

SESIÓN ORDINARIA

N.º 28-2017

13 de junio de 2017

San José, Costa Rica

SESIÓN ORDINARIA N.º 28-2017

Acta de la sesión ordinaria número veintiocho dos mil diecisiete, celebrada por la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el martes trece de junio de dos mil diecisiete, a partir de las nueve horas con ocho minutos. Asisten los siguientes miembros: Roberto Jiménez Gómez, quien preside; Edgar Gutiérrez López, Pablo Sauma Fiatt, Adriana Garrido Quesada y Sonia Muñoz Tuk, así como los señores (as): Xinia Herrera Durán, Reguladora General Adjunta, Anayansie Herrera Araya, Auditora Interna, Robert Thomas Harvey, Asesor Legal de la Junta Directiva; Herley Sánchez Viquez, Asesora del Despacho del Regulador General y Alfredo Cordero Chinchilla, Secretario de la Junta Directiva.

ARTÍCULO 1. Aprobación del Orden del Día

El señor **Roberto Jiménez Gómez** da lectura al Orden del Día de esta sesión. Plantea excluir el conocimiento del punto 3.14 de la agenda que corresponde al Reglamento de uso compartido de infraestructura para el soporte de redes públicas de telecomunicaciones, con el propósito de que los miembros de la Junta Directiva cuenten con toda la información del caso y agendarlo en una próxima sesión. Lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 01-28-2017

Aprobar el Orden del Día de esta sesión, el cual a la letra dice:

1. *Aprobación del Orden del Día.*
2. *Aprobación de actas de las sesiones 26-2017 y 27-2017.*
3. *Asuntos resolutivos.*
 - 3.1 *Propuesta de reforma parcial al Reglamento para el Control de la Propiedad, Planta y Equipo y Activos Intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano -DF-Desconcentrado. Oficios 192-DGO-2017 del 25 de abril de 2017, 781-DF-2016 del 24 de mayo de 2016 y 817-DF-2016 del 3 de junio de 2016.*
 - 3.2 *Recurso de apelación y gestión de nulidad relativa, interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL), contra la resolución RIE-082-2016. Expediente OT-004-2016. Oficio 386-DGAJR-2017 del 21 de abril de 2017.*
 - 3.3 *Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RIE-104-2016. Expediente ET-058-2016. Oficio 509-DGAJR-2017 del 31 de mayo de 2017*
 - 3.4 *Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contra la resolución RIE-107-2016. Expediente ET-060-2016. Oficio 515-DGAJR-2017 del 1º de junio de 2017.*

- 3.5 *Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contra la resolución RIE-105-2016. Expediente ET-059-2016. Oficio 517-DGAJR-2017 del 1º de junio de 2017.*
 - 3.6 *Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contra la resolución RIE-106-2016. Expediente ET-057-2016. Oficio 518-DGAJR-2017 del 1º de junio de 2017.*
 - 3.7 *Implicaciones financieras para el Instituto Costarricense de Electricidad y para el país derivados de la no aprobación de parte del ajuste de las tarifas eléctricas para el periodo 2017. Oficio 0012-138-2017 del 3 de mayo de 2017.*
 - 3.8 *Recurso de apelación, interpuesto por P.H. Río Volcán S.A., contra el oficio 0363-IE-2017. Expedientes OT-082-2015 y OT-080-2017. Oficio 427-DGAJR-2017 del 2 de mayo de 2017.*
 - 3.9 *Recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por la Asociación Cámara de Industrias de Costa Rica (ACICR), contra la resolución RIE-014-2017. Expediente ET-058-2016. Oficio 436-DGAJR-2017 del 9 de mayo de 2017.*
 - 3.10 *Recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por la Asociación Cámara de Industrias de Costa Rica (ACICR), contra la resolución RIE-015-2017. Expediente ET-059-2016. Oficio 437-DGAJR-2017 del 9 de mayo de 2017.*
 - 3.11 *Recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por la Asociación Cámara de Industrias de Costa Rica (ACICR), contra la resolución RIE-016-2017. Expediente ET-057-2016. Oficio 440-DGAJR-2017 del 9 de mayo de 2017.*
 - 3.12 *Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RIE-055-2016. Expediente ET-029-2016. Oficio 372-DGAJR-2017 del 19 de abril de 2017.*
 - 3.13 *Recurso de apelación interpuesto por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., (Recope), contra la resolución RIE-009-2017. Expediente ET-012-2017. Oficio 418-DGAJR-2017 del 2 de mayo de 2017.*
 4. *Presentación del Plan Estratégico Institucional.*
 5. *Asuntos varios de los miembros de Junta Directiva.*
 6. *Asuntos informativos.*
- Comunicación de la ratificación de la señora Xinia María Herrera Durán como Reguladora General Adjunta de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Oficio AL-DSDI-OFI-0124-2017 del 29 de mayo de 2017.*

ARTÍCULO 2. Aprobación de actas de las sesiones 26-2017 y 27-2017

A partir de este momento, se retira del salón de sesiones, el señor Roberto Jiménez Gómez y continúa presidiendo la señora Xinia Herrera Durán, en su condición de Reguladora General Adjunta.

a) En cuanto al acta de la sesión 26-2017

Los miembros de la Junta Directiva solicitan que la Secretaría ajuste la citada acta, conforme a las consideraciones externadas el día en que se celebró dicha sesión, en cuanto al formato que deben contener las resoluciones que dicte este cuerpo colegiado.

La señora **Xinia Herrera Durán** la somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad de los cuatro votos presentes:

ACUERDO 02-28-2017

Posponer, para la próxima sesión, la aprobación del acta de la sesión ordinaria 26-2017, celebrada el 2 de junio de 2017, hasta tanto la Secretaría la ajuste de conformidad con las observaciones planteadas en esta oportunidad.

b) En cuanto al acta de la sesión 27-2017

Los miembros de la Junta Directiva conocen el borrador del acta de la sesión ordinaria 27-2017, celebrada el 6 de junio de 2017.

La señora **Xinia Herrera Durán** la somete a votación e indica que se abstiene de votarla en vista de que no presidió la sesión en esa oportunidad. La Junta Directiva resuelve, con los votos de los señores (as): Gutiérrez López, Sauma Fiatt, Garrido Quesada y Muñoz Tuk.

ACUERDO 03-28-2017

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 27-2017, celebrada el 6 de junio de 2017, cuyo borrador se distribuyó con anterioridad entre los miembros de la Junta Directiva, para su revisión, con la salvedad presentada por la señora Xinia Herrera Durán, de que no presidió dicha sesión.

ARTÍCULO 3. Propuesta de reforma parcial al Reglamento para el Control de la Propiedad, Planta y Equipo y Activos Intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano -DF-Desconcentrado.

A las diez horas con treinta y cinco minutos ingresan al salón de sesiones, los señores Rodolfo González Blanco, Director General de la Dirección General de Operaciones y Gustavo Alvarado Zúñiga, funcionario de esa Dirección, a participar en la presentación del tema objeto de este artículo. Asimismo, se reincorpora a la sesión, el señor Roberto Jiménez Gómez y continúa presidiendo.

La Junta Directiva conoce los oficios 192-DGO-2017 del 25 de abril de 2017, 781-DF-2016 del 24 de mayo de 2016 y 817-DF-2016 del 3 de junio de 2016, mediante el cual, la Dirección General de

Operaciones presenta para su aprobación, la propuesta de reforma parcial al Reglamento para el Control de la Propiedad, Planta y Equipo y Activos Intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado.

El señor **Gustavo Alvarado Zúñiga** explica que la propuesta consiste en modificar los artículos 7 y 9 del citado Reglamento; sin embargo, la presentación se centra en el artículo 9, porque el artículo 7 es únicamente un tema de forma respecto de dos incisos que están repetidos y en consecuencia correr la numeración.

Asimismo, se refiere a los antecedentes del caso, así como al motivo de la propuesta de reforma e indica que, en la actualidad el artículo 9 del reglamento vigente se distancia de los objetivos institucionales y podría transgredir el artículo 84 de la Ley 7592, ya que, Al momento de reponer un activo extraviado se hace conforme al valor de mercado, lo que es superior al valor en libros (precio actual), lo anterior podría implicar un registro de ganancias económicas (contables) indebido (enriquecimiento ilícito), puesto que la reposición se da sin valorar la depreciación y el deterioro de esos bienes, en virtud del estado físico, obsolescencia técnica, tecnológica, comercial o de otro tipo, que podría afectarlo; razón por la cual se plantea la reforma al reglamento de cita, para garantizar el equilibrio económico de la transacción, así como para evitarle a la Institución que se enriquezca de manera indebida.

Ante una consulta de la señora Xinia Herrera Durán, el señor **Gustavo Alvarado Zúñiga** señala que la propuesta de reforma es producto de la práctica; ya que, existe mucho activo viejo y en el momento que un funcionario tiene que reponer un activo viejo debe hacerlo conforme al valor de mercado y en ocasiones no hay un mercado de ese activo. Esto se hace de acuerdo a un proceso.

El señor **Gustavo Alvarado Zúñiga** continúa con la presentación y explica la modificación del artículo 9 para que se lea de la siguiente manera:

Artículo 9. Responsabilidad de los Funcionarios:

Inciso 9) Reponer, reparar o pagar, a valor en libros, las herramientas de trabajo, equipos y mobiliario que se le hayan asignado; que por culpa o dolo debidamente demostrada haya dañado, deteriorado o perdido, luego del debido proceso. El valor en libros de un activo se calculará según el método de depreciación definido en la política contable establecida por la Contabilidad Nacional instancia adscrita al Ministerio de Hacienda y adoptada por la Institución.

El señor **Edgar Gutiérrez López** consulta si en la práctica, el valor de los activos está señalado en todos los libros.

El señor **Gustavo Alvarado Zúñiga** responde que existe un auxiliar de los activos.

La señora **Anayansie Herrera Araya** comenta que, cuando se trata de la reposición de activos, en ocasiones no son de un valor muy considerable, y se han presentado casos en que, cuando hay aceptación del funcionario para reponer el activo, por lo que no sería requerida la apertura de un procedimiento administrativo.

El señor **Gustavo Alvarado Zúñiga** finaliza la presentación y se refiere a las justificaciones de la propuesta e indica que los activos correspondientes a Propiedad, Planta y Equipo y Activos Intangibles

están sujetos a procesos de depreciación, que es la distribución sistemática del importe depreciable de un activo a lo largo de su vida útil.

Los activos de esta naturaleza están sujetos a deterioro en virtud de su estado físico, obsolescencia técnica, tecnológica, comercial o de otro tipo, que representa una pérdida en su valor. Agrega que el valor en libros de un activo a una fecha determinada, es igual a su costo de adquisición menos la depreciación acumulada y el deterioro

Además, indica que el valor en libros de un activo representa la cifra monetaria que debe recuperar la Institución para no verse afectada económicamente. Cualquier recuperación de un activo inferior a su valor en libros, obliga a la Institución a asumir y registrar una pérdida en sus libros contables. Cualquier recuperación de un activo superior a su valor en libros obliga a la Institución a asumir y registrar una ganancia en sus libros contables.

Indica que, respecto de la viabilidad económica, la propuesta es viable desde el punto de vista de costos de operación, ya que, ponerlo en ejecución se realizará con el personal actual y no supone ningún incremento en el uso de los recursos presupuestados.

Seguidamente, ante una consulta del director Sauma Fiatt, la señora **Anayansie Herrera Araya** señala que la Auditoría Interna analizó la propuesta que fue remitida por el Secretario de la Junta Directiva y a raíz de esto determinó dos escenarios: i) la modificación lo que busca es variar el reglamento anterior, en el cual se solicitaba la sustitución del activo y ii) lo que se pretende es que el activo se sustituya conforme a su valor en libros contables; lo cual, considera es una decisión de la Administración; ya que, existe posiciones diferentes dentro de la Institución; se tendría que valorar los pro y los contra.

Analizado el asunto con base en lo expuesto por la Dirección General de Operaciones, de conformidad con los oficios 192-DGO-2017, 781-DF-2016 y 817-DF-2016, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad y con carácter de firme:

CONSIDERANDO:

- I. Que el 1 de agosto de 2014, mediante el oficio N° 555-RG-2014, el Regulador General, emitió "Nueva instrucción sobre propuestas de normativa administrativa", con el *"fin de fortalecer y mejorar el procedimiento de iniciativa, discusión y aprobación de la normativa interna. Con dichos cambios se procura agilizar la labor, evitando reprocesos"*.
- II. Que el 13 de abril de 2016, en el Alcance Digital N° 55 a La Gaceta N° 69, fue publicado el Reglamento para el control de la propiedad, planta y equipo y activos intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado.
- III. Que el 19 de abril de 2016, mediante el oficio 204-DGO-2016, la Dirección General de Operaciones le indicó a la Dirección de Finanzas, que la versión final de reglamento publicado en el diario oficial La Gaceta, difiere en parte del criterio técnico por ellos esbozado en su oportunidad, lo cual incide en la ejecución de las recomendaciones generadas en el estudio de activos fijos realizado por esa Dirección. En virtud de ello, se le solicitó a la Dirección de Finanzas efectuar el análisis respectivo y proponer los cambios que estime pertinentes realizar, con el fin de solicitar las modificaciones correspondientes.

- IV. Que el 2 de mayo de 2016, mediante el oficio 230-DGO-2016, la Dirección General de Operaciones, en adición al oficio 204-DGO-2016, le solicitó a la Dirección de Finanzas proceder a remitir la respectiva propuesta de modificación al reglamento en cuestión, a más tardar, el 30 de mayo de 2016.
- V. Que el 24 de mayo de 2016, mediante el oficio 781-DF-2016, la Dirección de Finanzas remitió a la Dirección General de Operaciones, la propuesta de modificación del Reglamento para el control de la propiedad, planta y equipo y activos intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado.
- VI. Que el 31 de mayo de 2016, mediante el oficio 282-DGO-2016, la Dirección General de Operaciones, solicitó a la Dirección de Finanzas ampliar el oficio 781-DF-2016, en cuanto al fin de la propuesta y la viabilidad económica de la reforma pretendida.
- VII. Que el 3 de junio de 2016, mediante el oficio 817-DF-2016, la Dirección de Finanzas remitió a la Dirección General de Operaciones, una ampliación del oficio 781-DF-2016.
- VIII. Que El 7 de junio de 2016, mediante oficio 298-DGO-2016, la Dirección General de Operaciones remitió al Regulador General la propuesta de reforma parcial al Reglamento para el Control de la Propiedad, Planta y Equipo y Activos Intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado, como paso previo a proceder con lo que dispone la directriz 555-RG-2014.
- IX. Que el 24 de marzo de 2017, en reunión realizada entre funcionarios de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y la Dirección de Finanzas, se definió que la propuesta de modificación al Reglamento sería presentada por la Dirección de Finanzas y, una vez que la propuesta sea llevada a consulta, la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria se ocupará de revisar los aspectos legales de la misma.
- X. Que el 14 de junio de 2017, mediante el oficio 192-DGO-2017, la Dirección General de Operaciones, con sustento en los oficios 781-DF-2016 y 817-DF-2016, de la Dirección de Finanzas y el resultado de la reunión realizada con funcionarios de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria remitió, a la Junta Directiva, una propuesta de reforma parcial al Reglamento para el control de la propiedad, planta y equipo y activos intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado. En dicha propuesta se expuso, extraído de la correspondencia enviada por la Dirección de Finanzas, lo siguiente:

“(…)

En atención al oficio N°230-DGO-2016, de fecha 02 de mayo del año en curso, me permito indicarle que se llevó a cabo una revisión exhaustiva del Reglamento para el Control de la Propiedad, Planta, Equipo y Activos Intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado con el propósito de atender sus instrucciones y para lo cual se requiere someter a conocimiento y aprobación de la Junta Directiva las siguientes modificaciones:

1. *Inciso 9 del Art. 9. El mismo actualmente establece:*

“Artículo 9. Responsabilidad de los funcionarios: Es responsabilidad de los funcionarios cumplir con lo siguiente:

9. Reponer, reparar o pagar, a precio actual de mercado, las herramientas de trabajo, equipo y mobiliario que se le hayan asignado: que por culpa o dolo debidamente demostrado se haya dañado, deteriorado o perdido, luego del debido proceso.”

Analizado el inciso en mención se considera necesario modificarlo de la siguiente forma:

“Artículo 9. Responsabilidad de los funcionarios. Es responsabilidad de los funcionarios cumplir con lo siguiente:

“9. Reponer, asumir el costo de reparación o pagar al valor en libros las herramientas de trabajo, equipo y mobiliario que se le hayan asignado, que por culpa o dolo debidamente demostrado se haya dañado, deteriorado o perdido, luego del debido proceso. El valor en libros de un activo se calculará según el método de depreciación definido en la política contable establecida por la Contabilidad Nacional, instancia adscrita al Ministerio de Hacienda, y adoptada por la Institución.”

Esta misma recomendación de modificación fue sugerida por los funcionarios de la ARESEP, durante el proceso de consultas previo a la aprobación del reglamento. Sin embargo, fue rechazada por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR) de la siguiente manera.

Observación	Criterio de DGAJR	¿Es acogida la observación?
<p>- Redacción actual:</p> <p>9) Reponer, reparar o pagar, a <u>precio actual de mercado</u>, las herramientas de trabajo, equipos y mobiliario que se le hayan asignado; que por culpa o dolo debidamente demostrada haya dañado, deteriorado o perdido, luego del debido proceso.</p> <p>- Redacción propuesta:</p> <p>9) Reponer, reparar o pagar, a <u>valor en libros</u>, las herramientas de trabajo, equipos y mobiliario que se le hayan asignado; que por culpa o dolo debidamente demostrada haya dañado, deteriorado o perdido, luego del debido proceso.</p> <p>- Justificación del cambio propuesto:</p> <p>El valor en libros refleja la reposición de la pérdida o afectación justa que sufre la institución en caso de extravío de un bien que deba ser repuesto por un funcionario, pues este valor considera no sólo el costo del activo, sino el desgaste, deterioro o depreciación que el mismo ha sufrido por su uso. Por el contrario, el precio actual de mercado al que se refiere el Reglamento, perjudica económicamente al funcionario pues no considera la depreciación ni el deterioro del activo.</p>	<p>Criterio Técnico: El valor en libros representa la pérdida económica de la institución ante un eventual robo, deterioro o pérdida de un activo, pero no reflejaría el costo de la reposición del activo, por lo tanto, se mantiene la redacción original.</p>	<p>No se acoge.</p>

En contraposición al criterio técnico antes indicado, emitido por la DGAJR, esta Dirección considera que la modificación solicitada por los funcionarios debió ser acogida considerando los siguientes aspectos técnicos:

- ✓ *Los activos son recursos controlados por una Entidad, como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera obtener en el futuro, beneficios económicos o potencial de servicio.*
- ✓ *Los activos correspondientes a Propiedad, Planta y Equipo y Activos Intangibles están sujetos a procesos de depreciación, que es la distribución sistemática del*

importe depreciable de un activo a lo largo de su vida útil. En otras palabras, la depreciación es el consumo sistemático del costo de adquisición de un activo en el tiempo; siendo el costo de adquisición el precio pagado por el activo más los gastos necesarios para tener el bien en lugar y condiciones que permitan su funcionamiento.

Adicionalmente, los activos de esta naturaleza están sujetos a deterioro en virtud de su estado físico, obsolescencia técnica, tecnológica, comercial o de otro tipo, que representa una pérdida en su valor.

