

San José, 23 de octubre de 2019

DH-0885-2019

Licda. Nancy Vilchez Obando

Jefa de Comisión

Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Económicos

Asamblea Legislativa

COMISION-ECONOMICOS@asamblea.go.cr

Estimada señora:

Aprovecho la oportunidad para saludarla cordialmente y a la vez dar respuesta a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de ley Expediente 21233: **LEY PARA LA EFECTIVIDAD Y TRANSPARENCIA DE LAS INVERSIONES DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD Y SUS EMPRESAS.**

1.- Resumen Ejecutivo.

El proyecto consultado pretende la reforma de los artículos 35 y 36 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades del Sector Público de Telecomunicaciones, Ley N° 8660.

El artículo 35 de la ley vigente, permite al ICE declarar confidencial la información por motivos estratégicos comerciales y de competencia; la reforma adiciona dos párrafos en los cuales se establecería que transcurrido un año después de realizadas las actividades comerciales, la información del ICE sobre dicha actividad sería de interés público y por tanto no confidencial; el segundo párrafo establece que ninguna información tendrá carácter confidencial para los rectores de energía y telecomunicaciones, a saber, la ARESEP, la SUTEL y la Contraloría General de la República.

Por otra parte, la propuesta también pretende reformar el artículo 36, el cual actualmente establece los elementos que debe contener el Informe que el Consejo Directivo del ICE debe remitir cada año al Consejo de Gobierno para informar sobre su gestión; en ese sentido, la modificación adiciona dos incisos en los que se incluye el deber de informar sobre los estudios que sustenten las inversiones realizadas y la información relativa a la política de endeudamiento de la Institución.

2.- Competencia del mandato de la Defensoría.

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la

Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (**Principios de París**) la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos. Finalmente es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

3.- Alcance del proyecto.

I.- Antecedentes.

La exposición de motivos del proyecto deja en claro que la intención de la reforma pretende generar más transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas de las labores e inversiones que realiza el ICE, como institución estratégica para el desarrollo del país; asimismo, los proponentes pretenden consolidar las labores de fiscalización que realizan los entes de control en materia de control de la hacienda pública, telecomunicaciones y electricidad.

Las y los diputados que presentan el proyecto, hacen hincapié en los retos que tiene el ICE en materia de inversiones, planificación y desarrollo de obras trascendentales para el crecimiento de la institución y en beneficio del país; sin embargo, también dejan en claro que, desde su punto de vista, el ICE atraviesa una situación crítica, en especial, las decisiones financieras y de inversión, las cuales, unidas a la falta de transparencia en la rendición de cuentas de sus contrataciones y sus inversiones, traen consigo que la institución se encuentre en un grave riesgo.

Que pese a que el ICE es una Institución que se encuentra en el régimen de competencia, no puede abstraerse de que opera con recursos públicos y de todos los costarricenses, en consecuencia, debe operar con toda transparencia y que la reforma se hace necesaria para efecto de que las decisiones en las que se declara la

confidencialidad de la información por parte del Consejo Director, no perjudiquen el control y fiscalización de los entes legalmente constituidos para dichos fines.

Finalmente, el proyecto refiere a varios antecedentes en los que se ha denunciado un accionar irregular por parte del ICE en casos de inversión; por ejemplo: la compra de Cable Visión en el año 2013 por un monto de 12,3 millones de dólares; el Acuerdo de Asociación Empresarial entre el ICE y Huawei Technologies Costa Rica S.A. y el desarrollo del sistema de KATV con posibles deficiencias que podrían dejar pérdidas para el Estado por el orden de \$5,8 millones debido a penalidades, más unos \$9,5 millones por licenciamientos, equipos y cajas digitales de acuerdo con los costos establecidos en el convenio de asociación.

II.- Sobre el proyecto de ley.

En relación con las particularidades del proyecto de ley, se tiene que la iniciativa reforma el artículo 35 de la Ley N.º 8660, Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, en los siguientes aspectos:

"Artículo 35- Manejo de información confidencial:

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

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

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

Ninguna información tendrá carácter confidencial para los rectores en materia de energía y telecomunicaciones, así como para la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos,

Superintendencia de Telecomunicaciones y la Contraloría General de la República". El destacado no es del original.

Previo a referirse a la reforma propuesta, conviene indicar que también existe en la corriente parlamentaria el proyecto de Ley N° 20.799, "Ley General de Acceso a la Información Pública y Transparencia", propuesta que en el artículo 30 pretende derogar el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660., antes citado.

El Informe de Servicios Técnicos AL-DEST-IJU-445-2018, había señalado a las y los diputados, que siendo el ICE una institución que está en un mercado en concurrencia con particulares, en caso de las telecomunicaciones, no se aconsejaba derogar este artículo, esto dado que toda empresa pública o privada tiene derecho a proteger sus sistemas y sus invenciones y que dicha anulación podría debilitar a la institución dado el mercado en que se desenvuelve.

