

**ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA**

**48-2011**

**27 de julio del 2011**

***San José, Costa Rica***

## SESION ORDINARIA 48-2011

Acta de la sesión ordinaria número cuarenta y ocho dos mil once, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la ciudad de San José, a partir de las catorce horas y quince minutos del veintisiete de julio del dos mil once, con la asistencia de sus miembros: Dennis Meléndez Howell, Presidente; Emilio Arias Rodríguez; Edgar Gutiérrez López y Sylvia Saborío Alvarado, así como con la de los señores: Rodolfo González Blanco, Gerente General; Luis Fernando Sequeira Solís, Auditor Interno; Juan Manuel Quesada Espinoza, Director de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de Junta Directiva.

### **ARTÍCULO 1** *Constancia de inasistencia.*

Se deja constancia que la señora *María Lourdes Echandi Gurdian*, no participó en esta oportunidad, toda vez que se lo impidió la atención de una serie de compromisos de índole particular.

### **ARTÍCULO 2.** *Aprobación del Orden del día.*

Seguidamente la Junta Directiva procedió a conocer el Orden del Día de esta sesión, luego de lo cual resolvió:

#### **ACUERDO 01-48-2011**

Aprobar el orden del día de esta Sesión.

### **ARTÍCULO 3** *Aprobación de actas.*

La Junta Directiva procedió a analizar el punto relativo a la aprobación del acta de la sesión 46-2011, celebrada el 20 de julio del 2011.

El director *Emilio Arias Rodríguez* señaló que quería dejar constando en actas, que el proyecto del acta de la sesión 47-2011 no ha sido sometida a conocimiento de los miembros de esta Junta Directiva, cuya sesión se realizó el día de ayer después de las 5 de la tarde. En esa dirección, quisiera que conste, porque alrededor de las de las 11:00 de la mañana lo llamó directamente una periodista a consultarle sobre un comunicado de prensa institucional que hace referencia a los acuerdos que se tomaron en el acta 47-2011.

Evidentemente, solicitó que le hicieran llegar el comunicado para ver a qué se refería y originalmente imaginó que era con referencia al comunicado que se dio antier, que salió publicado en el diario La Nación. No obstante, cuando leyó el documento se dio cuenta que es un nuevo comunicado que se hizo posterior a la sesión del día de ayer, el cual en su último párrafo hacen una serie de observaciones inexactas y faltas a la verdad, a lo que sucedió en la sesión 47-2011, a las cuales no se va a referir en este momento, porque entiende que esa acta no ha sido ni siquiera puesta a conocimiento de los miembros de la Junta.

Ante la consulta que se le hizo, le solicitó al Secretario de Junta que le me informara si efectivamente de la Secretaria o algún funcionario de la Secretaría, había entregado información referente al acta sobre las resoluciones que se tomaron el día de ayer. El Secretario de Junta, ante su consulta, le manifestó:

*□ En el transcurso de la mañana recibí un llamada de la señora Flor Emilia Ramírez, me parece que es del sindicato, haciéndome ver que se circuló electrónicamente un boletín difundido a la prensa, precisamente al cual usted me hace referencia en su correo.*

*La pregunta que me hizo fue si era cierto que hubo una votación por unanimidad, cuya pregunta me sorprendió y simplemente le respondí que, en este momento, la Secretaría apenas estaba en el proceso de levantamiento del proyecto de acta de la sesión de ayer, por lo que no se tenía claro siquiera los acuerdos cómo iban a quedar, porque además estamos con la transcripción de la grabación.*

*Mi preocupación después fue cuando leí el citado comunicado, pues el último párrafo, en efecto, deja ver que se tomó un acuerdo firme, cuando no fue así.*

*En razón de lo anterior, me permito comunicarles que esta Secretaría aún no ha terminado de elaborar el proyecto de acta de la sesión 47-2011, celebrada el día de ayer, dado que nos encontramos todavía en el proceso de transcripción, por lo tanto de esta Dependencia, ni de ninguno de los colaboradores aquí, ha podido salir información alguna relacionada con dicho comunicado de prensa.*

*De hecho, ni siquiera se ha remitido el proyecto a los señores directores, como se acostumbra hacer para que realicen sus observaciones. Difícilmente, desde ese punto de vista, se van a comunicar oficialmente acuerdos que aún están en proceso, y que no fueron tomados en firme. □*

Continuó diciendo el director *Arias Rodríguez* que con esa respuesta del señor Secretario conforme a su consulta, quisiera que eso se consigne en actas porque le va solicitar por escrito que la periodista de la Institución que le informe quién le dio la información para efectos de incorporarla en el comunicado de esa forma, dado que en el comunicado la información es inexacta, hace referencia a una votación que no existió y a un acto que tampoco es cierto como el mismo Secretario lo informa en este correo electrónico.

El día de ayer fue claro y solicitó respetuosamente al Regulador en actas que, antes de enviar un comunicado, precisamente previendo esto mismo, se les hiciera llegar. Se hizo caso omiso al llamado respetuoso que hizo su persona y la directora Echandi, pero en vista que la Auditoría en ese tema, ha manifestado en diversas oportunidades cuestionamientos, en este caso es muy claro, si no fue la Secretaria, le parece que la señora periodista deberá de indicar quién le dio la información y que se proceda conforme.

Considera que es muy delicado en la circunstancia en la que se está, que se indique en el último párrafo del comunicado que esta Junta tomo un acuerdo en firmey como lo señaló el Secretario de Junta no hubo ningún acuerdo en firme.

Por otra parte, tampoco se rechazó una moción para realizar la consulta de la Procuraduría, en ningún momento se alteró el orden, en ningún momento se circuló la moción, simplemente se habló de que una moción se posponía y que se hizo la solicitud para que la otra se presentara como corresponde, en el procedimiento que establece claramente el reglamento de sesiones. En ese sentido, esas dos cosas son inexactas y falsas y quisiera que le den una explicación, porque se siente aludido y además en el comunicado, ni siquiera se dice como fueron las cosas, ni porque votaron unos ni porque votaron otros.

Cualquiera lee ese comunicado y cree que todos aquí son iguales y votaron igual y cree que son diferentes las circunstancias, tanto las que dio doña Sylvia en su momento, como las que dio don Edgar y las que dieron su persona y la directora Echandi. Son distintas las razones por las que se votó ese acuerdo. Eso no se deja en el comunicado y por el contrario se incorporan dos elementos falsos en ese comunicado. Eso ya había sucedido en una oportunidad, lo había alertado acá, existe un oficio que les entregaron la semana pasada donde una persona se queja de esa misma circunstancia, de una información que supuestamente dio la prensa de la Institución y esto es muy serio.

En esa dirección, quisiera que le indiquen quién le entregó la información a la periodista o quién le giró la orden, para que pusiera en ese comunicado dos cosas que no existen y que además trae el logo de la Institución, es oficial y sale de la Institución oficial, entonces alguien tiene que responsabilizarse de lo que se dice en ese comunicado que no se dio aquí en Junta. Además, se sabe que no se dio lo que dice el comunicado y está claro la

grabación y en la transcripción que debe estar en este momento elaborando la Secretaria.

Lo hace en el capítulo de conocimiento de actas porque le parece una [barbaridad] que eso suceda en esta Institución, máxime que incluso alertó y solicitó respetuosamente que no se hiciera y se hace de esta forma diciendo cosas que no son y que son inexactas, porque aquí están todos los que estábamos ayer y está también la grabación donde se puede escuchar claramente.

Don **Dennis Meléndez Howell** indicó que quería aclarar que el asunto es muy simple, pues fue quien le dio esa información a la periodista para que lo incluyera en el boletín de prensa. No le dijo ninguna mentira de lo que sucedió acá.

El acuerdo se tomó por unanimidad, ahí no dice que se tomó en firme, probablemente debió haberse aclarado que no era un acuerdo que estuviera en firme todavía, pero en el comunicado no lo dice. Simplemente señala que fue por unanimidad y que una propuesta para que se enviara la consulta a la Procuraduría no fue aprobada y que entonces el Regulador General tomó la determinación de hacer esa propuesta, eso es lo que dice el comunicado.

Sobre el particular, el señor **Emilio Arias** consultó ¿en qué momento se votó aprobar o no aprobar eso? A lo cual el **Regulador General** respondió que los directores Arias y Echandi no aceptaron ver ese tema.

El director **Arias** indicó que cuando se pone en un documento público que se aprobó es muy distinto. Sobre el particular el **Regulador** respondió que es una discusión que probablemente se verá cuando se vea el acta.

Don **Dennis Meléndez Howell** continuó con las observaciones al acta 46-2011, dentro las que hizo ver que en la página 5, renglón 29 en adelante dice [por cuanto existía alguna duda con relación a la capacidad que tendría RECOPE], ahí agrega: [de ejecutar sus inversiones e incluso ARESEP tendría que controlar la ejecución de ese plan quinquenal de inversiones, esto podría traducirse en una acumulación de reservas a lo largo del tiempo que se podría transformar en un problema en el mediano plazo] Lo demás son correcciones de forma.

Luego de conocidas las observaciones al citado proyecto de acta, la Junta Directiva dispuso:

**ACUERDO 02-48-2011**

Aprobar el acta de la sesión 46-2011 celebrada el 20 de julio del 2011, cuyo proyecto se distribuyó con anterioridad entre los señores miembros de la Junta Directiva.

**ARTÍCULO 4. Licitación**  *Adquisición de equipo de cómputo y periféricos* 

*Las señoras Marjorie Villalobos, Carol Solano e Heilyn Ramírez, participaron en la discusión y análisis del presente artículo.*

Se conoció el oficio 296-GG-2011 del 8 de julio del 2011, mediante el cual el Gerente General somete un proyecto de acuerdo que cabría tomar con respecto a la Licitación Pública con el fin de  Adquirir Equipo de Cómputo y Periféricos

Don **Rodolfo González Blanco** procedió a explicar los principales extremos de la citada licitación pública, al tiempo que respondió algunas consultas sobre el particular.

La directora **Sylvia Saborío Alvarado** comentó que el tema de renovación de equipos es usual y normal, pero quería saber si se están contemplando seriamente opciones para mejorar la plataforma tecnológica de esta Institución y si se está considerando aspectos como  la plataforma de nube  el nuevo paradigma hacia el cual las instituciones están migrando. Supone que en algún momento habrá que tomar una decisión trascendental con respecto a eso, además de que resulta importante considerar que estos equipos que se estarían comprando ahora, no van a resultar redundantes, sino que se pueden seguir utilizando.

Sobre el particular, doña **Marjorie Villalobos** respondió que, efectivamente, el Departamento de Tecnologías ha estado valorando ese tipo de aspectos. Lo que se estaría adquiriendo en la licitación son equipos de usuario final. Como bien lo dice, al final siempre se va a ocupar el equipo para acceder a los servicios que estén internamente implementados, o bien, que estén en una plataforma de nube como ya hay algunos servicios. Se ha tomado en diferentes proyectos, se analiza, está la opción de correo electrónico en la nube que era un proyecto que se comentará más adelante y de momento, lo que se incluye en la licitación es la parte de actualización que es una opción de continuidad de los servicios.

Además, se tenía varios equipos físicos que estaban obsoletos y con este proyecto de virtualización se ha logrado darle continuidad al equipo, trasladarlo a una plataforma nueva y brindar continuidad en caso de que un equipo falle al estar virtualizado, lo que genera es una redundancia de ese equipo. En ese sentido, se está considerando las opciones que hay en el mercado. Para cada plan de compra se hace un estudio de mercado para ver lo que está actualmente disponible y lo que mejor conviene a la Institución.

El ***Auditor Interno*** manifiesta que ya la Auditoría había hecho en su momento observaciones por escrito al anterior cartel, las cuales observa se tomaron en cuenta; asimismo solicita le aclaren sobre el tema de la licitación, con base en cual Plan Estratégico de Tecnología de Información trabajan apegados.

El director ***Emilio Arias Rodríguez*** señaló que se comentaba sobre la partida presupuestaria, decía que era la 5.01.05. En el documento dice 5.01.00, que es maquinaria, equipo y mobiliario, pueda ser que se subdivida esa partida, esa podría ser la razón.

Por otra parte, para efectos de tener claro dentro de la información, solicitó para poder tomar esta decisión y para efectos que se consigne, se le entregó una información que es la misma que acaba de verificar que es un documento firmado por el señor Jorge Romero, el 25 de enero del 2010, donde se incluye y se señala que es la partida 5.01.00 maquinaria, equipo y mobiliario y lo que acaban de explicar de que la 05 es la subpartida presupuestaria.

Igualmente, para efectos de sustentar su voto de la aprobación de esta licitación pública, también hace referencia al oficio 136 DTI-2011 del 8 de julio del 2011, que es un documento firmado por Esteban Castro Quirós, Jefe del Departamento Tecnologías de Información, en cual se refiere al objeto de la compra pública, el objetivo de la compra y las necesidades institucionales que justifican la compra. Si bien es cierto, no desea que se consigne en su totalidad, pero hay un párrafo que le parece importante para efectos de su voto en esta dirección, que dice:

*□Este proceso de licitatorio busca la renovación de dicha plataforma, según las necesidades expresadas por cada dependencia en razón de las funciones que ejecuta cada una de ellas, para así satisfacer las necesidades de conectividad, procesamiento y almacenamiento que cada unidad requiere, de este modo se busca sustituir un total de 98 tipos para usuario final, 13 equipos de impresión, adquirir 40 repuestos de equipo para previsión de reemplazos, así como el equipo de escritorio, equipo portátil para oficina, equipo portátil para giras, almacenamiento externo, equipo de impresión y repuestos para el reemplazo de partes, se convierten en un insumo fundamentales, tanto para asegurar la continuidad de las operaciones como para la correcta ejecución de las funciones, según ejemplos descritos previamente.*

*Asimismo, esta adquisición sustenta lo plasmado en los objetivos y metas de las unidades participantes en sus planes operativos mediante la provisión de recursos tecnológicos modernos, robustos y eficientes□*

Otro documento para sustentar su voto es el 079 DTI del 2011, que se le dirige a don Rodolfo Gonzalez y titulado "Adquisición de equipo de cómputo" donde se explica la respectiva aprobación de las especificaciones técnicas para la adquisición del hardware, según el plan de compras 2011, "con esta se pretende adquirir nuevo equipo que permita la renovación del equipo de cómputo, en busca de reemplazar el ya existente y modernizar paulatinamente la infraestructura de la Institución, los ítems solicitados se derivan de una análisis de necesidades por dirección y fueron presentados y aprobados por la Comisión de Tecnologías de Información"

Además, tiene un documento titulado Proyectos Presupuesto 2011, la partida 5.01.05 Equipo Programas de Computo, donde se asignan los gastos por concepto de equipo procesamiento electrónico de datos, tanto la parte física como el conjunto de los programas que se adquiera de forma incorporada. Se citan como ejemplo los procesadores, monitores, lectores, impresoras, aplicaciones comerciales, licencias, terminales etc. De esa manera, con estos cuatro documentos que solicitaron y que había pedido tener en sus manos, es que estaría anuente y justifica su voto en relación con el punto 3.1 de Asuntos Resolutivos de la agenda del día de hoy, en el entendido de que los procedimientos han sido los adecuados y con la justificación que le dan esos documentos que ha leído.

Luego de algunos comentarios adicionales, la Junta Directiva con base en la documentación remitida adjunto al oficio 296-GG-2011 del 8 de julio del 2011, resolvió por unanimidad:

**RESULTANDO:**

- I. Que mediante oficio 079-DETI-2011, de 5 de mayo de 2011, el Jefe del Departamento de Tecnología de Información, remitió al Gerente General las especificaciones técnicas para la adquisición de hardware, según el plan de compras 2011 y el estudio de mercado asociado a la contratación. (folios 2 a 75).
- II. Que mediante oficio 501-DAF-2011, de 2 de junio de 2011, la Proveduría remitió a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, el proyecto de cartel y de decisión inicial para la "Adquisición de equipo de cómputo y periféricos" para su análisis y recomendaciones. (folio 76).
- III. Que mediante oficio 311-DGJR-2011, de 16 de junio de 2011, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, emitió sus observaciones y recomendaciones al proyecto de cartel y de decisión inicial. (folios 77 a 82).



- IV. Que mediante oficio 587-DAF-2011, de 22 de junio de 2011, el Proveedor Institucional , remitió al Presidente de la Junta Directiva el borrador de decisión inicial y de cartel de la Licitación Pública No.2011-LN-000001-ARESEP, □Adquisición de Equipo de Cómputo y Periféricos□ (folio xx).
- V. Que mediante oficio 296-GG-2011, de 08 de julio de 2011, el Gerente General remitió a la Junta Directiva un informe sobre la Licitación Pública No.2011-LN-000001-ARESEP, □Adquisición de Equipo de Cómputo y Periféricos□ en el que se incluyó la justificación de la necesidad, la finalidad publica que se persigue satisfacer con el procedimiento, los recursos presupuestarios, la previsión de verificación y el órgano encargado de la tramitación del procedimiento.