- ✓ *El valor en libros de un activo es igual a su costo de adquisición menos la depreciación acumulada y el deterioro, por tanto, y como lo indicó la DGAJR en su criterio, representa la pérdida económica real a la que se vería expuesta la Institución en caso de materializarse la pérdida, robo o deterioro de un activo. Considerando lo anterior, esta Dirección considera lo siguiente:*
 - *El valor en libros de un activo representa la cifra monetaria que debe intentar recuperar la Institución para no verse afectada económicamente.*
 - *Cualquier recuperación de un activo inferior a su valor en libros obliga a la Institución a asumir y registrar una pérdida en sus libros contables.*
 - *Cualquier recuperación de un activo superior a su valor en libros obliga a la Institución a asumir y registrar una ganancia en sus libros contables, lo cual puede ser interpretado como un enriquecimiento ilícito por parte de la Institución.*
- ✓ *En su criterio la DGAJR indica que el valor en libros no reflejaría el costo de reposición, por lo cual la sugerencia de modificación solicitada por el funcionario no se acoge. Sin embargo, dentro del criterio emitido no se brindó la definición del término costo de reposición, por lo tanto, si en alguno de los casos este costo es superior al valor en libros la Institución se vería en la obligación de registrar ganancias económicas que podrían estar en detrimento de las pérdidas económicas de un funcionario.*
- 2. *En el artículo 7- Funciones de Proveeduría, el inciso 12 presenta una repetición con lo que indica el inciso 11, se deberá eliminar y correr la numeración de la siguiente manera:*
 - 12- *Llevar un control de la salida y entrada de los activos que por motivos de reparación deban salir de las instalaciones de la Institución.*
 - 13- *Velar por una apropiada conservación de los activos que tienen bajo su custodia, a fin de conservarlos en las condiciones apropiadas.*
 - 14- *Tramitar la solicitud de reparación de los activos reportados como dañados.*

15- *Informar a Servicios Generales de la adquisición de activos tangibles e intangibles, con la respectiva documentación de respaldo, a efectos del respectivo aseguramiento.*

16- *Informar a Servicios Generales de las gestiones de reparación de los activos tangibles, previa solicitud de diagnóstico del taller autorizado, con descripción del daño, causa o posible causa del daño, así como el valor de reparación con la cotización respectiva, a efectos de que realice las gestiones correspondientes ante la aseguradora.*

Consideramos de vital importancia proceder con las gestiones respectivas a fin de lograr en el menor tiempo posible realizar los cambios antes detallados.

(...)”.

XI. Que adicionalmente en el oficio 817-DF-2016, la Dirección de Finanzas indicó lo siguiente:

(...)

Fin

Con esta propuesta de reforma se cumple el objetivo de disponer de un marco normativo que cumpla con las recomendaciones técnicas del área financiera, respecto al valor de reposición o pago de herramientas de trabajo, equipo y mobiliario que se le haya asignado a los funcionarios y que por culpa o dolo debidamente demostrado se haya dañado, deteriorado o perdido.

Viabilidad económica

Se prevé que la presenta propuesta de reforma parcial al “Reglamento para el Control de la Propiedad, Planta y Equipo y Activos Intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado”, es viable desde el punto de vista de costos de operación, ya que el ponerlo en ejecución se realizará con el personal actual y no supone ningún incremento en el uso de los recursos presupuestados”.

(...)”.

XII. Con fundamento en los considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: Ordenar a la Secretaría de Junta Directiva, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria y al Departamento de Gestión Documental, a proceder de conformidad con la directriz denominada “*Nueva instrucción sobre propuestas de normativa administrativa*”, emitida mediante oficio N° 555-RG-2014, en torno a la propuesta de reforma parcial al Reglamento para el control de la propiedad, planta y equipo y activos intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado.

XIII. Que en sesión de la Junta Directiva 28-2017, del 13 de junio de 2017, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre base de los oficios 781-DF-2016, 817-DF-2016 y 192-DGO-2016 de cita, acordó con carácter de firme, dictar el presente acuerdo.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593 y sus reformas, así como los oficios 781-DF-2016, 817-DF-2016 y 192-DGO-2016, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dispone:

ACUERDO 04-28-2017

Ordenar a la Secretaría de Junta Directiva, a la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y a la Dirección General de Operaciones, proceder de conformidad con el procedimiento denominado "JR-PO-01: Procedimiento para la creación y modificación de normativa administrativa interna", en torno a la propuesta de modificación de los artículos 7 y 9 del "Reglamento para el Control de la Propiedad, Planta y Equipo y Activos Intangibles de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos".

ACUERDO FIRME.

A las diez horas con cuarenta y cinco minutos se retiran del salón de sesiones, los señores Rodolfo González Blanco y Gustavo Alvarado Zúñiga.

ARTÍCULO 4. Recurso de apelación y gestión de nulidad relativa, interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL), contra la resolución RIE-082-2016. Expediente OT-004-2016.

A partir de este momento ingresan al salón de sesiones, la señora Carol Solano Durán, Directora General de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, y el señor Daniel Fernández Sánchez, funcionario de esa Dirección. Asimismo, ingresan los señores Mario Mora Quirós de la Intendencia de Energía y Juan Carlos Martínez Piva, Asesor del Despacho del Regulador General, a participar en la presentación de este recurso.

La Junta Directiva conoce el oficio 386-DGAJR-2017 del 21 de abril de 2017, mediante el cual la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria emite criterio en torno al recurso de apelación y gestión de nulidad relativa, interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. (CNFL), contra la resolución RIE-082-2016.

El señor **Mario Mora Quirós** explica que, lo que la Intendencia de Energía hizo fue un estudio de fiscalización, con el objetivo de generar un producto y utilizarlo como insumo en los estudios tarifarios, pero el objetivo inicial era precisar los valores. En este tema en particular, lo interesante es que, cuando se hace el estudio tarifario, el nivel de inconsistencias era de tanto nivel, que la Intendencia de Energía tenía distintos valores en un proyecto, sin tener claro cómo se justificó pasar de un valor a otro.

Agrega que, el estudio de fiscalización concluye cuál fue el valor final de cada proyecto. Además, se fueron identificando las justificaciones adecuadas que se dieron a cada uno de esos valores; pero esa consistencia que se hizo para poder llegar a un valor final, tampoco significa que tarifariamente había que reconocerla.

Seguidamente, el señor **Daniel Fernández Sánchez** se refiere a los antecedentes, análisis por la forma y el fondo, argumentos del recurrente, así como las conclusiones y recomendaciones del caso, al tiempo

que responde diversas consultas de los miembros de la Junta Directiva en torno a los argumentos planteando por el recurrente.

Analizado el recurso, con base en lo expuesto por la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria, de conformidad con el oficio 386-DGAJR-2017, el señor **Roberto Jiménez Gómez** lo somete a votación y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

RESULTANDO:

- I. Que el 8 de enero de 2016, mediante el oficio 0028-IE-2016, la Intendencia de Energía (IE), solicitó la apertura de expediente sobre el Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, sobre los proyectos de generación Hidroeléctrica Balsa Inferior y Eólico Valle Central (folio 1).
- II. Que el 13 de setiembre de 2016, mediante la resolución RIE-082-2016, la IE, resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

“I. Acoger los hallazgos y las conclusiones contenidas en el informe ‘Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz-CNFL- sobre los proyectos de generación hidroeléctrica Balsa Inferior y Eólico Valle Central’ contenido en el oficio 1247-IE-2016 del 2 de setiembre de 2016, ampliado mediante el oficio 1297-IE-2016 del 13 de setiembre de 2016. II. Trasladar el ‘Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz-CNFL- sobre los proyectos de generación hidroeléctrica Balsa Inferior y Eólico Valle Central’ a la Gerencia General y Auditoría Interna de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, para que tomen las medidas que correspondan. III. Solicitar a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, mejorar la gestión de los proyectos en todas sus etapas, implementando mecanismos para enfrentar las debilidades identificadas en este estudio de fiscalización y presentar a esta Intendencia de Energía, un informe que detalle las decisiones tomadas para mejorar su capacidad de gestión en futuros proyectos de inversión. El plazo para presentación del informe será de seis (6) meses contados a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución. IV. Solicitar a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, realizar una valoración del modelo de financiamiento adoptado para el Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior de conformidad con los hallazgos señalados en el punto 1 del capítulo III ‘Resultados obtenidos’ del informe ‘Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz-CNFL- sobre los proyectos de generación hidroeléctrica Balsa Inferior y Eólico Valle Central’ y comunique a la Intendencia de Energía los resultados de dicha valoración en plazo de seis (6) meses contados a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución. Dicha valoración deberá contener al menos opciones de mercado financiero disponibles y un análisis de costo - beneficio de las opciones identificadas. V. Solicitar a Compañía Nacional de Fuerza y Luz que en el próximo estudio tarifario presente a esta Intendencia de Energía, el levantamiento de activos a valor razonable para el Proyecto Eólico Valle Central, así como la desagregación por componentes, mostrando el detalle de la capitalización y la relación con el servicio público. VI. Solicitar a Compañía Nacional de Fuerza y Luz que en el próximo estudio tarifario presente el detalle de todas las obras sociales y ambientales asociadas a ambos proyectos, así como la desagregación de su costo, incluyendo tanto las partidas capitalizadas como de gasto. VII. Solicitar a la Junta Directiva de la Aresep una política regulatoria en cuanto al reconocimiento de gastos o inversión relacionados a las obras sociales asociadas a proyectos de inversión de los

servicios públicos regulados. **VIII.** Comunicar el `Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz-CNFL- sobre los proyectos de generación hidroeléctrica Balsa Inferior y Eólico Valle Central` a la Contraloría General de la República (CGR), Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), Banco Central de Costa Rica (BCCR), Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), para que en el ejercicio de sus competencias valoren los hallazgos y conclusiones. **IX.** Trasladar el `Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz-CNFL- sobre los proyectos de generación hidroeléctrica Balsa Inferior y Eólico Valle Central` al Coordinador del proceso de Tarifas de Electricidad de la IE, como insumo para la valoración de las próximas petitorias de ajuste tarifario que presente la Compañía Nacional de Fuerza y Luz. (...)" (folios 461 al 548).

III. Que el 20 de setiembre de 2016, la CNFL, interpuso recurso de revocatoria y apelación, y gestión de nulidad relativa, contra la resolución RIE-082-2016 (folios 388 al 458).

IV. Que el 20 de diciembre de 2016, mediante la resolución RIE-113-2016, la IE, resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

"I. Acoger parcialmente el recurso ordinario de revocatoria interpuesto por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, contra la resolución RIE-082-2016 del 13 de setiembre de 2016 únicamente en los términos indicados en el Considerando I, Sección IV, puntos 15, 17 y 20 de esta resolución. Consecuentemente se recomienda revocar de manera parcial la resolución recurrida y disponer lo siguiente: a. Se modifica el monto correspondiente al registro por deterioro de PHBI de ₡42 549 millones por ₡34 863 millones. Apartado III Resultados Obtenidos, Numeral 1. Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior, inciso e. Costo de las obras, punto iii. Registro del deterioro PHBI del Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz sobre el Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior y Proyecto Eólico Valle Central. b. Se incorpora la referencia a la cláusula segunda del contrato de arrendamiento suscrito entre CNFL y EVC S.A. Apartado III Resultados Obtenidos, Numeral 2. Proyecto Eólico Valle Central, inciso b. Estructura de financiamiento del Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz sobre el Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior y Proyecto Eólico Valle Central. c. Se elimina la referencia al desfase de plazos señalado entre la compra de las acciones y la capitalización del proyecto PEVC. Apartado III Resultados Obtenidos, Numeral 2. Proyecto Eólico Valle Central, inciso f. Costo de las obras, punto ii Capitalización del Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz sobre el Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior y Proyecto Eólico Valle Central. II. Rechazar por el fondo la nulidad relativa de la resolución RIE-082-2016 del 13 de setiembre de 2016. (...)" (folios 773 al 829).

V. Que el 2 de enero de 2017, la CNFL, presentó agravios ante el superior (folios 659 al 772).

VI. Que el 3 de enero de 2017, mediante el oficio 0002-IE-2017, la IE, emitió el informe que ordena el artículo 349 de la LGAP (no consta en autos a la fecha de emisión de este criterio, pero fue verificado por este órgano asesor).

VII. Que el 5 de enero de 2017, mediante el oficio 002-SJD-2017, la Secretaría de Junta Directiva trasladó para análisis de la Dirección General de Asesoría Jurídica y Regulatoria (DGAJR), el

recurso de apelación y la gestión de nulidad relativa, interpuestos por la CNFL, contra la resolución RIE-082-2016 (folio 830).

- VIII. Que el 23 de enero de 2017, mediante el oficio 081-DGAJR-2017, la DGAJR, previno a la CNFL, para que aportara el timbre del Colegio de Abogados, correspondiente al poder especial otorgado al señor Jorge Pacheco Mendoza (folios 834 al 835).
- IX. Que el 24 de enero de 2017, la CNFL, aportó el timbre del Colegio de Abogados, correspondiente al poder especial otorgado al señor Jorge Pacheco Mendoza (folio 836).
- X. Que el 21 de abril de 2017, mediante el oficio 386-DGAJR-2017, la DGAJR, emitió criterio jurídico sobre el recurso de apelación y la gestión de nulidad relativa, interpuestos por la CNFL, contra la resolución RIE-082-2016.
- XI. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

- I. Que del oficio 386-DGAJR-2017 arriba citado, que sirve de sustento a la presente resolución, se extrae lo siguiente:

“[...]”

II. ANÁLISIS POR LA FORMA

1. NATURALEZA

El recurso interpuesto es el ordinario de apelación, al cual se le aplican las disposiciones contenidas en los artículos 342 al 352 de la LGAP y sus reformas.

La recurrente interpuso gestión de nulidad relativa, contra la resolución RIE-082-2016, la cual se rige por lo dispuesto en los artículos 158 al 179 de la LGAP.

2. TEMPORALIDAD

La resolución recurrida fue notificada el 14 de setiembre de 2016 (folios 537 y 542) y la impugnación fue planteada el 20 de setiembre de 2016 (folios 388 al 458).

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de la interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días hábiles para recurrir, otorgado en el artículo 346 de la LGAP, que vencía el 20 de setiembre de 2016, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal.

En cuanto a la gestión de nulidad relativa, se tiene que fue interpuesta en tiempo.

3. LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación activa, cabe indicar que, la recurrente está legitimada para actuar -en la forma en que lo ha hecho-, de acuerdo con lo establecido en el artículo 275 de la LGAP.

4. REPRESENTACIÓN

El señor Jorge Pacheco Mendoza, actúa en su condición de apoderado especial, -visible a folios 457, 458, 770, 771 y 834 al 836- por lo cual está facultado para actuar en representación de la recurrente.

Dicho todo lo anterior, se concluye que el recurso de apelación y la gestión de nulidad relativa, interpuestos por la recurrente, resultan admisibles por la forma.

III. PRECISIÓN NECESARIA

El recurso de apelación que se analiza, corresponde a un recurso contra la resolución RIE-082-2016, que entre otras cosas, resolvió en su Por Tanto I “Acoger los hallazgos y las conclusiones contenidas en el informe ‘Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz-CNFL- sobre los proyectos de generación hidroeléctrica Balsa Inferior y Eólico Valle Central’ contenido en el oficio 1247-IE-2016 del 2 de setiembre 2016, ampliado mediante el oficio 1297-IE-2016 del 13 de setiembre de 2016.” (folio 464).

Dicho estudio de fiscalización tenía el objetivo general de “Determinar el valor, las razones y justificaciones técnicas de los proyectos Hidroeléctrico Balsa Inferior (PHBI) y Eólico Valle Central (PEVC) por la CNFL.” (folio 472).

Debe quedar claro, que este estudio de fiscalización no pretendía fijar tarifas para el sistema de generación de la CNFL, su objetivo, se reitera, era determinar un valor económico a los proyectos Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior (en adelante PHBI) y Proyecto Eólico Valle Central (en adelante PEVC).

Sin embargo, en la resolución recurrida, en el Por Tanto IX, se acordó: “IX. Trasladar el ‘Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz-CNFL- sobre los proyectos de generación hidroeléctrica Balsa Inferior y Eólico Valle Central’ al Coordinador del proceso de Tarifas de Electricidad de la IE, como insumo para la valoración de las próximas peticiones de ajuste tarifario que presente la Compañía Nacional de Fuerza y Luz.” (folio 466). Es decir, las conclusiones y hallazgos de dicho estudio, serán insumo para el proceso de Tarifas Eléctricas de la IE, cuando esté resolviendo un estudio tarifario para la CNFL.

(...)

V. ANÁLISIS POR EL FONDO

1. Falta de motivación del acto administrativo en lo resuelto en el Por Tanto VIII de la resolución RIE-082-2016.

Indicó la recurrente, que el objetivo general del estudio de fiscalización era buscar la determinación del valor, las razones y justificaciones técnicas de los proyectos PHBI y PEVC, y no la determinación de hallazgos que ameriten ser valorados por entes como el Banco

Central de Costa Rica, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Planificación y Política Económica (MIDEPLAN), el Ministerio de Ambiente y Energía, y la Contraloría General de la República.

Alegó, que la IE inobservó el artículo 17 de la Ley 8660 (Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones), en cuanto a la desaplicación de leyes relacionadas con los entes y órganos de la Administración Pública como el Banco Central y el Ministerio de Planificación, entre otros, y que se extralimitó en sus potestades (definidas en la Ley 7593).

Consideró, que ni la Ley 7593, ni el Manual General de Fiscalización y Seguimiento de la Aresep, le otorgan autorización expresa de divulgar y comunicar los resultados de una fiscalización para la valoración por parte de otros entes del Estado, que tienen fines y competencias distintas a las de la Aresep.

Además, en su expresión de agravios, la CNFL, indicó que efectivamente la información es pública, pero que no es lo mismo catalogarla como pública, a que se comuniquen los informes con el fin de que se valoren los hallazgos y conclusiones, indicados en el acto administrativo recurrido.

A efectos de analizar el argumento mencionado, conviene hacer referencia a lo dispuesto en el Por Tanto VIII, de la resolución recurrida:

*“Comunicar el “Estudio de fiscalización a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz- CNFL- sobre los proyectos de generación hidroeléctrica Balsa Inferior y Eólico Valle Central” a la Contraloría General de la República (CGR), Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), Banco Central de Costa Rica (BCCR), Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), para que **en el ejercicio de sus competencias valoren los hallazgos y conclusiones.**” (folio 466) (El subrayado no está en el original).*

Respecto del artículo 17 de la Ley 8660, la Procuraduría General de la República (PGR), en su opinión jurídica OJ-76-2016 del 29 de junio de 2016, expresó:

“(…) no obstante el artículo 17 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, los funcionarios del Instituto Costarricense de Electricidad se encuentran sometidos también a los regímenes sancionatorios previstos en determinadas leyes relacionados con la probidad pública, la Hacienda Pública y el Control Interno. En este sentido, es indudable que al Instituto se le aplica la Ley N.º 8422 de 6 de octubre de 2004 y la Ley 8292 de 31 de julio de 2002.”

Asimismo, en la opinión jurídica OJ-107-2016 del 8 de setiembre de 2016, señaló:

“Ese cuerpo normativo fue emitido con el objeto de fortalecer, modernizar y dotar al ICE, a sus empresas, y a sus órganos adscritos de una legislación que le permitiera ir adaptándose a todos los cambios en el régimen legal y de generación y prestación de servicios de electricidad, así como en el campo de

las telecomunicaciones, infocomunicaciones, productos y servicios de información, y demás servicios en convergencia. (artículo 2 inciso a). Asimismo, a través de esa ley se flexibiliza y se amplían los mecanismos y procedimientos de contratación pública que tiene el ICE y sus empresas, y se garantiza y reafirma la autonomía administrativa y financiera del Instituto y sus empresas. (artículos -sic- 2 incisos e y f).”

De las citas anteriores se desprende, que si bien el marco jurídico del ICE y sus empresas fue flexibilizado para competir con las organizaciones propias del derecho privado, aquellas continúan sujetas a la fiscalización y control, por parte de los entes y órganos correspondientes.

Por otro lado, en cuanto a que la IE se extralimitó en sus potestades, y que ni la Ley 7593, ni el Manual General de Fiscalización y Seguimiento de la Aresep, le otorgan autorización expresa de divulgar y comunicar los resultados de una fiscalización para la valoración por parte de otros entes del Estado, que tienen fines y competencias distintas a las de Aresep, es importante reiterar lo indicado por la IE, en la resolución RIE-113-2016 (folio 776), que resolvió el recurso de revocatoria:

“Al respecto resulta necesario señalar que de los artículos 27 y 30 de la Constitución Política se deriva el derecho de todo interesado de tener acceso de la Autoridad Reguladora, información de interés público.

(...)

