador de acta, así fue como la Junta resolvió, inclusive ya está corregido en el borrador de resolución. Entonces yo creo que habrá que corregir eso repito, porque no fue que se acogió en todos sus extremos ese informe, sino parcialmente, porque en cuanto a la disposición transitoria de la metodología, se hicieron algunos ajustes.

Dennis Meléndez Howell:

Sí, en eso tuvimos cuidado de que se hicieran esos ajustes en el documento.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

La otra observación es en cuanto a la resolución, donde resultaría importante incorporar en los resultandos el oficio 201-CDR-2011, que fue el que la Junta conoció en ese momento. Eso falta en los antecedentes.

Alfredo Cordero Chinchilla:

¿En la resolución?

Juan Manuel Quesada Espinoza:

En los resultandos. En esa misma línea, otra observación es que habrá que incluir el considerando donde la Junta se separa de la recomendación de la medida transitoria.

Dennis Meléndez Howell:

Muy bien, alguna otra observación del acta 75.

Sylvia Saborío Alvarado:

No, pequeñas correcciones.

Emilio Arias Rodríguez:

No, yo nada más para que conste en actas, quisiera que quede en actas, de que yo, igual que se lo dije al Secretario, las actas son literales y es claro qué significa un acta literal, yo nada más quiero dejarlo claro en actas para que todas las solicitudes de cambios que se puedan hacer, deben de ser bajo el principio que rige la literalidad de las actas.

Es decir, si hay algo que no está en la grabación no es posible incluirse, es decir, lo único que uno incluye, precisamente se incluye todo y más, incluso hay cosas, si se hicieron esas advertencias y quedaron salvaguardadas en la grabación es posible hacerlas, si no están en la grabación, llamo la atención nada más de que las actas son literales.

María Lourdes Echandi Gurdíán:

Sí, quiero aclarar que no estuve en esa sesión, entonces no podría aprobar el acta y también debo indicar que el día 14 de diciembre del 2011, día de la sesión 75-2011, me encontraba fuera del país, por lo que informé que participaría en la sesión mediante video conferencia.

Debo dejar constancia de que no participé finalmente en la sesión, porque no conté con la información necesaria para decidir sobre los recursos agendados para esa sesión, lo cual lo hice saber al Regulador General antes de que se definiera la agenda formalmente.

Comunicada formalmente, la agenda se me informó por parte del Secretario, la posibilidad de hacer uso del sitio web de la ARESEP para consultar los expedientes digitales.

Consulté el indicado sitio web a pesar de que no se nos ha dado la correspondiente inducción, como es obvio que debió hacerse y como resultado de esa consulta, debo indicar que no pude acceder los expedientes identificados con iniciales OT en ninguna ocasión y aunque sí en algunas ocasiones los identificados con las iniciales ET.

Siendo que, tres de los cuatro expedientes que estaban agendados en esa sesión eran de iniciales OT y no podía conocer el contenido de los expedientes.

Decidí no participar en la sesión.

Si bien la obligación del Regulador General es preparar la agenda, lo cierto es que también lo es, que los miembros de la Junta Directiva tengan la información necesaria para decidir de forma informada, dado que la ley no admite la abstención y obliga a motivar las decisiones.

Dennis Meléndez Howell:

Bien, ¿alguna otra observación?

Alfredo Cordero Chinchilla:

Quería comentar la importancia que le está dando la Secretaría al tema de las actas literales, desde luego la Secretaría está haciendo el esfuerzo de llevar muy claro el tema como tal, la importancia que es tener una acta totalmente literal.

Ahora bien, yo quería manifestarles algunas cosas, porque he escuchado de don Emilio y doña María Lourdes, la literalidad es en todo el sentido de la palabra. Nosotros, con todo respeto, a nivel de Banco Central, cuando hablábamos de literalidad, lo que hacíamos era definir párrafos, puntuación. Si habían palabras de más, las quitábamos, dentro de eso, nosotros podemos trabajar un poco eso, porque tampoco la idea es que salga algo tan en bruto, sino que también el trabajo de la Secretaría perdería sentido y la idea es tener unas actas que van a salir públicamente y que también lleven una secuencia, una claridad de las ideas que ustedes quieren plasmar.

Yo entiendo que a nivel de Junta Directiva, por los temas que se van discutiendo, los señores directores expresan y a veces son repetitivos en algo, nosotros tampoco nos vamos a abocar a interpretar si es repetitivo, de ninguna manera, pero si quisiéramos tener esa posibilidad de editar un poco sus intervenciones, sin que eso quiera decir que estamos omitiendo algunas cosas, eso por un lado.

En cuanto a la literalidad, hay algo que hemos hecho nosotros, que es cuando básicamente viene un compañero y hace una presentación, a veces son muy técnicas, entonces nosotros veníamos trabajando en ese sentido, □Alfredo Cordero procedió a explicar el modelo tal:□ y ponemos las filminas, entonces recogemos de una manera muy específica y puntual los temas que los compañeros que vengán a exponer nos queda, es decir, dejando en literal, lo que los señores directores han manifestado. Es decir la literalidad que coincide expresamente con lo que la Junta Directiva tiene en su intercambio de impresiones y si hay una exposición dejarla montada, no sé si ustedes estarían de acuerdo en ese tema, eso es lo que quería comentarles.

Dennis Meléndez Howell:

Bueno, yo debo aclarar que cuando este tema se vio aquí en Junta Directiva, en el momento en que eso se aprobó yo hice la aclaración, de que evidentemente eran actas literales, pero que había que editarlas, porque a veces lo que uno dice no se puede plasmar directamente. Si uno lo plasma, así tal como lo va diciendo, aparecen repeticiones, frases inconclusas, cosas que no tienen sentido. Lógicamente es en el sentido de que se capta la idea fundamental y que quede plasmado lo que se dijo en la medida de lo posible con las mismas palabras.

Pero hay cosas que, a veces, leyendo, por ejemplo en esta acta, algunos párrafos simplemente no tienen sentido. Entonces, uno los puede dejar en aras de la literalidad así, pero me parece que es darles algún grado de sentido, no puede ser tan estricto de que no se puedan hacer ese tipo de modificaciones.

Ahora respecto a las presentaciones, a mí me parece que ese es un buen procedimiento, poner las filminas que es un resumen.

Sylvia Saborío Alvarado:

Yo también entiendo la literalidad en ese sentido.

Emilio Arias Rodríguez:

Yo, en el caso mío no voy a interpretar la literalidad, la literalidad es la literalidad, simplemente sí creo que como especialistas en secretariado o como conocedores del formato de un acta, efectivamente un acta tiene una serie de formas o de formatos que se deben de incluir y el orden que se lleva. La puntuación, quién interviene, quién no interviene, como se dijo ese día que se aprobó acá, si hay una palabra que alguien dice mal y no se entiende, queda consignada y posteriormente se aclara, "lo que dije es tal palabra" que tal vez no quedó entendida o no quedó clara cuando se digitó en la computadora, perfectamente se puede hacer, pero la literalidad es la transcripción de la grabación.

Si uno lee cualquier acta de un literal, hay párrafos que incluso son redundantes, porque cuando usted discursa es distinto de cuando usted lee un documento previamente redactado. En ese sentido, bajo la óptica de lo que usted planteó, de que si se pueden poner puntuaciones, que si se pueden hacer párrafos, eso creo que es una práctica secretarial, pero el asunto es no pasar de esa práctica secretarial a interpretar como lo dijo ahora, por eso puse el ejemplo con lo que acaban de exponer, yo no estuve en esa sesión, pero básicamente si eso que se manifestó es lo que se votó, se consigna en la grabación y eso se puede modificar si es que está mal digitado. Pero una cosa es eso y otra cosa es que yo después venga aquí y diga "no, es que lo que se pretendió hacer fue esto y para que me cambien esto y ese fue el sentido de lo que yo pretendía decir" eso es distinto.

Entonces hay que tener claro de que una cosa es darle forma, asuntos de forma y asuntos que ya van más allá de forma y cambian el espíritu de lo que se dijo en el momento. Creo que lo más sensato es que ustedes hagan la labor secretarial, limitense a la labor secretarial y no hacer interpretaciones de lo que se dijo, ni a cambiar el sentido de los párrafos, porque si no posteriormente el sentido de los párrafos podrían ser distintos al que originalmente se consignan en la grabación.

Recordemos que para efectos públicos, cualquier persona el día de mañana puede pedir, no solamente las actas literales actuales, sino las actas que no eran literales antes, una copia de la grabación, puede cotejarla y tiene valor la grabación, porque es la que recoge la discusión que se dio en la sesión. Entonces el acta en aquel momento resumía de manera general lo que ustedes captaban, pero en este caso me parece que, yo no voy a entrar a interpretar la literalidad. Me parece que eso es más que claro y ya hay muchas instituciones que aplican ese concepto, incluso como se lo dije a usted temprano, en la Asamblea Legislativa todas las comisiones, todo es literal, entonces precisamente a veces pasa eso, si nosotros fuimos a participar y pedimos esas actas, ustedes las ven, a veces hay cosas que son redundantes, hay cosas que no se entienden, pero esa es la literalidad de las actas.

Dennis Meléndez Howell:

Bueno, sometemos a votación el acta de la sesión 75. De acuerdo, entonces se aprueba por tres votos, don Emilio y doña María Lourdes no estuvieron en la sesión.

Entonces, procederíamos a hacer un receso de 35 minutos para leer el acta 76.

A partir de este momento, la Junta Directiva declaró un receso para hacer lectura del borrador del acta de la sesión 76-2011.

Dennis Meléndez Howell:

Se reanuda la sesión.

Sylvia Saborío Alvarado:

Yo, tengo unas observaciones, me parece que el proyecto de acta captura perfectamente lo que fue la esencia de la discusión y solo tengo algunas pequeñas observaciones de editoriales, para hacer el asunto entendible, que ha de ser el espíritu de las actas Pero creo que no tengo problemas, excepto con no sé si será de fondo o no, pero en la parte del acuerdo, en el inciso 2, del acuerdo dice: Encargar al Departamento de Recursos Humanos, que proceda a ajustar el informe de resultados del concurso miembro de SUTEL y se someta en otra oportunidad en el sentido de que reevalúe y me parece que debe ser evalúe

Dennis Meléndez Howell:

Se evalúe

Sylvia Saborío Alvarado:

Se evalúe aquellos casos de candidatas que fueron excluidas, solamente porque no se aplicó el criterio de suficiencia de formación.

Edgar Gutiérrez López:

Si, igual en términos generales, me parece que está bien, hay situaciones de participación de uno que no se entiende y es decir, eso viola el principio de literalidad, por ejemplo en la página 9, en línea 26, dice: la pregunta va por si pudiéramos tal vez evitar la paralización después de todo el proceso no sé qué quiere decir eso, me parece que era, qué posibilidad hay de evitar la paralización del proceso era lo que se quería decir.

Después, en la página 22, en la línea 23 y 24, bueno el 23 dice, una frase que dice que supuestamente la dije yo, que es: llamen a pero no sé a quién, eso me parece que no tiene sentido, se debería de eliminar.

Después en la línea 24, digo en la página 24, en la línea 9, cuando yo intervengo digo, estoy de acuerdo no pude, o no puedo, no sé, debe quitarse, quedar solamente estoy de acuerdo

Y en la página 29, una palabrilla que debería agregarse, Asesoría Jurídica en vez de jurídico pero no afecta; por lo demás estoy de acuerdo con la observación que hizo Sylvia en el punto 2, del acuerdo, no debería ser reevalúe, sino evalúe

Dennis Meléndez Howell:

Bueno, por mi parte tengo bastantes correcciones ahí, básicamente de puntuación y cosas por el estilo. En la página 2, en la línea 15, dice: especialmente proyectos de tecnología, información y comunicación. No sé si esto está bien o no, si es eso. Luego en esa misma página, en la línea 27, dice tenemos el detalle de cada uno de los proyectores y es de cada uno de los "predictores" que fueron evaluados.

Luego en la página 3, en la línea 33, dice, viene de la anterior, dice: recuerden que aquí se había disputado este tema, no, "se había discutido este tema"

Posteriormente en la página 5, línea 9, dice "Dennis Meléndez Howell: Patricia" supongo que estaba diciendo que tomara la palabra. Eso no debería aparecer, por más que se respete la literalidad.

En la página 7, línea 8, digo ahí: "si nos podría resumir un poquito, cuáles son esos puntos en que debe" lo que quería decir yo era "mejorar" pero no sé si se vale incluir o no.

En la línea 10, "en fomentar un liderazgo digamos, digamos" por lo menos quitar un "digamos"

Página 18, en la línea 12 dice: "revisar todos los antecedentes, toda la carta académica" no es así, sino "carga académica" y luego en la línea 37 no es "CONESUT" sino CONESUP. En la línea 30, página 7, dice "esas personas que fueron excluidas con base en la presunción" y después en la página 32, en la línea 13, dice: "cuando al final del concurso, es nada más en cuanto a remendar un camino" no en cuanto a "re andar un camino"

En varias partes aparece eso de que se reevalúe y es que se evalúe, eso a grandes rasgos. Hay párrafos que definitivamente, no se entienden, destaco por ejemplo, el párrafo de las líneas 22 a 24 de la página 6, yo no entiendo qué es lo que dice: "entonces lo encontramos como una obtiene los elementos conductuales necesarios para poder desarrollar la habilidad, es sencillamente reforzar sobre lo que ya tiene para que construya una fortaleza en eso que en eso que tener, que no se lo vemos ahora como un ausente."

No entiendo y lo mismo me pasa con los renglones en la página 7, prácticamente toda la intervención de doña Patricia Corrales, de las líneas 10 a la 18, de la línea 25 a la 31, en donde no logro captar, tal vez por la rapidez con que lo leí, qué era el sentido y así hay varias otras partes en donde, pero bueno diríamos que eso por lo menos lo literal de lo que ha dicho la grabación. ¿Alguna otra observación?

Juan Manuel Quesada Espinoza:

De mi parte, le pasé a Alfredo unas propuestas de cambio que son de puntuación y redacción que no cambian en nada el fondo Si me interesaría que Alfredo revise el momento que yo me incorporo a la sesión. Lo que propondría es que quede antes del último párrafo de la página 18.

Dennis Meléndez Howell:

¿Alguna otra observación?

Emilio Arias Rodríguez

Bueno, de lo que pude escuchar de la grabación, del minuto 43.35 al minuto 45.10 no está consignado en el acta. Del minuto 43.35 no está consignada la intervención de doña María Lourdes, no está consignada la intervención mía en adelante. Luego tampoco está consignada la intervención del Regulador General a partir del minuto 44.33, toda la intervención no está consignada.

Luego la propuesta del acta que se votó, del acuerdo, en línea 40 página 29, no es lo mismo a la propuesta que se consignó como acuerdo. Yo lo advertí en actas y está la misma advertencia en actas de que no se estaba diciendo lo mismo. Le pedí al Regulador en actas como consta ahí, que se le leyera nuevamente el acuerdo y no se quiso leer nuevamente, entonces yo quiero dejar claro de que el acuerdo que aparece en el acta no es el acuerdo que se sometió a votación.

El primero está lo que se somete a acuerdo, en la página 29, línea 40, es donde está el acuerdo que se sometió a votación, está en la grabación y luego se pone el acuerdo 01-76-2011 en la página 35, pero eso no es lo mismo a lo que se sometió a votación.

Dennis Meléndez Howell:

¿Alguna otra intervención?

María Lourdes Echandi Gurdían:

Yo también cotejé con la grabación, no pude escucharla completa, pero si pude verificar que en la página 11 entre línea 29 y 37 antes del receso, no consta una intervención que yo hice, incluso solicitando el receso precisamente. También verifiqué que no consta una intervención del Regulador en la página 28 después de la línea 2.

El mismo reparo que tiene el directivo Arias, en cuanto al acuerdo tomado, no es el mismo que consta en la página 35 y el que consta en la página 29 y 30, y de la 30 en adelante no pude escuchar la grabación y tengo idea de que están faltando algunas preguntas que yo hice, para efectos de saber qué implicaba el acuerdo que se sometía a votación y quisiera esa parte que me parece que falta. No puedo ahorita asegurarlo, pues estoy a memoria, me parece que ahí falta una pregunta y una respuesta en ese sentido.

Luego en el acuerdo que se somete a votación no dice quiénes votan, dice que votan mayoría tres a dos, pero no dice quiénes son esos tres y quiénes son esos dos, eso me parece que tiene que consignarse con cada acuerdo, expresamente qué directores están tomando la decisión.

Dennis Meléndez Howell:

Yo no sé, por más que leo, revisé las pagina 29 y 35, sí en la 35 está mejor cuidada la redacción, pero el sentido me parece que es lo mismo. Sometemos a votación el acta.

Edgar Gutiérrez López:

Yo estoy de acuerdo, a mí me parece que el acuerdo recoge justamente de la lectura todo lo que fue, que finalmente estábamos considerando que debíamos de acordar. Que fue un dictamen jurídico y paralelamente una evaluación de que continuaran evaluando a las que no habían evaluado, yo si voto.

Emilio Arias Rodríguez:

Voy a leer lo que dice la página 29, para efectos de que entendamos, pues yo no sé a dónde estamos, en la página 29 Dennis Meléndez dice: yo creo que deberíamos de poner a votación esto, la propuesta entonces está en pedirle a la Dirección General de Asesoría Jurídica que en un plazo de 48 horas nos dé un informe con todos los requisitos que mencionó don Emilio. ¿A dónde están los requisitos que yo mencioné en ese acuerdo final?, pero ¿dónde están?

Dennis Meléndez Howell:

Usted dijo posteriormente que eso era lo que normalmente debería contener un acuerdo.

Emilio Arias Rodríguez:

No, aquí yo estoy leyendo textualmente lo que se sometió a votación, y precisamente por esa razón fue que yo le pedí a usted que nos volviera a leer el acuerdo y usted se negó a hacerlo, precisamente porque le dije, no está claro lo que usted está sometiendo a votación con lo que usted dijo antes. Por eso es que hayamos la atención, si usted en ese momento hubiera leído el acuerdo y el Secretario hubiera leído que lo tenía ahí, no hubiésemos tenido este problema. Sin embargo, yo dejo muy claro que es muy distinto Don Edgar, porque los requisitos que yo mencioné están en páginas atrás y están claramente determinados.

Es decir, si a ustedes les parece que es lo mismo que ustedes votaron a lo que está aquí en el acuerdo, yo no entiendo, porque yo si sé claramente cuáles fueron los requisitos que yo pedí, y están en el acta y están en la grabación. Para mí eso no es el acuerdo que se tomó, ahora no sé la redacción de ese acuerdo dónde se tomó.

Alfredo Cordero Chinchilla:

Yo la hice. De hecho quiero aclararle eso. Obviamente, tomé esos dos párrafos para redactar los dos numerales. Es cierto, excluí esa parte suya de los requisitos básicamente dándole forma al acuerdo, en el sentido de que cuando Juan Manuel dio una sugerencia, de qué les parecía, a partir de una interpretación del artículo 62, inciso b).

Emilio Arias Rodríguez:

Pero eso no se sometió, dónde está sometido en la grabación eso, Alfredo, ¿dónde sucedió eso?

Alfredo Cordero Chinchilla

Pero eso lo comentó Juan Manuel.

Emilio Arias Rodríguez:

Eso es lo que se votó, yo después de que se votó algo yo no puedo decir en la sesión no, pero es que me dijo fulano y yo cambio el acuerdo.

Dennis Meléndez Howell:

Yo creo que deberíamos dar por terminado este tema, porque ya estamos cayendo en la majadería

Emilio Arias Rodríguez:

Yo nada más quiero dejar claro, si eso se consigna en un acuerdo que no es el acuerdo que se votó, ustedes mismos estarían viciando el proceso, porque yo si presento una revisión de eso, porque está claramente en la grabación, está claramente en el acta, incluso redactado y simplemente, también se está consignando la explicación que está danto el Secretario y me parece que no es lo que procede.

Lo que procede en una situación de estas es corregir el error, proceder a redactar el acuerdo tal cual fue, que ahí están los insumos en el acta, que están los insumos en la grabación y no viciar el proceso. Pero, si lo que quieren es no corregirlo, me parece que lo que procede es así como la vez pasada solicité que se volviera a leer el acuerdo, prudentemente y consta en el acta y no se quiso leer.

Hoy estoy solicitando que se corrija y que se consigne el acuerdo tal cual se votó y como dice la página 29 y 30. Ya si a ustedes les parece que eso es así, después de lo que el mismo Alfredo acaba de decir, yo no entiendo, entonces simplemente significa que ustedes mediante la aprobación del acta están modificando de manera unilateral un acuerdo que fue votado de manera distinta.

Edgar Gutiérrez López:

Yo repito, si finalmente el acuerdo tal y como está responde justamente a todo lo que se discutió dentro de toda el acta, que fue el problema de evaluar y el problema de pedir un dictamen a la Asesoría Jurídica, sin que se supeditara el reinicio de la evaluación a la presentación del dictamen, eso fue lo que discutimos durante todo el proceso finalmente.

Emilio Arias Rodríguez:

Don Edgar perdón pero usted como abogado sabe, si yo estoy en un Órgano Colegiado y someto a votación determinada cosa y la leo en ese momento y lo digo, eso es lo que se votó, lo que usted está haciendo es una interpretación, pero lo que usted en el acta consigna, el acuerdo que se votó, por eso fue que yo lo pedí, y usted estaba presente, yo pedí que se volviera a leer para que quedara claro y no se quiso volver a leer.

Entonces usted lo que me está diciendo es que está interpretando, es que la redacción del acuerdo es conforme a lo que se dijo en la sesión, eso perdón, en ningún lado cabe y lo que usted somete a votación es el acuerdo que somete en el momento. No puede ser que después haya otra discusión posterior a someter el acuerdo y corrijo yo el acuerdo al gusto de lo que otra persona dijo, dónde se ha visto semejante cosa, yo no entiendo.

María Lourdes Echandi Gurdían:

Sí, yo quisiera señalar que recuerdo que el mismo Regulador dijo que un estudio con las características que planteaba el directivo Arias, jamás se iba a lograr en 48 horas y fue precisamente la aclaración que hizo el directivo Arias, de decir que eso es un requisito mínimo de un estudio jurídico. Pero la lectura del Regulador no es lo mínimo, no es lo básico, entonces nos es unívoca la lectura que se está haciendo del acuerdo. Además el mismo Juan Manuel había hecho una propuesta que no se sabía si se estaba acogiendo o no se estaba acogiendo. En la página 29 se está diciendo que de acuerdo a los criterios del directivo Arias.

No se nos quiso volver a leer el acuerdo no sé por qué razón, pero me parece que no está quedando claro y luego me parece que el acta no es la literal, le faltan intervenciones mías. Yo hice la pregunta de si se iba a ejecutar, si antes de recibir en las 48 horas se iba ejecutar la decisión de pedirle a las candidatas seguir con el procedimiento. Recuerdo me contestaron que sí se iba a ejecutar, eso no está en el acta, no está constando, por lo menos esos dos elementos, no están y es un acta literal, aquí simplemente está quedando incompleto.

Emilio Arias Rodríguez:

Las intervenciones mías, las que María Lourdes acaba decir, incluso en la intervención del Regulador, como lo digo, no lo digo yo, ahí puse hasta el minuto de la grabación. Es decir, yo no puedo aprobar una acta y así de claro, si tengo que venir mañana en la mañana a aprobarla la apruebo, pero yo apruebo una acta como corresponde, yo no voy a aprobar una acta, que no tenga intervenciones, que incluso se estén viciando las horas en que se intervino y simplemente yo mismo pedí que fuéramos a un receso para aprobarla hoy mismo, y dije la urgencia, pero precisamente por la urgencia yo no voy a ser tan ligero de simplemente decir si voy a votar una acta donde faltan intervenciones de gente que ha dicho en sesión que faltan intervenciones de ellos.

Y también con un acuerdo que perfectamente lo que procede es redactarlo como está en la grabación y como está en la misma acta, porque es que hasta en la misma acta está y simplemente se corrige el error y se aprueba el acta mañana a primera hora, si lo quieren, pero como debe de ser, no una acta aprobada con ese montón de irregularidades, ya hemos tenido hacia atrás problemas como para seguir teniendo problemas por una redacción, por una acta que como estas, que va para el Asamblea Legislativa.

María Lourdes Echandi Gudián:

Sí, perdón, otra intervención mía que no está, es que precisamente yo pedí el receso para revisar la documentación que nos fue entregada a las dos de la tarde y no está la motivación de ese receso, no está quedando que yo lo pedí y simplemente está quedando sin la motivación el receso, queda como que el Regulador lo está dando. Aquí no está constando en el acta.

Alfredo Cordero Chinchilla:

De parte de la Secretaría, definitivamente es una gran preocupación la parte de la literalidad, sobre todo esos párrafos que faltan. Quería aclararle don Emilio que yo les doy una grabación de esta computadora que es el "backup" para la Secretaría, por si hay algún problema en ese otro equipo. Con todo respeto, si les pediría que nos den la oportunidad de que nosotros hagamos la verificación de las grabaciones que las muchachas toman de ese equipo, que es del que se transcribe. Usted tiene aquí una grabación que recoge todo, esa es la ventaja que tiene este equipo, pero me preocupa si es que ese equipo nos falló, que es lo que yo quiero corroborar y, en dado caso, lo que los señores directores tomen a bien acordar, la Secretaría estaría dispuesta tenerle eso hoy mismo, si es del caso.

Emilio Arias Rodríguez:

Digamos, la grabación que usted me dio ese día ¿de dónde la tomó?

Alfredo Cordero Chinchilla:

La tomé de aquí, lo que le aseguro que esto no nos va a fallar, estoy preocupado si el equipo nos falló en alguna parte.

Emilio Arias Rodríguez:

Lo que pasa que son varias intervenciones. Ahora, quiero dejar claro que esto no significa que estoy diciendo que fue que alguien lo hizo adrede ni mucho menos, también puede ser un error involuntario, lo que pasa que por más error involuntario que sea, yo para aprobar el acta debo tener el acta, máxime las características de esta acta.

Dennis Meléndez Howell:

Yo creo que en estas condiciones, deberíamos de posponer la aprobación de esta acta, para que se revisen esas grabaciones, lógicamente, pues creo que al final de cuenta no nos retrasa el proceso, yo le puedo pedir a Juan Manuel que vaya trabajando en ese informe, sin necesidad de que esté en firme el acuerdo y lo mismo le voy a pedir a doña Norma, que proceda a realizar lo que ellos mismos hicieron, simplemente, o sea ya ellos estaban haciendo esto. Mientras tanto quedará el acta para ser aprobada en una sesión posterior.

Emilio Arias Rodríguez:

Yo voy a hacer un llamado de atención, esto está quedando en actas, es decir, yo sugiero, primero para que el acuerdo se ejecute debe ser cuando el acuerdo esté en firme. Lo que usted acaba de decir, sería ejecutar un acuerdo.

Dennis Meléndez Howell:

Perdón, no vamos a actuar con base en un acuerdo de Junta. Primero, yo puedo pedir a Juan Manuel que me estudie el caso al respecto, yo no creo que él necesite a través de un acuerdo de Junta Directiva para poder hacer eso. Y en segundo lugar, en el caso doña Norma, se le puede pedir que siga adelante con el proceso, como lo venía haciendo, simplemente incorpore estos dos casos y ponga una nota, ahí existe la duda si esto corresponde o no corresponde, pero para no excluir eso, eso es todo, no veo por qué poner tantos palos en la rueda para que las cosas no caminen. Insisto, me resulta sospechoso que es lo que se quiere hacer con esto, se le ponen tantos entramientos a este tema.

Emilio Arias Rodríguez:

Yo nada más quisiera pedirle Regulador, que para que conste en actas, de que si como Alfredo acaba de manifestar, el acta pueden ahora mismo dejar esas correcciones que son en realidad incorporar esos párrafos, yo llamó la atención para que el proceso no se vicie, si eso queda listo hoy y me lo mandan a mí, yo dispongo de toda mi noche para revisar esa acta y cotejar la grabación y mañana mismo estaría en condiciones de venir a aprobar esa acta en la mañana a primera hora para que puedan, esas decisiones que usted acaba de manifestar de manera unilateral, en el caso de lo de Juan Manuel, creo que si, efectivamente usted le puede pedir a Juan Manuel, como Regulador, que inicie un proceso o que le haga un estudio x o y . Pero me parece que en el caso de Recursos Humanos, esto es un proceso que debe de ser por medio de un acuerdo del Órgano Colegiado.