**CONSIDERANDO:**

- I. Que la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, son el marco legal que regula la actividad contractual de la Administración Pública. Adicionalmente, el artículo 7 de la Ley 7593, faculta a la Autoridad Reguladora para efectuar contratos de compra, venta y arrendamiento de bienes, muebles e inmuebles y servicios necesarios para el desempeño de su cometido, de acuerdo con la legislación existente.
- II. Que el artículo 7 de la Ley de Contratación Administrativa, establece que el procedimiento de contratación se iniciará con la decisión administrativa de promover el concurso, emitida por el jerarca o titular subordinado competente. Por su parte, el artículo 8 del Reglamento a dicha Ley, establece que la decisión inicial será emitida por el jerarca de la unidad solicitante o por el titular subordinado competente, de conformidad con las disposiciones internas de cada institución.
- III. Que el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, establece que cuando la ley no disponga de un procedimiento específico en función del tipo de contrato, el procedimiento de contratación a aplicar, se determinara de conformidad con el promedio de las sumas presupuestadas tanto para el periodo vigente como en los dos periodos anteriores, en lo relativo a las partidas para respaldar las necesidades de contratar bienes y servicios no personales.
- IV. Que mediante resolución R-DC-17-2011, emitida por la Contraloría General de la Republica el 17 de febrero de 2011 se actualizaron los limites económicos que establecen los artículos 27 y 84 de la Ley de Contratación Administrativa y definió que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, se encuentra en el Estrato E, por lo que el límite inferior de contratación administrativa para tramitar una licitación pública es de igual o más de ¢113.000.000 (ciento trece millones de colones con 00/100).

- V. Que la Ley 7593 en su artículo 53 inciso e) establece como una competencia de esta Junta Directiva, el resolver los asuntos de su competencia en materia administrativa. Adicionalmente, establece el Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa, aprobado por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en la sesión ordinaria 063-2004, de 6 de octubre de 2004, establece que el órgano interno con competencia para adoptar la decisión inicial y acordar la adjudicación o declaratoria de desierto correspondiente, es la Junta Directiva en los procedimientos de licitación pública.
- VI. Que el Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa indicado en el punto anterior, establece en el acápite 3: "Descripción del Procedimiento" punto 3.7, que le corresponde a la Junta Directiva conocer la propuesta de proyecto de decisión inicial y el cartel, tomar los acuerdos correspondientes, con indicación de si, además de La Gaceta, la invitación a participar debe publicarse en dos diarios de circulación nacional e instruir al Regulador General para que realice los trámites subsecuentes que conduzcan a la contratación.
- VII. Que el artículo 49 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos establece entre las Funciones Gerenciales de Tecnologías de Información, las siguientes:
- ( ) b. Centralizar los requerimientos de equipos informáticos y de telecomunicaciones de cada una de las unidades orgánicas; proponer y asesorar técnicamente su adquisición.
- d. Administrar, asignar, distribuir y mantener los equipos de procesamiento de datos.
- ( )
- VIII. Que siendo que se sometió a conocimiento de esta Junta Directiva una solicitud del Departamento de Tecnologías de Información, para adquirir nuevo hardware que permita la renovación del equipo de cómputo, en busca de reemplazar el ya existente y modernizar la infraestructura de la institución, se estima en un monto superior a los 113 millones de colones por lo que corresponde tramitarlo mediante una licitación pública, compete a esta Junta Directiva tomar la decisión inicial y aprobar el respectivo cartel de licitación pública.
- IX. Que de conformidad con el mérito de los autos, lo procedente es adoptar la decisión inicial de promover el procedimiento de Licitación Pública No. 2011- LN-000001-ARESEP, "Adquisición de Equipo de Cómputo y Periféricos" y aprobar el cartel de licitación, tal y como se dispone.

Por tanto con fundamento en la Ley No.7593, la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento y el Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa de la Autoridad Reguladora, dispone:

**ACUERDO 03-48-2011**

- I. Adoptar la decisión inicial de promover el procedimiento de Licitación Pública No.2011-LN-000001- ARESEP, Adquisición de Equipo de Cómputo y Periféricos conforme a los siguientes términos:
- 1) Se requiere la renovación de la plataforma tecnológica utilizada en la Institución, de acuerdo con las necesidades manifestadas por las dependencias usuarias, en razón de las funciones que ejecuta cada una de ellas, para satisfacer requerimientos de conectividad, procesamiento y almacenamiento. Se busca sustituir un total de noventa y ocho equipos para usuario final, trece equipos de impresión, así como adquirir repuestos de equipo para la previsión de reemplazos.
  - 2) Las dependencias de la Institución poseen necesidades de especialización, entre las que se encuentra que los funcionarios se desplacen a diferentes zonas del país para realizar estudios de calidad, portando para ello equipo portátil cuya robustez les permita la ejecución de sistemas de mapeo mediante GPS, lo cual exige poseer equipos con grandes cantidades de memoria y almacenamiento.
  - 3) En igual forma, las labores administrativas, tales como la utilización de sistemas web o sistemas cliente servidor, requieren el procesamiento de información así como el almacenamiento respectivo de documentos en los cuales se guardan controles sobre los procesos que se ejecutan. Es evidente la necesidad de tecnología de punta para lograr la conectividad con otros aplicativos de consulta y gestión, tales como los sistemas bancarios y la cooperación con otras entidades como el INS, AYA, CNFL, que exigen estabilidad en la conexión y ancho de banda interno de cada equipo que se integre a ellos. Lo anterior amerita la renovación de la plataforma tecnológica para cumplir con las obligaciones encomendadas y prevenir la obsolescencia tecnológica.
  - 4) Recursos presupuestarios: De conformidad con la certificación que se adjuntó al oficio 296-GG-2011, se cuenta con el contenido presupuestario suficiente para respaldar la contratación.

- 5) Previsión de verificación: De conformidad con lo señalado en el oficio 296-GG-2011, el órgano encargado de verificar la correcta ejecución del contrato será el Departamento de Tecnologías de Información, a través de su jefatura, quien cuenta con los recursos de infraestructura y materiales necesarios para su cumplimiento.
- 6) Órgano encargado de la tramitación del procedimiento: La Proveeduría institucional estará a cargo de la tramitación del procedimiento.
- 7) Se emite la Decisión Inicial que respalda el procedimiento, según lo siguiente:

*DECISION INICIAL*

*Con base en lo dispuesto por los artículos 7 de la Ley de Contratación Administrativa, 8 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y el Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa, la Junta Directiva acuerda adoptar la decisión administrativa de promover el Procedimiento de Licitación Pública con el fin de □Adquirir Equipo de Computo y Periféricos□, para uso de la Institución, conforme a los siguientes términos:*

*JUSTIFICACION DE LA NECESIDAD:*

*La justificación se origina en las necesidades plasmadas por cada dependencia de la Institución, las cuales centralizan sus necesidades en materia de tecnología a través del Departamento de Tecnología de Información, el cual a su vez remite dichas necesidades a la Comisión de Tecnología, la cual se encarga de revisar y aprobar la gestión. Mediante el oficio 079-DETI-2011, del Departamento de Tecnologías de Información, se justifica la necesidad de esta contratación y cuyos términos concuerda este órgano colegiado. En este oficio se adjunta el estudio de mercado realizado por el área solicitante, a fin de establecer la razonabilidad de los precios ofertados y obtener una estimación acerca del costo de las adquisiciones.*

*Las acciones contenidas en el oficio citado, es el Artículo 49 del RIOF el cual faculta y asigna al Departamento de Tecnología de Información la función de:*

*b. Centralizar los requerimientos de equipos informáticos y de telecomunicaciones de cada una de las unidades orgánicas; proponer y asesorar técnicamente su adquisición.*

*d. Administrar, asignar, distribuir y mantener los equipos de procesamiento de datos.*

*La adquisición de equipos es una tarea rutinaria que ejecuta el Departamento de Tecnologías de Información, por lo que los objetivos del proyecto se enfocan en adquirir, administrar, resguardar y mantener los equipos requeridos en cada contratación realizada, con base en los supuestos detallados el Departamento de Tecnologías de información cuenta*

*con la plataforma y personal calificado para alcanzar satisfactoriamente estos objetivos establecidos.*

*El periodo aproximado de este proceso de contratación es de 5 a 6 meses, con un plazo de entrega de los Discos duros, tarjetas de red, teclados, mouse es de 15 días naturales y lo referente a Equipo de cómputo, impresoras y solución de virtualización en un plazo de 30 días naturales. Esta licitación se encuentra contemplada en el Plan Anual Operativo 2011*

## **2.- FINALIDAD PÚBLICA QUE SE PERSIGUE SATISFACER CON EL PROCEDIMIENTO:**

*La finalidad pública que se busca en este proceso licitatorio se enfoca en renovar la plataforma tecnológica Institucional, de modo que cada dependencia cuente con las herramientas informáticas necesarias para el procesamiento de información conforme a los requerimientos expresados en la elaboración del plan anual operativo, y de esta manera se provea la facilidad y capacidad suficientes para el apoyo y logros de los objetivos y metas estipulados en el Plan Operativo de cada dependencia.*

*Una vez finalizado este proceso se elabora el Plan de Compras para el año en curso; cuyo sustento se fundamenta en mantener una plataforma tecnológica actualizada, capaz de facilitar la gestión de los funcionarios mediante la utilización de herramientas informáticas. Con este procedimiento lo que se persigue es la adquisición de nuevo hardware que permita la renovación del equipo de cómputo, reemplazar el ya existente y modernizar paulatinamente la infraestructura de la institución.*

*El objetivo de la contratación es la renovación de la plataforma tecnológica, según las necesidades expresadas por cada dependencia, por lo tanto se busca sustituir un total de 98 equipos para usuario final, 13 equipos de impresión, adquirir 40 repuestos de equipo para la previsión de reemplazos, según oficio 136-DETI-2011.*

## **3.- RECURSOS PRESUPUESTARIOS:**

*Los recursos con que se atenderá esta contratación están contemplados en la partida presupuestaria 5.01.05, Equipo y Programas de Cómputo, actividades 1110, de la Secretaria de Junta Directiva, por la suma de ¢5.791.500,00, 1120 de la Auditoría Interna, por la suma de ¢16.810.200,00, 1131 del Regulador General, por la suma de ¢9.088.200,00, 1140 de la Dirección General de Estrategia y Evaluación, por la suma de ¢2.257.200,00, 1161 de la Gerencia General, por un monto de ¢1.128.600,00, 1163, del Departamento de Tecnologías de Información, por la suma de ¢31.021.172,11, 1164 del Departamento de Gestión Documental, por la suma de ¢6.652.800,00, 1165 del Área de Comunicación Institucional, por la suma de ¢891.000,00, 1171 de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, por la suma de ¢12.770.400,00, 1181 de la Dirección General del Centro de Desarrollo de la Regulación, por la suma de ¢5.167.800,00, 1182 del Departamento de Recursos Humanos, por la suma de ¢5.821.200,00, 1190 de la Dirección General de Participación al Usuario, por la suma de ¢19.186.200,00, 1211 del*

*Departamento de Finanzas, por la suma de ¢7.365.600,00, 1212 del Departamento de Servicios Generales, por la suma de ¢72.758.800,00, 1213 de la Jefatura de la Dirección Administrativa Financiera, por la suma de ¢891.000,00, 2100 de la Dirección de Servicios de Energía, por la suma de ¢16.065.686,00, 2300 de la Dirección de Servicios de Transporte, por la suma de ¢6.779.800,00, 2600 de la Dirección de Servicios de Aguas y Ambiente por la suma de ¢5.543.800,00. (Ver certificación adjunta emitida por el Lic. Arturo Moreno Quirós, Jefe Departamento Financiero).*

*El costo estimado de esta licitación es por la suma de ¢140.000.000,00 millones de colones, según lo indicado en el oficio 149-DETI-2011.*

4.- *PREVISION DE VERIFICACIÓN:*

*El órgano encargado de verificar la correcta ejecución del objeto contractual, será el Departamento de Tecnologías de Información, a través del Lic. Esteban Castro Quirós, Jefe. Se cuenta con los recursos de infraestructura y materiales necesarios para el cumplimiento de tal fin.*

5.- *ORGANO ENCARGADO DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO:*

*La Proveduría Institucional estará a cargo de la tramitación del procedimiento y se le ordena conformar el expediente respectivo y realizar los actos de comunicación correspondientes, previa verificación del cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 7 de la Ley de Contratación Administrativa, 8 y 9 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.*

- II. Aprobar el cartel del procedimiento de Licitación Pública No. 2011-LN-000001-ARESEP, Adquisición de Equipo de Cómputo y Periféricos remitido mediante oficio 296-GG-2011.
- III. Instar al Regulador General para que gire las instrucciones, con el fin de que se cumpla con lo dispuesto en los puntos anteriores.

**ARTÍCULO 5.** *Licitación Pública No. 2008-LN-000001-ARESEP Contratación de servicios de seguridad y vigilancia*

*Las señoras Carol Solano e Heilyn Ramírez, participaron en la discusión y análisis del presente artículo.*

La Junta Directiva procedió a conocer el oficio 304-GG-2011 del 12 de julio del 2011, mediante el cual el Gerente General remite un proyecto de acuerdo que cabría tomar en relación con la Licitación Pública No. 2008-LN-000001-ARESEP Contratación de servicios de seguridad y vigilancia

Seguidamente el señor *Gerente General* procedió a referirse a la citada licitación relacionada con la contratación de servicios de seguridad, dentro de lo cual respondió algunas consultas que le formularon sobre el particular.

Don *Emilio Arias Rodríguez* consultó cómo estaba el tema de la seguridad en el contrato que se firmó con el condominio o cómo se define los límites de la seguridad. Se imagina que hay alguien que tiene a cargo la ejecución de este contrato. Quería decir que la convalidación es un mecanismo que jurídicamente procede en ciertos casos, lo que hay que hacer es validar, verificar si se está en el momento adecuado y con las características adecuadas para aplicar una convalidación. Le llama la atención que lo que se pretende es convalidar un contrato que fue firmado desde el 10 de setiembre del 2008, prácticamente 3 años y que lo que le queda son 3 meses. Eso es un elemento que personalmente le preocupa. El otro elemento es que si le parece que, para efectos de tomar esa decisión, si bien es cierto el Gerente hace una exposición, el Departamento que tiene a cargo la ejecución de este contrato debería de informar los alcances, el nivel de cumplimiento y además hacer un análisis en concordancia con lo establecido en el contrato que se firmó con Multipark o con el representante, para efectos de poder tener una información certera y poder tomar una decisión con la información que corresponde.

No quiere decir con eso que no se pueda tomar, lo que quería decir es que es un asunto de seguridad para la Junta, porque no se está hablando de una convalidación de una actuación reciente, es una actuación de más de tres años y luego ya con eso, si le queda claro que son 6 meses lo que queda al contrato. Personalmente, con el tema del licenciado Solera siente que eso se había sacado de un orden del día anterior o de la agenda de una sesión anterior precisamente porque él iba a venir a hacer la exposición.

Desde su punto de vista, le parece que eso es producto de una consultoría que él hace y lo prudente es que igual que lo hizo en otras oportunidades, venga y explique los alcances a la Junta. Entiende que para eso están aquí los compañeros de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, pero si hay un contrato y si él elaboro el contrato, debería ser el que haga la exposición.

Ahora, no dice que no estaría anuente a avalar en este caso una convalidación, lo único es que para convalidar un acto que tiene ya 3 años de haberse emitido si necesita tener, al menos de esos elementos, un informe de ejecución del órgano de la Institución que tuvo a cargo el darle seguimiento a la ejecución del contrato. Eso para poder dimensionar los alcances y que se tiene una justificación válida y contundente para poder valorar la propuesta que se está haciendo. Ese elemento es el que le parece importante y si necesitaría tener para efectos de convalidar un acto ya con 3 años de haberse firmado el contrato.

Doña *Sylvia Saborío Alvarado* manifestó que quería saber cuál sería la alternativa legal a la convalidación de este contrato, que está produciendo alguna inquietud en algunos miembros de Junta, para poder realizar los ahorros implícitos en esta traslación del contrato. En el fondo, lo que le interesa es que se pueda, a la brevedad, realizar esos ahorros, ¿hay alguna alternativa más fácil?

El señor *Gerente General* indicó que, por un lado, el por qué hasta ahora después de tres años de ejecutarlo, es precisamente porque ahora es que se dio el traslado acá y las condiciones del contrato deben de adecuarse, por eso es que cuando le faltan seis meses, por ejemplo, en el caso del Servicio Médico, se tiene un estudio y una petición de parte de Servicios Generales de que el Servicio Médico ahora son 3 horas al día y la petición es que por el crecimiento de la población, en la planilla se justifica claramente aumentar en una hora más, pero se consideró, por ejemplo, para que se acabara ahora en agosto, que mejor a la hora de plantear la licitación para la nueva contratación incorporar esto como un elemento que justifique lo de contratar por 4 horas el nuevo servicio.

En este otro contrato queda prácticamente medio año, por lo cual se consideró que lo mejor es adecuarlo y ajustar para que refleje lo que realmente se está gastando en ese servicio. En cuanto a la pregunta de doña Sylvia, en realidad la Institución no está pagando el 100% porque hubo un acuerdo con la empresa, de manera que en este momento se está pagando ese 35% menos, pero lo que si se quiere es que el contrato refleje lo que realmente está sucediendo y para eso es que se eleva a la Junta.

