DEPARTAMENTO ESTUDIOS, REFERENCIAS Y SERVICIOS TÉCNICOS

AL-DEST- IJU -248-2019

INFORME DE: PROYECTO DE LEY

LEY PARA LA EFECTIVIDAD Y TRANSPARENCIA DE LAS INVERSIONES DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD Y SUS EMPRESAS

EXPEDIENTE Nº 21.233

INFORME JURÍDICO

ELABORADO POR:
GUSTAVO RIVERA SIBAJA
ASESOR PARLAMENTARIO

SUPERVISADO POR:
M°MAYELA CHAVES VILLALOBOS
JEFE DE ÁREA

REVISIÓN FINAL Y AUTORIZACIÓN
FERNANDO CAMPOS MARTÍNEZ
DIRECTOR

14 DE OCTUBRE DE 2019

ASAMBLEA LEGISLATIVA
de la República de Costa Rica

TABLA DE CONTENIDO

I.- RESUMEN DEL PROYECTO: 3

II.- ANÁLISIS DE FONDO 4

ANTECEDENTES 4
NORMATIVA REGLAMENTARIA 6
TRANSPARENCIA EN LA INFORMACIÓN / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES 6
AUSENCIA DE PROBLEMAS JURÍDICOS 7

III.- ANÁLISIS DEL ARTICULADO 7

IV.- ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO 10

Votación 10
Delegación 10
Consultas Preceptivas 11
Consultas Facultativas 11

INFORME JURÍDICO

LEY PARA LA EFECTIVIDAD Y TRANSPARENCIA DE LAS INVERSIONES DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD Y SUS EMPRESAS

EXPEDIENTE Nº 21.233

I.- RESUMEN DEL PROYECTO:

El proyecto reforma dos artículos de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades del Sector Público de Telecomunicaciones (Ley No. 8660).

La propuesta se justifica porque la normativa actual permite al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y sus empresas declarar confidencial cierta información que considere como secreto industrial comercial o económico, con respecto a las actividades que se encuentran en régimen de competencia.

Lo anterior a criterio de los proponentes produce hermetismo y secretismo en el manejo de fondos que son públicos y la evidencia demuestra que importantes inversiones que ha realizado el ICE han resultado fracasos financieros, lo que hace necesario mayor transparencia en el manejo de sus finanzas.

De este modo se propone adicionar dos párrafos al artículo 35 de la ley citada, que es el que permite propiamente declarar confidencial la información por motivos estratégicos comerciales y de competencia. La adición vendría a establecer que transcurrido un año después de realizadas las actividades comerciales, la información será de interés público y por tanto no confidencial; y además, ninguna información tendrá carácter confidencial para los rectores de energía y telecomunicaciones, la ARESEP, la SUTEL o la Contraloría.

También se reforma el artículo 36 que propiamente se denomina "*rendición de cuentas*" y que define los elementos que debe contener el Informe que el Consejo Directivo del ICE debe remitir cada año al Consejo de Gobierno para informar sobre su gestión. Este artículo se adiciona con dos nuevos incisos que incluyen el deber de informar sobre los estudios que sustenten las inversiones realizadas y la información relativa a política de endeudamiento de la Institución.

II.- ANÁLISIS DE FONDO

Antecedentes

La decisión para transparentar las inversiones del ICE, o más propiamente para combatir los problemas que se han derivado de la aplicación del artículo 35 de la Ley N° 8660 por el manejo que ha hecho la Institución de esta potestad de declarar "información confidencial" no es nueva, y tiene antecedentes de hecho que es importante conocer, y que incluso han generado otras iniciativas en la corriente legislativa.

Ante la situación actual de que las autoridades del ICE llegaron incluso a negar la información sobre diversos aspectos de la gestión de la Institución a la Contraloría General de la República amparándose en esta norma del artículo 35 de la Ley 8660, se presentó el primer proyecto de ley a la corriente legislativa bajo la forma de una interpretación auténtica por iniciativa del Diputado Antonio Álvarez Desanti.

