

SESIÓN EXTRAORDINARIA

N.º 13-2013

20 de febrero de 2013

San José, Costa Rica

SESIÓN EXTRAORDINARIA N.º 13-2013

Acta de la sesión extraordinaria número trece, dos mil trece, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el lunes veinte de febrero de dos mil trece, a partir de las catorce horas. Asisten los siguientes miembros: Dennis Meléndez Howell, quien preside, Sylvia Saborío Alvarado; Edgar Gutiérrez López, Grettel López Castro y Pablo Sauma Fiatt, así como los señores: Rodolfo González Blanco, Gerente General; Carol Solano Durán, Directora a.i. de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria; Enrique Muñoz Aguilar, Intendente de Transporte Público, Juan Manuel Quesada Espinoza, Intendente de Energía; Carlos Herrera Amighetti, Intendente de Agua y Saneamiento; Ricardo Matarrita Venegas, Director a.i. de la Dirección General de Estrategia y Evaluación y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Constancia de inasistencia.

El señor Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno, no participa en esta oportunidad, toda vez que se encuentra incapacitado.

ARTÍCULO 2. Lectura de la agenda.

El señor *Dennis Meléndez Howell* da lectura a la agenda de la sesión. A la letra dice:

1. *Criterio en torno al informe de la SUTEL, con respecto al programa de implementación del teletrabajo. Oficio 082-DGJR-2013, del 7 de febrero de 2013.*
2. *Continuación del análisis de las observaciones recibidas de los funcionarios, a raíz del período de consulta de la propuesta de modificación del RIOF.*

ARTÍCULO 3. Criterio en torno al informe de la SUTEL, con respecto al programa de implementación del teletrabajo.

A partir de este momento ingresa al salón de sesiones, la señora Heilyn Ramírez Sánchez, Directora Jurídica a.i. de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, a participar en el análisis y discusión de este artículo.

En cumplimiento del acuerdo 05-02-2013, del acta de la sesión 5-2013, celebrada el 17 de enero de 2013, se conoce el oficio 082-DGJR-2013, del 7 de febrero de 2013, mediante el cual, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria rinde criterio en torno al informe de la SUTEL, relacionado con el programa de implementación de teletrabajo en esa Superintendencia.

La señora *Heilyn Ramírez Sánchez* explica los antecedentes y pormenores del criterio, así como las recomendaciones del caso. Comenta, entre otras cosas, la resolución RCS-137-2012, del 27 de abril de 2012, los diferentes acuerdos de la Junta Directiva y las competencias de la ARESEP y de la SUTEL en materia de normativa administrativa.

Agrega que el dictamen C-126-2010, del 17 de junio de 2010, de la Procuraduría General de la República al respecto, señala lo siguiente:

“...Estima la Procuraduría que el inciso ñ), del artículo 53 establece una potestad normativa y directiva de la Junta Directiva de la ARESEP en los campos indicados. Por consiguiente, significa que en estos ámbitos es la ARESEP quien tiene el poder de decisión, de una parte y que el Consejo de SUTEL no es competente para establecer las normas generales que regulan la organización y las relaciones laborales de SUTEL, de otra parte. De la Ley no se deriva ninguna competencia de la SUTEL para regular ni las condiciones laborales, estableciendo el régimen de derechos y obligaciones de sus empleados, ni sus esquemas remunerativos ni la creación de plazas, aspecto que está en relación con la potestad de organización que, como dijimos, se mantiene el jerarca de ARESEP. Esa competencia, en efecto, no se deriva del inciso 1) del artículo 73 de la Ley 7593., antes transcrito. El término “someter a aprobación” debe ser interpretado en concordancia con las otras normas relativas a organización, lo que impide concluir que se ha otorgado un poder normativo en ese ámbito a la Superintendencia. (...)

Explica que la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria concluye que:

1. De conformidad con el inciso ñ) del artículo 53 de la Ley 7593 y sus reformas, corresponde a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, dictar las normas y políticas que regulen las condiciones laborales, la creación de plazas, los esquemas de remuneración, las obligaciones y los derechos de los funcionarios de la Autoridad Reguladora y de la Sutel.
2. Mediante la resolución RCS-137-2012, el Consejo de la SUTEL dispuso su propio “Programa de implementación del teletrabajo en la SUTEL”, el cual difiere de lo dictado por la Junta Directiva de la ARESEP en esa misma materia.
3. Según se desprende de autos, existe un vicio de uno de los elementos esenciales del acto emitido en la resolución RCS-137-2012, como lo es el sujeto, por cuanto es tarea de la Junta Directiva de la ARESEP, dictar las normas y políticas en materia laboral para los funcionarios, tanto de la Autoridad Reguladora, como de la SUTEL.

Ante una consulta del señor **Edgar Gutiérrez López** del por qué se califica como nulidad absoluta en este caso, la señora **Carol Solano Durán** señala que el acto se está anulando por un vicio en el sujeto que lo emitió. Apunta que, de continuarse ejecutando, habrá responsabilidad para quien autorice la ejecución de ese acto.

El señor **Dennis Meléndez Howell** comenta que le informó en su momento al señor Carlos Raúl Gutiérrez Gutiérrez, Presidente del Consejo de la SUTEL, que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos no está en desacuerdo con el esquema de teletrabajo, pero que la implementación del modelo que el Consejo ha diseñado, constituye una violación de principios básicos, puesto que se están adoptando potestades que le corresponden a la Junta Directiva de la ARESEP.