Ahora bien, la determinación de comunicar a los entes supra indicados no responde a un acto sin motivo, por el contrario, responde a que en el ejercicio de sus funciones, dichos entes emitieron documentos o actos que la CNFL aportó en el marco del estudio de fiscalización como parte de las justificaciones o contexto que dio origen a la decisión de iniciar la construcción de ambas obras.” (El subrayado no es del original)

Además, debe tener presente la CNFL, que el fundamento para poner en conocimiento del MINAE la resolución recurrida, es en razón de que dicho Ministerio, entre otro, integra el Subsector Energía, en el cual, el Ministro actúa como su rector, según lo dispone inciso a) del artículo 6 del Decreto Ejecutivo N° 35991-MINAET (Reglamento de Organización del Subsector Energía). Dentro de las funciones que corresponde a dicho Ministro, se encuentran ahí establecidas, entre otras, las siguientes:

“Artículo 7º-**Ministro Rector**. Corresponderá al Ministro Rector:

(...)

g) Velar porque las instituciones del subsector respondan adecuadamente a los objetivos del subsector, así como a las directrices en materia de política sectorial.

h) Autoevaluar la eficiencia y eficacia de los resultados obtenidos por las instituciones en la ejecución de las estrategias y las políticas sectoriales.

(...).”

Bajo esa línea de análisis, y de conformidad con la norma transcrita, resulta evidente la necesidad de que el Subsector de Energía, esté al tanto de la evolución de los proyectos de energía, en este caso del PHBI y del PEVC, desarrollados por la recurrente.

Por su parte, en lo que respecta a MIDEPLAN, el Decreto Ejecutivo N° 39219-MINAE, mediante el cual se aprobó el “VII Plan Nacional de Energía 2015–2030”, publicado en La Gaceta N° 200 del 15 de octubre de 2015, establece:

“(…) la política energética que sustenta el VII Plan Nacional de Energía 2015-2030 (PNE) está inspirada en el Plan Nacional de Desarrollo 2015-2018 ‘Alberto Cañas Escalante’ (MIDEPLAN, 2014) (…).

(…)

La Contraloría General de la República ha recalado la necesidad de monitorear la efectividad de las políticas de eficiencia energética.

(…)”

Nótese, como el VII Plan Nacional de Energía 20152030, se sustentó en el Plan Nacional de Desarrollo, elaborado por el MIDEPLAN, y en ese sentido, conocer el avance o el estado de los proyectos eléctricos, es un insumo importante para la futura elaboración de dichos planes, los cuales son la base para establecer los lineamientos a seguir por el país, en el sector energético.

Inclusive, la recurrente en su oficio 2001-0570-2016, reconoció la importancia de ambos proyectos eléctricos, respecto del Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Nacional de Energía, señalando:

“(…) se reitera lo comunicado al equipo de fiscalización de la Intendencia de Energía; ambos proyectos formaban parte de las metas sectoriales de energía consignadas en los planes a nivel país: Plan Nacional de Desarrollo, Plan Nacional de Energía (...) ambos con declaratoria de interés público y conveniencia nacional.” (folio 262).

En cuanto a la Contraloría General de la República (CGR), nótese como esta ha insistido en que las políticas de eficiencia energética sean monitoreadas, y en ese sentido, el informe de fiscalización elaborado por la IE, debe ser conocido por la CGR, en aras de que ejerza dicha fiscalización, pero siempre dentro del ejercicio de sus competencias, tal y como se hizo constar, en el Plan Nacional de Desarrollo vigente.

En lo que respecta al Banco Central de Costa Rica, coincide este órgano asesor con lo dispuesto por la IE, en su resolución RIE-113-2016, que resolvió el recurso de revocatoria:

“En relación con el Banco Central de Costa Rica –BCCR- y como parte de su rol vigilante del Sistema Financiero Nacional, se determina importante remitir la resolución debido a que la estructura de financiamiento que construyó la CNFL

para ambos proyectos involucran a la banca estatal (...) e inclusive financiamiento mediante bancos internacionales (...) así como emisión de bonos específicamente para el PHBI.” (folio 777)

Por otra parte, el informe fue puesto en conocimiento del Ministerio de Hacienda, en razón de las funciones conferidas en el ordenamiento jurídico, en cuanto a la recaudación de impuestos.

Finalmente, el Por Tanto VIII de la resolución recurrida, no impuso un deber o una obligación a las instituciones a las que se le comunicó la resolución, para que valoren el informe de fiscalización, por lo contrario, son aquellas quienes determinarán en el “ejercicio de sus competencias”, tal y como lo estableció dicho “Por Tanto”, quienes valorarán si es relevante revisar dicho informe o no.

En consecuencia, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente, en cuanto a este argumento.

2. La fiscalización efectuada por la IE se extralimitó en el uso de fuentes de información.

2.1 Indicó la CNFL, que para la ejecución de la fiscalización, la IE realizó un plan de trabajo que le fue presentado, pero en el transcurso del examen, la IE decidió hacer uso complementario de resultados de otras investigaciones a la CNFL, entes con fines y propósitos ajenos a los definidos en la Ley 7593. Dichas investigaciones, corresponden a una realizada por la CGR y un informe preliminar elaborado por la Comisión Investigadora de la CNFL.

Al respecto de este argumento, la IE se refirió al mismo, tanto en el oficio 1247-IE-2016, mediante el cual se realizó el análisis de las observaciones por parte de la CNFL al borrador del Informe Final de Fiscalización, así como en la resolución RIE-113-2016 -que resolvió el recurso de revocatoria-.

A continuación, se resumen las ideas esbozadas por la IE -compartidas por este órgano asesor- respecto al argumento en análisis:

- i. La potestad fiscalizadora (artículo 6 incisos a y b de la Ley 7593) no limita a la Autoridad Reguladora, a que sea la CNFL, la única fuente de información.*
- ii. La potestad fiscalizadora de la Aresep, no requiere el aval del regulado, para incorporar otras fuentes de información, en este caso, la CGR.*
- iii. Utilizar solamente la información proporcionada por la CNFL, podría arrojar una fiscalización poco veraz, ya que sería la misma empresa fiscalizada, quien estaría aportando los únicos insumos para la investigación.*

iv. Las otras fuentes de información que se utilizaron en la respectiva verificación, deben ser de acceso público y constar en el expediente, lo cual se cumple en el caso analizado (CGR e investigación preliminar de la propia CNFL).

v. Los documentos utilizados de base, fueron formalmente emitidos por la CGR y por la CNFL.

vi. Los documentos cuestionados, contienen hallazgos que resultan de aplicación a los fines regulatorios.

Aunado a lo anterior, como ya fue indicado, el artículo 6 de la Ley 7593, no establece una restricción a la potestad fiscalizadora de la Aresep, en cuanto a las fuentes de información a las que puede recurrir. En otras palabras, la Autoridad Reguladora se encuentra facultada para utilizar cualquier fuente de información, siempre y cuando, sea de utilidad para ejercer la potestad fiscalizadora en el ámbito de sus competencias.

De esta forma, en el caso de marras, los objetivos de la fiscalización realizada a la CNFL, fueron:

“(…)

2. Objetivo general

Determinar el valor, las razones y justificaciones técnicas de los proyectos Hidroeléctrico Balsa Inferior (PHBI) y Eólico Valle Central (PEVC) por la CNFL.

3. Objetivos específicos

a. Analizar el proceso llevado a cabo para la formulación, ejecución y puesta en operación de los proyectos PHBI y PEVC realizado por la CNFL.

b. Analizar la composición del valor capitalizado para los proyectos PHBI y PEVC.

c. Determinar si las modificaciones en alcance, costo y plazo de los proyectos PHBI y PEVC cuentan con las justificaciones correspondientes.” (folio 472).

En ese sentido, resulta evidente que la fiscalización se encuentra relacionada con la prestación de un servicio público que cita el artículo 5 de la Ley 7593, suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, a efectos de determinar el valor, las razones y las justificaciones técnicas de los proyectos eléctricos mencionados (objetivo general de la fiscalización de la IE).

Bajo esa línea de análisis, si bien la fiscalización de la CGR encuentra fundamento en competencias distintas a las otorgadas a la Aresep, lo cierto es que la IE consideró que existían datos relevantes o que contribuían a alcanzar los objetivos fijados en su fiscalización, y de esa manera fueron utilizados en el informe final, tal y como se aprecia a folios 330, 331 y 337.

Aún más, debe tomarse en consideración, que de los datos extraídos del informe de auditoría de la CGR, utilizados por la IE en su informe final, ninguno sirvió de plena prueba, por lo

contrario, fue información adicional utilizada como insumo para ratificar lo determinado por la IE.

Por otra parte, en cuanto al Informe Público de la Investigación Preliminar de la Comisión Investigadora de la CNFL, utilizado por la IE en su fiscalización, es necesario mencionar que si bien se trata de supuestos y no de hechos, por ser el resultado de una investigación preliminar, se tiene que dicho informe fue mencionado a folios 322, 323, 335, 336 y 345, y en ningún caso fueron utilizados como plena prueba, más bien la IE citó algunos extractos como mera referencia.

En ese orden de ideas, de la lectura de los extractos visibles en los folios indicados anteriormente, se encuentra que la IE los utilizó como base de un análisis integral, en el sentido de que recurrió a otras fuentes de información o a sus propios hallazgos, que le permitieran acreditar lo señalado en el informe de la Comisión Investigadora de la CNFL.

Finalmente, cabe señalar, que la fiscalización realizada por la IE, no corresponde a un procedimiento administrativo sancionatorio regido por los principios del debido proceso y el derecho de defensa, ya que su fin no es imponerle obligaciones, suprimirle o denegarle derechos subjetivos, o determinar si existió una lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos. Es decir, no existía limitante para incorporar información, durante la fiscalización.

El fin de la investigación era determinar el valor, las razones y las justificaciones técnicas de los proyectos PHBI y PEVC, producto de que así lo ordenó la resolución RIE-113-2015 del 20 de noviembre de 2015, ante la exclusión del costo de ambos proyectos eléctricos, en las tarifas de energía suministrada por la CNFL.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón el recurrente en su argumento.

2.2 Asimismo, indicó la recurrente, que no se observa de forma expresa en la resolución recurrida -RIE-082-2016-, las razones y fundamentos del Por Tanto VIII impugnado, en cuanto a la comunicación del estudio de fiscalización a instituciones externas.

Con respecto a lo indicado por la CNFL, se reitera lo analizado en el análisis del argumento primero de este criterio.

Como ya se indicó en el análisis del primer argumento, la información contenida en el expediente que aquí se discute es pública, por lo tanto, la remisión del informe final de fiscalización a otras instituciones públicas, no constituye una extralimitación de la potestad fiscalizadora.

Por ende, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

3. Nulidad relativa, del elemento de forma del informe final del estudio de fiscalización a la CNFL, sobre el proyecto hidroeléctrico Balsa Inferior y proyecto eólico Valle Central.

Indicó la recurrente, que existe nulidad relativa por cuanto mientras no se defina el valor a reconocer, no hay base tarifaria asociada a las inversiones de ambos proyectos, no hay ejercicio de las obligaciones regulatorias en materia tarifaria, ni hay ejercicio del derecho a una tarifa objetiva, razonable, oportuna que respete principios elementales como son el servicio al costo y el equilibrio financiero. Además señaló, que el mandato al equipo de fiscalización no se cumplió al no determinarse el valor de los activos a criterio de la IE.

Sobre el particular, la resolución que resolvió el recurso de revocatoria (RIE-113-2016), dispuso:

“Importante destacar que la determinación del valor no responde a un peritaje ni a la determinación de un valor razonable, aspectos que no responden a los fines, objetivos y facultades de la Aresep, por el contrario el objetivo trazado por el equipo de trabajo corresponde a determinar el valor final y único del costo de los proyectos restando a éste la incertidumbre, los múltiples datos con información sin justificar e inconsistentes que fueron detectados por el equipo técnico de la IE durante la fijación tarifaria.

Con base en lo anterior, es evidente que el objetivo se cumple mediante las conclusiones 9, 10, 16 y 17 del informe de fiscalización donde se determina el valor del proyecto y el valor capitalizado de cada uno.” (folio 781)

De esta forma, se tiene que el valor de los activos fue determinado, tal y como lo reconoció la recurrente, en su expresión de agravios:

“Se aclara que es hasta en lo resuelto en el recurso de revocatoria, mediante la RIE-113-2016 (página 9), que la Intendencia de Energía aclara expresamente que producto del estudio de fiscalización, dicha Intendencia sí determinó el valor de ambos proyectos y el valor capitalizado de cada uno.” (Folio 664)

De conformidad con lo expuesto, se tiene que mediante la resolución RIE-113-2016, la IE aclaró, que el valor de ambos proyectos de energía fue determinado en el informe final, lo cual fue reconocido por la recurrente en su expresión de agravios, por lo que, carece de interés actual la nulidad relativa alegada.

- 4. La IE no cumplió con el mandato fundamental, el cual era: determinar el valor de los activos. En ausencia de la determinación de este valor de activos, la IE resolvió establecer de manera transitoria una tarifa por comparación, establecida en la resolución RIE-113-2015.**

Indicó la CNFL, que la tarifa transitoria -establecida en la resolución RIE-113-2015, que corresponde a un estudio tarifario- resulta inferior al costo por sustitución, conformado por los costos que intervienen en la compra de energía de la CNFL al ICE.

Adicionalmente, indicó la recurrente, que dicha tarifa transitoria fue fijada mientras se realizaba el estudio de fiscalización, el cual incumplió su cometido de establecer valor a los activos, y consecuentemente, se estableció un vacío que la propia IE determinó como

requerimiento para poder fijar una tarifa de generación que debería ser conforme al ordenamiento jurídico y a la metodología vigente en esta materia.

Sobre este argumento, se transcribe lo indicado por la IE en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria –RIE-113-2016–, la cual indicó a folios del 780 al 782 lo siguiente:

“(…) el origen del mandato contenido en la RIE-113-2015 y que se menciona en el resultando III de la resolución recurrida, se da en razón de que al momento de la elaboración del estudio tarifario se tenían identificado (sic) distintos valores , por lo que no había un valor certero de los proyectos, aunado a que la CNFL no justificó en el marco de aquel estudio tarifario las diferencias significativas identificadas entre las etapas del desarrollo de los proyectos y los montos que había capitalizado para cada caso.

(…)

Dicha incertidumbre generada durante el estudio tarifario dio origen al mandato señalado supra por lo que se traza como objetivo general justamente identificar ese valor que no fue posible determinar con anterioridad al presente estudio de fiscalización.

Importante destacar que la determinación del valor no responde a un peritaje ni a la determinación de un valor razonable, aspectos que no responden a los fines, objetivos y facultades de la Aresep, por el contrario el objetivo trazado por el equipo de trabajo corresponde a determinar el valor final y único del costo de los proyectos restando a éste la incertidumbre, los múltiples datos con información sin justificar e inconsistentes que fueron detectados por el equipo técnico de la IE durante la fijación tarifaria.

Con base en lo anterior, es evidente que el objetivo se cumple mediante las conclusiones 9, 10, 16 y 17 del informe de fiscalización donde se determina el valor del proyecto y el valor capitalizado de cada uno.

Es necesario aclarar que el estudio de fiscalización no es un estudio tarifario ni sigue las etapas de éste, por el contrario, se da dentro de las facultades de Aresep para fiscalizar contable, financiera y técnicamente a los prestadores de servicios públicos de conformidad con el artículo 6 incisos a) y b) de la Ley 7593.
(…)

De lo anterior debe quedar claro que una vez cumplido el mandato contenido en la RIE-113-2015, el efecto inmediato es la emisión de una resolución como la recurrida donde el Por Tanto IX es claro en señalar que el estudio de fiscalización fue trasladado al proceso de Tarifas Electricidad de la IE ‘como insumo para la valoración de las próximas petitorias de ajuste tarifario que presente la CNFL’, por lo tanto, carece de sustento el argumento del recurrente al indicar que se le ha impedido de manera indefinida el debido ejercicio de una obligación legal como es el ejercicio efectivo de los procesos de fijación tarifaria y los efectos indicados.

(...)." (El subrayado no es del original.)

Se evidencia de la transcripción supra citada, que el objetivo trazado para la elaboración del estudio de fiscalización se cumplió, lo cual se comprueba al analizar las conclusiones 9, 10, 16 y 17 del informe final, por medio de las cuales se determinó el valor de cada uno de los proyectos y el valor de su capitalización. Las cuales indican a folio 532 y 533, lo siguiente:

"(...)

9. El PHBI es un proyecto de generación hidroeléctrica con una capacidad instalada de 37,5MW, que fue estimado inicialmente en un costo total de US\$ 75 millones, monto que fue modificado en varias etapas del proyecto y que resultó finalmente en un costo real de US\$ 361 millones. Lo que equivale a un costo instalado de US\$ 9,63 millones por MW, el cual se encuentra por encima del promedio de US\$3 millones por MW para proyectos de la misma tecnología.

10. El valor de los activos asociados al PHBI es de ¢186 004 millones, según registro del valor capitalizado de la obra. No obstante lo anterior, el costo total del proyecto se compone de este valor más aquellas erogaciones que por su naturaleza fueron registradas como gasto en el momento de su ejecución.

(...)

16. El PEVC es un proyecto de generación eólica con una capacidad instalada de 15,3 MW, que fue estimado inicialmente según el convenio en un costo total de US\$ 21 millones, y que resultó finalmente en un costo real de US\$ 54 millones. Esto equivale a un costo instalado de US\$ 3,53 millones por MW, el cual se encuentra por encima del promedio de US\$ 2,43 millones por MW valor estimado) para proyectos de la misma tecnología, y siendo aún mayor que el costo unitario representativo de la tecnología eólica que indica el ICE en el PEG 2014-2035, el cual es de US\$ 2,7 millones por MW.

17. El valor de los activos asociados al PEVC fue de ¢ 26 349 millones según registro del valor capitalizado de la obra, sin embargo, el costo total del proyecto se compone de este valor, más aquellas erogaciones que por su naturaleza se registraron como gasto, además de los activos que se capitalizaron directamente a las cuentas de la empresa al no ser de uso exclusivo del proyecto.

(...)"

Por otro lado, debe quedar claro que el estudio de fiscalización no corresponde a un estudio tarifario, por lo tanto, no sigue las etapas de este y no finaliza con la determinación de una tarifa. Por lo contrario, las conclusiones y hallazgos del estudio de fiscalización, podrán ser utilizados –en lo que corresponda- como insumos en un estudio tarifario elaborado para el sistema de generación de la CNFL.

Aunado a lo anterior, se confirma que este fue el tratamiento que la IE dio al estudio de fiscalización, puesto que en el Por Tanto IX de la resolución recurrida –RIE-082-2016- se indicó que el estudio de fiscalización fue trasladado al proceso de Tarifas Eléctricas de la IE,

como insumo para la valoración de las próximas peticiones de ajuste tarifario que presente la CNFL.

Así las cosas, carece de sustento el argumento de la recurrente al indicar que se le ha impedido de manera indefinida el debido ejercicio de una obligación legal, como es el ejercicio efectivo del proceso de fijación tarifaria, dado que la elaboración del informe de fiscalización no es el momento procesal oportuno para la fijación de tarifas.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

5. La IE incumplió el mandato establecido por ella misma, en relación con el objetivo principal del estudio de fiscalización en la CNFL, para los proyectos PHBI y PEVC.

5.1 Indicó la CNFL, que el estudio de fiscalización debió arrojar resultados sobre el valor, las razones y justificaciones técnicas de los proyectos de generación, caso contrario sería una indeterminación de la motivación del acto; sin embargo, no se indica en el informe, cuál fue el valor determinado por la IE para cada uno de los proyectos que le permita a la Aresep, reconocerlos en la base tarifaria del sistema de generación de la CNFL.

Sobre este argumento, se le indica a la recurrente, que lo esbozado en este argumento, fue analizado en el argumento inmediatamente anterior (argumento cuarto de este criterio), donde se le indicó a la recurrente que el valor de los proyectos fue determinado en el informe de fiscalización en las conclusiones 9, 10, 16 y 17 (folios 532 y 533).

Por lo anterior, se le remite a la recurrente, al análisis del argumento cuarto de este criterio.

5.2 A criterio de la CNFL, no atender en todos los extremos el mandato de la IE que motivó el estudio de fiscalización atenta contra el equilibrio financiero y seguridad jurídica de la CNFL que también imposibilita a la empresa a atender las obligaciones asociadas con los proyectos objeto del estudio.

