

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 011-2022

A LAS DIEZ HORAS DEL 09 DE FEBRERO DEL 2022

SAN JOSÉ, COSTA RICA

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Acta número once, correspondiente a la sesión extraordinaria celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en forma remota, con la utilización de la herramienta *Microsoft Teams*, en acatamiento a la Directriz 073-S-MTSS, del 09 de marzo del 2020, emitida por el Presidente de la República, el Ministro de Salud y la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, dirigida a la Administración Pública Centralizada y Descentralizada, sobre las medidas de atención y coordinación interinstitucional ante la alerta sanitaria por Covid-19. En la misma se instruye a todas las instancias ministeriales y se insta a las instituciones de la Administración Pública Descentralizada, a implementar temporalmente y en la medida de lo posible durante toda la jornada semanal, la modalidad de teletrabajo, como medida complementaria y necesaria ante la alerta de coronavirus. A las 10:00 horas del 09 de febrero del 2022. Presidida por Gilbert Camacho Mora, con la participación de los señores Hannia Vega Barrantes y Federico Chacón Loaiza, Miembros Propietarios.

Participan los funcionarios Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo, Mariana Brenes Akerman, Asesora del Consejo y el señor Rodolfo González López, Subauditor Interno de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

ARTÍCULO 1

PROPUESTAS DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO

1.1. *Justificación de la convocatoria sin contar con el plazo mínimo de 24 horas antes de la sesión.*

El señor Gilbert Camacho Mora se refiere a la situación que genera la convocatoria a la presente sesión extraordinaria, la cual fue remitida el 08 de febrero del 2022, a las 16:57 horas, con lo cual no se cumplía con el requisito de las 24 horas de anticipación para la remisión de dicha convocatoria.

En este caso, se debe adoptar el acuerdo correspondiente para casos de extrema urgencia y necesidad, lo anterior con el propósito de conocer la propuesta de medida cautelar contra la orden girada por la Contraloría General de la República mediante el oficio N° 22973 (DFOE-CIU-0573), notificado el 17 de diciembre del 2021, relacionado con la Gestión de los proyectos y programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones.

Con base en lo señalado, indica que lo procedente es adoptar el primer acuerdo de la presente sesión, el cual corresponde a la convocatoria extraordinaria sin la antelación de las 24 horas establecidas en el artículo 52 de la Ley General de la Administración Pública, siempre que se encuentren presentes las dos terceras partes de los Miembros del Consejo y que por unanimidad acuerden convocar en esas condiciones.

El señor Camacho Mora hace ver que dada la conveniencia de atender este tema a la brevedad, se recomienda al Consejo adoptar el acuerdo correspondiente con carácter firme, de conformidad con lo que sobre el particular establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública.

La Presidencia somete a votación la propuesta de acuerdo que se tiene a la vista y con base en lo discutido en esta oportunidad, los Miembros del Consejo resuelven por unanimidad:

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

ACUERDO 001-012-2022

CONSIDERANDO:

1. El artículo 52 de la Ley General de la Administración Pública establece que:

“Artículo 52.-

1. Todo órgano colegiado se reunirá ordinariamente con la frecuencia y el día que la ley o su reglamento disponga. A falta de regla expresa, deberá reunirse en forma ordinaria en la fecha y con la frecuencia que el propio órgano acuerde.

2. Para reunirse en sesión ordinaria no hará falta convocatoria especial.

3. Para reunirse en sesión extraordinaria será siempre necesaria una convocatoria por escrito, con una antelación mínima de veinticuatro horas, salvo los casos de urgencia. A la convocatoria se acompañará copia del orden del día, salvo casos de urgencia.

4. No obstante, quedará válidamente constituido un órgano colegiado sin cumplir todos los requisitos referentes a la convocatoria o al orden del día, cuando asistan todos sus miembros y así lo acuerden por unanimidad.”.

2. Que el orden del día de la sesión extraordinaria 012-2022 fue remitido el 08 de febrero del 2022, a las 16:57 horas, con lo cual no se cumplía con el requisito de las 24 horas de anticipación para la remisión de dicha convocatoria.

3. Que los señores Miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, por unanimidad, estuvieron de acuerdo en celebrar la sesión extraordinaria 011-2022, el 09 de febrero del 2022, a partir de las 10 horas.

POR TANTO,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

ÚNICO: Constituir válidamente al Consejo y pronunciarse favorablemente con la celebración de la sesión extraordinaria 011-2022, el 09 de febrero del 2022, a partir de las 10:00 horas, para analizar el siguiente tema:

Solicitud de permiso para contratar en forma directa por un periodo determinado, la administración de los recursos financieros del Fondo Nacional de Telecomunicaciones al Fideicomiso del Banco Nacional de Costa Rica.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE**

1.2. Solicitud de permiso para contratar en forma directa por un periodo determinado, la administración de los recursos financieros del Fondo Nacional de Telecomunicaciones al Fideicomiso del Banco Nacional de Costa Rica.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

De inmediato, la Presidencia presenta para valoración del Consejo el informe elaborado por las Direcciones Generales de Fonatel y Operaciones, con respecto a los daños y perjuicios que ocasiona el cumplimiento de la orden DFOE-CIU-ORD-0004-2021 a los programas que se ejecutan con los recursos de Fonatel.

Al respecto, se conoce el documento titulado “*Solicitud de permiso para contratar en forma directa, por un periodo determinado, la administración de los recursos financieros del Fondo Nacional de Telecomunicaciones en atención a lo dispuesto en los artículos 2bis inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 146 y 147 de su Reglamento*”, presentado por la Asesoría Legal del Consejo.

El señor Gilbert Camacho Mora contextualiza el tema. Se refiere a la reunión sostenida con representantes de la Contraloría General de la República y la orden emitida por ese Ente para trasladar la administración de los recursos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones a Sutel, tanto financieros como operativos, a más tardar el 22 de febrero del 2022.

Añade que Sutel ha identificado los riesgos que conlleva el traslado de estos fondos y señala que una alternativa que se ha analizado es consultar al Ente Contralor la posibilidad del que el Banco Nacional de Costa Rica continúe con la administración de esos recursos, únicamente los financieros, por un periodo determinado, considerando su experiencia en el manejo de inversiones de este tipo. Lo anterior mientras Sutel realiza la contratación de un Banco que continúe con la administración, todo según lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones.

La Presidencia consulta a los señores Miembros de Consejo si desean referirse al tema.

Interviene la señora Hannia Vega Barrantes, quien indica que partiendo de la información con que se cuenta, para no incorporar algo que no les consta con respecto a otras personas.

Se refiere a los antecedentes del tema y señala que el 24 de enero del 2022, el Consejo se realizó una sesión de trabajo de todo el día, en la cual se analizó, en conjunto con los equipos técnicos, los escenarios posibles para atender la orden de la Contraloría y lo que a Sutel técnicamente corresponde recomendar. Lo discutido en esa oportunidad consta en el respectivo expediente.

Menciona las instrucciones giradas en esa reunión por los Miembros del Consejo e indica que se instruyó a los señores Adrián Mazón Villegas y Alan Cambronero Arce que continuaran con la propuesta final de la contratación del fideicomiso completo, la parte financiera y la administración del proyecto, para contar con esta en esa misma semana, presumiendo que se requería para la reunión que se sostendría en esa misma semana con representantes de la Contraloría.