Analizado el asunto, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria conforme a su oficio 082-DGJR-2013, del 7 de febrero de 2013, el señor **Dennis Meléndez Howell** somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 01-13-2013

1. Declarar nulo el acto emitido con la resolución RCS-137-2012, del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), por existir un vicio en el sujeto que emitió dicho acto.

2. Poner en conocimiento del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), el acuerdo que se dicte, con el fin de que tomen las medidas que correspondan.
3. Comunicar a la Auditoría Interna, para lo que corresponda.
4. Díctese la siguiente resolución:

RESULTANDO:

- I. Que mediante la resolución RCS-137-2012, del 27 de abril de 2012, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) dispuso: «Emitir el siguiente “Programa de implementación del teletrabajo en la Superintendencia de Telecomunicaciones”».
- II. Que por oficio 1642-SUTEL-2012, del 02 de mayo de 2012, se remitió para conocimiento de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, la mencionada resolución RCS-137-2012.
- III. Que mediante el acuerdo 08-49-2012, adoptado en la sesión 49-2012, del 21 de junio de 2012, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora dispuso “Solicitar a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria que lleve a cabo un análisis sobre las competencias o no, que tiene la Superintendencia de Telecomunicaciones de implementar la resolución RCS-137-2012, mediante el cual aprobó el “Programa de Implementación del teletrabajo en la Sutel”.
- IV. Que mediante oficio 672-DGJR-2012, del 19 de setiembre de 2012, una vez estudiado el tema, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria concluyó:
 1. De conformidad con el artículo 53 inciso ñ) de la Ley 7593 corresponde a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora establecer las condiciones laborales, las obligaciones y derechos de los funcionarios de la Autoridad Reguladora y de la Sutel.
 2. De conformidad con el artículo 73 inciso q) de la Ley 7593, compete al Consejo de la Sutel someter a la aprobación de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, entre otras cosas, las normas generales de organización de la Sutel.
 3. Si bien la potestad normativa y de dirección en materia de empleo público no corresponden a la Sutel, sí le compete la ejecución de ese marco normativo y directivo mediante la emisión de los actos concretos necesarios para su implementación.
 4. Existe un reglamento en la Autoridad Reguladora denominado “Reglamento de Plan Piloto para Teletrabajo en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados” que regula las condiciones bajo las cuales puede implementarse -primeramente como un plan piloto- el teletrabajo en la Autoridad Reguladora y sus órganos desconcentrados (incluida la Sutel).
 5. El acuerdo 006-025-2012 del Consejo de la Sutel, mediante el cual emiten el “programa de implementación del teletrabajo en la Superintendencia de Telecomunicaciones” regula de manera distinta derechos y obligaciones de los funcionarios de esa Superintendencia en materia de teletrabajo.

Además, recomendó a esta Junta Directiva, solicitar al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, aclarar si el mencionado “Programa de implementación del teletrabajo en la Sutel” fue remitido para aprobación de la Junta Directiva en los términos establecidos por el

artículo 53 inciso ñ), de la Ley 7593 y una vez hecha esta aclaración tomar las decisiones que correspondieran.

V. Que en el artículo 6 de la sesión ordinaria 84-2012, celebrada el 11 de octubre de 2012, se conoció el oficio 672-DGJR-2012 y mediante acuerdo 06-84-2012, la Junta Directiva dispuso:

1. *Recordar al Consejo de la SUTEL, que mediante acuerdo 007-043-2009, del 22 de junio de 2009, la Junta Directiva resolvió aprobar el “Reglamento de Plan Piloto para el Teletrabajo en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus Órganos Desconcentrados”, vigente a partir de su comunicación el 14 de julio de 2009, según oficio 336-SJD-2009.*
2. *Solicitar al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, aclarar si el “Programa de implementación del teletrabajo en la SUTEL” fue remitido para aprobación de esta Junta Directiva en los términos establecidos por el artículo 53, inciso ñ) de la Ley 7593.*
3. *Solicitar al Consejo de la SUTEL, que informe si en este momento, está implementando el programa de teletrabajo en esa Superintendencia y a partir de cuándo lo está haciendo. Adicionalmente, cuántos empleados se han acogido al programa, cuántas horas por semana ha significado, cuánto ha sido el costo y cuáles son los mecanismos de control de productividad que se tiene del programa.*

VI. Que mediante oficio 5077-SUTEL-2012 del 17 de diciembre de 2012, el Presidente del Consejo de la SUTEL, da respuesta al acuerdo 06-84-2012, y manifiesta en lo que interesa:

“[...] Cabe indicar que el programa de teletrabajo se ha implementado de forma discontinua en la Superintendencia, ya que por los diferentes compromisos institucionales, los funcionarios deben apersonarse y no siempre es posible autorizar el teletrabajo, sin embargo, cuando se presentan las condiciones indicadas, la práctica es positiva y genera resultados repetibles.

Concretamente el Área de Recursos Humanos, quien participa en el monitoreo y control del tema, tiene un registro de 24 personas autorizadas a realizar teletrabajo [...]

