

LA GENERACIÓN ELÉCTRICA PRIVADA EN COSTA RICA

Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Sala Constitucional y contratación administrativa*; III. *Criterio de la Procuraduría General de la República sobre actividad ordinaria: dictamen C- 250-99*; IV. *Legislación de generación eléctrica privada*; V. *Generación privada y generación estatal (ICE)*; VI. *Informe número 90 del 2000, de la Contraloría General de la República*; VII. *Dictámenes de la Procuraduría General de la República*; VIII. *Proyecto de ley de derogatoria de las leyes 7200 (1990) y 7508 (1995)*; IX. *Reflexión final*; X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), es una institución descentralizada del Estado creada por Ley 449 de 1949, cuyo artículo 1o. manda: “Créase el Instituto Costarricense de Electricidad, en adelante llamado el Instituto, al cual se encomienda el desarrollo racional de las fuentes productoras de energía física que la nación posee, en especial los recursos hidráulicos”.

La responsabilidad fundamental del Instituto, ante los costarricenses será encauzar el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica con el fin de fortalecer la economía nacional y promover el mayor bienestar del pueblo de Costa Rica.

* Catedrático de Derecho administrativo y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica.

Habiendo transcurrido varias décadas con una actividad exitosa del ICE, en el campo de la energía eléctrica y telecomunicaciones (CEPAL, 2003), grupos privados con vínculos en la cúpula política del país han logrado fácilmente aprobar las leyes, en la Asamblea Legislativa donde han tenido presencia e influencia necesaria, para privatizar el campo de la venta de electricidad, de modo parcial, ya que todavía el mercado de la electricidad, en su mayoría, lo controla el ICE.

Por su parte, la televisión tradicional y por cable, radiomensajes (*beepers*) y otras formas de las telecomunicaciones están en manos privadas, con el gigantesco negocio y poder que ello significa. Respecto de este negocio, la Procuraduría General de la República dijo que se requiere concesión especial otorgada por la Asamblea Legislativa para su explotación por particulares (oficio OJ-137-1999). Esta concesión no existe, razón por la cual se trata de una contratación inconstitucional.

Toda esta contratación millonaria de empresarios-políticos y políticos-empresarios, se puede entender mejor releyendo a Francisco de Quevedo (1580-1645) *poderoso caballero es don dinero* y a Jacinto Benavente (1866-1954), con sus *intereses creados*.

II. SALA CONSTITUCIONAL Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Con el fin de explicar la inconstitucionalidad de la Ley 7200 de 1990 y su reforma por Ley 7508 de 1995, procedo a focalizar la información en torno al principio de actividad ordinaria en el campo de su aplicación: la contratación administrativa.

Por el voto 998 de 1998, la Sala Constitucional estableció los parámetros más relevantes en la materia de la contratación administrativa.

Por esta sentencia, la clásica, 998-98, se afirmó que el artículo 182 de la carta magna, contiene los principios —con rango constitucional— propios de la negociación administrativa pública.

Artículo 182. Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

Estos principios constitucionales de la contratación administrativa la Sala Constitucional los ha indicado en las sentencias 3348-95, 8320-97 y 998-98, entre otras.

Algunos de esos principios son (*numerus apertus*)

- competencia;
- igualdad;
- transparencia;
- libre, amplia y abierta participación de los oferentes;
- eficiencia;
- publicidad;
- equidad;
- reajuste de precios;
- buena fe;
- igualdad de oportunidades;
- control de los procedimientos administrativos;
- mutabilidad del contrato;
- intangibilidad patrimonial;
- disponibilidad presupuestaria;
- equilibrio de intereses;
- libertad de concurrencia;
- formalismo de los procedimientos administrativos, y
- actividad ordinaria.

Actividad ordinaria

Este principio de la contratación administrativa está centrado, al menos, en dos aspectos: concepto y efectos.

Concepto: La definición de la actividad ordinaria la ha establecido la Ley de la Contratación Administrativa y su respectivo reglamento; al igual, que la propia Sala Constitucional.

Ley de la Contratación Administrativa, artículo 2o., inciso a): “Es actividad ordinaria del ente, el suministro directo al usuario o destinatario final de los servicios o las prestaciones establecidas legal o reglamentariamente, dentro de sus fines”.

Reglamento de la Contratación Administrativa, artículo 76.1:

Estamos en presencia de actividad ordinaria cuando la prestación objeto del contrato constituya una actividad que se identifica con la prestación del servicio y el cumplimiento de los fines de la administración respectiva. En estos casos, la actividad podrá desarrollarse dentro del marco legal y reglamentario respectivo, sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación establecidos en la Ley y en el presente Reglamento.

Por su parte, la Sala Constitucional afirmó:

Actividad ordinaria: es la actividad contractual de la administración que, por su constante y frecuente tráfico y su relación inmediata con los usuarios, resulta claramente incompatible con los procedimientos concursales de la contratación. Constituye la prestación final de la actividad frente a los usuarios (voto 8320-97).

La actividad ordinaria es la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la Ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no por el reglamento ejecutivo.

En la actividad ordinaria se da la excepción a la licitación pública, en tanto la prestación del servicio o actividad a brindar constituye el fin último de la respectiva institución (voto 6754-98).

Efectos: En nuestro ordenamiento el concepto de actividad ordinaria, trae consigo el del medio de selección del contratista público: la contratación directa, es decir, no se da la licitación o concurso público, pues es una excepción a la realización licitatoria (artículo 2.º de la Ley de Contratación Administrativa, citado).

Sin embargo, una contradicción aparente se da con el artículo 21 de la Ley 7200 y su reforma, la 7508, que enuncia la licitación pública.

Formalmente, se indica la licitación pública, pero en la realidad los generadores privados pueden establecer acuerdos en la participación de estos millonarios contratos. De tal modo que no hay que dejarse engañar por la letra de la Ley.