Dennis Meléndez Howell:

Pero ese acuerdo ya existe.

Emilio Arias Rodríguez:

No, señor, no existe

Dennis Meléndez Howell:

Claro, el original se le pidió a Recursos Humanos que hiciera el procedimiento que evaluara todos los candidatos, eso está en ese acuerdo, si ellos unilateralmente decidieron aplicar un criterio, ya fue una decisión de Recursos Humanos, no fue una decisión de la Junta Directiva. Lo que le estoy diciendo a ella es, mire hagan el trabajo como debieron haberlo hecho desde el principio, punto.

Emilio Arias Rodríguez:

Que esto conste en actas.

Dennis Meléndez Howell:

Sí señor, por eso lo estoy diciendo.

María Lourdes Echandi Gurdían:

Yo nada más aclarar, que también tendría mi disposición plena para venir a aprobar el acta, una vez incorporen los párrafos y esté cotejado debidamente con la grabación por parte de la Secretaría de la Junta para no atrasar y no viciar el procedimiento.

Sylvia Saborío Alvarado:

Yo tenía la esperanza de que el acuerdo que tomamos hace un tiempo, sobre la literalidad de las actas, nos iba a facilitar el asunto de poder aprobar las actas y me parece que mi esperanza no resultó bien fundada. Entonces no sé, si eso es un tema que vamos a tener que retomar a futuro, porque no me parece lógico que tengamos que perder esta cantidad de tiempo en una revisión de una cosa que si no está idéntica, pero el sentido es el mismo, si no vamos a tener el criterio para poder movernos en ese sentido, entonces yo no veo que estemos avanzando nada.

Dennis Meléndez Howell:

Yo creo que para las primeras sesiones del mes de enero, voy a traer una propuesta de revisión de ese acuerdo, porque no podemos así, simplemente no se puede caminar, parece que de ninguna manera se puede caminar, ni literales ni no literales. A todo se le ponen palos a la rueda, a como haya lugar se trata de interferir con que las cosas caminen normalmente, caminen con razonabilidad, caminen de una manera amistosa. Pareciera como que existe algún mal no sé, mal demonio dando vuelta que hace que las cosas no caminen aquí como deberían de caminar.

Entonces vamos a tener que volver a un esquema de actas, en donde finalmente nos pongamos de acuerdo y que cada uno haga de nuevo las observaciones que quieren que se le incluyan en el acta. No puede ser que esta Junta Directiva, ya tenemos dos horas prácticamente de estar en la aprobación de unas actas que no deberían dar este tipo de problema.

Emilio Arias Rodríguez:

Yo quisiera decirle Regulator, claramente si tenemos dos horas de estar aprobando esta acta, que el acta me la entregaron pasada las dos de la tarde verdad, no es porque el acta me llegó a mí ayer y yo la puede revisar, porque cualquiera que escuche el acta cree que tenemos dos horas discutiendo sobre un acta que ya conocíamos.

El acta casi doce del día me está llegando, yo pido un receso para analizarla y el hecho que yo me encuentre con las irregularidades que manifesté, perdón, yo tengo mi deber como funcionario público, de acuerdo al juramento constitucional de alertar las cosas, no estoy como lo repito en otras oportunidades en una empresa privada.

Si ustedes les parece, que porque se alertan las cosas y porque se denuncian las cosas y porque se dicen que no se incorporaron determinadas intervenciones, incluso una suya, que dije hasta el minuto donde se dio la intervención, si eso significa obstaculizar, perdón, pero eso significa no conocer el principio de legalidad.

Si me permite terminar, eso significa no conocerlo, porque el deber suyo, como el deber de todos los miembros de esta Junta, es actuar conforme a derecho y efectivamente hay un acta y el acta no está correcta, el deber de un funcionario público es alertarlo y el deber del Órgano Colegiado es corregirlo, no puede ver una cosa más allá.

Ahora si a ustedes les parece que eso es atrasar o estropear, más bien me parece una barbaridad, que habiendo nosotros incluso pedido un receso, habiendo recibido el acta a las dos y diez del día, ya iniciada la sesión, simplemente eso es obstaculizar, perdón, entonces eso significa que no es como usted le parece, entonces eso es obstaculizar, perdón, mientras mis actuaciones sean conforme a derecho estoy muy tranquilo.

Lamentablemente, ahí donde a todos los funcionarios públicos que creen que están en su casa mandando les llegará la hora, porque aquí es la Administración Pública, aquí lo que manda es el derecho y la obligación de actuar conforme al mismo, no como yo quiera, para eso entonces gerenció una organización privada o una empresa privada, donde yo haga lo que me da la gana.

Aquí estamos obligados a actuar conforme a derecho y le guste a quien le guste, mis actuaciones van a hacer conforme a derecho, aunque a usted le parezca un obstaculizar y si quieren presentar en la primera semana de enero, una moción como ustedes dicen, para volver nuevamente a las actas anteriores, ahí queda consignado en la historia las actas, del por qué ustedes están queriendo volverse de camino, porque simplemente no les parece que las cosas se hagan conforme deben ser.

Cualquiera que escuche esta acta de hoy, se dará cuenta que precisamente es irracional que un miembro de Junta Directiva, se le ponga que ya después de iniciado la sesión en conocimiento un acta y nosotros más bien decidimos de buena fe ir a receso y usted simplemente les parece que eso es obstaculizar.

Eso se llama más bien, no tener claridad de lo que se está haciendo y no tener respeto a otros miembros de Junta, porque yo, si el acta no es literal, ahora si no les gusta lo cambiamos, ustedes lo traen y lo vuelven a proponer y vuelven a fundamentar con los mismos elementos que están diciendo.

Pero no me venga usted a decir a mí, que es que María Lourdes y yo estamos pretendiendo aquí obstaculizar, no más bien debe de darle gracias Dios, que uno alerta aquí las cosas y luego van a venir otros a revisar las actuaciones que no son conforme a derecho.

Dennis Meléndez Howell:

Ya hemos visto mucho de esas alertas en el pasado, el resultado que han tenido. Vamos a proceder entonces a dejar pendiente esta acta la veremos en enero.

Emilio Arias Rodríguez:

Yo quiero decirle Regulador, usted está viendo esto en enero, porque usted unilateralmente lo está decidiendo.

Dennis Meléndez Howell:

Simplemente ustedes interfieren con todo.

Emilio Arias Rodríguez:

No señor, disculpe, aquí el Secretario de Junta acaba de decir, que hoy mismo puede quedar corregida y María Lourdes Echandi y yo estamos diciendo

Dennis Meléndez Howell:

Yo no puedo.

Emilio Arias Rodríguez:

Bueno, porque usted no puede unilateralmente, yo le estoy ofreciendo mi disposición de venir a aprobar esta acta para corregir el vicio y acelerar el proceso. Si usted no quiere corregir el vicio inmediatamente y quiere esperarse hasta enero, usted lo decide hacer así.

Pero aquí se cierra hasta el 23 de diciembre y si usted no quiere en estos tres días convocar a Junta, porque usted no quiere, porque usted no puede, usted mismo lo está diciendo en actas, pero no se diga que es porque María Lourdes y yo no hemos querido.

Aquí hemos puesto en disposición y en actas consta, venir a votar el acta, porque después van y dicen, no porque no se quiso votar, no, que quede claro aquí, que aquí en la literalidad del acta el por qué razón y también la postura nuestra de ofrecer venir a sesionar.

Dennis Meléndez Howell:

Para tener otra sesión igual no creo.

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

ACUERDO 02-77-2011

- 1-. Aprobar, con la salvedad que hicieron los directores Emilio Arias Rodríguez y María Lourdes Echandi Gurdián, el acta de la sesión 75-2011, celebrada el 14 de diciembre del 2011, cuyo proyecto se distribuyó con anterioridad entre los señores miembros de la Junta Directiva.
- 2-. Posponer la aprobación del acta de la sesión 76-2011, celebrada el 19 de diciembre del 2011, hasta tanto la Secretaría de la Junta lleve a cabo una revisión de la transcripción de dicha sesión e incorpore las correcciones que considere oportunas, para los fines pertinentes.

ARTÍCULO 3 *Informes relacionados con los incisos a y b del informe DFOE-IFR-IF-11-2011 de la Contraloría General de la República, denominado Informe sobre el proceso de apertura de las telecomunicaciones en Costa Rica*

A partir de este momento ingresan los señores Enrique Muñoz Aguilar, Luis Cubillo Herrera y Kenneth López López a fin participar en el análisis del presente artículo.

En cumplimiento del acuerdo de Junta Directiva 08-069-2011, comunicada mediante el oficio 486-SJD-2011/78257, la Junta Directiva procedió a conocer el oficio 284-DGEE-2011 de la Dirección General de Estrategia y Evaluación, adjunto al cual remite un plan para atender la disposición 5.2.a del Informe DFOE-IFR-IF-11-2011 de la Contraloría General de la República, el cual contempla la identificación de los mecanismos necesarios que deberán implementarse para la atención oportuna de los requerimientos de SUTEL a fin de que esta pueda cumplir con sus obligaciones.

Enrique Muñoz Aguilar:

El tema que traemos a Junta Directiva tiene que ver con la atención de una de las disposiciones del informe de la Contraloría DFOE-IFR-IF-11-2011 que es sobre la apertura del sector de telecomunicaciones.

Entonces el punto que yo voy a exponer tiene que ver con la disposición a), que tiene que ver con la elaboración de un plan para que la Junta Directiva atienda los requerimientos de la SUTEL en los próximos años. Entonces básicamente es lo que estamos proponiendo en el documento que les hicimos llegar, es elaborar un protocolo que tiene básicamente dos etapas: en la etapa 1, el trabajo más fuerte consiste en dimensionar y delimitar bien cuáles son las competencias que tiene la Junta Directiva en relación con la SUTEL.

En el punto 2, que aparece en el cuadro, hago énfasis en este punto, porque es un trabajo que tenemos que hacer de manera conjunta con la participación de los distintos involucrados en esto, tanto de la SUTEL como de la ARESEP y es un trabajo que nosotros proponemos que lo podemos dirigir nosotros, pero sí necesitamos en cada uno de los temas participación de distintas personas, por ejemplo tanto del Departamento de Jurídico de acá, como de jurídico de SUTEL, como de la parte financiera, incluso de la Auditoría Interna para ver funciones que tienen que ver con la Auditoría.

En la parte de Recursos Humanos ocuparíamos participación del personal de Recursos Humanos de acá y de SUTEL y entonces, como pueden ver ahí, en esa primera fase, lo que estaríamos haciendo es un trabajo de delimitar bien cuáles son las funciones en la medida de lo posible, hasta dónde llegan, a dónde empiezan, cuáles son las posibles responsabilidades, tanto para la SUTEL como para la Junta Directiva de la ARESEP. Y en esa primera fase, cuando tengamos un primer resultado de ese trabajo, pues la propuesta es venir a la Junta Directiva para discutirlo con ustedes.

Antes de avanzar en lo siguiente, que sería la fase dos, que consiste en diseñar un poco los procesos y cómo se operativizan esas funciones, en qué consisten esos procesos, quién va a atender cada una de esas partes etc. Digamos el punto álgido de este trabajo, consiste en dimensionar esas funciones, hay algunos criterios jurídicos, hay en algunas cosas de la Procuraduría General de la República, etc., pero tenemos que sentarnos a ver algunas otras cosas.

Nosotros pensamos que este trabajo lo podríamos empezar, tiene una duración aproximada de 16 semanas, hacer todo el trabajo, en el entendido que lo haríamos en dos etapas, lo estaríamos empezando a principios del año y pensamos que duraría más o menos unos cuatro meses para hacer todo el proceso y poder tener todo un protocolo más o menos claro, donde se establezca bien cómo la Junta Directiva de ARESEP se relaciona con el Consejo de la SUTEL en la atención de sus necesidades.

De esto conversé con doña Maryleana de manera preliminar, ella no tiene el documento pero lo hemos hablado un par de veces y ella ha manifestado estar totalmente de acuerdo en apoyar este trabajo y que esto se pueda realizar y no sé, si quieren que les explique algún detalle que quieran ustedes saber o quieran que les explique.

El resultado final sería en una primera etapa, tendríamos un dimensionamiento de las funciones, lo veríamos con ustedes y si están de acuerdo en la estrategia, haríamos la fase 2, que es diseñar los procesos, dibujar los procesos, redactarlos y luego consolidar toda esa información en un documento que se puede llamar protocolo o reglamento. Ahí veríamos ya más en detalle cuál es el nombre correcto que debería llevar el documento.

Sí nos interesa dejar bien claro, que ocupamos la participación de las distintas dependencias, si vamos a ver en qué consiste la función de aprobar los estados financieros, para poner una sencilla, tenemos que sentarnos a dimensionar bien en qué consiste eso y ocuparíamos que la gente de adentro que tiene conocimientos en esa materia, nos pueda ayudar a delimitar bien esa función.

Dennis Meléndez Howell:

A mí me parece bien lo que está proponiendo don Enrique. Sí me preocupa que va a requerir una buena cantidad de los recursos humanos disponibles, que es un material escaso dentro de la Dirección de Estrategia y Evaluación, pero como en este país todo hay que dimensionarlo y darle la prioridad del caso para atender estas cosas, más que lo que es verdaderamente importante, no digo que esto no sea importante, pero que deberíamos estarlo llevando a cabo junto con otras cosas, pero en estas condiciones tenemos que cumplir con este requisito.

A mí me parece bien eso y en segundo lugar, pues que se establezca cuál es la ayuda que necesitan ustedes, por lo menos a lo interno de la ARESEP y me lo pasen a mí. Yo se lo paso al Gerente, o a quien sea, para que decida cuáles son los recursos que deben ponerse a disposición de ustedes para realizar este trabajo.

Ahora, en cuanto a la SUTEL, pues ahí tendríamos que coordinar con el Consejo de SUTEL para que ellos hagan lo propio.

Enrique Muñoz Aguilar:

De hecho, la primera actividad don Dennis que tenemos planeado realizar, implica una coordinación con SUTEL, para también ponernos de acuerdo en cuáles son los requerimientos que ellos tienen establecidos y poder coordinar todos los recursos que se ocupan, pero como les digo, por lo menos de manera preliminar e informar, doña Maryleana ha estado de acuerdo en hacer este trabajo de manera conjunta, para que también lo que llegue aquí sea una cosa que hayamos trabajado las dos partes.

Dennis Meléndez Howell:

Entonces, lo prudente en este caso, es que ustedes informen esto a la Contraloría General de la República, ¿es así lo que sigue?

Enrique Muñoz Aguilar:

Sí, digamos con este punto sería que ustedes aprueben este plan, para empezar a ejecutarlo el año entrante y que se le informe a la Contraloría General de la República.

Sylvia Saborío Alvarado:

¿Con esto cumplimos a cabalidad el compromiso que teníamos con la Contraloría General de la República, que debería ser remitido a ellos antes del 25 de diciembre?

Enrique Muñoz Aguilar:

Si señora. Tal vez recordar doña Sylvia, que en el informe de la Contraloría General de la República, hay tres disposiciones, digamos la a) y b) tienen tres meses para ser cumplidas, o sea que todavía tendríamos tiempo hasta enero para comunicar esto si se quisiera. La c) es la que tenía dos meses, que es la que tenía un plazo más corto.

Pero en realidad en este caso concreto, la disposición lo que dice es identificar los mecanismos necesarios que debería implementar la Junta Directiva en relación con la SUTEL, con lo cual estaríamos informando cuál es el plan de trabajo que tenemos para estos cuatro meses y con eso se cumpliría la disposición a), que como le digo, todavía habría tiempo hasta en enero de comunicarlo, pero el compromiso era traerlo de una vez.

Sylvia Saborío Alvarado:

Pero creo que es mejor, si ya tenemos el plan así de cuadrado, a mí me parece que está muy bien, que procediéramos a comunicárselo antes de la fecha mágica absolutamente requerida, si ya está listo, lo publicamos de una vez.

Dennis Meléndez Howell:

Algún otro comentario. ¿Estamos de acuerdo entonces? Sometemos a votación esto. Primero, aprobar el plan y lógicamente una vez aprobado, que se informe a la Contraloría General de la República, si ya está el plan y cuáles son sus términos.

Enrique Muñoz Aguilar:

Me parece conveniente don Dennis, si les parece, que informen a la SUTEL también.

Dennis Meléndez Howell:

Si, correcto. Que se informe a la SUTEL y se le pida la colaboración del caso. De acuerdo.

Analizado el tema, la Junta Directiva, con base en la propuesta de la Dirección General de Estrategia y Evaluación contenida en su oficio 284-DGEE-2011 (80430), resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 03-77-2011

- 1-. Aprobar, de conformidad con la documentación remitida por la Dirección General de Estrategia y Evaluación mediante el oficio 284-DGEE-2011 (80430) del 14 de diciembre del 2011, el plan para la atención de requerimientos de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), con el objeto de atender la disposición 5.2.a del Informe DFOE-IFR-IF-11-2011 de la Contraloría General de la República, el cual contempla la identificación de los mecanismos necesarios que deberán implementarse para la atención oportuna de los requerimientos de SUTEL a fin de que esta pueda cumplir con sus obligaciones.
- 2-. Hacer una atenta instancia a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), para que, de conformidad con lo resuelto en el numeral 1), brinde toda la colaboración de caso para llevar a cabo el desarrollo de dicho plan.
- 3-. Comunicar a la Contraloría General de la República lo resuelto en el numeral 1) anterior.

ARTÍCULO 4. *Informe sobre la capacidad técnica de la DGRJ para atender las gestiones de la SUTEL.*

De conformidad con lo resuelto en el acuerdo 08-69-2011, del acta de la sesión 69-2011, celebrada el 16 de noviembre del 2011, la Junta Directiva conoció el oficio 723-DGJR-2011 del 15 de diciembre del 2011, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde un dictamen sobre la capacidad técnica de esa dirección para atender las gestiones de la SUTEL.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

En nuestro caso, pues tiene que ver también con ese informe de la Contraloría General de la República, en particular sobre la disposición 52b, que se refería a la capacidad técnica que tendría la institución, para atender las obligaciones que establece el marco normativo en cuanto a resolución de los recursos que se presentan, contra los actos de la SUTEL en materia tarifaria.

En el oficio 723-DGJR-2011, atendimos el acuerdo de ésta Junta Directiva, en él procedimos a incorporar básicamente las normas que tienen que ver con las funciones que tiene ésta Autoridad Reguladora en cuanto a telecomunicaciones y además de eso las que en el Reglamento Interno de Organización y Funciones, asigna la función de asesorar a la Junta Directiva en esa materia.

Recuerden ustedes, que lo que establece la ley es que la Junta Directiva es la que ve esos recursos de apelación y también recuerden ustedes, que precisamente a finales de octubre de éste año, ésta Junta Directiva acordó asignarle la función de asesorar en esa materia a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. Antes eso estaba en manos del Comité de Regulación.

Entonces, tomando en cuenta esa normativa y los antecedentes que indicamos, nosotros resumimos cuál es la composición de profesionales que tiene la Dirección. Que tenemos profesionales en el área del derecho con las especialidades que ahí se indican. Así mismo, economistas y contadores. La conclusión es que con base en eso, tal y como lo hemos venido haciendo para los otros sectores, consideramos que tenemos la capacidad técnica de poder atender esos requerimientos, que eventualmente nos solicitaría la Junta Directiva en esa materia.

Sylvia Saborío Alvarado:

No sé si es refrescar, porque lo que pasa es que esta Junta Directiva no se había constituido como tal en los tiempos en que se dictaron las normas técnicas y todo eso de telecomunicaciones. Por eso es que no tenemos nosotros experiencia de primera mano, de hasta donde ARESEP había tenido la capacidad para el lanzamiento de la SUTEL y la confección de todas esas normativas en materia técnica de comunicaciones.

Pero eso me parece que es un elemento adicional a considerar, o sea son los mismos recursos que ustedes ya tienen, pero para nosotros, que tal vez nos parecía un poco curioso, porque no hemos tenido casos aquí, pero si uno toma en cuenta que en el origen de la SUTEL esa fue una labor que se desarrolló al interior de la ARESEP, eso da otro nivel adicional de confianza, me parece a mí.

A partir de este momento ingresa Luis Cubillo Herrera.

María Lourdes Echandi Gurdíán:

Perdón, ¿qué es lo de los salarios?, no estoy ubicada.

Dennis Meléndez Howell:

Es que en el oficio 914, primero la Contraloría General de la República solicitaba explicaciones de por qué no se había sometido eso a conocimiento de la Junta Directiva, pero así mismo en el oficio 914, la SUTEL hacía unos planteamientos en relación con los salarios de los funcionarios de la SUTEL.

María Lourdes Echandi Gurdíán:

Habíamos conocido únicamente una parte del oficio.

Dennis Meléndez Howell:

Correcto. Adelante don Luis.

Luis Cubillo Herrera:

Buenas tardes, efectivamente este tema.

María Lourdes Echandi Gudián:

Perdón, nada más por orden ¿esto no está agendado verdad? ¿No está incluido en el orden? Yo no tengo inconveniente en que se informe.

Dennis Meléndez Howell:

Forma parte de esto.

María Lourdes Echandi Gudián:

Pero no está estrictamente en el orden del día.

Dennis Meléndez Howell:

No, no hay un documento

María Lourdes Echandi Gudián:

No está, por eso no tengo información, por eso pregunto.

Dennis Meléndez Howell:

¿Estamos de acuerdo en incluirlo o lo dejamos para una fecha posterior?

Sylvia Saborío Alvarado:

Yo no tengo inconveniente en incluirlo.

María Lourdes Echandi Gudián:

Yo es que ni siquiera lo he leído ¿no sé qué es?

Luis Cubillo Herrera:

Tal vez, si hago una aclaración, el tema es éste, el oficio que estamos hablando, los puntos a) y b), de lo que plantea Enrique, se refiere al oficio 914-SUTEL, en el oficio DFOE y FRIF 11-2011, en lo que se refiere a lo que se le indica a la Junta Directiva, hay 3 ítems, a, b y c. El a y b, los puntos anteriores que se han discutido acá, el c), teóricamente uno podría decir que están cumplidos, puesto que se conocieron, se le comunicó a la Contraloría qué es lo que se iba a hacer, etc.

Sin embargo, implícitamente al referirse ese punto c), al oficio de la SUTEL el 914, hay un punto que quedó al descubierto y entonces al informarle en este momento a la Contraloría, la aclaración vale. Incluso revisando documentos dijimos, bueno sí, podríamos decir que se está cumpliendo, excepto, que el tema salarial que estaba en el 914, no se ha definido posición por parte de la Junta Directiva y eso es lo que pretendía yo explicar en este momento.

María Lourdes Echandi Gudián:

Yo entiendo el ligamen, estoy clara, el tema es que no tengo un documento que soporte ese tema, ni lo he leído, no lo conozco, no se nos respaldó en la agenda el documento respectivo, el del salario, no sé que es.

Dennis Meléndez Howell:

No, nada más que se le informa a la SUTEL, que con relación a lo que ellos plantearon en ese oficio, eso va a depender del estudio que se ha venido haciendo en materias salariales, eso es todo, porque no se puede dar la respuesta antes de que eso esté, pero bueno, si quieren lo dejamos para otra sesión, no hay ningún problema. Entonces dejémoslo para otra sesión, mejor.

María Lourdes Echandi Gudián:

Yo no tengo inconveniente en escucharlo, no sé si hay un reporte en ese sentido, si es algo así, es algo de una página, me imagino.

Luis Cubillo Herrera:

Es correcto, incluso ayer mismo estuvimos rastreando antecedentes, porque el tema es que no podíamos decir nada, porque el tema estaba dependiendo del informe de la empresa que está haciendo el estudio salarial.

Entonces no podíamos decirle, nosotros mismos a la SUTEL o a la Contraloría qué es lo que se iba a hacer, hasta tanto no se recibiera y ayer fue que se recibió de parte de la empresa que está haciendo el estudio salarial, un reporte, entonces con base en ese reporte, es que ayer se pudo tener alguna certeza, una aproximación de cuándo es que le podríamos estar dando una respuesta concreta, habiéndolo traído aquí en su momento a la Junta, qué es lo que se va a hacer con el tema salarial, institucional y con SUTEL.

María Lourdes Echandi Gudián:

Y eso es lo que está explicando.

Luis Cubillo Herrera:

Eso es lo que les explicaría, es correcto, es casi de carácter de informativo, porque no se tenía cómo sustentarlo antes de ayer.

Emilio Arias Rodríguez:

Perdón pero es que estaba afuera, en la Secretaría, una consulta ese documento al que usted hace referencia ¿es la consultoría que se contrató para efectos de analizar los artículos 54 y 71?

Luis Cubillo Herrera:

No, no es el estudio global.

Emilio Arias Rodríguez:

Sí, sí por eso, es una encuesta.

Luis Cubillo Herrera:

Sí.

Emilio Arias Rodríguez:

Pero eso no es cierto, que hace tiempo entró a la Institución y que me copiaron a mí un documento de una convocatoria, una reunión que hubo, luego se canceló, que fue lo que entró en ese momento.

Luis Cubillo Herrera:

Lo que ha entrado es un documento borrador de discusión, donde la empresa parte diciendo que ha tenido problemas para dar los resultados, porque algunas de las fuentes de información, donde tenían que tomar los datos no los tenían.

Emilio Arias Rodríguez:

Yo tengo otro documento entonces, eso es lo que me hicieron llegar a mí.

Luis Cubillo Herrera:

¿En qué fecha?

Emilio Arias Rodríguez:

No, no nada más, pero sí porque me interesa.

Dennis Meléndez Howell:

Yo creo que este tema para evitar problemas de que no esté en agenda y demás, dejémoslo para otra oportunidad, los llamamos en una sesión.

Luis Cubillo Herrera:

Es que es un borrador de discusión.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

Para que lo corrigieran.

Luis Cubillo Herrera:

Se les devolvió como borrador. Es una versión digital ajustada, con todos los ajustes que se solicitaron formalmente, la Institución todavía no ha recibido, entonces lo que yo traigo acá es decir, ayer ya se recibió un documento que es ya más sólido, la gente de Recursos Humanos dice que vamos a ver que el documento que se recibió ya tiene una base.

Dennis Meléndez Howell:

Mejor dejémoslo acá. Muchas gracias.

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

ACUERDO 04-77-2011

Dar por recibido el oficio 723-DGJR-2011 del 15 de diciembre del 2011, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde un dictamen sobre la capacidad técnica de esa dirección para atender las gestiones de la SUTEL, de conformidad con lo resuelto en el acuerdo 08-69-2011, del acta de la sesión 69-2011, celebrada el 16 de noviembre del 2011, cuyo criterio concluye que:

□Esa Dirección cuenta con recurso humano que posee la capacidad técnica para asesorar a la Junta Directiva en materia de resolución de las apelaciones a las fijaciones de tarifas, cánones, tasas y contribuciones; el dictado de las normas, reglamentos y políticas que procedan en materia de telecomunicaciones, tal y como lo ha venido haciendo con los demás servicios regulados, a saber aguas, energía y transportes□

ARTÍCULO 5. Propuesta relacionada con el tema del edificio de la ARESEP.

A partir de este momento ingresan los señores Marco Vinicio Cordero Arce, Marie Ann Obando Padilla y Alexander Araya Marín de la Comisión Interinstitucional del Edificio, a participar en el análisis de este artículo.

Se conoció el oficio 006-CIE-2011, 287-DGEE-2011 y 634-GG-2011 del 19 de diciembre del 2011, mediante el cual la Comisión Interinstitucional de Edificio, la Dirección General de Estrategia y Evaluación y la Gerencia General, someten a consideración de la Junta Directiva los siguientes documentos:

- i. Términos de referencia para la □Contratación de un profesional en derecho, para emitir un criterio jurídico sobre el uso legalmente permitido de los bienes inmuebles ubicados en La Sabana que son propiedad de la ARESEP, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 7593□
- ii. Términos de referencia para la □Contratación de una empresa especializada para realizar un estudio integral sobre todas las opciones viables que existen para satisfacer las necesidades futuras de espacio físico para la ubicación de las oficinas de la ARESEP y de la SUTEL, a partir del mejor uso y aprovechamiento de las propiedades ubicadas en La Sabana.
- iii. Cronograma general de actividades.

Enrique Muñoz Aguilar:

Primero tal vez, refrescar un poco el antecedente, en el acuerdo 07-62-2011, la Junta Directiva autorizó a la administración para que hiciéramos una reunión pre-cartelaria y se le presentara a posibles oferentes cuál era el tipo de contratación que se quería hacer para el tema de qué hacer en los terrenos de La Sabana.