En este mismo tema de control y seguimiento el Resuelve SEGUNDO de la citada resolución señaló que este Programa será revisado en un plazo de 6 meses, contado a partir de su entrada en vigencia, a efecto de valorar su funcionalidad, conveniencia y posibilidades de mejora en su implementación y supervisión. Con ocasión de esta previsión se espera preparar un informe que recoja las experiencias hasta la fecha.

En otro orden de ideas, en cuanto al punto 1 del acuerdo de la Junta Directiva de la ARESEP, que hace referencia al Plan Piloto para el Teletrabajo en la Autoridad Reguladora, vigente a partir del 14 de julio de 2009, muy respetuosamente señalamos que hemos tomado las mejores experiencias del Plan. El Consejo de la SUTEL no desconoce la existencia del Plan Piloto, sin embargo, cabe indicar que ese plan tenía una vigencia, como plazo de vencimiento en que se implementó el teletrabajo en SUTEL. [...] No pretende la SUTEL apartarse de la normativa de ARESEP, sin embargo, la implementación del teletrabajo ha sido retroalimentada de experiencias en otras instituciones, incluyendo la del plan piloto. [...]

Finalmente, en cuanto al punto 2 del acuerdo por medio del cual solicita aclarar si el programa de implementación del teletrabajo fue remitido para aprobación de la Junta Directiva en los términos establecidos por el artículo 53, inciso ñ) de la Ley 7593, cabe indicar conforme lo expuesto que no se trata de normativa que modifique la vigente, pues se trata de un medio de trabajo que internamente se implementa bajo las condiciones adaptadas a la dinámica y necesidades institucionales, al amparo del Reglamento el Reglamento autónomo de las relaciones de servicios entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios (RAS) y sobre una materia reconocida como de interés público y de beneficio para el país. La remisión que se efectuó a la Junta Directiva tenía un fin informativo. [...]"

VII. Que por acuerdo 05-02-2013, comunicado mediante oficio 022-SJD-2013, se trasladó a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el oficio 5077-SUTEL-2012, mediante el cual la Superintendencia de Telecomunicaciones remite el informe sobre el programa de implementación del teletrabajo en la Sutel, con el propósito de que se analice el citado documento y se emitan las recomendaciones del caso, en un plazo máximo de 15 días.

VIII. Que mediante oficio 075-DGJR-2013, del 4 de febrero de 2013, la DGJR solicitó a la Junta Directiva, prórroga del plazo otorgado mediante la comunicación hecha mediante el oficio 022-SJD-2013, en primera instancia, porque hubo una confusión, debido a que se tomó el plazo otorgado en días hábiles, de manera que se tenía como fecha de cumplimiento el 08 de febrero, por así consignarse en el control de acuerdos que lleva la Secretaría de Junta Directiva, comunicado vía correo electrónico el día 28 de enero. No obstante, en el documento remitido nuevamente por esa Secretaría, el día 01 de febrero se consigna como fecha de cumplimiento el 01 de febrero. Además, porque surgieron nuevos elementos que consideramos importantes de analizar en nuestro estudio, ya que mediante correo electrónico del pasado 25 de enero el Secretario del Consejo de la Sutel nos informó que el tema de teletrabajo, había sido visto nuevamente en la sesión 003-2013 celebrada el 23 de enero de 2013; que no obstante, estaba pendiente su firmeza y algunos ajustes. Por lo que consideró importante quedar a la espera de lo resuelto por el Consejo de la Sutel, ya que podría aportar nuevos elementos, los cuales podrían variar sustancialmente su criterio.

IX. Que mediante oficio 0502-SUTEL-SCS-2013, se comunicó a esa Junta Directiva el acuerdo 004-003-2013, adoptado por el Consejo de la Sutel en la sesión 003-2013, celebrada el 23 de enero de 2013, que en lo conducente señaló:

- 1. Indicar que de conformidad con las consideraciones de este acuerdo, el "Programa de implementación del teletrabajo en la SUTEL", adoptado mediante acuerdo 006-025-2012 de la sesión 025-2012, celebrada el 25 de abril del 2012, no varía las condiciones de la relación de servicio de los funcionarios de la Superintendencia de Telecomunicaciones.*
- 2. Remitir, sin embargo, a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la Resolución RCS-137-2012, a efectos de que si aprueba un programa distinto de teletrabajo para ambas Instituciones y que éste llegara a modificar la relación de servicio; considere la emisión de las normas jurídicas reglamentarias que considere oportunas en esta materia.*
- 3. Adjuntar a la comunicación del presente acuerdo, certificación de la Resolución RCS-137-2012 aprobada mediante acuerdo 006-025-2012 del Consejo.*

- X. Que mediante memorando N° 066-SJD-2013, del 5 de febrero de 2013, se remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el oficio 0502-SUTEL-SCS-2013, a efecto de que fuera considerado en el criterio solicitado mediante oficio 022-SJD-2013.
- XI. Mediante oficio 082-DGJR-2013, del 07 de febrero de 2013, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió el criterio solicitado.

CONSIDERANDO:

- I. Que los oficios 5077-SUTEL-2012 y 0502-SUTEL-SCS-2013 fueron analizados por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitiéndose el criterio citado que sirve de sustento para la presente resolución, del cual conviene extraer lo siguiente:

[...] III. EN CUANTO A LAS COMPETENCIAS DE LA ARESEP Y LA SUTEL EN MATERIA DE NORMATIVA ADMINISTRATIVA.