Sobre este argumento, se le indica a la recurrente, que la IE al haber cumplido con el mandato establecido en la resolución RIE-133-2015, -que resolvió una solicitud tarifaria presentada por la CNFL, S.A. para la actividad de generación de energía eléctrica- relacionado con el objetivo general para la elaboración del informe final de fiscalización, no encuentra motivo esta asesoría para indicar que se atenta contra el equilibrio financiero y la seguridad jurídica de la CNFL.

Aunado a lo anterior, como se mencionó en el análisis del argumento 4 de este criterio, el estudio de fiscalización tiene una finalidad diferente a un estudio tarifario, su alcance y naturaleza son distintos. En el estudio de fiscalización no se buscaba determinar una tarifa, su objetivo fue determinar el valor final y único del costo de los proyectos.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en su argumento.

6. La exclusión de aspectos vinculados con las plantas de generación PHBI y PEVC en las resoluciones tarifarias RIE-113-2015 y RIE-005-2016, generan desequilibrio en el sistema de generación de la CNFL.

Indicó la CNFL, que los montos asociados con la operación, mantenimiento, depreciación y servicios de la deuda asociados a los dos proyectos, no atendidos en la fijación tarifaria, generan un desequilibrio en el sistema de generación de la CNFL.

La situación se agrava cuando la IE resolvió establecer una tarifa transitoria por comparación, lo cual es inferior al costo de sustitución por compra de energía al ICE.

En relación con este argumento, se le indica a la recurrente, que la IE, en la resolución RIE-113-2016, -que resolvió un recurso de revocatoria interpuesto por la CNFL, S.A. contra la resolución RIE-082-2016- le indicó a folio 783, lo siguiente:

“(...)

Sobre los argumentos expuestos en este apartado relacionados con a) Gastos de operación y mantenimiento del PHBI y PEVC, b) Gastos por depreciación PHBI y PEVC y c) Servicio de la deuda para PHBI y PEVC, se reitera que son aspectos propios de la RIE-113-2015 sobre los cuales se omite su referencia dado que esta se encuentra relacionada con el estudio tarifario llevado a cabo en 2015 contenido en expediente ET-084-2015 y sobre el cual ya la IE resolvió en revocatoria el recurso que en su oportunidad la CNFL presentó, lo anterior mediante RIE-005-2016.

Con base en lo anterior y considerando que estos no forman parte de la resolución recurrida, se recomienda rechazar este argumento por encontrarse relacionado al estudio tarifario presentado por CNFL en 2015 y que se encuentra documentado en ET-084-2015.

(...).”

Coincide esta asesoría con lo expuesto por la IE, puesto que lo argumentado por la CNFL, con respecto a rubros que no se consideraron en la fijación tarifaria resuelta por medio de la resolución RIE-133-2015 –que resolvió una fijación tarifaria solicitada por la CNFL- y a la fijación de una tarifa transitoria, corresponde a otro momento procesal.

En este momento, la resolución recurrida es la RIE-082-2016, en la cual se exponen las conclusiones y hallazgos en razón de la fiscalización realizada a la CNFL por los proyectos PHBI y PEVC. En esta resolución, no se fijó una tarifa, sino que se determinó un valor a esos proyectos.

Aunado a lo anterior, como lo indicó la IE, ya se resolvió el recurso de revocatoria y de apelación contra la resolución RIE-133-2015, por medio de las resoluciones RIE-005-2016 y RJD-148-2016, respectivamente. Así las cosas, se reitera que este no es el momento procesal oportuno para exponer estas inconformidades.

En virtud de lo anterior, al no ser este el momento procesal oportuno para esbozar las inconformidades, esta asesoría no se va referir al respecto.

- 7. Indicó la CNFL, que en el informe de fiscalización no se observó que la IE estuviera inconforme con la información aportada sobre los proyectos PHBI y PEVC que los limitara al reconocimiento de gastos de operación y mantenimiento para ambas plantas de generación.**

Alegó la recurrente, que en la resolución RIE-005-2016, la IE indicó que se encontraron inconsistencias relacionadas con los costos de operación y mantenimiento, valor de los proyectos y que eso imposibilitó incluir en las tarifas rubros de costos e inversión. Sin embargo, en el informe final de fiscalización, no se observó, si se logró determinar algún aspecto dentro del proceso de operación del PHBI y PEVC que limitara a la IE el reconocimiento de gastos de operación y mantenimiento para ambas plantas de generación.

Sobre este argumento, se le indica a la recurrente, que lo relacionado con la resolución RIE-005-2016 –que resolvió el recurso de revocatoria contra la fijación tarifaria ordinaria, resuelta por medio de la resolución RIE-133-2015– corresponde a otro momento procesal. En esta etapa, lo actuado está relacionado con un estudio de fiscalización y no se trata de una fijación tarifaria.

En cuanto a que en el informe final de fiscalización, no se observó si se logró determinar algún aspecto dentro del proceso de operación del PHBI y del PEVC que limitara a la IE el reconocimiento de gastos de operación y mantenimiento, se le indica a la recurrente, que como se ha expuesto anteriormente, el estudio de fiscalización tiene objetivos diferentes de un estudio tarifario, en este caso no hay reconocimiento de gastos, lo que se persigue con esta fiscalización es determinar el valor de los proyectos en cuestión.

En virtud de lo anterior, esta asesoría considera que no lleva razón la recurrente en su argumento.

- 8. Para el cálculo del rédito para el desarrollo, al excluir los activos de los proyectos PHBI y PEVC, la IE dejó de calcular lo correspondiente por depreciación de ambas plantas, lo cual incide de forma directa en los resultados financieros del Sistema de Generación y por consiguiente distorsiona el equilibrio financiero.**

Sobre este argumento, se le reitera a la recurrente lo analizado en el argumento 6 de este criterio.

En este momento procesal, que es el análisis del estudio de fiscalización, no se afecta el equilibrio financiero de la empresa, dado que no hay una fijación tarifaria.

El objetivo de dicho estudio, fue obtener un valor del proyecto y trasladar esta información al proceso de Tarifas Eléctricas de la IE para lo que corresponda, en el próximo estudio tarifario de la CNFL, sin que esto quiera decir, que se deba reconocer el monto total de los proyectos definidos en estos estudios.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en su argumento.

9. La exclusión del servicio de la deuda relacionada con ambos proyectos, PHBI y PEVC, pondría a la CNFL, en una delicada situación frente a la comunidad financiera.

Adicionalmente indicó la recurrente, que requieren de los recursos para cubrir la deuda sobre ambos proyectos, el cual impone el pago de amortizaciones, costos financieros y otros gastos conexos. Ambos proyectos se encuentran actualmente en operación normal y las obligaciones financieras, así como operativas derivadas de dichos proyectos deben ser atendidas.

Dado que el abordaje de este argumento se relaciona con lo analizado en el argumento 6 de este criterio, se le remite a la recurrente al análisis de los mismos.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en su argumento.

10. Manifestó la CNFL, que la ejecución del proyecto PHBI se vio afectado en cuanto a su ejecución y costo por aspectos geológicos, topográficos, terremoto y por aspectos económicos relacionados con indexación de costo de materiales y servicios, como por los relacionados con el diferencial cambiario.

Adicionalmente, indicó la recurrente, que gran parte de los incrementos del costo obedecen a una serie de requerimientos relacionados con el alineamiento y dimensionamiento de obras, así como a la atención de situaciones especiales de estabilización y seguridad en el proceso constructivo. Estos atrasos se relacionan principalmente con aspectos de imprevisibilidad relacionados con los accesos, la excavación y el revestimiento del túnel y taludes, excavación de la zona de embalse, etc.

Sobre este argumento, la IE en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria -RIE-113-2016-, señaló a folios 785 y 786 lo siguiente:

“(…)

Respecto a este punto es claro que la CNFL reconoce que el PHBI tuvo un incremento en sus costos respecto de aquello que planificó, a pesar de que justifica tal incremento con base en los aspectos de imprevisibilidad que se mencionaron anteriormente.

Sobre la imprevisibilidad debe señalarse que en este tipo de proyectos se pueden presentar eventos no previstos que afecten en alguna medida lo planificado, no obstante, de conformidad con los hechos citados en el informe de fiscalización, este no es el caso de la desviación significativa de los costos del PHBI respecto a lo definido en estudios en etapa preliminar.

El PHBI se desarrolló por la CNFL con debilidades importantes en etapa de planificación y ejecución que no necesariamente responden a aspectos de imprevisibilidad, tal es el caso de la estructura de financiamiento, ya que inicialmente se definió que iba a ser un proyecto que solo utilizaría recursos propios, pero finalmente se ejecutó con tres tipos distintos de financiamiento (recursos propios, emisión de bonos y financiamiento tradicional) cuya carga financiera eleva el costo del proyecto. También es posible citar el modelo empleado para la contratación, específicamente el contrato por administración con ICE, donde es claro que la modalidad utilizada de contrato por cuantía inestimable limitó la posibilidad de realizar un adecuado control de los costos del proyecto desde el punto de vista integral y no de controles operativos (...)

*Respecto a las condiciones de suelo, geológicas, geotécnicas, topográficas y demás similares que se mencionan en este apartado a criterio de esta IE no son aspectos 100% imprevisibles, si no que responden a una debilidad de la etapa de planificación del PHBI al no haberse realizado estudios y análisis detallados, lo cual explica las variaciones significativas que implicó el PHBI durante la fase de ejecución.
(...).”*

Se desprende de lo anterior, que la CNFL concuerda con este Ente Regulador, en cuanto a que el valor del proyecto se incrementó de sobre manera con lo que se había planificado y es a raíz de esto, que el costo estimado del proyecto pasa de US\$75 millones a US\$361 millones, es decir, el costo del proyecto se incrementó en 381%.

En la transcripción supra citada, la IE indicó que a su criterio, muchos de los atrasos y aumentos en los costos no se deben exclusivamente a aspectos imprevisibles, sino que se deben a debilidades importantes en etapa de planificación y ejecución, y la IE señaló ejemplos de estos acontecimientos (condiciones de suelo, geológicas, geotécnicas, topográficas y demás similares).

Algunos rubros que sufrieron modificaciones, fueron los relacionados con el financiamiento, el proyecto inició con la idea de que se iba a financiar con recursos propios, pero al finalizar el proyecto, el mismo se financió de 3 fuentes diferentes y se desconocen los análisis y las justificaciones llevados a cabo por la CNFL, para considerar que esta era la mejor forma de financiar el proyecto.

Otro aspecto importante a considerar, es el tipo de contrato que se suscribió con el ICE para la construcción del proyecto, el cual se determinó que era de cuantía inestimable. Sin embargo, no se encontraron las justificaciones técnicas y económicas por las cuales resultaba imposible estimar un valor para el proyecto. Es sabido que tanto la CNFL como el ICE han construido proyectos hidroeléctricos de este tipo, cuentan con el personal capacitado, equipos y sobre todo la experiencia.

Dada esta condición de contrato por cuantía inestimable, resultaba imposible establecer límites y controles al gasto incurrido, tampoco se pudieron hacer comparaciones, o alertas que indicaran que se estaban elevando los costos en relación a la estimación, puesto que no se contaba con este valor base.

Aunado a todo lo anterior, se reitera que el estudio de fiscalización no pretendía fijar una tarifa, sino que su objetivo era identificar el valor económico del proyecto, que no había sido posible determinar con anterioridad, el cual servirá como insumo, para una fijación tarifaria futura.

La IE, al conocer todos estos imprevistos y atrasos, llegó a determinar que el proyecto aumentó sus costos en un 381%, sin que esto implique necesariamente que ese valor sea o no el que se le reconozca para futuros estudios tarifarios.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

11. Aumento de costos por mayor permanencia del ICE y de la Unidad Ejecutora de Proyectos Balsa Inferior.

Indicó la recurrente, que por las variaciones en costos y eventos presentados en el túnel y demás hechos relevantes que incidieron en el alcance de los trabajos, fue requerido una mayor permanencia del ICE, lo cual generó incremento en los pagos realizados, asociados a mano de obra, cargas sociales, seguros de riesgo de trabajo, viáticos, transporte de personal, etc., solicitados por el ICE para el cumplimiento del objeto del contrato.

Agregó la recurrente, que este tiempo adicional que requirió del ICE para finalizar la construcción de las obras, generó costos de mayor permanencia que debió cubrir la CNFL por la modalidad contractual.

Al respecto de este argumento, se le indica a la recurrente, que ella misma está afirmando que las variaciones que sufrió el proyecto, en cuanto a tiempo, ocasionaron mayores costos y la necesidad de que el ICE permaneciera por más tiempo en el sitio, con su consecuente incremento en costos asumidos por la CNFL.

Sin embargo, esta asesoría no desprende del argumento de la recurrente su inconformidad, puesto que de las conclusiones 7 y 13 del informe final de fiscalización, la IE indicó a folios 531 y 533:

(...)

7. En referencia a la etapa de ejecución de los proyectos en estudio se concluye lo siguiente:

a. Los proyectos PHBI y PEVC presentaron variaciones en alcance y costo durante la fase de ejecución, con respecto a los estudios de prefactibilidad y factibilidad, así como desviaciones importantes en plazo en relación a lo estipulado en los diferentes contratos.

(...)

13. La contratación del ICE en el PHBI dio origen a una serie de contrataciones adicionales por parte de CNFL, situación que condujo a una labor de administración y supervisión más compleja, sin que la CNFL contara con mecanismos para controlar el costo total del contrato, por haberse acordado un contrato de cuantía inestimable.

(...).”

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

12. Causas de afectación al PHBI por efectos del sismo de setiembre de 2012 y por cambio de sitio de subestación elevadora.

Indicó la CNFL, que el desarrollo del PHBI se vio afectado directamente por el siniestro de terremoto ocurrido en la península de Nicoya a partir de setiembre de 2012, afectando las obras de construcción, y que incidieron en el plazo de ejecución final del proyecto, y por ende, en mayores sobrecostos que debió reconocer la CNFL.

Agregó la recurrente, que en el caso de las obras de la subestación elevadora tipo GIS, fue necesario reubicarla junto con un tramo de la línea de transmisión por la situación de deslizamiento presentado en el sitio original.

Sobre este asunto, la IE en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria, RIE-113-2016, indicó a folio 787 lo siguiente:

“(...)

Respecto a la reubicación de la subestación, en el informe de fiscalización, se indicó lo que significó en cuanto a ajuste en las obras, así como en el reconocimiento de costos directos e indirectos. Por lo que este argumento no modifica el contenido del informe, adicional a que no hay una pretensión precisa del recurrente. Por lo anterior se recomienda rechazar el argumento.

(...).”

De la transcripción anterior, se evidencia que la IE consideró dentro del informe final de fiscalización lo correspondiente al terremoto mencionado y al cambio de lugar físico de la subestación elevadora. Lo anterior se evidencia a folio 490, del informe final de fiscalización, en el cual la IE indicó:

“(...)

Debido a la reubicación del sitio de subestación (esto significó para CNFL reconocer las obras para la fundación, ajuste de las obras al nuevo sitio y reconocimiento de costos directos e indirectos, producto de dicha reubicación) y al costo de mayor permanencia por parte del contratista, el monto contratado de la Subestación fue de US\$ 17 009 114,67, el cual se incrementó en US\$ 2 691 254,29, resultando un costo total de US\$ 19 700 368,96; según consta en el Resumen de Contrataciones adjunto en el oficio 2011-0016-2016, incluido en el expediente OT-004-2016.

(...).”

Nótese, que la variación en el costo del contrato fue de 16%, y que fue considerado por la IE para determinar el valor del proyecto, sin que esto implique necesariamente que ese valor sea o no el que se le reconozca para futuros estudios tarifarios. Sin embargo, no se desprende del análisis del argumento de la recurrente, la pretensión con respecto a lo indicado.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente, en su argumento.

13. Causas de afectación al PHBI por efecto de fluctuaciones del precio de los materiales.

Indicó la recurrente que durante el período constructivo se produjeron fluctuaciones en el costo del precio internacional del petróleo, precio internacional del hierro, variación del precio del cobre y fluctuaciones del dólar US.

Al respecto de este argumento, se reitera lo indicado por la IE en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria -RIE-113-2016-, visible a folio 788:

*“(…) debe señalarse que esta IE reconoce que los proyectos de inversión no podrían apegarse en su totalidad a los factores y análisis de factibilidad elaborados en etapas previas al inicio constructivo, inclusive por modificaciones en aspectos macroeconómicos, es propio de este tipo de proyectos que se presenten eventos no previstos que afecten en alguna medida lo planificado, no obstante, de conformidad con los hechos citados, los sobrecostos del proyecto no están relacionados únicamente con dichas fluctuaciones. Adicionalmente, estos argumentos que indican como imprevistos son parte de los aspectos macroeconómicos que podrían sufrir variaciones y por lo tanto influir en los costos de este tipo de proyectos, por lo que debían de ser contemplados en los escenarios de los estudios financieros para la toma de decisiones. Por último, no hay una pretensión precisa del recurrente. Por todo lo anterior se recomienda rechazar el argumento.
(…)”*

Se desprende de lo anterior, que la IE reconoció que pueden darse imprevistos y que existen variables macroeconómicas que van a afectar los costos de un proyecto en su etapa de construcción. Sin embargo, el aumento de costos del PHBI no obedece única y exclusivamente a las variaciones en el precio de los materiales.

Aunado a lo anterior, sabiendo que este tipo de variables macroeconómicas son fluctuantes en el tiempo, estas variables debieron ser consideradas en los escenarios de los estudios financieros que se pudieron elaborar antes de la puesta en marcha del proyecto, para conocer la viabilidad del mismo ante fluctuaciones de los mercados.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor que lleva parcialmente razón la recurrente en su argumento, en cuanto a que variaciones en las variables macroeconómicas generaron diferencias en las estimaciones de costo del proyecto, más sin embargo, estas variables no explican el 100% de las desviaciones en costo que sufrió el proyecto.

14. En el estudio de factibilidad del PHBI, se consideró la valoración financiera con dos enfoques.

14.1 Indicó la CNFL, que el estudio de factibilidad del PHBI si consideró la valoración financiera desde el punto de vista de recursos propios y del

proyecto; donde este segundo considera las características de un financiamiento convencional y condiciones financieras establecidas, reflejando que la metodología de análisis financiero es consistente con la práctica usual.

Adicionó la recurrente, que el rendimiento reconocido a los inversionistas por los bonos de la CNFL, se han mantenido por debajo del costo medio de las tasas activas (préstamos) del sistema bancario nacional, lo cual demuestra que el financiamiento ha sido una correcta estrategia de financiamiento.

Sobre este argumento, la IE en la resolución RIE-113-2016 –que resolvió el recurso de revocatoria-, indicó a folio 789 lo siguiente:

“(…) El principal cuestionamiento de la fiscalización, se centra en que la estructura de financiamiento no fue analizada integralmente en etapas iniciales, ni posteriores, que junto al análisis de las demás variables del PHBI, permitieran mostrar la viabilidad o no del mismo”.

*Con base en lo indicado en su oportunidad, la emisión de bonos por sí misma no fue analizada de manara (sic) independiente si no en razón de ser uno de los mecanismos utilizados por CNFL para la construcción del PHBI, motivo por el cual, el argumento del recurrente carece de sentido en el contexto de este recurso y se recomienda rechazar.
(…)”*

Como se puede desprender de la transcripción anterior, a criterio de la IE, la CNFL, no hizo un análisis integral de la estructura de financiamiento del proyecto, así como tampoco analizó la emisión de bonos. Lo cual efectivamente no consta en la documentación aportada por la CNFL.

En el informe final de fiscalización a folios 482 y 483, la IE realizó un análisis en el cual se evidencia que “inicialmente el proyecto fue valorado considerando únicamente un escenario de financiamiento con recursos propios, es decir, sin prever estructuras de financiamiento por parte de terceros (…)”. Pese a lo anterior, el financiamiento del proyecto se realizó por diferentes medios: recursos propios, emisión de bonos y financiamiento tradicional.

La IE señaló a folio 483, lo siguiente:

“(…)”

Llama la atención la evolución que tuvo la estructura de financiamiento de este proyecto, la cual varió significativamente en las etapas de panificación y ejecución.

(…)”

El evento anterior no fue aislado y por el contrario, significó que durante los años 2010 al 2013 se negociaran (4) financiamientos tradicionales.