Efectivamente, la reunión se realizó, vinieron representantes de unas cuatro empresas, digamos que de esas cuatro empresas, prácticamente tres eran empresas de ingenieros o empresas constructoras, por decirlo así y había una empresa más de tipo consultoría. Básicamente, después de exponerles a ellos en qué consistía la posible contratación, los principales aspectos son los siguientes: Definitivamente parece que es prioritario aclarar bien el alcance del artículo 84.

Ningún oferente quiere participar en una contratación donde el artículo 84, no está claro. En ese sentido hemos hecho una separación, para que primero se contrate un criterio. Como les decía, como tarea prioritaria se debe realizar un análisis jurídico sobre el tema del artículo 84, porque ningún oferente, ningún posible oferente, está interesado en participar con ese grado de determinación.

Luis Fernando Sequeira Solís:

Yo tengo una consulta en la Procuraduría.

Enrique Muñoz Aguilar:

Sería de gran utilidad. Pero entonces, con esa primera observación el primer cambio que deberíamos de tener en esa contratación, es aclarar el tema jurídico de ese artículo, para después proceder con el análisis de los escenarios a partir de lo que jurídicamente es viable.

Otro de los puntos, es que definitivamente no es conveniente considerar dentro de la contratación el tema de diseños, planos, inspección y ya propiamente lo que se encamina hacia una fase constructiva, o sea, en un principio creímos que era conveniente ir involucrando esas cosas, porque si eventualmente la decisión era construir o remodelar, de una vez tener a la gente contratada para iniciar esa etapa.

Lo cierto es que vinieron varias empresas del campo de la construcción y la inclusión de esas actividades, parece que provoca como una confusión en los consultores y desvía mucho el centro, digamos el enfoque de la consultoría ya propiamente a empezar a hacer planos y diseños y cosas.

Dado que el fin último de esta contratación es que la Junta pueda decidir cuál es la mejor alternativa, entonces, igualmente que el punto anterior, estamos sugiriendo que esta etapa de consultoría llegue hasta la toma de decisiones, sin todavía meter la confección de planos, ni ningún tipo de esas cosas. Eso porque como les decía, nos parece a todos los miembros de la Comisión y a la Administración que con las discusiones que hubo con los consultores, la balanza se inclina y al final del contrato más que a estudiar todas las alternativas.

El tercer punto era establecer y especificar claramente, cuáles eran los tiempos establecidos para cada uno de los productos entregables que se definieron en el pliego de contratación. En ese sentido, nos dimos a la tarea de confeccionar un cronograma, lo tienen ahí en la página final del documento, que básicamente es un cronograma que tal vez se los vamos a resumir de esta manera, la primera parte del año, digamos si el tema del artículo 84 se resolviera con un criterio externo, que nosotros habíamos visualizado, que eso nos iba a tomar por lo menos los primeros 3 meses del año.

Ahora habría que ver este tema que introduce don Luis Fernando, en relación con la consulta de la Procuraduría, que parecería también, entonces muy oportuno saber ese insumo, a ver cómo calza en este cronograma, pero básicamente, ustedes pueden ver ahí, que el criterio sobre el artículo 84, si hiciéramos una contratación para que un abogado aclare este punto, etc., ese producto lo podríamos tener aprobado por la Junta en el mes de marzo, más o menos del año entrante, siguiendo todas las actividades que eso involucra.

Eso significa que a partir de ese criterio, tendríamos que revisar los términos de referencia de la licitación abreviada y empezar con el trámite de la licitación abreviada para contratar el consultor, lo cual de acuerdo con los tiempos reales que hemos venido estudiando, nos puede tomar hasta unos cinco meses, con lo cual la ejecución de ese trabajo empezaría en el mes de agosto del año entrante, o sea, en el mes de agosto, tendríamos contratada ya a una empresa, que a partir de un criterio jurídico del artículo 84, pueda analizar todos los escenarios viables.

Se estima que el trabajo propiamente de ejecución, estaría terminado para el mes de octubre, más o menos, estamos hablando como de unos cuatro meses y la meta sería que a final del año entrante, la Junta Directiva pueda estar tomando la decisión de cuál es la mejor alternativa en relación con las propiedades de La Sabana.

Hemos revisado este cronograma, para arriba y para abajo, para ver a dónde hay tiempos que se pueden mejorar, pero nos parece que finalmente, esto es lo más real y lo que mejor podríamos, presentarle a la Junta.

Como les digo, en resumen la meta sería que a finales del año entrante, si seguimos este proceso de aclarar el artículo 84, de arreglar los términos de referencia y de hacer la licitación y de ejecutar el contrato, sería hasta finales del año, como lo pusimos ahí, creo que ustedes podrían estar teniendo un informe ya en noviembre y tomando decisiones en diciembre.

Ese sería digamos el horizonte con este cronograma que tenemos, en ese sentido, en los términos de referencia incorporamos plazos de entrega para cada uno de los entregables del consultor, alineados con este cronograma que tienen en esa página.

Hay dos temillas más que salieron en la reunión pre-cartelaria, uno tiene que ver en cuanto a las proyecciones de crecimiento del personal de la SUTEL y de la ARESEP. Los consultores tienen posibles oferentes, sienten que hay como una indefinición en que a ellos les toque visualizar el futuro de la institución, por decirlo así verdad, de qué crecimiento estamos hablando y nos decían por ejemplo que, en qué estamos pensando, si es una solución que atienda la necesidades de la institución para los diez años que vienen o para los 50 años que vienen.

Eso es una cosa que ellos consideran que el cartel debería por lo menos dar una luz para ellos poder ofertar, aunque está claro que ellos tienen que hacer un primer ejercicio de dimensionar bien con la administración ese punto. Buscando algunos datos que fueran útiles para discutirlos con ustedes, hemos visto que la ARESEP ha tenido un crecimiento en plazas de un 5% promedio en los últimos cinco años, digamos, si uno usara ese indicador como para ver cuánto crecería el espacio.

Sylvia Saborío Alvarado:

¿Perdón, eso incluye el parto de la SUTEL?

Enrique Muñoz Aguilar

No, eso es, digamos, sin efecto SUTEL, es un 5% anual en promedio, con efecto SUTEL eso se nos va hasta un 12% promedio anual. Digamos estos son datos globales, pues la idea no es como entrar en un detalle muy grande de cuál es la proyección de espacio, pero en términos generales si uno usara esas proyecciones, resulta ser que por cada 10 años, uno proyectaría que más o menos el espacio debería crecer en un 50% más o menos.

Significa que si tenemos 5 mil metros y usáramos estas proyecciones en 10 años, habría como unos 7500 metros y así sucesivamente, por supuesto alguien decía, pero bueno es que va a haber teletrabajo y se va a ocupar menos, va a ver menos crecimiento de la gente, esos son los detalles que habría que hacer en ese primer estudio. Lo cierto es que es importante, tal vez que a nivel de Junta se discuta qué tipo de solución se está buscando para que el espacio físico se resuelva.

Dennis Meléndez Howell:

¿Vos crees que hacer proyecciones es tan complicado? Vea como nos desapareció medio millón de costarricenses de la noche a la mañana.

Sylvia Saborío Alvarado:

Una cosa con respecto a eso y también con respecto al punto 1 del artículo 84, porque por ejemplo, ya yo no me acuerdo cómo está escrito este artículo, pero una de las cosas que deberíamos poder saber, es si eso nos permitiría alquilar, porque entonces uno siempre puede tener un edificio más grande que sus necesidades de momento. Alquilar por un término y conforme orgánicamente vaya creciendo, ir ocupando parte mayor de ese edificio, la precisión de saber exactamente cuántas personas van a haber en ARESEP de aquí a 10 años, es menos importante si hay más latitud en cuanto a qué poder hacer con el espacio que queda redundante o excesivo o disponible al momento de la construcción o de que se tome la decisión.

Enrique Muñoz Aguilar:

Sí, eso lo discutimos aquí entre los miembros de la Comisión también, y tal vez la inquietud o sea, nosotros les comentamos cuáles fueron las inquietudes de los oferentes, decían, bueno ustedes están visualizando una solución realmente de mediano a largo plazo, porque por ejemplo, de acuerdo con el Código Sísmico y también lo estábamos buscando en Hacienda, este tipo de si es una construcción de un edificio que ya sabemos que es una cantidad importante de metros lo que se quiere hacer, tiene una vida útil de 50 años, con lo cual pues uno diría bueno lo que se va a hacer tiene que ser con una visión de largo plazo. No es que vamos a hacer un proyecto para al año ya quedarnos cortos de campo verdad.

Entonces lo único que queremos es explicarles que esa fue una de las inquietudes de los oferentes, que cuál era la visión de la ARESEP, si es una cosa que se pretende que resuelva el problema del espacio físico en una cosa de mediano plazo, de 10 o 20 años, ese punto está dentro de los términos de referencia.

El último punto que pusimos acá, bueno, ya yo me referí a ese, en realidad que se recomienda que el diseño y la inspección no estén en esta contratación, o sea, que la contratación como les dije llega solamente hasta establecer cuáles son los escenarios viables y apoyar a la Junta Directiva en la toma de la decisión, de qué sería lo que hay que hacer. A partir de ese momento, dependiendo de la decisión que tome la Junta, habría que activar los procesos según correspondan.

Nosotros adjuntamos aquí dos términos de referencia, uno para contratar la interpretación legal del artículo 84 y otro para contratar la consultoría que tiene que ver con las opciones de desarrollo. Creo que lo importante aquí es, ver si la Junta está de acuerdo en que se pueda iniciar con una contratación de un criterio legal sobre el artículo 84, que es lo primero que necesitamos y los otros términos de referencia se podrían revisar en su momento, no sé cómo calzaría esto con lo que la gestión que ya don Luis nos comentó ante la Procuraduría.

Sylvia Saborío Alvarado:

Porque nos cuenta la Auditoría. ¿Qué fue lo que preguntó?

Luis Fernando Sequeira Solís:

Justamente lo del artículo 84. Voy a pedir una copia. Voy a ver si hay alguien en la Auditoría.

María Lourdes Echandi Gudián:

En lo que estoy pensando si me permite, es que sería vinculante para ARESEP ese criterio. No sabemos cuándo saldrá ese criterio. Otra opción sería que sirva de insumo, incluso, para la Procuraduría y mandarle el criterio. Hay que valorarlo.

Sylvia Saborío Alvarado:

Yo obviamente de las cosas legales no sé. Por ejemplo, a mí me parece cuando se hace aquí dentro de la descripción del trabajo y los resultados esperados ¿qué se puede hacer con esas propiedades? Si uno dice arrendamiento, sonaría que uno está cogiendo eso y arrendando, tal vez la figura, que no sé si eso va a hacer diferencia legalmente. Construir un edificio que no se va a utilizar en su totalidad, si no hasta que la ARESEP vaya creciendo y que entonces esos espacios que no se van a ocupar ahora se puedan arrendar.

Me parece a mí que puede ser diferente la posición, de si es crear una cosa para arrendar total que no va a ser el domicilio de ARESEP, a que parcialmente se pueda alquilar, verdad no sé. Eso me parece que debería averiguarse.

Edgar Gutiérrez López.

Pero lo dice el informe.

Sylvia Saborío Alvarado:

Bueno, lo que no me parecía a mí que estaba claro aquí, era que *□dicho análisis contemplara el estudio de las figuras jurídicas contractuales establecidas en la ley viables para la ARESEP, que permitan satisfacer sus necesidades de espacio, tales como arrendamiento, venta□* No sé si eso se refiere a lo mismo de contemplar esta posibilidad orgánica de crecimiento.

Luis Fernando Sequeira Solís:

Precisamente, producto de la consulta, fue la duda de los Diputados de si la Institución podría arrendar. Ese es el trasfondo de la consulta.

Sylvia Saborío Alvarado:

Bueno, pero ese sería un caso, bueno no sé, estamos hablando en hipotético, diferente a que se construya un edificio que supere las necesidades de ARESEP hoy en día, con la visión de hacerlo crecer y que entonces tenga un período ahí, en que parte de ese inmueble esté arrendado.

María Lourdes Echandi Gudián:

Hay un tema que me parece importante tal vez ligar, y es que parece importante conocer cuáles son o serían las contingencias jurídico-contractuales que podrían derivar de la relación jurídica del arrendamiento actualmente existente, entre las instalaciones de la ARESEP al MEIC, lo cual sin duda podría impactar en la toma de la decisión definitiva en este tema.

Me refiero, por ejemplo, concretamente, al plazo de arrendamiento acordado, las prórrogas, propiedad de las mejoras realizadas en el edificio, eventuales limitaciones para hacer estudios de suelo en las actuales instalaciones, alcance de la eventual indemnización que debería asumir la ARESEP en caso de no cumplirse el plazo convenido, de no ampliarse en caso de haberse convenido la ampliación del plazo original.

Son contingencias que, no sé si ya sea aprovechar este consultor o, que lo realice aquí la Asesoría Jurídica, pero hay que valorarlas para tenerlas porque son parte de todo lo que puede afectar una toma de decisiones en este sentido. Ya lo había un poco alertado y tal vez el Auditor oportunamente y creo que la misma Contraloría General de la República lo deja ver. Entonces, parece pertinente, que se valoren estas contingencias en torno a este contrato.

Enrique Muñoz Aguilar:

Bueno, viendo el insumo que nos da el señor Auditor y pensando en el cronograma que tenemos, si una alternativa fuera esperar a ver qué dice la Procuraduría, entonces para que lo tengamos claro todos, este cronograma tendría que ajustarse a ese criterio y con lo cual lo que nos interesa es como que estén claras las expectativas de esto, tomando en cuenta que también la Contraloría ha insistido en que se deben de tomar decisiones sobre el tema.

Entonces pareciera lógico esperar a ver que dice la Procuraduría, porque además lo que va a decir va a ser vinculante. Una opción sería, paralelamente a lo que dice a esta gestión que hace la Auditoría, contratar un consultor que también rinda un dictamen que apoye la toma de decisiones de la Junta, pero en el entendido, que la Procuraduría está por encima de lo que vaya a decir eso.

Dennis Meléndez Howell:

Puede resultar redundante.

María Lourdes Echandi Gudián:

Tal vez en ese sentido, ampliarle el objeto al consultor, aprovechando esas otras contingencias jurídicas, derivadas del contrato para que no sea solo el artículo 84 y que realmente tenga otro motivo y que colabore en la decisión de Junta, se me ocurre, para que no sea la misma consulta que se plantea a la Procuraduría. Entonces que tenga los dos elementos, incluso si llega antes se puede enviar el tema del 84 como insumo a la Procuraduría, nada lo impide.

Emilio Arias Rodríguez:

Es relativamente muy poco tiempo que se le está dando. Entonces se le puede adicionar y se le notifica a la Procuraduría de que se tiene este insumo y que lo considere.

María Lourdes Echandi Gurdán:

Por lo menos que lo considere, es un insumo más y luego ayudar me parece y aprovechar para efectos de valorar todo el tema del arrendamiento, esas contingencias. Entonces, ya se justificaría y se unirían más elementos para motivar la contratación. Lo planteo a efectos de que no sea solo el tema del 84.

Emilio Arias Rodríguez:

Yo con respecto a lo que María Lourdes plantea de lo que se ha hablado, me parece que es importante, máxime que hay un mandato de la Contraloría en ese sentido de que tenemos que tomar acciones y medidas verdad. Si bien es cierto, está esa decisión del Auditor de hacer la consulta, que efectivamente va a ser vinculante por la característica de la misma.

Me parece que con base en lo que María Lourdes expuso ahorita y también los mismos cuestionamientos que acaba de manifestar Enrique, se podría hacer esa contratación ampliando el alcance con esos elementos, incluso los que Sylvia manifestó ahorita y podríamos avanzar. Es que a mí realmente lo que me preocupa es que prácticamente es un tema que tenemos más de un año de estar discutiendo aquí en Junta y pasan meses para recoger un insumo y vuelven a pasar otros meses para recoger otro insumo y efectivamente tenemos que tomar decisiones y avanzar en ese sentido

Yo creo que lo conveniente podría ser, esa propuesta que hace la Dirección de Estrategia, hacer una ampliación del alcance, para que se pueda pronunciar sobre esos otros elementos que igualmente van a ser sustanciales, porque dependiendo, o si no después cuando llegue lo de la Procuraduría, van a volver a salir las otras consultas que se acaban de plantear.

Entonces ya vamos a tener que volver a contratar a alguien para que nos haga ver en relación al tema de los contratos, cómo tenemos que actuar y vuelven a pasar otros meses esperando que se vuelva a hacer otra contratación. Me parece que lo ideal sería ampliar el alcance de esa contratación, tener ese insumo si llega antes de enviar a la Procuraduría, pero yo creo que lo que hay que hacer es acelerar.

Si nosotros vamos a estar aquí sin tomar decisiones, pudiendo tomarlas y de una vez aclarar dudas que ya se han planteado en el tiempo, o tenemos que esperar hasta que la Procuraduría resuelva sobre un punto que no tiene nada que ver con eso otro, pudiendo avanzar con una consulta, contratando a una persona específicamente para que nos evacúe esa serie de dudas que hay, incluso con el tema del arrendamiento. No el arrendamiento de acá, si no el arrendamiento del MEIC y también los plazos y los tiempos que vamos a durar y cómo haríamos y todas esas preguntas o interrogantes que María Lourdes planteó.

Pero bueno, lo que me interesa es dejar en actas, para que se consigne mi preocupación, porque en realidad hace más de un año que estamos en este tema y la "bola va para adelante" pero no hay decisiones concretas.

Sylvia Saborío Alvarado:

Yo no comparto en realidad esa decisión, porque me parece que es claro que lo que determine la Procuraduría es lo decisivo, entonces no veo en qué sentido estaríamos avanzando nada con esas otras cosas. Sería en todo caso, otra consultoría para otro propósito, por eso deberíamos entonces evaluarlo en sus propios méritos, pero no me parece que tenga sentido esto si ya está en camino un pronunciamiento de la Procuraduría que va a ser vinculante.

Dennis Meléndez Howell:

Tenemos dos propuestas, una que sería aprobar los términos de referencia como nos ha planteado Enrique. La otra sería, modificar estos términos de referencia para ampliarlos, de manera que se incorporen estas posibles situaciones que se podrían llegar a producir, como consecuencia de lo que eventualmente pueda llegar a decir la Procuraduría General de la República. Creo que esas son las dos opciones que tenemos en este momento.

María Lourdes Echandi Gurián:

Si me permiten, yo había hecho tres observaciones a los términos de referencia. Por lo menos me interesa dejarlas constando. En el punto 5, requisitos de los oferentes y en el punto 5.2 se dice que deberá tener como mínimo el grado de licenciado en derecho y luego se dice preferiblemente con post grado en derecho. Como es una condición de elegibilidad, me parece que debe ser más claro el requerimiento. O es suficiente con la licenciatura o no lo es, por lo menos en este caso.

Luego tener post grado no es objeto de calificación alguna, por lo que el que sea preferible contar con un grado mayor a la licenciatura, no tiene mayor incidencia práctica, entonces lo dejo señalado.

En el punto 5.3 me parece que debería señalarse, por la misma razón, un mínimo de experiencia en asesoría jurídica, por lo menos no mínimo de cinco años, por ejemplo. Además, me parece que es preciso calificar más el tipo de la experiencia que se pide. Véase que es un aspecto que es objeto de calificación conforme al punto 6.a).

Estimo pertinente que la experiencia sea en asesoría jurídica a la administración en temas afines al objeto del contrato. Es decir, temas relacionados con bienes de dominio público o privado de la administración pública, la posibilidad de disposición de mecanismos de afectación y desafectación.

La experiencia podría ser relativa a la asesoría jurídica en mecanismos de contratación administrativa, relacionada con el tema concreto de arriendo, venta de bienes de las administraciones públicas.

También me parece oportuno aclarar además, para contar con mayores opciones en el mercado, que la experiencia puede haberse acumulado, inclusive, en el ejercicio de función pública, es decir, sería el caso de abogados que fueron funcionarios por ejemplo, de la Procuraduría General de la República o de la Contraloría General de la República u otras administraciones públicas y que ahora son abogados que ejercen liberalmente. Entonces que esas experiencias sean contabilizadas también.

Luego en el punto 6, valoración de las ofertas, estoy de acuerdo en asignar más puntaje a la experiencia que al precio. Sólo quisiera ajustar lo previsto en el sentido que los trabajos que determinen la experiencia sean relativos a temas relacionados con bienes de dominio público o privado de las administraciones públicas.

La posibilidad de mecanismos de afectación y desafectación, ligarlos con la materia que se le va a pedir el criterio. Pero bueno, eso lo señalo a modo de sugerencia, no me interesa más que se logre contratar una persona idónea para hacer el eventual estudio.

Edgar Gutiérrez López:

Una pregunta, por ejemplo, supongamos que la Procuraduría finalmente te evacuó la consulta y te dice que en virtud de la disposición del 84, no podemos hacer más que construir o remodelar para utilizarlo por nosotros mismos ¿eso cambiaría los términos de referencia? Posiblemente hay que ajustarlos, esa es la preocupación.

Sylvia Saborío Alvarado:

Sí claro. Por eso a mí me parece que, a la luz de esto de la Procuraduría, esto se vuelve prematuro, lo desactualiza. Realmente no podemos avanzar hasta que no sepamos a qué se limitan las opciones y yo no le veo entonces el sentido de contratar a alguien para que nos diga cómo deberíamos interpretar el artículo 84, si la Procuraduría nos va a decir exactamente cómo tenemos que hacerlo.

Dennis Meléndez Howell:

Cuando después pueda venir la Procuraduría y decirnos "miren saben qué lo que dijo el abogado de nada vale" Yo creo entonces que en este caso, mejor es posponer este tema, hasta tener mejores elementos de juicio, especialmente con relación a lo que pueda decir la Procuraduría. Si la Procuraduría nos llega a decir que en tres años no lo va a tener, pero no nos los va a decir lamentablemente tampoco.

Enrique Muñoz Aguilar:

Sí, que pareciera recomendable informarle a la Contraloría sobre las acciones que se van tomando en esta materia, porque ellos han estado detrás de este tema. Este tema es a través del Despacho directamente, pero es bueno informarle a la Contraloría porque si han estado muy encima.

Emilio Arias Rodríguez:

Yo quisiera saber tal vez que, precisamente para informarle a la Contraloría hay que ver un documento de lo que se ha hecho. Yo quisiera que tal vez ustedes que son los que han llevado el pulso de esto junto con la Comisión, nos entreguen un documento de lo que se ha propuesto, lo que se ha hecho y lo que se ha ejecutado efectivamente, para tener claro qué es lo que se le va a informar a la Contraloría. Y también que efectivamente eso es un mandato que nos enviaron que debemos de acatar como Junta, porque precisamente hay un documento en esa dirección.

Yo quisiera que, tal vez cronológicamente, desde el momento en que se arrancó con este tema, ustedes nos hagan un histórico de las propuestas que se han hecho y las acciones que ha tomado la Junta, para efectos de poder efectivamente medir eso. Porque por ejemplo, la acción de la Procuraduría, es una acción que fue una decisión que tomó la Auditoría, no fue una decisión esta Junta Directiva y ese tema del 84, es un tema que habría que ver las fechas en que la Auditoría hizo la consulta y las fechas en que se conoció el tema, para ver si hemos sido proactivos o no hemos sido proactivos en la toma de decisiones.

Enrique Muñoz Aguilar:

El oficio de la Auditoría tiene fecha 23 de setiembre del 2011.

Emilio Arias Rodríguez:

Entonces ya partiendo de eso tenemos claro este asunto, porque creo yo que desde el primer acuerdo que tomamos yo intervine, voy a localizar el acta donde hice referencia al tema jurídico, de que uno de los elementos sustanciales para efectos de analizar este tema, era contar con los insumos jurídicos y creo que el acuerdo de Junta incluso le permitía a la Comisión, solicitar la contratación y proponer en referencia ese tema.

A mí me gustaría si tener claro efectivamente, los alcances de lo que hemos hecho, tanto la Comisión como la Dirección de Estrategia e incluso, incorporar dentro de ese documento, también la gestión que hizo el Auditor en cuanto a la consulta a la Procuraduría General de la República, antes de que se enviara a Contraloría, para efectivamente tener claro un estado de sitio en el que estamos hasta este momento.

Dennis Meléndez Howell:

Bueno, si interpreto bien entonces la decisión que deberíamos tomar en este momento, es que se recibió el informe por parte de la Dirección de Estrategia y Evaluación, que contenía dos propuestas, los términos de referencia para contratación de un abogado y para la contratación de una empresa consultora que eventualmente lleve a cabo la segunda parte.

Que el señor Auditor nos recordó, porque ya de eso teníamos conocimiento, de que está esa consulta ante la Procuraduría General de la República.

En tercer lugar, que nos parece un poco prematuro en este momento, hacer la contratación de un profesional en derecho para hacer esta labor, sin saber cuál va a ser el resultado de lo que va a decir la Procuraduría General de la República que, eventualmente, va a ser vinculante.

En consideración a todos estos elementos, lo que decidimos es posponer el conocimiento de estos temas para una sesión futura, en donde tengamos mejores elementos de juicio. Sería más o menos en esos términos.

Sylvia Saborío Alvarado:

Yo estoy de acuerdo

Edgar Gutiérrez López:

De acuerdo

Dennis Meléndez Howell:

De acuerdo. Informar desde a la Contraloría, eso es lo más importante.

La Junta Directiva, con base en los comentarios y observaciones señalados en esta oportunidad, resolvió, por unanimidad:

Considerando:

- 1-. Que se conoció el oficio 006-CIE-2011, 287-DGEE-2011 y 634-GG-2011 del 19 de diciembre del 2011, mediante el cual la Comisión Institucional de Edificio, la Dirección General de Estrategia y Evaluación y la Gerencia General, someten a consideración de la Junta Directiva los siguientes documentos:
 - i. Términos de referencia para la [Contratación de un profesional en derecho, para emitir un criterio jurídico sobre el uso legalmente permitido de los bienes inmuebles ubicados en La Sabana que son propiedad de la ARESEP, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 7593]
 - ii. Términos de referencia para la [Contratación de una empresa especializada para realizar un estudio integral sobre todas las opciones viables que existen para satisfacer las necesidades futuras de espacio físico para la ubicación de las oficinas de la ARESEP y de la SUTEL, a partir del mejor uso y aprovechamiento de las propiedades ubicadas en La Sabana.
 - iii. Cronograma general de actividades.

- 2-. Que el señor Luis Fernando Sequeira Solis, Auditor Interno, hizo ver que actualmente se encuentra en la Procuraduría General de la República, una consulta en torno a los alcances del artículo 84 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593.
- 3-. Que resulta prematuro llevar a cabo la contratación de un profesional en Derecho, para emitir un criterio jurídico sobre el uso legalmente permitido de los bienes inmuebles ubicados en La Sabana que son propiedad de la ARESEP.

Por tanto, resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 05-77-2011

- I.- Dar por recibido el oficio 006-CIE-2011, 287-DGEE-2011 y 634-GG-2011 del 19 de diciembre del 2011, mediante el cual la Comisión Institucional de Edificio, la Dirección General de Estrategia y Evaluación y la Gerencia General, someten a consideración de la Junta Directiva los siguientes documentos:
 - Términos de referencia para la Contratación de un profesional en Derecho, para emitir un criterio jurídico sobre el uso legalmente permitido de los bienes inmuebles ubicados en La Sabana que son propiedad de la ARESEP, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 7593
 - Términos de referencia para la Contratación de una empresa especializada para realizar un estudio integral sobre todas las opciones viables que existen para satisfacer las necesidades futuras de espacio físico para la ubicación de las oficinas de la ARESEP y de la SUTEL, a partir del mejor uso y aprovechamiento de las propiedades ubicadas en La Sabana.
- II.- Posponer, para una sesión futura, el conocimiento de los temas indicados en el numeral precedente, hasta tanto no se cuente con mejores elementos de juicio que permitan a esta Junta Directiva tomar una decisión sobre el particular.
- III.- Informar a la Contraloría General de la República lo resuelto en esta oportunidad, para los fines pertinentes.

ARTÍCULO 6. *Estudio de reasignación al puesto, código 43306. Oficio 815-RG-2011 del 25 de noviembre de 2011.*

A partir de este momento la señora Norma Cruz Ruíz, del Departamento de Recursos Humanos.

La Junta Directiva procedió a conocer el oficio 815-RG-2011, mediante el cual el Regulador General remite el memorando 737-DERH-2011, por cuyo medio el Departamento de Recursos Humanos somete un estudio de reasignación al puesto, código 43306.