Es importante destacar que el ejercicio del derecho de acceso a la información, contiene algunas restricciones que deben ser valoradas según el escenario jurídico del que se trate; el caso de la información confidencial que se halla en poder o pertenezca a la administración y la cual puede estar protegida por los llamados secretos comerciales, siendo esta información la que un agente económico no desea que conozca la competencia, es ejemplo de dicha limitación.

En la legislación nacional, existen determinadas instituciones públicas, como por ejemplo el ICE y el INS, las cuales por su giro comercial deben ser consideradas como empresas industriales o comerciales y titulares de secretos comerciales, especialmente si actúan y funcionan dentro de condiciones de mercado abierto a la competencia.

La Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, establece en el artículo 35, segundo párrafo, que es confidencial la información relacionada con las actividades del ICE y sus empresas, calificada por estas como secreto industrial, comercial o económico, cuando por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros.

Al respecto, la Sala Constitucional en el voto N° 226-2010 interpretó el artículo 35 en el sentido de que dicha norma tiene por objetivo proteger información estratégica del ICE y sus empresas y la Procuraduría General de la República en el en la OJ-62-2009, señaló que si bien la norma refiere a la confidencialidad de los secretos industriales, comerciales o económicos por parte del ICE, dicha entidad no tiene total discrecionalidad para la

toma de tales decisiones, esto por cuanto en el ordenamiento jurídico contiene elementos suficientes que pueden permitir determinar cuándo puede declararse un secreto comercial, industrial o económico y destaca que no puede tratarse de información de dominio público ni tampoco información de interés público; además que la Ley de Información no Divulgada, permite precisar qué información puede ser catalogada de secreto comercial o industrial.

Para efectos del presente proyecto, resulta importante que las y los diputados tomen en consideración lo indicado por la Sala Constitucional en el voto 8985-2017, cuando se indicó lo siguiente:

V.- Sobre el derecho de acceso a la información y su relación con la actividad comercial del Instituto Costarricense de Electricidad. La situación en torno al artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones. El derecho de acceso a la información, en los términos en que es reconocido según lo señalado en el considerando anterior, guarda una relación especial cuando se considera el mismo respecto del ejercicio mercantil que realiza el Instituto Costarricense de Electricidad en el marco del proceso de apertura de las telecomunicaciones, adquiriendo con base en ello una dimensión particular que ha sido igualmente reconocida como válida por esta Sala Constitucional. Es por tal razón, que la Sala ha reconocido que la previsión normativa del artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas, cumple con la formalidad de revestir con el principio de reserva de ley, las decisiones de las autoridades del Instituto Costarricense de Electricidad que declaran como confidencial cierto tipo de información que, particularmente en el tema de las telecomunicaciones, incida o guarde relación con el giro comercial que el Instituto y sus empresas realizan en ese ámbito – telecomunicaciones-, pues se erige en una protección que se brinda para permitir el adecuado desempeño de la institución dentro de un mercado donde existen otros competidores. Así, la jurisprudencia de la Sala valida la limitación que razonable y proporcionalmente el ICE aplique al acceso a la información que sobre el sector telecomunicaciones se le solicite, precisamente porque tal limitación se encuentra conforme con la norma de cita, siempre que tal información verse sobre esa variable del ejercicio institucional y se le declare como confidencial por las autoridades involucradas. De tal forma, una denegación de información con base en tal norma y tales supuestos, dista de ser ilegítima o contraria al derecho de acceso a la información ...”. El destacado no es del original.

Por otra parte, la Sala Constitucional en el voto 2015-18209, señaló que si bien el ICE tiene el derecho de tutelar y limitar la información confidencial que se encuentre en su poder, según lo establece el numeral 35, lo cierto es que no debería existir por parte de dicha institución un cuestionamiento previo de que toda la información bajo su poder se encuentra contenido en dicho supuesto normativo.

Al respecto, la Sala indicó lo siguiente:

*"... Considera este Tribunal que lleva razón la autoridad recurrida en indicar que en dichos estados financieros se pueda encontrar información confidencial, máxime bajo el nuevo contexto que opera actualmente el Instituto Costarricense de Electricidad; **no obstante, tal y como lo señala el recurrido en el informe aportado, la información relacionada con el sector de energía sí es de acceso público. Por lo tanto, tal y como procedió el recurrido, en estos casos se debe facilitar la información sin cuestionamiento previo, eso sí excluyendo la información que se considere confidencial.***

En esa tesitura, es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal en el sentido de que, con relación a la información del sector energía, no opera ninguna excepción legal en esta materia (sentencias N° 2011-6123 de las 9:15 horas del 13 de mayo de 2011 y N° 2012-11871 de las 16:01 horas del 28 de agosto de 2012). La información confidencial del ICE es aquella respecto de los segmentos de su actividad o función que han sido abiertos al libre mercado, como el caso de la telefonía móvil o celular, la transmisión de datos y el servicio de internet, siendo in conducente y jurídicamente inválido que se pretenda extender, por analogía, a otros renglones de actividad que no están plenamente abiertos al libre mercado. El artículo 35 de la Ley 8660 prevé la reserva de datos que puedan dejar en desventaja competitiva al instituto frente a la competencia..." El destacado no es del original.