(...).”

Se evidencia de los hallazgos realizados por la IE en el informe de fiscalización, que la estructura de financiamiento para el PHBI se fue modificando en el camino, incrementando los costos y sin realizar un análisis conjunto con las demás variables del PHBI, para mostrar la viabilidad o no del proyecto.

Así las cosas, coincide esta asesoría con la conclusión de la IE, en cuanto a que la estructura de financiamiento del PHBI, no fue analizada integralmente en etapas iniciales, ni posteriores.

Por todo lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

14.2 La recurrente señaló una moción N°15-20 del Diputado Venegas Porras, la cual dice que se pueden “realizar actividades o inversiones no rentables según el ámbito territorial y material de su competencia” (folio 420).

La CNFL agregó, que si bien la actividad o inversión no es rentable en sí misma, debe estar cubierta por los ingresos globales del servicio público que presta, respetando el límite de la capacidad de la empresa, ésta puede ser obligada a prestarlo.

Al respecto de lo indicado por el entonces Diputado Venegas Porras, en la Comisión Mixta que analizó el expediente legislativo 12192, de la Ley de Creación de la Aresep, esta asesoría coincide con el análisis desarrollado por la IE, en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria -RIE-113-2016-, en la cual se indicó a folio 790 y 791, lo siguiente:

“(...) la pretensión del recurrente es justificar el PHBI y su costo por ser esta una obligación del prestador de servicios públicos contenida en la Ley 7593.

No obstante lo anterior, resulta también necesario señalar que la simple lectura de un inciso -como el que nos ocupa- no es justificación para señalar que el costo del PHBI se dio en respuesta a una obligación del prestador de servicios públicos y resulta más bien un acto que en alguna medida contradice los principios del servicio público y la normativa que rige en general la función pública.

Asimismo, los principios de eficiencia y eficacia así como principio de legalidad en la función pública establecen criterios básicos que deben tomarse en cuenta para la toma de decisiones en la función pública, en concordancia con lo señalado y conociendo el funcionamiento de dicha planta, capacidad y su costo, es evidente que esos criterios no se cumplen, pues la no construcción de dicha planta hidroeléctrica no comprometía ni compromete la prestación del servicio público por parte de CNFL ni significaban o significa riesgo alguno para el Sistema Eléctrico Nacional, por lo que el argumento de que CNFL tiene la obligación de realizar inversiones no rentables y con ello en esta oportunidad justificar la ejecución y puesta en marcha de dicho proyecto no es un argumento razonable ni técnicamente justificado para este ente regulador.

*Resulta también necesario aclarar que es omisa la CNFL en la aplicación del artículo 14 de la Ley 7593 al mencionar únicamente dos de sus incisos, cuando las obligaciones de los prestadores de servicios públicos son más amplias que lo pretendido por el recurrente.
(...).*"

Aunado a lo anterior, la recurrente se restringe a justificar el costo del PHBI por medio del inciso g) del artículo 14, el cual contiene 10 incisos más, que señalan las obligaciones de los prestadores de los servicios públicos, las cuales no se limitan a indicar que se debe prestar un servicio aunque el mismo no sea rentable.

Además, la Ley 7593 señala en su artículo 32 "Costos sin considerar", incisos b), d) y e), que no se aceptarán como costos de las empresas reguladas las erogaciones innecesarias, gastos de operación desproporcionados en relación con gastos normales de actividades equivalentes, así como las inversiones que sean rechazadas por la Aresep, por considerarlas excesivas para la prestación del servicio.

No menos importancia, tiene recordar que las actividades de servicio público deben de satisfacer el interés general y no particular de una empresa, por lo tanto, no basta con justificar el proyecto haciendo mención al inciso g) del artículo 14 de la Ley 7593.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

15. Las obras del PHBI se desarrollaron manteniendo y respetando lo establecido a nivel de factibilidad.

Indicó la recurrente, que la contratación parte de una modalidad por administración, donde el primero de los alcances contractuales corresponde al desarrollo del diseño definitivo de la obra, que establece la responsabilidad para el desarrollo del diseño de planos y especificaciones para la construcción.

Señaló la CNFL, que el ICE realizó el desarrollo del diseño, basado y manteniendo las "Especificaciones Básicas Vinculantes", y considerando el resto de información de las especificaciones de factibilidad y del contrato suscrito. Y es hasta que se completa el proceso de aprobación del diseño detallado que se materializan las características físicas de las obras, a partir del cual se puede establecer el costo y plazo de cada una. Esto explica a criterio de la CNFL, la razón del por qué no era posible establecer un valor contractual previo a la suscripción del contrato de obra y por qué en el contrato se establece como de cuantía inestimable.

Ahora bien, en cuanto al alegato presentado por la recurrente, la IE, en la resolución RIE-113-2016, señaló a folio 795, lo siguiente:

*"(...)
Debe señalarse que el contrato de cuantía inestimable se considera en aquellos casos donde resulta muy difícil o imposible hacer el cálculo del monto del negocio en cuestión, dadas las particularidades del bien o servicio que se requiere*

adquirir, sin embargo, se reitera que la CNFL no ha logrado demostrar las razones técnicas y jurídicas que fundamentaron tal decisión, tampoco los motivos por los cuales las partes tuvieron alguna dificultad o imposibilidad para cuantificar la obra, a pesar de que ambas instituciones han desarrollado obras de infraestructura similar y mayor tamaño en el pasado, inclusive justificando esta modalidad de contratación dada la amplia experiencia del ICE en construcción de obras hidroeléctricas.

Señala también la CNFL que dada la desaplicación de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) al ICE y sus empresas, es la CNFL quien interpreta las disposiciones que le rigen en materia de contratación administrativa, sin embargo, si bien es cierto la afirmación resulta aplicable, no debe perderse de vista que la no aplicación de la LCA no impide la aplicación de los principios de la contratación administrativa. Es importante señalar que (sic) tema ya se había analizado mediante el oficio 1247-IE-2016, por lo tanto se reitera lo indicado y con base en lo anterior se recomienda rechazar este argumento. (...).”

Se desprende de la transcripción anterior, que un contrato es de cuantía inestimable, cuando resulta muy difícil o imposible realizar el cálculo del monto del negocio en cuestión, dadas las particularidades del bien o servicio que se requiere adquirir.

Ahora bien, dado que la CNFL justificó la contratación del ICE para la construcción del proyecto, debido a su experiencia en este tipo de obras, no es congruente luego afirmar, que el contrato se estimó de cuantía inestimable producto de las características del proyecto, dado que el ICE conoce de los aspectos que se deben considerar para la construcción de un proyecto como el que se analiza. Ejemplo de ello, es que uno de los rubros que más incrementó el valor del proyecto, fue la compra de los terrenos.

En ese sentido, la Comisión Investigadora de la CNFL respecto del PHBI, la cual es mencionada por la IE, en el informe final de fiscalización a folio 504, señaló:

“Este incremento supera los porcentajes razonables que podrían llegar a presentarse en un proyecto de inversión que proviene de una cadena sucesiva de estudios de pre inversión, que según la literatura, como parte de las mejores prácticas que se pueden desarrollar, el nivel de incertidumbre para el momento de decidir la construcción debía ser bajo (Entre el -10% y 20%) o muy bajo (Entre -5% y + 10%).”

Así las cosas, en cualquier proyecto de construcción de obra, es esperable una desviación del monto estimado, con respecto a lo que realmente costó. Sin embargo, una desviación del 381% en el valor del proyecto, no se puede justificar indicando únicamente que el monto del contrato era de cuantía inestimable.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

16. Sobre otras condiciones asociadas al contrato ICE-CNFL.

16.1 Sobre multas o mecanismos sancionatorios para el ICE.

Indicó la CNFL, que la IE debe considerar la modalidad de contratación y el alcance sobre el desarrollo del diseño de las obras, la precisión del plazo se asocia al diseño detallado contratado al ICE, lo que impide la aceptación de una penalidad por este concepto.

Al respecto de este argumento, en el informe de fiscalización con número de oficio 1297-IE-2016, la IE señaló a folio 486, lo siguiente:

“(…)

De las condiciones contractuales asumidas por las partes destaca un eventual desequilibrio entre las obligaciones asumidas por el ICE y la CNFL.

Específicamente llama la atención que el contrato no contempla multas para el ICE en caso de incumplimiento de sus obligaciones, aspecto que sí es aplicable a la CNFL en caso de presentar atrasos en los pagos al contratista.

(…)” (El subrayado no está en el original).

Se desprende de lo anterior, que a criterio de la IE existe un desequilibrio en las obligaciones del contrato asumidas por la CNFL y por el ICE, en virtud de que el contrato establece multas cuando la CNFL se atrase en los pagos, pero no considera multas para el ICE si hay atrasos en la entrega de las obras.

Por su parte, la CNFL justifica lo anterior, en que la modalidad de contratación con el ICE, indicaba que la precisión del plazo del proyecto iba estrechamente ligada al diseño detallado del contrato, por lo cual no era aceptable una penalidad hacia el ICE, por este concepto.

La IE llamó la atención sobre el desequilibrio en cuanto a las multas entre ambos entes y consideró que no debe ser modificado el informe final, dado que efectivamente así fue como se estableció el contrato.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente, en cuanto a su argumento.

16.2 Sobre lo relacionado con la compra de insumos para alimentación y servicios para la preparación de los alimentos.

Indicó la CNFL, que entre sus responsabilidades, estaba el suministro de todos los recursos requeridos por el ICE para la ejecución del proyecto, entre los cuales se incluían los necesarios para la elaboración de los alimentos.

Aunado a ello, indicó la recurrente, que por un asunto estratégico en la cláusula 3.7 del contrato, se estableció la posibilidad de que el ICE pudiera suministrar maquinaria y equipo especializado en caso que estuviese disponible.

Al respecto de este argumento, la IE en el informe de fiscalización, oficio 1297-IE-2016, señaló a folios 486 y 487, lo siguiente:

“(…)

De igual forma, destaca que el contrato en su Cláusula Sexta señala que la facturación de los servicios incluye –entre otros y no limitados a estos- el cargo por alimentación, transporte de personal, maquinaria, uso de los equipos y una utilidad del 18% requeridos por el ICE para el cumplimiento del objeto del presente contrato.

Es importante señalar que la alimentación asociada al PHBI fue cubierta por CNFL mediante órdenes de compra, órdenes rápidas y el fondo de trabajo, todos con cargo al presupuesto del Proyecto a pesar de que el contrato señaló ser uno de los rubros a facturar por el ICE; el monto total asociado a este concepto ascendió a los ¢ 1.833.434.730 (...)”

Sobre este argumento, se indica que la IE llamó la atención en cuanto a que en el contrato suscrito entre la CNFL y el ICE se indicaba que lo relacionado con la alimentación y compra de comida sería asumido por el ICE, pero mediante órdenes de compra, órdenes rápidas y fondos de trabajo se evidencia que la alimentación asociada al proyecto fue cubierta por la CNFL.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente, en cuanto a su argumento.

16.3 Señaló la CNFL, que sobre lo referido a compras rápidas y fondos de trabajo, se debe considerar que no existe obligación de llevar a cabo procedimientos más onerosos que los que las normativas lo solicitan.

Al respecto de este argumento, que fue analizado por la IE en el informe de fiscalización, oficio 1297-IE-2016, se señaló a folio 488, lo siguiente:

“(…)

Destaca la cantidad de las denominadas “Compras rápidas” así como el “Fondo de Trabajo”, dado que son procesos de contratación sustitutos aprobados por la entonces Gerencia General de la CNFL mediante oficio GG-001-2010 como parte de las (sic) mecanismos requeridos por la CNFL para las adquisiciones asociadas al PHBI.

En esa oportunidad se aprobó de manera exclusiva para el PHBI el procedimiento de “Adquisición de materiales y contratación de servicios por solicitud de compra rápida” para adquisiciones menores a ¢ 20 000 000 asociadas directamente con la adquisición de bienes y servicios derivados del alcance contractual ICE-CNFL.

Asimismo, el Fondo de Trabajo autorizado para el PHBI fue autorizado por un monto de ¢ 5 000 000, con el fin de tener los recursos suficientes para solventar

las necesidades inmediatas de adquisición de materiales y servicios asociados a la ejecución del contrato de obra suscrito con ICE para el PHBI y los gastos asociados a la UEP-PHBI.

No obstante lo anterior, como se indicó en el Cuadro N°3, estos dos mecanismos de contratación, si bien son montos poco significativos respecto del total del contrato con el ICE (menor a 1%), se traducen en una erogación de ¢398 835 597,53.

De acuerdo con el Manual de Políticas Contables de CNFL los Fondos de Trabajo pretenden [...] solventar situaciones imprevistas y garantizar la continuidad y calidad del servicio a las diferentes dependencias, así como en la atención del cliente externo [...] Sin embargo, la mayoría de los recursos se destinaron a la compra de materiales y no se cuenta con información para precisar el carácter imprevisible de los mismos.

Lo mismo sucede con el mecanismo de compras rápidas donde el común denominador es la adquisición de servicios, pero se desconoce si pudieron ser previsibles.

(...).”

Consideró la CNFL, que la IE les está cuestionando la forma en que se dan las compras rápidas y cómo se usa el mecanismo de fondo de trabajo, al indicar que no existe obligación de llevar a cabo procedimientos más onerosos que los que las normativas lo solicitan.

Sin embargo, del análisis de lo indicado por la IE en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria, se desprende que lo indicado en el informe final de fiscalización sobre las compras rápidas y el fondo de trabajo, es que ambos debían usarse para solventar situaciones imprevistas y de la información aportada por la CNFL, no se logra demostrar que lo que se compró con estas fuentes de dinero, fuera imprevisto.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en su argumento.

17. Indicó la CNFL, que no se comparte el criterio del informe final de fiscalización de la IE, sobre que “la falta de estudios y análisis detallados, lo cual explica las variaciones significativas que implicó el PHBI durante la fase de ejecución”.

Ante las afirmaciones de la IE, la CNFL, señaló sobre este tema, lo siguiente:

- a. Un costo importante de las obras del ICE, fue el desarrollo de las obras subterráneas, que por su naturaleza, no permiten establecer la necesidad real de recursos y soporte hasta el momento en que realmente se realizan las excavaciones, lo cual fue parte del alcance de la contratación al ICE.*
- b. Los contratos “Llave en mano” o “Por Administración”, donde el diseño detallado forma parte del alcance contractual a desarrollar, la elaboración detallada del proyecto*

tiene lugar una vez suscrito el contrato, circunstancia que justifica conceder al contratista un derecho a introducir mejoras en los planos, siempre que se respeten los parámetros contractuales acordados.

- c. El informe de la IE no brinda respaldo alguno que sustente tal conclusión.*
- d. El grado de profundidad de los diseños de la CNFL en sus estudios de pre-inversión se circunscribe a diseños generales, como se ha indicado. No constituyen diseños de construcción.*

Al respecto de este argumento, se le indica a la CNFL, que la conclusión de la IE, sobre que “la falta de estudios y análisis detallados, lo cual explica las variaciones significativas que implicó el PHBI durante la fase de ejecución” tienen su fundamento en la misma información aportada por la recurrente.

En dicha información, se evidencian todas las modificaciones realizadas durante el proceso de ejecución del proyecto desde su factibilidad y que concluyó en un aumento del costo inicial estimado. De haberse realizado estudios y análisis detallados, se hubiese podido disminuir la incertidumbre desde la etapa de construcción del proyecto.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

18. Indicó la recurrente, que las decisiones de inversión se basaron en los resultados de los estudios de pre inversión.

Adicionalmente, indicó la CNFL, que el alcance en los estudios de factibilidad no incluyó la realización del diseño detallado para construcción de las obras, ya que la política, fue trasladar esta etapa de diseño detallado, costo, riesgo y responsabilidad al costo de la ejecución de la obra.

Al respecto de este argumento, ya se ha analizado el tema sobre que la CNFL, justificó contratar al ICE para la construcción del proyecto, dada su experiencia en construcción de proyectos de generación de esta magnitud, porque contaba con la maquinaria necesaria, el personal apto para ello, la experiencia. Por lo tanto, se comprueba que no se están enfrentando a algo nuevo, y no se justifica que se haya definido el diseño y demás características del proyecto hasta su puesta en ejecución.

Al no existir límites ni lineamientos para la etapa de diseño, ni en el costo del proyecto, por determinarlo de cuantía inestimable, no se evidencia en el expediente administrativo que la CNFL haya adjuntado evidencia de los controles establecidos a nivel integral de la obra, lo que en su mayoría pudo significar el aumento en costos de la magnitud en que se dieron.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

19. Indicó la CNFL, que cuando se capitalizó el PHBI en noviembre del 2015, se registró la depreciación acumulada del año, cuando se obtuvo el monto más

preciso, se ajustó dicha estimación, con lo cual si se da la relación de ingreso y egreso.

Sobre este argumento, es conveniente referirse a lo indicado por la IE, en la resolución RIE-113-2016, que a folios 797 y 798, indicó:

“(…) CNFL se contradice en sus argumentos, pues como lo indicaron en documentación aportada en el oficio 7431-8371-2016 la entrada en operación de la planta fue desde el 28 de noviembre (sic) 2014. Además, basándose en el párrafo 22 de la NIC 23, indican que los intereses se capitalizan hasta que la obra o proyecto haya sido totalmente completado, luego de lo cual se convierten en gastos de operación, y precisamente los intereses fueron capitalizados a la obra hasta noviembre 2014. lo que quiere decir que consideraron que el proyecto había sido completado.

Adicionalmente, al realizar el ajuste de depreciación respectivo y el registro de capitalización en los estados auditados al 2014, confirman que esta fue la fecha correcta en que se debió realizar. Por último, se argumenta que debían esperar para tener el dato de la capitalización más preciso, sin embargo, a abril 2016 aún no se había realizado el finiquito, por lo que ante variaciones tendrían que hacer ajustes, lo que también contradice sus argumentos. Ante esto, no se consideran (sic) que lo argumentado implique alguna modificación al informe. (…)” (El subrayado no está en el original).

Inicialmente, en el oficio 7431-8371-2016, la CNFL indicó que la entrada en operación de la planta fue desde el 28 de noviembre de 2014, efectivamente los intereses fueron capitalizados en esta fecha. La CNFL realizó ajustes al registro y confirmó que noviembre de 2014 es la fecha correcta para hacerse el registro.

Debido a lo anterior, considera la IE que lo argumentado por la CNFL, no implica ninguna modificación en el informe de fiscalización, consideración que es avalada por esta asesoría.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

20. Señaló la CNFL, que el monto por deterioro asignado por la Aresep es incorrecto.

Adicionalmente, la CNFL indicó, que no es correcto el monto de deterioro que señala la Aresep, ya que este no fue de ¢42 mil millones sino de ¢34 mil millones.

La CNFL, adjuntó copia del asiento que se presentó en los estados auditados de 2014 (folio 432).

Sobre este argumento, la IE le da razón a la recurrente e indicó en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria -RIE-113-2016-, a folio 798, lo siguiente:

“(…)

Por su parte, respecto al monto del deterioro del PHBI, CNFL aclara que este fue por un monto de ¢34 863 millones y no ¢42 549 millones como se indica en el

*informe. Por lo que luego de verificar la información aportada se considera correcto modificar el monto que se indica en el informe, por el monto que indica CNFL.
(...).*”

En razón de la modificación efectuada por la IE y que la petición de la recurrente fue satisfecha, esta asesoría no se va a referir al respecto.

21. Alega la CNFL, que el PHBI no debería ser comparado con proyectos de generación privada, ni con proyectos que aún no han sido construidos.

21.1 Indicó la recurrente, que al realizar esta comparación se desconocen los costos totales de inversión de estos proyectos utilizados para comparar, se trata de proyectos que fueron construidos años atrás con otra estructura de costos, otros precios internacionales de las materias primas, otros tipos de cambio, otras condiciones.

Agregó la recurrente, la importancia de considerar el factor de escala de los proyectos, por la presencia de economías de escala.