Norma Cruz Ruiz

En resumen se hizo un análisis de este puesto que está ubicado en la Dirección de Transportes, la titular es la señora Ninfa Solís Elizondo. Fundamentalmente, los aspectos más relevantes relacionados con el análisis, es que efectivamente de acuerdo con el análisis de las actividades que representa lo que es análisis de estudios tarifarios de autobuses, asesoría en audiencias públicas, hacer correr los modelos que se aplican en el área de transportes y elaboración de informes diversos relacionados con estudios tarifarios.

Especialmente, este puesto tiene una característica que es el único puesto dentro de la Dirección de Transportes, que hace estudios tarifarios relacionados con aspectos de cabotaje. Sin embargo, a pesar de ser una actividad que es netamente del área de un nivel 3 de profesional, porque se caracteriza además de que coordina todas las actividades relacionadas con esa actividad, que es una de las características esenciales del profesional 3, tener una coordinación permanente en actividades que son esenciales del área donde se ubica.

Otra de las actividades es la asesoría y participación en las audiencias públicas, como les mencionaba, todas relacionadas con lo que tiene que ver con tarifas en materia de transportes, que implican ganancias de inversiones, análisis financiero del mercado, análisis técnicos y también seguimiento a empresas reguladas desde su área de competencia.

Esto implica todo lo que son elaboraciones de informes y una parte importante es que como una de las características del profesional 3, participa en el análisis de investigaciones y esa parte es propia de la clase profesional 3. Otra de las actividades es la asesoría del Comité de Regulación, brindar recomendaciones profesionales en el ámbito de su competencia con el fin de agregar valor a la gestión institucional, velando por las actividades que se realizan dentro de los niveles adecuados de control y se logren los objetivos de eficiencia y eficacia dentro de lo que es la parte de transportes.

Lo que es la atención de la solución de consultas especializadas a nivel interno y externo, no solamente a personal, sino también a operadores, aportes sobre procedimientos o lineamientos en materia regulatoria para el trabajo institucional e interinstitucional relacionada con la dirección marítimo o portuario del MOPT y emite criterios técnicos en revisiones de modelos tarifarios de autobuses en desarrollo, propiamente de los modelos. Asesoran a la Dirección Administrativa y Financiera en la elaboración de proyectos de canon y participan activamente en lo que es el plan estratégico.

Dentro de la evaluación de las actividades, fundamentalmente lo que tiene que ver con aspectos de coordinación y asesoría. La asesoría en realidad son elementos que son tanto de los niveles de profesional 3 y de profesional 4, sin embargo el mayor porcentaje de tiempo de la actividad a pesar de que tiene actividades, unas que son típicas del nivel 2 y otras de profesional 4, dentro de las áreas lo que se determina es que el 60% del tiempo laboral de la funcionaria en este puesto de trabajo, corresponde físicamente a funciones de la clase profesional 3.

Analizada la situación de la condición de la titular del puesto, ella reúne los requisitos que es uno de los elementos importantes para poder ocupar un puesto de esa naturaleza, tanto en cuanto a experiencia y formación exigidos en la clase profesional 3. Como resultado del análisis las funciones del puesto, tanto desde el punto de vista cualitativo en lo que respecta a la complejidad y la responsabilidad y desde el punto de vista cuantitativo en cuanto a la cantidad o porcentaje de tiempo que le dedica a la actividad, que son típicas más de un nivel 3 que de un nivel 2.

Se determina que hay una clara correspondencia entre las funciones que ella realiza con la clase profesional 3, cargo de Coordinador General en Regulación. Existe el cargo ya aprobado en el Centro de Manual de Cargos para este tipo de actividades y como les decía, este cargo es el único que realiza todo lo que tiene que ver con el servicio de cabotaje de personas, sin embargo, típicamente todas las funciones son propias del nivel 3.

Por esas razones se determina que analizado el puesto de trabajo y también los requerimientos que tiene la Dirección de Transportes, tanto en lo que corresponde a la parte de análisis de metodologías y a nivel de buses y el análisis de la parte de cabotaje, es un puesto que se tipifica más dentro del nivel 3 que del nivel 2, esto es el resultado.

Sylvia Saborío Alvarado:

Del expediente aquí me parece que es la recomendación correcta; solo tengo una pregunta, ¿qué tan típico es que se pase de un nivel a otro, brincándose uno?, o sea, porque eso sugiere como que estas valoraciones de los puestos no se hacen con la periodicidad debida, porque me parece que en el curso normal de acontecimientos, [uno va de grada en grada] que esto de pasar de profesional 1b, que la verdad tampoco sé qué es el 1b, a diferencia del 1 cualquier otra cosa, pero digamos la pregunta más general y no solo de este caso, es si es usual que se den brincos de varias escalas cuando se hace la revaloración de un cargo?

Norma Cruz Ruiz:

Generalmente no es usual, hubo por ejemplo muchas solicitudes el año pasado para pasar de un nivel 3 a 5, sin embargo, en ningún cargo se dio la recomendación para saltar de ese nivel a otro. En ese caso más bien era una situación que probablemente no se actualizó un poco porque la persona no tenía el requisito y también hay una cuestión que sí es un poco, digamos la revisión, bueno ahora usualmente, creo que es lo que pretendemos hacer posteriormente, es hacer las revisiones integrales o digamos parciales.

Si en una dependencia hay cinco o seis, lo que valdría es hacer todo el análisis de la dependencia para salir ya y que la dependencia tenga la estructura ocupacional que realmente requiere. En este caso, también creo que hubo un lapso bastante grande en la institución, que no se estuvieron haciendo reasignaciones, usualmente en el resto del sector público, cada vez que ocurre un cambio en el puesto de trabajo, generalmente la jefatura, Recursos Humanos debería saber previamente para actuar en forma proactiva, es más usual que se den más estudios de reasignaciones a nivel individual.

Entonces en estos casos ha habido de lo que yo entiendo, una presa por mucho tiempo en la institución que no se hicieron estudios de puestos, sobre todo en las Direcciones de Regulación. El año pasado si ustedes recuerdan, sacamos un grupo grande de reasignaciones en esas áreas que estuvieron por mucho tiempo después de que se hizo un estudio integral, sin que fueran atendidas, en este caso también creo que es uno de los casos que había quedado rezagado en la Dirección de Transportes.

Sylvia Saborío Alvarado:

¿Cuál es la recomendación técnica en términos de manejo de Recursos Humanos en cualquier institución, de periodicidad, digamos en una institución que se maneja bien y que es una institución ya más o menos madura, que no está cambiando radicalmente, con cuánta periodicidad el Departamento de Recursos Humanos debería ver estas cosas, sin que sea en respuesta a solicitudes específicas?

Norma Cruz Ruiz:

Bueno, como dicen los contadores, con las técnicas generalmente aceptadas en la parte de Recursos Humanos, siempre lo más conveniente es hacer una revisión mínimo cada dos años, sin embargo en modelos o en el sistema que tiene actualmente la ARESEP, como que no tiene las características para manejarlo desde ese punto de vista, por el tipo de metodología que se utiliza que es más la metodología del análisis funcional que se dé.

El análisis desagregando la función del departamento y las funciones para ver un puesto de trabajo, sin verlo dentro del contexto del proceso de trabajo, que es un poco lo que establece el análisis ocupacional, que parte de la estructura. Si en esta estructura tiene que hacerse esto, entonces cuál es la estructura de puestos que se requiere y periódicamente estar revisando, entonces en algunos casos se establecen reglamentos que dicen que un estudio debería depender en caso que se utilice esta metodología de cambios en los procesos de trabajo, sin embargo eso es parte de lo que queremos que evolucione la metodología que se utiliza en ARESEP para esos efectos.

Sylvia Saborío Alvarado:

Bueno, es que eso me parece particularmente relevante ahora que la Dirección de Estrategia y Evaluación está emprendiendo todo un análisis y posible reingeniería de procesos, como nos han venido diciendo, entonces ahí tendría que haber un acompañamiento muy cercano de parte de Recursos Humanos. Me imagino que por lo menos en dos sentidos: en esto de las valoraciones de los puestos, y el otro sentido es la identificación de perfiles idóneos para que desempeñen las funciones que van a ser parte de los nuevos procesos. Me parece que ustedes coordinan ahí de oficio.

Norma Cruz Ruiz:

Ya incluso tuvimos una reunión preliminar con don Enrique, porque precisamente él quiere que nos involucremos, porque esta metodología de análisis ocupacional, no va a estudiar el puesto de don Luis individualmente, sino toda la Auditoría y el área donde está, que no es lo mismo que ir a ver solamente una función.

Una de las condiciones que me comentaba don Enrique, es que cómo se hace el análisis del proceso, cómo debería hacerse de tal forma que eso es como la mitad del insumo, para hacer el análisis de los puestos. En realidad lo que se hace es qué se ve el proceso, se ven los productos o servicios del proceso, qué actividades se realizan y qué tipo de puestos necesita entonces para hacer eso. Entonces cuando se presente una nueva solicitud tuvo que haber sucedido un cambio, hay una actividad nueva y eso implica cambios que van a requerir un recurso humano de ese mismo nivel o de otro nivel, entonces ya sería una estructura de puestos en función de la organización y no de los puestos individualmente.

Pero en estos momentos, digamos estaba una estructura más de tipo funcional que por procesos y un poco lo que se llevaría con el trabajo que está haciendo la Dirección de Estrategia. Hay un proyecto en el 2012, que es de un cambio en la estructura ocupacional que ya han habido varios informes, también de la Auditoría en ese sentido y hay unos análisis que tenemos en este momento sobre las oportunidades de mejora que se observan a nivel de la estructura ocupacional, que nos llevaría a estar pensando eventualmente en un nuevo sistema o un nuevo manual de puestos.

Dennis Meléndez Howell:

Entonces, lo estaríamos sometiendo a aprobación, es este caso la reasignación de puesto, viene un acuerdo, dice aprobar la reasignación de puesto código 43706 de profesional 1b a profesional 3, ocupado actualmente por la funcionaria Ninfa Solís Elizondo. Ahí dice [a partir del] esto lo tenemos que llenar.

Norma Cruz Ruiz:

Ustedes son los que definen.

Dennis Meléndez Howell:

¿Puede ser a partir del 1ero de enero? Pero esto no va quedar en firme, sino hasta la primera sesión. Sería a partir del momento en que esto quede en firme.

Sylvia Saborío Alvarado:

De la firmeza de este acuerdo.

Norma Cruz Ruiz:

Correcto.

Dennis Meléndez Howell:

De acuerdo, todos de acuerdo.

Analizado el asunto objeto de este artículo, la Junta Directiva, con base en la recomendación del Departamento de Recursos Humanos, contenida en su memorando 737-DERH-2011, resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 06-77-2011

Con fundamento en lo indicado en el Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicios entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos resuelve:

- 1) Aprobar la reasignación del puesto código N. 43306 de Profesional 1B a Profesional 3, ocupado actualmente por la funcionaria Ninfa Solís Elizondo.
- 2) Notificar la presente resolución y el oficio 737-DERH-2011, a la funcionaria Ninfa Solís Elizondo y comunicarla al Departamento de Recursos Humanos, a la Dirección Administrativa Financiera y a la Dirección de Servicios de Transportes, para lo que corresponda.
- 3) Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que la señora NINFA SOLIS ELIZONDO, cédula N° 2-333-002, es funcionaria de la institución desde el 16 de febrero de 1981. Que actualmente ocupa el puesto código N° 43306, de la clase Profesional 1B, ubicado en la Dirección de Servicios de Transporte (DITRA).

- II. Que mediante oficios N° 264-DITRA-2011 y N° 526-DITRA-2011, Director de Servicios de Transporte solicita al Regulador General girar las instrucciones correspondientes para que se realice estudio de reasignación al puesto código N°43306 ocupado por la funcionaria Solís Elizondo.
- III. Que mediante oficio N° 533-RG-2011 del 6 de setiembre del 2011 el Regulador General instruyó al Departamento de Recursos Humanos para que realice el estudio del citado puesto.
- IV. Que mediante oficio N° 737-DERH-2011 de fecha 7 de noviembre del 2011, la Jefa interina del Departamento de Recursos Humanos, comunicó al Regulador General, los resultados del estudio del puesto ocupado por la funcionaria Solís Elizondo, con la recomendación correspondiente.
- V. Que mediante oficio 815-RG-2011, de fecha 25 de noviembre de 2011, se remite a Junta Directiva la solicitud de reasignación de puesto ocupado por la funcionaria Solís Elizondo.
- VI. Que mediante artículo 6 de la sesión ordinaria 77-2011, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el 21 de diciembre del 2011, ratificada el once de enero del 2012, la Junta Directiva resolvió: I. *Aprobar la reasignación del puesto código N° 43306, de Profesional 1B a Profesional 3 ocupado actualmente por la funcionaria Ninfa Solís Elizondo. Rige a partir del 1° de febrero de 2012.*

CONSIDERANDO:

- I. Que el artículo 52 del Reglamento autónomo de las relaciones de servicio de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios, establece el procedimiento para realizar los estudios individuales de puestos, así como los órganos intervinientes en cada uno de las etapas, de la siguiente forma:

Artículo 52.Solicitud de estudios individuales de puestos. Las Jefaturas de Dirección podrán solicitar al Jerarca Superior Administrativo correspondiente de oficio o a solicitud del (de la) funcionario(a) interesado(a) su autorización, para que se realice un estudio individual de puestos en la dependencia a cargo de aquéllos(as), cuando ocurran variaciones sustanciales y permanentes en la naturaleza, alcance, funciones o requisitos de los puestos; por un período de seis meses, para mejorar el servicio público que se brinda.

La solicitud se hará por escrito exponiendo las razones que lo justifiquen y los medios presupuestarios con los cuales se hará frente a una posible reasignación.

Una vez dada la autorización del Jerarca Superior Administrativo correspondiente, Recursos Humanos iniciará el estudio técnico, con base en el cual el Jerarca podrá recomendar lo pertinente a la Junta Directiva a quien le corresponderá en definitiva aprobar o improbar la solicitud. □

- II. Que del oficio N° 737-DERH-2011, de fecha 7 de noviembre del 2011, suscrito por la Jefa interina del Departamento de Recursos Humanos, el cual forma parte integrante de la presente resolución, se desprende que el análisis de la reasignación del puesto efectuado consideró los aspectos básicos de la clasificación de puestos, mediante la comparación de la complejidad y responsabilidad de las funciones y los requisitos exigidos para cada puesto. También se desprende del citado oficio, que el puesto ocupado por la funcionaria Solís Elizondo, efectivamente sufrió variaciones sustanciales y permanentes en su naturaleza, alcance, funciones y/o requisitos, por un período superior de menos seis meses; razones por las cuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Reglamento autónomo de las relaciones de servicio de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios, procede su reasignación.
- III. Que se ha acreditado mediante constancia del Departamento Financiero, de fecha 31 de octubre del 2011, la existencia de recursos financieros para respaldar la reasignación del puesto señalado.
- IV. Que mediante artículo 6 de la sesión ordinaria 77-2011, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el 21 de diciembre del 2011, ratificada el once de enero del 2011, la Junta Directiva conoció el estudio de reasignación del puesto N° 43306 ocupado por la funcionaria Ninfa Solís Elizondo y acogió la recomendación planteada por el Departamento de Recursos Humanos, mediante el oficio N° 737-DERH-2011.
- V. Que de conformidad con los resultados y considerandos que preceden, lo procedente es aprobar la reasignación del puesto código N° 43306 de Profesional 1B a Profesional 3, ocupado actualmente por la funcionaria Ninfa Solís Elizondo, a partir del 1° de febrero del 2012.

POR TANTO:

Con fundamento en lo indicado en el Reglamento Autónomo de las Relaciones de Servicios entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios,

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

- I. Aprobar la reasignación del puesto código N° 43306 de Profesional 1B a Profesional 3, ocupado actualmente por la funcionaria Ninfa Solís Elizondo, a partir del 1° de febrero del 2012.

- II. Notificar la presente resolución y el oficio 737-DERH-2011, a la funcionaria Ninfa Solís Elizondo y comunicarla al Departamento de Recursos Humanos, a la Dirección Administrativa Financiera y a la Dirección de Servicios de Transporte, para lo que corresponda.

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 245 de la Ley General de la Administración Pública, se indica que contra la anterior resolución cabe el recurso ordinario de reposición el cual deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación, el de revisión, dentro de los plazos señalados en el artículo 354 de la citada ley.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 7. Informes de la Auditoría Interna.

La Junta Directiva procedió a conocer los siguientes documentos de la Auditoría Interna:

- i. *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.*

- ii. *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.*

- iii. *Respuesta al oficio 840-RG-2011, relativo a que la Auditoría Interna está programando realizar una investigación sobre la operatividad de ampliación de jornada a funcionarios de SUTEL. Oficio 430-AI-2011 del 2 de diciembre de 2011.*

Luis Fernando Sequeira Solís:

En realidad las tres cosas que hay de la Auditoría no fueron enviadas directamente a la Junta Directiva, sino a la administración activa. La primera son unos lineamientos que no son nuevos, son del año 2003, que en su momento la Junta Directiva de ese momento conoció y se los envié a la Jefe de Recursos Humanos, porque ustedes saben que dentro del presupuesto nuevo viene el puesto de Sub Auditor y el puesto de Sub Auditor no es potestativa su reclutamiento de selección del Auditor, sino que es un concurso público que debe realizar la Junta Directiva, entonces es la Junta Directiva quien tiene que dar inicio a ese procedimiento.

Debo también recordarles que el artículo 28 de la Ley General de Control Interno, indica que las plazas vacantes de las Auditorías Internas deben ser llenadas en un plazo máximo de tres meses, que puede prorrogarse, pero por razones muy justificadas, dado que este procedimiento conlleva a hacer todo un expediente que luego deber ser presentado junto con la terna ante la Contraloría General de la República y una vez valorado por la Contraloría y devuelto a la Junta y seleccionado el puesto, de nuevo tiene que ir a la Contraloría la persona de nombramiento, consideré mi obligación hacerles un recordatorio porque lleva varios pasos.

Edgar Gutiérrez López:

¿Esta situación no ha iniciado entonces?

Luis Fernando Sequeira Solís:

No puede iniciarse hasta que el presupuesto venga, por eso pregunté y aunque hubiera venido es a partir de enero que ya hay contenido presupuestario.

Dennis Meléndez Howell:

Una pregunta. ¿Esto no entra dentro de la aclaración esa que hizo la Contraloría que en caso de que se fueran hacer contrataciones o adjudicaciones, licitaciones y eso? ¿Se podría iniciar el proceso antes de eso, siempre y cuando no se adjudique?

Luis Fernando Sequeira Solís:

Lo que pasa aquí es que tendríamos que tener la garantía de que el presupuesto lo trae. Si ya el documento hubiera llegado, pues ustedes podrían dar la orden para que en los primeros días del mes de enero Recursos Humanos comience todos los pasos que conlleva el concurso público. Pero como no ha venido el presupuesto, no sabemos si va haber.

Sylvia Saborío Alvarado:

Bueno, pero vamos a ver. Estoy pensando en voz alta. Me parece que hasta que no se publique y eso, es un proceso interno y esa parte no debería estar obstaculizada por el que haya o no. Para que el día que este el presupuesto, es llegar y "besar el santo" y sacarlo. Me parece que toda esta parte preliminar, que sería lo de prepararse para estar listo, eso se puede avanzar.

Luis Fernando Sequeira Solís:

En realidad doña Sylvia, ustedes dieron el visto bueno para todo. Dieron el visto bueno para el estudio de cánones, dieron el visto bueno para el presupuesto para que la plaza fuera ahí y yo sinceramente dudo mucho que la Contraloría no vaya a aprobarlo.

Justamente, el primer paso que fija el lineamiento, es la solicitud expresa del jerarca, de que se proceda a la autorización contemplada en el artículo 31 de la Ley General de Control Interno, que es la que dice que se debe dar trámite al inicio del concurso público y ahí están los pasos generales de lo que se debe hacer. Estos lineamientos lo que hacen es procedimentar digamos el artículo.

Sylvia Saborío Alvarado:

En ese sentido, a mi me parece que cabe, pero todo mundo entendiendo que no va a hacerse el paso público de la publicación o de la convocatoria antes que no esté claro el contenido presupuestario.

Edgar Gutiérrez López:

Lo primero es el acuerdo de Junta. Tener presente que llega el presupuesto en los primeros días de enero, se agende el acuerdo.

Luis Fernando Sequeira Solís:

Este es el fin del primer documento. El segundo documento, es una advertencia al Regulador. Cuando llegaron los estados de ejecución presupuestaria de setiembre, haciendo un pequeño análisis del comportamiento de la ejecución presupuestaria de varios años y la preocupación nuestra radica en que la Institución ha venido trabajando con una sub-ejecución promedio de un 33% de sus egresos.

Es decir, no ha ejecutado el presupuesto en la forma adecuada, pero más que eso, es relevante el hecho que el superávit que se debe devolver a las reguladas, se ha detenido en parte bajo la justificación de la ejecución de determinados proyectos que, año con año, se han venido presupuestando con fuente de financiamiento de superávit y quedan sin ejecutarse. Entonces viene dándose un ciclo repetitivo sobre lo mismo. Eso nos preocupa bastante.

Sylvia Saborío Alvarado:

Acarreo.

Luis Fernando Sequeira Solís:

Correcto. Una redundancia de los mismos proyectos. Hacemos ahí varias recomendaciones al Regulador, incluso debe comunicarnos los pasos que va seguir y quiero dejar aquí claro que me satisface que ya el área de estrategia, que es la que lleva la "voz cantante" de este movimiento de la ejecución de proyectos, contrató un especialista con maestría en proyectos justamente, él ya ha estado reunido con nosotros en algunas oportunidades y está con mucha preocupación, primero evaluando el tipo de proyectos, viendo las razones etc.

Creo que ya es un indicador positivo, pero como Auditoría pues no podíamos dejar de lado ese tipo de advertencia, porque el asunto es lo mismo cada año y son cánones que deberían teóricamente devolverse a los regulados, que la Contraloría ha sido muy clara ya en los pronunciamientos dirigidos a la Institución de cuál debe ser el comportamiento que debe mantener la ARESEP al respecto y que ya no puede la Administración Activa pues desconocer este asunto.

Dennis Meléndez Howell:

Una pregunta. ¿Esos recursos que se trasladaron a esta partida global, de acuerdo con la directriz, eso deberíamos de devolvérselo a los regulados?

Luis Fernando Sequeira Solís:

Sí, porque no fueron ejecutados. Y la tercera nada más es una respuesta a una consulta que me hacía, creo que fue don Dennis en carácter personal, referente a la jornada ampliada de SUTEL y yo le comunico que, efectivamente, estamos haciendo una pequeña investigación al respecto.

Emilio Arias Rodríguez:

Yo nada más sobre el punto 3.5.2, en su momento, cuando ya tengamos la información ya del año 2012 completo, me voy a manifestar al respecto ya con el panorama general. Igual, se puede en ese sentido evidenciar en las actas que yo esa misma preocupación la he manifestado desde un inicio en el tema de proyectos, en el tema de superávit, todos esos temas, está claramente en actas.

Me preocupa porque efectivamente la gestión ha avanzado casi un año y medio de gestión. Y en el tema de los funcionarios de SUTEL, sobre la actividad de la ampliación de la jornada, yo quisiera alertar, yo después de esa exposición que se hizo aquí en referencia a la ampliación de la jornada laboral, solicité que me dieran expedientes aleatorios sobre los mecanismos utilizados para autorizar las jornadas de 48 horas, los cuales tengo en mis manos, y me quedé sorprendido de ese tema por el manejo de esa jornada como se ha hecho.

No quiero entrar yo a manifestar más, pero me preocupa sobre manera porque, como digo, tengo en mis manos los expedientes. El manejo, los mecanismos, las resoluciones no están acuerpadas de nada, son dineros públicos, y hago el llamado porque si bien es cierto, el Regulador de manera personal hizo una solicitud sobre ese tema, yo en actas igual debo decirle que igualmente me preocupa muchísimo el tema, después de esa exposición, ya no sólo el tema de SUTEL que, en su momento, compartí la preocupación, me preocupa muchísimo el manejo en general.

Me preocupa y por una razón, porque la Ley de Control de Gasto Público es muy clara en el uso de los recursos públicos en materia de pagos y en materia de remuneraciones. En este caso, llamo la atención porque cuando vi los expedientes yo me imaginé otra cosa y lo que me encontré como respaldo me parece que le corresponderá, no a mí, yo por lo menos por un asunto de responsabilidad lo debo manifestar en este momento, ya que se tocó el tema.

Pero si la Auditoría debería entrar a analizar ese tema, las resoluciones, el respaldo de esas resoluciones, y verlo en correspondencia con la Ley como lo dije, porque me llamó la atención en ese momento, que hubo una decisión que se tomó en dirección al tema de SUTEL, pero como un todo no podemos ver a la SUTEL como un mundo aparte, sino es un integrado, es un desconcentrado de la ARESEP.

Me parece que es importante que la valoración se haga de manera integral y que efectivamente se determine si esas autorizaciones y esas resoluciones, por lo menos las que yo tengo en mis manos, no quiero adelantar criterio, pero me preocupa mucho lo que tengo al respecto.

María Lourdes Echandi Gurdíán:

Yo nada más quería dejar constancia que sobre el problema del superávit acumulado a que hace referencia el informe 10-I-2011 denominado "Advertencia sobre saldo del superávit acumulado de la Autoridad Reguladora, al 30 de setiembre del 2011" de la Auditoría Interna, he advertido en otras oportunidades esta problemática.

En concreto, sobre el superávit acumulado al 31 de diciembre del 2010, en las sesiones de esta Junta Directiva números 25-2011 del 12 de abril del 2011, en la número 26-2011 del 14 de abril del 2011, manifesté mi preocupación porque "el superávit acumulado al 31 de diciembre del 2010, ascendió a ¢4.048,7 millones. Del total de presupuesto de egresos aprobado para el período por ¢10.829,6 millones, se ejecutaron ¢5.669,2 millones, que representan el 52,3% del período. Lo cual muestra una baja ejecución de egresos y por ende los proyectos que se tenían designados para su ejecución no se realizaron mostrando una falta de capacidad de ejecución y una deficiente administración de los recursos. Más de un 47% de los cánones no se ejecutó"

Incluso en la sesión 26-2011 del 14 de abril del 2011, advertí que □Estos niveles de superávit y de falta de ejecución de los recursos que se han presentado también en otros períodos, no pueden permanecer un año más, de lo contrario, anuncio desde ya, que el proyecto de cánones 2013 no contará con mi voto de aprobación. □Solamente.

La Junta Directiva, resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 07-77-2011

Dar por recibido lo informado, en esta oportunidad, por el señor Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno, en torno a los siguientes documentos:

- i. *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.*
- ii. *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.*
- iii. *Respuesta al oficio 840-RG-2011, relativo a que la Auditoría Interna está programando realizar una investigación sobre la operatividad de ampliación de jornada a funcionarios de SUTEL. Oficio 430-AI-2011 del 2 de diciembre de 2011.*

ARTÍCULO 8. Recurso de apelación presentado por Corporación Gasolineras del Norte S.A. contra la resolución RRG-9464-2009 de 11 de febrero de 2009. OT-220-2008.

A partir de este momento ingresa el señor Cristina Rodríguez León, de la Dirección General la Asesoría Jurídica y Regulatoria para participar en el análisis de este y el siguiente artículo.

La Junta Directiva procedió a conocer el oficio 591-DGJR-2011 del 14 de octubre del 2011, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria se refiere al recurso de apelación presentado por Corporación Gasolineros del Norte S.A., contra la resolución RRG-9464-2009 del 11 de febrero de 2009. Expediente OT-220-2008

Cristian Rodríguez León:

Vamos a pasar a exponer el recurso de apelación que se presentó contra la resolución RRG-9464-2009, en la que se le impuso a Corporación Gasolineras del Norte una multa de de 2.016.000.00, a Corporación Gasolineras del Norte por incumplimiento en las normas y principios de calidad. Ese incumplimiento consistió propiamente en los resultados fuera del parámetro permitido en la normativa propia de esos surtidores para el suministro de combustibles, que establece que el margen permitido es de 100+100 o -100 mililitros en la prueba de volumen que se le hace a esos surtidores. En razón de ello la empresa investigada, el 18 de febrero interpuso un Recurso de Revocatoria con apelación en subsidio.

Dennis Meléndez Howell:

¿Era más lo que se detectó o menos?