La segunda instrucción indica fue solicitar a las funcionarias María Marta Allen Chaves y Mariana Brenes Akerman explorar con el Banco las posibilidades de una contratación adicional. Igualmente, la funcionaria Allen Chaves se encargaría de lo que corresponde a una medida cautelar, de la que ya el Consejo conoce borradores del documento.

Sobre esa base, considera ella que se establece la línea para la discusión con la Contraloría, el día que se les dio la audiencia ella no pudo participar, por encontrarse incapacitada. Por lo que recurrió a la minuta que la funcionaria Rose Mary Serrano Gómez posteriormente distribuyó para conocer los alcances de lo discutido.

Agrega que al leer la minuta logra identificar elementos muy importantes, tales como una especie

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

de preocupación y apertura por parte del Órgano Contralor por el tema de la regla fiscal y el 1% límite establecido por la Ley General de Telecomunicaciones. Tanto así, que en esa misma minuta se incluye la recomendación de la propia Contraloría General de la República para realizar la consulta al Ministerio de Hacienda sobre la regla fiscal y sobre la definición del 1% y revisar lo que corresponda.

Añade que posterior a la reunión, el equipo asesor ampliado hace una serie de recomendaciones al Consejo de pasos a seguir en diferentes momentos y con base en el informe conocido, el Consejo toma una serie de acuerdos para tratar de cumplir al máximo con la ruta recomendada y poder ejecutar lo máximo posible la orden de la Contraloría, pero adicionalmente, se es consciente de que los recursos que se han presentado ante el Ente Contralor se fundamentan en 3 líneas esenciales: el debido proceso con respecto a la decisión tomada por ese ente; el segundo, son las eventuales limitaciones por el cumplimiento de 2 legislaciones, como es la regla fiscal y por último, el tema del 1%.

Agrega que hoy no se cuenta con una respuesta del Ministerio de Hacienda y no se tienen los elementos que puedan garantizar que una decisión en esta materia no sea vinculada al cumplimiento de la regla fiscal.

El segundo elemento es el 1% establecido como límite al gasto administrativo de la Dirección General de Fonatel. Señala que la funcionaria Brenes Akerman remitió una respuesta, en atención a lo conversado con representantes de la Contraloría, en la cual le indica que ese Ente originalmente había interpretado ese 1% y cómo se distribuye.

En esa línea y posterior a la lectura de los documentos que se han remitido a los Miembros del Consejo y que constan en la documentación de la próxima sesión, especialmente el informe de riesgos firmado por la Dirección General de Fonatel y la asesoría del Consejo y el de la Dirección General de Operaciones y la asesoría jurídica del Consejo, donde se evidencia que existe una duda racional, objetiva, respecto de ese 1% y de la regla fiscal y si se toman en consideración el documento presentado al Consejo respecto al análisis de la figura de fideicomisos y se focaliza lo indicado por el equipo técnico respecto a la figura del fideicomiso financiero y sus ventajas y desventajas, considera que todos estos elementos deben ser considerados hoy.

Señala que la duda que queda, al igual que en los demás documentos, es si esa figura de fideicomiso financiero cumple con el 1% establecido en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones y obviamente todos están a la expectativa de la regla fiscal.

Indica que cuando lee los documentos presentados por los abogados y las consultas que ella hace en la línea de cómo asegurar que la propuesta de un fideicomiso financiero que se quiere tomar hoy cumple con las advertencias conocidas por todos, que es garantizar que un acto administrativo, no roce con las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones, la regla fiscal o la propia orden de la Contraloría, que es garantizar el cumplimiento de la ejecución de los proyectos de Fonatel.

En esa línea, señala que al informe borrador presentado ella envió algunas observaciones al equipo técnico y al Consejo y agrega que esperaría que éstas sean discutidas, para garantizar que la toma de decisiones que se están promoviendo hoy sean técnicamente fundamentadas y logren los propósitos

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Señala que en ese informe hay algunos elementos que llaman la atención, (como funcionaria pública, siempre ha tratado de mantener ese cuidado) por lo que advierte que se estaría generando que un banco, en este caso la propuesta que se trae al Consejo es que sea el Banco Nacional de Costa Rica, administre financieramente la parte del fondo y que toda la parte de proyectos de Fonatel y las unidades de gestión se trasladan y las asuma la Dirección General de Fonatel.

Es por ello por lo que no se puede ver el análisis de la decisión solo desde la perspectiva financiera, sino que tiene que verse con las limitaciones y los riesgos potenciales de asumir la otra parte, la de la gestión. En esa línea, el borrador del documento reitera lo que señalan otros documentos, que ya están firmados y que son formales, que es primero que para que Sutel pueda administrar los proyectos y traerse las unidades de gestión, la Dirección recomienda y advierte la necesidad de recurso humano, con el que hoy no se cuenta.

Además, en materia de riesgo, el documento que firmó tanto la Dirección General de Operaciones como el equipo técnico establecen que para poder asumir la gestión de proyectos, se requiere mínimo de estudiar las plazas que están sin ocupar y por tanto, definir cómo poder ejecutarlas, si sus perfiles pueden ser modificados o no; el señor Mazón Villegas presenta un borrador de una tabla de al menos 3 plazas con una jefatura para mantenerlo por lo menos en esta temporalidad, si va a ser permanente o no eso se decidirá luego.

Adicionalmente, la Dirección General de Operaciones establece que se debe tener un orden lógico de ejecución y llama en ese documento a un replanteamiento de la propuesta de acuerdo para que se fundamente en la ciencia y en la técnica.

Finalmente, considerando que todos los acuerdos y documentos del Consejo tienen un orden lógico, estos impactan en la decisión que se tome en esta oportunidad. Por lo que afirma que no hay un informe específico que presente todas las variables para justificar la decisión de hoy; lo que hay es un documento en el cual se recomendaba al Consejo analizar y proponer una línea sobre ese fideicomiso financiero. También el Consejo solicitó a los equipos técnicos ampliar los escenarios para valorar el impacto de la orden de la Contraloría respecto a este escenario, que fue por el cual se decantaron los 2 Miembros del Consejo el 28 de enero anterior y que entiende que hubo alguna reacción positiva por parte de la Contraloría, pero no lo puede evidenciar en la minuta.

Añade que desde su opinión, la toma de decisiones debe garantizar la objetividad y la garantía de que no hay roce con ninguna legislación y que los riesgos están bien calculados y que en este momento, le parece que el Consejo no cuenta con la totalidad de la información para garantizar que el fideicomiso financiero cumple con el 1% y que más bien, los informes recibidos recomiendan al Consejo consultar a la Contraloría ese tema específico, que hay un escenario nuevo y diferente, es decir, el equipo técnico de la Dirección General de Operaciones y la Dirección General de Fonatel no coinciden con la posición de la funcionaria Brenes Akerman externada en su correo

Adicionalmente, considera que hasta tanto el Ministerio de Hacienda no indique lo contrario, se debe aplicar la regla fiscal y hasta que no se cuente con una solución técnica a todas las advertencias plasmadas en los informes respecto a poder administrar las unidades de gestión desde la Dirección General de Fonatel, riesgos que por relacionarse con el personal que tiene y requiere implicaría ir hasta a Aresep a plantear la situación e iniciar esos procesos.

Considera que lo prudente y objetivo es permitir a la Dirección General de Fonatel y al equipo interdisciplinario finalizar el informe de riesgos, que permite visualizar las ventajas y desventajas

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

de este escenario, porque de lo contrario, el Consejo podría estar cometiendo un error al votar sin contar con la totalidad de la información, o no considerar la totalidad de los informes.