Fue así como el 10 de junio de 2014 el expediente legislativo No. 19.157 ingresó a la corriente legislativa con el nombre de: *"Interpretación auténtica del artículo 35 de la Ley 8660 Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones y al artículo 12 de la Ley 12 Ley del Instituto Nacional de Seguros*", el cual se justificaba en la exposición de motivos de la siguiente forma:

> *"A partir de la apertura de los mercados de telecomunicaciones y de seguros, el legislador dispuso a favor del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y sus empresas, al igual que al Instituto Nacional de Seguros la potestad de declarar confidencial la información relacionada con sus actividades y la de sus empresas, cuando sea calificada ya sea, como secreto industrial, comercial o económico, por motivos estratégicos, comerciales y de competencia y no resulte conveniente su divulgación a terceros.*
>
> *Sin embargo, el anterior privilegio no alcanza a la Contraloría General de la República, la cual en apego de sus competencias constitucionales y legales debe desarrollar plenamente las labores de fiscalización y control previo y posterior de la hacienda pública en el entendido que tal información es a estos efectos de interés público.*
>
> *Es importante mencionar que la interpretación que se propone darle al artículo 35 de la Ley N.º 8660 y al artículo 12 de la Ley N.º 12 se da en el supuesto de que la Contraloría General de la República después de un análisis profundo considere oportuno hacer de conocimiento público cierta información con el fin de garantizar el buen funcionamiento de las instituciones y del interés público. Es decir, el criterio técnico de la CGR será quien determine la publicidad de la información."*

A esta iniciativa se le aprobó un Texto Sustitutivo en la Comisión de Asuntos Jurídicos el 13 de octubre de 2015, pero no llegó a ser dictaminado, por lo que fue archivado por vencimiento del plazo cuatrienal el 12 de junio de 2018.

Posiblemente condicionado por ese archivo, fue que al día siguiente, el 13 de agosto de 2018, se presentó a la corriente legislativa el expediente No. 20.943 "*Ley para transparentar la información financiera del ICE y del INS",* en el cual se decidió pasar directamente a una reforma legislativa y no solo una interpretación auténtica, siendo iniciativa del Diputado Jonathan Prendas Rodríguez.

Para entonces y tal como se detalla en la exposición de motivos había sucedido incluso que el ICE había presentado una demanda en contra de la Contralora General de la República a raíz precisamente de la confidencialidad de la información que versa sobre este artículo 35 de la Ley 8660:

> *"Precisamente para ilustrar este punto, es menester recordar que el 9 de julio de 2015, la Contralora General de la República, Marta Acosta Zúñiga, compareció ante los diputados de dicha Comisión para informarles sobre el estado financiero del Racsa, una de las empresas que pertenecen al Grupo ICE.*
>
> *En virtud de la forma en que están redactados los artículos 35 y 36 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, Ley N.° 8660, de 8 de agosto de 2008, y con el fin de resguardar la confidencialidad allí dispuesta, no se permitió al órgano contralor compartir los hallazgos con la Comisión para el Control del Ingreso y Gasto Público, por cuanto la fiscalización realizada tocaba elementos que fueron declarados como confidenciales por el ICE y a los cuales solo pueden tener acceso el Consejo de Gobierno y la Contraloría General de la República. Por tal razón, se debió realizar una sesión privada, sin la presencia de asesores, personal técnico ni medios de comunicación y que no consta en el contenido de las actas, para que los diputados pudieran conocer cuál es la situación en la que se encuentra Racsa.*
>
> *A raíz de tal evento, el ICE presentó una demanda contra la contralora el 12 de agosto de 2015, alegando que se había violado la confidencialidad de su información financiera. (…)*
>
> *Sin embargo, la interposición de la demanda supuso, en la práctica, un grave obstáculo a la potestad fiscalizadora del órgano contralor y, por supuesto, un impedimento a que la propia Asamblea Legislativa pudiera conocer la situación real de las finanzas de Racsa y, en general, del grupo ICE. Se trata entonces de una forma de amedrentar a los entes encargados de fiscalizar los fondos públicos administrados por una empresa pública estatal, que además ha mostrado una actitud renuente hacia la transparencia, evidenciada con los atrasos para implementar las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), cuyo objeto es ordenar la información financiera de las instituciones de acuerdo con parámetros internacionales que permitan transparencia y claridad, tanto en el manejo de los fondos como en las condiciones para los inversionistas…"*

Ese proyecto permanece en el Orden del Día de la Comisión de Asuntos Jurídicos desde el día 09 de octubre de 2018 a la espera de ser dictaminado.

