



3 de junio de 2021

**OFICIO DH-0779-2021**

**AL CONTESTAR REFIERASE A ESTE OFICIO**

**Señor  
Carlos Alvarado Quesada  
Presidente de la República  
Zapote. San José  
S. O**

**Señores y señoras  
Consejo de Gobierno  
Presidencia de la República  
S. O**

**Estimado señor Presidente y miembros del Consejo de Gobierno:**

**Asunto:** Consulta sobre el deber de imparcialidad, objetividad y probidad, en la elección de miembros de la Junta Directiva de la Refinadora Costarricense de Petróleo así como, lo referente a la selección de los/as candidatos/as que podrían ocupar puestos en la Junta Directiva, y además en la designación del Regulator/a General y Regulator/a adjunto/a de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Reciban un cordial saludo. La Defensoría de los Habitantes de la República (DHR), de conformidad con lo establecido en ley N.º 7313, le corresponde el despliegue de actividades relacionadas al control de juridicidad de la actividad administrativa del sector público, así como de la promoción y divulgación de los Derechos Humanos.

En ese contexto, se ha procedido a estudiar la normativa jurídica que rige la elección de los miembros de la Junta Directiva de la Refinadora Costarricense de Petróleo – RECOPE -, así como, lo referente a la selección de los/as candidatos/as que podrían ocupar puestos en la Junta Directiva, y además en la designación del Regulator/a General y Regulator/a adjunto/a de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos – ARESEP.

El objetivo es analizar los derechos e intereses de las personas usuarias de los servicios públicos, dentro del contexto constitucional, así como de los principios igualmente constitucionales de independencia, probidad, transparencia, evaluación y rendición de cuentas, ante eventual conflicto de intereses, frente a la necesaria distribución orgánica de funciones<sup>1</sup>, lo referente cuanto al nombramiento y selección de personas que ocuparían esos puestos de dirección.

---

<sup>1</sup> IV.- EL PRINCIPIO DE LA SEPARACIÓN DE FUNCIONES. El principio de separación de funciones -preferimos esa denominación a la tradicional división de poderes, pues, el poder fáctico o jurídico es uno solo- supone un sistema de frenos y contrapesos, donde el poder contiene al poder, tal objetivo se logra mediante la separación de las funciones estatales entre diversos órganos. Tal distribución de funciones, se efectúa según lo establecido en el texto constitucional, empero la mayoría de las Constituciones respeta los postulados esenciales de Montesquieu en el sentido *"que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no puede hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute"*. Tal principio del Estado Social de Derecho, en su formulación clásica, tuvo y tiene gran trascendencia al instituirse como garante de la libertad de los administrados frente a los detentadores del poder. Tanto es así que el artículo 16 de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 26 de agosto de 1789, dispuso que *"Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"*. El sustrato ideológico del principio de la separación de funciones lo constituye la preservación de las libertades de los administrados frente a los privilegios y prerrogativas de la Administración Pública, entendida en un sentido amplio. Sala Constitucional, mediante la resolución N.º 07965 – 2006.

Al efecto, se procede a transcribir la normativa vigente, lo descrito como punto de referencia:

## **Antecedente constitucional**

### **Capítulo IV**

#### **El Consejo de Gobierno**

*ARTÍCULO 147.- El Consejo de Gobierno lo forman el Presidente de la República y los Ministros, para ejercer, bajo la Presidencia del primero, las siguientes funciones:*

...

*4) Nombrar a los directores de las instituciones autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo;*

## **Sobre la normativa que rige la elección de miembros de la Junta Directiva de la Refinadora Costarricense de Petróleo – RECOPE**

El Reglamento de Funcionamiento y Potestades Internas de la Junta Directiva de RECOPE, emanado en fecha 13 de junio de 2018, contempla lo siguiente:

*De conformidad con las disposiciones y atribuciones establecidas en el estatuto social de RECOPE, la Ley N° 5508 publicada en La Gaceta N° 74 Alcance N° 66 del 19 de abril de 1974, la Ley N° 6588 publicada en La Gaceta N° 152 del 11 de agosto de 1981, y el Decreto Ejecutivo N° 14874, Reglamento a la Ley N° 6588, publicado en La Gaceta N° 194 del 14 de octubre de 1984, la Ley General de Administración Pública N° 6227 del 02 de mayo de 1978, así como el artículo 189 del Código de Comercio, esta Junta Directiva procede a emitir el siguiente Reglamento que regulará su funcionamiento y potestades internas.*

#### **Naturaleza e integración**

*1°- Junta Directiva Órgano Superior Jerárquico. La Junta Directiva es el Órgano Superior Jerárquico Colegiado en materia de Administración de la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., en adelante denominada RECOPE o la Empresa.*