Agrega que el orden correcto debe ser solicitar la interpretación sobre el 1% a la Contraloría General de la República y sobre la base de la respuesta, la del Ministerio de Hacienda y la de la propia ARESEP con respecto a las plazas, determinar si es factible o no un fideicomiso financiero, y no como se está promoviendo hoy, aprobar un fideicomiso financiero por la vía de la urgencia en lugar de hacerlo con un fideicomiso completo, con el que se conocen todos los riesgos identificados y conocidos por el Consejo y se minimizan o corrigen. Considera que este es el orden lógico y recomienda a los señores Miembros antes de la toma de decisiones, garantizar que estas están tomadas sobre la base de criterios técnicos completos que evalúen todos los riesgos de la mejor forma posible.

Por tanto, su posición es que el equipo finalice su informe y si es necesario sesionar en fin de semana para conocer el informe de riesgos completo, hacerlo con el fin de tomar las decisiones correctas.

Agrega que su intención no es atrasar, más bien es que el Consejo cuente con la información completa y estar seguros de que los riesgos que se corren, al menos los legales, no se están incumpliendo.

La Presidencia consulta a los señores Asesores si tienen alguna observación, pregunta o advertencia referente a lo antes anotado.

El funcionario Jorge Brealey Zamora señala que este tema fue ampliamente discutido e indica que desde el punto de vista de la seguridad jurídica, hay 2 temas relevantes. Uno es la aplicación del artículo 8 del reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, con respecto a la obligación de la administración de identificar la necesidad de la contratación y con base en ésta, establecer el objeto y características de lo que aplique para satisfacer esa necesidad.

El otro tema que se vio a fondo es lo referente a los requisitos establecidos en los artículos 146 y 147, para presentar ante la Contraloría y el más importante es exponer porqué se está ante una situación de excepción, por qué es apremiante y no se puede aplicar un proceso de licitación ordinario y se requiere de un permiso para contratar directamente.

El señor Rodolfo González López se refiere a la integralidad y consistencia que debe haber en todos los documentos que se elaboren en relación con este tema, que es complejo y que va a llevar su tiempo resolverlo.

Hace ver la conveniencia de elaborar un expediente único y específico para el tema, si no se tiene aún, para que reúna toda la documentación oficial que se genere, el cual quedará en el tiempo y será de consulta por muchas instancias.

Con respecto al documento que se conoce en esta ocasión, le queda la duda de cómo atendería Sutel el control de ejecución de proyectos, considerando la limitación de recurso humano en la Dirección General de Fonatel, la cantidad de trabajo que ha afrontado y los esfuerzos que se han realizado para cumplir con sus labores en las circunstancias actuales, sin considerar el control total de la gestión del fondo, de conformidad con la orden emitida por el Órgano Contralor.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Consulta además si se ha valorado algún esquema distinto al que se está recomendando. El fideicomiso financiero que se está proponiendo, entiende, significa un recargo para esa Dirección, en lo que sería la parte de proyectos que mencionó.

Otra duda que le genera es que se está haciendo la solicitud cerrada a un plazo de 6 meses. La consulta es qué certeza hay de que en el proceso licitatorio se va a cumplir satisfactoriamente esa meta, considerando la eventualidad de un proceso recursivo.

El señor Camacho Mora aclara que ya existe un expediente abierto sobre este tema en específico.

Con respecto a la atención de la Dirección General de Fonatel sobre los proyectos, señala que desde su punto de vista, esta Dirección diariamente interactúa operativamente con las unidades de gestión y tiene conocimiento pleno de su labor y si bien es cierto se incrementará el trabajo, se cuenta ya con experiencia y la operatividad ya acumulada.

Con respecto a los 6 meses, considera conveniente recibir la asesoría respectiva, para determinar si ese es un plazo suficiente y si sería necesario ajustarlo.

La funcionaria Mariana Brenes Akerman indica que para este tipo de permiso sí se debe indicar un plazo específico, no se pueden dejar abiertos. El plazo de 6 meses se basó en un cronograma de la Unidad de Proveeduría y Servicios Generales que incorporó eventuales procesos críticos, el cual se integró al documento, pero se podría solicitar a dicha unidad que revise ese cronograma.

Interviene el señor Adrián Mazón Villegas, quien señala que de acuerdo con lo indicado por el señor González López, efectivamente la Dirección a su cargo requiere reforzarse, aunque se tiene la experiencia de interactuar con las unidades de gestión, es diferente cuando la responsabilidad la tiene el fideicomiso a tenerla directamente desde Sutel y de esa Dirección y por tanto, sí habría que reforzar.

Por lo indicado, es necesario poder contar con las previsiones necesarias para atender esas necesidades con los instrumentos más cercanos y no dejar esas rutas sin atender.

La señora Vega Barrantes señala que en línea con lo indicado, le parece que el funcionario Brealey Zamora captó de forma clara su preocupación y reserva respecto al acto administrativo que se estaría tomando hoy y colabora con el Consejo al dar una opción, para evitar que en el corto plazo se presente una situación de eventual incumplimiento de leyes.

Con respecto a lo indicado sobre la pretensión principal, comprende que la de Sutel es que, en forma responsable, desde su punto de vista, el Consejo valore la pretensión de un fideicomiso completo y subsidiariamente lo que están proponiendo, con el riesgo que esto significa.

Señala que si bien el documento que tiene el Consejo no es un informe técnico y que en los otros informes se están advirtiendo de más situaciones, con la coherencia que se ha discutido, es importante que el Consejo decida no solo a partir de un documento jurídico, que ni siquiera es un informe, sino es una propuesta para quien asuma la Presidencia. Ni siquiera es un documento firmado, por el formato que tiene y agrega que en eso ella ha sido muy reiterativa de la importancia de contar con las recomendaciones técnicas por escrito y firmadas.

Consulta al señor Mazón Villegas si cuando él se refiere a contar con un fideicomiso financiero que

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

implica un cambio en el rol de la Dirección General de Fonatel, a diferencia de la interpretación que el señor Camacho Mora indica sobre el viraje en el rol de esa Dirección, interpreta que se requiere incluso variar el perfil del recurso humano y se habla del eventual incremento de costos con el aumento en los profesionales que se requieren y esto de inmediato implica un efecto directo en el 1%, sea esta propuesta o bien la otra que se ha hablado, que señala que las plazas que están sin llenar en toda la institución se trasladen, en lo posible, a la Dirección General de Fonatel, y poder por este medio garantizar el cumplimiento de las funciones, ya no desde la fiscalización, sino como bien se señala en el documento del cambio de rol de la Dirección que se ve orientado, como lo señalan, más a actividades operativas y administrativas en lugar de estratégicas y de fiscalización, como es las que se han llevado; se pierde el valor agregado que genera la figura del fideicomiso, aquí hay muchas pérdidas en este proceso y también ventajas.

De acuerdo con lo expuesto, solicita al señor Mazón Villegas aclarar si bajo ese fideicomiso y esta situación que implicaría que la Dirección General de Fonatel el 22 de febrero o cuando corresponda tenga que asumir la administración de los programas y proyectos, porque esa es la consecuencia, si han valorado el costo y cuánto se tardaría para implementar esa medida de recurso humano, si con el perfil con que se cuenta hoy se podría abordar.