Ante una consulta de la directora *Saborío Alvarado* sobre si no se podía hacer simplemente un adendum al contrato, señalando que cambiaron las condiciones y que ahora están de acuerdo las partes en decir que es 35% menos, don *Rodolfo González* dijo que sí, pero es que el contrato legalmente no existe.

Don *Edgar Gutiérrez López*, apuntó que entiende que en este caso, existen dos escenarios jurídicos: uno, que el contrato de referencia con el traslado al edificio nuevo, tiene menos obligaciones y por ello debe modificarse el precio acordado por los servicios (disminuir), lo cual puede hacerse por medio de un adendum, pero hay otro escenario que debe considerarse, pues se advierte ahora que hay vicios que podrían determinar una ilegalidad, los cuales deben de corregirse antes de la firma de un adendum. Es cierto que el contrato podría finiquitarse y proceder con una nueva contratación, lo cual representa cumplir con los trámites de contratación administrativa, por tratarse de un servicio de seguridad no resulta conveniente ni oportuno, quedarse sin ese servicio mientras se cumple con los trámites de la nueva contratación, de tal forma que se estima que lo procedente es convalidar el contrato, subsanando los defectos legales encontrados y proceder luego con la firma del adendum.



Seguidamente don **Rodolfo González** explicó los inconvenientes que se le presentaron al licenciado José Antonio Solera Víquez para estar presente en esta oportunidad exponiendo el tema en análisis. Básicamente, la explicación que daría está contenida en el documento. Ahora, si se trata de hacer el adendum, se necesita que eso sea convalidado.

Ante una consulta de doña **Sylvia Saborío** en el sentido de si no se puede cancelar de mutuo acuerdo este contrato, don **Edgar Gutiérrez** explicó que se quedaría sin servicios de vigilancia, mientras hace otro. Aquí hay un aspecto interesante que es que los servicios se cumplieron, se pagó de acuerdo con lo que se contrató durante todo ese tiempo, la nulidad resulta relativa. El problema es una posibilidad, es decir cortar si ellos están de acuerdo, pero se tiene que hacer otra contratación con todos los problemas que tiene la contratación.

El señor **Regulador General** indicó que, en su opinión, se debería resolver esto de una vez. Le parece relativamente simple y de todas maneras entiende que posteriormente se trae el adendum, o sea que de todas maneras hay que ver esa parte. Por tal razón, somete a votación para sanear el contrato.

El directivo **Arias Rodríguez** señaló que estaba en contra y su justificación la dijo anteriormente. No está cuestionando la figura jurídica que se está utilizando, que es posible utilizarse, sin embargo por la dimensión de ser una convalidación de un contrato que fue firmado desde el año 2008, considera prudentemente y como siempre lo dice, conforme a la probidad, lo que corresponde siempre es tener un informe de quien en este caso ejecutó el contrato.

Si es la Dirección de Servicios Generales, al menos, para tomar una decisión de ese tipo, quisiera contar con un informe de ellos para efectos de tomar una decisión informado. Con respecto a lo del licenciado Solera Víquez, entiende que si hay una contratación y si se contrata una persona para que haga un informe, y ya son dos oportunidades en que no se puede, se modifica, se cambia. Si no viene hay que tener en eso mucho cuidado porque si se contrata una persona para que haga un informe y posteriormente no viene una vez, luego no viene dos veces, se está tomando decisiones sustentadas en un documento por un asunto más que todo de diferencias en esta Junta, debería de hacerse la exposición de los resultados del informe que se está entregando, no simplemente es entregar el documento escrito. Por eso no puede emitir su voto, porque no tiene la información suficiente para hacerlo.

Los directores *Meléndez Howell*, *Saborío Alvarado* y *Gutiérrez López* estuvieron de acuerdo en aprobar lo que corresponde con la Licitación Pública No. 2008-LN-000001-ARESEP [Contratación de servicios de seguridad y vigilancia] mientras que el director *Arias Rodríguez* en contra.

Luego de analizado el asunto objeto de este artículo, la Junta Directiva con base en la documentación remitida mediante el oficio 304-GG-2011 del 12 de julio del 2011, resolvió, por mayoría, tres votos a uno:

**CONSIDERANDO:**

**I.** Que mediante oficio 185-RG-2008/4530, del 12 de junio de 2008, el Regulador General emitió la decisión inicial para el procedimiento de licitación pública N° 2008 LN-000001-ARESEP para la [Contratación de Servicios de Seguridad y Vigilancia] solicitado por el área de Servicios Generales (Folio 162 al 163 del expediente de contratación).

**II.** Que por oficio 299-RG-2008/7128 del 10 de setiembre de 2008, el Regulador General adjudicó la contratación respectiva a la empresa Seguridad Camarias S.A, acto que fue publicado en La Gaceta N° 182 del lunes 22 de setiembre de 2008 (Folios 1512 y 1518 del expediente de contratación).

**III.** Que el Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa fue aprobado por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en el acuerdo 003-063-2004 del 6 de octubre de 2004 y publicada su entrada en vigencia y derogaciones, en La Gaceta N° 224 del 16 de noviembre de 2004.

**IV.** Que el mencionado Manual de Contratación Administrativa, respecto a la distribución de competencias en esta materia, en la institución, establece:

[ ]

*4. Los órganos internos con competencia para adoptar la decisión inicial y acordar la adjudicación o declaratoria de desierto correspondiente, son los siguientes:*

*a. La Junta Directiva, en los procedimientos de licitación pública.*

*b. El (La) Regulador (a) General, en los procedimientos de Licitación por Registro y Licitación Restringida, así como en los siguientes supuestos:*

*b.1.- Contratación Directa que no obedezca a la excepción de escasa cuantía.*

*b.2.- Contratación Directa por montos iguales o superiores al equivalente en colones de US\$700,00, previa recomendación de la Comisión.*

*c. El (La) Director (a) de la Dirección administrativa-Financiera, para los casos que correspondan al Regulador (a) General, en caso de ausencia de éste, previa delegación al efecto o bien en caso de fuerza mayor. (Los textos originales están destacados en negrillas).*□

V. Que mediante oficio 344-RG-2007/19078 del 1 de agosto de 2007, el entonces Regulador General, introdujo el siguiente cambio al Manual de Procedimientos mencionado:

□[□]

*4. Los órganos internos con competencia para adoptar la decisión inicial y acordar la adjudicación o declaratoria de desierto, son los siguientes:*

*a. El Regulador General, en los procedimientos de Licitación Pública.*

*b. El Gerente General, en los procedimientos de Licitación Abreviada.*

*c. El (La) Director (a) de la Dirección administrativa-Financiera, en los procedimientos de Contratación Directa, por un monto superior a los \$2.000.00 dólares.*

*En los casos que correspondan al Regulador General, en caso de ausencia de este por cualquier motivo, lo asumirá el Gerente General.*

*En los casos que correspondan al Gerente General, en caso de ausencia de este por cualquier motivo, lo asumirá el (la) Director (a) de la Dirección administrativa-Financiera.*(□)□

VI. Que de conformidad con el artículo 53 inciso I) de la Ley 7593, de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la Junta Directiva es el único órgano competente para establecer la organización interna de la Institución.

VII. Que el 20 de diciembre de 2010, mediante oficio JASV-039-2010, el consultor externo José Antonio Solera Viquez emitió opinión jurídica respecto a este tema, que sirve de fundamento a la presente resolución y del cual, conviene extraer lo siguiente:

□[□]

*¿Cuál es la validez jurídica del Oficio 344-RG-2007/19078 de 1 de agosto de 2007, emitido por el Regulador General en cuanto a su capacidad para modificar el Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa aprobado por Acuerdo 003-063-2004 de la Junta Directiva y cuál sería la situación jurídica de las contrataciones administrativas tramitadas bajo el contexto de la reforma planteada por medio del indicado Oficio 344-RG-2007/19078?*

### 3) CRITERIO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

*Para responder a la pregunta planteada, es preciso considerar que en materia de contratación administrativa, la competencia consultiva recae en la Contraloría General de la República por disposición de su propia Ley Orgánica (secuencia de artículos 8, 29 y 37, inciso 3). En este contexto, precisamente durante el año 2010 se ha producido un caso enteramente similar al descrito en su consulta, que ha sido abordado en extenso por el Órgano Contralor, de modo que es necesario hacer una larga transcripción que permita extraer conclusiones particulares. Se trata de un recurso de apelación presentado en contra del acto de adjudicación de las líneas de las 10 a la 16 y de la 18 a la 22 de la Licitación Abreviada No. 2010LA-000004-2102, promovida por la Caja Costarricense del Seguro Social, para la compra de □Material de Bodega de Quirófano□ La Contraloría General de la República falla mediante la resolución R-DJ-280-2010 de las 12:00 horas del 23 de junio de 2010, indicando lo siguiente (para facilitar la lectura nos hemos permitido editar el texto separando párrafos donde se considera necesario):*

*En el trámite del recurso interpuesto, se ha alegado la falta de competencia de quien dictó el acto que se impugna, motivo por el cual, al incidir tal aspecto en la competencia de este órgano contralor para conocer del recurso, se debe resolver de manera previa tal aspecto.*

*Es menester señalar que tanto la Administración, como las empresas Cefa Central Farmacéutica S. A., y VMG Healthcare Products S. A., señalan que el acto de adjudicación emitido por la Directora General del Hospital San Juan de Dios se encuentra viciado de nulidad absoluta, en tanto la entidad competente para dictar dicho acto de adjudicación, según el Esquema de Delegación de Competencias, era la Gerencia Médica de la C.C.S.S.*

*Por su parte la empresa adjudicataria, sea Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S. A, expresa que si bien la Dirección General de dicho nosocomio sobrepasó el límite de competencia para adjudicar una procedimiento de contratación, dicho aspecto no vicia a la adjudicación de nulidad absoluta, sino que si acaso puede entenderse como relativa, con lo cual es perfectamente convalidable dicha situación, y en todo caso de conformidad con el artículo 161 de la Ley General de la Administración Pública, los actos reglados □como el de adjudicación- en cuanto a motivo y contenido no son impugnables ni anulables por incompetencia relativa, vicio de forma en la manifestación ni desviación de poder.*

*Vistos los alegatos de las partes, procede entrar a analizar si el acto de adjudicación emitido por la Directora General del Hospital San Juan de Dios (hecho probado 2), se encuentra conforme al ordenamiento jurídico o bien presenta algún vicio que ocasione la nulidad absoluta o relativa del acto administrativo respectivo. Como primer elemento debe indicarse que el artículo 129 de la LGAP, dispone que: □El acto deberá dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia.□*

*Al respecto, es de gran importancia recordar que la competencia es un elemento que determina la aptitud jurídica de una entidad para actuar en un determinado ámbito de acción. La competencia puede ser entendida como todos aquellos poderes y deberes que le han sido otorgados por el ordenamiento jurídico, a un determinado ente u órgano público, lo cual produce como efecto que se limiten los actos que se pueden emitir de forma válida.*

*Al respecto, resulta ilustrativo señalar lo que apunta la doctrina, cuando dice que la competencia debe ser entendida como □□ el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de □competencia□ da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo: es su aptitud legal de obrar...□ (GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1984, p. IX-8). Ahora bien, de conformidad con la norma antes citada se interpreta, entre otras cosas, que el acto administrativo -como lo es el de adjudicación-, debe ser dictado por la instancia administrativa que se encuentre facultada para dichos efectos, así como por el funcionario público investido con la potestad suficiente para emitirlo.*

*Así las cosas, resulta procedente examinar si de conformidad con el □Modelo de Distribución de Competencias en Contratación Administrativa y Facultades de Adjudicación de la C.C.S.S.□ la competencia para dictar el acto de adjudicación de la licitación que se analiza recae en la Directora General del nosocomio, o bien si quien debe dictarlo es una instancia distinta. Visto dicho documento, específicamente el artículo 2º respectivo, a partir del cual se distribuyen las competencias para dictar los actos de adjudicación a lo interno de la Caja Costarricense del Seguro Social, según la cuantía del negocio, se logra determinar que a las Gerencias y Auditoría Interna les*

*corresponden emitir aquellos que asciendan hasta la suma de \$1.000.000,00 (un millón de dólares), mientras que los Directores de Sede, Directores Médicos, Directores Médicos Regionales, lo podrán hacer hasta por el monto de \$500.000,00 (quinientos mil dólares) (hecho probado 3), situación que en cuanto a la competencia que se comenta no varía en el anterior modelo de facultades y niveles de adjudicación por instancia administrativa para aplicar en procedimientos de Contratación Administrativa, publicado en La Gaceta del 30 de enero del 2007.*

*Así las cosas, y siendo que el acto de adjudicación de la licitación abreviada asciende a un monto superior a los \$500.000,00 (hecho probado 2), concluye este Despacho que la competencia para emitir el respectivo acto de adjudicación recae sobre una instancia diferente y no así sobre la Directora General del Hospital San Juan de Dios.*

*Al respecto es menester indicar que la propia empresa adjudicataria reconoce tal situación, puesto que a folio 3 de su escrito de fecha 21 de junio del año en curso, manifiesta expresamente que la Directora del Hospital San Juan de Dios, excedió su competencia, puesto que dictó un acto de adjudicación por un monto que sobrepasaba el límite respectivo para dictar el acto de adjudicación. Así indica que: □□ aunque respecto del grado, la Directora del Hospital San Juan de Dios se excedió, puesto que dictó un acto de adjudicación cuya cuantía era de \$42.250 más que el monto autorizado por una norma interna de la C.C.S.S□ □ Delimitada la situación descrita, procede entrar a analizar si el hecho de que la Directora General no contase con la competencia suficiente para dictar el acto administrativo citado, produce como consecuencia directa un vicio de nulidad absoluta o relativa de aquél.*

*En ese sentido es menester citar el Dictamen N° 103 del 20 de junio de 1997, en el cual la Procuraduría General de la República se refiere a la existencia de tres criterios básicos para determinar si un acto administrativo es susceptible de encontrarse viciado con una nulidad absoluta o relativa, así en lo que interesa dicho ente público dispuso:*

*□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*

*critério, 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 aquéllos 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 inadmisibile 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. Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en el artículo 247 de la Ley General de la Administración Pública, norma que califica de absolutamente nula la comunicación hecha por un medio inadecuado, o fuera del lugar debido, o que sea omisa en cuanto a una parte cualquiera de la disposición del acto.*

*Por el contrario, se sanciona ahí con nulidad relativa la comunicación que contenga un vicio de los no citados con anterioridad. Disposiciones similares a la descrita, donde se establece expresamente el carácter absoluto o relativo de la nulidad, se encuentran en los artículos 41, 155, 237, y 268 de la Ley General de la Administración Pública. 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.(subrayado es nuestro)*

*Según el oficio de cita, tres son los criterios aplicables para determinar si estamos de frente a un vicio que produzca la nulidad o anulabilidad de un acto administrativo sean, el teleológico, la disposición expresa de un precepto legal o bien el principio de conservación del acto administrativo.*



*Para el caso de marras se observa que es posible ubicar la situación en estudio dentro del primer supuesto, ya que si bien el acto de adjudicación fue emitido por un órgano que no contaba con la competencia suficiente para llevar a cabo dicha actuación, y que con ello existe una disconformidad con el ordenamiento jurídico, lo cierto es que no existe una gravedad de tal magnitud que ocasione una lesión que comprometa de forma trascendental el fin público perseguido por la Administración, con lo cual se logra determinar que en realidad nos encontramos de frente a un vicio anulable, es decir un acto relativamente nulo.*

*Aunado a lo anterior es menester recordar, tal y como se ha señalado con anterioridad, para que un acto administrativo sea válido es indispensable que hubiese sido producido por un determinado órgano dentro del ámbito de las competencias que le haya sido atribuida a dicho ente, así respecto a la competencia para dictar un acto administrativo, en doctrina se ha indicado que:*

*□ En relación con el posible incumplimiento de este requisito, nuestro ordenamiento jurídico distingue entre la incompetencia absoluta y la relativa. La incompetencia absoluta tiene lugar por incumplimiento de los criterios material y territorial, y su consecuencia es la nulidad radical, absoluta o de pleno derecho del acto administrativo así viciado; la incompetencia relativa, en cambio, se produce, por la vulneración del criterio jerárquico y tan sólo dar(sic) lugar a la nulidad relativa o anulabilidad del acto, pudiendo éste ser convalidado por el superior jerárquico. □ (DE AHUMADA RAMOS, Javier Francisco, Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo Económico, Editorial Dykinson S.L., Madrid, España, 2001, P. 31).*

*Vemos así dos situaciones que resultan de interés para la resolución del caso. La primera de ellas se refiere a que se reafirma la tesis que se ha venido sosteniendo, sea que al estar frente a un aspecto de competencia en donde un órgano se asumió la facultad para emitir un acto administrativo sobre el que no tenía la competencia, estamos ante un supuesto de nulidad relativa por la relación jerárquica que rige las potestades de adjudicación según el esquema propuesto por la Caja Costarricense del Seguro Social, y por otra parte se logra observar que ante dicha situación de anulabilidad, el superior jerárquico del órgano que dictó el acto, podría efectuar la convalidación del acto viciado con la nulidad relativa y así resulta factible la rectificación de la situación en disputa, lo anterior por*

cuanto el artículo 187 de la LGAP, el cual dispone: □1.- El acto relativamente nulo por vicio y en la forma, en el contenida o en la competencia, podrá ser convalidado mediante uno nuevo que contenga la mención del vicio y la de su corrección. 2.- La convalidación tiene efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado. □

Por otra parte, debe hacerse referencia a la situación planteada por el adjudicatario, respecto a que al ser el acto de adjudicación una actuación reglada, puesto que se emite de acuerdo a las reglas establecidas en el pliego de condiciones, de conformidad con el artículo 161 de la LGAP, no es factible que en cuanto a motivo y contenido sea impugnabile ni anulable por incompetencia relativa, vicio de forma en la manifestación ni desviación de poder.