III. CRITERIO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA SOBRE ACTIVIDAD ORDINARIA: DICTAMEN C-250-99

En el dictamen 250 del 21 de diciembre de 1999, la Procuraduría General de la República afirmó que los contratos del ICE con los generadores privados para la compra de electricidad, se dice forman parte de la actividad ordinaria del ICE, lo cual es discutible en razón de la jurisprudencia constitucional (sentencia 6754-98), que ha definido la actividad ordinaria como venta al consumidor de energía eléctrica; y no la compra de este bien.

En este mismo dictamen, la Procuraduría llegó a la siguiente conclusión:

De lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

a) Los generadores privados y el Instituto Costarricense de Electricidad carecen de facultades legales para pactar una determinada fórmula de ajuste automático en las tarifas de compraventa de energía eléctrica, aun cuando esa fórmula sea inicialmente definida por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP).

b) La circunstancia de que una determinada fórmula de ajuste automático haya sido incluida en los contratos de compraventa de energía eléctrica no enerva la competencia que en su momento la Ley N. 7200 de 28 de setiembre de 1990 y actualmente la Ley N. 7593 de 9 de agosto de 1996, han otorgado a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para fijar la tarifa del servicio de generación de energía eléctrica.

c) La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos puede establecer una fórmula de ajuste automático uniforme para los prestatarios del servicio de generación de electricidad que se encuentre en la misma categoría jurídica.

IV. LEGISLACIÓN DE GENERACIÓN ELÉCTRICA PRIVADA

Con el objeto de favorecer los intereses de pequeños grupos de empresarios políticos, se promulgó una legislación que permite que el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), le compre electricidad a generadores privados, a precios más altos que los establecidos por el ICE, incluso cuando ello no es necesario y también bajando los niveles de las represas de agua para verse obligado el ICE a efectuar esas compras.¹

¹ Grupo de energía Fecon, “Campana por la derogatoria de las leyes 7200 y 7508”, *Degeneración Eléctrica*, San José Costa Rica, marzo de 2003, *in toto*.

Esa compra de energía eléctrica por parte de la institución estatal ICE, a las empresas privadas ha sido facilitada y autorizada por las leyes 7200 de 1990 y 7508 de 1995, que es una reforma a la anterior.

Los artículos claves en esa legislación son: 3o., 13, 20 y 21.

Artículo 3o. Se declara de interés público la compra de electricidad, por parte del ICE a las empresas privadas...

Artículo 13. El Instituto Costarricense de Electricidad estará facultado para suscribir contratos destinados a la compra de energía eléctrica como parte de su actividad ordinaria.

Artículo 20. Se autoriza al ICE para comprar energía eléctrica proveniente de centrales eléctricas de propiedad privada, hasta por un quince por ciento (15%) adicional al límite indicado en el artículo 7o. de esta Ley.

Artículo 21. Las compras deberán efectuarse mediante el procedimiento de licitación pública...

Ley 8345, del 3 de enero del 2003, de participación de las cooperativas de electrificación rural y de las empresas de servicios públicos municipales en el desarrollo nacional. Por esta Ley se le permite a las cooperativas la *venta* de electricidad al ICE. Lo que ocurre es que bajo el nombre de cooperativa pueden encubrirse sociedades mercantiles privadas (como ya ocurre con otras “cooperativas”) de tal modo que es una vía de privatización del ICE y del enriquecimiento de este sector privado por la venta de un *servicio público* estratégico, como es la electricidad.

La actividad ordinaria del ICE es vender electricidad a los usuarios, a los consumidores

La actividad ordinaria del ICE no es comprar electricidad, es vender electricidad a los consumidores finales o usuarios, que son las personas que habitan este país, tal y como está debidamente regulado por la Ley y el Reglamento de la Contratación Administrativa y por la propia Sala Constitucional.

La actividad ordinaria del ICE es la *venta* de electricidad a los usuarios de este servicio público, a los consumidores finales, tal cual lo ordena nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, la Ley 7200 de 1990 es inconstitucional, en sus artículos 3o. y 13, porque califica de actividad ordinaria la compra de electricidad por par-

te del ICE a las generadoras eléctricas privadas, con el fin de autorizar ese contrato administrativo entre empresas privadas y el ICE.

Existe otro principio constitucional llamado de reserva de ley en materia de contratación administrativa, de tal modo que los procedimientos de contratación, selección del contratista público, clases de negociación y otros aspectos claves en esta relación contractual, sólo se pueden establecer mediante ley emanada del Poder Legislativo y no vía reglamento o decreto ejecutivo.

Obviamente, lo que la ley disponga tiene que ser congruente y concordante con las disposiciones constitucionales. Lo cual no se da en este caso concreto, por las razones ya indicadas, para los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad correspondiente.

V. GENERACIÓN PRIVADA Y GENERACIÓN ESTATAL (ICE)

Treinta y un proyectos privados generan 13.2% de la electricidad del país, en un costo para los consumidores de 12,266 millones de colones, que es el 24% de todos los ingresos que pagan los habitantes de este país por electricidad. Esto es así porque el ICE paga a las empresas privadas 60% más cara la electricidad, calculada en el costo de la energía térmica, con uso de hidrocarburos.

El ICE con 16 proyectos, produce más del 81.2 % de la electricidad del país con un costo de 26,390 millones de colones.

- *Año 2000*: transferencia de capital del ICE a generadores privados por leyes 7200 y 7508: 30 mil millones de colones.
- En los primeros cuatro meses del 2000, el ICE había pagado a los generadores privados 14 mil millones de colones, equivalentes al 36% del total de los ingresos del ICE.
- *Año 2001*: la oferta eléctrica estaba compuestas así: 75% hidroelectricidad; 14% térmica; 9% geotérmica y 3% energía eólica.
Desde el punto de vista del mercado: el ICE controlaba el 81.2% de la oferta eléctrica nacional; proyectos privados 13.2%; otros distribuidores y 7.6%.
- *Año 2003*: el ICE paga una factura a los generadores privados de más de 29 mil millones de colones, a un promedio ponderado de 24.75 colones cada kw generado, lo cual contrasta con el costo de generación

que mantiene el ICE, cuyo promedio es la mitad de ese monto.