Consulta si considera el equipo que más allá de un documento jurídico, que como señala el funcionario Brealey Zamora, es indistinto para una contratación de un fideicomiso completo o uno parcial, como se está promoviendo, si dentro de lo posible, sabiendo que aún no han concluido el informe de riesgos y el Consejo no ha conocido el informe de la Dirección General de Operaciones respecto de trasladar a Sutel las unidades de gestión, en qué plazo se estima que se puedan producir esos cambios.

Lo anterior para que conste en actas, dado que la información técnica no se encuentra dentro del análisis jurídico que se está conociendo en esta oportunidad.

El señor Mazón Villegas señala que esa Dirección está haciendo un dimensionamiento de los que se necesitaría para asumir tareas de ese tipo. Sin duda, se necesita un refuerzo y hay varios mecanismos para hacerlo y es un tema de áreas como Recursos Humanos y del propio Consejo y los plazos serían acordes a esas alternativas. Señala que le preocupa la proximidad de la fecha del 22 de febrero y a hoy, la certeza que se tiene es la orden recibida de la Contraloría y los términos en que actualmente está dictada.

El señor González López se refiere a la integralidad y consistencia de la información, esto porque el Consejo está siguiendo una estrategia para atender la orden de la Contraloría General de la República y en esta, deben ser consistentes todos los argumentos e igualmente, es presentar a ese Ente acciones concretas, alcanzables, cumplibles, porque es con base en ello que evaluarán y deciden qué acciones aplican en relación con la orden dictada.

Cuando escucha que efectivamente se requiere personal para la atención de los proyectos de Fonatel, dentro de la estrategia que se está estableciendo para atender la orden, deben considerarse las medidas que se aplicarán para su cumplimiento y dentro de estas se encuentran el reforzar el personal. Por tanto, el Consejo debe tener claro cuáles son las estrategias que se tomarán para ese reforzamiento.

Enfocado en el proceso de Recursos Humanos, primero, se debe determinar cuánto personal adicional se requerirá; segundo, por cuántos meses; tercero, cuánto tiempo demandará el proceso

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

de reclutamiento y selección; cuarto, hay disponibilidad de personas dispuestas a trabajar en Fonatel por 4 meses? Ese tipo de información considera que debe quedar clara y documentada, para ser consistentes con la propuesta que se está presentando a la Contraloría para ir en línea de lo que sería la atención de la orden.

El señor Camacho Mora señala que lo que se discute en esta ocasión es la posibilidad de solicitar a la Contraloría un permiso para lo que sería la administración financiera de los recursos y considera importante, tal como se ha mencionado, preparar a lo interno de Sutel el recurso humano necesario. Al respecto, el Consejo ha consultado a la Dirección General de Operaciones y a la Unidad de Recursos Humanos y se debe seguir en esa línea, identificando los recursos y asumir ese tema de inmediato.

Solicita a los señores Miembros del Consejo proceder con la votación de este tema.

El señor Chacón Loaiza justifica su voto y señala que la premisa que debe tener clara la Institución es que se tiene una orden de la Contraloría General de la República de que Sutel adquiera la administración de los proyectos que se financian con Fonatel. Es una orden y hay que cumplirla en 9 días y al respecto, se tienen hoy 2 alternativas, la de presentar el contencioso y la de que la Institución haga el máximo esfuerzo para cumplir con esta orden.

Le parece que la solicitud del permiso está bien estructurada, cumple con los requisitos de ley para este tipo de gestiones ante la Contraloría; se está solicitando un permiso para contar con un contrato que se requiere ante cualquiera de los escenarios antes del 22 de febrero próximo, sea por los vicios que señala la Contraloría o por su vencimiento. De lo contrario, se verán imposibilitados para ejecutar los proyectos y hay uno que urge, que es la compra de equipos.

Los insumos con que se cuentan son un informe que se empezó a elaborar en el 2021, que contiene la idoneidad de los diferentes escenarios y que se está ampliando en el contexto de la orden de la Contraloría. Ese informe no da una fórmula matemática, sino que presenta una serie de ventajas y desventajas para tomar una decisión.

En esa alternativa de pedir un permiso para la parte financiera, se toma las razones y ventajas que ofrece y también por descarte. La Dirección General de Operaciones informa que no puede asumir la parte financiera porque se requiere personal, hay limitaciones técnicas, legales y temporales para la formulación del presupuesto extraordinario; hay una carencia de experiencia para administrar un portafolio de inversiones, temas que son financieros y que por ley, se deben administrar de la forma más eficiente.

Se refiere también a la regla fiscal y agrega que se estaría solventando si los recursos se mantienen en un fideicomiso.

Estas razones hacen descartar esa posibilidad, si no, el camino que se tomaría para cumplir la orden íntegramente es acatar la orden girada el 28 de enero y que la Institución se prepare para asumir lo que el Banco devolvería y atender todos los temas financieros y lo relacionado a la ejecución de los proyectos.

Ese escenario tiene riesgos que se han identificado y considera que surgirán otros más que se deberán administrar; uno de ellos es el tema del 1% y se refiere a lo dispuesto en el acuerdo adoptado sobre el particular.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Otro riesgo que se vislumbra es la administración de los proyectos por parte de Fonatel, sin embargo este, a diferencia del cambio en la gestión financiera, parece que es mucho más administrable, porque viene siendo parte de las funciones que ya ejecuta esa Dirección. Este tema ya tiene un recargo para esa Dirección, porque cuando se suben los temas a conocimiento del Consejo, estos vienen con revisión y su visto bueno.

Existen riesgos, se necesita reforzar y para eso, como lo señalaba el señor González López, el Consejo debe tomar medidas paliativas y también finales y hacer un proceso rápido ante Aresep, para aprobar las plazas y los cambios de estructuras que se requieran, pero en ese ínterin tiene la Administración, por un mandato que deberá tomar el Consejo, que ir atendiendo todos estos procesos; se deberá efectuar un reingeniería que irá a buscar los recursos y efectuar los movimientos de personal que se requieran, pero hay que hacer ese esfuerzo para cumplir la orden dictada por la Contraloría General de la República.

Se refiere también a las ventajas, que son importantes y que deben pesar más desde el punto de vista de las necesidades de Sutel y señalan, por ejemplo, que el informe que aún no se ha aprobado pero que ya se vislumbraba en aquel momento, que al convertirse Sutel en contratista le permite convertirse en un canal más fluido y eso es, si no una solución total, por lo menos un avance en un reclamo que existe de la Asamblea Legislativa, del país en general y de diferentes instituciones en la administración de los fondos de Fonatel y donde hay una exigencia de que el fondo opere mucho más rápido y estos señalamientos van en esa línea. De ahí la necesidad de atender con prontitud el mandato de la Contraloría General de la República.

Por otro lado, está la alternativa de presentar un contencioso y agrega que cuando ve criterios objetivos con respecto a un eventual resultado negativo en un tribunal contencioso, considera importante reflexionar al respecto.

Es una apuesta riesgosa y apostar a un resultado en esa vía alejaría no solo de cumplir la orden, sino de garantizar cumplir de la mejor manera la continuidad de los programas. Considera difícil solicitar un permiso a la Contraloría por esta vía. Además, de fracasar ese recurso, no quedaría ninguna otra vía.

El escenario que se está construyendo presenta riesgos y dificultades, pero es el más seguro para acercarse al máximo a la orden de la Contraloría y que no haya repercusión en la continuidad de los programas de Fonatel.