A efectos de analizar dicha situación, resulta de conveniencia indicar de forma resumida que el acto administrativo puede entenderse como la declaración unilateral de la voluntad, conocimiento o juicio de la Administración, realizada en el ejercicio de su función administrativa, y que produce efectos jurídicos en forma concreta, se compone- entre otros-, de elementos objetivos, tal y como lo son el motivo y el contenido.

El motivo se entiende como las razones o el por qué la Administración decidió dictar un acto, son todas las situaciones fácticas y jurídicas que posibilitan y hacen necesaria la emisión del acto administrativo y sobre las cuales la Administración logra sostener la legitimación, oportunidad y conveniencia de aquél.

Por su parte, el contenido es lo que el acto administrativo declara, dispone, ordena, certifica o juzga y suele expresarse en las parte dispositiva de las resoluciones administrativas. (JINESTA LOBO ERNESTO; Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Primera Edición, Editorial Biblioteca Jurídica Diké, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2002, páginas 370 y 373).

En esa misma línea de pensamiento es menester recordar la diferencia entre actos reglados y actos discrecionales, los primeros pueden entenderse como aquellos en los cuales la actuación de la Administración ha de ceñirse exclusivamente a una norma, es decir la norma jurídica determina en forma precisa el contenido y el motivo del acto; mientras que los actos discrecionales, pueden entenderse como aquellos que se encuentran sujetos a una interpretación potestativa de la autoridad que emite el acto, así el motivo o contenido se presentan en forma imprecisa , sea por que la norma

*no los ha definido o bien porque lo ha hecho utilizando conceptos indeterminados.*

*En este sentido, la doctrina apunta: □.. los actos administrativos se clasifican en dos categorías: el acto obligatorio, reglado o vinculado, y el acto discrecional. El primero es el acto que constituye la mera ejecución de la ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la Administración cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho [...] Por el contrario, el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la Administración un poder de libre apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o en fin qué contenido va a dar a su actuación. □ (FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 2000, pp. 231, 232).*

*Aplicando lo dispuesto al caso en concreto, propiamente al alegato de la parte adjudicataria, en donde señala que el acto de adjudicación al ser un acto reglado le es aplicable el artículo 131 de la LGAP, considera este órgano contralor que dicha interpretación efectuada puede ser tomada como válida, siempre y cuando se entienda que efectivamente el acto de adjudicación debe efectuarse tomando como criterio a seguir el clausulado dispuesto en el pliego de condiciones, entendido éste como □□ el conjunto de cláusulas redactadas por la administración pública, especificando el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo las condiciones del contrato a celebrarse y determinando, además, el trámite a seguir en el procedimiento de licitación. Incluye, de tal modo, condiciones y especificaciones de tipo jurídico, técnico y económico" (ESCOLA, Jorge Héctor, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p.344).*

*Vemos así que a través del pliego de condiciones se establecen las bases que la Administración debe seguir y respetar al momento de efectuar una serie de actuaciones administrativas, entre ellas, emitir el acto de adjudicación, sin embargo, debe indicarse que en la doctrina se ha entendido que la adjudicación conlleva cierto grado de discrecionalidad por parte de la Administración, por cuanto permite un ámbito de acción que no se encuentra normado por el reglamento específico de la contratación, en ese sentido en doctrina se ha dicho que □La norma no determina la conducta administrativa a seguir, permitiéndole al órgano de la decisión apreciar la oportunidad y conveniencia del acto y las correspondencia entre el objeto requerido y las circunstancias de hecho ante las cuales debe operarse (35). Pero ello no habilita un proceder arbitrario lesivo de los*

*derechos e intereses de oferentes y terceros. La decisión de adjudicación es discrecional en tanto puede optarse por una variedad de alternativas señaladas como marco decisional, pero ella debe ser siempre razonable, fundada y motivada. Entre esas alternativas figura la posibilidad de adjudicar la licitación a tal o cual oferta, o el rechazo de todas ellas por inconvenientes, pero siempre actuando conforme a un debido proceso de razonabilidad, investigando, comprobando, verificando apreciando y juzgando los motivos causantes de la decisión (36) □ Entendemos que la adjudicación es un acto discrecional que la autoridad encargada de juzgamiento de la licitación puede o no practicar, según razones de conveniencia y oportunidad debidamente justificadas (discrecionalidad no se confunde con arbitrio y la motivación es en este caso, esencial para la validez del acto administrativo). No existe, por tanto, obligatoriedad de atribuir necesariamente el objeto de la licitación a un licitante. □ (DROMI, Roberto, Licitación Pública, Volumen II, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 433 y 435).*

*Bajo esa tesitura debe interpretarse que al existir ese margen de acción por parte de la Administración, bajo el cual se le permite Página 10 de 11 seleccionar o no una determinada oferta, o bien declarar desierto o infructuoso el concurso, según lo previsto en el artículo 86 del RLCA; no podría entenderse bajo ningún supuesto, tal y como lo expresa la empresa Kendall Innovadores Cuidados al Paciente S. A., que el acto de adjudicación no pueda ser impugnado ni anulado por incompetencia relativa, al contrario, según se estableció en líneas atrás, es posible que ante un vicio de nulidad relativa -para el caso de marras en razón de la competencia, específicamente de la relación jerárquica- el acto sea convalidado por el órgano que cuenta con la potestad para dictarlo, lo anterior de conformidad con el citado artículo 187 de la LGAP.*

*En relación con lo que dispone este artículo en punto a la retroactividad, ésta debe aplicarse según lo señala la doctrina cuando dice: □ En cuanto a la retroactividad de la anulación cabe sentar las siguientes reglas generales, con la advertencia de que aplicación habrá de hacerse con extrema flexibilidad: la retroactividad de la anulación debe medirse, según razones de oportunidad y conveniencia. □ (ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo II, editorial Stradmann S. A, San José 2000, p.423).*

*Por otra parte, es preciso tener presente lo indicado en el numeral 177 de la LGAP donde se establece que la ejecución de un acto relativamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración. Así las cosas, de frente a la nulidad que se ha expuesto y las consecuencias que implicaría agotar la vía administrativa sobre un acto que contiene el vicio expuesto, se hace ver a la Administración que ante una eventual convalidación y de frente a los derechos de los oferentes de interponer los recursos que el ordenamiento jurídico prevé, deberá comunicarse tal acto a los oferentes.*

#### 4) CONCLUSIONES PARA EL CASO PARTICULAR

*Vistas las explicaciones que de manera detallada brinda la Contraloría General de la República en su dictamen y siendo éste el órgano rector de la materia de contratación administrativa, podemos establecer las siguientes conclusiones al caso particular de ARESEP:*

*a) El Oficio 344-RG-2007/19078 de 1 de agosto de 2007 emitido por el Regulador General carece de fuerza jurídica para modificar el Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa aprobado por Acuerdo 003-063-2004 de la Junta Directiva de ARESEP.*

*b) Por ende, la distribución de competencias que hace el Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa aprobado por Acuerdo 003-063-2004 de la Junta Directiva de ARESEP nunca ha dejado de estar vigente, pese a la existencia del indicado Oficio 344-RG-2007/19078 de 1 de agosto de 2007 emitido por el Regulador General.*

*c) Se agrega como nota que la sustitución de las Licitaciones por Registro y Restringida por la Licitación Abreviada que se hacen por Ley N° 8511 de 16 de mayo de 2006, publicada en La Gaceta N° 128 de 4 de julio del 2006, en la cual se reformó parcialmente la Ley de Contratación Administrativa N° 7494, no afectan la indicada distribución de competencias, sino que se deben interpretar como la última modalidad, es decir, Licitación Abreviada, en la cual se refundieron las dos primeras.*

*d) Aquellos actos de adjudicación dictados por órganos diferentes a los señalados en el Manual de Procedimientos de Contratación Administrativa aprobado por Acuerdo 003-063-2004 de la Junta Directiva de ARESEP, contienen un vicio de nulidad relativa, que puede ser convalidado por el órgano competente correspondiente.*

*e) Carece de sentido práctico □convalidar□ aquellos contratos que ya han sido tramitados y ejecutados, toda vez que mientras no sean declarados nulos, □se presume la legalidad de los actos y las operaciones de órganos y entes públicos sujetos a la presente Ley, pero se admitirá prueba en contrario□(artículo 107 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos) y adicionalmente □el acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional, y al mismo y a su ejecución deberá obediencia todo administrado□ (artículo 176.1 de la Ley General de la Administración Pública).□*

**VIII.** Que de conformidad con el artículo 3° de la Ley de Contratación Administrativa, la actividad de contratación administrativa está sujeta al régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública.

**IX.** Que las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento se interpretarán y se aplicarán, en concordancia con las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública que le corresponden a la Contraloría General de la República, de conformidad con su Ley Orgánica y la Constitución Política, por lo que los criterios emitidos por el órgano contralor, resultan de aplicación obligatoria para los entes sujetos a este régimen contractual.

**X.** Que la contratación administrativa se rige además por una serie de principios, en los cuales se sustenta la actividad contractual, como lo son el principio de eficiencia, eficacia, y conservación del acto administrativo.

**XI.** Que de conformidad con el artículo 187 de la Ley General de la Administración Pública, el acto relativamente nulo por vicio y en la forma, en el contenido o en la competencia podrá ser convalidado mediante un nuevo que contenga la mención del vicio y la de su corrección y tendrá efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado.

**XII.** Que la decisión inicial de la Licitación Pública N° 2008-LN-000001-ARESEP para la □Contratación de servicios de seguridad y vigilancia□emitida en el oficio 185-RG-2008/4530, del 12 de junio de 2008, y el acto de adjudicación de esta contratación, emitida mediante oficio 299-RG-2008/7128 del 10 de setiembre de 2008, fueron suscritos por el Regulador General, siendo el órgano competente la Junta Directiva.

**XIII.** Que ante el interés de la Administración de conservar los actos administrativos desplegados con ocasión de la Licitación Pública N° 2008-LN-000001-ARESEP, para la □Contratación de servicios de seguridad y vigilancia□, máxime que se trata de un procedimiento realizado bajo los principios de la Ley de Contratación Administrativa y su

Reglamento, de conformidad con el mérito de los autos, lo procedente es convalidar, al tenor del artículo 187 de la Ley General de la Administración Pública, los mencionados actos administrativos, tal y como se dispone.

**POR TANTO:**

Con fundamento en las facultades otorgadas por la Ley N° 7593, el Reglamento Autónomo de las relaciones de servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sus órganos desconcentrados y sus funcionarios, y la Ley General de la Administración Pública,

**Resuelve, por mayoría:**

**ACUERDO 04-48-2011**

1. Convalidar los actos administrativos emanados del Regulador General en los oficios N° 185-RG-2008/4530, del 12 de junio de 2008 y 299-RG-2008/7128 del 10 de setiembre de 2008, referidos a la decisión inicial y el acto de adjudicación de la Licitación Pública N° 2008LN-000001-ARESEP, para la Contratación de servicios de seguridad y vigilancia
2. Instruir a la Proveduría, realizar los trámites que correspondan para continuar con el procedimiento.

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 245 de la Ley N° 6227, se indica que contra esta resolución cabe el recurso ordinario de reposición o reconsideración, el cual podrá interponerse ante la Junta Directiva, a quien corresponde resolverlo, en el plazo de 3 días contados a partir del siguiente a la notificación.

**NOTIFÍQUESE Y COMUNIQUESE**

**ARTÍCULO 6** *Asunto de la Auditoría Interna relacionado con el Comité de Regulación.*

Se conoció el oficio 218-AI-2011 del 18 de julio del 2011, mediante el cual la Auditoría Interna se refiere a la legalidad del Comité de Regulación.

Don **Luis Fernando Sequeira** inicia leyendo el inciso d) del artículo 22 de la Ley General de Control Interno, mismo que fija como parte de las competencias de la auditoría  asesorar en materia de competencia al jerarca del cual depende, además advertir a los órganos pasivos que fiscaliza sobre las posibles consecuencias de determinadas conductas o decisiones cuando sean de su conocimiento  Manifiesta que a la implementación del Comité de Regulación, cuyo inicio fue desde la administración anterior,

se le vino dando seguimiento sustentado en que la toma de decisiones siempre estuviera respaldada con criterios del órgano jurídico superior de la Institución; inclusive en su inicio hubo dictamen del asesor legal de Junta Directiva y posición de la Dirección de Asesoría Jurídica y Regulatoria.

No fue hasta la última revalidación del Comité, producto de una intervención de los directores Echandi Gurdíán y Arias Rodríguez, que llamó su atención los argumentos que ahí se dieron, mismo de los que tomó nota. Eso motivó en la Auditoría la intención de formular consulta directa a la Procuraduría General de la Republica; sin embargo, en el proceso investigativo se detectó que la opinión jurídica 094 de la Procuraduría tocaba muchos aspectos referentes al auto organización de las instituciones.

En virtud de lo anterior se consideró pertinente, antes de recurrir a la Procuraduría, formular consulta a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, pero de una manera más específica, tomando en cuenta aspectos que el dictamen de la Procuraduría indicaba y solicitándole a esa Dirección emitir su criterio.

La respuesta se recibió el 17 o 18 de julio, y con base en eso se elaboró esta advertencia, misma que como toda advertencia en una especie de posición de luz amarilla en la que se está considerando lo que el acta indicaba sobre la participación de los directores mencionados, aspectos del pronunciamiento emitido por la Dirección Jurídica y algunos aspectos del dictamen, principalmente lo relacionado con la auto organización de las instituciones y las potestades de imperio. Aclara que al emitirse esta advertencia en ningún momento se está indicando que el Comité de Regulación sea ilegal o legal, que deba existir o no existir, que la fijación deba estar en manos del Regulador o no, ya que no es potestad de la Auditoría jugar el papel de abogado.

Al final, se indica en el oficio que desde la perspectiva de la Auditoría *□ existe una contradicción jurídica entre los argumentos supra citados y las funciones que ha venido y se encuentra ejecutando dicho comité □* y sobre eso lo que recomiendan es:

*a. Determinar mediante las consultas legales ante las instancias □ que la Junta considere pertinente, □ [□] la validez legal de las competencias asignadas al Comité de Regulación.*

*b. Evaluar la base legal que sirvió de sustento para la creación y prorrogación de la vigencia de dicho comité.*

*c. Determinar la validez legal que tienen las decisiones tomadas por dicho comité.*



*d. Las consecuencias legales que puede generar para la Institución el ejercicio de potestades de imperio por parte del Comité de Regulación ante una eventual actuación al margen de la ley.*

*e. Las acciones que debería tomar la Institución con respecto a las fijaciones tarifarias realizadas, los contratos refrendados y los procedimientos administrativos ordinarios en los que el Comité de Regulación actuó como órgano decisor.*

*f. Las acciones correctivas, administrativas, legales y de cualquier otra naturaleza que debería tomar la administración al amparo del marco legal y técnico ante un incumplimiento de los mismos y las responsabilidades que como funcionarios públicos se deberían de respetar y cumplir.*

El Auditor Interno finalmente aclara que esa es la posición de la Auditoría; que del texto se emitieron diez copias que se enviaron a la Secretaría de Junta Directiva y un correo que se mandó a cada uno de los miembros de Junta Directiva, con copia al Secretario, adjuntando este mismo oficio, ni siquiera adjuntando al correo los anexos.

La directora **Sylvia Saborío Alvarado** comentó que, en lo sustantivo, está de acuerdo con la advertencia que hace la Auditoría Interna en el sentido de recomendar que se determine mediante consultas legales ante las instancias que considere pertinentes, la validez legal de las competencias asignadas al Comité de Regulación. En la sesión de ayer justamente, esa fue una de las conclusiones a las que llegó para no apoyar la moción que se había presentado.

Con base en los conocimientos que se tiene a esta fecha y la incertidumbre hacia el Comité de si es o no ilegal o inconstitucional y ante la duda de si hay un impedimento legal o no para que el Regulador asuma, en ese sentido está totalmente de acuerdo con que lo procedente es presentar a las autoridades competentes que son las únicas que pueden decidir en definitiva la situación jurídica con relación al Comité de Regulación.

Ahora, si le parece que este listado de temas tiene una especie de secuencia implícita, o sea que lo que corresponde es hacer primero la consulta y luego dependiendo del resultado de esa consulta, entonces contemplaría las otras acciones que pueden ser necesarias o no, dependiendo del resultado. Celebra que el Regulador haya decidido tomar la decisión de hacer el planteamiento a la Procuraduría General de la República.