*2°- Integración de la Junta Directiva. La Junta Directiva estará integrada por siete miembros a saber: Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero y Vocales: Primero, Segundo y Tercero; quienes durarán en sus cargos cuatro años. A excepción del Vicepresidente quien será el Ministro de Ambiente y Energía, según lo dispuesto en la Cláusula Décima de los estatutos sociales, los restantes miembros de la Junta serán nombrados por el Consejo de Gobierno como Asamblea de Accionistas de RECOPE, según dispone el artículo tercero de la Ley N°5508 publicada en la Gaceta N° 74, Alcance N° 66 del 19 de abril de 1974<sup>2</sup>.*

...

*Artículo 4°-**Competencias de la Junta Directiva:** Además de las funciones señaladas en el artículo 189 del Código de Comercio, será competencia de la junta directiva:*

*o) Elaborar y comunicar al Consejo de Gobierno, como asamblea de accionistas de la empresa, el informe anual de cumplimiento de gobierno corporativo.*

<sup>2</sup> Lo subrayado no corresponde al documento original

**Artículo 5º-Deberes de los Miembros de la Junta Directiva:** Son deberes de los miembros de la Junta Directiva:

*c) Tomar decisiones y votar los asuntos sometidos a su conocimiento tomando en consideración los intereses empresariales, el interés público y los intereses y las políticas de la asamblea general de accionistas de la empresa, representada por el Consejo de Gobierno.*

*k) Acatar las disposiciones y políticas de la asamblea general de accionistas de la empresa, representada por el Consejo de Gobierno.*

...

**Artículo 7º-Motivos por los cuales se pierde la condición de Integrante de la Junta Directiva:** Un miembro de la Junta Directiva perderá su condición cuando ocurra alguno de los siguientes hechos:

*a) Cuando el Consejo de Gobierno como Asamblea de Accionistas así lo disponga.*

Ahora bien, la Ley de la República No. 5508, denominada "Traspasa Acciones de RECOPE al Gobierno de Costa Rica", establece lo siguiente:

*Artículo 3º.- La Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A., queda autorizada expresamente para celebrar cualquier convenio o convenios con los inversionistas nacionales o extranjeros para obtener el financiamiento necesario para modernizar o ampliar sus instalaciones, a fin de que pueda atender debidamente la demanda de combustible y otros derivados del petróleo para satisfacer las necesidades de estos productos en el país, para la expansión de la empresa, con el objeto de abastecer otros mercados.*

*Sin embargo, el Gobierno no podrá ceder, enajenar o dar en garantía ninguna acción representativa del capital de la Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A. Tampoco podrá el Gobierno liberar las acciones objeto de las prendas, de fecha julio 19, 1963, que se mencionan en las cláusulas I y II del convenio.*

*El Consejo de Gobierno nombrará a los siete miembros de la Junta Directiva y podrá removerlos total o parcialmente<sup>3</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Gobierno deberá siempre proceder a la renovación o reelección de sus miembros durante los primeros quince días a partir del inicio de cada administración.*

## **Sobre la naturaleza Jurídica de RECOPE**

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con su jurisprudencia erga omnes, ha establecido lo siguiente:

*"... RECOPE S.A. es una empresa del Estado, constituida como sociedad anónima, que goza de un régimen de empleo de naturaleza mixta. En Sentencia N° 2000-7730, de las 14:47 horas del 30 de agosto del 2000, este Tribunal se refirió así al punto:*

*"(...) La refinadora es pues una empresa pública, que forma parte del sector público no financiero de la economía, lo que tiene consecuencias en cuanto al régimen jurídico que exhibe. En efecto, el artículo 3º inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública dispone que el derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes. Así, en tanto que es empresa pública, a RECOPE le corresponde darse su propia organización, con el objeto de asegurarse la*

<sup>3</sup> Lo subrayado no corresponde al documento original

distribución eficiente y económica de los derivados del petróleo (véase Voto 1743-91) y su régimen financiero no se encuentra comprendido en el Presupuesto Nacional (...).