Sobre este argumento, se reitera lo indicado por la IE en la resolución RIE-113-2016 -que resolvió el recurso de revocatoria-, donde a folios 799 y 800, indicó:

*“(...)
Es claro que ningún proyecto de los señalados en los gráficos No.1 y No.2 son idénticos en características al PHBI, no obstante, los elementos como el factor de escala que a criterio de la CNFL permite absorber con facilidad costos relacionados a la capacidad instalada, la magnitud de las obras y el hecho de aprovechar infraestructura de otros proyectos no son hechos que impidan hacer comparable el PHBI con otros proyectos de similar naturaleza, dado que ha sido evidente e inclusive reconocido por la CNFL que el incremento en costos del PHBI se debe a factores distintos de los indicados anteriormente, por lo que el argumento carece de un sentido objetivo que permita a esta IE modificar el informe de fiscalización.
(...).*”

Se desprende de lo anterior, que la comparación realizada por la IE, del PHBI con otros proyectos, responde a criterios objetivos, tales como: misma fuente de generación, factor de escala relacionado con la capacidad instalada y la magnitud de las obras. Aunado a que la información utilizada para dicha comparación proviene del ICE, por lo tanto, es información que se considera oficial.

Adicionalmente, indicó la IE que el aumento en los costos de este proyecto, se debió a factores diferentes a los comparados en el informe final. Esta es una comparación que ilustra cuanto se aleja el costo del MW producido por el PHBI, de los proyectos similares existentes, no se utilizó esta información para definir el valor real del proyecto.

En virtud de lo anterior, considera esta asesoría que no es válido el argumento de la CNFL, de afirmar que estos proyectos no guardan relación con el PHBI.

Así las cosas, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

21.2 A criterio de la CNFL, no procede comparar el PHBI con proyectos que aún no han sido construidos, dado que no han superado riesgos constructivos y se desconocen los costos socio-ambientales que deberán enfrentar esos proyectos.

Al respecto de este argumento, en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria, se indicó a folio 799, lo siguiente:

*“(…)
Este argumento ya había sido analizado por la IE en oficio 1247-IE-2016, por lo que se reitera que la información contenida en el informe de fiscalización no resulta incorrecta ni improcedente dado que resulta de datos oficiales proporcionados por el ICE (…) del Plan de Expansión de la generación 2014-2035 (Gráfico No.2) por lo que llama la atención que CNFL descalifique información oficial del Grupo ICE y que pretenda en su solicitud afirmar que el PHBI no guarda relación con ningún otro proyecto.
(…)”*

Como lo señaló la IE, la información que se utilizó para hacer comparaciones entre el PHBI y otros proyectos, es información aportada por el ICE.

En el plan de expansión, el ICE incluye proyectos, que aunque si bien no se han concretado, constituyen un marco de referencia para los participantes en el sector energético. De esta manera, esta asesoría procedió a revisar dicho plan, que se encuentra disponible en la página web del ICE (http://www.grupoice.com/wps/portal/ICE/electricidad/proyectos-energeticos/planes-de-expansion#.WOZuEUU1_IU), y en el apartado 3.3. (pág. 18) “Plan de Expansión de la generación eléctrica periodo 2014-2035” (en adelante PEG) del ICE, se indicó lo siguiente:

*“(…)
El Plan de Expansión de la Generación (PEG) es el marco de referencia para los principales propósitos de planeamiento, de mediano y largo plazo, de los participantes en el sector eléctrico del país.*

El PEG sintetiza las estrategias de desarrollo eléctrico, las posibilidades de las diferentes opciones tecnológicas y las necesidades de recursos en el futuro.

Este marco de referencia es necesario para unificar una base común de partida para todos los participantes en el sector energético, en temas tan amplios como determinación de inversiones, definición de estrategias de desarrollo, fijación de tarifas o estudios de mercado.

(…)”

Si bien algunos de los proyectos incluidos en el plan, apenas están en su etapa de prefactibilidad, conforman ese marco comparativo que se tiene a nivel nacional.

Aunado a lo anterior, la comparación del PHBI con estos otros proyectos, no se utilizó para definir el valor del proyecto, sino que se reitera, se comparó con la información más veraz con que se contaba, que es el PEG y se utilizó a manera de ejemplo ilustrativo. Es importante no ver el PHBI como aislado del resto de proyectos del país, dado que tratándose todos de proyectos hidroeléctricos, algunos ubicados en zonas cercanas a este proyecto, y que tienen características similares, sus costos deberían aproximarse al promedio.

En virtud de lo anterior, considera esta asesoría, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

22. Indicó la CNFL, que el equipo fiscalizador desconoce el contexto bajo el cual se consideró que la suscripción de un Convenio de Gestión con el Banco Centroamericano de Integración Económica (en adelante BCIE) fue la mejor opción (para el PEVC).

Aunado a lo anterior, la CNFL, indicó que adjunta para los miembros de la Junta Directiva, el oficio DA-035-08, que consta en el expediente de contratación de la CNFL, donde se explicó de forma resumida las motivaciones para la escogencia del BCIE para el desarrollo y financiamiento del PEVC.

Indicó la recurrente, que también la Aresep desconoce que previo a la etapa constructiva, tanto la CNFL, como el BCIE, realizaron una estimación de riesgos, incidentes y establecimiento de controles para su mitigación.

Sobre este argumento, se le indica a la recurrente que el citado documento enviado a esta Autoridad Reguladora por medio del sitio FTP, carpeta Evidencia Documental 1030-IE-2016 contenida en IEnergía-CNFL/2016/Proyectos y Estudios Especiales/Estudios PHBI-PEVC/., que consta a folios 224, 225, 842 y 843, indicó entre otras cosas:

“(…)

Al momento de contar con todas las condiciones para la ejecución del proyecto Eólico Valle Central, las directrices que limitaban el financiamiento estaban vigentes y mientras la posibilidad de obtener la autorización para el endeudamiento requerido para la construcción del proyecto era incierta, la necesidad de la energía era cada vez más sentida.

Ante lo anterior era necesario encontrar alguna opción que permitiera obtener los recursos para el desarrollo del proyecto eólico, sin que eso significara un impacto significativo en las tarifas para nuestros clientes, que además no aumentara el endeudamiento país y su costo fuera razonable, obviamente debía ser viable técnica, legal y financieramente.

Fue así cuando se analizaron posibles actores se consideró al sistema Bancario Nacional, con esquemas como el Fideicomiso, y también se tuvo contacto con el

Banco Centroamericano de Integración Económica para explorar posibles opciones, teniendo en cuentas las condiciones que se debían satisfacer.

Desde el principio se desechó la posibilidad de financiamiento mediante esquemas que significaran una deuda, ya sea crédito convencional, crédito de exportación, crédito mixto, etc., por cuanto implicaba afectar el endeudamiento país.

(...)

Un elemento importante en la escogencia del Banco Centroamericano de Integración Económica es su condición de Banco de primer orden, una entidad de prestigio internacional y reconocida solvencia moral y financiera, Institución que garantiza y da seguridad a la CNFL del desarrollo del proyecto.

(...)

Partiendo del concepto de “Vehículo de Propósito Especial”, se inició el análisis de figuras legales existentes, que podrían ser útiles, descartando cada una, tan pronto eran sometidas al filtro de las condiciones establecidas al principio en el sentido de que no podría afectar el endeudamiento país y debía ser viable legal, técnica y financieramente. Fue así como se llegó a la selección de la figura “Sociedad Anónima de Propósito Especial” como la solución óptima.

Con la figura de la Sociedad Anónima de Propósito Especial y la estructuración financiera con aportes de capital social, complementado con un crédito del BCIE en condiciones competitivas y la participación accionaria que se estableció, tomando en cuenta la disponibilidad de fondos de la CNFL y la apertura del BCIE de participar en el capital como desarrollador, se logró consolidar la viabilidad técnica, legal y financiera que el proyecto requiere, logrando además cumplir con las condiciones planteadas al principio.

(...)”

Se desprende de lo anterior, que la CNFL, explicó las razones por las cuales escogió al BCIE para el financiamiento del proyecto, argumentando principalmente que necesitaban una fuente de financiamiento que no significara un aumento de la deuda para el país y que fuera viable técnica, legal y financieramente.

Lo que echa de menos esta asesoría, es una comparación de opciones de financiamiento y su impacto en las tarifas, donde se pudiera analizar el beneficio de cada fuente, desde el punto de vista económico, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la LGAP.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en este argumento.

23. La IE desconoce las pruebas documentales aportadas por la CNFL, en cuanto a las justificaciones técnicas de las modificaciones en alcance, costo y plazo.

23.1 Indicó la CNFL, que en el oficio 2001-0570-2016 se proporcionó una matriz denominada “Consideraciones sobre el monto estimado Adenda 1 y el monto Final”, donde se explican las dos actualizaciones del costo del proyecto a partir del estudio de factibilidad, con su debida justificación técnica, los refrendos de la CGR y las actualizaciones de los análisis financieros respectivos.

Agregó la CNFL, que ninguna de las razones técnicas justificadas que provocaron el incremento en el costo del proyecto, podrían ser previsibles en la etapa de factibilidad: incremento del costo de los aerogeneradores, definición del diseño final del parque, diseño final de los caminos del sitio, etc.

Sobre el oficio mencionado por la recurrente, se le indica que esta asesoría revisó el citado oficio, el cual se encuentra a folios del 222 al 289 del expediente tarifario, sin embargo, no se encontró ninguna matriz con el nombre indicado por la CNFL, “Consideraciones sobre el monto estimado Adenda 1 y el monto Final”.

En razón de lo anterior, esta asesoría no se va a referir al respecto.

Sobre la segunda parte del argumento, en cuanto a que la CNFL consideró que se justificaron todas las razones técnicas que provocaron el incremento del proyecto y que ninguna de esas razones era previsible, se le indica a la recurrente, lo mencionado por la IE en la resolución - RIE-113-2016-, que resolvió el recurso de revocatoria, a folio 801:

“(…)

Al respecto debe señalarse que la afirmación en cuestión pretende indicar que las modificaciones al PEVC la CNFL logró justificarlas desde el punto de vista técnico, es decir, resulta razonable que al menos se cuente con razones para justificar sus variaciones, sin embargo, tal párrafo busca más allá de justificar su inclusión es afirmar que tales adiciones debieron ser incluidas en la etapa de planificación durante el análisis de factibilidad e ingeniería de detalle.

(…)” (El subrayado no está en el original).

Se desprende de lo anterior, que la IE afirmó que era prudente contar con las razones técnicas que justifiquen las variaciones en el costo del proyecto, pero que la intención, era afirmar que tales adiciones debieron ser consideradas en la etapa de planificación, durante las etapas de factibilidad e ingeniería de detalle.

Lo anterior, se detalla en el informe final de fiscalización, oficio 1297-IE-2016, en el cual la IE enumera una lista de eventos que provocaron variaciones en el costo del proyecto, los cuales se mencionan a continuación, y son visibles a folios 513 y 514:

“(…)

✓ Se dio un incremento del 78% en el costo de los aerogeneradores, debido a cambios en el precio del mercado internacional, y según lo indicado por la CNFL, esto debido a que uno de los procesos de contratación resultó infructuoso, lo cual extendió la fase de pre inversión hasta el momento de concretar su compra.

✓ Las calles de acceso y el transporte terrestre son de los rubros con mayor incremento de 1589% y 1823% respectivamente; según se indicó en la visita técnica, esto se debió al peso de los equipos y caminos con elevadas pendientes que requirieron ampliarse y asfaltarse para el paso de las grúas y el transporte de equipos.

Para este caso específico la CNFL indicó que en el diseño de las calles de acceso no contemplada (sic) el asfaltado de las mismas, pero tuvieron que realizarlo ya que fue un requerimiento del fabricante, que para el caso de pendientes mayores al 12%, con el objetivo de garantizar la tracción de los camiones especiales responsables del traslado de los equipos hasta cada uno de los sitios donde se ubicarían los aerogeneradores, era necesario asfaltar los accesos a dichos lugares.

✓ Para enero 2010 el presupuesto de imprevistos disminuyó, considerando únicamente el costo de los pilotes que se requerirían en algunas torres de aerogeneradores (sic).

✓ Un rubro que aumentó en 1935% su valor correspondió a la adquisición de terrenos, pues de acuerdo a lo indicado por CNFL, las negociaciones con los propietarios para lograr arrendamientos no fructificaron, por lo que fue necesario acudir a la vía de expropiación.

(...)

Esto evidencia que CNFL no realizó una adecuada gestión del proyecto desde la fase de preinversión, y que los datos considerados para determinar la viabilidad financiera y económica del proyecto fueron inexactos e imprecisos, tal y como concluyó la CGR en su informe DFOE-AE-IF-07-2015, del 20 de julio de 2015, y que a criterio del equipo técnico fueron insuficientes para la toma de decisiones. (...)" (El subrayado no está en el original).

Tanto a criterio de la IE, como a criterio de esta asesoría, no es válido que la CNFL afirme que la totalidad de las variaciones en los costos del proyecto se deban únicamente a hechos imprevisibles, ejemplo de ello, son los eventos enumerados por la IE, en la transcripción anterior.

La CNFL indicó, que tuvieron que ampliar caminos y asfaltar calles para el paso de grúas y transporte de equipo necesario para la construcción del proyecto. Sin embargo, es claro, que este tipo de situaciones se debieron considerar desde las primeras etapas de planificación del proyecto, porque el terreno en el cual iban a trabajar debía ser conocido y debió haberse previsto.

Además, en cuanto al tema de los terrenos, la CNFL indicó que otro rubro que aumentó su costo fue la adquisición de terrenos, dado que tuvieron que realizar expropiaciones.

Sobre este punto, se le reitera a la CNFL, que este tipo de situaciones debieron considerarse y valorarse, desde la etapa de planificación del proyecto, y desde ese momento valorar la rentabilidad del proyecto. No es de recibo indicar, que estos aspectos fueron imprevisibles.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente, en su argumento.

23.2 La CNFL solicitó que se modifique la afirmación incluida en la página 48 del informe final y eliminar los términos “puede” y “en apariencia”, ya que a criterio de la empresa, se logró demostrar la razonabilidad técnica que justifican las modificaciones dadas en el costo del proyecto.

Sobre este argumento, se transcribe el párrafo mencionado por la recurrente, el cual se encuentra a folio 514:

“(…) puede que dichas modificaciones en costo, en apariencia cuenten con fundamento técnico y hubiesen sido requeridas para la construcción, instalación y puesta en servicio del Parque Eólico, no obstante, durante su pre inversión debieron incluirse en la factibilidad técnica, financiera y económica. (…).” (El resaltado no está en el original)

Se le reitera a la CNFL, lo indicado en el análisis del argumento 23.1. de este criterio, en el sentido que aunque las variaciones en los costos de cada rubro tienen una justificación técnica, aun así, estas circunstancias que provocaron desviaciones importantes en el valor final del proyecto, debieron ser consideradas en las etapas previas del proyecto, la etapa de pre factibilidad o su actualización y en las etapas de planificación.

Aunado a lo anterior, la IE en el informe final de fiscalización, anexo a la resolución recurrida, indicó a folio 514, lo siguiente:

“(…) Esto evidencia que CNFL no realizó una adecuada gestión del proyecto desde la fase de preinversión, y que los datos considerados para determinar la viabilidad financiera y económica del proyecto fueron inexactos e imprecisos, tal y como concluyó la CGR en su informe DFOE-AE-IF-07-2015, del 20 de julio de 2015, y que a criterio del equipo técnico fueron insuficientes para la toma de decisiones. (…).”

Se desprende de lo anterior, que aunado al análisis efectuado por la IE, la CGR también se manifestó en cuanto al PEVC en cuestión y sobre este concluyó, en lo que interesa, lo siguiente:

3. CONCLUSIONES

(…)

3.2 (…), desde sus orígenes no estuvo clara la necesidad del citado Proyecto; se omitieron estudios y análisis indispensables para su formulación; los estudios realizados presentaban limitaciones importantes en la profundidad y

confiabilidad; no se tuvo certeza de que la estructuración financiera [sic] y de ejecución del Proyecto fuera la mejor en costo y tiempo para satisfacer el interés público. También, confundieron los fines e intereses de la Compañía con los de la sociedad encargada de la ejecución y puesta en marcha del Proyecto, en detrimento de las finanzas públicas; y se obviaron estudios cuyos resultados no concuerdan con aquellos en los cuales se fundamentó la decisión de invertir. Esto, repercutió significativamente en los costos de inversión y el tiempo total del desarrollo del Proyecto, convirtiéndolo en el Parque Eólico nacional más caro de su clase.

(...)" (El subrayado no está en el original). Puede consultarse en: https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2015/SIGYD_D_2015013009.pdf

La CGR como órgano fiscalizador de los entes y órganos que integran la Hacienda Pública (artículos 1 y 4 de la Ley 7428), concluyó que hubo omisión de estudios y análisis indispensables, y que al final todo ello, repercutió en el costo final del proyecto, que es catalogado como el Parque Eólico nacional más caro de su clase.

Es importante aclarar, que la Autoridad Reguladora, tiene la obligación de no considerar erogaciones innecesarias de las empresas reguladas, tal y como se indica en el artículo 32 de la Ley 7593, Costos sin considerar, que en sus incisos d) y e) expresa que no se reconocerán los gastos de operación desproporcionados en relación con los gastos normales de actividades equivalentes, ni las inversiones consideradas excesivas para la prestación del servicio público.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente, en su argumento.

24. Indicó la CNFL, que la IE insiste en afirmar que el refinanciamiento obtenido a través del crédito sindicado no representa una reducción del costo financiero del proyecto, pues no se realiza un análisis del gasto financiero a los 30 años, con una estimación del efecto de la tasa variable.

La CNFL reiteró, que al realizar la proyección de los costos financieros totales de ambos créditos, se muestra una disminución de \$1 281 769 del total de gastos financieros, ya que se demuestra que el costo financiero total del crédito con el BCIE es de \$29 308 947, mientras que con el crédito sindicado el costo total es de \$28 027 178. Lo anterior implica tener un ahorro en los costos financieros (cuadro del folio 441).

Al respecto de este argumento, se adjunta un cuadro comparativo entre ambos créditos, aportado por la CNFL, que es tomado del informe final de fiscalización 1297-IE-2016, visible a folio 518:

"(...)

Comparación de las condiciones de los créditos para el PEVC

Condiciones	Crédito BCIE	Crédito Sindicado para PEVC
Monto	\$25,788,030	\$44,306,860
Plazo	12 años	30 años
Tasa de interés	14,45% (incluye equivalente al pago de dividendos por el monto del capital aportado por el BCIE)	LIBOR(6)+5,75% ajustable mensualmente. Tasa piso 6,4%.
Forma de pago	Cuotas semestrales	Cuotas trimestrales
Comisión de formalización	NA	1% por única vez sobre el monto del crédito
Comisión de supervisión y auditoría	0,25% pagaderos una sola vez sobre el monto del crédito	NA
Comisión de compromiso	0,75% sobre los saldos no desembolsados	NA
Por fiscalización de obra y desembolso	NA	0,10% sobre el monto a girar
Garantía	Fideicomiso	Pagaré institucional y partida presupuestaria

Fuente: Informe de beneficios de la restructuración de la deuda del Parque Eólico Valle Central realizado por CNFL.
(...)"

Aunado a lo anterior, la IE, indicó en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria, RIE-113-2016, visible a folio 802, lo siguiente:

"(...) es una comparación de la cuota promedio anual, lo que nuevamente reafirma lo indicado en el informe, que el análisis se centra en la liquidez y no necesariamente al costo financiero total.

*Se puede ver en este mismo cuadro que el costo financiero total del crédito sindicado es mucho mayor, por lo que si a nivel de cuota representa una disminución, no se hace un análisis del costo financiero en todo el plazo de los créditos. Esto se hace más relevante considerando la vida útil del proyecto (20 años) en relación con el plazo del crédito (30 años), es decir, que la CNFL seguirá pagando un costo financiero por un proyecto que ya cumplió su vida útil.
(...)"*

Del análisis del cuadro anterior, se notan diferencias significativas entre las condiciones de ambos créditos. Primeramente, el monto del crédito y el plazo son diferentes, así como las tasas de interés de ambas operaciones. A pesar de que el crédito sindicado, en apariencia cuenta con una tasa de interés menor, la misma es variable y no se realizaron análisis sobre ello. La forma de pago también varía entre ambos créditos, por mencionar algunas diferencias.