En tratándose de iniciativas que tienen un contenido muy similar, obviamente el trámite y resultado de uno debe condicionar al otro y viceversa.

Queda dicho entonces que este tema de la información confidencial del ICE y sus empresas no es nuevo y ya ha requerido atención y debate en la corriente legislativa.

Normativa reglamentaria

El Poder Ejecutivo ha dictado expresamente el Decreto Ejecutivo No. 36.984 – MINAE del 16 de noviembre de 2008, que es *"Reglamento a los artículos 36 y 37 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones"* [1], que como se verá ya incorpora alguno de los elementos o propuestas de este proyecto de ley.

Este Reglamento en esencia viene a regular el Informe Anual de rendición de cuentas que debe presentar el Consejo Directivo del ICE, indicando los elementos que debe contener "*con el propósito de que la información sea más específica y detallada"* según se indica en sus propios considerandos.

Transparencia en la información / régimen de responsabilidades

La mejora en la rendición de cuentas, o en todo caso en otorgar mayor transparencia a las finanzas de una Institución es solo una parte muy importante en la búsqueda de un adecuado manejo de recursos públicos.

La contraparte, que este proyecto no aborda, y que es entendible porque es todo un tema aparte, se refiere al régimen de responsabilidad a que puedan estar sujetos los Directivos de una institución o empresa pública.

Pese al deber de rendir un informe que establece el artículo 36 y pese a los resultados nada exitosos de más de un proyecto de inversión del ICE, no se ha generado ninguna reacción a nivel de responsabilidad, ni siquiera mínimamente como podría ser en el ámbito político pidiendo la sustitución de responsables, al punto que ni siquiera esa responsabilidad no solo no ha sido determinada, sino que ni siquiera se ha emprendido ninguna acción con ese fin.

Es importante contar con más y mejor información que permitan contrastar adecuadamente la gestión de una Institución como el ICE. Es importante poder llegar a conocer si las cosas se hacen bien o mal. Pero ese conocimiento si no va seguido de alguna consecuencia o resultado concreto es en sí mismo estéril.

Ahora se está en la etapa de que ni siquiera se puede contar con la información que permita una adecuada fiscalización, y a eso tiende el proyecto. La observación que

[1] Véase texto completo en el SINALEVI en la siguiente dirección, consultada el 21 de agosto 2019: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=71998&nValor3=87629&strTipM=TC

esta asesoría quiere dejar clara es que el proyecto tiende a ser una solución importante pero solo parcial de la problemática, y así debe ser entendido.

Ausencia de problemas jurídicos

El proyecto no presenta problemas jurídicos ni por el fondo ni por la forma, y su aprobación o no es un asunto de discrecionalidad política.

III.- ANÁLISIS DEL ARTICULADO

Artículo 1 (y único) que reforma los artículos 35 y 36 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (Ley N° 8660 del 8 de agosto de 2008).

En cada uno de ambos casos, la modificación o adición propuesta se resalta en negrita:

ARTICULO 35 - Manejo de información confidencial

La información que el ICE y sus empresas obtengan de sus usuarios y clientes será de carácter confidencial y solo podrá ser utilizada y compartida entre el ICE y sus empresas, para los fines del negocio. Su conocimiento por parte de terceros queda restringido, salvo cuando así lo solicite una autoridad legalmente competente, justificando su necesidad y por los medios respectivos.