La señora Hannia Vega Barrantes fundamenta su voto de la siguiente manera. Una de las mayores motivaciones que ha tenido hoy es que los Miembros del Consejo tengan de frente la mayor cantidad de información para la toma de decisiones y que ésta se base en criterios técnicos formales emitidos por las diferentes instancias.

En esta oportunidad, se cuenta con un documento sin firmas que está presentado en formato para firma de la Presidencia, pero que le tranquiliza la intervención del señor Chacón Loaiza, dado que él sí tiene claridad de la existencia del resto de los documentos así lo indicó en su intervención y hace su propio equilibrio de riesgos. Le parece que eso es muy importante.

En su caso, ese equilibrio de riesgos hace evidente que el camino fijado el 24 de enero por los Miembros del Consejo en reunión y que consta en los audios y en el expediente, de establecer esa

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

figura de una contratación directa pero para un fideicomiso completo, es la ruta correcta, porque es la única que garantiza que los riesgos del 1%, la regla fiscal, el recurso humano, la Dirección General de Operaciones y el atraso en la ejecución de los proyectos se minimizará.

Comprende los argumentos de los señores Chacón Loaiza y Camacho Mora, pero no los comparte desde el punto de vista de costo y riesgos

Coincide con los señores Miembros en el punto de vista de cumplir con la orden la Contraloría en lo que es factible. Agrega que de las elementos más favorables que tiene el administrador público es que sus actos no solo tienen que ser motivados, sino que tienen que garantizar que en estos actos no hay un incumplimiento de la legislación y lo que tiene a la vista son 2 importantes riesgos, evidentes, de que probablemente se estarían incumpliendo 2 leyes .

En ese sentido, respetuosamente señala que votará negativamente la recomendación que se conoce en esta oportunidad. Remitirá su voto disidente, de aprobarse esa propuesta, para que éste sea notificado con el voto de mayoría, como corresponde en estos casos, de forma tal que más allá del acta en que consta, se pueda incluir este voto en el expediente y en la notificación.

Esto garantizaría que se evidencie por lo menos que existe una ruta alterna que podría asegurar que no se está incumpliendo la regla fiscal, eventualmente, ante la respuesta del Ministerio de Hacienda y cuando se sume, tal como señala el señor González López, todo lo que implica lo solicitado tanto por la Dirección General de Operaciones como por la Dirección General de Fonatel en tema de costos.

En este momento, tiene certeza de que sí se está incumpliendo la regla fiscal y el 1% se pone en riesgo por los funcionarios que requieren reforzar las Direcciones, ese escenario no lo puede validar dando el voto positivo.

El señor Camacho Mora señala que su voto es positivo, le parece que es una alternativa válida que se debe explorar ante la Contraloría y se refiere a la propuesta de acuerdo que se conoce en esta oportunidad.

Se refiere a la reunión que se celebró con representantes de la Contraloría General de la República para solicitar el permiso por un periodo de 6 meses, para que el Banco Nacional de Costa Rica continúe con la administración de los recursos de Fonatel, mientras Sutel realiza el concurso para solventar esta situación y menciona la respuesta recibida del Ente Contralor sobre el particular.

Hace ver que dada la necesidad de atender una reunión programada con representantes de la Contraloría General de la República, para conocer este mismo tema, se continuará conociendo este asunto en una sesión extraordinaria agendada para la horas de la tarde de hoy.

De inmediato, la Presidencia hace ver que dada la conveniencia de atender este tema a la brevedad, se recomienda al Consejo adoptar el acuerdo correspondiente con carácter firme, de conformidad con lo que sobre el particular establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública.

La Presidencia somete a votación la propuesta de acuerdo que se tiene a la vista y con base en la documentación aportada y lo discutido en esta oportunidad, los Miembros del Consejo resuelven por mayoría:

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

ACUERDO 002-011-2022

1. Dar por recibido el documento elaborado por la Asesoría Legal del Consejo titulado: Solicitud de permiso para contratar en forma directa, por un periodo determinado, la administración de los recursos financieros del Fondo Nacional de Telecomunicaciones en atención a lo dispuesto en los artículos 2bis inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 146 y 147 de su Reglamento.
2. Autorizar a la Presidencia del Consejo para que proceda a firmar y tramitar el documento al cual se refiere el numeral anterior, en coordinación con la Asesora Legal del Consejo, Mariana Brenes.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE**

VOTO DISIDENTE DE HANNIA VEGA BARRANTES, MIEMBRO DEL CONSEJO

1. El informe jurídico que sustentó el Interposición de Recurso de Apelación en Subsidio y nulidad concomitante en contra de las órdenes giradas mediante el oficio N° 22973 (DFOE-CIU-0573) notificado el 17 de diciembre de 2021, relacionado con la Gestión de los proyectos y programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, señala:

“ ...

a.- El contrato original que fue debidamente refrendado por la Contraloría General de la República mediante el oficio N° 01694 (DCA-0391) del 22 de febrero de 2012, por medio del cual adquirió validez y eficacia; dispuso claramente que en caso de una terminación anticipada del contrato de fideicomiso, las partes tenían la obligación de ponerse de acuerdo en las condiciones que aplicarían para que el fideicomiso continuara con el manejo de los proyectos y programas que estuvieren en ejecución; hasta tanto se llevara a cabo la notificación al Banco Fiduciario de que tenía que trasladar todos los contratos y funciones a un nuevo Fiduciario.

Lo anterior, se encuentra debidamente regulado en la parte final del inciso E y el inciso H de la Cláusula 3 del Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL (GPP), según las cuales:

“(...)

- E. Causas de Extinción del Fideicomiso. El presente Fideicomiso se extinguirá de manera anticipada cuando ocurra alguna de las siguientes causas:**

- 1) *Por la consecución del fin para el que éste fue constituido, o por hacerse imposible la consecución de los objetivos del fideicomiso, por causas ajenas al control de las partes. En esta causa debe mediar acuerdo entre las partes.*
- 2) *Por incumplimiento manifiesto de alguna de las partes, habiéndose solicitado formalmente que el mismo sea subsanado dentro de un plazo igual a la mitad del original, sin que tal subsanación haya sido hecha. En el caso que no haya quedado determinado un plazo original, en la solicitud de subsanación se establecerá un plazo no menor a 5 días hábiles.*
- 3) *Por convenio expreso entre la Fideicomitente y el Fiduciario, siempre que se garantice la cobertura de los pasivos pendientes de pago por parte del Fideicomiso.*

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

4) *Por falta de fiduciario cuando existe imposibilidad de sustitución.*

En cualquiera de los casos y de previo a la finalización o cambio de Fiduciario, deberá establecerse, por acuerdo entre las partes, la forma de continuar el manejo de los proyectos y programas que estuvieren en ejecución. Esta propuesta deberá ser conocida y aprobada por el Consejo de la SUTEL... (El subrayado es propio)

“(...)