Cristian Rodríguez León:

Menos, se hicieron dos pruebas, una el 19 de octubre y otra el 15 de diciembre del 2007, en la primera el resultado fue de -140 mililitros, fue menos del margen permitido y en la segunda la de diciembre del 2007, el resultado fue de -120 mililitros, también fue menos de lo permitido.

Dennis Meléndez Howell:

Sí, me hubiera llamado mucho la atención que más bien tuviera descalibrado en el otro sentido

Cristian Rodríguez León:

La revocatoria fue rechazada por medio de la Resolución 395-2010 y estamos conociendo el recurso de apelación. Desde el punto de vista, los argumentos propiamente en el primer momento, indica que no se presentó la investigada a la comparecencia, porque fue mal notificada. Se revisó el expediente y tal circunstancia se dio por un erro material que la transcripción de la grabación de la comparecencia, se revisó el folio 87 y efectivamente el reporte de transmisión fue notificada al medio señalado por la investigada, que era el fax 26-690396, entonces ese argumento se está rechazando por tal circunstancia.

En el segundo argumento indican que en las actas que le dieron base al procedimiento, no se consignó el aforador volumétrico que se utilizó para realizar esas dos inspecciones. El aforador volumétrico es el instrumento utilizado para hacer esas pruebas.

Ese argumento también se está rechazando por cuanto si bien, no se identificaron los calibradores en las actas, por otros elementos de prueba, certificaciones que aportó el CELEQ nos informó de que los aforadores volumétricos que se utilizaron para el año 2007 en los rangos de fechas que se estaban investigando, estaban debidamente calibrados y que estaban esas calibraciones, se hacen anualmente, una vez al año. En ese sentido se está rechazando ese argumento.

Los argumentos 3 y 4, se comprimieron en uno solo, donde dicen que no se cumplió con los procedimientos. Se tomó solo una muestra en lugar de tres. En realidad tiene razón el recurrente en cuanto a estos argumentos, por cuanto se revisó el convenio entre Aresep y el CELEQ, que es el Laboratorio de Electroquímica de la Universidad de Costa Rica, en el inciso 5) se establece para esas pruebas, en el caso de que la primera resulte incumpliente, esté por debajo de lo permitido, se tienen que hacer dos muestras más, o sea tomar dos muestras más y de esos tres resultados se tiene que sacar un promedio, lo cual no se consignó en las actas.

Además en la resolución impugnada, se tomó en consideración el testimonio de don Javier Oviedo, uno de los técnicos de CELEQ, pero él fue un testigo del procedimiento, únicamente. A él no le constó que ese día se realizara el procedimiento establecido en el convenio. En razón de ello se tiene que hacer un análisis distinto del que se hizo en la resolución impugnada, por cuanto existe duda, si en realidad para el día de los hechos, el día 19 de octubre y 15 de diciembre del 2007, se realizaron las tres pruebas y sacó el promedio.

Tal circunstancia nos genera duda razonable, entonces se tiene que valorar de conformidad con el 270 de la Ley General de Administración Pública, el cual establece que en las actas se tiene que consignar hechos importantes, todos los hechos relevantes, lo cual no se hizo para este caso concreto. Entonces en tal circunstancia nos genera duda y en base en la sana crítica se está haciendo una nueva valoración de esas actas que son omisas en cuanto a ese aspecto y me apego al principio de indubio pro reo y al principio de inocencia y demostración de culpabilidad, estamos recomendando que ante duda razonable se absuelva a la investigada.

El último argumento hace referencia y aportó prueba documental, de que para la fecha de los hechos se hicieron unas ventas en el surtidor número 5, sin embargo en esta etapa procesal que estamos conociendo el recurso, ya es improcedente porque el artículo 309 de la Ley General establece que el momento procesal oportuno para aportar la prueba documental es en la comparecencia, entonces esa etapa ya está precluida. Entonces ese argumento se está rechazando.

Así las cosas hacemos la recomendación de que se acoja parcialmente por el fondo el recurso de apelación contra la resolución 9464 y absolver por duda a la empresa Corporación Gasolineros del Norte, sobre los casos que se le venían atribuyendo y dar por agotada la vía administrativa.

Dennis Meléndez Howell:

¿Quiénes debían tomar esas tres muestras?

Cristian Rodríguez León:

Los funcionarios del CELEQ,

Dennis Meléndez Howell:

Y ¿ellos no tienen claro de que deben hacerlo de esa manera o sí?

Cristian Rodríguez León:

Ellos lo tienen claro en el convenio, lo que pasó fue que en ese momento los señores que realizaron las inspecciones el día 19 de octubre del 2007 y el 15 de diciembre del 2007, fueron otros funcionarios, que para el momento de la convocatoria, cuando fueron citados ya no laboraban para CETEQ entonces no asistieron. Posteriormente, se convocó emergentemente a don Javier Oviedo pero él se refirió al procedimiento como tal, nada más él indicó que sí, que el procedimiento era ese, tomar tres muestras y sacar un promedio, pero a él no le consta que el día de los hechos investigados se realizara el procedimiento.

Dennis Meléndez Howell:

¿Por qué razón dice acoger parcialmente?, si en realidad se está absolviendo por duda.

Cristian Rodríguez León:

Parcialmente, porque le estamos rechazando primero, segundo, quinto y sexto de los argumentos, se están rechazando de plano.

Dennis Meléndez Howell:

Pero eso es mes o menos algo así, como que el tipo que tuvo mucha suerte porque le metieron 26 tiros y solo uno era mortal.

Cristian Rodríguez León:

Sí, de hecho de acoger únicamente uno de los cinco argumentos, pues lo que lleva es a la segunda recomendación, pero si hay que analizarlos todos.

Dennis Meléndez Howell:

¿Alguna duda?, entonces sometemos a votación el acuerdo.

Sylvia Saborío Alvarado:

De acuerdo

María Lourdes Echandi Gudián:

Yo considero pertinente acoger la propuesta de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sin embargo me parece oportuno incluir una nota que indique que acojo el recurso, en tanto el mérito de los autos, revisado el expediente, permite confirmar que en efecto se ha quebrantado el Principio de Inocencia al tener por probado, sin sustento suficiente, el quebranto de las normas de calidad en el servicio público.

Debo señalar, sin embargo, que como lo he indicado en repetidas ocasiones, en este caso, también se han quebrantado las normas de control interno del sector público publicadas por la Contraloría General de la República, en el tanto la misma unidad - la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria- ha asumido tareas incompatibles, como lo es asesorar al órgano que dicta el acto final y resuelve el recurso de revocatoria y, también, al órgano de superior jerarquía que conoce y resuelve el recurso de apelación.

La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria recomendó al Regulador General rechazar la revocatoria y en el expediente consta y la misma Dirección recomienda revocar lo resuelto en tanto se dio una violación del procedimiento para determinar la calibración de la máquina expendedora ya que no hay evidencia que se hicieron tres pruebas sino tan sólo una. Así que ese es mi voto a favor pero agregándole estas razones.

Emilio Arias Rodríguez:

Sí, yo igual voto en esa misma dirección y le agrego esa última razón, igual a lo que dijo María Lourdes para no repetir.

Dennis Meléndez Howell:

Una pregunta, ¿quién participó en esta recomendación?

Cristian Rodríguez León:

El suscrito y don Juan Manuel.

Dennis Meléndez Howell:

Y anteriormente ¿quién había participado?

Cristian Rodríguez León:

Una funcionaria que está en la Dirección de Transportes en este momento y Carol Solano.

Dennis Meléndez Howell:

Eso ustedes mantienen el criterio de que eso no los inhibe de participa.

Cristian Rodríguez León:

Precisamente, dentro de las medidas de control interno que hemos propuesto a lo interno los que participamos en una no participamos en otra.

La Junta Directiva, con base en la recomendación de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, contenida en su oficio el oficio 591-DGJR-2011 del 14 de octubre del 2011, resolvió, por unanimidad de los cinco votos:

ACUERDO 08-77-2011

1. Acoger parcialmente por el fondo el recurso de apelación contra la resolución RRG-9464-2009 del 11 de febrero de 2009 y en éste sentido se anula la resolución RRG-9464-2009 del 11 de febrero de 2009.
2. Absolver por duda a la empresa Corporación Gasolineras del Norte S.A. de los cargos que se le venían atribuyendo sobre el incumplimiento de las normas de calidad en el servicio público, por los hechos acaecidos los días 19 de octubre y 15 de diciembre de 2007. Se ordena el archivo del expediente
3. Dar por agotada la vía administrativa.

EXPEDIENTE OT-220-2008

NOTA SEPARADA DE LOS DIRECTIVOS EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ Y MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN

La resolución de esta Junta Directiva decidió conocer y resolver, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto por Corporación Gasolineras del Norte S.A en contra la resolución RRG-9464-2009 de 11 de febrero del 2009, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 590-DGJR-2011 de 14 de octubre del 2011 (folio 207 a 212 expediente administrativo OT-220-2008).

Es pertinente censurar, sin embargo, que en el contenido de tal resolución se deja de lado 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 393-DGJR-2010 de 7 de abril del 2010 (folio 193 a 198), por lo que esta Junta Directiva ha carecido de un criterio jurídico y técnico ajeno a las conductas que se revisan en esta superior jerarquía.

Tal y como lo hemos reiterado en varias ocasiones, 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 [LGAP- 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 anteriores artículos 46 y 47, actuales 55 y 56 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP [RIOF-, 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 hemos 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-.

Ahora bien, a diferencia de los restantes casos en que hemos salvado el voto y optado por ordenar que se enderecen los procedimientos, dejando suspendida la resolución por el fondo del respectivo recurso, en este caso concreto, en tanto lo decidido lejos de desfavorecer al administrado, declara una abierta nulidad absoluta del acto venido en alzada, optamos por ser partícipes de tal declaratoria, sin que por ello admitamos la concentración de la asesoría jurídica y regulatoria antes descrita que seguimos censurando por violar las reglas de control interno y el derecho del recurrente a la doble instancia.

De esta forma, únicamente coincidimos con el criterio de mayoría de declarar con lugar el presente recurso, en tanto el mérito de los autos nos permite confirmar que, en efecto, se ha quebrantado el Principio de Inocencia al tenerse por probado, sin sustento suficiente, el quebranto de las normas de calidad en el servicio público, deducción que, por evidente, estamos en capacidad de realizar prescindiendo incluso del dictamen de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 590-DGJR-2011 de 14 de octubre del 2011 (folio 207 a 212), por las razones señaladas.

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN

1. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que por medio de la resolución RRG-8545-2008 del 30 de junio de 2008 se dio la apertura del procedimiento administrativo, contra Corporación de Gasolineras del Norte S.A. por el posible incumplimiento en las normas y principio de calidad por parte de la investigada, nombrándose órgano director del procedimiento. (Folios 44 al 46)
- II. Que a través de la resolución ROD-464-2008 del 4 de setiembre de 2008 el órgano director del procedimiento, procedió a intimar los cargos, y convocar a la empresa investigada para la realización de la comparecencia oral y privada. (Folios 80 al 87)
- III. Que por medio de oficio ROD-508-2008 del 8 de octubre de 2008, se solicitó criterio a la Dirección de Servicios de Energía sobre la prueba realizada en la inspección. (Folios 100)
- IV. Que por oficio 804-DEN-2088-28867 del 6 de noviembre de 2008 la Dirección de Servicios de Energía brindó el criterio solicitado. (Folios 115 al 116)
- V. Que por medio de la resolución RRG-9464-2009 del 11 de febrero de 2009 el Regulador General emitió acto final de procedimiento en el cual declara que existió un incumplimiento a las normas de calidad del servicio público y se le impone una multa de ¢ 2.016.000.00 (dos millones dieciséis mil colones exactos) a Corporación de Gasolineras del Norte S.A. Dicha resolución fue notificada a la investigada el 13 de febrero de 2009. (Folios 142 al 149)
- VI. Que el 18 de febrero de 2009 Corporación de Gasolineras del Norte S. A. interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra de la resolución RRG-9464-2009. (Folio 123 al 127)
- VII. Que por el oficio 781-DGJR-2009 del 30 de noviembre de 2009 se solicitó información al Centro de Electroquímica y Energía (CELEQ) sobre el estado en que se encontraban los aforadores volumétricos utilizados en las inspecciones realizadas por su representada del 19 de octubre de 2007 al 15 de diciembre de 2007 en el surtidor número 5 de la Estación de Servicio San Carlos. Ello, para el análisis de los argumentos del recurso. (Folio 150)

- VIII. Que por medio del oficio CELEQ-DIR-1782-2009, del 30 de noviembre de 2009, el Laboratorio de Electroquímica remitió copias de los certificados de calibración de los patrones volumétricos con que contaba el CELEQ, en el año 2007 series 00-12325-06, 00-12325-13, 00-12325-38, 00-12325-39, 1800, 1809 y 00-12325-34. (Folios 152 al 192)
- IX. Que mediante resolución RRG-395-2010 del 7 de mayo de 2010 del Regulador General resolvió declarar sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto en contra de la resolución RRG-9464-2009. En dicha resolución se denegó la solicitud de segunda comparecencia por considerarse improcedente y se elevó el recurso de apelación interpuesto de forma subsidiaria para ante el superior jerárquico. (Folios 199 al 206)
- X. Que por medio del oficio 591-DGJR-2011 del 14 de octubre de 2011 se elevó a la Junta Directiva el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-9464-2009 y la nulidad presentados por Corporación de Gasolineras del Norte S.A. Ello conforme el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227).
- XI. Que por medio del oficio 590-DGJR-2010 de 14 de octubre de 2011 la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria emitió criterio jurídico. El mismo corre agregado a los autos.

CONSIDERANDO:

- I. Que el recurso fue analizado por la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el criterio jurídico 590-DGJR-2011 que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

□(□)

I. ANÁLISIS DEL RECURSO POR LA FORMA:

- 1. Naturaleza del recurso: El recurso interpuesto es el ordinario de apelación al que es aplicable lo establecido en los artículos 343, 344 y 346 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227).*
- 2. Temporalidad del recurso: El acto administrativo RRG-9464-2009 fue notificado el 13 de febrero de 2009; el 18 de febrero de 2009 se interpuso el recurso de revocatoria y apelación contra dicha resolución. Conforme los artículos 343 y 346 de la Ley 6227 el citado recurso se debe de interponer en el plazo de 3 días a partir de la notificación del mismo y venció el 19 de febrero de 2009.*

Del análisis comparativo que precede se puede determinar que el recurso de revocatoria y apelación interpuesto por la recurrente fue presentado en tiempo.

3. **Legitimación:** *Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que el citado recurso de apelación se interpuso a favor de la empresa Corporación de Gasolineras del Norte S. A. misma que figura en autos como la investigada, por lo que está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275 de la Ley 6227, pues es parte en el procedimiento en que recayó la resolución.*
4. **Representación:** *Que consta en autos a folio 78 personería en la que se indica que el señor Huang Boyan cédula de residencia 626141448004094, ostenta condición de presidente de Corporación Gasolineras del Norte S.A. y en tal condición interpuso el recurso en estudio, así entonces la impugnación que nos ocupa fue presentada por medio de representante legal debidamente acreditado.*

II. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE:

*En la impugnación se expresan los alegatos del recurrente, los cuales han sido en su totalidad estudiados y se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1) Que el 7 de octubre de 2008 se llevó a cabo la comparecencia de ley en la cual no asistió ningún representante de la investigada, pese a que se confirmó su debida notificación, se indicó que se había notificado al fax 25690396, lo cual es erróneo siendo el fax correcto el 2669-03-96, mismo que consta a folio 87; 2) Que las actas a folios 17 al 21, no indican el aforador volumétrico utilizado durante la inspección por lo que es difícil determinar si cumplía con las normativas de la calibración de cada tres meses que se exige; 3) Que no se cumplió con el procedimiento establecido para la toma de las medidas para las actas CELEQ-ARESEP-477-07 y CELEQ-ARESEP-477-S-07, ya que los inspectores tomaron solo una muestra en lugar, de tres y promediarlas. Este procedimiento es confirmado por el señor Javier Oviedo Ortega en la comparecencia a folio 105. Ofrecen pruebas físicas en donde demostrarán que se tomó solo una medida para cada surtidor; 4) Los funcionarios de CELEQ tienen la obligación de anotar en las actas de inspección las medidas obtenidas en las tres muestras, así como identificar el instrumento volumétrico utilizado; 5) Que a folio 18 se discute solamente el dispensador No 5 de diesel porque expende -140 ml, pero que no se expresa nada del dispensador No 1 de gasolina súper que expende +160 ml y; (6) Indican que si el Regulador General determina una segunda comparecencia, estarían de acuerdo a asistir y que aportan pruebas de tipo documental. **PETITORIA:** Si se determinara que hay que pagar una multa, que sea esta por los valores reales y los montos que correspondan de acuerdo a la cantidad de litros vendidos durante ese tiempo.*

III. SOBRE LOS ARGUMENTOS DEL RECURRENTE:

1. *En cuanto al primer de los argumento del recurrente, en cuanto indica que el 7 de octubre de 2008, se llevó a cabo la comparecencia de ley y en la cual no asistió ningún representante o testigo de Corporación de Gasolineras del Norte, que se confirmó su debida notificación a folio 102 al 109, pero que a folio 102 indica que la estación fue notificada al fax 25690396, número que es erróneo y siendo el correcto 26690396. Este argumento se debería rechazar por cuanto tal circunstancia es un error material en la transcripción del acta de la comparecencia. Escuchada la comparecencia, se tiene que el órgano director citó el número de fax correcto según la grabación que se mantiene en custodia a folio 111, además a folio 87 consta que Corporación de Gasolinera del Norte S.A. se le notificó la ROD-473-2008, al fax 26690396.*
2. *Sobre el segundo argumento de la recurrente en cuanto indica que en las actas de toma de muestras visibles a folios 18 al 21 no se señaló cual fue el número de aforador con el que se realizaron las pruebas, por lo que es difícil determinar si cumplía con la normativa de calibración de cada tres meses que se exige. Dicho argumento no es de recibo por cuanto si bien es cierto que no se identificó en las actas, cuales aforadores se utilizaron en las pruebas de volumen de caudal máximo los días 19 de octubre de 2007 y 15 de diciembre de 2007, la debida calibración se pudo demostrar por otros medios de prueba válidos.*

Ello consta a folios 150 al 192 en los cuales por medio de oficio CELEQ-DIR-1782-2009 se remiten copias de los certificados de calibración de los aforadores volumétricos serie 00-12325-06, 00-00-12325-13, 0012325-38, 00-12325-39, 1800, 1809, 0012325-34, mismos que corresponden al año 2007. En dicho oficio se indicó que todos los instrumentos estaban a derecho para la realización de las verificaciones en las estaciones de servicio (Folio 152)

Además en los certificados de calibración enviados por el CELEQ, citados se indicó en el punto 2) de cada uno de ellos que El periodo de validez de éste certificado de calibración dependerá del uso y cuidado que se dé a este instrumento En ellos se indicó que conforme a las prácticas de calidad y al programa de calibración de los patrones volumétricos de este centro las mismas se realizaran anualmente, pero dependiendo del uso y cuidado que se de a cada instrumento, los técnicos valoraran la necesidad de una nueva calibración. (Folio 152). En consecuencia lo indicado por la recurrente que dichas calibraciones se deben de hacer cada 3 meses debe rechazarse, por carecer de sustento legal alguno.

3. *Ahora bien, en cuanto al tercer y cuarto argumentos del recurrente, sobre que no se realizó el procedimiento para la toma de las medidas para las actas CELEQ-ARESEP-477-07 y CELEQ-ARESEP-477-S-07 y no se cumplió con el procedimiento establecido ya que los inspectores tomaron solo una muestra en lugar de tres para luego sacar el promedio. Se tiene que, efectivamente en la prueba de caudal máximo deben realizarse tres mediciones con la máquina encendida y medir 20 litros del combustible a la máxima rapidez, de ello se obtiene tres resultados los cuales deben promediarse, ello conforme el Convenio entre la Autoridad Reguladora, la Universidad de Costa Rica y FUNDEVI, inciso 15 del Anexo No 1 (folio 74).*

Al respecto se observa que de la inspección realizada el 19 de octubre de 2007, en el acta visible a folio 19, en lo que interesa se indica: □#5 diesel fuera de esp.-140 prom.□ Sin embargo no se indica a cuántas mediciones correspondió ese promedio. En el mismo sentido la inspección realizada el 15 de diciembre de 2007 se consignó en el acta que consta a folio 21: □Nº surtidor: 5, tipo de combustible: diesel, n° marchamo 124, disconformidad anotada: fuera de especificación, -140ml, estado actual: #197/-120/□ Más adelante en el acápite de observaciones indicó: □5 fuera de esp□ No se indicó que la especificación -120 ml corresponda a un promedio y de ser así, cuántas mediciones conformaron ese promedio.

Si bien es cierto que en la audiencia se recibió el testimonio del señor Javier Oviedo Ortega y que éste señaló que el procedimiento en la prueba volumétrica de surtidores consiste en realizar tres medidas y el promedio de esas mediciones es el que se consigna como resultado final en las actas, también es cierto que dicho testimonio debe ser entendido bajo la perspectiva que es un testigo sobre el procedimiento en general, como bien se aclaró en la comparecencia (folio 102). El señor Oviedo Ortega no presenció los hechos y en consecuencia no podía asegurar si en este caso en concreto, se cumplió con dicho procedimiento.

Se tiene entonces que, a pesar que la resolución RRG-9464-2009 hizo una apreciación de la prueba, sustentada en que aquellas inspecciones son documentos públicos, que no habían sido cuestionados en su contenido; lo cierto es que la presente impugnación obliga hacer un examen distinto, sustentado precisamente en la objeción que se hace a dichas actas. Esa nueva valoración debe hacerse a la luz del artículo 270 de la Ley 6227 que indica que en el acta debe consignarse toda la información relevante, siendo que en las actas examinadas se echa de menos información que permita verificar si el procedimiento fue correcto, por lo cual debería reconsiderarse la resolución impugnada.

Apreciadas las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, conforme el artículo 298 de la Ley 6227, se concluye que no existe certeza absoluta sobre que los resultados de las inspecciones, que sirvieron de sustento a la resolución impugnada, se obtuviesen bajo el procedimiento establecido y en consecuencia es posible que el dicho de la investigada sea correcto.

En virtud del principio de inocencia y de sus derivaciones (carga de la prueba, in dubio pro reo, demostración de culpabilidad) regulado en el artículo 39 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, se torna en una exigencia para arribar a una resolución condenatoria, que se demuestre la culpabilidad del investigado y que el órgano decisor tenga certeza absoluta y plena convicción sobre la existencia del ilícito y la responsabilidad atribuida al investigado, más allá de cualquier duda razonable. La resolución condenatoria sólo procede en aquellos casos en que se supere el estado de duda razonable, de manera tal que si la prueba evacuada no produce ese efecto, procede dictar una resolución absolutoria. Es perfectamente posible que se absuelva a la investigada, ya sea, por insuficiencia probatoria o por duda. Todo dependerá del valor probatorio que el órgano decisor le otorgue a la prueba recabada, en aplicación de los principios del debido proceso y de conformidad con las reglas de la sana crítica racional. Así, ante la duda razonable o la insuficiencia probatoria, el órgano decisor debe pronunciarse a favor de la inocencia de la investigada.

4. *En cuanto al quinto argumento del recurrente que a folio 18 se discute solamente el dispensador No 5 de diesel porque expende -140 ml, pero que no se expresa nada del dispensador No 1 de gasolina súper que expende +160 ml, éste no es de recibo por cuanto, tal circunstancia no es transcendente para el caso que nos ocupa por cuanto, dicho procedimiento se sustenta en el incumplimiento volumétrico del surtidor No 5 en la Estación de Servicio San Carlos para los días 19 de octubre de 2007 y 15 de diciembre de 2007. Ello se deduce de la resolución RRG-8545-2008 en su considerando I y su parte dispositiva I. En razón de ello la resolución impugnada es congruente con el objeto del procedimiento y no debe resolver asuntos no sometidos al procedimiento.*
5. *Por otra parte en cuanto a la petición del recurrente en que indica que adjunta los movimientos de ventas del dispensador No 5, de diesel desde los meses de octubre del 2007 hasta enero de 2008, con el fin de que si después de todo lo que plantearon, la Autoridad Reguladora determina la imposición de una multa, que ésta sea por los valores reales. Al respecto se tiene que dichos documentos no podrían tomarse en consideración, primero por lo indicado antes y segundo por cuanto dichas probanzas a estas alturas del proceso resultan extemporáneas, por cuanto conforme el artículo 309 de la Ley 6227, el momento procesal oportuno para admitir y recibir toda la prueba, es en el acto de la comparecencia. (Sentencia 16-1996 de la Sala Primera)*
6. *Por último, en cuanto a la anuencia que muestra la recurrente de una posible segunda comparecencia. Se tiene que dicha solicitud es improcedente por cuanto la realización de la audiencia oral y privada que establece el artículo 309 de la Ley 6227, en el expediente administrativo que nos ocupa se encuentra en una etapa del mismo ya precluida.*

Conclusiones:

1. *Que el recurso de apelación resulta admisible por la forma.*
2. *Que la empresa fue debidamente notificada a la comparecencia oral y privada en el presente procedimiento.*
3. *Que los aforadores volumétricos utilizados durante la inspección estaban debidamente calibrados.*
4. *Que la resolución impugnada es congruente con el objeto del procedimiento que versaba únicamente sobre el posible incumplimiento volumétrico del surtidor No 5.*
5. *Que los ofrecimientos de pruebas y solicitudes de realizar nuevas comparecencias deben ser rechazados por encontrarse esa etapa precluida.*
6. *Que no existe certeza absoluta que los resultados de las inspecciones, que sirvieron de sustento a la resolución impugnada, se obtuviesen bajo el procedimiento establecido y en consecuencia es posible que el dicho de la investigada sea correcto en cuanto a que no se hicieron las tres mediciones necesarias para acreditar el resultado de las pruebas volumétricas realizadas a los surtidores de combustible.*

Recomendaciones:

1. Acoger parcialmente por el fondo el recurso de apelación contra la resolución RRG-9464-2009 del 11 de febrero de 2009 y en consecuencia anular la resolución RRG-9464-2009 del 11 de febrero de 2009.
2. Absolver por duda a la empresa Corporación Gasolineras del Norte S.A. de los cargos que se le venían atribuyendo sobre el incumplimiento de las normas de calidad en el servicio público, por los hechos acaecidos los días 19 de octubre y 15 de diciembre de 2007 y ordenar el archivo del expediente
3. Dar por agotada la vía administrativa.
()

- IV. Que de conformidad con el resultando y el considerando que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, se debería acoger parcialmente por el fondo el recurso de apelación presentado por Corporación Gasolineras del Norte S.A., acoger parcialmente por el fondo el recurso de apelación interpuesto y anular la resolución RRG-9464-2009 y en su lugar absolver a la investigada por duda, tal y como se dispone.**

POR TANTO:

Con fundamento en las facultades conferidas en el Ley 6227 y el artículo 39 de la Constitución Política de la República de Costa Rica,

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

4. Acoger parcialmente por el fondo el recurso de apelación contra la resolución RRG-9464-2009 del 11 de febrero de 2009 y en éste sentido se anula la resolución RRG-9464-2009 del 11 de febrero de 2009.
5. Absolver por duda a la empresa Corporación Gasolineras del Norte S.A. de los cargos que se le venían atribuyendo sobre el incumplimiento de las normas de calidad en el servicio público, por los hechos acaecidos los días 19 de octubre y 15 de diciembre de 2007. Se ordena el archivo del expediente
6. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

ARTÍCULO 9.*Recurso de apelación interpuesto a favor del señor Carlos Luis Santamaría Méndez, contra la resolución RRG-10267-2009. OT-209-2009.*

La Junta Directiva procedió a conocer el oficio 593-DGJR-2011 del 18 de octubre del 2011, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, rinde criterio sobre el recurso de apelación interpuesto a favor del señor Carlos Luis Santamaría Méndez, contra la resolución RRG-10267-2009. Expediente OT-209-2009.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

Don Dennis, tal vez aquí hacer la aclaración que en este caso, la revocatoria fue conocida por usted, entonces no debería participar en esta oportunidad. En los otros dos si puede participar.

A partir de este momento se retiró del Salón de Sesiones el señor Dennis Meléndez Howell, por lo cual se hizo necesario elegir un Presidente ad hoc, cuya designación recayó en el señor Edgar Gutiérrez López.