[A] pesar de que la actividad de la Refinadora se rige en su mayor parte por el Derecho Privado, existe una importante participación pública orientada a fiscalizar económicamente a la sociedad, lo que se logra en su mayor parte por medio de los controles ejercidos por la asamblea de accionistas, que debe nombrar a los administradores de la empresa y los ordinarios derivados de los principios constitucionales (Contraloría General de la República). Por lo demás, el régimen jurídico es privado, y así debe ser, porque en caso contrario se correría el riesgo de desnaturalizar el concepto institucional, en la forma como originalmente fue concebido. El carácter mixto -de Derecho Público y Derecho Privado- del régimen jurídico de RECOPE, se extiende también por las razones acotadas a las normas que rigen las relaciones entre la Refinadora y sus empleados, a pesar de lo que podría interpretarse de la lectura de los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública. En este sentido, este Tribunal ha señalado lo siguiente: "Debe quedar claro para la resolución del presente asunto que esta Sala ha indicado en su jurisprudencia que RECOPE es una empresa del Estado, por lo que está sujeta a las regulaciones del derecho público, aún en lo que atañe a sus empleados. (...) (Voto 1246-94)".

## **Nombramientos en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP). Ley N° 7593, en relación con miembros de la Junta Directiva, Regulador General y el Regulador General Adjunto**

### **ARTICULO 45.- Integración de la Autoridad Reguladora**

*Integrarán la organización superior de la Autoridad Reguladora:*

- a) La Junta Directiva
- b) El Regulador General ...

### **Artículo 47.- Nombramientos**

*El regulador general, el regulador general adjunto y los miembros de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, serán nombrados después de abrirle expediente personal y de antecedentes a cada persona que se postule o sea postulada para integrar la Junta.*

***El Consejo de Gobierno, una vez que haya nombrado al regulador general, al regulador general adjunto y a los restantes miembros de la Junta Directiva, enviará todos los expedientes a la Asamblea Legislativa, la cual dispondrá de un plazo de treinta (30) días para objetar los nombramientos. Si en ese lapso no se produce objeción, se tendrán por ratificados. En caso de objeción, el Consejo de Gobierno sustituirá al director objetado y el nuevo designado serán objeto del mismo procedimiento.***

*El nombramiento de los miembros de la Sutel así como los requisitos y las demás condiciones se regirán por lo dispuesto en el capítulo correspondiente.*

*El nombramiento del regulador general adjunto será por seis (6) años y se nombrará un año posterior al nombramiento del regulador general.*

*(Así reformado por el artículo 41 aparte i) de la Ley N° 8660 del 8 de agosto de 2008)*

## **Sobre la naturaleza jurídica de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos<sup>4</sup>**

<sup>4</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 98-003394 de las 16:57 hrs. del 26 de mayo de 1998.

**IV.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ARESEP.** - La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) es una institución autónoma que forma parte de la Administración Descentralizada del Estado. La organización, funciones y atribuciones de la institución fueron establecidas por la Ley No. 7593. El legislador le atribuyó una competencia y le otorgó autonomía administrativa. Posteriormente, esa ley fue objeto de importantes reformas con motivo de la aprobación de la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 de 30 de junio de 2008 y de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones No. 8660 de 8 de agosto de 2008. La reforma provocó una nueva distribución de competencias según la cual algunas potestades que estaban asignadas a un órgano en concreto –Regulador General- pasaron a la ARESEP como ente. Es dentro de este ámbito legal que esta institución puede ejercitar su potestad de auto-organización. En relación con su naturaleza jurídica este Tribunal indicó:

*"(...)VIII. DE LAS COMPETENCIAS QUE SE OTORGAN A LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY. Por último, en lo que respecta a la impugnación del artículo 4 inciso d) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en cuanto se señala que las competencias que se otorgan a esta entidad invaden las que son propias del Poder Ejecutivo, y en el mejor de los casos, hay una duplicidad de funciones, no existe tal inconstitucionalidad. Antes que nada, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley de referencia, que establece la naturaleza jurídica de esta institución:*

*"Se transforma el Servicio Nacional de Electricidad en una institución autónoma, denominada Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en adelante y para efectos de esta ley llamada Autoridad Reguladora.*

*La Autoridad Reguladora tendrá personería jurídica y patrimonio propios, así como autonomía técnica y administrativa. Se regirá por las disposiciones establecidas en esta ley, sus reglamentos y las leyes que la complementen.*

*La Autoridad Reguladora no se ajustará a los lineamientos del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de las atribuciones que se le otorgan en esta ley."*

*La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos es una institución autónoma creada conforme a los lineamientos establecidos en los artículos 188, 189 y 190 de la Constitución Política; cuya autonomía se refiere únicamente a "la independencia administrativa", y que reviste especiales consideraciones, conforme se indicó en sentencia número 5338-94:*