A criterio de esta asesoría, el cuadro comparativo presentado por la CNFL, no demuestra una reducción en el costo financiero del proyecto. Para demostrar lo anterior, se debió hacer un análisis más detallado, con escenarios, entre ambos créditos, porque evidentemente, en un momento puntual, la cuota a cancelar con el crédito sindicado es menor, pero la comparación no puede ser solamente por la cuota, sino que se debió considerar, entre otras cosas, el costo financiero en todo el período, que son 30 años, tal y como lo indicó la IE, en la resolución RIE-113-2016.

En virtud de todo lo anterior, considera esta asesoría que no lleva razón la recurrente en su argumento.

25. Sobre el costo de las obras, indicó la recurrente, que en reiteradas ocasiones han demostrado que los procedimientos de gasto (llevados a cabo en su mayoría por Eólico Valle Central S.A. –EVCSA), no atendieran los aspectos básicos de control interno, puesto que la CNFL, mantuvo siempre su participación en la toma de decisiones.

En este argumento la CNFL, continúa aclarando que la única razón para crear EVCSA, fue la construcción del PEVC y que los costos y gastos en que incurrió son parte del costo del PEVC y suman al valor del activo.

Previo a analizar el argumento, se considera importante precisar que el estudio de factibilidad del proyecto PEVC fue realizado por la empresa Insuma S.A. y Lahmeyer International entre los años 2002 y 2006, y que posteriormente, se creó la empresa EVCSA quien suscribió un contrato con Juwi en julio 2010 y su operación comercial se dio en diciembre 2012.

No se desprende de lo anterior la petición de la recurrente en cuanto a este argumento, dado que no es clara su inconformidad.

En razón de lo anterior, y que lo señalado por la recurrente, no es parte de los hallazgos del estudio final de fiscalización, esta asesoría no se va a referir al respecto.

26. Manifestó la CNFL, que no existe desfase entre la fecha de adquisición de las acciones de EVSCA y la fecha de capitalización en los libros de la CNFL, tal y como lo afirma el informe final de la IE.

Indicó la CNFL, que al inicio de sus operaciones, empezó a llevar estados financieros consolidados para reflejar el valor de la empresa adquirida. Sin embargo, a partir de julio de 2014, se tomó la decisión de disolver Eólico Valle Central S.A. (EVCSA) y asumir sus labores por parte de la CNFL, entonces a partir de esa fecha los activos del PEVC se registraron en los auxiliares de la CNFL, y se dejaron de emitir estados consolidados.

Sobre este argumento, esta asesoría considera importante referirse a lo indicado por la IE en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria –RIE-113-2016–, que a folio 803, indicó en relación con este tema, lo siguiente:

“(…)

Respecto a lo indicado, considera esta IE que efectivamente lleva razón la recurrente dado que la compra de acciones y la disolución son eventos distintos, al igual que el traslado del dominio de los activos a CNFL, por lo que no existe desfase como bien lo señala el recurrente. Con base en lo anterior, se verificó que efectivamente a partir de setiembre 2013 momento en que se adquiere el control de EVCSA, la CNFL consolidó sus estados financieros con la empresa y por tanto no corresponde a ese momento el registro de los activos.

Con base en lo anterior, se recomienda acoger parcialmente el argumento y modificar el informe de fiscalización (...)”

En consecuencia, en virtud de que la IE le dio razón a la recurrente, en cuanto al desfase de plazos, carece de interés el análisis de este argumento.

27. Las obras ambientales y las obras sociales están claramente categorizadas desde el punto de vista del Plan de Gestión Ambiental, estas respondían a la naturaleza de cada proyecto y al impacto ambiental o social previsto en los estudios correspondientes.

Adicionalmente, la recurrente indicó, que hay costos asociados que difícilmente pueden desagregarse, como el costo de planilla de personal dedicado a la gestión ambiental y social, estos puestos formaban parte de la planilla de su estructura organizacional.

En el informe final de fiscalización a folio 527, la IE señaló al respecto de este tema, lo siguiente:

“(…)

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, ambos proyectos tuvieron un componente importante en erogaciones relacionadas con obras sociales y ambientales que derivan de los análisis de impacto ambiental y medidas asociadas a dicho análisis, no obstante, no fue posible comprobar que que (sic) exista normativa, política o lineamiento ya sea interno o externo que analice el alcance y costo de dichas erogaciones asociadas a la gestión ambiental y social.

Sin embargo, no se tuvo a la vista un análisis de razonabilidad y proporcionalidad; principalmente de aquellas asociadas a compensación social a comunidades de afectación directa e indirecta (salón comunal, asfaltado de carreteras, iluminación y camerinos en canchas de fútbol, escuela, murales, cocina comunitaria, por mencionar algunos)- las cuales resultan de negociaciones entre la CNFL y los grupos organizados de la zona, aspecto que resulta de interés dado que incrementa el valor de las obras.

(…).”

De la resolución recurrida se desprende que, la IE está de acuerdo en que deben existir este tipo de obras, tanto ambientales como de carácter social, sin embargo, la preocupación va en el sentido que no se indicó si existía una política interna que limitara las erogaciones asociadas a este tipo de gestión.

La principal preocupación de la IE, es con respecto a la parte social, como se pudo analizar de la información aportada por la CNFL, dentro de obras sociales se incluyen el salón comunal, asfaltado de carreteras, iluminación y camerinos en canchas de fútbol, escuela, murales, cocina comunitaria, y derivan de negociaciones entre la CNFL y las comunidades, lo cual preocupa a la IE que cualquier proyecto que la comunidad solicite se debe de hacer, en razón de que no hay una política que limite lo anterior.

Sobre que la CNFL indica que no se pueden desagregar algunos rubros, es importante aclarar, que esta desagregación es muy importante para la Aresep, dentro de la Contabilidad Regulatoria, porque si bien estas obras hay que construirlas, se deben considerar gastos y

no inversiones, ni tampoco considerarles depreciación, ya que no son obras que sean parte de la actividad de generación.

En virtud de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente, en su argumento.

28. En el Por Tanto VII de la resolución RIE-082-2016 (recurrida), se generó la duda si la referida política regulatoria en cuanto al reconocimiento de gastos o inversión relacionados a las obras sociales asociadas a proyectos de inversión, se correlaciona con lo establecido en la política sectorial contenida en el Eje 4 del VII Plan Nacional de Energía.

Agregó la recurrente, que no se determinó si la formulación de tal lineamiento se realizaría en coordinación con la Autoridad Ambiental y los regulados del sector, y la CNFL consideró que es importante que haya participación especializada y coadyuvante de ella y las empresas del sector en este tipo de iniciativa.

Sobre este argumento, se señala lo indicado por la IE en la resolución RIE-113-2016, que resolvió el recurso de revocatoria, que a folio 806 señaló lo siguiente:

“(...) se aclara que el estudio de fiscalización concluyó que no se cuenta con una política o normativa que limite el alcance y costo de las erogaciones asociadas a la gestión ambiental y social, motivo por el cual la IE solicitó a la Junta Directiva de Aresep una política regulatoria en cuanto al reconocimiento de gastos o inversión relacionados a las obras sociales asociadas a proyectos de inversión de los servicios públicos regulados.

Es en este contexto que se solicita la política regulatoria, por lo tanto, dentro de las competencias de la Junta Directiva de Aresep le corresponderá a este órgano determinar la manera en que esta política se llevará a cabo, no siendo una labor de la IE determinar la forma y los actores o coadyuvantes que participen de tal determinación.

(...)”

Siendo que en la resolución en la cual se resolvió el recurso de revocatoria, la IE le aclaró a la CNFL su inquietud, por lo que, carecer de interés analizar este argumento, dado que su pretensión fue satisfecha.

29. Indicó la CNFL, que no puede verse ni debe entenderse la inversión social y ambiental como una erogación o como un gasto.

Indicó la recurrente, que bajo el principio de responsabilidad ambiental, cada entidad debe cumplir con lo que le corresponde y le manda la ley, respecto a la protección del ambiente y el manejo racional de los recursos naturales.

Agregó la recurrente, que para el caso de los proyectos PHBI y PEVC, donde se incluyó el asfalto de vías públicas, las mismas forman parte del costo del proyecto, pues optimiza el ingreso, manejo y tránsito en sitio del proyecto.

La IE al referirse al mismo argumento, presentado en el recurso de revocatoria, indicó en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria a folio 806, lo siguiente:

“(…)

Respecto a la política ambiental, compromiso de responsabilidad social, lineamientos para el desarrollo de nuevos proyectos y procedimientos para la gestión de la viabilidad ambiental y seguimiento ambiental de proyectos se colige que la CNFL en todos ellos plantea la manera en que se da trámite al PGA y demás acciones relacionadas con las obras sociales y ambientales, sin embargo, no señala de manera específica si del contenido de alguno de estos documentos existe política o norma que limite el alcance y costo de las erogaciones asociadas a este rubro. Motivo por el cual se mantiene lo indicado en el informe y resuelto.

También es importante mencionar que CNFL aclara que la inversión social y ambiental no debe entenderse como un gasto, sin embargo, el informe cita el concepto de “erogaciones”, entendido como aquellas salidas de efectivo que desde el punto de vista contable podrán ser calificadas como gasto o costos de inversión capitalizables al proyecto, dependiendo de la naturaleza de la erogación. Con base en lo anterior, la lectura correcta debe darse desde el punto de vista contable.

(…)”

Se desprende de lo anterior y aunado a lo analizado en el argumento 29 de este criterio, que el objetivo de la IE, es que se definan políticas o normas que limiten el alcance y el costo de las erogaciones destinadas a la gestión ambiental o social.

Se le recuerda a la recurrente, que uno de los principios por los cuales se rige la Aresep y que debe perseguir en su actuar, es que las tarifas de los servicios públicos se fijen bajo el servicio al costo, en concordancia con el artículo 3 inciso b) de la Ley 7593.

Debido a lo anterior, es válido el planteamiento de la IE, puesto que si dichas políticas o límites no existen, cualquier costo destinado a la gestión ambiental o social podría ser reconocido en las tarifas, aunque resulte desproporcionado o no haya una justificación clara y objetiva para su ejecución (artículos 32 y 33 de la Ley 7593).

Por otro lado, como bien lo indicó la IE, el informe final de fiscalización utilizó el concepto de erogaciones, entendiéndose desde el punto de vista contable, que establece que una erogación es toda salida de efectivo que se clasifica como gasto o costo, por otro lado, las salidas de efectivo destinadas a las obras sociales o ambientales no pueden ser consideradas inversiones porque no forman parte de los activos dedicados a la generación de energía, que es el servicio público que se está regulando en este caso.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente, en su argumento.

30. Durante el proceso de fiscalización, la CNFL, a petición de la IE remitió un documento que contenía una investigación preliminar. La CNFL, aclaró que “los

resultados deben ser vistos con prudencia, antes de recomendar o adoptar una acción al respecto del hallazgo realizado”.

Indicó la CNFL, que llamó su atención que en el informe final, la IE citó párrafos del documento remitido por la Compañía, dando por cierto lo que ahí se indicó, sin haber examinado su veracidad ni haber considerado que el mismo informe advierte que es una investigación preliminar, sujeta a comprobación.

En cuanto a este argumento, se indica lo manifestado por la IE en la resolución RIE-113-2016 (que resolvió el recurso de revocatoria), a folios 807 y 808, que indicó:

“(…) [...] Ahora bien, respecto a la afirmación [...] la Intendencia de Energía asume como hechos probados y de verdad absoluta los aspectos allí anotados [...] refiriéndose la CNFL al informe público elaborado por la Comisión Investigadora que estudió el PHBI y los informes públicos elaborados por la Contraloría General de la República (CGR), se aclara que ambos son documentos que formalmente fueron consultados por la IE a las respectivas instituciones que los emitieron por lo que no resulta necesario cuestionar su validez, tanto del documento elaborado por la misma Compañía Nacional de Fuerza y Luz como de la CGR.

Este equipo de trabajo aclara que las referencias al derecho de defensa, debido proceso y presunción de inocencia son propios que (sic) los procedimientos sancionatorios que no se encuentran dentro del alcance ni objetivos de la IE ni del estudio de fiscalización que nos ocupa. De lo anterior, no debe perderse de vista que el denominado “Informe Preliminar” resulta de un análisis de hechos documentados elaborado por la misma CNFL y que la determinación de la verdad real de los mismos se encuentra asociada expresamente a la materia sancionatoria en función de presuntas responsabilidades de funcionarios por lo allí expuesto, aspecto que nuevamente reiteramos no es del alcance de este estudio.

Adicionalmente, se le aclara a CNFL que en ninguna de las referencias realizadas sobre el “Informe Preliminar” realizado por (sic) Comisión Investigadora de la CNFL, se asumen verdades absolutas, pues se incluyen citas textuales, en el mismo contexto de lo hallado por la IE. Por tanto, no se está violentando el debido proceso, derecho de defensa ni presunción de inocencia de ningún funcionario asociado a este proceso, más aun considerando que para los efectos de la IE no se cita eventuales responsables de presuntas faltas cometidas en materia sancionatoria, de manera expresa solamente se mencionan textualmente aquellos aspectos relevantes vinculados con la investigación realizada. [...] (...)”

Además, como ya se indicó en el análisis del segundo argumento de este criterio, en cuanto al Informe Público de la Investigación Preliminar de la Comisión Investigadora de la CNFL, utilizado como insumo por la IE en su fiscalización, es necesario mencionar que si bien se

trata de supuestos y no de hechos, por ser el resultado de una investigación preliminar, se tiene que dicho informe fue mencionado a folios 322, 323, 335, 336 y 345, y en ningún caso fueron utilizados como plena prueba, más bien la IE citó algunos extractos a manera de referencia.

En ese orden de ideas, de la lectura de los extractos visibles en los folios indicados anteriormente, se encuentra que la IE los utilizó como base de un análisis integral, en el sentido de que recurrió a otras fuentes de información, inclusive a sus propios hallazgos, que le permitieran acreditar lo señalado en el informe de la Comisión Investigadora de la CNFL y que fuera referenciado en el informe de la IE.

Por ende, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente, en cuanto a este argumento.

31. Quedaron prorrogados los derechos, concesiones y obligaciones establecidas en el Contrato Eléctrico, según lo dispuso expresamente el artículo 4 de la Ley 8660.

Indicó la recurrente, que el Contrato Eléctrico Ley N°02 del 8 de abril de 1941, otorgó una concesión a dos empresas eléctricas por 25 años, luego, el 15 de mayo de 1941, nació a la vida jurídica la CNFL.

Además, que mediante la promulgación de la Ley 8660, el artículo 54 dispuso que se tenga por prorrogado el plazo social de la CNFL, por una vigencia de 99 años, a partir de la entrada en vigencia de dicha Ley.

Cabe señalar, que determinar la vigencia del Contrato Eléctrico, no es un aspecto relevante en cuanto a la fiscalización realizada por la IE, sin embargo, en virtud de que la CNFL, se muestra inconforme con lo dispuesto por la IE, en la resolución recurrida, se procede con el análisis del argumento.

De esta forma, tal y como lo expresó la IE, en la resolución recurrida, de conformidad con el artículo 36 de la Ley N° 2 del 8 de abril de 1941, las concesiones de la CNFL tenían inicialmente una vigencia de 25 años, que se cumplieron en 1993, y debido a la prórroga automática por otros 25 años, el contrato se vencería el 1° de julio de 2018.

Ahora bien, el artículo 54 de la Ley 8660, dispone:

“Artículo 54.-Plazos de las Empresas. El plazo de Radiográfica Costarricense Sociedad Anónima y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz es de noventa y nueve (99) años, a partir de la entrada en vigencia de esta Ley; el de la Compañía Radiográfica Internacional Costarricense Sociedad Anónima y las empresas que constituyan, será el que se indique en su pacto constitutivo.”

Al respecto, la Procuraduría General de la República, en la opinión jurídica OJ-036-2014, del 17 de marzo de 2014, indicó:

“(...) el texto de la reforma, pretende ampliar el plazo del contrato eléctrico regulado en la Ley N° 2 del 8 de abril de 1941, de manera tal que éste se encuentre vigente hasta por el mismo plazo de vigencia otorgado a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL), es decir noventa y nueve años a partir del año 2017.”

Previamente, la misma PGR, atendiendo una consulta relativa a la Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA), en la opinión jurídica OJ-076-2009, del 12 de agosto de 2009, manifestó:

“6. En el caso de RACSA las concesiones se mantienen por su plazo legal que ahora es de noventa y nueve años.”

Así las cosas, considera este órgano asesor, que las transcripciones anteriores evidencian, que la intención del legislador con la promulgación del artículo 54 de la Ley 8660, es que las concesiones de la CNFL, sean prorrogadas por el mismo plazo de dicha empresa, sea, 99 años.

Por lo tanto, considera este órgano asesor, que la recurrente lleva razón, en su argumento, sin embargo, esto no afecta las conclusiones y los hallazgos del estudio de fiscalización efectuado por la IE.

32. Indicó la recurrente que se encuentra inconforme con las conclusiones y hallazgos del estudio final de la fiscalización a los proyectos PHBI y PEVC.

32.1 Indicó la CNFL, que las conclusiones son omisas en indicar los resultados satisfactorios que se obtuvieron como resultado de la fiscalización. Solo se enumeran las supuestas debilidades, desconociendo el contexto, las justificaciones, cumplimiento de metas país, de mandatos y directrices, cumplimientos de calidad, etc.

Al respecto, conviene recordar, lo indicado por la Sala Constitucional, mediante la resolución N° 7269-2004, respecto de las omisiones en los actos administrativos:

“(...) las otras inconformidades que el petente expone con relación al proceder del Gerente de la Aduana Santamaría también son inadmisibles. En efecto, en primer lugar, si él estima que los oficios impugnados son omisos en su fundamentación, tiene abierta la posibilidad de solicitar una adición o aclaración ante el propio recurrido. (...)”. (El subrayado no está en el original)

En ese sentido, debe indicársele a la recurrente, que si estima que las conclusiones de la resolución impugnadas son omisas, debió haber interpuesto una solicitud de aclaración y adición, en el plazo establecido por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente, en cuanto a su argumento.

32.2 A criterio de la CNFL, no se indica con claridad el valor, la razonabilidad y las justificaciones técnicas de los proyectos PHBI y PEVC.

Sobre el valor determinado para los proyectos PHBI y PEVC se le remite a la recurrente al análisis del argumento 4 de este criterio, puesto que en ese argumento se analiza dicho valor.

A razón de resumen, el estudio de fiscalización realizado por la IE, determinó que el PHBI se estimó en \$75 millones y se le definió un costo real final de \$361 millones. Por otro lado, el PEVC se estimó en \$21 millones y su valor real en \$54 millones (folios 532 y 533, respectivamente).

En razón de lo anterior, este órgano asesor considera que no lleva razón la recurrente en su argumento.

32.3 Los hallazgos de la etapa de planificación desconocen los fundamentos y las pruebas aportadas por la CNFL, durante el transcurso de esta fiscalización.

Se le indica a la recurrente, que en el borrador del informe de fiscalización (1030-IE-2016, folios 141 al 214), en el informe final de fiscalización (1297-IE-2016, folios del 467 al 536), en la resolución que resolvió el recurso de revocatoria (folios 773 al 814) y en este criterio, se demuestra que los análisis realizados por la IE están basados y fundamentados, en su mayoría en la información aportada por la recurrente.

Aunado a lo anterior, ya se indicó que muchas de las variaciones en costo y tiempo que sufrieron los proyectos analizados tienen una justificación técnica, sin embargo, estas justificaciones, no implican que las variaciones deban considerarse como imprevisibles.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor, que no lleva razón la recurrente en su argumento.

32.4 Los hallazgos de la etapa de ejecución, concluyen que los proyectos presentaron variaciones en alcance y costo, así como desviaciones importantes en el plazo, sin embargo, la IE omitió indicar que estas desviaciones están debidamente justificadas.

Sobre este argumento, se le indica a la CNFL, que de la lectura del informe final de fiscalización, se desprende que la IE tomó en cuenta toda la información que fue aportada por la CNFL, tanto al inicio del estudio, como después, cuando se les envió el borrador del informe de fiscalización para que fuera analizado y se consideraron algunas de sus observaciones.

Sin embargo, que hayan mediado justificaciones técnicas para las variaciones relacionadas con tiempo y costo, no significa que se deban obviarse estas desviaciones por parte de este Ente Regulador.