Es confidencial la información relacionada con las actividades del ICE y sus empresas, calificada por estas como secreto industrial, comercial o económico, cuando, por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros.

Un año después de realizadas las actividades comerciales y de inversión del ICE y sus empresas, la información relacionada con el estado ingresos y gastos, los mecanismos de financiamiento utilizados, el estado de resultados y la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de fondos públicos, será de interés público y no confidencial.

Ninguna información tendrá carácter confidencial para los rectores en materia de energía y telecomunicaciones así como la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Superintendencia de Telecomunicaciones y la Contraloría General de la República.

Como se observa la modificación consiste en la adición de los dos párrafos finales.

En el primero de ello se establece que al año de realizadas las actividades comerciales “se levantará el velo de confidencialidad” sobre los aspectos que especifica, por constituir información de interés público.

Hay que distinguir en este artículo dos tipos de información: la obtenida de usuarios y clientes (párrafo primero del artículo) que efectivamente por ser información personal tiene un tratamiento especial, pero que no es el objeto de reforma de este proyecto.

Debe quedar claro que la información relacionada con una Institución o una empresa (persona jurídica) no goza de la protección constitucional del artículo 24, porque no se trata de un derecho humano fundamental (las personas jurídicas no tienen derechos humanos) sino de un derecho subjetivo de base legal.

En el caso de las empresas o personas jurídicas, la regulación es la que está contenida en el párrafo segundo del artículo.

Este es el caso de la información propiamente del ICE y sus empresas que como tal debe asimilarse a la Información no divulgada en los términos de la ley especial con ese nombre.[2]

En este sentido, la protección jurídica que quiera otorgarse a la información derivada de las actividades de una Institución o empresa pública es un asunto legal, que como tal puede limitarse o reformarse por otra ley posterior sin problema alguno.

Del mismo modo que la ley estableció el derecho a la información confidencial del ICE en la normativa actualmente vigente (artículos 36), otra ley posterior de igual rango puede incluso eliminar esa protección o limitarla a un año de duración como pretende el proyecto sin ningún problema jurídico y respondiendo solo a criterios de conveniencia u oportunidad política.

Dejando sentado entonces que de principio la reforma propuesta es un asunto discrecional, conviene reflexionar sobre algunos aspectos operativos y de conveniencia.

En primer lugar, el plazo de un año con que viene a limitar la confidencialidad de la información pareciera estar relacionado con la anualidad presupuestaria, sin embargo, podría no tener relación directa con el desarrollo de inversiones y proyectos de mayor envergadura.

Pero en todo caso, la información deja de ser confidencial hasta después de ejecutada la actividad, significa que solo se aspira a un control posterior después de

[2] Ley de Información no Divulgada. Ley No. 7975 del 04 de enero de 2000. Define así este tipo de información: ***"ARTÍCULO 2.- Ámbito de protección****. Protégese la información no divulgada referente a los secretos comerciales e industriales que guarde, con carácter confidencial, una persona física o jurídica para impedir que información legítimamente bajo su control sea divulgada a terceros, adquirida o utilizada sin su consentimiento por terceros, de manera contraria a los usos comerciales honestos, siempre y cuando dicha información se ajuste a lo siguiente: a) Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información. b) Esté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreta. c) Tenga un valor comercial por su carácter de secreta. La información no divulgada se refiere, en especial, a la naturaleza, las características o finalidades de los productos y los métodos o procesos de producción (…)"*

que ya se han hecho las inversiones y los proyectos, hayan resultado buenos o malos.

Hay que entender además de que el hecho de que la información sea o deje de ser confidencial es solo con respecto al público y no ante los entes de control como se afirma categóricamente en el segundo párrafo, pues nunca la declaratoria de confidencialidad enerva el deber de dar a conocer esa información a los órganos fiscalizadores.

La declaratoria de confidencialidad lo que implica es un tratamiento especial para este tipo de información y la consecuencia de que no puede darse a conocer al público; lo cual sí tiene el efecto directo de enervar el control político que pueda ejercer la Asamblea Legislativa, por ejemplo, o la prensa o la opinión pública, que en ocasiones llegan a ejercer un control más efectivo.