*"[...] no gozan de una garantía de autonomía constitucional irrestricta, toda vez que la ley, aparte de definir su competencia, puede someterlas a directrices derivadas de políticas de desarrollo que esta misma encomiende al Poder Ejecutivo Central, siempre que, desde luego, no se invada con ello la esfera de la autonomía administrativa, propiamente dicha, ni la competencia de la misma Asamblea o de otros órganos constitucionales como la Contraloría General de la República. Debe hacerse notar que los antecedentes y efectos de la propia reforma, al reservar a esas entidades la materia de su propia administración, excluyó de su gestión de gobierno que implica: a) la fijación de fines, metas, tipos de medios para realizarlas; b) la emisión de reglamentos autónomos de servicio o actividad acorde con las disposiciones normalmente llamadas de política general. De esta manera la reforma hizo constitucionalmente posible someter a las entidades autónomas en general a los criterios de planificación nacional y en particular, someterlas a las directrices de carácter general dictadas desde el Poder Ejecutivo central o de órganos de la Administración Central (llamados a complementar o a fiscalizar la política general). Como parte de esos*

*órganos políticos fue establecida la Autoridad Presupuestaria, con el objeto de formular y ejecutar las directrices generales en materia de salarios, entre otras, emanadas del Poder Ejecutivo o de órganos de la Administración Central."*

*La norma impugnada establece:*

*"Son objetivos fundamentales de la Autoridad Reguladora:*

*[...]*

*d) Formular y velar porque se cumplan los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima, los servicios sujetos a su autoridad."*

*Obsérvese que la norma importa una atribución genérica de competencias, precisamente relacionadas con la verificación y tutela de los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad de los servicios públicos, que se encomiendan a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; atribuciones que si bien suponen un traslado o transferencia de funciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, no resulta inconstitucional, como lo señala la Procuraduría General de la República, en razón de que dentro del Estado costarricense, las instituciones autónomas vienen -precisamente- a cumplir el papel de asumir competencias normalmente asignadas al Poder Central, para desarrollarlas en condiciones de exclusividad, atendiendo a la eficiencia y especialización que ello supone. Asimismo, cabe señalar que no hay invasión de funciones ni de competencias entre el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por cuanto el primero es quien autoriza el servicio público, y la segunda es quien fiscaliza la calidad en la prestación del servicio público, con lo que se complementa estas funciones; y no debe perderse de vista que las funciones que tiene asignadas este Ministerio, son dadas por su Ley Orgánica, no por disposición alguna constitucional, con lo que no hay violación de los incisos 3) y 8) del artículo 140 de la Constitución Política (...)" (Sentencia No. 98-003394 de las 16:57 hrs. del 26 de mayo de 1998)*

### **Sobre el estado de la situación**

En relación con la normativa trascrita, al ser la Refinadora Costarricense de Petróleo, una empresa cuyo capital es patrimonio del Estado. En consecuencia, su organismo máximo administrativo, es la asamblea de accionistas representada por el Consejo de Gobierno y en el caso de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, es igualmente, el citado Consejo, el que propone inicialmente los candidatos a la Asamblea Legislativa, de quienes eventualmente ocuparan los puestos de dirección.

### **Se procede a efectuar las siguientes consultas:**

- I. de acuerdo con los antecedentes jurídicos antes registrados, ¿ha efectuado la Presidencia de la República, alguna valoración sobre la eventual afectación de los derechos e intereses económicos de los/as habitantes, el hecho que sea la misma instancia (Consejo de Gobierno), el que nombre y/o proponga la elección de jefes tanto de RECOPE, ¿cómo de la ARESEP?
- II. ¿cómo se promueve y garantiza en la elección de selección y remisión de propuesta de nombramiento, por parte del Consejo de Gobierno, la transparencia, independencia y probidad, en la atención de las solicitudes de aumento o disminución tarifaria, tanto del prestador monopólico del servicio de combustibles, versus a la entidad que regula y autoriza el precio final al consumidor?

- III. ¿se ha efectuado alguna acción técnica o jurídica, o se considera necesario realizar algún ajuste normativo o propuesta legislativa, para corregir eventual conflictos de intereses?
- IV. ¿cómo se garantiza el adecuado equilibrio, entendiéndose, la objetividad, idoneidad, oportunidad y vínculo de ciencia y técnica al ser el Consejo de Gobierno el que nombra tanto a los representantes de Junta Directiva de RECOPE y propone a la Asamblea Legislativa, la ratificación de los directores, así como del Regulador General y Regulador General Adjunto de la ARESEP?
- V. ¿Ha interferido o resuelto alguna contienda el Consejo de Gobierno, en la toma de decisiones finales en relación a la situación conjunta (Nombramientos RECOPE – ARESEP), en un caso concreto, en caso de ser positivo favor referirse al caso?

Agradeciendo realizar las acciones respectivas en un plazo de cinco días, así como el traslado final de la información oportuna a este despacho, me despido,

Atentamente

Catalina Crespo Sancho PhD.  
Defensoría de los Habitantes de la República