Respecto a este tema se refirió esta Dirección General, en el oficio 672-DGJR-2012, del cual consideramos conveniente destacar:

[...] I. Sobre la competencia de la Junta Directiva en materia normativa.

De conformidad con el inciso ñ) del artículo 53 de la Ley 7593 y sus reformas, corresponde a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos:

“ñ) Dictar las normas y políticas que regulen las condiciones laborales, la creación de plazas, los esquemas de remuneración, las obligaciones y los derechos de los funcionarios y trabajadores de la Autoridad Reguladora y de la Sutel.”

Así las cosas, resulta importante para el presente análisis, traer a colación lo que al respecto ha señalado la Procuraduría General de la República, en este sentido. Señala el dictamen C-126-2010 del 17 de junio de 2010, lo siguiente:

(...) C.- EN ORDEN A LA DESCONCENTRACION EN MATERIA ADMINISTRATIVA.

Por lo que no puede existir duda alguna de que al aprobar la Ley 8660 el legislador decidió que la potestad reglamentaria interna de la Superintendencia de Telecomunicaciones correspondiera a la ARESEP, como ya lo había decidido la Ley 8642. Por consiguiente, la Ley 8660 reafirmó lo dispuesto en el artículo 77 inciso 2, manteniendo su vigencia”.

El Reglamento Interior de SUTEL concierne su organización y funcionamiento interno. Ninguna norma legal acuerda a SUTEL potestad reglamentaria. Esta corresponde a la ARESEP, sin que en modo alguno pueda considerarse que esa potestad se limita a comprobar la legalidad de los proyectos de reglamento elaborados por la Superintendencia, a efecto de decidir si los aprueba o no. Por el contrario, se está ante una competencia propia de la Junta Directiva que le permite modificar la propuesta que le haya preparado la Superintendencia. Por ende, es la Junta Directiva quien emite el reglamento sobre la estructura administrativa de SUTEL. Este puede proponer normas de organización, pero la decisión final no le corresponde. No puede entenderse, en consecuencia, que la actuación de la Junta Directiva se produzca únicamente para

integrar la eficacia de la norma emitida o “creada” por SUTEL. Por el contrario, precisamente porque ninguna norma atribuye a la SUTEL un poder normativo y, por el contrario, diversas normas (artículos 77 de la Ley 8642 y 53, incisos l) y ñ) se lo atribuyen a la ARESEP, debe entenderse que la competencia de la Junta Directiva abarca la de modificar la propuesta de organización que le presenta el Consejo de la Superintendencia.

SUTEL solicita un pronunciamiento sobre la facultad de “dictar las normas y políticas” reguladoras de las condiciones laborales, creación de plazas, los esquemas de remuneración y los derechos y obligaciones de los servidores de SUTEL. En su criterio, al ser el Consejo de la SUTEL el superior jerárquico del órgano le corresponde aplicar las políticas y normas para crear formalmente las plazas y fijar los esquemas remunerativos del personal.

Estima la Procuraduría que el inciso ñ) del artículo 53 establece una potestad normativa y directiva de la Junta Directiva de la ARESEP en los campos indicados. Por consiguiente, significa que en estos ámbitos es la ARESEP quien tiene el poder de decisión, de una parte y que el Consejo de SUTEL no es competente para establecer las normas generales que regulan la organización y las relaciones laborales de SUTEL, de otra parte. De la Ley no se deriva ninguna competencia de la SUTEL para regular ni las condiciones laborales, estableciendo el régimen de derechos y obligaciones de sus empleados, ni sus esquemas remunerativos ni la creación de plazas, aspecto que está en relación con la potestad de organización que, como dijimos, se mantiene en el jerarca de ARESEP. Esa competencia, en efecto, no se deriva del inciso q) del artículo 73 de la Ley 7593, antes transcrito. El término “someter a aprobación” debe ser interpretado en concordancia con las otras normas relativas a organización, lo que impide concluir que se ha otorgado un poder normativo en ese ámbito a la Superintendencia. (...)

De lo expuesto se concluye con facilidad que la potestad normativa, tratándose de las condiciones laborales, salariales, derechos y obligaciones de los funcionarios de la Sutel, corresponde dictarlos a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora.

Por otra parte, señala el artículo 73 inciso q) de la Ley 7593, que es función del Consejo de la Sutel “someter, a la aprobación de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, las estrategias del órgano, los planes anuales operativos, los estados financieros y las normas generales de organización de la Sutel”. [...]

En este caso específico, el Consejo de la SUTEL tomó la decisión de crear su propio “Programa de implementación del teletrabajo”, con lo cual considera esta asesoría, dispuso de las condiciones laborales, así como de derechos y obligaciones de sus funcionarios. No obstante, en virtud de la normativa citada, era la Junta Directiva de la ARESEP, el órgano competente para disponer en esta materia, respecto a los funcionarios tanto de la ARESEP como de la SUTEL.

III. EN CUANTO A LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

De conformidad con lo señalado en el artículo 102 inciso d) de la Ley General de la Administración Pública (L.G.A.P.), el cual establece 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; en concordancia con lo establecido en el artículo 53 incisos l) y ñ) de la Ley N° 7593 y lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley General supra

citada, y con el fin de evitar que los actos administrativos que se llegaron a dictar adolezcan de vicios, se procede a señalar lo siguiente:

La citada LGAP, hace referencia a una serie de elementos que debe tener todo acto administrativo para considerarse válido. Estos 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).