Edgar Gutiérrez López:

Entraríamos al recurso de apelación interpuesto a favor del señor Carlos Luis Santamaría Méndez, contra resolución RRG-10267-2009.

Cristian Rodríguez León:

Este es un caso por prestación autorizada de servicio público en la modalidad taxi, lo que conocemos como la prestación servicio pirata. Este recurso contra el acto de inicio, contra la resolución 10267-2009 en donde se dio inicio al procedimiento y se nombró al órgano director el 24 de noviembre.

Don Carlos Santamaría interpuso los recursos de revocatoria con apelación en subsidio, el 4 de marzo se resolvió la revocatoria por medio de la resolución RRG-011-2011. Los argumentos del recurrente, el primero es que es el único dueño del vehículo, sin embargo la fecha de los hechos son del 20 de octubre del 2007 y él compró el vehículo el 27 de octubre del 2007, siete días después.

De conformidad con el artículo 275 de la Ley General de Administración Pública, el dictamen C-085-2008 del 26 de marzo de 2008, de la Procuraduría General de la República (PGR), se tenía que tener como parte, tanto al propietario como al conductor del vehículo involucrado, entonces el argumento se rechaza en ese sentido. También el argumento 2 y 7 de la recurrente, indica que ese día no pirateaba, que trasladaba a una amiga que no le estaba cobrando, esos son argumentos de fondo, en donde el investigado trata de justificar su actuación, lo cual es una valoración propia del dictado de la resolución final, por lo que en éste momento es prematuro hacer ese análisis, entonces esos argumentos se rechazan.

Otro argumento, que la ARESEP no tenía el derecho a retener el vehículo y la resolución impugnada debió resolverla la devolución, en cuanto a la competencia de ARESEP se establece que el artículo 44 de la Ley 7593 faculta a la ARESEP para remover todos los equipos e instrumentos utilizados para el uso abusivo e ilegal de los servicios que la ARESEP regula.

Además el artículo 332 de la Ley General establece que la administración puede tomar previsiones previas a un procedimiento y además el voto 07767-2004 avala las competencias de la ARESEP. En ese sentido se está rechazando ese argumento, además la devolución del vehículo, se estableció que los hechos se dieron el 20 de octubre del 2009, al mes se dio inicio del procedimiento y el 21 de enero como se determinó que no existía o no se podía terminar el procedimiento en los dos meses que establece el artículo 261 de la Ley General, se procedió a ordenar la devolución del vehículo.

Todos esos argumentos se rechazan, el último argumento del recurrente, indica que la resolución no se pronunció sobre el recurso interpuesto contra la boleta que se confeccionó el día de los hechos. Ese argumento se rechaza por cuanto el propósito del inicio del procedimiento, es nombrar el órgano director y establecer el objeto y los fines del procedimiento.

En ese sentido ese argumento se debe rechazar y en cuanto a la resolución del recurso, ese recurso se resolvió por medio de la resolución 10307-2009 y en la comparecencia se señaló por medio de la resolución RB15-2011, la que se realizó el 7 de marzo del 2011. Entonces esos argumentos se deben rechazar, en consecuencia se recomienda rechazar por fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-10267-2009 y dar por agotada la vía administrativa en cuanto a este recurso.

Edgar Gutiérrez López:

¿Algún comentario? Votaríamos entonces.

Sylvia Saborío Alvarado:

Yo estoy de acuerdo.

María Lourdes Echandi Gurdíán:

En el presente caso, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria recomendó al Regulador rechazar el recurso de revocatoria quien resuelve el recurso avalando las recomendaciones de esa Dirección, luego, la misma Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria evaluó la apelación y recomienda rechazarla.

Mi voto es ordenar que se enderecen los procedimientos, de modo que el recurso de apelación sea evaluado por una unidad que no sea la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme a las normas de Control Interno del Sector Público, publicadas por la Contraloría General de la República según ya lo he manifestado en reiteradas ocasiones.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

María Lourdes disculpe, es que en ese caso como era contra el acto de inicio, me da la impresión que quien asesoró al Regulador en ese momento fue el Órgano Director, no la Dirección, entonces tal vez si tuviera referencia a ese dictamen de nosotros se lo agradecería.

María Lourdes Echandi Gurdíán:

La Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria recomendó al Regulador rechazar el recurso de revocatoria y resuelve el recurso avalando la recomendación de esa Dirección. Consta en folios 79 a 84 del expediente duro, es que yo lo vi en el expediente digital y luego la misma Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria evaluó la apelación y recomienda rechazarla y eso consta en el folio 122 a 127.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

Es el 593 el que estamos presentando aquí.

María Lourdes Echandi Gurdíán:

Es que dice contra la resolución 10267

Juan Manuel Quesada Espinoza:

Ese que acabamos de presentar es el 593, éste que dejamos en apelación.

María Lourdes Echandi Gurdíán:

¿Cómo el 593? Sí el 593, es el folio 122, y el otro para que le quede claro, ya no es solo los folios 79 a 84, sino que es el oficio del 4 de marzo del 2011, numero 139 DGJR-2011, y es el expediente 209 y es contra la resolución 10267. El segundo que conoce la apelación que está en folio 122 -127 es del 18 de octubre del 2011, el 593 DGJR-2011, esos son.

Aquí está, lo estoy confirmando en el expediente, salvo que haya un error, pero yo estoy viendo que es sobre esa misma resolución. Si hay un error, de hecho en la apreciación, pido que me lo corrija y lo agradezco, pero yo estoy observando y lo vi en el expediente digital.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

Doña María Lourdes tiene razón en este caso. El primero fue emitido por los funcionarios Erick Chaves y Carol Solano y el segundo por Cristian y yo, la misma situación del anterior.

Emilio Arias Rodríguez:

Igual, voto en la misma dirección de María Lourdes, igual la conclusión, es la misma, ordenar que se enderecen los procedimientos, de modo que el recurso de apelación sea evacuado por una unidad que no sea la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, conforme a las normas de Control Interno del Sector Público y publicadas por la Contraloría General de la República.

La Junta Directiva procedió a realizar la votación del tema, de forma tal que los directores ***Edgar Gutiérrez López*** y ***Sylvia Saborío Alvarado*** estuvieron a favor de la recomendación de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mientras que los directores ***María Lourdes Echandi Gurdíán*** y ***Emilio Arias Rodríguez*** estuvieron en contra de dicha recomendación.

Dado que resultó empatada la votación de este acuerdo, el director Gutiérrez López, en su calidad de Presidente ad-hoc, ejerció el voto de calidad, de conformidad con el artículo 49, literal f) de la Ley General de la Administración Pública.

Por tanto, la Junta Directiva resolvió, por mayoría, y con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, contenido en su oficio 593-DGJR-2011 del 18 de octubre del 2011:

ACUERDO 09-77-2011

1. Rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-10267-2009 de las 14:15 horas del 20 de noviembre de 2009. Expediente OT-209-2009.
2. Dar por agotada la vía administrativa.

EXPEDIENTE OT-209-2009

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

Salvamos el voto en el tanto la resolución de mayoría de la Junta Directiva decidió conocer y resolver, por el fondo, el recurso de apelación interpuesto a favor del señor Carlos Luis Santamaría Méndez, en contra de la resolución RRG-10267-2009, acogiendo en un todo lo recomendado por la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria mediante oficio 593-DGJR-2011 de 18 de octubre del 2011 (folio 122 a 127 expediente administrativo OT-209-2009).

Estimamos que 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 139-DGJR-2011 de 4 de marzo del 2011 (folio 79 a 84), 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 □LGAP- 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 anteriores artículos 46 y 47, actuales artículos 55 y 56 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la ARESEP □RIOF-, 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 hemos 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 anterior artículo 46, actual artículo 55 y en los incisos 1.a), 1.c), 1d) y 3.a) del anterior artículo 47, actual artículo 56 todos 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 anterior artículo 47, actual artículo 56 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.

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN

3. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 30 de octubre de 2009 se recibió el oficio UTCE-2009-198, del 28 de setiembre de 2009 de la Dirección General de Tránsito del MOPT, por medio del cual se remitió, entre otras, la boleta de citación 2009-0058876. (Folios 01 al 06)
- II. Que mediante resolución RRG-10267-2009 de las 14:15 horas del 20 de noviembre de 2009, el Regulador General dictó auto inicial del procedimiento contra los señores Carlos Santamaría Méndez, en su condición de conductor y Edgar Mauricio Quesada Rodríguez, en su condición de propietario registral del vehículo placa

612449, con el objeto de determinar la verdad real sobre la presunta prestación no autorizada del servicio público de transporte, modalidad taxi. (Folios 33 al 38)

- III. Que el 24 de noviembre de 2009 la abogada Marisol Marín Castro, carné 9572, en su condición de apoderada especial judicial del señor Carlos Santamaría Méndez, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RRG-10267-2009. Dicha abogada posteriormente renunció al poder conferido. (Folios 21 al 23 y 91)
- IV. Que a través de resolución RRG-10307-2009 del 10 de diciembre de 2009 se rechazó de plano por improcedente el recurso de revocatoria planteado contra la boleta de citación 2009-0058876 y a su vez se declaró extemporáneo el recurso de apelación interpuesto de forma subsidiaria. (Folios 44 al 49)
- V. Que por resolución RRG-040-2010 de las 9:00 horas del 21 de enero de 2010, el Regulador General resolvió levantar la medida cautelar decretada contra el vehículo placa 612449 detenido por boleta de citación número 2009-0058876. (Folios 50 al 54)
- VI. Que según resolución ROD-15-2011 de las 11:36 horas del 7 de febrero de 2011, el órgano director dictó formulación de cargos y señaló fecha para llevar a cabo la comparecencia de ley. (Folios 70 al 78)
- VII. Que mediante el informe 139-DGJR-2011 del 4 de marzo de 2011 se rindió criterio jurídico sobre el recurso interpuesto. (Folios 79 al 84)
- VIII. Que por resolución RRG-011-2011 de las 14:00 horas del 4 de marzo de 2011, el Regulador General, señor Dennis Meléndez Howell, resolvió rechazar por el fondo el recurso de revocatoria interpuesto contra la resolución RRG-10267-2009 y elevó el recurso de apelación interpuesto ante la Junta Directiva, para lo cual otorgó un plazo de tres días a la recurrente para hacer valer sus derechos ante dicho órgano. Dicha resolución fue notificada en el fax señalado el 4 de marzo de 2011. (Folios 97 al 105)
- IX. Que dentro del plazo conferido el investigado a través de su actual apoderada la licenciada Angie Tenorio Granados expresó agravios ante la Junta Directiva. (Folios 85, 86 y 90)
- X. Que la comparecencia de ley se realizó el 7 de marzo de 2011 conforme se había señalado en la resolución ROD-15-2011. (Folios 87 al 96)

- XI. Que por medio del oficio 39-OD-2011 del 28 de abril de 2011 se elevó a la Junta Directiva el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-10267-2009 presentado por la Licenciada Marisol Marín Castro como apoderada especial del investigado. Ello conforme el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227). (Folios 119 al 120)
- XII. Que por medio del oficio 593-DGJR-2010 de 18 de octubre de 2011 la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria emitió criterio jurídico. El mismo corre agregado a los autos.

CONSIDERANDO:

- I. Que el recurso fue analizado por la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el respectivo criterio jurídico, que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

□(□)

I. ANÁLISIS DEL RECURSO POR LA FORMA:

1. **Naturaleza del recurso:** El recurso presentado es el ordinario de apelación al cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la Ley 6227 y sus reformas (folios 21 al 32).
2. **Temporalidad del recurso:** La resolución que se impugna, por su naturaleza, cuenta con un plazo para la interposición de recursos de 24 horas de conformidad con el artículo 346 de la Ley 6227, plazo que rige a partir de la última comunicación del acto. Para el caso concreto, la notificación se efectuó al investigado vía fax, por ser el medio señalado. Siendo que la Ley 6227 no establece normativa específica para la notificación por medio de fax, este procedimiento por interpretación e integración normativa (artículos 9, 10 y 229 de Ley 6227), se llevaba a cabo al amparo de la Ley de notificaciones judiciales (Ley 8687), vigente a la fecha de la notificación efectuada. Así, la resolución se tiene por notificada el día hábil siguiente a aquél en que se hizo la transmisión (artículos 1 y 38 de la Ley 8687).

En el caso en análisis, la notificación se efectuó el martes 24 de noviembre de 2009, teniéndose por notificada el miércoles 25 de noviembre de 2009, con un plazo de 24 horas para interponer el recurso, sea el jueves 26 de noviembre del año indicado. El miércoles 25 de noviembre de 2009 el investigado interpuso el recurso de apelación y nulidad concomitante (folios 33 al 38 y 21 al 23).

Del análisis comparativo de interposición del recurso de apelación con respecto a la fecha de notificación de la resolución impugnada, se tiene que el mismo fue presentado en tiempo.

3. **Legitimación:** En cuanto a la legitimación activa, se tiene que el señor Carlos Santamaría Méndez está legitimado para actuar -en la forma en que lo ha hecho- de acuerdo con lo establecido en los artículos 275, 276 y 282 de la Ley 6227, pues es una de las personas investigadas en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida. (Folios 33 al 35)
4. **Representación:** La licenciada Marisol Marín Castro era apoderada especial judicial del señor Carlos Santamaría Méndez para la fecha de interposición del recurso en estudio, según consta en el poder aportado al expediente (folio 13), por lo cual se encontraba facultada para actuar a nombre del señor Santamaría Méndez. Posteriormente dicha profesional renuncia al poder conferido y la representación del señor Santamaría Méndez la asume como apoderada especial la licenciada Angie Tenorio Granados, quien hace valer los derechos de su representado ante la Junta Directiva. (Folios 13, 85, 86, 90 y 91)

II. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE:

En el recurso interpuesto se expresa la inconformidad del recurrente con el dictado de la resolución RRG-10267-2009, cuyos argumentos se pueden sintetizar de la siguiente forma: 1) Que el único dueño del vehículo es el señor Santamaría Méndez; 2) Que el señor Santamaría Méndez no se dedica al "pirateo"; 3) Que la resolución impugnada omitió resolver sobre la devolución del vehículo detenido; 4) Que a la Autoridad Reguladora no le asiste derecho para mantener detenido el vehículo; 5) Que la resolución recurrida omite pronunciarse sobre el recurso interpuesto contra la boleta de citación; 6) Que la resolución recurrida omite señalar a audiencia respectiva; 7) Que el señor Santamaría Méndez el día y hora de la detención efectivamente estaba acompañado de la señora Carolina Solano Umaña quien es vecina y que él trasladaba como un favor sin que mediase retribución alguna. La recurrente solicitó se resuelva la devolución del vehículo y se señale hora y fecha para comparecencia. Además en la expresión de agravios solicitó se declare sin lugar los hechos acreditados a su representado y se condene al ente correspondiente al pago de costas.

En razón de ello, resulta indispensable hacer referencia a dichos argumentos como sigue:

- 1) En cuanto al primer argumento se tiene que el recurrente sustenta su inconformidad en el hecho que él es el único propietario del vehículo placas 612449 y que contrario a ello la resolución RRG-10267-2009 indicó que el procedimiento se tiene establecido contra Edgar Quesada Rodríguez.

Al respecto se tiene que efectivamente la resolución indicada ordena el inicio del procedimiento contra el recurrente en su condición de conductor y además contra el señor Quesada Rodríguez por ser el propietario registral del vehículo involucrado.

Los hechos objeto de esta investigación presuntamente sucedieron el 20 de octubre de 2009 y el traspaso del vehículo, que el mismo recurrente ofrece como prueba, constata que el traspaso a su favor se hizo el 27 de octubre de 2009 (folios 26 al 30). Del análisis de ambas fechas se tiene por acreditado que para el día de los hechos el

propietario registral del vehículo placas 612449 era el señor Quesada Rodríguez, en consecuencia fue correcta la resolución recurrida al tenerse como parte.

Sobre el particular, se tiene que el artículo 275 de la Ley 6227 obliga a la administración a tener como parte dentro del procedimiento administrativo a todo el que tenga un derecho subjetivo que pueda resultar afectado o lesionado de alguna manera con el dictado de la resolución final.

Además el dictamen C-085-2008 del 26 de marzo de 2008, de la Procuraduría General de la República (PGR) con respecto a este tema se indicó que: *□La sanción de multa que establece el artículo 38 de la Ley de Creación de la ARESEP, se debe imponer, luego de cumplir con el procedimiento administrativo correspondiente, a quienes suministren el servicio público de transporte remunerado de personas sin estar autorizados para ello, lo cual incluye tanto a los conductores como a los propietarios de los vehículos involucrados...□*

Conforme dicho criterio, en el procedimiento debe tenerse como parte investigada tanto al conductor del vehículo como a quien fuese el propietario registral del vehículo al día de los hechos, siendo que conforme los folios 12, 24, 39 al 41 efectivamente el propietario del vehículo al día de los hechos es el señor Quesada Rodríguez no lleva razón el recurrente y en consecuencia debería rechazarse este alegato.

- 2) En cuanto a los argumentos segundo y sétimo se tiene que los mismos son defensas de fondo en las cuales el recurrente explica su versión en cuanto a cómo acontecieron los hechos que se investigan y que a su juicio acreditan su inocencia en este procedimiento.

Al respecto se debe indicar que corresponde a la resolución final de éste procedimiento el acreditar cómo acontecieron los hechos así como, en caso de ser necesario, las posibles sanciones para los investigados. Ello es precisamente la razón de ser del procedimiento, la búsqueda de la verdad real sobre lo investigado. En razón de ello resultaría prematuro, en este momento, el referirse a los aspectos de fondo que se expresaron por parte del recurrente en los argumentos citados.

- 3) Sobre los argumentos tercero y cuarto, referentes a la detención del vehículo involucrado, por encontrarse estrechamente relacionados entre sí, se procede a analizarlos como uno solo. Al respecto se tiene que la Autoridad Reguladora tiene la facultad legal de decomisar un vehículo como medida cautelar.

La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593) establece en su artículo 44 la posibilidad de ordenar remover cualquier equipo o instrumento que permita el uso abusivo e ilegal de los servicios regulados. Por su parte el artículo 332 de la Ley 6227, faculta a la administración para incluso de oficio adoptar de forma provisional las decisiones que estime convenientes las cuales pueden darse incluso de forma previa al inicio del procedimiento administrativo.

Sobre este tema, ya la Sala Constitucional ha indicado que: *□□ resulta incuestionable la competencia de la Autoridad recurrida para celebrar el procedimiento administrativo en el que se definirá si el recurrente contravenía el ordenamiento jurídico al prestar el servicio público de taxi sin tener licencia para hacerlo. Es incuestionable, del mismo modo, la competencia de las autoridades involucradas para decretar el decomiso del vehículo, instrumento de la eventual infracción y de sujetarlo cautelarmente al procedimiento mencionado.* □ (Voto 2004-07767 del 16 de julio del 2004)

De un estudio pormenorizado del procedimiento se tiene que la detención del vehículo aconteció el 20 de octubre de 2009, que dentro del mes siguiente se procedió al inicio del procedimiento a través del dictado de la resolución recurrida y además que ante la imposibilidad de esta administración de dictar la resolución final de este procedimiento en el plazo establecido en el artículo 261 párrafo 1 de la Ley 6227, se procedió por medio de la resolución RRG-040-2010 del 21 de enero de 2010 al levantamiento de la medida cautelar decretada contra el vehículo placas 612449. (Folios 50 al 54)

Se concluye de lo anterior que la medida tuvo un carácter temporal, se encontró amparada al principio de razonabilidad, razones por lo cual se estima que fue ajustada a derecho. Por lo que debería rechazarse dicho argumento.

- 4) Analizados los argumentos quinto y sexto, en los cuales reprocha que la resolución recurrida omitió pronunciarse sobre el recurso interpuesto contra la boleta de citación y que omitió el señalar el día y hora para la realización de la comparecencia oral y privada, se le hace saber que el propósito de la resolución inicial era establecer por parte del órgano decisor el objeto, carácter y fines del procedimiento, así como establecer el órgano director responsable de instruir el procedimiento. (C-289-2005 de PGR)

Aunado a ello debe indicarse que mediante la resolución RRG-10307-2009 se resolvió el recurso contra la boleta de citación (folios 7 al 10 y folios 44 al 49). De igual forma, el órgano director procedió por ROD-15-2011 del 7 de febrero de 2011 a formular los cargos y señaló para la comparecencia de ley (folios 70 al 78). La comparecencia se realizó el 7 de marzo de 2011 a las 13:00 horas, con la presencia del recurrente entre otros (folios 87 y 88).

Por ello, se concluye los asuntos fueron resueltos y que por su naturaleza no eran propios de la resolución impugnada, la cual tenía como principal objetivo el inicio del procedimiento.

En cuanto a las pretensiones de la recurrente, se tiene lo siguiente:

- a) Sobre la petición de la devolución del vehículo: La administración por resolución RRG-040-2010 del 21 de enero de 2010 ordenó el levantamiento de la medida cautelar sobre el vehículo involucrado.

- b) Sobre la solicitud para que se señale hora y fecha para comparecencia: El órgano director mediante resolución ROD-15-2011 del 7 de febrero de 2011 señaló hora y fecha para la comparecencia. La cual se efectuó el 7 de marzo de 2011.
- c) Sobre la petición para que se declare sin lugar los hechos que se investigan deberá ser atendida en la resolución final, por cuanto ese es el momento oportuno para referirse al fondo del asunto.
- d) Sobre la solicitud para que se condene al ente correspondiente al pago de las costas de este recurso, se rechaza por ser evidentemente improcedente. Esto por cuanto la Ley 6227 expresamente indica que en los procedimientos administrativos no habrá lugar a la imposición de costas a favor o en contra de la Administración ni del interesado.

De todo lo indicado se concluye que la resolución impugnada esencialmente ordenaba el inicio de un procedimiento administrativo para lo cual era necesario determinar el objeto, carácter y fin del procedimiento lo cual se estima cumplido en la resolución que se impugna.

V. CONCLUSIONES:

- 1) En el procedimiento debe tener como parte investigada tanto al conductor del vehículo como a quien fuese el propietario registral del vehículo al día de los hechos, tal y como efectivamente se hizo.
- 2) La naturaleza de la resolución inicial es la del establecer el objeto, carácter y fin del procedimiento. En la misma se designó al órgano director cuya función es instruir el procedimiento.
- 3) El procedimiento tiene como objetivo primordial la búsqueda de la verdad real a través del contradictorio, para lo cual los argumentos de fondo sobre la inocencia del investigado deben ser analizados en la resolución final.
- 4) La medida cautelar que reclama el recurrente, se hizo en estricto apego a las competencias de la administración, además la misma tuvo un carácter temporal y desde el 21 de enero de 2010 cesó dicha medida, mediante resolución RRG-040-2010.
- 5) El recurso planteado contra la boleta de citación se encuentra resuelto mediante resolución RRG-10307-2009. De igual forma en su oportunidad, el órgano director en ejercicio de su función de instrucción citó para la comparecencia oral y privada.
- 6) La petición de condenatoria en costas del recurso planteado es improcedente.

VI. RECOMENDACIONES:

- 1) Rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-10267-2009 de las 14:15 horas del 20 de noviembre de 2009.

2) Dar por agotada la vía administrativa.

(□)

II. Que de conformidad con el resultando y el considerando que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, se acoge el criterio jurídico citado, siendo lo procedente rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto, tal y como se dispone:

POR TANTO:

Con fundamento en las facultades conferidas en el Ley 6227 y artículos 53 inciso b) de la Ley 7593.

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

- I. Rechazar por el fondo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RRG-10267-2009 de las 14:15 horas del 20 de noviembre de 2009.
- II. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFIQUESE.

ARTÍCULO 10. *Recurso de apelación interpuesto por el señor Gonzalo Barquero Ramírez, Apoderado General de Condominio Eco Residencial Villa Real contra resolución de la Dirección de Fiscalización y Defensa del Usuario. OT-131-2006*

A partir de este momento ingresa el señor Dennis Meléndez Howell y la señora Selene Camacho Camacho, de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria para hacer el análisis de este artículo.

La Junta Directiva conoció el oficio 629-DGJR-2011 del 31 de octubre del 2011, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remite el criterio legal sobre el recurso de apelación en subsidio contra la resolución de la Dirección de Fiscalización y Defensa del Usuario, de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006. Expediente OT-131-2006.

Selene Camacho Quesada:

En este caso se está analizando el recurso de apelación que se interpuso contra la resolución de apertura en el expediente OT-131-2006. Al respecto la resolución que se apela es la DFDU del 20 de octubre del 2006, con la cual se inició el procedimiento administrativo, por presunta prestación no autorizada del servicio público, contra la investigada. El presidente de la empresa investigada interpuso un recurso de revocatoria con apelación en subsidio, contra dicha resolución, por resolución 290- RCR-2011.

El Comité de Regulación rechazó por la forma dicho recurso de revocatoria y elevó el recurso de apelación a la Junta Directiva, dictando la resolución final. Se procedió a hacer el análisis por la forma del recurso, determinándose que la investigada se representa por un cuerpo colegiado de cinco miembros, debiendo actuar por lo menos el Presidente y otro de los miembros.

En este caso el recurso que se interpuso fue presentado en forma independiente por el Presidente, por lo que se valora o se considera que el recurso no cumple con uno de los elementos formales, que es la admisibilidad, por cuanto la representación no está completa conforme al nombramiento de la institución. Aun así se procedió a hacer una análisis de fondo, esto de oficio, en virtud de los artículos 102 inciso d), 174 y 351 de la Ley 6227 de la Ley General.

Al revisar el cumplimiento de los elementos del acto administrativo en la resolución recurrida, de esta revisión se puede determinar que el inmueble en que se da el aprovechamiento de agua o en este caso específico según la denuncia, es en la filial P20, la misma se encuentra inscrita a nombre del condominio, registralmente reconocido bajo la matrícula SJ1125000-M, el condominio al momento de los hechos, cuenta con una concesión de aprovechamiento de agua otorgada por el ente competente.

Quien denuncia en este caso, es uno de los condóminos en este mismo condominio, se determina que en el caso de los pozos, bombas de agua y servicios centrales en materia de condominios, son considerados como bienes comunes y la investigada propiamente, la que se le hace la apertura del procedimiento, es la Junta Administradora del Condominio, la cual está constituida conforme a la ley.

De todo esto se determina que no se encuentra en el expediente elementos para determinar una prestación de servicio público, pues existe una concesión de aprovechamiento privado, siendo así se valora que en este caso, en cuanto a los elementos del acto administrativo, se observa que esta resolución de inicio, adolece de vicios, tanto en el contenido y el motivo del acto administrativo. Esto porque al no haberse efectuado en su momento, un correcto análisis de lo que son los antecedentes fácticos, con los antecedentes jurídicos, es decir los elementos que estaban en el procedimiento con el marco legal, se llegó a un análisis incorrecto y conforme a los artículos 128 siguientes y concordantes 167 y 214 párrafo 2 y 223 párrafo 2 de la Ley 6227, lo procedente sería declarar la nulidad absoluta de la resolución en análisis, así como lo actuado con posterioridad.

De ahí que las recomendaciones sean rechazar el recurso por la forma, por falta de representación. Declarar de oficio la nulidad absoluta de la resolución recurrida, así como lo actuado con posterioridad y previo al dictado de la resolución final. Archivar por falta de mérito el expediente y agotar la vía administrativa.

Dennis Meléndez Howell:

O sea, lo que estamos diciendo en este caso es: mire estuvo mal presentado, pero tienen razón y ya por oficio nosotros estamos declarando que es nulo todo lo que se actuó.

Selene Camacho Quesada:

Lo actuado sí, porque hubo vicios a la hora de hacer la apertura, no se hizo el correcto análisis dentro de lo que había en el expediente de prueba y la norma que diera soporte para abrir el procedimiento administrativo.

Dennis Meléndez Howell:

¿Alguna duda?

María Lourdes Echandi Gudián:

Yo tengo duda en el punto de si el administrador tiene el poder suficiente, porque el administrador posee un poder general de administración. Entonces yo tengo la duda, no es que lo estoy afirmando.

Selene Camacho Quesada:

En este caso, el condominio se constituye, se nombra ya sea por reglamento y esto de conformidad, tanto con la Ley 3670 que es la Ley de Propiedad Horizontal, la que está vigente al momento de que se constituyó el condominio, daba la opción de que el reglamento definiera cómo se iba a administrar.