El señor *Sequeira Solís* comenta que él ha sido claro con algunos directores que en determinado momento ha hablado, incluyéndola a usted en una primera vez y a los directores Echandi y Arias en el sentido que si bien la Auditoría no puede estar al margen del accionar del órgano, no es quien decide ni tampoco puede emitir criterios jurídicos. Lo que puede y particularmente hace es asistir a las sesiones de Junta y servir de alerta en el sentido que se busque el canal jurídico aceptable para ver si se está actuando bien o mal, recomendar corregir por los mecanismos que haya cualquier asunto que haya que corregir y si se está actuando bien, que siga caminando por donde está caminando.

El director *Gutiérrez López* apuntó que no va a repetir, pero en el mismo sentido de lo expuesto por doña Sylvia, en que justamente lo señalado por el Auditor en la página 4 del punto a), viene a confirmar lo expuesto ayer, por parte de esta Junta, en el sentido que el asunto amerita hacer uso del Órgano Consultor del Estado, en este caso la Procuraduría para tener un panorama más claro, máxime que el problema más de legalidad se está centrando en que es un problema de constitucionalidad, porque la legalidad al fin y al cabo se ha discutido ya en diferentes instancias, inclusive en la jurisdiccional.

Por otra parte, le preocupa una situación que por la exposición del señor Auditor, da la idea de que [yo no fui] el que remitió el oficio sin ser de pleno conocimiento de esta Junta a conocimiento de la Asamblea Legislativa. Está la Junta Directiva en comparecencia el día jueves y con gran triunfo la Presidenta de la Comisión hace ver, al menos eso entendió ahí, que había manifestado que la Auditoría Interna le había remitido un documento en el cual señalaba toda la ilegalidad de la actuación del Regulador General.

Eso le preocupa porque ya empieza a generar, a nivel de Junta, una desconfianza que no sabe de qué hablar aquí o que no hablar, porque antes de salir del edificio de Aresep, ya hay otras fuentes externas que ya conoce lo que se dijo. Eso si le preocupa en este caso de la Auditoría Interna y siente que el Auditor quiso dar, paso a paso, lo que había hecho y confiesa que no remitió a la Asamblea Legislativa el documento, pero llegó a la Asamblea antes de que inclusive la Junta lo conociera. Eso si lo quiere dejar como preocupación, en cuanto propiamente a la alerta, pues le parece que está bien que la señale y viéndolo desde el punto de vista de acciones a tomar, como señaló doña Sylvia, es la primera que había hecho para determinar cuáles pueden ser las consecuencias de acuerdo con el resultado de la consulta.

Don *Luis Fernando Sequeira* comenta que deja claro que tocó el punto de los ejemplares enviados debido a que don Edgar hace un rato le había consultado si había mandado el documento a la Asamblea; que si bien el documento emitido por la Auditoría Interna es un documento público, considera que por ética deber ser primero conocido por las personas a las que se les está mandando; aún con los mismos informes de auditoría nuevos o

viejos es un poco celoso. Recuerda a la Junta que por eso le preocupó en su momento cuando salió la recomendación de la Contraloría de que había subir los informes en la página web, y consideró que si así se lo estaban pidiendo, así lo haría; aspecto que se aclaró cuando investigó que es la administración activa la que debe subirlos. Agrega que tiene muchos años de estar en el sector público, que ha sido también en determinadas épocas administración activa pero que nunca ha sido un político ni mantiene relación alguna con diputados.

Si de la Auditoría se filtró algo, no podría garantizar nada, pero tampoco lo cree, ya que confía en su equipo y siempre ha hecho énfasis en sus funcionarios en qué las cosas deben de tratarse con mucha discrecionalidad.

El director **Gutiérrez López** indicó que para aclarar una situación, no es que se opona a que un documento de esos llegue a la Asamblea, a la opinión pública, lo que si le preocupa es que llegue antes de que la Junta, que es la primera que debe conocerlo, no lo haya conocido.

El señor **Emilio Arias Rodríguez** comentó, en referencia a lo que dice don Edgar, que la preocupación que usted acaba de manifestar es la misma que al inicio de esta sesión manifestó, exactamente igual y aplica exactamente igual, y en este caso, todavía la que informe al principio es más delicada porque el mismo Regulador está reconociendo que fue quien dio la información sin que se haya visto en Junta.

El tema es que igual y más bien, en este caso, el documento de la Auditoría Interna como dice el Auditor, lo circuló, en cambio este acuerdo, ni siquiera ha sido validada el acta, todavía peor don Edgar, pero igual comparte la preocupación que usted manifiesta.

Ahora, con respecto al informe de la Auditoría, hasta este momento le acaba de solicitar al Secretario porque tenía el correo pero no tenía los anexos, entonces quisiera solicitar de que en el acta del día de hoy se incorporen los anexos, específicamente le interesa que se incorpore el anexo del oficio 177 AI y el anexo del 374 DGJR 2011, eso para efectos de que se consigne, porque esta información llegó por correo pero no tenía esos anexos. De tal forma, viendo los anexos entiende claramente que la posición de la Auditoría se sustenta en un documento que se emite por parte de la División General de la Asesoría Jurídica de la Institución.

Nada más quisiera solicitar que ese documento se incorpore en el acta donde está discutiendo esto. No va entrar a referirse al tema de las recomendaciones porque lo que se ha hecho es una interpretación de las recomendaciones del Auditor y, en ese caso, no es quien debe interpretar las recomendaciones. Las recomendaciones se aceptan o no se aceptan, se aplican o no se aplican, pero no las puede interpretar a su gusto qué hace primero, qué hago

primero y que hago después, salvo que específicamente se incorpore que debe de ser en ese orden secuencial lo que se establece.

Con respecto al tema de lo de la Asamblea Legislativa que hace referencia don Edgar, en realidad de lo que dice, por lo menos no fue lo que entendió, y quiere dejarlo en actas, porque entendió que tenía conocimiento, en ningún momento escuchó que alguien hubiese leído el documento o que lo tuviera.

Sobre el particular, don **Edgar Gutiérrez** aclaró que, en efecto, se levantó el documento en mención.

Don **Emilio Arias** manifestó que no pueden no puedo decir que el documento que levantó la Presidenta sea eso, pero es muy importante, porque como estas actas son analizadas en la Asamblea, por lo menos, en su caso, quiere dejar muy claro, la información en la Asamblea. Se debe recordar que hay una diferencia aquí en Junta lo que diga aquí en Junta lo tiene que decir y lo tiene que mantener.

Lo que un Diputado dice tiene un fuero y, por lo menos, quiere dejar claro de que en ese sentido ni siquiera participó de la discusión en referencia a este tema, ni se le consultó en referencia a este tema, ni tampoco tiene certeza si la Diputada tenía en sus manos ese documento o no lo tenía en sus manos, o si lo que don Edgar acaba de manifestar es lo que ella manifestó, no puede decirlo, porque está siendo parte de la sesión.

Con referencia al informe, le parece importante para efectos de que se consigne en el acta, de que se analice para que quién tenga la oportunidad de leer esta acta, pueda cotejar el informe de la Auditoría Interna que es el 218 AI-2011, y lo puede cotejar con el informe de la Dirección General de la Asesoría Jurídica y Regulatoria de la Institución, porque aquí es importante recalcar que en diversas oportunidades se ha dicho que existen informes contradictorios. Al ver la secuencia de la conclusión del informe que hace la dicha dirección dice específicamente el último párrafo: *de lo anterior se concluye que las competencias que ostenta el Comité de Regulación son potestades de imperio, por cuanto tienen competencias tarifarias, sancionadoras y de refrendo de contratos, los cuales por su naturaleza jurídica tienden a suprimir, modificar o crear derechos y obligaciones en la esfera jurídica de los administrados*. Considera que esa tesis, ya después de tener este informe es una tesis que no se debate, todos los informes han ido en esa misma dirección, entonces quiere dejar esa aclaración, porque se vende como que hay diferentes informes.

Los informes que conoce son: los votos salvados que han hecho doña María Lourdes y su persona, lo que indica el informe del licenciado Rubén Hernández Valle, también que se ha visto en Junta, y el informe que usted está adjuntando que entrega la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria. De ahí hacia atrás la historia es otra,

cuando se arranca la decisión de transitoriamente nombrar el Comité de Regulación es una decisión en unas circunstancias distintas a las nuestras y cuando a nosotros el señor Regulador trae en la primera sesión la propuesta, esa propuesta no estaba incorporada en el orden, en la agenda.

La trajo como una propuesta de él, no tenía ningún documento ni copia de la propuesta al momento de conocerse y la directora Echandi y su persona ante la exposición que él hizo de que estaba entrando a la Institución, de que tenía que entrar y conocer la dinámica de la Institución y que esto era un tema que se tenía hasta ese día para resolver. Eso no se podía analizar conforme a lo que se dijo en ese momento, porque está recordando simplemente el contexto, en ese momento se toma esa decisión, porque se ha querido también decir cómo que doña María Lourdes y él tomaron informados las decisiones, pues no.

La primera circunstancia fue un hecho totalmente distinto y que viene de un antecedente distinto, que si se ha ido haciendo un análisis paulatino, pero lo que no puede aceptar es que se trate de vender una tesis que no es la tesis que si es cierta y eso lo dijo que se puede cotejar con las actas y con la grabación de esa sesión. En esa dirección, con respecto al informe de la Auditoría, ¿cuál ha sido su postura? Su postura es, se está frente a decisiones que afectan la colectividad, estamos frente a decisiones que son de interés público, lo que ha sucedido en estos días, para mi forma personal de ver, es lamentable en el sentido que se han dado informaciones totalmente diferentes a la opinión pública y eso pone en tela de duda las decisiones que se está tomando acá y ¿cuál información es cierta?

En este momento, las personas tienen información en direcciones distintas. Con respecto al informe de la Auditoría, como lo dice el señor Auditor Interno, es una luz amarilla, conoce las limitaciones de un informe, un informe analiza una situación que se está dando y recomienda, pero aquí no se está en presencia de un órgano que va a definir si hay o no hay incumplimiento, eso es en otra instancia que se hace, no es en este caso mediante un informe de Auditoría.

De tal forma, la interpretación de ese informe puede ser una interpretación muy personal de cada uno, lo importante del informe es que coincide y hace una alerta con un sustento, no es simplemente que el Auditor está diciendo "es que mire, estoy preocupado porque los directores Echandi y Arias, han manifestado esto" él no solamente habla de esa preocupación que incluso copia textualmente nuestras exposiciones, sino que también se sustenta en otro informe que recibe de parte de la asesoría legal.

En este momento no cree que sea el momento oportuno para valorar y entrar en detalle, analizar el informe por dos razones: 1- porque no lo conocía y el anexo lo acaba de pedir porque en realidad tenía la nota de correo pero no tiene el informe. En las conclusiones le parece que el día de ayer en la sesión, la compañera Echandi Gurdían manifestó incluso,

que el sustento de la moción que fue presentada ayer, quería que se expusiera para consultar con respecto a la posición que se había asumido en este oficio y sustentar una posición al fin y al cabo para votar. No se hizo de esa forma.

Considera que, en este caso, lo único que pide para efectos de que quede en actas, es el informe literal, no va a entrar a discutir. Con la lectura del informe está más que clara la posición, porque se anexa al documento, la copia del documento original y deja esas consideraciones claras porque le parece que en el marco de la discusión del informe hay que tomarlo como corresponde a un informe.

La Administración debe tomar las decisiones que considere pertinentes y la responsabilidades serán dependiendo del órgano que tome la decisión, aquí en unas cosas actuamos como Órgano Colegiado y en otras el Regulador actúa como Órgano Regulador General Superior Jerarca de la Institución. Le parece que, en esa situación, se da por notificado del informe y ha manifestado en actas su posición al respecto y lo que dijo en la Asamblea Legislativa, consta en actas y su posición ha sido clara.

En este momento no cree que sea pertinente entrar a debatir nuevamente las exposiciones, todos están claros en sus posiciones, lo importante para su caso es que se adjunte los anexos que no llegaron vía digital y que está teniendo conocimiento de los mismos. Es importante para quien analice el contexto que puede haber en el acta el informe, los anexos para efecto de poder analizar el tema, igualmente quiere decir, que ante la consulta y ante la solicitud que se le ha hecho al Auditor, de que si puede hacer entrega del documento completo. Va pedir que le fotocopien los anexos porque en realidad en su carpeta no los tiene.

Quisiera por favor que conste en actas que está teniendo conocimiento del asunto, que ya lo había analizado el que se remitió digital el Auditor Interno y que a partir de ese momento, ya si se va a referir públicamente a este informe y a los documentos que se anexan, porque antes no lo había hecho, ni lo hubiese hecho y también hasta ahora tiene conocimiento de los anexos.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** señaló que por un asunto de precisión, lo que se ha pedido a nivel personal, quería aclarar, tal como lo indica el dictamen que suscribió la Dirección General 374 DGAJR-2011, que él tiene un alcance que se desprende del punto 1 del dictamen, que la Dirección precisó que es lo que se le consulta para efectos de que no se diga que la Dirección Jurídica concluyó las cosas que está concluyendo la Auditoría Interna. Al final de cuentas, la Dirección se está refiriendo a un punto que se le consultó y que está claramente precisado en el dictamen en el punto 1.

El señor **Regulador General** comentó que sí tiende a creer que lo que enseñó la Diputada Alfaro Murillo en la Asamblea Legislativa era el dictamen, porque ella lo dijo *“aquí tengo en mis manos este dictamen de la Auditoría Interna, ahora sí, para que vean lo valioso que es esta Comisión, ahora sí empiezan a salir los informes internos”*, porque lo que se puede inferir de eso, salvo que considere que la señora Diputada está haciendo teatro, es que el informe que tenía ahí era ese informe de la Auditoría.

Don **Luis Fernando Sequeira Solís** indicó que de hecho, en la misma prensa ha salido el asunto del informe, ha salido hasta su nombre. Reitera a quiénes lo repartió, es todo lo que puede decir.

La directora **Saborío Alvarado** señaló que estaba viendo el acta de la comparecencia en la Asamblea Legislativa y la señora Presidenta de la Comisión dice: *“quisiera, don Manrique, vea que casualidad, precisamente ahora en julio, hace una semana, el auditor interno ya se pronuncia sobre el tema, o sea a mí me encanta esta comisión porque cada vez que empezamos una investigación y se llama a comparecer como que se mueve todo y sí apareció el auditor”*, a lo cual el Diputado Oviedo Guzmán pregunta, *“y qué dice el auditor?”* y la Presidenta le contesta *“el auditor dice que sí, que hay problema, en términos textuales “por lo anterior desde nuestra perspectiva existe una contradicción jurídica entre los argumentos supracitados y las funciones que ha venido y se encuentra ejecutando dicho comité por lo que prevenimos al cuerpo colegiado, vea la hora que aparece”*

Entonces don Dennis pregunta *“perdón, ¿de qué fecha es?”* y la Presidenta le dice: *“esto es del 18 de julio”* a lo que el señor Dennis Meléndez señala: *“sí, es que yo no lo he visto”* La Presidenta contesta: *“lo que digo y quiero hacer es señalar que las cosas en una Institución se desarman, pero cuando llamamos aquí a comparecer ya lo hemos visto en otros casos, que empieza a aparecer ( ) afortunadamente para el pueblo de Costa Rica”*

Hasta ahí, luego sigue la sesión. Pero entonces parece que no hay la menor duda de que la Presidenta de la Comisión lo que tenía en sus manos, era en efecto el documento, ya que lo pudo citar textualmente.

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

#### **ACUERDO 05-48-2011**

Dar por recibido el oficio 218-AI-2011 del 18 de julio del 2011, mediante el cual la Auditoría Interna se refiere a la legalidad del Comité de Regulación.

**ARTÍCULO 7** *Oficio del 20 de julio del 2011 mediante el cual los directores Arias Rodríguez y Echandi Gurdían.*

Se conoció el oficio del 20 de julio del 2011 mediante el cual los directores Arias Rodríguez y Echandi Gurdían se dirigen al Regulador General exponiéndole una serie de incumplimientos y solicitando las medidas correctivas del caso y el plazo de ejecución.

El director *Arias Rodríguez* indicó que dicho documento es para efectos informativos y la resolución del mismo no es competencia de Junta Directiva porque fue dirigida al Regulador General. Le parece extraño verlo en asuntos de carácter resolutivo porque no es dirigido a Junta. Lo que corresponde en este caso es que la Junta se da por enterada que existe este documento que fue dirigido al Regulador General.

A la Junta se dirigió como copia para que se consigne que fue conocido y lo lógico es que puede haber sido distribuido pero es un documento dirigido exclusivamente al Regulador General.

El señor *Regulador General* señaló que para aclarar el tema, había sido informado por el Secretario de la Junta, de que había recibido la solicitud de parte de doña María Lourdes de que este tema se incluyera en la agenda del día de hoy y efectivamente, hoy va a estar dando respuesta a dicha carta.

Sí le preocupa la cantidad de tiempo que toma todo este tipo de temas, que la verdad a veces siente que hubiese algún afán de que no pueda trabajar porque todo esto va a tomar mucho tiempo. Es un documento cargado de imprecisiones, tergiversaciones e interpretaciones equivocadas, se atribuyen una serie de actos indebidos injustificados.