H. Continuidad de los proyectos. De previo a la finalización del contrato por cualquiera de las causas o al cambio de Fiduciario, deberá establecerse, por acuerdo entre las partes, la forma de continuar el manejo de los proyectos y programas que estuvieren ejecución. Esta propuesta deberá ser conocida y aprobada por el Consejo de la SUTEL. Adicionalmente, en caso de existir pasivos pendientes de pago o contratos, proyectos o programas en ejecución, el Fiduciario deberá mantenerse en sus funciones hasta tanto las partes acuerden la mejor forma de garantizar las obligaciones y derechos de terceros adquiridos durante la gestión del fideicomiso. (...)” (El subrayado es propio)

Teniendo como fundamento estas cláusulas legales y contractualmente establecidas (“el contrato es ley entre las partes”), tanto la SUTEL como el Banco Nacional de Costa Rica en pleno uso de sus competencias acordaron suscribir el respectivo Acuerdo de Terminación en cuyas cláusulas CUARTA, QUINTA y DÉCIMA se indicó en relación con la continuidad de las obligaciones plasmadas en el contrato original, lo siguiente:

“CUARTA: De conformidad con el párrafo final de la Cláusula 3, inciso E. del “Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL (GPP)”, las Partes acordamos continuar con el manejo y ejecución de los proyectos, programas y contratos que se encuentra administrando el Fideicomiso, hasta el momento en que se finalice el proceso de transición al banco fiduciario que se escoja, como resultado del procedimiento de contratación administrativa que debe llevar a cabo la SUTEL, según lo establece el anexo 4: Plan de Continuidad.

El Banco Nacional continuará ejerciendo todos sus deberes y obligaciones derivadas del contrato actual y hasta la finalización del proceso de transición. Por tanto; garantiza la continuidad de las funciones para que los servicios a los habitantes y a los centros de prestación derivados de los contratos en ejecución, no se vean en ninguna circunstancia interrumpidos.

Así mismo, el Banco Nacional indica que al momento de la transición ha trasladado todos los pasivos con terceros (personal, operadores, contratos, servicios) y cualquier otra, responsabilidad al nuevo fiduciario, de tal forma que se libera al Fiduciario actual y a la Sutel de toda responsabilidad relacionada con la ejecución de los proyectos, programas y tareas relacionadas con el Fideicomiso de gestión de los proyectos y programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones.

Para efectos de lo anterior, en el Anexo 2 al presente documento, se incluyen los informes del Fideicomiso al 31 de agosto de 2018 sobre el avance de los Programas y Proyectos, que se encuentran en ejecución por parte del Fideicomiso, los cuales deberán seguir siendo ejecutados hasta tanto se lleve a cabo la respectiva transición con el nuevo Fiduciario que deberá contratar la SUTEL, mediante el respectivo proceso de contratación administrativa. Por su parte, en el Anexo 3 se incluyen los Estados Financieros del Fideicomiso al 31 de agosto de 2018 sobre los recursos que se encuentran en administración del Fideicomiso, las cuáles deberá seguir administrando, hasta tanto se lleve a cabo la respectiva transición con el nuevo Fiduciario que deberá contratar la SUTEL.” (Los subrayados son propios)

“QUINTA: Las partes acuerdan que la gestión de las inversiones de los recursos de FONATEL, seguirá siendo administrada por el Banco Nacional de Costa Rica, en atención a las obligaciones y condiciones que sobre ese tema se encuentran contenidas en el contrato de FIDEICOMISO GPP

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

SUTEL - BNCR, hasta el momento en que sean transferidas formal y efectivamente a un nuevo Fideicomiso, en atención al proceso de selección de Fiduciario que deberá llevar a cabo la SUTEL. Por lo que el Fiduciario actual continuará cobrando los honorarios establecidos en el Contrato de Fideicomiso. Todos los costos (operativos y administrativos) asociados al proceso de traslado del activo administrado del Fideicomiso al nuevo Fiduciario, tales como: materialización física, endosos, traspasos y cualquier otro mecanismo de transferencia de valores, serán cubiertos con cargo al Patrimonio del Fideicomiso GPP SUTEL — BNCR (FONATEL). Los recursos provenientes de vencimientos de títulos o cupones, aportaciones nuevas, devoluciones de exentos o cualquier otra entrada que se hayan producido en el ínterin durante el proceso de traslado de valores al nuevo Fideicomiso, se mantendrá transitoriamente en cuentas de disponibilidad del Fideicomiso y no se reinvertirán para poder trasladarlos a las cuentas corrientes respectivas (colones y dólares) del nuevo Fideicomiso, conforme se vayan materializando.” (Los subrayados son propios)

“DÉCIMA: Con la intención de dar por finalizada la relación contractual a satisfacción plena de ambas partes, y según lo establecido en la Cláusula 3, inciso H. del “ Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL (GPP)”; el Fiduciario se compromete a trasladar todo el patrimonio del Fideicomiso (dinero, títulos, propiedades, contratos, etc.) al nuevo fiduciario, conforme a lo establecido en la cláusula 5 de este documento, así como cumplir lo siguiente:

- a. Continuar el manejo de los proyectos, programas, contratos y tareas que estuvieren en ejecución, según el detalle indicado en el Anexo 2.
- b. Continuar con el manejo del Patrimonio fideicomitado, las inversiones que se encuentren vigentes, según el detalle indicado en el Anexo 3.
- c. Dar cumplimiento al Plan de Continuidad según el detalle indicado en el anexo 4 (...).

(...) De acuerdo con lo indicado en los puntos anteriores el Fiduciario actual continuará cobrando los honorarios establecidos en el Contrato de Fideicomiso.” (Los subrayados son propios)

En ese sentido se debe resaltar, que las partes acordaron que las obligaciones del contrato original se iban a mantener vigentes durante todo el plazo que rigiera el Acuerdo de Terminación y el plan de transición y, hasta tanto se comunicara al Banco Nacional la finalización del proceso de transición con el “banco fiduciario que se escoja” por parte de la SUTEL. Esto acredita la accesoriadad del Acuerdo de Terminación con el contrato original.

Además, en cuanto al tema de la aplicación del contrato original, el Plan de Transición aprobado por las partes en el ejercicio de sus competencias, dispuso que: “El Banco Nacional de Costa Rica mantendrá todas sus obligaciones y continuará con una ejecución normal del contrato actual, hasta transcurrido un periodo de transición máximo de seis meses posterior al refrendo del contrato del nuevo Fideicomiso...” (El resaltado es propio)

Por lo tanto, queda clara la voluntad de las partes en el sentido que, aunque se haya acordado dar una terminación anticipada del contrato, a través del Acuerdo de Terminación y del Plan de Transición respectivo se continuarían ejecutando los derechos y obligaciones derivados del contrato original, hasta tanto se diera la firma del finiquito.

Lo anterior, también quedó debidamente regulado en las cláusulas OCTAVA y DÉCIMA PRIMERA del Acuerdo de Terminación al indicar lo siguiente:

“OCTAVA: Las Partes manifiestan, que una vez que se ejecute el proceso efectivo de transición de los proyectos, programas, contratos, tareas y gestión de inversiones; se procederá a suscribir un documento de finiquito donde renuncian recíproca y expresamente a cualquier reclamo administrativo, acción judicial o extrajudicial derivada de dicho Fideicomiso. Según lo establece la cláusula DECIMO TERCERA.”

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

“DÉCIMA PRIMERA: Las partes acuerdan, que, una vez llevado a cabo el proceso de transición al nuevo Fideicomiso, se otorgarán completo y total finiquito de sus derechos y obligaciones del “Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL (GPP)”, aquí indicado, y por tanto renunciarán expresa y recíprocamente a cualquier reclamo administrativo o judicial, sea civil, penal, comercial o administrativo, producto de las prestaciones y contraprestaciones del contrato finiquitado. De igual manera y en ese entendido las partes manifiestan que expresamente renunciarán a su derecho de acudir a la vía arbitral establecida en la Cláusula 22 inciso A. del contrato original. Finalmente, las partes manifiestan que, si por cualquier motivo existiere abierto a la fecha de firma del finiquito, cualquier proceso sea administrativo, arbitral o judicial de cualquiera de ellas contra la otra, de inmediato procederá a darlo por terminado en virtud de la firma del finiquito total y absoluto.”