Considerando lo anterior, se debe indicar que las y los diputados pueden realizar la reforma indicada dentro del ámbito de sus competencias y discrecionalidad legislativa, esto dado que la modificación no lesiona ni vulnera derecho fundamental alguno; únicamente, se debe tener como base lo señalado por la Sala Constitucional en el reconocimiento que se ha realizado en relación con las actividades y el mercado de competencia en que se encuentra inmerso el ICE.

La reforma propuesta se inclina por mantener una fórmula intermedia de protección de la información declarada confidencial por el ICE, pero flexibilizando dicha cobertura al plazo de un año posterior a que se

realicen las actividades comerciales y de inversión del ICE y sus empresas, otorgándole una condición legal de interés público y no confidencial a dicha información, con esta disposición las y los diputados pretenden generar mayor transparencia en el accionar del ICE y mayor control ciudadano y público respecto a las inversiones y gastos que tiene la institución, aspecto que considera la Defensoría como positivo dada la importancia fundamental que tiene el ICE para el desarrollo del país.

Ahora bien, la Defensoría desea llamar la atención en relación con el plazo del año que se incorpora en el texto; al respecto, no existe en la exposición de motivos ni a lo largo de la reforma, claridad respecto al criterio técnico-jurídico con el cual se incorpora dicho plazo, por lo que conviene que las y los diputados puedan dejar en claro los motivos de tal decisión.

También conviene que se aclare el inicio del cómputo del plazo antes indicado, lo anterior dado que en criterio de la Defensoría, resulta ambiguo el momento en que se debe iniciar el cómputo de dicho plazo, tómesese en consideración que desde la perspectiva del accionar público y desde el ámbito de la contratación administrativa se debe precisar el término: "**realizadas las actividades comerciales y de inversión**".

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 35 establece que ninguna información tendrá carácter confidencial para los rectores en materia de energía y telecomunicaciones así como para la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, Superintendencia de Telecomunicaciones y la Contraloría General de la República; dicha reforma resulta importante desde el punto de vista de las competencias de control y regulación del mercado de las telecomunicaciones, así como la fiscalización de la hacienda pública, competencias que deben ser ejercidas sin restricciones ni limitaciones debido al interés público que reviste la actividad de que se trata y cuya información las entidades de control deben tutelar.

En ese sentido, considera la Defensoría importante que se incluya en este párrafo a la Defensoría de los Habitantes, siendo que, este órgano contralor de legalidad ha tenido también inconvenientes para tener acceso a información que permita realizar la labor de tutela de derechos legalmente encomendada. La modificación propuesta se complementa con el artículo 34 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades del Sector Público de Telecomunicaciones, en cuanto disponen el deber que tiene el ICE y sus empresas de informar y estar sujetos a las aprobaciones y disposiciones que emitan la Contraloría General de la República, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos la Superintendencia de Pensiones, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, el Ministerio de Hacienda y el Consejo Consultivo en Energía y Telecomunicaciones. Finalmente, el artículo 36 establece como parte del proceso de rendición de cuentas, que el Consejo Directivo del ICE deberá elaborar un informe anual que tendrá que ser presentado ante el

Consejo de Gobierno y la Contraloría General de la República; en ese sentido, se establecen los aspectos mínimos que deberá contener dicho informe.

La reforma incorpora un nuevo inciso 7) a fin de que el informe contenga los estudios técnicos que sustenten que las inversiones realizadas anualmente son financieramente viables y factibles, socialmente rentables, sostenibles y concordantes con las políticas de desarrollo institucional y nacional, este aspecto resulta nuevo y además conveniente dado que la Ley N° 8660 vigente es omisa en cuanto a esta obligación y, el Reglamento a los artículos 36 y 37 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las entidades públicas del sector telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo N° 36984-MINAET, tampoco regula nada al respecto, aspecto que en consideración de la Defensoría constituye un avance en el proceso de rendición de cuentas por parte del ICE. Asimismo, la reforma al artículo 36 también propone la incorporación de un inciso 8) a efecto de que se incluya en el informe, información sobre la política de endeudamiento, el porcentaje de endeudamiento interno y externo de mediano y largo plazo en relación con sus activos totales, además del destino de los recursos provenientes del endeudamiento; no obstante, dicha modificación únicamente supone elevar a rango legal una disposición que en la actualidad ya se encuentra establecida en el Decreto Ejecutivo N° 36984-MINAET, en el artículo 1.3.g.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica se permite expresar su conformidad, lo anterior con las observaciones indicadas respecto al texto consultado.

Agradecida por la deferencia consultiva,

Catalina Crespo Sancho, PhD
Defensora de los Habitantes de la República

c. archivo