Se le culpa por actos que ni siquiera han ocurrido, está lleno de detalles intrascendentes, y responder esto como que va a tomar bastante tiempo. Toma igualmente un montón de tiempo asistir a la Asamblea Legislativa. Realmente no se tiene un tiempo ilimitado para eso, pero tendrá que dar la respuesta que corresponda a cada uno de los puntos.

Con base en lo señalado en esta oportunidad, la Junta Directiva dispuso:

**ACUERDO 06-48-2011**

Dar por recibido el oficio del 20 de julio del 2011 mediante el cual los directores Arias Rodríguez y Echandi Gurdían se dirigen al Regulador General exponiéndole una serie de incumplimientos y solicitando las medidas correctivas del caso y el plazo de ejecución.



**ARTÍCULO 8** *Incidente de Nulidad de Actuación del señor Regulador General.*

Se conoció el incidente de nulidad de actuación del señor Regulador General por tomarse atribuciones que no le corresponden y que podría vincular la Ley de Corrupción por Actuación, interpuesto por el señor José Antonio Rojas Hernández en su calidad personal y como presidente de la Federación Nacional de Protección al Usuario de Servicios Públicos. Oficio 324-DGJR-2011. ET-57-2011.

El director *Arias Rodríguez* comentó que no tuvo oportunidad de estudiar el documento en cuestión, toda vez que ha tenido un problema con los documentos de esta sesión, razón por la cual solicitaría respetuosamente que se traslade el conocimiento del tema para una próxima oportunidad.

La Junta Directiva, con base en el planteamiento del señor Arias Rodríguez, dispuso:

**ACUERDO 07-48-2011**

trasladar, para una próxima oportunidad, el conocimiento del incidente de nulidad de actuación del señor Regulador General por tomarse atribuciones que no le corresponden y que podría vincular la Ley de Corrupción por Actuación, interpuesto por el señor José Antonio Rojas Hernández en su calidad personal y como presidente de la Federación Nacional de Protección al Usuario de Servicios Públicos. Oficio 324-DGJR-2011. ET-57-2011.

**ARTÍCULO 9** *Análisis de la propuesta de metodología tarifaria para nuevos generadores privados hidroeléctricos elaborada por el Centro de Desarrollo de la Regulación. OT-029-2011*

*Los señores Guillermo Monge Guevara, Carlos Herrera Amiguethi, Alvaro Barrantes Chaves, Marco Vinicio Cordero, José Carlos Rojas y la señora Samantha Wegmann, participaron en el análisis del presente tema.*

Se entró a conocer el oficio 488-DEN-2011/17900 del 21 de julio del 2011, mediante el cual la Dirección de Servicios de Energía remite un análisis de la propuesta de metodología tarifaria para nuevos generadores privados hidroeléctricos, elaborada por el Centro de Desarrollo de la Regulación, contenido en el oficio 113-CDR-2011, el cual se conoció en el artículo 6 del acta de la sesión 46-2011 celebrada el 20 de julio del 2011.

El señor *Regulador General* comentó que se entraría a ver, en primer lugar, el citado oficio 488-DEN-2011, pero quería hacer la observación de que incluyó directamente este tema a conocimiento de la Junta Directiva, porque don Alvaro Barrantes lo remitió

directamente a su persona en calidad de Presidente de la Junta Directiva. Comentaba lo anterior para ser totalmente transparente de que lo incluyó en la agenda. Desde luego, le hubiera gustado tener una discusión previamente de esto y escuchar los puntos de vista de previo, pero bueno, estamos a este nivel y pues, adelante.

Don **Álvaro Barrantes** extendió las disculpas del caso, ya que el procedimiento no fue el adecuado en cuanto a la forma de remitir el documento en cuestión. Consideró que era la forma porque ya estaba elaborado el informe del Centro de Desarrollo para la Regulación. Seguidamente procedió a brindar una exposición de los principales extremos del citado oficio 488-DEN-2011, al tiempo que respondió algunas consultas formuladas sobre el particular.

Del citado oficio 488-DEN-2011 se copia lo siguiente:

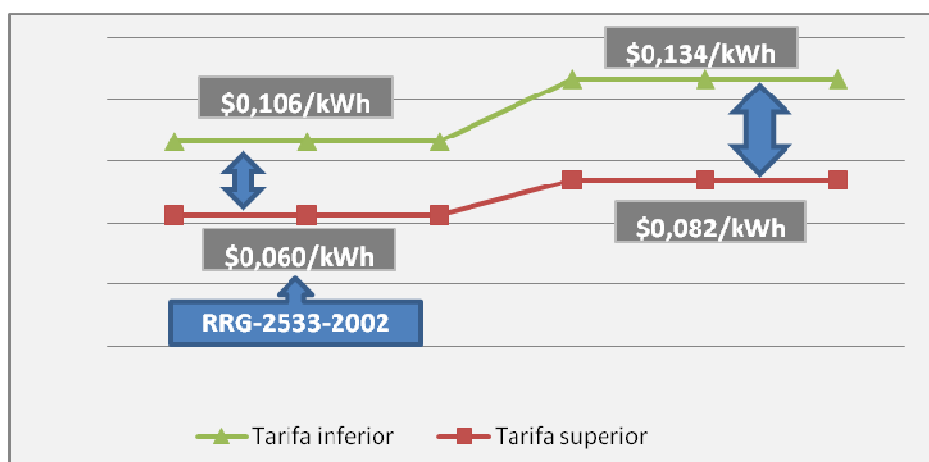
*□ Después de analizado el informe preparado por el Centro de Desarrollo de la Regulación con respecto a su propuesta de la metodología tarifaria para la generación privada por medio de plantas hidroeléctrica nuevas, según la versión electrónica que se nos hizo llegar el pasado 15 de julio, el equipo técnico encargado de esta metodología por parte de la Dirección de Servicios de Energía (DEN), ha encontrado varias inconsistencias teórico □ prácticas, que se considera conveniente externarle, dadas las consecuencias que esto podría conllevar.*

*Dentro de las principales inconsistencias o problemas detectados en esta propuesta están los siguientes:*

- Se plantea una banda de precios muy amplia, tal que cubre prácticamente la totalidad de los casos de la muestra utilizada (88% de los casos), con un rango de costos de más de 64% entre los valores extremos. La amplitud de la banda hace inoperante el criterio que sirvió para crearlo (delimitar el poder monopsónico del ICE), pues siempre le deja un amplio margen de negociación del ICE, que siempre permitiría fijar precios ruinosos (si fuera el caso). Al respecto es importante aclarar que no compartimos la argumentación dada por algunos generadores privados sobre el excesivo poder monopsónico del ICE en este caso. Con la propuesta del CDR tampoco se atienden las inquietudes formuladas por los generadores privadas durante el proceso de audiencia pública. Es importante señalar la inconveniencia de darle al ICE la discrecionalidad de poder pactar precios con los generadores privados que se alejen tanto hacia arriba del valor promedio que se ha calculado. En este caso, sería mejor establecer el precio promedio calculado incluyendo los valores extremos y dejar este promedio como límite máximo de la banda y proceder a estimar de otra forma el límite mínimo de la banda (v.g. restándole la rentabilidad al precio fijado). También se podría utilizar un criterio estadístico para*

eliminar de la muestra los puntos atípicos que pueden estar influenciando el promedio y la desviación estándar.

Una manera práctica de observar que lo propuesto por el CDR, en lugar de disminuir el poder monopsonico del ICE al momento de establecer el precio de compra-venta, más bien lo incrementa, siendo el resultado divergente a lo solicitado por los agente económicos que presentaron éste punto en sus oposiciones, ya que, aún cuando la DEN presentó un precio tope, este está implícitamente dentro de una banda que va de la tarifa propuesta (límite superior) y la tarifa de los generadores privados existentes (RRG-2533-2002, lo cual para efectos prácticos es el límite inferior), siendo la dispersión menor en relación con las tarifas superior e inferior del CDR, las cuales generan una dispersión mayor, promoviendo con ello un mayor marco de acción del ICE en la determinación de tarifas que se sitúen por debajo de un promedio o en el peor de los casos se ajuste al límite inferior. Máxime, si en los próximos años entran en operación ciertas plantas del ICE, lo cual, libera presión en la oferta y determina las condiciones de negociación de la tarifa, del tipo de fuente y la periodicidad del contrato.



- No se justifica en el informe las razones para escoger esta banda de precios (+/- una desviación estándar), es decir no se incluyen las razones para escoger una banda tan amplia en este caso, donde caben prácticamente todos los casos de la muestra (un 88%).
- Se incluye dentro de la metodología cifras concretas, contrario a lo que se ha definido y exigido en otras ocasiones. Se ata la metodología con números concretos que si se desea cambiar posteriormente, por tener disponible información más actualizada, obligaría a llevar la metodología nuevamente a Junta Directiva y a audiencia pública. Pero aparte

*de esto hay inconsistencia entre este criterio y lo establecido en otras secciones del informe (v.g. último párrafo de la sección 6.7, página 54).*

- *Hay errores, omisiones e inconsistencias en el uso de promedios (simples o ponderados). Se mezclan ambos. Por ejemplo en página 23 se indica que se trata de promedio ponderado, pero en los anexos se calcula sin ponderar y en la página 53 sólo se menciona que es un promedio.*
- *El cálculo del promedio de la inversión por rangos que se plantea es innecesario, vuelve el cálculo más complejo, no se justifica y es inconsistente, porque la desviación estándar se calcula sin estos rangos. Adicionalmente parecen haber errores o inconsistencias entre los cuadros de los anexos, sobre todo en cuanto al monto de la inversión (Anexo 1 = \$ 2 783/kW y Anexo 2.2 = \$ 3 150/kW). Además, se indica que el monto de la inversión será incrementado por el monto de la capitalización de intereses en el periodo de gracia, más no se establece el cómo se obtuvo ese monto y cuál es el porcentaje aplicado.*
- *En la versión propuesta por DEN se incluyó dentro de los cálculos de los costos financieros, un SWAP que permitirá establecer una tasa de interés fija a lo largo de la obligación contraída por el inversionista, de tal manera que no se vea afectado por las variabilidades que sufre dicho precio en el tiempo, lo cual hace más atractivo los proyectos, pero si se propone la indexación de la inversión y el uso de bandas (versión CDR), se estarían creando rentas excesivas, adicionales al rédito del desarrollo a favor del inversionista con un mínimo de riesgo, del porque se considera necesario un replanteo. Esto por cuanto el rango de precios es muy amplio.*
- *Se acoge la versión DEN de utilizar el CAPM como metodología para el cálculo del rédito para el desarrollo, pero en días previos se rechazó su implementación para el caso de RECOPE, bajo el criterio de □simplicidad y fuentes de información adecuadas□ lo que hace inconsistentes los modelos aprobados o en trámite. Las justificaciones que se plantean deberían profundizarse, para justificar esta posible inconsistencia de criterios entre dos metodologías tarifarias.*
- *Se propone reevaluar el costo de inversión, pero no se propone metodología para ello. Esto crea incertidumbre para el inversionista y para los técnicos que deban aplicar esta metodología. Una alternativa para no incluir este tema podría ser definir las fechas de aplicación de esta metodología en lo referente a la revisión total de los costos (incluyendo el costo de inversión, por ejemplo cada tres años). En todo caso, no sería estrictamente necesario incluir este tema en esta metodología en esta ocasión, pues la primer revaluación) se daría dentro de un tiempo, por lo que el tema no es estrictamente necesario de considerar en la versión actual. Esto se debe a que en todo el documento no se menciona que el modelo a aplicar será revisado a cierto plazo, por lo cual se propone*

*ajustar ciertos componentes (revaluación) pero no se especifica la periodicidad del mismo, ni el cómo se va a hacer. Además, es pertinente antes de aprobar la inclusión de este punto, el definir una política institucional sobre la aplicación de la revaluación de activos y su operación.*

- *Se citan documentos que no están en el expediente; tema sobre el cual se había insistido mucho en anteriores exposiciones ante la Junta Directiva. Tal es el caso del punto f de los antecedentes.*
- *En los cuadros del anexo se incluye un cambio en el plazo de la deuda a 20 años. Sobre esto no se menciona nada en el texto, por lo que no queda claro si es solo un ejemplo o es parte de los cambios metodológicos propuestos por el CDR. Si es esto último, se debe aclarar que del análisis efectuado por la DEN, no se encontró ninguna institución financiera que otorgue préstamos con estas condiciones, por lo que sería irreal considerar este plazo en la metodología.*
- *En varios lugares del informe se señala que la metodología es para plantas con potencias iguales o mayores que 20 MW, lo cual es un error, ya que la presente propuesta está dirigida para plantas de hasta 20 MW, según lo establece el capítulo I de la Ley 7200 (v.g. págs. 47, 53 y 61).*
- *Por estrategia de redacción no debería contestarse una oposición remitiendo a un anexo, porque estos son solo a modo de ejemplo (v.g. sección 5.3.1).*
- *En general se deberían revisar las respuestas que se están dando a las oposiciones, pues algunas no se contestan adecuadamente, pues se eliminó parte de la respuesta que se había incluido en la versión de la DEN (oficio 427-DEN-2011). Ver por ejemplo, secciones 5.3.3, 5.3.4 y 5.3.10.*
- *Se confunden tasas de interés y tarifas (v.g. respuesta a oposición 5.3.11).*
- *No tiene sentido incluir dentro de la metodología cifras concretas a modo de ejemplo (v.g. última parte de la sección 6.10, página 56).*
- *Cuando se varió la propuesta de tarifa tope a banda de precios, no se hicieron todos los ajustes correspondientes en el informe técnico; así por ejemplo, se dejaron algunas respuestas a las oposiciones sin ajustar (v.g. sección 5.3.13).*

*En general, como Dirección técnica que posteriormente se encargará de aplicar esta metodología, le vemos serios problemas de aplicación, que ameritan revisar lo planteado para obtener una versión del documento lo más claro posible. □*

Don **Álvaro Barrantes** indicó que grosso modo esas son las observaciones que tiene la DEN. Cabe destacar, que les preocupa los antecedentes que puedan estar creando para las siguientes metodologías, porque hay que recordar que todo lo que se había sacado en las metodologías individuales queda como antecedente para la siguiente.

Doña **Sylvia Saborío** hizo ver que tenía un par de reacciones iniciales. Una, es el tema de la consistencia. Efectivamente, se tiene que asegurar en Aresep que los elementos macro que no tienen que ver con la particularidad específica de cada metodología, se traten de forma homogénea. Cuando se está hablando de precios, se tiene que estar hablando del mismo criterio. Iguales entre iguales, consistencia metodológica.

Por otro lado, si dentro de un servicio en el campo de la energía, se va a dar un tratamiento diferente entre entes públicos y entes privados, de nuevo eso tendría que estar muy bien justificado. Eso con relación a las generalidades.

En cuanto a puntos más específicos de la metodología de DEN, sigue sin entender por qué ustedes que se basan en cifras que en general son como promedios, llegan a concluir que el número que sale de ahí tiene que ser un tope y no un punto medio en el rango. De momento, dejemos el tema de la amplitud, de si debe ser una desviación estándar o media desviación estándar o tres cuartos de desviación estándar, ese no es el punto. El tema de la pregunta, es que si ustedes están operando con promedios por qué ese punto al que llegan lo consideran el tope y no un punto medio de una banda.

Sobre el particular, don **Álvaro Barrantes** señaló que tiene que ver con la metodología que se utilizó. Si hubiésemos ido al caso de una empresa eficiente estaría de acuerdo en que cerrarse ahí en ese punto, solo para abajo, sería ineficiente, porque sólo con grado medio de eficiencia o las más eficientes podrían entrar y no es el caso.

La metodología tiene cualquiera que utilicemos en este caso y DEN ha insistido mucho, desde la propuesta desde que llevaron a audiencia, en que la integración de información es un punto medular que no debe olvidarse. Se tiene una muestra pequeña y de acuerdo al universo sigue siendo pequeña. Ahora, no se tiene demostración de que sean eficientes. Además, se ha hecho mucho análisis en que eso está complementado con lo que se estaba pensando del incentivo ambiental, que también se había comentado la semana pasada. Lo que se está diciendo es que no se tiene un criterio técnico para decir cuánto más se apartaría si fuera esa definición. En algunos casos, se ha mencionado que el rango inferior puede acotarse con la utilidad.

En este caso no se tiene rango superior. Lo que se ha hecho con ese promedio es que está dentro del contexto mezclado con el componente financiero, para crear ese plus que hiciera que algunos proyectos sean atractivos además del simple promedio.

La directora **Saborío Alvarado** consultó si con los costos financieros se está creando un "colchón" que les permita funcionar con topes relativamente bajos a pesar de que son relativamente ineficientes.

Al respecto, el señor **Barrantes Chaves** indicó que es una manera de decirlo pero no se sabe de su eficiencia, porque en el caso de los proyectos eléctricos, como no hay dos iguales, no se puede juzgar la eficiencia tipo paretiano o de insumos. Lo que no se sabe cuando se tiene ese rango de los 24 proyectos, es que algunos pueden ser ineficientes pero no se pueden comparar explícitamente, porque en proyectos eléctricos la ubicación y exposición de los insumos hacen costos muy diferentes en cada proyecto, aparte del tema fiscal. Son de diferente tamaño y ubicación muy diferentes, de manera que no se puede juzgar la eficiencia sobre eso. Lo único que puede decir es que no ha pasado por un análisis de eficiencia. No se puede prejuzgar que los proyectos son ineficientes.