En cuanto al plazo de vigencia del Acuerdo de Terminación que también ha sido cuestionado por el Órgano Contralor, debe indicarse que el mismo se encuentra debidamente regulado:

“DÉCIMA CUARTA: Cláusula Resolutoria Expresa y de Mutuo Acuerdo. El Contrato de Fideicomiso al que hace referencia el presente documento de mutuo acuerdo, se mantendrá vigente hasta que se encuentre finalizado el periodo de transición donde el nuevo fiduciario o administrador atenderá los programas, proyectos y contratos relacionados con el Fideicomiso y todos éstos sean trasladados al Fideicomiso recién constituido. El Banco Nacional en calidad de Fiduciario del contrato GPP-SUTEL-BNCR 1082, emitirá un documento en el momento de cumplimiento de esta cláusula resolutoria, una vez que haya trasladado todos los contratos y bienes al nuevo Fideicomiso. La Sutel dará el visto bueno a este documento y una vez otorgado las partes suscriben el respectivo finiquito. Durante este plazo se seguirán pagando los honorarios respectivos, así como todo gasto necesario.” (El subrayado es propio)

Lo ahí dispuesto en conforme con el inciso b) del artículo 659 del Código de Comercio que indica lo siguiente:

*“ARTÍCULO 659.- El fideicomiso se extinguirá:
(...)*

b) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a que está sujeto;”

Por lo tanto, no puede desconocer el Área de Fiscalización que el contrato original (que es ley entre las partes y que fue debidamente refrendado) daba libertad al Fiduciario y al Fideicomitente para que en el caso de una terminación anticipada se pusieran de acuerdo en cuanto a los derechos y obligaciones que aplicarían en la etapa de transición.

Esta voluntad fue plasmada por las partes en el Acuerdo de Terminación al indicar que, se debían continuar con los derechos y obligaciones regulados en el contrato original, con el fin de dar continuidad a los programas y proyectos que se encontraban en ejecución al momento de llevarse a cabo la terminación contractual y, así evitar daños de difícil o imposible reparación al interés público que representa la ejecución de esos programas y proyectos financiados con recursos de Fonatel.

Debe tenerse presente que dichas cláusulas contractuales incluidas en el Acuerdo de Terminación, lejos de contravenir el interés público, lograron garantizar la continuidad de los proyectos y programas financiados con el Fondo durante una etapa de transición que, a todas luces es compleja.

En este sentido, tal y como lo indica el órgano contralor “toda actuación, tanto de la SUTEL como fideicomitente y de la entidad fiduciaria escogida por la Superintendencia, con base en los procedimientos establecidos legalmente deben evitar exponer a riesgos jurídicos y técnicos los recursos fideicomitados, así como la propia concreción de los fines y objetivos descritos legamente (en el artículo 32 de la Ley N.º 8642) a cubrir con el FONATEL”. Esto es precisamente el objetivo de las partes contractuales al incorporar dicho clausulado en su contrato original y en el Acuerdo de Terminación.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Reiteramos que el “Contrato de fideicomiso de gestión de los proyectos y programas de FONATEL (GPP)” del 23 de enero del 2012 se encuentra vigente y el “Acuerdo de terminación por mutuo acuerdo del contrato de fideicomiso de gestión de los proyectos y programas de Fonatel (GPP)” suscrito el 22 de febrero de 2019, es un acuerdo válido y accesorio al contrato original.”

b.- Que “...la interpretación del Acuerdo de Terminación realizada por el Área de Fiscalización, es contraria a la jurisprudencia referente a la interpretación contractual.

Al respecto, conviene citar lo que han resuelto los Tribunales de Justicia:

- (...) debemos agregar que para realizar una correcta interpretación de lo convenido, debe tomarse muy en cuenta no solo la forma como las partes han actuado en la ejecución del contrato, sino también en las tratativas preliminares y en la instrumentación misma del convenio, porque ello puede finalmente determinar la solución del posible conflicto. (Tribunal Agrario, sentencia N° 00604 de las seis horas y cincuenta minutos del veinticinco de junio de dos mil trece)
- (...) la búsqueda de la voluntad real de las partes, constituye principio rector de la interpretación contractual. La vía primordial o básica para determinar esa voluntad está representada por la traslación textual. Si el sentido literal del contrato es claro y refleja sin lugar a dudas la intención de las partes, a ese tenor ha de estarse necesariamente. Así lo establece el viejo aforismo *in claris non fit interpretatio*. En consecuencia, resulta a todas luces improcedente que el sentido patente de las palabras empleadas en la estipulación sea sustituido por otro, producto de un esfuerzo por encontrar un significado diverso. (voto de la Sala Primera 134 del 18 de diciembre de 1998)
- En lo tocante al instituto de la interpretación de las cláusulas contractuales, al igual que las leyes, han de interpretarse de manera integral, tomando en cuenta no solo el significado literal de su contenido, sino también según su espíritu y las consecuencias que la aplicación de ellas puedan tener, según se interprete en un sentido o en otro, de forma que ello conduzca a la determinación de la finalidad perseguida por las partes en el contexto donde fueron acordadas. (Sala Primera de la Corte, sentencia N° 00529 de las catorce horas y veinte minutos del primero de agosto de dos mil ocho).
- (...) Sea que, en la secuencia del contrato se ponen de manifiesto elementos de juicio los cuales reflejan una intención distinta a la plasmada por los contratantes en el texto original. Tal fenómeno es relevante, pues el comportamiento de las partes constituye óptimo factor para inferir la voluntad real. Y ésta -no debe olvidarse- representa principio rector de la interpretación contractual. (Sala Primera de la Corte, voto No. 10 de las 16:00 horas del 29/01/1997)
- La interpretación contractual cabe cuando la voluntad de las partes es oscura, insuficiente o no se adecua a la realidad. En tales casos, es necesario remitirse no a la denominación empleada por las partes sino a la naturaleza, características y contenido de lo pactado conforme a la intención común de las mismas." (Sala Primera de la Corte, sentencia N°92 de las quince horas quince minutos del diez de junio de mil novecientos noventa y dos)

De lo expuesto resumimos los objetivos que persigue la interpretación contractual y los aspectos que debe valorar el intérprete:

- Fijar el sentido y significado de la manifestación de voluntad de las partes.
- Se debe analizar las circunstancias del caso concreto y los fines que las partes persiguen en la negociación.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

- *Se debe considerar como las partes han actuado en la ejecución del contrato.*
- *La búsqueda de la voluntad real de las partes, es un principio rector de la interpretación contractual, que busca la determinación de la finalidad perseguida por las partes en el contexto donde fueron acordadas.*
- *En la interpretación se debe analizar la naturaleza, características y contenido de lo pactado conforme a la intención común de las partes.”*

c.- Las órdenes giradas no tienen relación con el objetivo, además, el oficio N° 22973 (DFOE-CIU-0573) del 17 de diciembre de 2021, no establece cuál es la relación entre las órdenes giradas y el objetivo de la auditoría.