Por otro lado, el artículo 223 de la misma Ley, dispone:

“(…) Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento.

Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión”.

Para mayor abundamiento de lo anterior, citamos lo dicho por la Procuraduría General de la República en cuanto a este tema, en su Dictamen C-276-2011 del 08 de noviembre de 2011:

“(…) A. Respecto al acto administrativo y los elementos que lo conforman:

Sobre este tema, debemos indicar que por acto administrativo entendemos aquella manifestación unilateral de voluntad que tiene por objeto producir un efecto de derecho y que emana, en la generalidad de los casos, de la Administración, en el ejercicio de la función administrativa que le es propia.

Por su parte, el acto administrativo nace a la vida jurídica cuando se actúa en el ejercicio de la función administrativa; sea, puede ser dictado por el Poder Ejecutivo o por los otros Poderes de la República, en este último caso, cuando ejerzan excepcionalmente una función administrativa (artículo 1, apartado 4 inciso b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Respecto a los elementos del acto administrativo, valga señalar que según la doctrina, estos se clasifican en subjetivos, objetivos y formales.

El elemento subjetivo se refiere al autor del acto, sea, la Administración Pública, a través de su respectivo órgano o ente. El Título Tercero del Libro Primero de la Ley General de la Administración Pública, se encarga de regular lo relativo a la competencia, aspecto en el que no ahondaremos por cuanto no viene al caso. En ese sentido, basta con transcribir lo que sobre el particular indica el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública:

"Artículo 129.-El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia."

Por su parte, los elementos objetivos hacen referencia al motivo, al contenido, y al fin de del acto. (...)”

Además en su Dictamen C 103- 97, del 20 de junio de 1997, ese mismo órgano sostuvo:

"(...) La competencia determina la aptitud jurídica de una autoridad pública para actuar. Esa competencia se resume en los poderes y deberes que han sido atribuidos por el ordenamiento a un órgano o ente público, lo que delimita los actos que puede emitir válidamente. En esa medida, la competencia constituye un elemento de validez del acto administrativo." (Dictamen C- 017- 96, de 31 de enero de 1996, dirigido al Colegio de Ingenieros Tecnólogos).

Ese mismo pronunciamiento, al referirse a las características que debe presentar la atribución de competencias, indicó:

"En primer término, la atribución debe ser expresa: los órganos y entes públicos sólo son competentes para ejercitar los poderes que expresamente hayan sido otorgados por el ordenamiento. En ese sentido, se afirma que la atribución de competencias no puede presumirse sino que debe derivar de un acto normativo expreso.

Por otra parte, la competencia ha sido otorgada por el ordenamiento para ser ejercida. En consecuencia, no puede ser renunciada ni dispuesta (artículo 66 Ley General de la Administración Pública). El órgano al que haya sido otorgado un poder para actuar, para emitir ciertos actos, está obligado a ejercer dicho poder a menos que exista otra norma posterior que otorgue dicha competencia a otro órgano, derogando tácita o expresamente la competencia original atribuida."

La jurisprudencia española, recogida por el autor Tomás Ramón Fernández Rodríguez, ha sostenido sobre el punto que:

"En la atribución de competencia entran dos elementos: de una parte, la declaración de competencia es siempre efecto de una declaración normativa y, en consecuencia, el ejercicio de la atribución en defecto de dicha declaración implica una acción administrativa de facto no respaldable por el ordenamiento jurídico" (FERNANDEZ RODRIGUEZ (Tomás-Ramón), La Doctrina de los Vicios de Orden Público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970, pág. 236- 237).

En nuestro medio el artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública, en su inciso primero, establece que "La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de este." Esa disposición se complementa con el numeral 216.1 del mismo cuerpo normativo que exige que toda resolución dentro del procedimiento administrativo se dicte con "estricto apego al ordenamiento". (...)

III.-CRITERIOS PARA LA CALIFICACION DEL VICIO:

Nuestro ordenamiento reconoce básicamente tres criterios para determinar si el vicio que presenta un acto administrativo, produce la nulidad absoluta o relativa de aquél.

El primero de dichos criterios es el teleológico o del grado de la infracción, según el cual, la consecución del fin público que se persigue con el acto, conjuntamente con la gravedad de la falta que presenta, son los elementos que deben tomarse en cuenta para determinar si estamos en presencia de nulidad o anulabilidad.

El fundamento normativo de este criterio, lo encontramos en los artículos 165 y 167 de la Ley General de la Administración Pública. El primero de ellos hace referencia a la gravedad de la falta en los siguientes términos:

"La invalidez podrá manifestarse como nulidad absoluta o relativa, según la gravedad de la violación cometida."

El segundo, contempla la realización o no del fin público como elemento determinante: "Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta."

Una disposición similar a las anteriores, pero referida al Libro Segundo de la Ley General de Administración Pública (procedimiento administrativo), la encontramos en el artículo 223 de esa Ley. Ahí se establece:

"1.-Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento.

2.-Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión."

Esta norma, aparte de reiterar la importancia del grado de la infracción, menciona dos razones específicas en las cuales se produciría nulidad de lo actuado: cuando el vicio cambie la decisión final en aspectos importantes, o cuando cause indefensión. Debe entenderse que en esos supuestos el procedimiento administrativo no cumpliría con el fin público a que va destinado.