Los generadores privados recibieron más de 34 mil millones de colones.

—Se calcula que para el 2005, ese monto será de 61 mil millones de *colones*, cantidad cercana a la mitad de los ingresos del ICE.

—*Años 1999 a 2010*: en este periodo, estas empresas privadas habrán recibido la suma de 484.500 millones de *colones*.

—*2025*: se calcula que las empresas privadas habrán recibido dos mil millones de *dólares*.²

Tres aspectos negativos para la institucionalidad del ICE

a) eliminación de la *cláusula nocturna* en la relación contractual con los generadores privados. Esta cláusula estuvo vigente hasta 1993, pero posteriormente fue eliminada. Mediante esta cláusula el ICE podría decidir si compraba electricidad a los generadores privados durante la noche, entre agosto y noviembre de cada año, que son los meses de invierno en el país.

Al eliminarse esa cláusula, el ICE quedó obligado a comprar todos los excedentes de energía a las empresas privadas, aunque el ICE tuviera en sus plantas energía disponible o la pudiera producir a un costo menor. El ICE se vio obligado a botar agua de sus reservas, para comprarla a los teneedores privados.

De julio a octubre de 1996, el ICE tuvo que comprar energía a los generadores privados por la suma de 162'978,000.00 millones de colones, a pesar de que tenía excedentes de agua que le permitían generar esa energía en sus propias plantas.

La Contraloría General de la República, en su informe número 28 de 1998, afirmó lo siguiente:

Debido a una cláusula contractual, el ICE tiene que comprar todos los excedentes de energía a las empresas cogeneratoras.

Esta situación provocó que ese Instituto, durante la madrugada de los meses lluviosos de 1996 (junio a noviembre), vertiera agua sin turbinar, proveniente de los embalses que alimentan sus plantas conocidas como “a filo de agua”, y comprara energía a los generadores privados, a pesar de tener en sus propias plantas una disponibilidad de energía que superaba las necesidades del país. De

² Álvarez, Mauricio, “Negocio millonario para compañías privadas”, *Degeneración Eléctrica*, San José Costa Rica, septiembre de 2003.

acuerdo con información suministrada a este órgano contralor por el Instituto, esa entidad compró, entre julio y octubre de 1996, 23,283 megavatios hora, cuyo costo sumó ₡162'978,000.00 durante ese lapso, a pesar de que tenía excedentes de agua que le permitían generarla en sus propias plantas (página dos de su informe ejecutivo).

En las páginas 3 y 6 de este documento público se lee la misma información de este modo :

En los meses lluviosos de 1996 el ICE vertió sin turbinar agua proveniente de los embalses que alimentan sus propias plantas hidroeléctricas conocidas como “a filo de agua”, principalmente en las horas de la madrugada, situación que se dio porque, de acuerdo con una cláusula contractual contenida en los contratos de compra de electricidad a generadores privados, ese Instituto se obligó a comprar todos los excedentes de electricidad que producen las empresas dedicadas a la generación privada, de tal forma que se tuvo que comprar electricidad aun cuando se pudo haber producido por el propio ICE.

La misma Contraloría General de la República, en el tema de la compra de electricidad a los generadores privados afirmó que :

De los artículos respectivos de la Ley 7200 de 1990 y su reforma por Ley 7508 de 1995, no son suficientes para afirmar que existe una obligación a cargo del ICE de adquirir el cien por ciento de los excedentes. Por el contrario, consideramos que parte de la negociación entre el ICE y el generador privado constituye, precisamente, determinar la cantidad (o porcentaje) del excedente que el ICE se compromete a comprar (oficio 11557 del 19 de setiembre de 1997; pág. 4 del informe 28-98 citado de la Contraloría).

b) El establecimiento de la *tarifa piso*, que sustituyó a la *tarifa anual*. Ésta la fijaba el organismo regulador, mientras que en la *tarifa piso* variable se incluía la tarifa original en el contrato; a su vez, las variaciones se producen con una fórmula de ajuste que excluye de la fijación a la autoridad reguladora de los servicios públicos, ARESEP. Esto provocó el pago de un sobreprecio entre 1997 y el 2001, de 17 mil millones de colones.

c) Se modificó la fórmula de ajuste intranual de la tarifa de pago a los cogeneradores, que brindó ventajas únicamente a cinco empresas privadas, entre ellas Volcán y Don Pedro, ligadas al presidente de la República José María Figueres.

El sobreprecio provocado por este manejo tarifario implicó para el ICE el pago de 271 millones de colones a los cinco proyectos privados beneficiados por este cambio tarifario, durante el periodo 1996-2000 (Merino, 2002 y septiembre de 2003).

Por lo anterior, tanto la Contraloría General de la República como la Procuraduría General de la República indicaron que era absolutamente ilegal la inclusión de cláusulas tarifarias en los contratos, ya que la ARESEP tiene la potestad exclusiva de establecer las tarifas y las fórmulas de ajuste.

La Contraloría fue más allá, al ordenar al ICE iniciar un *juicio de lesividad* para establecer la nulidad de la inclusión en los contratos de la tarifa piso ajustable, y a la ARESEP denegar aumentos superiores a la tarifa anual. Tanto las autoridades del ICE como de la ARESEP se han negado a emprender las acciones necesarias en salvaguarda del interés público.³

Respecto a la Ley 8345 del 3 de enero del 2003, de participación de las cooperativas de electrificación rural y de las empresas de servicios públicos municipales en el desarrollo nacional, el diputado Rodrigo Carazo Zeledón hizo la denuncia de que Coopeguanacaste es una mampara para una entidad llamada Electricidad Eólica Chorotega S. A.; 35% de sus acciones son de Coopeguanacaste R. L., 35% son de la empresa Turbo Winds de Centroamérica S. A. y 30% son de dos sociedades denominadas Corporación Inversionista Cúspide ICE S. A. e Inversiones Mandarín de Occidente S. A.