De modo que el último párrafo que se pretende adicionar no viene a establecer nada nuevo y su efecto es quizás solo político y declarativo, pues efectivamente como ya sucede en la práctica, la declaratoria de confidencialidad no afecta las potestades de control y fiscalización de los entes ahí mencionados.

La norma no presenta problemas jurídicos de principio y su aprobación es un asunto de discrecionalidad política.

ARTÍCULO 36.- Rendición de cuentas
Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 57 y 94 de la Ley N° 8131, Administración financiera de la República y presupuestos públicos, de 18 de setiembre de 2001 , y sus reformas, y en congruencia con el inciso 4) del artículo 147 de la Constitución Política, el Consejo Directivo del ICE elaborará un informe anual de rendición de cuentas y lo presentará, a más tardar el quince de marzo de cada año, ante el Consejo de Gobierno y la Contraloría General de la República, con el fin de someter a la valoración de dichos órganos la gestión institucional y la de sus empresas subsidiarias.
El informe anual incluirá, por lo menos, lo siguiente:

1. Un informe sobre su desempeño y el de sus empresas en el mercado eléctrico y de telecomunicaciones; en él cotejará los objetivos alcanzados en el período contra los señalados en los planes correspondientes al período.
2. El balance general.
3. El estado de resultados financieros.
4. El estado del origen y la aplicación de fondos.
5. Un balance social, que contendrá las acciones ejecutadas con el fin de satisfacer la prestación de los servicios de telecomunicaciones y de energía, bajo los principios de universalidad y solidaridad, así como aquellos en materia de derechos humanos y su impacto en el desarrollo local y la participación ciudadana.
6. Un balance, que incluirá las acciones ejecutadas en materia de política ambiental.

7. **Los estudios que sustenten que las inversiones realizadas anualmente son financieramente viables y factibles, socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas de desarrollo institucional y nacional.**
8. **Información sobre la política de endeudamiento, el porcentaje de endeudamiento interno y externo de mediano y largo plazo en relación con sus activos totales, además del destino de los recursos provenientes del endeudamiento.**

En este caso se adicionan dos nuevos incisos con los números 7) y 8).

El inciso 7) dispone incluir en el respectivo informe anual los estudios técnicos que sustenten las inversiones.

Este es un elemento novedoso, y de principio es un asunto discrecional que no presenta problemas jurídicos.

El inciso 8) solicita incluir la política de endeudamiento de la Institución según distintos parámetros.

Este párrafo reproduce literalmente el contenido del Decreto Ejecutivo 39.984[3] ya mencionado, en su artículo 1.3.g).

En la medida que la precisión ya está contenida en la normativa reglamentaria, se trata en este caso simplemente de elevar el asunto a nivel legal.

Ninguna de las dos adiciones presenta problemas jurídicos y es un asunto básicamente de discrecionalidad y conveniencia política.

En cuanto a la técnica utilizada, debe corregirse la numeración del artículo 1, por lo que se recomienda denominarlo “ARTÍCULO ÚNICO”.

IV.- ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Votación

Este proyecto puede ser aprobado con la mayoría absoluta de los presentes que establece el artículo 119 de la Constitución Política.

Delegación

El proyecto puede ser delegado a conocimiento de una Comisión Legislativa con Potestad Plena de conformidad con lo establecido en el artículo 124 párrafo 3° de la Constitución Política.

[3] Decreto Ejecutivo No.36984 “*Reglamento a los artículos 36 y 37 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones”.*

Consultas Preceptivas

- Instituto Costarricense de Electricidad
- Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos ARESEP / Superintendencia de Telecomunicaciones SUTEL

Consultas Facultativas

- Ministerio de Ciencia Tecnología y Telecomunicaciones MICITT
- Ministerio de Ambiente y Energía MINAE
- Contraloría General de la República
- Consejo de Gobierno

Elaborado por: grs
/*lsch// 14-10-2019
c. archivo