Sobre el criterio teleológico o grado de la infracción como parámetro para la calificación del vicio, la doctrina nacional ha dicho:

"Este criterio es el que más acogida tiene por parte de los diversos autores. Mediante este se trata de precisar que la diferencia entre nulidad absoluta y nulidad relativa es de grado y que el contenido de esta graduación está determinado por la noción de fin público inherente a todo quehacer administrativo. Es decir, serán absolutamente nulos aquellos actos administrativos disconformes con el ordenamiento en forma grave, sea, que a la vez que quebrantan la legalidad administrativa, impiden la realización de los fines públicos hacia los cuales está encaminada la actuación de la Administración. Por otra parte, serán relativamente nulos aquellos actos que pese a su disconformidad sustancial con el ordenamiento, ésta no es grave ya que permite la realización de los fines previstos normativamente para la función administrativa que se ejerce." (SABORIO VALVERDE (Rodolfo), Eficacia e Invalidez del Acto Administrativo, Editorial Alma Mater, San José, 1986, pág. 92- 93.

El segundo criterio para calificar el vicio en que haya incurrido un acto administrativo, lo es el de la determinación expresa en la ley de las consecuencias del vicio.

Se trata de un método que por su rigidez, no permite deliberación alguna tendiente a ajustar las consecuencias del vicio al cumplimiento o no del interés público. Ello debido a que el legislador, de previo, ha realizado la ponderación correspondiente, arribando a la conclusión de que en esos casos, resulta inadmisibles otra solución que no sea declarar la nulidad absoluta del acto. En otras palabras, ya fuere por el grado de la lesión, o por la importancia de los valores en juego, la ley no deja a cargo del intérprete jurídico la determinación de las consecuencias del vicio, sino que las establece ella de manera genérica. (...)

El tercer y último de los criterios de calificación a que hemos hecho referencia, lo es el que se fundamenta en el Principio de Conservación del Acto Administrativo, según el cual, en caso de duda sobre la existencia, calificación o importancia del vicio, deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto. Este criterio se encuentra positivamente recogido en el artículo 168 de la Ley General de la Administración Pública.

Es importante señalar que este criterio de calificación es de aplicación residual, o sea, sólo opera en caso de que con los primeros dos mencionados, no se haya podido determinar el carácter absoluto o relativo de la nulidad que genera el vicio. (...)

Queda así expuesto, a criterio del órgano asesor del Estado, cuando procede declarar un acto como nulo a falta de unos de sus elementos esenciales como lo es el sujeto que dicta el acto, así como los criterios para determinar o calificar el vicio según se trate de los efectos que pueda o no producir ese acto.

En cuanto al tema aquí analizado, sea el oficio 5077-SUTEL-2012, en relación con la resolución RCS-137-2012, se tiene que respecto a esta última, según se desprende de autos, existe un vicio en uno de los elementos esenciales como lo es el sujeto que emitió este acto, por cuanto tal y como se señaló en el apartado anterior, es tarea de la Junta Directiva de la Aresep, dictar las normas y políticas en materia laboral para los funcionarios tanto de la Autoridad Reguladora, como de la Sutel. Y siendo que el sujeto del acto administrativo constituye un elemento esencial del mismo, al tenor de lo indicado en los artículos 128 y siguientes de la L.G.A.P., el acto dictado por el Consejo de la Sutel mediante la resolución N° RCS-137-2012, deviene nulo, ya que fue dictado por un órgano que no era competente para emitir una disposición de esta naturaleza y en consecuencia se tiene por acreditado un vicio en cuanto a este elemento.

Así las cosas, se tiene que sólo la violación a formalidades esenciales ocasiona la nulidad absoluta del acto administrativo por ser sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, y por lo tanto inválido. En estos casos, el acto no se presume válido, no se puede ejecutar, sanear o convalidar, su ejecución genera responsabilidad civil de la Administración y responsabilidad civil, administrativa y en algunos casos penal del funcionario, además que la declaratoria de nulidad es declarativa y retroactiva a la fecha de vigencia del acto, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe (artículos 169 a 172 de la Ley General de la Administración Pública) lo cual deberá valorar el Consejo de la Sutel.

V. CONCLUSIONES.

1. De conformidad con el inciso ñ) del artículo 53 de la Ley 7593 y sus reformas, corresponde a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dictar las normas y políticas que regulen las condiciones laborales, la creación de plazas, los esquemas de remuneración, las obligaciones y los derechos de los funcionarios y trabajadores de la Autoridad Reguladora y de la Sutel.

2. Mediante la resolución RCS-137-2012, el Consejo de la Sutel dispuso su propio "Programa de implementación del teletrabajo en la Sutel", el cual difiere de lo dictado por la Junta Directiva de la Aresep en esa misma materia.

3. Según se desprende de autos, existe un vicio en uno de los elementos esenciales del acto emitido en la resolución RCS-137-2012, como lo es el sujeto, por cuanto es tarea de la Junta Directiva de la Aresep, dictar las normas y políticas en materia laboral para los funcionarios tanto de la Autoridad Reguladora, como de la Sutel. [...]”