³ Merino, José, “Propuesta de informe final del diputado José Merino del Río para la comisión investigadora que indaga los contratos de compra de energía eléctrica suscritos por el Instituto Costarricense de Electricidad con los generadores privados de energía”, San José Costa Rica, Asamblea Legislativa, expediente 14.453, 2002; *id.*, “Cogeneración eléctrica favorece minorías”, *Degeneración Eléctrica*, San José Costa Ricas, septiembre de 2003.

Cuadro 1. Políticos y empresarios ligados a la generación eléctrica privada

<i>Inversionistas</i>	<i>Planta eléctrica en funcionamiento o proyecto</i>	<i>Potencia (kw)</i>
Familia Figueres (hermanos Figueres Olsen y Figueres Boggs)	Planta La lucha (Desamparados)	254
	Planta Don Pedro (Sarapiquí)	14.000
	Planta Volcán 3X (Sarapiquí)	17.000
	Proyecto Guácimo (Guácimo)	12.000
Franz Koberg Gutiérrez	Proyecto San Gabriel (Aserrí)	210
	Proyecto Río Limón (San Vito)	20.000
	Proyecto Río Banano	20.000
Franz Koberg Facio	Proyecto Buena Vista (Coto Brus)	20.000
	Proyecto Río Banano	20.000
Familias Gurdían Montealegre y Gurdían Moreno, asociadas a Hydro Québec y Abonos Superior	Planta Río Lajas (Turrialba)	10.000
Familia Corrales Villalobos	Volcán 3X (Sarapiquí)	17.000
	Don Pedro (Sarapiquí)	14.000
	Proyecto Doña Julia (Sarapiquí)	16.000
Familias Arias Sánchez Sánchez Benavides y Sánchez Marí (Ingenio Taboga)	Proyecto Taboga (Cañas)	5.000
Efraín Matamoros Corrales y hermanos Madrigal Matamoros	Planta San Rafael (Naranjo)	300
	Planta Platanar (San Carlos)	15.000
	Planta Matamoros (Ciudad Quesada)	4.000
Familia Ramírez Steller	Planta Platanar (San Carlos)	15.000
	Proyecto Doña Julia (Sarapiquí)	16.000

Fuente: Instituto Costarricense de Electricidad, oficio PE-033-99P, 29 de enero de 1999, Álvarez, marzo de 2003).

Estas dos últimas son las propietarias de los terrenos del Cerro Cacao en Santa Cruz de Guanacaste y son sociedades en cuyo capital accionario tiene participación mayoritaria y relevante el señor Rodolfo Brenes Gómez, presidente del Banco Nacional de Costa Rica, miembro de la junta directiva del Banco Internacional de Costa Rica, ex diputado por el Partido Unidad Social Cristiana, ex jefe de la fracción, asesor directo del ex presidente de la República Miguel Ángel Rodríguez Echeverría; y quien hace todas las gestiones del proyecto eólico Choroteaga es el abogado Carlos Vargas Pagán, miembro del bufete o despacho de abogados que dirige el ex presidente Rafael Ángel Calderón Fournier.⁴

Cuadro 2. Dólares y colones

<i>Año</i>	<i>Valor del colón respecto del dólar</i>
1995	193
1996	218
1997	243
1998	270
1999	296
2000	317
2001	340
2002	376
2003	415
2004	422

⁴ *Cfr.* la evaluación financiera del proyecto eólico Choroteaga, realizado en enero de 2003 por el Centro Nacional de Planificación Eléctrica, e información del Registro Público, *Fecon, Degeneración Eléctrica*, septiembre de 2003.

VI. INFORME NÚMERO 90 DEL 2000 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En este informe contralor, se llegó a la siguiente conclusión:

Con base en los resultados antes expuestos, se concluye que efectivamente existen diferentes tarifas para el pago de las compras de energía eléctrica que realiza el ICE a los generadores privados, aún y cuando esa energía es un servicio que no presenta distinciones independientemente de su proveedor, por lo que su precio debería ser el mismo para todos. Esa diferencia obedece a las condiciones tarifarias vigentes al momento de la firma de los respectivos contratos, bajo las cuales se establecieron en éstos las cláusulas correspondientes, como resultado de la negociación entre las partes (el generador y el ICE); contratos que en su oportunidad fueron ratificados por el SNE, conforme a lo indicado en el artículo 13 de la Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela Núm. 7200 del 28 de septiembre de 1990 y sus reformas.

Al respecto, hay 15 contratos suscritos antes de julio de 1995 cuya tarifa es fija ajustable (tarifa piso ajustable), la cual no está prevista en dicha Ley; además, cinco de ellos tienen una fórmula de ajuste de tarifa cuyos parámetros no responden a la estructura financiera del ICE sino, al parecer, a la de las respectivas empresas generadoras, lo cual es contrario a lo señalado en el artículo 14 de esa ley que dispone que las tarifas deben ser fijadas “dentro del principio de costo evitado de inversión y generación del sistema nacional interconectado, con un criterio económico nacional”, criterio que necesariamente implica que éstas se determinen en función de los costos que la generación privada pueda evitarle al ICE y no de aquellos costos propios de los generadores privados.

Procede mencionar que esas condiciones relativas a tarifa fija ajustable y fórmula de ajuste en función de los costos de producción de los generadores privados supuestamente eran estímulos para que inversionistas privados ingresaran al negocio de la generación, al garantizarles así una rentabilidad constante durante la vigencia del contrato. Pero esos estímulos carecen de sustento legal, puesto que las tarifas deben ser fijadas con base en los criterios definidos por el respectivo ordenamiento jurídico, el cual no contempla este tipo de incentivos, por lo que se debe acudir a lo establecido en el inciso 2 del artículo 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el cual dispone que se admitirá la impugnación, entre otros casos, contra actos que no hubieran sido recurridos en tiempo y forma, “cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efectos; pero ello únicamente para fines de su anulación e inaplicabilidad futura”.