En razón de lo anterior, considera este órgano asesor que no lleva razón la recurrente en su argumento.

32.5 Los hallazgos específicos en ambos proyectos desconocen los fundamentos y las pruebas aportadas por la CNFL, durante la fiscalización

y no se brindaron argumentos en el informe final de las razones de su inobservancia por parte de la IE.

Se le refiere a la recurrente al análisis del argumento 32.4 de este criterio.

VI. CONCLUSIONES

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, se concluye que:

1. Desde el punto de vista formal, el recurso de apelación y la gestión de nulidad relativa presentados por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución RIE-082-2016, resultan admisibles, por haber sido interpuestos en tiempo y forma.
2. Si bien el marco jurídico del ICE y sus empresas fue flexibilizado para competir con las organizaciones propias del derecho privado, continúan sujetas a la fiscalización y control, por parte de los entes y órganos correspondientes.
3. El artículo 17 de la Ley 8660 no resulta de aplicación para la Contraloría General de la República, el Banco Central de Costa Rica, el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, el Ministerio de Ambiente y Energía, y el Ministerio de Hacienda.
4. El fundamento para comunicar al Ministerio de Ambiente y Energía la resolución recurrida, corresponde a que dicho Ministerio integra el Subsector Energía, en el cual, el Ministro actúa como su Rector, según lo dispone el inciso a) del artículo 6 del Decreto Ejecutivo N° 35991-MINAET (Reglamento de Organización del Subsector Energía).
5. El fundamento para comunicar al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica la resolución recurrida, se encuentra en que el Plan Nacional de Energía 2015–2030, se sustentó en el Plan Nacional de Desarrollo, elaborado por dicho ministerio, y en ese sentido, conocer el avance o el estado de los proyectos eléctricos, es un insumo importante para la futura elaboración de dichos planes, los cuales son la base para establecer los lineamientos a seguir por el país, en el sector energético.
6. La comunicación de la resolución recurrida a la Contraloría General de la República, encuentra fundamento en su llamado a monitorear las políticas de eficiencia energética, tal y como consta en el Plan Nacional de Desarrollo vigente. En ese sentido, el informe de fiscalización elaborado por la Intendencia de Energía, debe ser conocido por el órgano contralor, en aras de que ejerza dicho monitoreo, dentro del ámbito de sus competencias.
7. La comunicación de la resolución recurrida al Banco Central de Costa Rica, encuentra fundamento en su rol vigilante del Sistema Financiero Nacional, ya que el Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior y el Proyecto Eólico Valle Central, requirieron de una estructura de financiamiento que involucró a la banca estatal y a bancos internacionales, así como de la emisión de bonos para el Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior.

8. *El Por Tanto VIII de la resolución recurrida, no impuso un deber o una obligación a las instituciones a las que se le comunicó la resolución, para que valoraran el informe de fiscalización, por lo contrario, son aquellas quienes determinarán en el “ejercicio de sus competencias”, si resulta relevante revisar dicho informe o no.*
9. *El artículo 6 inciso a) de la Ley 7593, no establece una restricción a la potestad fiscalizadora de la Aresep, en cuanto a las fuentes de información a las que puede recurrir, por ende, se encuentra facultada para utilizar cualquier fuente de información, siempre y cuando, sea de utilidad para ejercer la potestad fiscalizadora en el ámbito de sus competencias.*
10. *La fiscalización de la Contraloría General de la República encuentra fundamento en competencias distintas a las de la Aresep. La IE consideró que existían datos relevantes o que contribuían a alcanzar los objetivos fijados en su fiscalización, y de esa manera fueron utilizados en el informe final.*
11. *La fiscalización realizada por la Intendencia de Energía, no corresponde a un procedimiento administrativo sancionatorio regido por los principios del debido proceso y el derecho de defensa, ya que su fin no es imponerle obligaciones, suprimirle o denegarle derechos subjetivos, o determinar si existió una lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos.*
12. *La información contenida en el expediente OT-004-2016 es pública, por lo tanto, la remisión del informe final de fiscalización a otras instituciones públicas, no constituye una extralimitación de la potestad fiscalizadora.*
13. *Mediante la resolución que resolvió el recurso de revocatoria (RIE-113-2016), la Intendencia de Energía aclaró que el valor de los proyectos hidroeléctrico Balsa Inferior y eólico Valle Central fue determinado en el informe final, lo cual fue aceptado por la recurrente en su expresión de agravios, por lo que no es de recibo la nulidad relativa alegada.*
14. *El objetivo trazado para la elaboración del estudio de fiscalización se cumplió en razón de que se determinó el valor de cada uno de los proyectos y de su capitalización.*
15. *El estudio de fiscalización elaborado por la Intendencia de Energía, para la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. , en razón de los Proyectos Hidroeléctrico Balsa Inferior y Eólico Valle Central, no corresponde a un estudio tarifario, por lo tanto, no sigue las etapas de este y no finaliza con la determinación de una tarifa.*
16. *Las conclusiones y hallazgos del estudio de fiscalización, podrán ser utilizados –en lo que corresponda- como insumos en un estudio tarifario elaborado para el sistema de generación de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A.*
17. *El estudio de fiscalización tiene una finalidad diferente a un estudio tarifario, su alcance y naturaleza son distintos. En el estudio de fiscalización no se buscaba*

determinar una tarifa, su objetivo fue determinar el valor final y único del costo de los proyectos.

- 18. Lo argumentado por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., con respecto a rubros que no se consideraron en la fijación tarifaria resuelta por medio de la resolución RIE-133-2015 –que resolvió una fijación tarifaria solicitada por la CNFL- y a la fijación de una tarifa transitoria, corresponde a otro momento procesal.*
- 19. La Autoridad Reguladora, ya resolvió el recurso de revocatoria y de apelación contra la resolución RIE-133-2015, por medio de las resoluciones RIE-005-2016 y RJD-148-2016, respectivamente.*
- 20. En la elaboración de un estudio de fiscalización, no se afecta el equilibrio financiero de la empresa, dado que no hay una fijación tarifaria. El objetivo de dicho estudio, es obtener un valor del proyecto y trasladar esta información al proceso de Tarifas Eléctricas de la Intendencia de Energía para lo que corresponda, en el próximo estudio tarifario de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., sin que esto quiera decir, que se deba reconocer el monto total de los proyectos definidos en estos estudios.*
- 21. El valor del Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior, se incrementó con respecto a lo que se había planificado. El costo estimado del proyecto pasa de US\$75 millones a US\$361 millones, es decir, el costo del proyecto se incrementó en 381%.*
- 22. El tipo de contrato que se suscribió con el Instituto Costarricense de Electricidad para la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior, se determinó que era de cuantía inestimable. Sin embargo, no se encontraron las justificaciones técnicas y económicas por las cuales resultaba imposible estimar un valor para el proyecto.*
- 23. En virtud de que el contrato era de cuantía inestimable, resultaba imposible establecer límites y controles al gasto incurrido, tampoco se pudieron hacer comparaciones, o alertas que indicaran que se estaban elevando los costos en relación a la estimación, puesto que no se contaba con este valor base.*
- 24. La Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. afirmó que las variaciones que sufrió el Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior, en cuanto a tiempo, ocasionaron mayores costos y la necesidad de que el Instituto Costarricense de Electricidad permaneciera por más tiempo en el sitio, con su consecuente incremento en los costos asumidos por la recurrente.*
- 25. La Intendencia de Energía consideró dentro del informe final de fiscalización lo correspondiente al terremoto ocurrido en la península de Nicoya en setiembre de 2012 y al cambio de lugar físico de la subestación elevadora, para el Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior.*
- 26. La Intendencia de Energía reconoció que pueden darse imprevistos y que existen variables macroeconómicas que van a afectar los costos de un proyecto en su etapa de construcción. Sin embargo, el aumento de costos del el Proyecto Hidroeléctrico*

Balsa Inferior no obedece única y exclusivamente a las variaciones en el precio de los materiales.

- 27. Las variables macroeconómicas son fluctuantes en el tiempo y estas debieron ser consideradas en los escenarios de los estudios financieros que se pudieron elaborar antes de la puesta en marcha del proyecto, para conocer la viabilidad del mismo ante fluctuaciones de los mercados.*
- 28. La estructura de financiamiento para el Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior se fue modificando, incrementando los costos y sin realizar un análisis conjunto con las demás variables del proyecto, para mostrar la viabilidad o no del proyecto. La estructura de financiamiento de este proyecto, no fue analizada integralmente en etapas iniciales, ni posteriores.*
- 29. La Ley 7593 señala en su artículo 32, que no se aceptarán como costos de las empresas reguladas las erogaciones innecesarias, gastos de operación desproporcionados en relación con gastos normales de actividades equivalentes, así como las inversiones que sean rechazadas por la Aresep, por considerarlas excesivas para la prestación del servicio.*
- 30. Las actividades de servicio público deben de satisfacer el interés general y no particular de una empresa.*
- 31. La Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. justificó la contratación del ICE para la construcción del proyecto, debido a su experiencia en este tipo de obras, lo cual, no es congruente con afirmar, que el contrato se estimó de cuantía inestimable en razón de las características del proyecto, dado que el Instituto Costarricense de Electricidad conoce de los aspectos que se deben considerar para la construcción de un proyecto como el que se analiza.*
- 32. La desviación en costos del 381% en el valor del proyecto, no se puede justificar indicando únicamente que el monto del contrato era de cuantía inestimable.*
- 33. La Intendencia de Energía llamó la atención en cuanto a que en el contrato suscrito entre la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. y el Instituto Costarricense de Electricidad, se indicaba que lo relacionado con la alimentación y compra de comida sería asumido por este último, sin embargo, mediante órdenes de compra, órdenes rápidas y fondos de trabajo, se evidenció que la alimentación asociada al Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior, fue cubierta por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A.*
- 34. En el informe final de fiscalización, se indicó sobre las compras rápidas y el fondo de trabajo, que ambos debían usarse para solventar situaciones imprevistas. De la información aportada por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., no se logra demostrar que lo que se compró con estas fuentes de dinero, fuera imprevisto.*
- 35. En la información aportada por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. para la elaboración del estudio de fiscalización, se evidencian todas las modificaciones*

realizadas durante el proceso de ejecución del proyecto desde su factibilidad y que concluyó en un aumento del costo inicial estimado.

- 36. De haberse realizado estudios y análisis detallados, se hubiese podido disminuir la incertidumbre desde la etapa de construcción del proyecto.*
- 37. Al no existir límites ni lineamientos para la etapa de diseño, ni en el costo del proyecto, por determinarlo de cuantía inestimable, no se evidencia en el expediente administrativo que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. haya adjuntado evidencia de los controles establecidos a nivel integral de la obra, lo que en su mayoría pudo significar el aumento en costos de la magnitud en que se dieron.*
- 38. La comparación realizada por la Intendencia de Energía, del Proyecto Hidroeléctrico Balsa Inferior con otros proyectos, responde a criterios objetivos. La información utilizada para dicha comparación proviene del Instituto Costarricense de Electricidad, por lo tanto, es información que se considera oficial.*
- 39. En el plan de expansión, el Instituto Costarricense de Electricidad incluyó proyectos, que aunque si bien no se han concretado, constituyen un marco de referencia para los participantes en el sector energético.*
- 40. La Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., explicó las razones por las cuales escogió al Banco Centroamericano de Integración Económica para el financiamiento del proyecto, argumentando principalmente que necesitaban una fuente de financiamiento que no significara un aumento de la deuda para el país y que fuera viable técnica, legal y financieramente. Sin embargo, se echa de menos, una comparación de opciones de financiamiento y su impacto en las tarifas, donde se pudiera analizar el beneficio de cada fuente, desde el punto de vista económico, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública.*
- 41. No es válido que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. afirme que la totalidad de las variaciones en los costos de los proyectos se deban únicamente a hechos imprevisibles, ejemplo de ello, son los eventos ya enumerados por la Intendencia de Energía.*
- 42. La Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. indicó, que tuvieron que ampliar caminos y asfaltar calles para el paso de grúas y transporte de equipo necesario para la construcción del proyecto. Sin embargo, es claro, que este tipo de situaciones se debieron considerar desde las primeras etapas de planificación del proyecto, porque el terreno en el cual iban a trabajar debía ser conocido y debió haberse previsto.*
- 43. En cuanto al tema de los terrenos, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A. indicó que otro rubro que aumentó su costo fue la adquisición de terrenos, dado que tuvieron que realizar expropiaciones. Sin embargo, este tipo de situaciones debieron considerarse y valorarse, desde la etapa de planificación del proyecto, y desde ese momento valorar la rentabilidad del proyecto.*

44. Aunque las variaciones en los costos de cada rubro tienen una justificación técnica, aun así, estas circunstancias que provocaron desviaciones importantes en el valor final del proyecto, debieron ser consideradas en las etapas previas del proyecto, la etapa de pre factibilidad o su actualización y en las etapas de planificación.
45. La Contraloría General de la República como órgano fiscalizador de los entes y órganos que integran la Hacienda Pública (artículos 1 y 4 de la Ley N° 7428), concluyó que hubo omisión de estudios y análisis indispensables, y que al final todo ello, repercutió en el costo final del proyecto, que es catalogado como el Parque Eólico nacional más caro de su clase.
46. El cuadro comparativo presentado por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., entre el crédito con el Banco Centroamericano de Integración Económica y el crédito sindicato para el Proyecto Eólico Valle Central, no demuestra una reducción en el costo financiero del proyecto.
47. La desagregación de las obras sociales y ambientales, es muy importante para esta Autoridad Reguladora, dentro del proyecto de la Contabilidad Regulatoria, porque si bien estas obras hay que construirlas, se deben considerar gastos y no inversiones, ni tampoco considerarles depreciación, ya que no son obras que sean parte de la actividad de generación.
48. El informe final de fiscalización utilizó el concepto de erogaciones, entendiéndose desde el punto de vista contable, por otro lado, las salidas de efectivo destinadas a las obras sociales o ambientales no pueden ser consideradas inversiones porque no forman parte de los activos dedicados a la generación de energía, que es el servicio público que se está regulando en este caso.
49. El Informe Público de la Investigación Preliminar de la Comisión Investigadora de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., fue utilizado por la Intendencia de Energía en su fiscalización, a manera de referencia y en ningún caso, fue utilizado como plena prueba.
50. La Intendencia de Energía utilizó la investigación preliminar, como base de un análisis integral, en el sentido de que recurrió a otras fuentes de información, inclusive a sus propios hallazgos, que le permitieran acreditar lo señalado en el informe de la Comisión Investigadora de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A.
51. Determinar la vigencia del Contrato Eléctrico, no es un aspecto relevante en cuanto a la fiscalización realizada por la Intendencia de Energía.
52. La intención del legislador con la promulgación del artículo 54 de la Ley 8660, es que las concesiones de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., sean prorrogadas por el mismo plazo de 99 años.
53. Si la recurrente estima que las conclusiones de la resolución impugnadas son omisas, debió haber interpuesto una solicitud de aclaración y adición, en el plazo establecido por el ordenamiento jurídico.

54. Muchas de las variaciones en costo y tiempo que sufrieron los proyectos analizados tienen una justificación técnica, sin embargo, estas justificaciones, no implican que las variaciones deban considerarse como imprevisibles o que deban obviarse por parte de este Ente Regulador.

55. De la lectura del informe final de fiscalización, se desprende que la IE tomó en cuenta toda la información que fue aportada por la recurrente, tanto al inicio del estudio, así como cuando se les envió el borrador del informe de fiscalización, para que fuera analizado, considerándose algunas de las observaciones por ella realizadas.

[...]"

- II. Con fundamento en los resultandos y considerandos precedentes y de acuerdo con el mérito de los autos, lo procedente es: **1.-** Declarar sin lugar, el recurso de apelación y la gestión de nulidad relativa, interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución RIE-082-2016. **2.-** Agotar la vía administrativa. **3.-** Notificar a las partes, la presente resolución. **4.-** Trasladar el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda, tal y como se dispone.
- III. Que en la sesión ordinaria 28-2017, del 13 de junio de 2017, cuya acta fue ratificada el 29 de junio del mismo año; la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora, sobre la base del oficio 386-DGAJR-2017, de cita, acordó entre otras cosas, dictar la presente resolución.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ACUERDO 05-28-2017

1. Declarar sin lugar, el recurso de apelación y la gestión de nulidad relativa, interpuestos por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., contra la resolución RIE-082-2016.
2. Agotar la vía administrativa.
3. Notificar a las partes, la presente resolución.
4. Trasladar el expediente a la Intendencia de Energía, para lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE

ARTÍCULO 5. Asuntos varios de los miembros de Junta Directiva

No presentan temas en esta oportunidad.

ARTÍCULO 6. Asuntos pospuestos

El señor **Roberto Jiménez Gómez** propone posponer para una próxima sesión, el conocimiento de los asuntos indicados en la agenda como puntos 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10, 3.11, 3.12, 3.13 y 4. Somete a votación el planteamiento y la Junta Directiva resuelve, por unanimidad:

ACUERDO 06-28-2017

Posponer, para la sesión del 20 de junio de 2017, el conocimiento de los puntos 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10, 3.11, 3.12, 3.13 y 4 de la agenda, los cuales se detallan a continuación:

- a. *Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra la resolución RIE-104-2016. Expediente ET-058-2016. Oficio 509-DGAJR-2017 del 31 de mayo de 2017*
- b. *Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contra la resolución RIE-107-2016. Expediente ET-060-2016. Oficio 515-DGAJR-2017 del 1º de junio de 2017.*
- c. *Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contra la resolución RIE-105-2016. Expediente ET-059-2016. Oficio 517-DGAJR-2017 del 1º de junio de 2017.*
- d. *Recurso de apelación y gestión de nulidad absoluta, interpuestos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contra la resolución RIE-106-2016. Expediente ET-057-2016. Oficio 518-DGAJR-2017 del 1º de junio de 2017.*
- e. *Implicaciones financieras para el Instituto Costarricense de Electricidad y para el país derivados de la no aprobación de parte del ajuste de las tarifas eléctricas para el periodo 2017. Oficio 0012-138-2017 del 3 de mayo de 2017.*
- f. *Recurso de apelación, interpuesto por P.H. Río Volcán S.A., contra el oficio 0363-IE-2017. Expedientes OT-082-2015 y OT-080-2017. Oficio 427-DGAJR-2017 del 2 de mayo de 2017.*
- g. *Recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por la Asociación Cámara de Industrias de Costa Rica (ACICR), contra la resolución RIE-014-2017. Expediente ET-058-2016. Oficio 436-DGAJR-2017 del 9 de mayo de 2017.*
- h. *Recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por la Asociación Cámara de Industrias de Costa Rica (ACICR), contra la resolución RIE-015-2017. Expediente ET-059-2016. Oficio 437-DGAJR-2017 del 9 de mayo de 2017.*
- i. *Recurso de apelación y gestión de nulidad, interpuestos por la Asociación Cámara de Industrias de Costa Rica (ACICR), contra la resolución RIE-016-2017. Expediente ET-057-2016. Oficio 440-DGAJR-2017 del 9 de mayo de 2017.*

- j. Recurso de apelación y gestión de nulidad interpuestos por Central Hidroeléctrica Vara Blanca S.A., contra la resolución RIE-055-2016. Expediente ET-029-2016. Oficio 372-DGAJR-2017 del 19 de abril de 2017.*
- k. Recurso de apelación interpuesto por la Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., (Recope), contra la resolución RIE-009-2017. Expediente ET-012-2017. Oficio 418-DGAJR-2017 del 2 de mayo de 2017.*
- l. Presentación del Plan Estratégico Institucional.*

ARTÍCULO 7. Asuntos informativos

Se distribuye entre los señores miembros de la Junta Directiva, el siguiente asunto de carácter informativo:

- Comunicación de la ratificación de la señora Xinia María Herrera Durán como Reguladora General Adjunta de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Oficio AL-DSDI-OFI-0124-2017 del 29 de mayo de 2017.

A las doce horas con cincuenta minutos finaliza la sesión.

ROBERTO JIMÉNEZ GÓMEZ
Presidente de la Junta Directiva

XINIA HERRERA DURÁN
Reguladora General Adjunta

ALFREDO CORDERO CHINCHILLA
Secretario de Junta Directiva