- II.** Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: 1. Declarar nulo el acto emitido con la resolución RCS-137-2012, del Consejo de la Sutel, por existir un vicio en el sujeto que emitió dicho acto. 2. Poner en conocimiento del Consejo de la Sutel el acuerdo que se dicte, con el fin de que tomen las medidas que correspondan. 3. Comunicar a la Auditoría Interna el acuerdo, para lo que corresponda.
- III.** Que en sesión 13-2013, del 20 de febrero de 2013, cuya acta fue ratificada el 25 de febrero del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sobre la base del oficio 082-DGJR-2013, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

Con fundamento en las facultades conferidas en la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus reformas y la Ley General de la Administración Pública, antes dichas,

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

RESUELVE:

1. Declarar nulo el acto emitido con la resolución RCS-137-2012, del Consejo de la Sutel, por existir un vicio en el sujeto que emitió dicho acto.
2. Poner en conocimiento del Consejo de la Sutel el acuerdo que se dicte, con el fin de que tomen las medidas que correspondan.
3. Comunicar a la Auditoría Interna, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE.

Se retira del salón de sesiones, la señora Heilyn Ramírez Sánchez.

ARTÍCULO 4. Continuación del análisis de las observaciones recibidas de los funcionarios, a la propuesta de modificación del RIOF.

De conformidad con lo resuelto en el acuerdo 02-07-2013, del acta de la sesión 7-2013, celebrada el 4 de febrero de 2013, el señor **Dennis Meléndez Howell** indica que, se va a continuar con la exposición del análisis de las observaciones recibidas de los funcionarios, a raíz del período de consulta de la propuesta de modificación del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus Órganos Desconcentrados.

El señor **Ricardo Matarrita Venegas** indica que, en esta oportunidad, se continuará con la revisión de las observaciones recibidas a la propuesta de modificación del RIOF, a partir del artículo 23, correspondiente a la Dirección General de Operaciones, para lo cual los señores directores y directoras

de la Junta Directiva, disponen de los documentos de trabajo elaborados por la Dirección General de Estrategia y Evaluación.

Indica que, en el artículo 23, únicamente se recibió una observación, del señor Luis Valverde, quien propone dejar una sola dirección, que abarque las áreas de Servicios Generales y Proveeduría.

La señora **Grettel López Castro** indica que, sobre ese punto solicita una explicación del por qué no se toma la observación del funcionario Luis Valverde.

El señor **Ricardo Matarrita Venegas** señala que, primeramente, implicaría una estructura más pesada, en términos de funciones, son totalmente diferentes. Además, no es justificable crear un nivel superior en ese sentido. Incluso, en el estudio de la firma Deloitte & Touch, S.A. están separadas esas áreas.

La señora **Grettel López Castro** señala que, es importante revisar las funciones que tiene la Dirección de Operaciones de la SUTEL, a pesar de la diferencia entre instituciones, ya que las propuestas para esta Dirección en ARESEP son muy generales, por lo que sería oportuno conocer la orientación del esquema que tiene esa Superintendencia y determinar si alguna función pueda considerarse.

Seguidamente el señor **Juan Manuel Quesada Espinoza** da lectura a las funciones establecidas para esa Dirección en la SUTEL, a lo que la directora **López Castro** señala que, el inciso 2), “*Velar por la calidad y la oportunidad de los servicios brindados por los departamentos a su cargo al resto de la organización*”, es un tema que podría considerarse.

Al respecto, el señor **Ricardo Matarrita Venegas** indica que parece ser una función genérica que se puede redactar para todas las áreas. Por otra parte, comenta que hubo otras observaciones generales relacionadas con los alcances de las funciones de una gerencia, una dirección general y una dirección de operaciones, de acuerdo al estudio de la firma consultora.

En otro orden de ideas, se refiere al artículo 24, sobre el Departamento de Recursos Humanos, en el cual se recibieron observaciones de la señora Norma Cruz Ruiz, las cuales en su mayoría fueron acogidas. Asimismo, se recibieron observaciones de los funcionarios Luis Valverde, Irene Zúñiga, Marta Leiva y Carol Solano.

Seguidamente los miembros de la Junta Directiva sugieren cambios de redacción en los numerales 1 y 3 del artículo 24 en mención, que consisten en utilizar las palabras ejecutar y valoración, respectivamente. Además indican que los numerales 6 y 16, se redacten de la siguiente manera:

6. *Diseñar el plan anual de capacitación de ARESEP de acuerdo con las necesidades de las distintas unidades y velar porque éste se enmarque dentro de las prioridades institucionales,*
16. *Analizar y resolver las solicitudes de reconocimiento de carrera profesional de los funcionarios de la Autoridad Reguladora, de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable.*

Adicionalmente, dentro de los comentarios de la Junta Directiva, se sugiere determinar las necesidades de desarrollo y capacitación de personal, incluyendo planes para enfrentar la renovación de personal que se está dando, como consecuencia de la salida de muchos funcionarios, la mayor parte por jubilación, lo cual recomienda incluirse en el numeral 18.

Se suscitan opiniones en cuanto a las observaciones realizadas por funcionaria Marta Leiva, en torno al numeral 9, en el sentido que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 72 del RAS, la resolución de los conflictos entre funcionarios, en primera instancia, corresponde a la jefatura inmediata, luego al Departamento de Recursos Humanos. Se sugiere mantenerlo como lo indica el RAS.

El señor **Ricardo Matarrita Venegas** explica las observaciones concernientes al artículo 25, que corresponde a la Dirección de Tecnologías de Información, las cuales básicamente provienen del señor Esteban Castro Quirós. Indica que, las observaciones de los funcionarios Esteban Castro Quirós y Norma Cruz Ruiz, fueron analizadas y discutidas con ellos y se incorporaron cambios de común acuerdo.