En este caso específico, tanto el denunciante como la investigada aportaron el reglamento y el reglamento específicamente dice que va a estar administrada por una Junta Administradora de cinco miembros y que ellos van a tener las facultades y de acuerdo a la Ley, tomar las decisiones, tanto a nivel de administración en general de lo que son los bienes comunes. Eso implica, tanto la toma de decisiones, los cobros, dirigir lo que son sesiones de Junta y demás,

Entonces de acuerdo a los elementos que están en el expediente, la Junta si cuenta con esa representación, actuando al menos el Presidente y otros de sus integrantes. El problema para este caso específico, es que el recurso lo presentó únicamente el Presidente. Todo esto igual en el acta constitutiva, de acuerdo con la normativa vigente para lo que es la propiedad horizontal y el desarrollo en materia de condominios.

María Lourdes Echandi Gudián:

Luego tengo otra duda, cuando revisé el expediente vi que se abastece del A y A y se abastece de un pozo, no queda claro cuánto se abastece y en qué momentos y si se cobra o no se cobra por el costo. Me parece que no se discrimina, me gustaría saber más del caso, porque no sé, tengo la impresión, no puedo afirmarlo, el expediente digital no está completo, no sé si eso es posible que pase sí o no, porque me faltaron como elementos.

Selene Camacho Quesada:

Sí, ahí básicamente lo que se dice es que ellos se autoabastecen del agua que surge de ese pozo, pero en épocas de verano o que el agua no da suficiente, ellos tienen un sistema con A y A, pero A y A, eso se paga aparte al A y A. Como se hace por medio de facturación a los diferentes condóminos y se cancela por parte de la administración, la administración del condominio recoge el dinero y lo cancela al A y A, pero en este caso ya sería un servicio público contratado por el condominio a una administración, sería el A y A quien brinda el servicio público.

En el caso concreto que estamos analizando, el denunciante lo que dice es que a él se le está cobrando, o sea, él denuncia por una tarifa y aquí se le dice que la tarifa no corresponde a la Autoridad Reguladora analizarla, porque no es un servicio público. Aún así se le dice que se va a indagar para proceder a ver si hay una prestación no autorizada.

En este procedimiento de la indagatoria lo que es una investigación preliminar, se va al MINAET y se consigue el título habilitante, que es el permiso de aprovechamiento de aguas. Se verifica que haya aprovechamiento que está para el inmueble, que la Junta Administradora es la que lo administra y aún así se hace la apertura del procedimiento.

María Lourdes Echandi Gudián:

Hay una duda, esa concesión de ese pozo, creo que está a nombre de una persona y no es de la misma Junta verdad y ahí hay un tema.

Selene Camacho Quesada:

Si, se observa en el folio 65 del expediente, se dice que ahí lo inicia el procedimiento, firma los documentos uno de los representantes, pero dice se otorga concesión de aprovechamiento de aguas sin perjuicio a terceros de mejor derecho por un plazo de 10 años, a nombre del señor Guillermo Carranza, como Presidente con facultades de apoderado general sin límite de suma, del Condominio Eco Residencial Villarreal. Esto para ser utilizada en el inmueble descrito en el número anterior, que es el que indicamos, la matrícula de San José 1125-M. Entonces, ellos la resolución la emiten para ser utilizada, sí se indica el nombre del representante, pero se otorga al condominio como tal, el aprovechamiento de agua.

María Lourdes Echandi Gudián:

Si está claro que es el condominio.

Selene Camacho Quesada:

La denuncia se hace contra el condominio específicamente, la apertura se hace contra la Junta, pero al folio 64 y 65 es donde se encuentra el documento.

María Lourdes Echandi Gudián:

No sé ahí tengo duda. El origen de los cobros realizados por la Junta Administradora del condominio está claro, porque la denuncia es que eran muy altos.

Selene Camacho Quesada:

Lo que se analiza ahí es que no nos corresponde entrar a verificar la tarifa, porque no es un servicio público. Ellos plantean la denuncia como un servicio público, como un presunto servicio público, pero no hay un servicio público, entonces la tarifa nosotros no podríamos entrar a conocerla.

María Lourdes Echandi Gudián:

Si, de acuerdo, pero el origen de los cobros, es que como lo que se está achacando es precisamente que podría ser, de acuerdo al 38, una prestación no autorizada del servicio público, es para saber en qué momento se discrimina con el pozo y en qué momento con A y A, ¿me explico?

Y las fuentes de abastecimiento que se utilizan para abastecer los condóminos, en qué momento, es que no queda claro, realmente. Si entiendo que era una suma alta y aquí entró ciertamente no como servicio público, no entró por ahí, sino más bien lo reubicaron por la prestación no autorizada de servicio público.

Selene Camacho Quesada:

Si, por tarifa se le indicó que no era competencia al folio 56, en su momento se le dijo que el condominio como tal, no era una empresa prestadora de servicios públicos, no se le podía verificar la tarifa. Ellos justifican en el expediente, inclusive el condominio que tienen un proceso contencioso en cuanto a lo que es el cobro de la tarifa.

Pero si ya la tarifa no es un análisis propio de nosotros, porque en el momento en que determinamos que no hay un servicio público que se valora que aquí no se está dando un servicio público, pues la tarifa si estaría más allá de las competencias de nosotros, máxime que inclusive, en el reglamento se indica que la administración y así consta en el documento, en el expediente, las tarifas se determinaron en asamblea de condóminos.

Entonces a la asamblea, según consta en el acta, no se presentó el denunciante, pero fue la asamblea como tal la que determinó las tarifas, entonces sí, el criterio es que se escapa de la competencia de nosotros.

María Lourdes Echandi Gudián:

Ahora, una pregunta, este sería un caso típico que tendría que resolver, digamos tendría que haber iniciado y resolver el Regulador, porque es del 38 y lo que se establecería eventualmente sería una multa.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

Yo aquí como ven la resolución, es de octubre del 2006 y fue dictada por la Dirección de Fiscalización y Defensa del Usuario, aquí se utilizaba la mala práctica de que era la Dirección de Participación del Usuario la que iniciaba los procedimientos. Nuestra tesis es que debe ser el Regulador evidentemente, pero precisamente al hacer el análisis de los elementos del acto, pues concluimos que hay que anularlo, entonces no entramos en ese otro análisis.

Dennis Meléndez Howell:

¿Alguna otra duda? Entonces sometemos a votación. Yo estoy de acuerdo con la recomendación.

Edgar Gutiérrez López:

Está de acuerdo.

Sylvia Saborío Alvarado:

Yo estoy de acuerdo.

María Lourdes Echandi Gudián:

Sí, pero en realidad yo si hago algunas precisiones. Voy a leerlas. Estimo que conforme al mérito de los autos, es preciso verificar la verdad real de los hechos, de modo que quede claramente establecido el origen de los cobros realizados por la Junta Administradora de los condominios, las fuentes de abastecimiento que se utilizan para abastecer el agua potable de los condóminos y además la legitimidad del aprovechamiento de la concesión de agua (pozo) a que se hace referencia en el expediente, esto como punto 1.

El punto 2, en el curso del procedimiento ha intervenido el Comité de Regulación, resolviendo el recurso de revocatoria planteado en contra del acto de inicio del procedimiento, así como dictando el acto final. Se trata, con todo, de una intervención ilegal, en tanto no es el órgano competente para ejercer la potestad de sancionar administrativamente, la cual le corresponde al Regulador General, por lo tanto, indistintamente de la aparente representación defectuosa del recurrente, sobre la cual no entro a valorar, opto por anular todo lo actuado y enderezar los procedimientos, de modo que sea más bien el Regulador y no el Comité de Regulación quien decida el inicio del procedimiento y dicte el acto final que corresponda.

Me parece que en estricto sentido, si va en una línea con mi criterio, pero es más preciso, entonces podría verse como voto salvado, pero son distintos criterios que al final están anulando.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

Nulidad pero por estas razones.

María Lourdes Echandi Gurdián:

Exactamente, pero no queda como una nota. Es decir, nos separamos pero estos son los motivos y lo que haríamos.

Juan Manuel Quesada Espinoza:

Hemos venido aportando a la Secretaría los borradores de las resoluciones. En este caso, si se parte de que se acogió el dictamen, esas cosas yo llamaría la atención de que hay que incorporarlas para que queden en el acta.

La Junta Directiva procedió a realizar la votación del tema, de forma tal que los directores ***Dennis Meléndez Howell, Edgar Gutiérrez López y Sylvia Saborío Alvarado*** estuvieron a favor de la recomendación de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mientras que los directores ***María Lourdes Echandi Gurdián y Emilio Arias Rodríguez*** estuvieron en contra.

Por tanto, la Junta Directiva resolvió, por mayoría, y con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, contenido en su oficio 629-DGJR-2011 del 31 de octubre del 2011:

ACUERDO 10-77-2011

1. Rechazar por la forma por falta de representación el recurso de apelación presentado por el señor Gonzalo Barquero Ramírez contra la resolución de la Dirección de Fiscalización y Defensa del usuario de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006.

2. Declarar de oficio la nulidad absoluta de la resolución dictada por la Dirección de Fiscalización y Defensa del usuario de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006, así como todo lo actuado con posterioridad y previo al dictado de la presente resolución.
3. Archivar por falta de mérito el expediente OT-131-2006.
4. Dar por agotada la vía administrativa.

EXPEDIENTE OT-131-2006

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

Coincidimos con el criterio de mayoría en el tanto dispone declarar de oficio la nulidad de la resolución dictada por la Dirección de Fiscalización y Defensa del usuario de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006, así como todo lo actuado con posterioridad y previo al dictado de las presentes resoluciones (de mayoría y de minoría), sin embargo fundamos dicha decisión en razones diversas y disponiendo la continuación de los procedimientos, tal y como se procede a razonar:

1.- Estimamos que conforme al mérito de los autos (expediente administrativo OT-131-2006), es preciso verificar la verdad real de los hechos, de modo que quede claramente establecido el origen de los cobros realizados por la Junta Administradora del Condominio, las fuentes de abastecimiento que se utilizan para abastecer de agua potable a los condóminos y, además, la legitimidad del aprovechamiento de la concesión de agua (pozo) a que se hace referencia en el expediente.

2.- En el curso del procedimiento, ha intervenido, mediante resolución 290-RCR-2011 del 19 de enero de 2011 (folio 282 a 295), el Comité de Regulación resolviendo el recurso de revocatoria planteado en contra del acto de inicio del procedimiento, así como dictando el acto final. Se trata, con todo, de una intervención ilegal, en tanto no es el órgano competente para ejercer la potestad de sancionar administrativamente, la cual le corresponde al Regulador General, según lo dispuesto en el dictamen de la Procuraduría General de la República C-217-2011 de 8 de setiembre del 2011 y resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia No.16591-2011 de las 3:30 p.m. del 30 de noviembre del 2011.

Por lo tanto, indistintamente de la aparente representación defectuosa del recurrente, sobre la cual no entramos a valorar, optamos por anular de oficio todo lo actuado y enderezar los procedimientos, de modo que sea el Regulador General y no el Comité de Regulación ni ningún otro órgano quien decida el inicio del procedimiento y dicte el acto final que corresponda.

EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ

MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN

5. Dictar la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que el 13 de julio de 2006 el señor Oscar Paul Munkel Talavera, cédula de residencia 270-9699938913 presentó una queja ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos contra el Condominio Eco Residencial Villa Real, cédula jurídica 3-109-210851 por el presunto servicio público de suministro de agua potable aparentemente al margen de la ley y el cobro excesivo y arbitrario de tarifas. (Folios 03 al 55)
- II. Que mediante resolución de la Dirección de Fiscalización y Defensa del Usuario emitida a las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006, se dio inicio al procedimiento administrativo contra la Junta Administradora del Condominio Eco Residencial Villa Real. Se notificó a la investigada el 27 de octubre de 2006. (Folios 69 a 77)
- III. Que el 30 de octubre de 2006 el señor Gonzalo Barquero Ramírez interpuso recursos de revocatoria y apelación en subsidio en contra de la resolución de inicio a favor de la investigada, señalando medio para recibir notificaciones. (Folios 78 a 173)
- IV. Que el 20 de noviembre de 2006 se llevó a cabo la comparecencia de Ley. (Folios 221 a 257)
- V. Que mediante oficio 1047-DGJR-2010 del 24 de noviembre de 2010 se emitió informe de remisión dirigido a la Dirección de Servicios de Agua y Ambiente (DIAA). (Folios 304 al 306)
- VI. Que por oficio 18-DIAA-2011 del 18 de enero de 2011, la DIAA rindió informe y emitió conclusiones y recomendaciones al Comité de Regulación. (Folio 271 al 281)
- VII. Que por resolución 290-RCR-2011 del 19 de enero de 2011, el Comité de Regulación rechazó por la forma el recurso de revocatoria, elevó el recurso de apelación ante la Junta Directiva, dio audiencia al recurrente ante el superior y dictó resolución final. Se notificó a la investiga el 10 de febrero de 2011 en el fax señalado. (Folios 282 al 300)
- VIII. Que el recurrente no se refirió en el emplazamiento conferido.
- IX. Que mediante oficio 073-DIAA-2011 del 18 de febrero de 2011 se elevó a conocimiento de la Junta Directiva el recurso de apelación. (Folios 301 al 302)
- X. Que por oficio 78-SJD-2011 del 22 de marzo de 2010(sic) se remitió para análisis recurso de apelación a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. (Folio 303)

- XI. Que mediante el informe 629-DGJR-2011 del 31 de octubre de 2011, se rindió criterio jurídico no vinculante sobre el recurso de apelación interpuesto, mismo que corre agregado a los autos.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 629-DGJR-2011 que sirve de sustento para la presente resolución, conviene extraer lo siguiente:

□(□)

II. ANÁLISIS POR LA FORMA:

1. **Naturaleza del recurso:** El recurso presentado es el ordinario de apelación, al cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227) y sus reformas. (Folios 78 al 173)
2. **Temporalidad del recurso:** La resolución que se impugna cuenta con un plazo para la interposición de recursos de 24 horas (artículo 346 de la Ley 6227), plazo que rige a partir de la última comunicación del acto. En el presente caso, la resolución impugnada indicó que el plazo para la interposición del recurso de apelación era de 24 horas contados a partir del día siguiente a la notificación.

La resolución recurrida fue notificada a la investigada el viernes 27 de octubre de 2006 (folio 75), contando con un día hábil para interponer recursos, es decir, vencía el lunes 30 de octubre de 2006, día en que se presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio. Por lo que del análisis comparativo se tiene que el mismo fue presentado en tiempo. (Folios 78 al 173)

3. **Legitimación:** Respecto a la legitimación activa, cabe indicar que la investigada, Junta Administradora del Condominio Residencial Villa Real, está legitimada para actuar de acuerdo con lo establecido en los artículos 275, 282 y 342 de la Ley 6227, pues es parte interesada en el procedimiento en que recayó la resolución recurrida.
4. **Representación:** La investigada, Junta Administradora del Condominio Eco Residencial Villa Real, de conformidad con el Reglamento de Administración del condominio (folios 34 al 55, 101 al 125 y 149 al 173) y con certificación notarial que consta a folios 58 al 59, ostenta la función de administración del condominio. Su representación es ejercida de conformidad con los nombramientos acordados en asamblea de propietarios y ostenta las facultades que a su efecto se otorguen en el acto constitutivo o sus reformas y en la ley.

De la documentación que consta en autos se concluye que la Junta Administradora del Condominio Eco Residencial Villa Real es un cuerpo colegiado, conformada por 5 miembros, quienes, actuando al menos el presidente y otro de sus miembros, tendrán las facultades de apoderado general sin límite de suma, de conformidad con el artículo 1255 del Código Civil y durarán en sus cargos por 2 años.

El recurso fue interpuesto el señor Barquero Ramírez como apoderado general, actuando en forma independiente, por lo que el recurso de apelación interpuesto no cumple con uno de los elementos formales de admisibilidad al no encontrarse rubricado en conjunto por 2 de los miembros de la Junta Administrativa en el ejercicio de las facultades de apoderado general, tal y como consta a folios 58 al 59 y 78 al 173, por lo que el recurso debe ser rechazado por la forma.

III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN DE INICIO:

No obstante lo anterior, al amparo de los artículos 102 inciso d), 174 y 351 de la Ley 6227, que establecen que el superior jerárquico tendrá entre otras, la potestad de adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo, se procede de oficio a revisar el cumplimiento de los elementos del acto administrativo (artículos 128 y siguientes Ley 6227) en la resolución recurrida, con el fin de verificar que la misma no adolezca de vicios que conlleven su nulidad absoluta.

La Ley 6227 establece una serie de elementos que debe tener todo acto administrativo para considerarse válido. Dichos elementos son: 1) Sujeto (artículo 129), 2) Forma (artículo 134), 3) Procedimiento (artículo 308 y siguientes), 4) Motivo (artículo 133), 5) Contenido (artículo 132) y 6) Fin (artículo 131).

En cuanto al motivo y el contenido como elementos del acto administrativo. El primero lo constituye el conjunto de antecedentes fácticos y jurídicos que justifican la decisión tomada por la respectiva Administración y su falta provocaría la nulidad absoluta del acto. Por su parte, el contenido implica que debe ser lícito, posible, claro, preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho, surgidas del motivo, proporcionado al fin, y en caso de afectar derechos subjetivos de los particulares deben contar con un motivo legítimo y razonable.

A efecto de establecer el motivo y el contenido en la resolución de la Dirección de Fiscalización y Defensa del Usuario emitida a las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006, se procede a analizar la existencia de antecedentes que la justifiquen, así como la licitud de los mismos, esto por medio de dos acápite específicos: - sobre la presunta prestación de un servicio público y - sobre la determinación del presunto prestador del servicio público.

Sobre la presunta prestación de un servicio público:

El denunciante, como socio y condómino del Condominio Eco Residencial Villa Real, alegó inconformidad por el servicio de suministro de agua en dicho condominio (finca filial P-20), aportando como prueba los recibos a su nombre (folios 16 al 17) según detalle:

- Recibo 34440 del 01/03/2006 por consumo de agua del 18/01/2006 al 17/02/2006*
- Recibo 34988 del 01/04/2006 por consumo de agua del 18/02/2006 al 17/03/2006*
- Recibo 35770 del 01/06/2006 por consumo de agua del 18/04/2006 al 17/05/2006*

La denuncia se tramitó originalmente en el expediente AU-109-2006, resolviéndose el 1 de setiembre de 2006, por oficio 2515-DDU-2006, que a la Autoridad Reguladora no le compete intervenir en la fijación de tarifas por no ser el condominio una empresa o institución regulada, debiendo proceder a investigar a efecto de descartar una posible prestación no autorizada del servicio público.

Producto de la investigación se abrió el OT-131-2006 incorporando documentación obtenida del expediente 9188-P del Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía, entre ella, la resolución R-473-99-AGUAS-MINAE de las 08:00 horas del 9 de setiembre de 1999, por la cual se otorgó concesión de aprovechamiento de agua a nombre del señor Guillermo Carranza Castro, como Presidente con facultades de apoderado general sin límite de suma del Condominio Eco Residencial Villa Real, cédula jurídica 3-109-210851 para ser utilizada como uso doméstico en el inmueble matrícula de folio real M001125-000 por un plazo de 10 años y vigente al momento de los hechos investigados. (Folios 01 al 68)

Según información del Registro Nacional, el inmueble del partido de San José matrícula M001125-000 corresponde al Condominio Eco Residencial Villa Real. Mismo que se encuentra sometido al régimen de propiedad horizontal (Ley de Propiedad Horizontal 3670, hoy regido por la Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio Ley 7933) como □Condominio Eco Residencial Villa Real□ (Folios 60 al 61 y 64 al 65)

De lo dicho anteriormente se logra determinar que existe identidad en cuanto al inmueble donde se dio el consumo de agua y donde se ubica la propiedad del denunciante (Filial P-20), así como con inmueble que cuenta con concesión de aprovechamiento de agua.

La Ley 3670 en sus artículos 18, 20, 21, 30 y 31 incisos c) y d), así como la Ley 7933 en sus artículos 9, 10, 13 y 19, son claras en indicar la existencia de cosas comunes pertenecientes a todos los titulares del condominio. Como cosas comunes se tienen, entre otras, las instalaciones de servicios centrales como agua, bombas de agua y pozos, reconociendo que un condominio pueda gozar de una concesión y que las filiales o condóminos puedan hacer uso común de esos bienes. Tal sería en el caso concreto, el agua proveniente del pozo AB-1722, autorizado por resolución R-473-99-AGUAS-MINAE, regulándose su uso al interno del condominio, por medio de su Reglamento de administración. (Folios 64 al 65)

En razón de lo anterior se concluye que el denunciante es un condómino del Condominio Eco Residencia Villa Real, y siendo que el condominio contaba con concesión de aprovechamiento de aguas vigente al momento de los hechos investigados, no se aprecia indicio de que se estuviera ante los supuestos de una prestación no autorizada del servicio público de suministro de agua potable, de conformidad con los artículos 5 inciso c) y 38 inciso d) de la Ley 7593.

Sobre la determinación del presunto prestador del servicio público:

La resolución en análisis resolvió la apertura del procedimiento contra la Junta Administradora del Condominio Eco Residencias Villa Real, por lo que procede efectuar el análisis del vínculo entre la Junta Administradora y el Condominio propiamente dicho. (Folios 69 al 77)

La Ley 7933 (vigente al momento de los hechos) establece en los artículos 29 y siguientes que la administración de los inmuebles sujetos al régimen de propiedad en condominio corresponde a un administrador (persona física o jurídica) que será designado conforme al reglamento de condominio o administración y ostentará las facultades de apoderado general con respecto al condominio y a los bienes comunes, así como la administración y con ello el cuidado y vigilancia de dichos bienes, entre otras funciones.

En el caso del Condominio Eco Residencial Villa Real y de conformidad con su Reglamento de Administración, capítulo quinto, artículo 32 y siguientes, la administración estará a cargo de un cuerpo colegiado o Junta Administradora. En consecuencia la Junta Administradora por sí misma no es una persona jurídica que pueda ser objeto de una investigación como ésta. (Folios 34 al 55, 58 al 61, 101 al 125 y 149 al 173)

Siendo que la concesión de aprovechamiento de agua R-473-99-AGUAS-MINAE se otorgó al Condominio Eco Residencial Villa Real y que la representación del Condominio la ejerce la Junta Administradora, se concluye que las actuaciones que la Junta Administradora efectuó en el ejercicio de las funciones en cuanto al aprovechamiento o consumo de agua facturado al denunciante (recibos 34440, 34988 y 35770) por la finca filial P-20, se encuentran fuera de la esfera de conocimiento de la Autoridad Reguladora en cuanto a sus competencias.

De lo indicado se desprende que existen vicios en el motivo y en el contenido de la resolución de la Dirección de Fiscalización y Defensa del Usuario de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006, por cuanto no se efectuó en la misma, un adecuado análisis en forma interrelacionada los elementos fácticos y jurídicos. Dichos vicios conllevan la imperfección del fin perseguido, sea la búsqueda de la verdad real y con ello la nulidad de lo actuado.

Que de no haberse viciado el motivo y contenido, lo correcto hubiese sido el dictado de resolución de archivo por falta de mérito y no la apertura como sucedió.

Por lo anteriormente expuesto y de conformidad con los artículos 128 siguientes y concordantes, 167 y 214 párrafo 2 y 223 párrafo 2 de Ley 6227, resulta indispensable que la Junta Directiva proceda a declarar la nulidad absoluta de la resolución en análisis y con ello de todo lo actuado con posterioridad.

IV. CONCLUSIONES:

- 1. El recurso debe rechazarse por la forma por falta de representación.*
- 2. El procedimiento administrativo se inició contra la Junta Administradora del Condominio Eco Residencial Villa Real, quien ostenta legalmente la representación del condominio, por posible prestación no autorizada del servicio público de distribución de agua potable (artículos 5 y 38 inciso d) de la Ley 7593).*
- 3. La Ley 6227 en sus artículos 102 inciso d) y 174, establece la potestad del superior jerárquico para adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo, así como la obligación de la Administración de anular de oficio el acto absolutamente nulo. En tanto que el artículo 351, en sus incisos 1 y 2, establece que al decidirse el recurso de apelación, se resolverá sobre su admisibilidad y, de ser admisible, se confirmará, modificará o revocará el acto impugnado, dando la potestad de que el recurso sea resuelto, aun en perjuicio del recurrente, cuando se trate de nulidad absoluta.*
- 4. El Condominio Eco Residencial Villareal contaba al momento de los hechos investigados con concesión vigente de aprovechamiento de agua otorgada por resolución R-473-99-AGUAS-MINAE del MINAE, contenida en el expediente 9188-P del Departamento de Aguas, concesión de explotación de recurso hídrico para uso doméstico.*
- 5. El denunciante, al momento de los hechos investigados, era un condómino del Condominio Eco Residencial Villareal.*
- 6. El motivo y contenido de la resolución de inicio adolece de vicios al no haberse efectuado un correcto análisis de los antecedentes fácticos y jurídicos.*
- 7. Los vicios en el motivo y el contenido de la resolución en análisis, impiden la realización del fin perseguido, sea, la búsqueda de la verdad real.*
- 8. De no haberse incurrido en los vicios indicados, lo correcto hubiese sido el dictado de un archivo por falta de mérito por no contarse con elementos suficientes que permitieran presumir la prestación de un servicio público.*
- 9. Conforme con los artículos 128 siguientes y concordantes, 167 y 214 párrafo 2 y 223 párrafo 2 de Ley 6227, procede declarar la nulidad absoluta de la resolución en análisis y todo lo actuado con posterioridad.*

V. RECOMENDACIONES:

Conforme lo arriba expuesto, salvo mejor criterio de la Junta Directiva, se recomienda:

- 1. Se rechace por la forma por falta de representación el recurso de apelación presentado por el señor Gonzalo Barquero Ramírez contra la resolución de la Dirección de Fiscalización y Defensa del usuario de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006.*
- 2. Se declare de oficio la nulidad absoluta de la resolución dictada por la Dirección de Fiscalización y Defensa del usuario de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006, así como todo lo actuado con posterioridad y previo al dictado de la presente resolución.*
- 3. Se archive por falta de mérito el expediente OT-131-2006.*
- 4. Se dé por agotada la vía administrativa.*

()

- II.** Que de conformidad con el resultando y el considerando que preceden y de acuerdo al mérito de los autos, se acoge el criterio jurídico citado, siendo lo procedente rechazar por la forma por falta de representación el recurso de apelación y proceder a revocar de oficio, por nulidad absoluta, la resolución de la Dirección de Fiscalización y Defensa del Usuario de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006, así como todo lo actuado con posterioridad, procediendo al archivo del expediente por falta de mérito, tal y como se dispone:

POR TANTO:

Con fundamento en las facultades conferidas por la Ley 6227 y en aplicación de los principios del debido proceso y los artículos 39 y 41 de la Constitución Política,

LA JUNTA DIRECTIVA

RESUELVE:

- I.** Rechazar por la forma por falta de representación el recurso de apelación presentado por el señor Gonzalo Barquero Ramírez contra la resolución de la Dirección de Fiscalización y Defensa del usuario de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006.

- II. Declarar de oficio la nulidad absoluta de la resolución dictada por la Dirección de Fiscalización y Defensa del usuario de las 13:00 horas del 20 de octubre de 2006, así como todo lo actuado con posterioridad y previo al dictado de la presente resolución.
- III. Archivar por falta de mérito el expediente OT-131-2006.
- IV. Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE.

Dennis Meléndez Howell:

Muy bien, entonces pasamos al criterio sobre la solicitud de aclaración de la resolución RJD-119 del 18 de mayo del 2011, presentado por Acope.

María Lourdes Echandi Gurdían:

Yo me excuso. Quisiera que conste que me excuso de conocer el presente recurso, el cual está relacionado con la metodología tarifaria de referencia para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas, y que opto por no conocer ante la duda por estimar que me puede afectar lo dispuesto por el artículo 49 inciso c) de la Ley 7593. ¿Habría algún punto después de esto, me podría retirar?

Dennis Meléndez Howell:

A partir de este momento se autoriza el retiro del salón de sesiones a la señora María Lourdes Echandi Gurdían. Yo creo que ya es justo y necesario que terminemos después de esto, o sea, se puede retirar.

ARTÍCULO 11. *Criterio sobre la solicitud de aclaración de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011 presentada por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE). ET-135-2008.*

A partir de este momento ingresa la señora Karla Montero Víquez, de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria para hacer el análisis de este artículo.

La Junta Directiva conoció el oficio 525-DGJR-2011 del 9 de setiembre del 2011, por cuyo medio la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remite un criterio sobre la solicitud de aclaración de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011, presentada por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE). Expediente ET-135-2008.