En ese sentido, la Administración del ICE puede impugnar en esa vía los contratos con tarifa fija, con el fin de solicitar su anulación e inaplicabilidad futura bajo esa modalidad.

La diversidad en las tarifas que se aplican a los generadores privados es de conocimiento del ICE y de la ARESEP, entidades que han tomado las medidas pertinentes para uniformar las condiciones en los contratos suscritos a partir de 1997, por cuanto éstos incluyen sólo tarifa de revisión anual, una cláusula de reserva de compra nocturna de energía y una única fórmula de ajuste de tarifas; condiciones que deberán mantenerse en futuros contratos. De esta manera, si todos los contratos tuvieran esa modalidad de tarifa, se les aplicará la misma fórmula de ajuste de tarifa y los reajustes fueran de aplicación general, no habría diferencias en los precios que le paga el ICE a esos generadores por la energía eléctrica que les compra.

Razón por la cual esta Contraloría dispuso:

Esta Contraloría General, en uso de sus facultades constitucionales y legales y aparte de las disposiciones que se consignan en los puntos 4.1 y 4.2 siguientes, considera pertinente trasladar este documento al Ministerio Público, con el fin de que ese órgano conozca las actuaciones desplegadas por autoridades del antiguo Servicio Nacional de Electricidad (SNE) y de la actual Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), al aprobar los contratos con tarifa fija para la venta de energía al ICE y los reajustes de tarifas originados en esos contratos, y, de estimarlo procedente, ejerza las acciones que, legalmente, pudieran corresponder.

AL CONSEJO DIRECTIVO DEL ICE

a) Ordenar a la Administración de esa entidad disponer las acciones que sean necesarias para que, recurriendo en la vía contencioso-administrativa, inicie un juicio de lesividad con el fin de que se declare la nulidad e inaplicabilidad futura de los contratos con tarifa fija ajustable que a la fecha ese Instituto haya suscrito con generadores privados para la compraventa de energía eléctrica; lo anterior de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

b) Remitir a esta Contraloría, dentro de los próximos quince días, copia del acuerdo que tome ese Consejo Directivo en relación con el contenido de este documento y la disposición consignada en el inciso anterior.

A LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ARESEP

a) Disponer las acciones que sean pertinentes y velar para que, en adelante, todo contrato de compraventa de energía eléctrica suscrito entre el ICE y un generador privado esté sujeto a la tarifa ajustable anual y a una única fórmula

la de reajuste de tarifas, de manera tal que haya tarifas iguales para servicios brindados en igualdad de condiciones.

b) Ordenar que se efectúe un estudio jurídico para determinar la posibilidad de que la ARESEP, ante peticiones de reajustes de tarifas de las empresas cogeneradoras cuyos contratos establecen tarifa fija ajustable, deniegue los aumentos solicitados si éstos implican que la tarifa ajustada sea superior a la tarifa de revisión anual definida por esa Autoridad y velar por que dichas tarifas estén en concordancia con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley No. 7200 y su reglamento.

c) Dicho estudio deberá considerar los efectos que podría acarrear para la ARESEP la no aprobación de esos reajustes en esa condición.

Una vez concluido el estudio, esa junta directiva, con fundamento en los resultados que se obtengan, deberá tomar las medidas que procedan al respecto.

La vigencia de esta disposición será hasta tanto los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no se hayan pronunciado sobre la nulidad e inaplicabilidad futura de los contratos con tarifa fija ajustable, según la disposición consignada en el inciso a) del numeral 4.1 de este documento.

c) Remitir a esta Contraloría, dentro de los próximos quince días, copia del acuerdo que tome esa junta directiva en relación con el contenido de este documento y las disposiciones consignadas en los incisos a) y b) de este aparte 4.2.

VII. DICTÁMENES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En el dictamen C-257 de 1995, la Procuraduría consideró que la existencia de una tarifa piso ajustable era ilegal y que debería haber una única tarifa de compra a los cogeneradores privados, siendo necesario que en la fijación de los precios debían intervenir los criterios técnicos de la Ley.⁵

Este mismo dictamen afirmó que resultaba imperativo que las decisiones administrativas se ajustaran al criterio de legalidad, más que a criterios políticos.

La conclusión de este dictamen fue la siguiente:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

⁵ Merino, José, “Propuesta de informe final del diputado José Merino del Río...”, *op. cit.*, nota 3.

1. La fijación de una “tarifa piso” sería ilegal en la medida en que la tarifa no corresponda a los criterios legalmente establecidos para esa fijación y, por ende, no se adapte a los costos de producción.

2. Constituye una potestad discrecional del SNE de ejercicio unilateral, el establecimiento y adaptación de la fórmula de ajuste que debe regir en los diversos contratos de compraventa de energía en que es parte el ICE. El ejercicio de esa potestad debe respetar, empero, el ordenamiento jurídico.

3. El concepto “criterio económico nacional” empleado por el legislador remarca que la fijación del precio de compra de energía eléctrica por parte del ICE debe tomar en consideración la situación económica nacional y los efectos que sobre ella tendrán las tarifas fijadas.

4. En ausencia de una definición legal sobre el punto, corresponde al SNE establecer qué elementos concretiza el “criterio económico nacional”, lo cual debe hacer con estricto apego a los principios y normas de las ciencias económicas.

5. El precio de compraventa de la energía eléctrica debe fundarse exclusivamente en los criterios técnicos establecidos por la Ley N. 7200 de 18 de octubre de 1990 y su Reglamento Ejecutivo. Situación que justifica, incluso, la ausencia de control del Poder Ejecutivo en los precios indicados.