Seguidamente explica lo relativo al artículo 26, sobre la Dirección Administrativa Financiera. Aclara que se recibieron observaciones de los funcionarios, Arturo Moreno, Magally Porras Porras, Carlos Salazar y Carol Solano Durán.

La señora **Grettel López Castro** indica que, recibió informalmente una consulta de la señora Magally Porras Porras, respecto a la nueva estructura y del por qué la Dirección Administrativa Financiera perdió departamentos en la jerarquía que tiene actualmente. Manifiesta que lo informa, porque no observó explícitamente esa observación en el documento de trabajo. Considera conveniente brindarle una explicación por parte de la Dirección General de Estrategia y Evaluación, en la cual se le aclare el por qué se considera el esquema propuesto. Parte de ello, agrega, fue la razón por la que se estaba buscando una mayor especialización de una unidad financiera, inclusive para todo lo que es la creación de un Sistema Administrativo Financiero y una buena dirección en ese sentido.

Entre otros comentarios de los miembros de la Junta Directiva, se hace ver la importancia de justificar muy bien las respuestas a las observaciones recibidas. Asimismo, se indica la conveniencia de estudiar el procedimiento de *plaqueo* de activos con la Auditoría Interna, toda vez que se está dando un cambio en la administración de activos.

Se suscita un cambio de impresiones sobre el particular, y se comenta la oportunidad de que el numeral 1 del artículo 26, mantenga lo indicado en el artículo 59.a del RIOF actual. Por otra parte, se recomienda incluir un numeral 9 que se lea de la siguiente forma:

9. Realizar las investigaciones preliminares de aquellos casos en los cuales presuntamente podría haber infracción al artículo 39 de la Ley 7593 y remitir a la Junta Directiva un informe que contenga como mínimo la valoración de la existencia o no de mérito suficiente para abrir el respectivo procedimiento, aportando los elementos de juicio necesarios para formular el traslado de cargos o intimación.

Acto seguido, el señor **Matarrita Venegas** expone las observaciones recibidas con respecto al artículo 27, correspondiente al Departamento de Gestión Documental, artículo 28, del Departamento de Proveeduría y artículo 29, sobre el Departamento de Servicios Generales, las cuales provienen, básicamente, de los funcionarios Patricia Sánchez e Irene Zúñiga y Luis Valverde.

Sobre el artículo 28, respecto de las funciones del Departamento de Proveeduría, la señora **Carol Solano Durán** sugiere sustituir lo propuesto en el numeral 6, por la función de informar al Regulador General sobre posibles incumplimientos contractuales y recomendar el inicio de procedimientos administrativos.

Finalmente, el señor **Matarrita Venegas** explica lo relacionado con las disposiciones generales y derogatorias, dentro de las cuales, la señora **Carol Solano Durán** apunta la importancia de separar los temas de ARESEP Y SUTEL, tal y como lo sugiere el Consejo de la SUTEL. En ese sentido, agrega

que es fundamental aclarar cuando hay excepciones para SUTEL, de manera que se haga la exclusión explícita.

Seguidamente se suscita un cambio de impresiones entre los señores miembros de la Junta Directiva, dentro de las cuales se determina que, lo oportuno es solicitar a la Dirección General de Estrategia y Evaluación, que incorpore las observaciones, sugerencias y comentarios formulados durante la etapa de consulta y conocidas por este órgano colegiado. A sugerencia del señor Dennis Meléndez, se considera conveniente solicitar al Lic. Robert Thomas Harvey, su colaboración a la Junta Directiva en la revisión de estilo de la versión final de la modificación del RIOF, con el objeto de utilizar un lenguaje y redacción apropiado, evitar inconsistencias y detectar cualquier otro defecto de forma, en el entendido que, en una próxima oportunidad, la Dirección General de Estrategia y Evaluación someterá la versión ajustada de esta propuesta, la cual deberá ser acompañada por las justificaciones técnicas de los cambios y del dictamen de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

Asimismo, se recuerda la importancia de complementar las justificaciones del caso, con la estimación del costo marginal que implicaría la implementación de dicha propuesta de modificación, tal y como se había solicitado en su momento.

Analizado el tema, con base en los comentarios y sugerencia formulados esta oportunidad, el señor ***Dennis Meléndez Howell*** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 02-13-2013

- 1- Solicitar a la Dirección General de Estrategia y Evaluación incorporar en una versión final, los comentarios y sugerencias suscitadas a partir de las observaciones conocidas por esta Junta Directiva del proceso de consulta de la propuesta de modificación del RIOF, la cual deberá elevarse a conocimiento el próximo 7 de marzo de 2013, en el entendido de que dicha versión deberá acompañarse de las justificaciones técnicas de los cambios.
- 2- Solicitar al Lic. Robert Thomas Harvey, Asesor Jurídico del Despacho del Regulador, su colaboración con la Dirección General de Estrategia y Evaluación en la revisión de estilo de la versión final, con el objeto de asegurarse de la utilización del lenguaje y redacción apropiados, detectar inconsistencias y cualquier otro defecto de forma.

A las diecisiete horas finaliza la sesión.

DENNIS MELÉNDEZ HOWELL
Presidente de Junta Directiva

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de Junta Directiva