Don **Dennis Meléndez Howell** indicó que aún no le queda claro el asunto de la banda. La semana pasada argumentó don Álvaro que el problema de poner un piso en alrededor de ocho, era que se corría el riesgo de que el ICE se fuera hacia ese piso. Pero, en este momento, está mencionando que el piso que existe en la práctica es 6, que es todavía más bajo que ese, con lo cual ese riesgo siempre se correría. En su criterio, parte de una realidad, de acuerdo con lo que está establecido en la Ley está la posibilidad de contratar 360 megavatios en proyectos de 20 o menos.

Necesariamente eso lo va requerir el país. Habrá que ver cuánto cuesta eso, no se puede prejuzgar que 13 centavos o 10 centavos es un costo relativamente alto. Entiende que el costo evitado no se puede dimensionar y no puede ser uno de los criterios en los cuales se base. Pero si el ICE necesita llenar esos 360 megavatios con proyectos pequeños, le interesará que vayan participando e irá llenando si se va con del mecanismo de subastas, los más baratos, pero llegará el momento en que a la larga quedarán proyectos de 13 o 14 centavos.

Entiende, por ejemplo, que el proyecto Las Pailas significa como 19 centavos, dado todo el esquema financiero. Es un proyecto ecológico y moderno y se están en acuerdo que ese tipo de proyectos hay que llevarlos a cabo, pero su costo es relativamente alto. En ese sentido, hay elementos que no se pueden prejuzgar y poner límite al ICE y decirle que aunque se quede con 150 megavatios de los 360, ya no puede pasar de ese precio.

Por otra parte, la duda que tenía es con respecto el "swap" utilizado por DEN en el cálculo de los costos financieros, ya que ese instrumento lo ve para evitar riesgos. Lógicamente, tiene un costo, lo que se hace es realizar una parte de riesgo a través del "swap" y en ese caso, de reconocerse, se está incluyendo un reconocimiento de una opción financiera que tiene el inversionista de todas maneras. En la práctica, el inversionista puede tomar esa decisión de correr o no ese riesgo.

La directora **Saborío Alvarado** señaló que con el tema del modelo financiero que hay detrás de todo esto, se hace diferencia entre si se está poniendo capital propio, o si se está usando crédito, pero realmente las metodologías no deberían ser sensibles a eso; debería haber un costo de capital que es como un costo de oportunidad que existe en la economía como un todo.

Al final hay una convergencia hacia el costo típico de capital que funcione en el medio en un plazo dado al momento de hacer la inversión o la metodología.

Esto de repente podría ser tema para un seminario. Es un tema de fondo muy importante que impacta a todas las metodologías y donde es importante tener consistencia fundamental, en el contexto de un ente regulatorio multisectorial. Considera que sería útil crear un espacio para irse educando y tener la posibilidad de interactuar con los expertos para aprender, valorar e ir llegando a conclusiones sobre estos temas metodológicos en un contexto informal antes de tener que tomar la decisión como Junta.

El otro tema es con respecto al costo evitado, en el sentido de que estas energías pasan a desplazar energías mucho más caras. Entonces hay un asunto de política pública que no hay que perder de vista: ¿que es lo que se está tratando de lograr? Es decir, las metodologías no son un fin en sí mismas, son un instrumento de política pública y, por tanto, no se puede perder de vista cuál es el objetivo que se está persiguiendo. Entonces, sí a la consistencia, sí a la claridad metodológica, pero las metodologías no son un fin en sí mismas.

Don **Álvaro Barrantes** procedió a referirse al costo evitado y a la importancia de definir un plazo. En el caso de hidrocarburos, es en el corto o mediano plazo. Por ejemplo, corto plazo se puede hablar de cuatro años y mediano plazo hasta 10 años en el sector eléctrico. Cuando se habla de ese costo evitado, ese costo marginal, se tiene que ligar al plazo que se esté hablando. El problema del plazo es que los inversionistas van a querer contratos de largo plazo, de manera que el costo de referencia tiene que ser de largo plazo para ser consistentes.



Entonces si se espera que el sistema siga siendo ineficiente y dependiendo de por vida de los combustibles, el costo de los combustibles será siempre de largo plazo pero no es caso. Hay un plan de expansión que es el de mínimo costo, y es sobre el cual se debería basarse para hacer comparaciones válidas de costo evitado. El ICE hizo cálculos, tiene varios modelos, y en costos anda alrededor de 10 centavos a largo plazo. El combustible es cuando se habla de corto plazo.

Seguidamente, se refirió al costo de capital, a la disyuntiva propiamente económica y la parte bancaria de apalancamiento para el inversionista, así como al nivel de rango señalada por el Regulador y posibles contradicciones que surgían. Prefiere el capítulo 2 de la Ley 7200, porque permite que haya concurso en ese aspecto y que el mercado refleje los precios quitando presión de fijar precios administrativamente. Pero, capítulo 1, la Ley exige que se haga la fijación. Además, se refirió a la colisión de generadores privados.

Luego de que don Marco Cordero explicara algunos aspectos del "swap" doña **Sylvia Saborío** comentó sobre este tema del "swap" y otros mecanismos financieros. Resulta que el sistema financiero es muy prolífico en generar mecanismos para reubicar el riesgo, eso se ve todos los días, a veces con consecuencias terribles como pasó en los Estados Unidos con todos estos paquetes de hipotecas que explotaron en el 2008, que se van creando instrumentos financieros que al final nadie tiene la menor idea de que es lo que significan en términos del riesgo asociado.

Ahora van surgiendo mecanismos para asegurarse de que se puede ir traspasando el riesgo; eso es una decisión entre rendimiento y riesgo que debe hacer el inversionista y que tiene, como dice don Dennis, que ver con su perfil de tolerancia al riesgo. Ciertamente, hay riesgo de mercado de la operación misma, riesgo a condiciones financieras, riesgo de país. DEN está aduciendo que aquí hay una gran variabilidad como se da en general en los mercados pequeños donde un "pez grande hace olas". Pero en la experiencia nuestra, ¿los inversionistas en energía se financian en el mercado local? O sea, ¿qué tan relevante es la tasa de interés en Costa Rica como un elemento de riesgo para la inversión, más allá de cuando se hizo la inversión?

Don **Álvaro Barrantes** señaló que se hizo una investigación hasta donde permitió la información disponible y en realidad los financiadores locales son pocos, Banco Nacional de Costa Rica tiene una tasa de interés específica para proyectos de electricidad, pero los proyectos que tiene son pocos, El mayor financiador es BID y BCIE en nuestro contexto. Se investigó con el BCIE y se obtuvo esa información que manejan.

Sobre el particular, doña **Sylvia Saborío** hizo ver que entonces la volatilidad local no es demasiado relevante, porque esa no es usualmente una alternativa de financiamiento

Seguidamente don **Guillermo Monge Guevara** indicó que iba a referirse a los comentarios realizados en el oficio 488-DEN-2011/17900, del 21 de julio de 2011, sobre la propuesta de la metodología tarifaria para la generación privada por medio de plantas hidroeléctricas nuevas remitida por el Centro de Desarrollo de la Regulación (CDR) al Gerente General mediante el oficio 113-CDR-2011. Quería aclarar que dichos comentarios del CDR están contenidos en el documento 118-CDR-2011 remitido el día de hoy al Regulador General.

Entre otras cosas, destacó que en el oficio 488-DEN-2011, el Director de la Dirección de Servicios de Energía (DEN), expone 24 observaciones sobre lo que considera que son errores de forma o contenido en el documento antes citado. El CDR no coincide con los argumentos asociados con 19 de las observaciones planteadas y las restantes 5 observaciones refieren a aspectos de forma o redacción que conviene corregir en el documento.

Sobre el esquema tarifario, DEN plantea una banda de precios muy amplia, tal que cubre prácticamente la totalidad de los casos de la muestra utilizada (88% de los casos), con un rango de costos de más de 64% entre los valores extremos. Por su parte, CDR considera oportuno aclarar:

- a. La banda propuesta por el CDR entre \$0,134/kWh y \$0,082/kWh, es bastante menos amplia que la propuesta por la DEN, que oscila entre el valor promedio de \$0,106/kWh y cero \$/kWh. En el primer caso, el rango es de \$0,052/kWh y el segundo es de \$0,106/kWh.
- b. Mientras el rango propuesto por el CDR busca que la mayor cantidad de proyectos con costos razonables sea elegible por el ICE, la propuesta de DEN [precio tope en el valor promedio] impide que cualquier proyecto con costos de inversión superiores al promedio sean elegibles por el ICE. Esto último es especialmente inconveniente, considerando que la representatividad del promedio es incierta debido a la poca información disponible.

- c. La observación sobre el porcentaje de valores de la muestra que quedan fuera o dentro de la banda entraña una confusión entre dos conceptos estadísticos: el de muestra y el de población. Cuando la distribución de frecuencias es normal, se espera que alrededor del 68% de los valores de la población se encuentre dentro del rango comprendido por el promedio más/menos la desviación estándar.
- d. Considerando lo expuesto nos parece que el rango propuesto para la banda responde en mejor forma al objetivo de la metodología, que busca promover al máximo las inversiones en plantas hidroeléctricas privadas para venderle energía al ICE. Este objetivo se logra sin limitar inconvenientemente las facultades del ICE para seleccionar los mejores proyectos posibles para sustituir energía térmica.

Por otra parte, DEN señala que la amplitud de la banda hace inoperante el criterio que sirvió para crearlo (delimitar el poder monopsónico del ICE), pues siempre le deja un amplio margen de negociación del ICE, que siempre permitiría fijar precios ruinosos (si fuera el caso). En ese caso, CDR considera que:

- a. La banda limita el poder monopsónico del ICE porque establece un límite inferior al precio al que podría comprar el ICE. Este límite no existe en la propuesta de DEN.
- b. Si el límite inferior de la banda fuera ruinoso para el conjunto de generadores que ofrezca su energía, es esperable que estos no coticen a esos precios. En ese caso, el ICE tendría que comprar a precios mayores que el límite inferior.
- c. El límite superior de la banda más bien protege al ICE de colusión entre los oferentes.

La Dirección de Servicios de Energía indica que no comparte la argumentación dada por algunos generadores privados sobre el excesivo poder monopsónico del ICE. Sobre ese particular, el CDR es del criterio que el poder monopsónica es un fenómeno objetivo, connatural a los mercados con estructura monopsónica. Esta es la situación del mercado de compra y venta de energía al ICE proveniente de generadores privados. De lo que se trata es de restringir la capacidad del ICE de hacer uso, de ese poder.

DEN señala que la propuesta del CDR tampoco se atienden las inquietudes formuladas por los generadores privadas durante el proceso de audiencia pública. En ese sentido, el Centro de Desarrollo para la Regulación considera que:

- a. La objeción más frecuente de los generadores privados que se expresó en audiencia con respecto al esquema tarifario propuesto por DEN está referida al establecimiento de un tope en el promedio del costo de inversión. El CDR considera que esa es una objeción válida. Con su propuesta, se busca atenderla, dentro de límites razonables.

\*\*\*\*\*

Debido a un problema técnico de la impresora, ésta hizo un corte indebido en el folio 22689, del acta de la sesión ordinaria 48-2011 del 27 de julio del 2011; sin embargo, continúa correctamente en el folio 22690.

\*\*\*\*\* Última Línea\*\*\*\*\*

Alfredo Cordero Chinchilla  
Secretario de Junta Directiva

- b. La propuesta de los generadores que no se atendió ni por DEN ni por el CDR es la que plantea fijar un precio único por encima del promedio. Esta alternativa daría rentas injustificadas a un grupo de generadores que podría ser considerable. Además, se considera que no existe un valor único de costo de inversión porque este varía considerablemente dependiendo de las condiciones de los sitios en que se instalen las plantas. En este sentido, la banda ofrece una mejor solución.

La Dirección de Servicios señala la inconveniencia de darle al ICE la discrecionalidad de poder pactar precios con los generadores privados que se alejen tanto hacia arriba del valor promedio que se ha calculado. En este caso, CDR es del siguiente criterio:

- a. Se difiere del criterio de DEN en cuanto a que el límite superior del esquema tarifario debe ser el promedio. Este criterio es especialmente inadecuado, si se toma en cuenta la poca información disponible y la alta incertidumbre sobre la representatividad del promedio que se logró calcular. Por otra parte, hay que considerar que no existe un proceso productivo estándar que pueda tomarse de referencia debido a la diversidad de condiciones geológicas, hidrológicas y topográficas de los sitios de planta; por ello, no es correcto fijar el límite superior en el promedio cuando el objetivo es estimular la inversión.
- b. Se considera adecuado y deseable brindar al ICE un marco tarifario razonable para que escoja los mejores proyectos. De otra forma, se incurre en la coadministración.
- c. Un límite inferior de la banda fijado en el promedio menos la rentabilidad no es una opción adecuada debido, entre otras razones, a las incertidumbres antes mencionadas sobre la representatividad del promedio.

Ante la posibilidad de utilizar un criterio estadístico para eliminar de la muestra los puntos atípicos que pueden estar influenciando el promedio y la desviación estándar indicado por DEN, el CDR considera que la escasez de información no permite establecer si los valores extremos de costo de inversión que se tienen en la muestra son atípicos, o si en realidad responden a condiciones objetivas de costos que conviene considerar en el esquema tarifario. Por eso no se excluyeron del cálculo de la desviación estándar.

Por otra parte, DEN indica que una manera práctica de observar que lo propuesto por el CDR, en lugar de disminuir el poder monopólico del ICE al momento de establecer el precio de compra-venta, más bien lo incrementa siendo el resultado divergente a lo solicitado por los agente económicos que presentaron éste punto en sus oposiciones.

Sobre el particular, el Centro de Desarrollo de la Regulación indica:

- a. El criterio del DEN en cuanto a que el límite inferior de la banda implícita en su propuesta es \$0,06/kWh no es correcto, pues ese límite se refiere a una metodología aplicable a plantas viejas.
- b. Cabe preguntar: si se consideró que ese debía ser el límite inferior, ¿por qué no se definió explícitamente?
- c. Si se aceptara el criterio del DEN en cuanto a que el límite inferior de la banda implícita en su propuesta está en \$0,06/kWh, hay que notar que se trataría de un precio ruinoso. Nótese que en el párrafo anterior a este que se comenta, DEN considera que un precio significativamente superior a ese  $\square$ de \$0,082 $\square$ sería ruinoso.

Por otro lado, comenta DEN que no se justifica en el informe las razones para escoger esta banda de precios (+/- una desviación estándar), es decir no se incluyen las razones para escoger una banda tan amplia en este caso, donde caben prácticamente todos los casos de la muestra (un 88%). Al respecto, CDR considera que ese comentario se vuelve a cometer el mismo error de confundir muestra con población. Como se indicó anteriormente, cuando la distribución de frecuencias es normal, se espera que alrededor del 68% de los valores de la población se encuentre dentro del rango comprendido por el promedio más/menos la desviación estándar.

Luego de algunos comentarios en torno a la interconexión eléctrica Centroamericana y América del Sur, don **Dennis Meléndez** indicó con respecto al poder monopsonico del ICE, que definitivamente es mayor que cualquier poder que adquiera un grupo pequeño de empresarios que logren coludirse, ya que siempre va a ser apabullante esa diferencia, siempre el que va a tener la decisión de si compra o no compra, es el ICE.

Continuó don **Guillermo Monge**, en cuanto al tipo de definición de la metodología, que DEN señala en su documento que se incluye dentro de la metodología cifras concretas, contrario a lo que se ha definido y exigido en otras ocasiones. Al respecto, CDR es claro en los siguientes argumentos:

- a. La metodología para definir precios de venta de energía al ICE por parte de generadores hidroeléctricos privados tiene características distintas al común de las metodologías tarifarias de ARESEP.

- b. Esas diferencias son al menos las siguientes: i) ARESEP no está fijando la tarifa, sino dando un marco de referencia al ICE para que defina los precios de compra de energía; ii) no se trata de la tarifa para un servicio público dirigido al consumidor final, sino del precio de un bien a comprar por un operador de servicios públicos (el ICE); iii) a diferencia de las fijaciones tarifarias para servicios públicos bien establecidos que operan desde hace muchos años, en este caso se trata de favorecer desde la regulación la expansión de un mercado de venta de energía al ICE que en la actualidad es muy pequeño, a pesar de su considerable potencial de crecimiento; y iv) el esquema tarifario que se fije constituye una señal clave para que los inversionistas decidan desarrollar proyectos que en el mejor de los casos estará operando dentro de 5 años.
- c. Tomando en cuenta las diferencias antes mencionadas, se considera que en este caso es preferible que en la propia metodología se defina el rango de tarifas. De esta forma, se le brinda más seguridad al inversionista que si ese rango pudiera ser revisado en función de información futura. Ofrecer esa seguridad es esencial para que los inversionistas tomen sus decisiones de participar en el mercado de venta de energía al ICE.
- d. El CDR considera que la única opción de provocar una mejora significativa de la metodología diseñada por DEN y CDR no consiste en mantener abiertas las definiciones de los parámetros de la propuesta actual, sino en diseñar una nueva metodología que se sustente en los resultados de un estudio específico que permita conocer con detalle la función de producción de los generadores hidroeléctricos privados. De otra forma, se seguirán arrastrando las limitaciones actuales derivadas de la carencia de información.