6. Por consiguiente, carece el SNE de potestad para introducir criterios no técnicos en la citada fijación.

Por su parte, en el dictamen C- 250 de 1999, esta Procuraduría llegó a la siguiente conclusión:

De lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

a) Los generadores privados y el Instituto Costarricense de Electricidad carecen de facultades legales para pactar una determinada fórmula de ajuste automático en las tarifas de compraventa de energía eléctrica, aun cuando esa fórmula sea inicialmente definida por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

b) La circunstancia de que una determinada fórmula de ajuste automático haya sido incluida en los contratos de compraventa de energía eléctrica no enerva la competencia que en su momento la Ley 7200 de 28 de setiembre de 1990 y actualmente la Ley 7593 de 9 de agosto de 1996, han otorgado a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para fijar la tarifa del servicio de generación de energía eléctrica.

c) La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos puede establecer una fórmula de ajuste automático uniforme para los prestatarios del servicio de generación de electricidad que se encuentre en la misma categoría jurídica.

VIII. PROYECTO DE LEY DEROGATORIA DE LAS LEYES 7200 (1990) Y 7508 (1995)

Asamblea Legislativa:

La Ley 7200, publicada en *La Gaceta* 197 del 18 de octubre de 1990, autorizó la cogeneración por empresas privadas hasta un 15% de la capacidad total del Sistema Nacional Interconectado, conocido por sus siglas SIN.

Para el año 2003, al amparo de la Ley 7200 se genera para el SIN un total de 189.85 Mw, que representa un 10.2% del total instalado. Con la Ley No.7508 se generan 27.5 Mw, que representan un 1.5% de la capacidad instalada. Bajo la Ley 7200 se agrupa un total de 31 plantas, y bajo la Ley 7508 solamente se encuentra la planta Miravalles III. De las plantas de generación privada, un 80% produce energía hidroeléctrica y un 20% energía eólica.

Los contratos firmados con los generadores son de dos tipos:

Tarifa anual: Cada año la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos fija una nueva tarifa (15% del total de contratos).

Tarifa fija: La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos fijó una tarifa para toda la vida del contrato (85% de los contratos están firmados bajo esta modalidad y un 90% de estos se firmaron entre 1994 y 1995).

La Ley 7200 establece en su artículo 1o. que: “Para efectos de esta Ley, se define la generación autónoma o paralela como la producida por centrales eléctricas de limitada capacidad, pertenecientes a empresas privadas o cooperativas de electrificación rural que puedan ser integradas al sistema eléctrico nacional”.

Y el artículo 2o. de esta Ley 7200 indica: “Son centrales de limitada capacidad, las centrales hidroeléctricas y aquellas no convencionales que no sobrepasen los veinte mil kilovatios (20.000 kw)”.

El reglamento a la Ley 7200, publicado en *La Gaceta* 76 del 23 de abril de 1991, establece en su artículo 21:

Las tarifas estarán sustentadas en el principio de lograr el mayor beneficio económico para el país en general y para los consumidores finales en particular. Para ello, el precio de compra no será mayor al costo de producción por un Kilovatio-hora (kWh) suplementario —denominado también costo marginal— que se requeriría producir en el caso de que no se tuviera la generación de los productores privados.

La metodología que emplea el costo marginal fue diseñada por Electricité de France. Lo que se establecía en este caso es que el precio de compra no debía ser

mayor al costo de producción de un kilovatio-hora (kwh) suplementario, denominado también costo marginal (costo adicional para satisfacer demanda adicional). De modo que fuera indiferente para el país que, el desarrollo de la generación lo efectuara el ICE o los generadores privados.

En *La Gaceta* 100 del miércoles 26 de mayo de 1993, se modifica el inciso f) del artículo 8o. del decreto ejecutivo 20346- MIRENEM que varía el límite para la contratación de generación privada.

En 1994 se cambian algunos factores de la fórmula tarifaria, favoreciendo la estructura financiera de las empresas privadas y no la del ICE. Específicamente mediante nota del 24 de noviembre de 1994, el ICE solicitó al SNE la ratificación a los contratos suscritos con las empresas P. H. Don Pedro y P. H. Río Volcán S. A., e indicó que la fórmula de ajuste de precios contenía los parámetros externo e interno en 85% y 15% respectivamente, y que en lugar del índice de precios externo que utilizaba la fórmula vigente, éste se cambiaba por el índice de precios al consumidor de Estados Unidos de América.

En atención a esta solicitud, el 23 de diciembre de 1994, el presidente ejecutivo del SNE había aprobado la nueva fórmula propuesta por ese Instituto, por lo que los generadores privados podían escoger para el ajuste automático de sus tarifas la fórmula vigente entonces o la que se estaba aprobando en ese momento. Es así como el SNE aprueba a solicitud del ICE una nueva fórmula de ajuste que responde a la estructura de financiamiento de las empresas Don Pedro y Río Volcán para que

supuestamente, pudieran hacerle frente al servicio de la deuda, en manifiesta contraposición con lo establecido en el artículo 14 de la Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma No.7200, en el sentido de que las tarifas de generación privada deben ser fijadas “dentro del principio de costo evitado de inversión y generación del sistema nacional interconectado, con un criterio económico nacional”, lo que necesariamente implica que tales tarifas no deban ser determinadas en función de los costos de producción de los generadores, sino que los costos a tomar en cuenta —para efectos de esa fijación— son aquellos que la generación privada pueda evitarle al ICE... (Informe de la Contraloría General de la República No. 90/2000).

El 30 de abril de 1995 se modifica la Ley No. 7200 promulgándose la Ley 7508 que agregó un capítulo II, denominado “Compra de energía bajo régimen de competencia”. En ésta se autoriza al ICE para comprar a centrales privadas energía eléctrica de origen hidráulico, geotérmico, eólico y de cualquier otra fuente no convencional, hasta por un 15% adicional al 15% de la potencia del conjunto de

centrales eléctricas que conforman el SEN y en bloques de no más de 50,000 kw de potencia máxima. Dicha compra debe realizarse mediante licitación pública, con competencia de precios y evaluación de la capacidad técnica, económica y financiera, del oferente así como de las características de la fuente de energía ofrecida. Con esta modalidad de compra, los activos de la planta eléctrica en operación deben ser traspasados al ICE, libres de costo y gravámenes, al finalizar el plazo del contrato.