Karla Montero Víquez:

Yo les voy a exponer así a grandes rasgos, el informe nuestro sobre el recurso de reposición, contra la resolución RJD 119-2011. Es importante empezar recordando un poco que mediante la resolución RJD-009-2010, la Junta Directiva acuerda aprobar la metodología fijación de tarifas para generadores privados que se les aplica la Ley 7200, que firmen un contrato nuevo de compra venta de electricidad con el ICE.

A esta metodología es el ICE el que plantea un recurso de reposición. Dentro de sus argumentos se encontraba que aclararan cuál tipo de cambio utilizar al momento de pago de la energía. Entonces es mediante la resolución RJD-119-2011, que la Junta Directiva resuelve rechazar ese recurso y además ampliar la resolución de la metodología, incorporándole esta coetilla que sigue a continuación, que decía el tipo de cambio a utilizar debe ser el promedio de tipo de referencia para la venta vigente durante el periodo a facturar.

A esto Acope interpone un recurso de aclaración, que es específicamente sobre el por tanto segundo de esta resolución. Un poco así a grandes rasgos la naturaleza de una solicitud de aclaración y adición se encuentra en el Código Procesal Civil y lo que pretende es integrar, completar y puntualizar un acto administrativo sin variarlo.

La solicitud de Acope, específicamente alega que al parecer existe una antinomia entre lo dispuesto por la Junta Directiva en esa resolución y la Ley 7092, que es la Ley del Impuesto sobre la Renta, que según ellos lo que esta ley indica, es que se debe aplicar el tipo de cambio a la fecha de percepción de los ingresos de ellos.

Nosotros como una de las conclusiones nos parece que es improcedente en este caso la solicitud de modificación, ya que la vía de declaración y adición no permite variar como ya lo dije, revocar o modificar lo resuelto.

Y también en el punto de la nulidad que solicita Acope, analizamos la resolución como tal, si contiene los elementos del acto administrativo, pero concluimos que son las partes las que deben definir de forma contractual el tipo de cambio a utilizar para realizar el pago, eso de conformidad con la legislación vigente y aplicable a cada una de ellas, en el momento de negociar el respectivo contrato.

Además concluimos que la forma de contabilizar estas transacciones e incluso diferenciales cambiarios que resulten del momento de pago y el momento de contabilización, ya son materia de un marco legal y normas contables internacionales que indican cómo realizarlos, no es materia regulatoria, por lo tanto, es consideración nuestra que existió un vicio de contenido en ese por tanto dos de la resolución RJD-119-2011.

Por esto nuestras recomendaciones son: primero, rechazar por improcedente la solicitud de aclaración de Acope. Segundo anular de oficio el por tanto segundo de la resolución RJD-119-2011 y tercero, modificar el texto del por tanto 1.5 de la resolución RJD-009-2010, de tal forma que se lea como siga. Punto 5, moneda en que se expresará la tarifa y forma de pago, las tarifas resultantes de la metodología detallada será expresadas y detalladas en dólares de los Estados Unidos de América. Los respectivos pagos que genera la compra venta de energía, se harán de conformidad con lo que definan las partes en sus contratos de conformidad con la legislación vigente y aplicable a sus transacciones.

Edgar Gutiérrez López:

Una pregunta, ¿al modificar ustedes, recomendar modificar el por tanto, siempre se mantiene congruencia con la parte considerativa?

Juan Manuel Quesada Espinoza:

Recordemos que aquí lo que se está estableciendo es una metodología, y se incorporó un apartado que dice cuál es la forma de pago. Lo que estamos diciendo acá, es que la forma de pago que se estableció no era la correcta, si no que realmente eso debería dejarse a decisión de las partes, que inclusive fue un tema que ya ustedes habían discutido, concluyéndose que nosotros no deberíamos intervenir en eso.

Entonces Acope presenta la solicitud de aclaración, se le dice lo que usted está pretendiendo es que cambiemos lo que dice la resolución y eso no se puede por esa vía, sin embargo, de oficio analizamos el tema y lo que le estamos recomendando a la Junta precisamente, es que cambie ese por tanto, que repito estaba en la primera resolución, solo que de otra forma.

Dennis Meléndez Howell:

¿Alguna duda? ¿Estamos de acuerdo?

Emilio Arias Rodríguez:

Yo voy a votar afirmativamente, pero quiero dejar claro de que efectivamente luego de analizar el expediente ET-135-2008, dentro del mismo, asesora en una primera instancia doña Xinia Herrera y luego doña Karla Montero, entonces para mis efectos en este caso si se está dando una asesoría distinta. Además de que comparto la tesis de que efectivamente el mecanismo o la vía utilizada por Acope, no es la correcta, pero también que de oficio se hace la corrección.

Posiblemente en otro momento, cuando analicemos metodologías me interesaría un poco conocer ya el tema de efectivamente, el pasar de la tesis originaria a la que se recomienda en este momento.

Valdría la pena analizar en su momento la afectación que pueda tener, tanto para el ICE por un lado, como para Acope por otro lado, es decir, me parece que eso hay que ver más adelante la coherencia de las metodologías que se han estado utilizando, con relación con esta posición, porque efectivamente es distinta y eso se puede evidenciar, precisamente en el tema de la metodología de transporte público, donde se toma en cuenta incluso, creo que es el precio del, en el valor del precio de los combustibles. Hay una tesis ahí, entonces valdría la pena ver, hacer un análisis, cuál es la política efectivamente institucional en ese tema para que sea coherente.

Pero no sé, me parece que eso se puede ver en otro momento, pero si me llama la atención, porque efectivamente creo que esta es la solución salomónica para efectos de generar una postura genérica sin entrar a ya por lo menos a ver detalles de afectación a alguna de las partes, pero por lo menos en ese sentido voto afirmativamente la recomendación.

Dennis Meléndez Howell:

Nada más una acotación, hay que tomar en cuenta que en este caso se está regulando flujos, en el caso de los autobuses, el tipo de cambio ya son costos dados en un momento del tiempo, es decir un stock, entonces por eso vale la pena la diferencia.

Analizado el tema, la Junta Directiva con base en la recomendación de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, contenida en su oficio 525-DGJR-2011 del 9 de setiembre del 2011, resolvió, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 11-77-2011

1. Rechazar por improcedente, la solicitud de aclaración presentada por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE).
2. Anular de oficio el "Por Tanto II" de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011.
3. Modificar el texto del "Por Tanto I.5" de la resolución RJD-009-2010 del 7 de mayo de 2010, para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera: **5. MONEDA EN QUE SE EXPRESARÁ LA TARIFA Y FORMA DE PAGO** // *Las tarifas resultantes de la metodología detallada serán expresadas y facturadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ o \$). // Los respectivos pagos que genera la compraventa de energía, se harán de conformidad con lo definan las partes en sus contratos, de conformidad con la legislación vigente y aplicable a sus transacciones*
4. Publicar la resolución que debe emitirse, en el diario oficial La Gaceta.
5. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. El 15 de julio del 2008, mediante el oficio 235-RG-2008 el Regulador General ordenó la apertura del expediente para tramitar la propuesta de la metodología de fijación de tarifas para generadores privados (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compra venta de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad (en lo sucesivo ICE). (Folio 1).
- II. Que el 15 de julio del 2008, mediante el oficio 477-DEN-2008, la Dirección de Servicios de Energía le presentó al Regulador General una propuesta de Modelo de Fijación de Tarifas para los generadores privados existentes (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el ICE. (Folios 2 a 27).
- III. Que el 7 de mayo de 2010, mediante la resolución RJD-009-2010, la Junta Directiva de la ARESEP, por acuerdo 011-019-2010, adoptado en la sesión 19-2010 del 7 de mayo de 2010, publicado en La Gaceta No. 109 del 7 de junio de 2010, dispuso, entre otras cosas, aprobar la metodología de fijación de tarifas para generadores privados (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compra venta de electricidad con el ICE. (Folios 1191 a 1221).
- IV. El 10 de junio de 2010, vía fax, el Ing. Gravin Mayorga Jiménez, Subgerente del Sector Electricidad del ICE, según consta en los archivos de la ARESEP, plantea recurso de reposición contra la RJD-009-2010 de las 14:35 horas del 7 de mayo de 2010, publicada en La Gaceta No. 109 del 7 de junio de 2010 (Folios 1105 a 1112).
- V. Que el 30 de junio de 2010, la entonces Asesoría Legal de la Junta Directiva de ARESEP analizó el citado recurso, produciéndose el oficio 121-AJD-2010 en el cual se recomendó resolver con criterios técnicos, el recurso de reposición presentado por el ICE contra la resolución RJD-009-2010. (Folios 1239 a 1251).

- VI.** Que el 7 de enero de 2011, la señora Xinia Herrera Durán emitió el criterio técnico sobre el recurso interpuesto por el ICE contra la resolución RJD-009-2010, el cual fue remitido a la Secretaría de Junta Directiva mediante el oficio 056-DGJR-2011 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, en fecha 27 de enero de 2011. (Folios 1270, 1277 a 1280).
- VII.** Que el 18 de mayo de 2011, mediante la resolución RJD-119-2011, la Junta Directiva de la ARESEP, resolvió rechazar el recurso de apelación en subsidio presentado por el ICE contra la resolución RJD-009-2010 y ampliar dicha resolución en el sentido que el tipo de cambio a utilizar debe ser el promedio del tipo de cambio de referencia para la venta vigente durante el período a facturar. (Folios 1291 a 1300).
- VIII.** Que el 12 de julio de 2011, la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), interpone, vía fax solicitud de aclaración del Por Tanto II de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011. (Folio 1289).
- IX.** Que, la Secretaría de Junta Directiva de ARESEP, mediante los memorandos 216-SJD-2011 de 14 de julio de 2011 (folio 1341) y 256-SJD-2011 de 9 de agosto de 2011, remitió para el análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, la solicitud de aclaración interpuesta por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (en lo sucesivo ACOPE).
- X.** Que el 9 de setiembre de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, mediante el oficio 525-DGJR-2011, emitió el criterio técnico y jurídico de la aclaración de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011, presentada por la asociación costarricense de productores de energía (ACOPE).
- XI.** Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I.** Que del oficio 525-DGJR-2011 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

()

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1.) NATURALEZA DE LA SOLICITUD

La solicitud de aclaración y adición, constituye una figura propia del derecho procesal común, que no se encuentra regulada expresamente en la Ley General de la Administración Pública y sus reformas.

Su aplicación es de manera supletoria, con las mismas reglas del Código Procesal Civil, y procede únicamente contra la parte dispositiva o resolutive de los actos administrativos, con la finalidad exclusiva de aclarar, complementar, integrar, determinar o puntualizar, sin posibilidad de variar, revocar o de alguna manera modificar lo dispuesto o resuelto. Lo anterior en el entendido de que en algunas ocasiones, puede verse la Administración Pública en la necesidad de aclarar y/o adicionar sus propios actos, con la intención de lograr un mayor entendimiento y comprensión de los alcances de sus decisiones, garantizándose así, el adecuado cumplimiento de lo resuelto o dispuesto por aquella.

En otros términos, mediante la aclaración y/o adición se integra, complementa, determina, puntualiza un acto administrativo, sin posibilidad de variar, revocar o de alguna manera modificar lo ya resuelto por la Administración. La aclaración y/o adición no es entonces, un instrumento procesal de revocación o sustitución de una decisión administrativa, sino que es precisamente, un remedio para hacer cumplir lo ordenado, autorizado o permitido (voluntad del órgano o el ente).

2.) ASPECTOS TEMPORALES DE LA SOLICITUD

Como se manifestó, la solicitud de aclaración y adición constituye una figura propia del derecho procesal común, no regulado por el derecho procesal administrativo por la naturaleza especial del acto administrativo, por lo que no existe un plazo específico que contemple el espacio temporal para que un destinatario de un acto administrativo, expresado mediante una resolución administrativa, solicite aclaración y adición de la parte dispositiva de aquella.

No obstante, se puede recurrir en forma supletoria y excepcional, al citado artículo 158 del Código Procesal Civil que contiene un plazo de tres días a partir de la notificación de la sentencia para que la parte solicite aclaración y/o adición de la misma, en aplicación del artículo 229 de la Ley General de la Administración Pública.

En tal sentido, es de advertir que la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011, fue notificada vía fax a la gestionante, el día 8 de julio de 2011(folio 1299). El escrito de solicitud de aclaración y/o adición fue remitido a la ARESEP por ese mismo medio, el día 12 de julio del 2011(folio 1289).

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación de la resolución RJD-119-2011 y la de interposición de la solicitud, con respecto al plazo de tres días hábiles para interponerla, señalado en el artículo 158 del Código Procesal Civil y que venciera el 13 de julio de 2011, se concluye que la solicitud de aclaración se presentó dentro del plazo legal.

3.) LEGITIMACIÓN

La Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), se encuentra legitimado para plantear la gestión que nos ocupa, al ser parte del procedimiento en la cual recayó la resolución RJD-119-2011, de conformidad con lo establecido en el artículo 275 de la Ley General de la Administración Pública.

4.) REPRESENTACIÓN

A folios 408 y 1016 del expediente administrativo, consta que el señor Mario Alvarado Mora, es apoderado generalísimo con límite de suma de la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE).

III. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE ACOPE

Primeramente se debe indicar, que mediante la resolución RJD-009-2010 dictada el 7 de mayo de 2010, la Junta Directiva de la ARESEP, por acuerdo 011-019-2010, adoptado en la sesión 19-2010 del 7 de mayo de 2010, publicado en La Gaceta No. 109 del 7 de junio de 2010, dispuso, entre otras cosas, aprobar la metodología de fijación de tarifas para generadores privados (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compra venta de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad y que las tarifas resultantes de la metodología detallada serán expresadas en dólares de los Estados Unidos de América (US\$ ó \$). Los respectivos pagos que genera la compra venta de energía amparada a los contratos respectivos podrán liquidarse en dólares o en colones a criterio del comprador. Si el pago se realizará en colones, se utilizará el tipo de cambio de referencia para la venta establecido por el Banco Central de Costa Rica (referencia: <http://www.bccr.fi.cr>)

Posteriormente, se dictó la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011, la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), en el cual solicitaba se le indicara sobre el tipo de cambio del colón con respecto al dólar de los Estados Unidos de Norteamérica a utilizar en caso de que los pagos de la energía se realizaran en colones, dado que las tarifas se expresan en dólares.

Sobre este tema se debe indicar, que en el Por Tanto II de la resolución RJD-119-2011 se resolvió el citado recurso y se determinó que el tipo de cambio a utilizar debía ser el promedio del tipo de cambio vigente durante el periodo a facturar.

Ahora bien, a raíz de lo resuelto anteriormente por la Junta Directiva, se presenta la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE) solicitando se aclare el "Por Tanto II" de la citada resolución RJD-119-2011, ya que argumenta: "Esta disposición contrasta con lo que establece la Ley de Impuesto sobre la renta No. 7092 (publicada en La Gaceta No. 96 del 19 de mayo de 1988) sobre el tipo de cambio a utilizar. // Parece que estamos ante una posible antinomia normativa entre una disposición de la Junta Directiva de la ARESEP y lo que dicta el artículo 81 de la Ley 7092. Por las consecuencias prácticas sobre el pago de las facturas en los contratos de compra venta de energía que tiene el Por Tanto II de la resolución RJD-119-2011 agradeceríamos que se aclare esta posible contradicción"

La Asociación gestionante señala entonces, que de conformidad con la Ley del Impuesto sobre la Renta (Ley 7092), todos los ingresos en monedas extranjera deberán convertirse a moneda nacional utilizando el tipo de cambio "interbancario" establecido por el Banco Central de Costa Rica, que prevalezca al momento en que se realice la operación o se perciba el ingreso. Que en su caso particular en el momento de realizarse la operación no aplica, por lo que sólo es aplicable a la fecha de percepción de los ingresos.

De lo anterior se desprende que lo que pretende el gestionante, es se modifique lo dispuesto por la Junta Directiva en el pon tanto II de la resolución RJD-119-2011. Siendo así, tal solicitud sería improcedente, dado que por la vía de la adición y aclaración no es posible variar, revocar o de alguna manera modificar lo ya resuelto en su oportunidad. En ese sentido, lo correspondiente sería rechazar de plano por improcedente la gestión de adición y aclaración planteada, de conformidad con lo establecido en el artículo 292 de la Ley General de la Administración Pública.

IV. EN CUANTO A LA NULIDAD DEL POR TANTO II DE LA RESOLUCION RJD-119-2011

Con el fin de evitar que los actos administrativos (resoluciones) que se lleguen a dictar, adolezcan de vicios; de conformidad con el artículo 174.2 de la Ley General de la Administración pública y sus reformas, se procede a señalar lo siguiente:

Una resolución administrativa constituye un acto administrativo, que resuelve una gestión administrativa y manifiesta la voluntad del órgano o el ente que la emite.

Para efectos de la consulta, y únicamente para sustentar nuestras consideraciones, resulta necesario desarrollar al menos en forma esquemática, los elementos sustanciales o materiales que conforman un acto administrativo.

Entendemos por elementos sustanciales o materiales aquellos que están referidos a la sustancia del acto. Los elementos que concurren a su formación y determinan su validez. Estos elementos se denominan: MOTIVO, CONTENIDO Y FIN.

El primer elemento esencial o material del acto administrativo es el "MOTIVO". El acto administrativo debe estar fundado en una verdad real, es decir hechos ciertos.

El motivo es aquel presupuesto factual que la norma jurídica propone, que le da fundamento a la emisión y aplicación del acto. Como el acto administrativo es el ejercicio de una potestad, dicho acto sólo puede emitirse en función del presupuesto de hecho tipificado por la norma jurídica correspondiente. El acto administrativo no puede ser una mera voluntad caprichosa de la administración, sino el resultado de la ponderación de hechos o actos jurídicos que motiven su actuación. Ese motivo es la génesis del acto administrativo provocado por una necesidad social o pública, una realidad externa al funcionario. Este evento exterior puede ser de múltiple naturaleza: un hecho natural o humano (conducta), un conjunto de hechos en relación, una situación jurídica, una condición o cualidad determinada.

El artículo 134 de la Ley General de la Administración Pública dispone que:

"El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.

Cuando no esté regulado deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento."

El segundo elemento esencial del acto administrativo es el "CONTENIDO". Se refiere a lo que dispone el acto, es por así decirlo, la parte dispositiva del acto administrativo. Es el cambio que introduce en el mundo jurídico. Es la parte del acto que dispone una sanción, una autorización, permiso, concesión. En virtud del contenido el acto administrativo produce efectos jurídicos.

Ahora bien, acerca de los elementos del acto administrativo, se debe indicar, que la Administración Pública tiene un único cometido, cual es la satisfacción del interés público. Esa satisfacción del interés público se logra de diversas maneras, siendo una de ellas a través de la emisión de actos administrativos. En principio se entiende que todo acto administrativo, como ejercicio concreto de una competencia genérica, tiende a la satisfacción del interés común. Por ello se afirma, que el fin del acto administrativo en consecuencia será la satisfacción del interés público, que constituye el fin general de todo acto administrativo y a su vez, el fin específico será la satisfacción del interés público que está a cargo de esa competencia.

Como se indicó en el apartado anterior, mediante resolución RJD-009-2010 se estableció la Metodología de fijación de tarifas para generadores privados existentes (Ley 7200) que firmen un nuevo contrato de compraventa de electricidad con el ICE y se dispuso en el por tanto I.5 que:

]

5. MONEDA EN QUE SE EXPRESARÁ LA TARIFA

Las tarifas resultantes de la metodología detallada serán expresadas en dólares de los Estados Unidos de América (US\$ ó \$).

Los respectivos pagos que genera la compra venta de energía amparada a los contratos respectivos podrán liquidarse en dólares o en colones a criterio del comprador. Si el pago se realizará en colones, se utilizará el tipo de cambio de referencia para la venta establecido por el Banco Central de Costa Rica (referencia: <http://www.bccr.fi.cr>)

Esta última disposición se modificó, mediante el Por Tanto II de la resolución RJD-119-2011 en la que se estableció que:

]

III. Ampliar la resolución RJD-009-2010 en el sentido que el tipo de cambio a utilizar debe ser el promedio del tipo de cambio de referencia para la venta vigente durante el período a facturar.

[]

En cuanto al tipo de cambio del colón con respecto al dólar de los Estados Unidos de Norteamérica a utilizar en caso de que los pagos de la energía se realizaran en colones, dado que las tarifas se expresan en dólares, esta Asesoría es del criterio de que las partes deben definir, a nivel contractual, el tipo de cambio a utilizar para realizar el pago de una factura que se emite en moneda extranjera (dólares de Estados Unidos de Norteamérica en este caso), de conformidad con la legislación vigente y aplicable a sus transacciones.

Al respecto se le debe indicar a ACOPE, que la forma en que las empresas involucradas en la transacción de compraventa de energía eléctrica, contabilicen sus ingresos o gastos en colones, es materia que ya cuenta con un marco legal interno y con normas internacionales aplicables.

Incluso, si el período de contabilización del ingreso o gasto es diferente al momento del pago, la normativa actual, incluye apartados que indican qué hacer en caso de presentarse diferenciales cambiarios.

Por lo tanto, no le corresponde a la Autoridad Reguladora indicar cómo realizar los pagos, ya que son las partes interesadas las que deben ponerse de acuerdo sobre la forma de pago y su respectivo procedimiento, en el momento de la negociación del contrato.

Siendo así las cosas, es criterio de esta Asesoría que existió un vicio en el contenido del □Por Tanto II□ de la resolución RJD-119-2011, en cuanto a lo que pretendió aclarar de la resolución RJD-009-2010, sobre el tipo de cambio a utilizar, al momento de realizarse los pagos que generan los contratos de compraventa de electricidad con el Instituto Costarricense de Electricidad por parte de los generadores privados amparados en la Ley 7200.

Al constituirse el □contenido□ del acto administrativo un elemento esencial de este, y al tenor de lo dispuesto en los artículos 180, 186 y 187 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas, y con el fin de enderezar el procedimiento, considera esta Asesoría que debe modificarse de oficio el □Por Tanto II□ de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011 dictada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, para que en su lugar, se dicte un acto administrativo conforme con el ordenamiento jurídico, es decir, que contenga todos sus elementos y que ninguno de ellos adolezca de vicio o imperfección alguna que pueda producir o causar su nulidad, en los términos señalados supra, sobre el tipo de cambio a utilizar, debiendo modificarse el □Por Tanto I.5□ de la resolución RJD-009-2010 del 7 de mayo de 2010, de la siguiente manera: □5. MONEDA EN QUE SE EXPRESARÁ LA TARIFA Y FORMA DE PAGO // Las tarifas resultantes de la metodología detallada serán expresadas y facturadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ o \$). // Los respectivos pagos que genera la compraventa de energía, se harán de conformidad con lo definan las partes en sus contratos, de conformidad con la legislación vigente y aplicable a sus transacciones□

V. CONCLUSIONES

- 1. Que la solicitud de aclaración interpuesta por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE), resulta inadmisibles y por ende, debe ser rechazada de plano.**

2. *Que, la solicitud de aclaración y adición constituye una figura propia del derecho procesal común, no regulada por el derecho administrativo por la naturaleza especial del acto administrativo, que se plantea con la finalidad de adicionar o aclarar algún aspecto omitido u oscuro de una resolución, que como tendremos ocasión de explicar más adelante, cabría únicamente contra la parte dispositiva de la resolución administrativa, en aplicación supletoria y excepcional del artículo 158 del Código Procesal Civil en relación con el artículo 90.3 del Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda.*
3. *Que la forma en que las empresas involucradas en la transacción de energía eléctrica contabilicen sus ingresos o gastos en colones, es materia que ya cuenta con un marco legal interno y con normas internacionales aplicables. Incluso, si el momento de contabilización del ingreso o gasto es diferente al momento de pago, la normativa actual, incluye apartados que indican qué hacer en caso de presentarse diferenciales cambiarios.*
4. *Que con el fin de evitar que los actos administrativos (resoluciones) que se llegaron a dictar, adolezcan de vicios; de conformidad con el artículo 174.2 de la Ley General de la Administración Pública y sus reformas, se debería revocar de oficio el Por Tanto II de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011 dictada por la Junta Directiva, para que en su lugar, se dicte un acto administrativo conforme con el ordenamiento jurídico, es decir, que contenga todos sus elementos y que ninguno de ellos adolezca de vicio o imperfección alguna que pueda producir o causar su nulidad.*
5. *Que es criterio de este órgano asesor, que se debe modificar de oficio el texto del Por Tanto 1.5 de la resolución RJD-009-2010 del 7 de mayo de 2010, para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera: 5. MONEDA EN QUE SE EXPRESARÁ LA TARIFA Y FORMA DE PAGO // Las tarifas resultantes de la metodología detallada serán expresadas y facturadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ o \$). // Los respectivos pagos que genera la compraventa de energía, se harán de acuerdo con lo definan las partes en sus contratos, de conformidad con la legislación vigente y aplicable a sus transacciones.*

- I. Que en sesión 077-2011, del 21 de diciembre de 2011, cuya acta fue ratificada el 11 de enero del 2012; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 525-DGJR-2011, de cita, acordó por unanimidad: **1.-** Rechazar por improcedente, la solicitud de aclaración presentada por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE). **2.-** Anular de oficio el "Por Tanto II" de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011. **3.-** Modificar el texto del "Por Tanto I.5" de la resolución RJD-009-2010 del 7 de mayo de 2010, para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera: **5. MONEDA EN QUE SE EXPRESARÁ LA TARIFA Y FORMA DE PAGO** // *Las tarifas resultantes de la metodología detallada serán expresadas y facturadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ o \$). // Los respectivos pagos que genera la compraventa de energía, se harán de conformidad con lo definan las partes en sus contratos, de conformidad con la legislación vigente y aplicable a sus transacciones* **4.-** Publicar la resolución que debe emitirse, en el diario oficial La Gaceta.
- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Rechazar por improcedente, la solicitud de aclaración presentada por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE). **2.-** Anular de oficio el "Por Tanto II" de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011. **3.-** Modificar el texto del "Por Tanto I.5" de la resolución RJD-009-2010 del 7 de mayo de 2010, para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera: **5. MONEDA EN QUE SE EXPRESARÁ LA TARIFA Y FORMA DE PAGO** // *Las tarifas resultantes de la metodología detallada serán expresadas y facturadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ o \$). // Los respectivos pagos que genera la compraventa de energía, se harán de conformidad con lo definan las partes en sus contratos, de conformidad con la legislación vigente y aplicable a sus transacciones* **4.-** Publicar la resolución que debe emitirse, en el diario oficial La Gaceta.

POR TANTO:

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

- I. Rechazar por improcedente, la solicitud de aclaración presentada por la Asociación Costarricense de Productores de Energía (ACOPE).
- II. Anular de oficio el "Por Tanto II" de la resolución RJD-119-2011 del 18 de mayo de 2011.

III. Modificar el texto del "Por Tanto I.5" de la resolución RJD-009-2010 del 7 de mayo de 2010, para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera: "5. **MONEDA EN QUE SE EXPRESARÁ LA TARIFA Y FORMA DE PAGO** // Las tarifas resultantes de la metodología detallada serán expresadas y facturadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ o \$). // Los respectivos pagos que genera la compraventa de energía, se harán de conformidad con lo definan las partes en sus contratos, de conformidad con la legislación vigente y aplicable a sus transacciones".

IV. Publicar la resolución que debe emitirse, en el diario oficial La Gaceta.

NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

ARTÍCULO 12. Asuntos pospuestos

Dennis Meléndez Howell:

Bueno, quedan dos puntos, los cuales son por lo avanzado de la hora las 6:34 p.m. rogaría que los dejemos para verlos en una próxima sesión, de acuerdo.

La Junta Directiva resolvió, por unanimidad:

ACUERDO 12-77-2011

Posponer, para una próxima sesión, los asuntos indicados en la agenda como puntos 3.6 y 3.7, los cuales, en ese orden, se indican a continuación:

- Solicitud de atención de gestiones del señor Carlos Moraga Gatgens y recomendación por parte de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria en cuanto a las acciones a tomar en cuanto quejas tramitadas en expedientes AU-SUTEL-11-2010 y, AU-SUTEL-259-2010 y AU-SUTEL-317-2010. Oficio 635-DGJR-2011 del 3 de noviembre de 2011.
- Dictamen de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria, sobre la posibilidad de que un director que votó negativamente un acuerdo, vote afirmativamente su firmeza. Oficio 673-DGJR-2011.

A LAS 18:34 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