La directora **Saborío Alvarado** consultó sobre cómo se ha tratado el tema en el pasado. Se entra en un contrato con el ICE que fija una tarifa nominal en dólares por la duración del contrato que es 20 años. Ahora, esa tarifa no tiene por qué ser plana y constante, podría ser una tablita. Lo importante es que se conozca cuando se va hacer la inversión, no es que sea fija al mismo monto; podría ser diferente pero conocida, entonces eso eliminaría la incertidumbre, cualquiera que sea la forma de esa curva. ¿Pero una vez que ese contrato se hace con el ICE, está por el periodo del contrato, por los 20 años?

Don **Álvaro Barrantes** comentó que así debe ser, pero una duda jurídica, los contratos desde el principio se llamaban piso ajustable y tarifa fija, justamente esa era la diferencia, con cada fijación, había contratos pero resulta que hoy, se fija el contrato en el momento que lo fija la metodología que dio 15 centavos para los 20 años. La propuesta de DEN es que los datos se ajusten anualmente.

El *Regulador General* indicó que el problema ahí está en que todos estos elementos aumentan la prima de riesgo que va a pedir para ingresar en un proyecto, que no necesariamente es comparable esa prima de riesgo con la prima de riesgo de otros países, o de los mercados internacionales, de manera que ahí es donde hay que tener en cuenta ese aspecto.

Don *Guillermo Monge* apuntó que con respecto a la sugerencia de doña Sylvia, de que la tarifa puede variar en el tiempo, eso lo tomaron en cuenta, pero honestamente no les dio tiempo de tener una propuesta para tener una tarifa. La directora Saborío Alvarado expresó que no era que la tarifa variara en el tiempo: no sería constante, pero si prefijada.

Por otro lado, en relación con el costo de inversión, el DEN comenta que el cálculo del promedio de la inversión por rangos que se plantea es innecesario, vuelve el cálculo más complejo, no se justifica y es inconsistente, porque la desviación estándar se calcula sin estos rangos. Sobre el particular, DCR considera que:

Los criterios utilizados por DEN para escoger valores de la muestra para realizar el cálculo del promedio de inversión que fue presentado en la audiencia, no fueron claramente indicados. A nuestro juicio, eso crea incertidumbre entre los operadores. En nuevo cálculo realizado por el CDR, se considera todos los valores de la muestra disponible y se sacaron promedios de cada uno de los 5 estratos de 4 MW contenidos en el rango de 0 a 20 MW incluidos en dicha muestra, para disminuir el impacto del número de plantas consideradas en cada estrato.

Finalmente, se obtuvo un promedio de los cinco promedios de cada estrato. En el cálculo de la desviación estándar se consideró conveniente utilizar cada dato de la muestra para reflejar la diversidad de situaciones que se presentan.

Adicionalmente, DEN considera que parece haber errores o inconsistencias entre los cuadros de los anexos, sobre todo en cuanto al monto de la inversión, a lo cual CDR quiere señalar que no existen errores ni inconsistencias entre los cuadros de los anexos. La diferencia entre el valor promedio de inversión de \$ 2,783/KW del Anexo 1 y el valor de \$ 3,150/KW del Anexo 2, obedece a que en el segundo dato se incluyó la capitalización de intereses durante el periodo de gracia, que se estimó en dos años de intereses al 8.91% sobre el valor promedio de \$ 2,783/KW.

En la versión propuesta por DEN se incluyó dentro de los cálculos de los costos financieros, un swap que permitirá establecer una tasa de interés fija a lo largo de la obligación contraída por el inversionista, de tal manera que no se vea afectado por las



variabilidades que sufre dicho precio en el tiempo, lo cual hace más atractivo los proyectos, pero si se propone la indexación de la inversión y el uso de bandas (versión CDR), se estarían creando rentas excesivas, adicionales al rédito del desarrollo a favor del inversionista con un mínimo de riesgo, del porque se considera necesario un replanteo. Esto por cuanto el rango de precios es muy amplio.

Al respecto, CDR es del criterio que la inclusión del "swap" tiene por objeto excluir los intereses de los ejercicios de actualización de tarifas. La indexación de la inversión y el uso de bandas tarifaria nada tiene que ver con la inclusión del "swap". Por lo tanto, no tiene sentido supeditar lo primero a lo segundo.

El **Regulador General** manifestó que, en ese tema, se iría más por la recomendación de doña Sylvia, es decir, todos esos elementos financieros en realidad no deberían ser parte del problema de la Aresep, pues eso debería ser problema del inversionista, él toma la decisión de si se financia en el mercado, si se financia en el mercado externo, si busca socios, etc. Y la Aresep debería buscar una rentabilidad del capital en general.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** comentó que, en cuanto a la propuesta que se que se discutió en la sesión pasada, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria tenía un par de preocupaciones.

Como preocupación en términos muy generales, es precisamente utilizar para el cálculo de la rentabilidad un beta apalancado que es básicamente que se le esté dando una rentabilidad adicional al operador.

El director **Emilio Arias Rodríguez** indicó que quería hacer un llamado por el orden. Siente que se están discutiendo documentos que no tiene en sus manos y le gustaría avalar la posibilidad de lo que don Juan Manuel señala. Solicitó al principio de que le hicieran llegar la información para poder tener elementos para discutir, por ejemplo, el documento que don Guillermo presentó es un documento amplísimo, lo que hizo fue escuchar y tomar nota.

No es lo mismo que se haya tenido un documento al alcance para poder conocerlo y posteriormente discutirlo. Llamaría la atención por el orden de que lo que procede que, tanto el CDR como la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, entreguen los documentos y que los hagan llegar efectivamente con tiempo.

Le resulta imposible teniendo mañana la comparecencia, tiene ocupada la mañana y estudiar dos documentos de ese tipo. Considera que eso es lo que procede primero antes de cualquier decisión que haya que tomar, por lo menos necesita tener los documentos impresos porque don Juan Manuel hace observaciones. Posiblemente ya conoce el documento

que ellos acaban de entregar que es lo que interpreto para poder hacer esas observaciones y en este momento no tiene conocimiento de ninguno de los dos documentos.

Don **Juan Manuel Quesada Espinoza** señaló que para aclararle a don Emilio, estas observaciones como lo indicó, son específicamente del oficio que conoció la Junta Directiva en la sesión pasada, oportunidad en la cual expuso don Guillermo Monge.

Don **Dennis Meléndez Howell** hizo ver que no estaba estoy de acuerdo con eso, porque en realidad eso puede hacer meterse en una "camisa de fuerza" de la cual no se va a poder salir, ya que se va a llegar al punto en donde ni siquiera se va a poder expresar las cosas si no es que trae un documento por escrito. Ya se vio el asunto de la moción el día de ayer en donde algo que se derivaba directamente de lo que se estaba planteando se dijo que no, que es que había que traerlo por escrito, de un momento a otro, vamos a convertirnos en una Junta Directiva por escrito nada más.

Así no se puede, le parece que hay que escuchar los puntos de vista, para eso es que nos reunimos, para conocer puntos de vista. Si se considera que hay algo que merece efectivamente tenerlo por escrito, pero en eso sí no está de acuerdo. Se deben oír los criterios, así como ha oído lo que dice don Álvaro, don Marco, o cualquiera de los que asisten a esta Junta Directiva, también tienen derecho a decir las cosas y a dar las opiniones. Si hay algo que no se entiende se consulta.

El señor **Quesada Espinoza** manifestó que quería aclarar y por eso hacía la observación o la instancia a que se definieran los procesos en qué momento participa esta asesoría, porque como ustedes saben y lo ha señalado en esta Junta Directiva, la asesoría que la Dirección General brinda no es de oficio, es a instancia de quien la requiera.

En este caso, la Junta no lo ha solicitado, ni nos lo ha solicitado la Secretaría como insumo para la Junta decida, la intervención que está estoy haciendo en este momento, es básicamente porque le parece responsable trasladarle a la Junta Directiva unas inquietudes sobre esa propuesta para que, si a bien lo tienen, las consideren, o el CDR o la Dirección de Servicios de Energía o ustedes al momento de tomar la decisión, al margen como responsablemente consideramos que debemos hacerlo.

Si la decisión fuera solicitarlo por escrito y entrar en eso, se hará y para eso se requerirá más tiempo, porque ya por escrito es otra cosa, además de que las observaciones son puntuales y la idea es que simplemente ustedes las conozcan.

El director *Arias Rodríguez* señaló que para que conste en actas, considera que si hay observaciones, esas observaciones al igual que todas las que se han presentado antes, tanto del CDR como las otras que han entregado en un documento, cree que es lo pertinente para poder entenderlas en el contexto de un tema tan técnico.

En su caso, requeriría que se le haga entrega de un punteo de los temas que ustedes consideran que deben de tener una alerta desde el punto de vista jurídico y con muchísimo gusto estaría anuente a leerlo y entenderlo, pero no puede decir que aquí le traigan y le digan que hoy ha recibido toda una información y que desde hace dos horas que no la tiene en su mis manos.

Tiene que tomar decisiones sobre información que simplemente se lee aquí o se manifiesta aquí. Lo que corresponde como debe ser, es que la información se entregue por escrito y antes de debatir un tema tan técnico como estos, se tenga los insumos en sus manos. No puede tomar nota ni definir las preguntas a la vez, es decir, es imposible sin tener un documento previo, conocer y discutir sobre algo que vienen a exponer.

Está totalmente de acuerdo con que se puede hacer y comparte plenamente que don Juan Manuel pueda hacer las observaciones, pero lo que cree es que por consideración y por lo complejo del tema, las observaciones deben entregarse por escrito. Para su persona es muy difícil tomar nota y a la vez hacer planteamientos, por lo menos lo solicita porque responsablemente tiene que tener la información sino no puede debatir sobre algo que no tiene en este momento en sus manos.

Don *Dennis Meléndez* señaló, que en su opinión, lo procedente es escuchar las observaciones y si son cosas complicadas de fondo, se les pide que las aclare por escrito.

Don *Juan Manuel Quesada* indicó que precisamente eso era lo que iba a proponer y va a ver don Emilio que son muy sencillas. Tratando de señalar las preocupaciones en términos generales, que van muy enfocadas en insistir en la adecuada y completa descripción de las variables del modelo, por ejemplo, se requiere una debida justificación de la propuesta y además se debe señalar la inconveniencia de definir valores dentro de una metodología.

Básicamente, en la página 57 de aquel oficio, es necesario que se justifique la variable  $\alpha$  de esa fórmula, porque no está definida en ningún lado, esa es una observación muy sencilla que podrían tomar nota y valorar si hay que definirla o no. La observación es que hace falta justificar esa variable.

Por otra parte, en la página 58, se habla de la estructura horario estacional, y no se incluye o no se explica cómo se calculan los costos marginales de corto plazo. En la propuesta que salió a audiencia pública si se incluía y en este momento simplemente se señalan los valores. La observación es que valdría la pena que se justifique cómo se calculan esos costos marginales de corto plazo.

Otra de las preocupaciones es el punto que está en la página 59, que habla de la moneda en que se tasaré la tarifa, esta Junta Directiva tuvo en algún momento en discusión que era lo más prudente si definir una tarifa en dólares y decirle al operador que la cobrara al tipo de cambio, de cuando recibía la energía o cuando lo facturaba o cuando realmente se pagaba, ustedes tuvieron esa discusión.

En esta propuesta se establece que se pagaba al momento de la facturación y pago, la Dirección General considera que es prudente volver a traer este tema a discusión y definir de pronto que lo más conveniente es que el ARESEP se limite a fijar la tarifa en dólares, y cómo se pague es un tema contractual, al cual el generador y el ICE en este caso lo establezcan.

Una preocupación es sobre el tema del "swap" pues se considera que en la propuesta no está debidamente justificado, además de que se considera que técnicamente no debería incluirse esa variable. Ahora es difícil cuestionar ese "swap" porque la primera preocupación que se tendría sobre eso, es que no está justificada en el documento.

Otro tema era la revaluación de activos que señalaba don Guillermo que es una de las cosas que ellos consideran que debería eliminarse en la propuesta, nosotros esa era una de las preocupaciones que queríamos hacer ver, y finalmente el tema del beta apalancado, que tal vez José Carlos me ayuda un poquito.

Don *José Carlos Rojas* comentó lo relacionado con el tema del beta en el modelo, destacando que la versión que se llevó a audiencia pública en su momento tenía una opción que la tarifa fuera diferenciada a 13 y 7 años, eso tenía una razón de ser y era que con los datos conseguidos por DEN o con la información disponible en ese momento, los financiamientos eran a 13 años, y por tanto, no se justificaba reconocer luego de esos 13 años una rentabilidad por un financiamiento que no existía si esa era el realidad del financiamiento en ese momento.

El pasar de eso a una tarifa plana o constante en el tiempo utilizando el CAPM, que tiene implícito la razón de deuda a patrimonio, y que en este tipo de industria el dato utilizado y que se había puesto en la primera versión del documento es un 74% de apalancamiento, hace una diferencia significativa si se mantiene ese nivel de beta

considerando los 20 años, si se sabe que el financiamiento no es a 20 años, con lo cual es de advertirse simplemente que si se deja de esa forma se estaría reconociendo una rentabilidad mayor por ese factor de endeudamiento que no existe.

Se está suponiendo que el periodo de financiamiento sigue con ese nivel de apalancamiento, el operador, podría estar reconociendo una rentabilidad adicional. Esas eran las dos observaciones.

Doña *Sylvia Saborio Alvarado* señaló que era del criterio de que la metodología no debería meterse en cómo se financia la inversión, más allá de reconocer un costo al capital.

Don *Dennis Meléndez* apuntó que sí sería oportuno discutir cómo fijar esa rentabilidad del capital, cómo se financia, si es con endeudamiento, si es con swap, si es con mercados en los Estados Unidos, emitiendo bonos o participaciones de capital.

Luego de que don Carlos Luis explicara algunos aspectos sobre le figura del swap, don Guillermo Monge manifestó que comparten plenamente todas las observaciones menos una de los compañeros de asesoría jurídica. Han hecho una revisión de la versión anterior y ya están contempladas todas. Si tienen dudas con respecto al tema de la justificación de la propuesta, pero lo pueden hablar posteriormente para tener una idea más precisa de que es lo que encontraron.

Les parece que el tema del beta apalancado, si no entendió mal, está resuelto, definiendo un período de endeudamiento de 20 años, el problema estaba cuando el período de endeudamiento era menor, pero si le encuentran algún problema aún con este diseño que tiene, por supuesto que pueden conversarlo. Siguen pensando que en este caso particular es conveniente definir los valores directamente por las razones que se expresaron.

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

#### **ACUERDO 08-48-2011**

Dar por recibido el oficio 488-DEN-2011/17900 del 21 de julio del 2011, mediante el cual la Dirección de Servicios de Energía remite un análisis de la propuesta de metodología tarifaria para nuevos generadores privados hidroeléctricos, elaborada por el Centro de Desarrollo de la Regulación, contenido en el oficio 113-CDR-2011, el cual se conoció en el artículo 6 del acta de la sesión 46-2011 celebrada el 20 de julio del 2011, así como los comentarios y observaciones manifestadas en esta oportunidad por el Centro de Desarrollo de la Regulación y la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria sobre el particular.

**ARTÍCULO 10** *Asuntos pospuestos.*

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

**ACUERDO 09-48-2011**

posponer, para una próxima oportunidad, el análisis y resolución de los asuntos indicados en la agenda como puntos 3.6.2, 4.1, 4.2, 4.3, 5 y 6, los cuales, en ese orden, se indican a continuación:

- Propuesta de Modelo para la determinación de tarifas de referencias para plantas de generación privada hidroeléctricas nuevas.
- Oficio 206-AI-2011 del 11 de julio del 2011 referente a ajuste en el plan de trabajo de la auditoría presentado en sesión 05-2011, en razón del recurso humanos disponible.
- Informe de la Auditoría Interna 14-I-2010 referente al manejo de actas, agenda, expedientes y documentación en general.
- Informe 10-I-2010 referente al estudio □Proceso de alquiler edificio Multipark y propiedades de ARESEP.
- Moción presentada por la Directiva María Lourdes Echandi Gurdían sobre Proceso Monitorio del Juzgado Especializado de Cobros, Segundo Circuito Judicial de San José, Expediente 09-023925-012-CJ, establecido por la ARESEP en contra de Leonel Fonseca.
- Oficio SCG-MM-335-2011. Respuesta Secretaría del Consejo de Gobierno en torno al estado del expediente administrativo sobre el nombramiento y remuneración del miembro suplente del Consejo de la SUTEL.

**A LAS 17:48 HORAS FINALIZÓ LA SESIÓN.**

**DENNIS MELÉNDEZ HOWELL**  
*Presidente de la Junta*

**SYLVIA SABORÍO ALVARADO**  
*Miembro Junta Directiva*

**EDGAR GUTIÉRREZ LÓPEZ**  
*Miembro Junta Directiva*

**EMILIO ARIAS RODRÍGUEZ**  
*Miembro Junta Directiva*

**ALFREDO CORDERO CHINCHILLA**  
*Secretario Junta Directiva*