En *La Gaceta* 14, del viernes 19 de enero de 1996, se publica el decreto 24866-MINAE que dispone el Reglamento al capítulo II de la Ley de Generación Paralela: Régimen de Competencia.

A partir de 1998, el efecto de las indexaciones condujo a una tarifa que supera los límites establecidos por la Ley, para los generadores privados que poseen contratos con tarifa fija ajustable. Es decir, desde entonces se inició el pago de una tarifa que violenta el principio de mayor beneficio económico para el país en general y para los consumidores en particular. En el caso de los generadores privados que ya han pagado sus compromisos, las indexaciones se están aplicando a las utilidades netas, y no es justificable esa transferencia de riqueza a un reducido sector.

En el año 2000, la Contraloría General de la República realiza el “Informe sobre la aplicación de tarifas a los generadores privados, por venta de energía eléctrica al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)” No. 90/2000 donde:

considera pertinente trasladar el Informe al Ministerio Público, con el fin de que ese órgano conozca las actuaciones desplegadas por autoridades del antiguo Servicio Nacional de Electricidad (SNE) y de la actual Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), al aprobar los contratos con tarifa fija para la venta de energía al ICE y los reajustes de tarifas originados en esos contratos, y, de estimarlo procedente, ejerza las acciones que, legalmente, pudieran corresponder.

Además le ordena a

la Administración del ICE disponer las acciones que sean necesarias para que, recurriendo en la vía contencioso-administrativa, inicie un *juicio de lesividad* con el fin de que se declare la nulidad e inaplicabilidad futura de los contratos con tarifa fija ajustable que a la fecha ese Instituto haya suscrito con generadores privados para la compraventa de energía eléctrica.

Los montos pagados en exceso a los generadores privados es una de las causas de los problemas financieros en el sector electricidad. Por la electricidad de los ge-

neradores privados el ICE paga tres veces más que por la que produce la institución y a la fecha el monto pagado en sobrepagos es cercano a los 17.000 millones de colones.

En los últimos años, los pagos realizados a los generadores eléctricos aumentan considerablemente:

Cuadro 3. Pagos realizados a los generadores eléctricos

<i>Año</i>	<i>Millones de colones</i>
2000	23,471
2001	26,990
2002	29,929
2003	31,956

En el año 2002, 27 empresas de generación se repartieron la suma de 29'929'046,987.09 de millones de colones. Esta suma representó el 30% del presupuesto del Sector Energía, sin embargo el aporte que realizan es únicamente el 12% de la generación.

El monto acumulado por el pago a los generadores privados en el periodo 1999-2010 será de 484,500.00 millones de colones, lo que al tipo de cambio actual representa la suma de 1345 millones de dólares.

Un informe no oficial sobre la proyección financiera del pago a los generadores privados, nos arroja cifras alarmantes:

Cuadro 4. Pago a los generadores privados

<i>Año</i>	<i>Cifra en millones de colones</i>
2003	31,813.13
2004	38,760.27
2005	50,494.25
2006	55,135.76
2007	60,155.95

2008	62,300.25
2009	58,510.76
2010	39,772.16
2011	36,361.88
2012	39,835.75
2013	41,125.57
2014	44,771.02
2015	34,377.40
2016	32,860.61
2017	35,822.52
2018	39,051.34

Esta proyección se realiza el 29 de mayo del 2003 con los contratos firmados a ese día y las fórmulas tarifarias actuales, además considera sus fechas de expiración. Esta proyección revela que para 2005, el monto a pagar a los generadores privados representaría el 50% de los ingresos totales del Sector Eléctrico del ICE, ubicando a éste en una situación muy difícil.

De las 27 empresas que tienen contratos en el 2002 por una potencia de 173,521 sólo dos concluyen sus contratos en 2003, una en 2007 y dos en 2008. A la mayoría de las empresas se les vence el contrato en 2009 (10 en total) y a siete en 2010, posteriormente quedarían sólo cinco empresas con contratos firmados, lo que permitiría al ICE hacer la previsión para sustituir esas fuentes, pues podría preveer un plan de expansión de mediano y largo plazo.

En ningún caso se estarían lesionando los derechos de esas empresas, porque la derogatoria a la Ley No. 7200 y sus reformas respetaría el término de vigencia de los contratos. Se supone que estas empresas ya habrían recuperado ampliamente los costos de inversión y tendrían suficientes utilidades. Más aún, en aquellos casos en que todavía se pueda explotar la planta, el ICE podría ofrecer un valor de rescate al generador, o bien, adquirir la energía que produzca al costo marginal de operación y mantenimiento de cada planta.

Otro elemento a considerar, es que el costo de la generación adicional requerida en caso de no disponerse de la generación privada, en condiciones de emergencia, no es estrictamente igual al costo de generación termoeléctrica y mucho menos al

costo de generación termoeléctrica más cara, porque en el corto plazo el Sistema Eléctrico Nacional (SEN) debe proceder de acuerdo con el despacho económico.

Muchos de los problemas aquí expuestos suscitados con los modelos tarifarios que se aplican a la generación privada se exponen, con mayor amplitud, en los informes rendidos por la Comisión Legislativa Investigadora de las Compras de Electricidad a Generadores Privados, Expediente 14.453 y cuyas recomendaciones no han sido aplicadas.

Por todas las razones expuestas, sometemos a consideración de los señores y las señoras diputados, la derogatoria a la Ley No. 7200 y sus reformas:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DECRETA
DEROGATORIA A LA LEY QUE AUTORIZA LA GENERACIÓN
ELÉCTRICA AUTÓNOMA O PARALELA No.7200
Y LA LEY No. 7508 QUE LA REFORMA

Artículo 1o. Derógase la Ley No. 7200 “Ley que autoriza la Generación Autónoma o Paralela” y la Ley No. 7508 que la reforma.

Artículo 2o. Los contratos de generación vigentes conservarán las mismas condiciones hasta su finalización. Ningún contrato será renovado.

Artículo 3o. El Instituto Costarricense de Electricidad si es de su interés, podrá, previo avalúo de un perito autorizado, adquirir las plantas de los generadores privados o adquirir la energía que produzca al costo marginal de operación y mantenimiento de cada planta.

Rige a partir de su publicación.

Lamentablemente, este proyecto de ley carece de viabilidad política y pasará al archivo, dado el férreo control que ejercen los jefes *reales* de las respectivas fracciones parlamentarias de los partidos Liberación Nacional y Unidad Social Cristiana. Este proyecto de ley lo presentó el diputado Corrales electo por el primer partido citado, pero en las dos oportunidades en que salió como congresista ha jugado un papel independiente.

IX. REFLEXIÓN FINAL

1. La Contraloría General de la República, en uso de sus facultades constitucionales y legales, consideró pertinente trasladar este documento al Ministerio Público, con el fin de que ese órgano conozca las

actuaciones desplegadas por autoridades del antiguo Servicio Nacional de Electricidad (SNE) y de la actual Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), al aprobar los contratos con tarifa fija para la venta de energía al ICE y los reajustes de tarifas originados en esos contratos y, de estimarlo procedente, ejerza las acciones que legalmente pudieran corresponder (Informe No. 90 de 2000 de la Contraloría General de la República. Esta disposición contralora ha quedado en nada, como era de esperarse, lo cual se considera normal que ocurra).

2. La Contraloría General de la República dispuso ordenar al Consejo Directivo del ICE, disponer las acciones que sean necesarias para que, recurriendo en la vía contencioso-administrativa, inicie un juicio de lesividad con el fin de que se declare la nulidad e inaplicabilidad futura de los contratos con tarifa fija ajustable que a la fecha ese Instituto haya suscrito con generadores privados para la compraventa de energía eléctrica; lo anterior de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Informe No. 90 de 2000 de la Contraloría General de la República. Esta disposición contralora ha quedado en nada, como era de esperarse...
3. En el dictamen No. C- 257 de 1995, la Procuraduría consideró que la existencia de una tarifa piso ajustable era ilegal y que debería haber una única tarifa de compra a los cogeneradores privados, siendo necesario que en la fijación de los precios debían intervenir los criterios técnicos de la ley.⁶
4. Por su parte, en el dictamen C- 250 de 1999, esta Procuraduría llegó a la siguiente conclusión:
De lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que los generadores privados y el Instituto Costarricense de Electricidad carecen de facultades legales para pactar una determinada fórmula de ajuste automático en las tarifas de compraventa de energía eléctrica, aun cuando esa fórmula sea inicialmente definida por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.
Este dictamen también quedó en nada, pues la cúpula política se encarga de neutralizar estos criterios oficiales de órganos técnicos.

6 *Idem.*

5. Las leyes 7200 de 1990 y su reforma por Ley 7508 de 1995, son inconstitucionales, razón por la que he interpuesto la correspondiente acción de inconstitucionalidad ante el Poder Judicial (enero de 2004).
6. El poder político ha anulado los criterios técnicos y jurídicos de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República. Los negocios de la generación eléctrica privada son gigantescos e impiden cualquier acción que los perjudique.

Dado el poder de los empresarios-políticos y de los políticos-empresarios, este gigantesco negocio, entre otros, seguirá su curso. Este núcleo negocial otorga impunidad e inmunidad a sus miembros.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Mauricio, “Un negocio que mata: leyes 7200 y 7508”, *Degeneración Eléctrica*, San José Costa Rica, marzo de 2003.
- , “Negocio millonario para compañías privadas”, *Degeneración Eléctrica*, San José Costa Rica, septiembre de 2003.
- ANTILLÓN, Wálter, *Notas sobre la corrupción* (www.cienciaspenales.org, 28 de enero de 2004).
- CEPAL, *Evaluación de diez años de reforma en la industria eléctrica del istmo centroamericano* (México: www.cepal.org.mx, 26 de diciembre de 2003).
- DURÁN, Osvaldo, “Costa Rica: desarrollo energético sin planificación”, *Degeneración Eléctrica*, San José Costa Rica, marzo de 2003.
- , “¿Generación eléctrica: amenaza o desarrollo para el país?”, *Degeneración Eléctrica*, San José Costa Rica, septiembre de 2003.
- FLORES, Iván, *Definición de un marco general para la formulación de una política pública sobre alianzas estratégicas entre empresas públicas y privadas: el caso de las telecomunicaciones del ICE*, San José Costa Rica, Instituto Centroamericano de Administración pública, tesis de maestría de Administración Pública, 1995.
- MARTIN-RETORTILLO, Sebastián, “Acotaciones sobre el ‘nuevo’ derecho de aguas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 101, 1999.
- MERINO, José, “Cogeneración eléctrica favorece minorías”, *Degeneración Eléctrica*, San José Costa Rica, septiembre de 2003.

- , “Propuesta de informe final del diputado José Merino del Río para la comisión investigadora que indaga las contratos de compra de energía eléctrica suscritos por el Instituto Costarricense de Electricidad con los generadores privados de energía”, San José Costa Rica, Asamblea Legislativa, expediente 14.453, 2002.
- NIETO, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997.
- , *La “nueva” organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.
- , *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002.
- ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique, *El servicio público*, San José Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 1983.
- , *Contratación pública*, San José Costa Rica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 2003.
- , *Derecho administrativo*, San José Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia, 2003.
- , *Contratación administrativa*, San José Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia, 2003.
- VILLASUSO, Juan Manuel *et al.*, *Corrupción en Costa Rica*, San José Costa Rica, Cedal, 2003.