Para emitir las órdenes la Contraloría General de la República (CGR) se fundamenta en los siguientes documentos, alegando que son contrarios a derecho:

- "Acuerdo de Terminación por mutuo acuerdo del Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de Fonatel (GPP)", aprobado en la sesión 078-2018 del 23 de noviembre de 2018, mediante acuerdo 022-078-2018.*
- Modificación unilateral del contrato "Fideicomiso de gestión de los proyectos y programas de FONATEL (GPP), del 01 de octubre del 2020 adoptado mediante el acuerdo 013-068-2020, con fundamento en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA)*

La CGR no expone cual es la relación de lo dispuesto en esos documentos y los objetivos de la auditoría.

Tampoco realiza un análisis normativo que acredite las causas de la ilegalidad de estos documentos, lo que ocasiona a mi representada indefensión.

Además, al no haber solicitado a la Sutel y al Banco Nacional una explicación de los alcances e interpretación del "Acuerdo de Terminación por mutuo acuerdo del Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de Fonatel (GPP)", ocasionó una indebida interpretación de dicho acuerdo y en consecuencia se emiten conclusiones erróneas de lo acordado, como hemos expuesto.

Por lo que existe un vicio en el motivo del acto, según los artículos 133 y 158 de la Ley General de la Administración Pública.

- *No se cumple lo estipulado en el apartado 11 del punto "205. Comunicación de resultados" del CAPÍTULO II. NORMAS GENERALES RELATIVAS AL TRABAJO DE AUDITORÍA EN EL SECTOR PÚBLICO.*

Puntualmente el oficio es omiso en analizar los siguientes aspectos como requisito necesario para emitir una orden:

- "a) Generar valor público.*
- b) Fundamentadas en la calidad.*
- c) Atacar las causas del problema o condición identificada.*
- d) Dirigidas al nivel responsable de solventar la deficiencia.*
- e) Ser claras, específicas, convincentes y relevantes”*

Por lo que existe un vicio en la motivación del acto, según los artículos 136 y 158 de la Ley General de la Administración Pública.

- *Las órdenes se formulan sin haberse emitido el informe final de auditoría, lo que es contrario*

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

a lo señalado en el punto 405 del CAPÍTULO IV NORMAS GENERALES SOBRE AUDITORÍA OPERATIVA y además contraviene el principio de seguridad jurídica.

Por lo que existe un vicio en el procedimiento del acto, según los artículos 128 y 158 de la Ley General de la Administración Pública.

Por las razones expuestas, procede la nulidad del oficio N° 22973 (DFOE-CIU-0573) del 17 de diciembre de 2021, de conformidad con el artículo 166 y 169 de la Ley General de la Administración Pública.” (lo resaltado en negrita no es del original)

2. El pasado 28 de enero, previo a la sesión extraordinaria del Consejo de ese día, la SUTEL y la CGR se reunieron y aunque no consta una grabación integral de la reunión se cuenta con una minuta interna remitida por la asesora del Consejo Rosemary Serrano de la cual se destaca:

“ ...

Marcela Aragón

Comprendemos bien lo que nos indican sobre la regla fiscal y es una situación para valorar. Reafirmamos que el tema de ejecución es muy importante y por ello la continuidad. Sabemos que la orden los iba a obligar a pensar y valorar. La duda que me queda es en cuanto el finiquito con el Banco, no queda claro el impasse entre el paso de uno a otro.

José Fco.

La orden debe cumplirse en todo su alcance; garantizar la continuidad y asumir los proyectos. De la exposición interesa saber ¿cuál es la relación que se tendría con el Banco que era Fiduciario?, ¿cómo será esa relación? Es importante que SUTEL valore bajo que figura jurídica estaría asumiendo los contratos vigentes con los operadores: ¿Cómo asume esta obligación y cómo cumpliría?, si esta aplicando la “novación”. Si se comprende cómo aplica la regla fiscal, pues debe tenerse una consulta con el Ministerio de Hacienda y que sean ellos quienes establezcan cómo aplicaría en SUTEL. El fondo tiene una especie de fin a cumplir por ley. Sobre el finiquito no queda claro, cuál sería la relación SUTEL y el Banco, por que estaría disuelta la relación contractual entre la ambos. El criterio de esta CGR es que la relación contractual ya no existe.

Federico Ch.

Hemos identificado tareas en la relación actual y no hay cobro por la tarea de administración financiera, por lo que planteamos que en el finiquito se pueda establecer el monto de pago.

Marcela Aragón

Nos genera la duda, porque la ley estipula plazos para transferencia de recursos a SUTEL. No hemos planteado que la solución no vaya en detrimento de la orden. ¿el cese de los contratos se refiere a la cesión? R/ Si. Entonces los contratos no se finalizan, así queda claro la continuidad de los proyectos. Analizar cuál es la relación de SUTEL respecto de los contratos o si requieren una autorización y para eso tiene la ley y los instrumentos de administración que mejor puedan. La SUTEL ha mantenido una contratación irregular con el Banco y no pueden pasar del 22 de febrero. Por supuesto que la SUTEL puede plantear las solicitudes que requieran.

Jose Fco.

Se entiende que tenemos 2 gestiones que se mezclan y para cumplir estarían pidiendo prórroga, por lo que cumplirían parcialmente la orden. Eso significa que la orden la estarían cumpliendo de manera parcial, y ¿cuál es el plazo? Debe justificarse de manera tal que para cumplir necesito hacer tal función y el plazo, es fundamental indicar para que lo ocupo. Señalar: se cumple de esta manera y razonablemente las actuaciones tienen que estar a derecho. Que acción, plazo y como los van a cumplir, presupuesto, financiero, contractual.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Marcela Aragón

Para el cumplimiento de la orden debe aplicarse los lineamientos de disposiciones de la CGR: cronograma, plazos, responsables, señalar lo que se ha hecho y lo ejecutado.

Mariana Brenes

La limitación es que no hay instrumento jurídico de continuidad de la relación con el Banco y por eso la pregunta es si se puede hacer en el marco del finiquito?.

Marcela Aragón

Esta difícil el cumplimiento por el plazo. Parece que no se podría otorgar una ampliación. Desde nuestra óptica es irregular y no nos podemos contradecir. Esto nos deja en una situación complicada.

Federico Ch.

Se podrá aplicar una ampliación sobre el traslado de los recursos?. Nos queda claro ir construyendo la solución conforme a derecho e ir cumpliendo la orden y justificar la ampliación del plazo.

Marcela Aragón

En un documento que ustedes presentaron mencionan que van a hacer una contratación directa con el Banco.

Mariana Brenes

Hemos estudiado el art. 35 de la LGT y habla de hacer invitaciones, por eso el plazo es la dificultad. El cartel podría salir la otra semana, aun así, parece que no nos alcanza el plazo y tendríamos que solicitar a la misma Contraloría que exonere del refrendo el contrato.

Alan Cambroner

En cuanto la regla fiscal y para solventar esta limitación, ¿será posible que SUTEL administre en forma separada el presupuesto?. Sería un presupuesto inicial y no tendríamos ese problema.

Marcela Aragón

Para eso si tengo una respuesta. No es posible porque se requiere personería jurídica y en este caso no se tiene. Se requiere si o si una personería jurídica, lo que si les asigna la ley es una finalidad al fondo y eso es importante. ¿Se hizo algún acercamiento con el Ministerio de Hacienda sobre este tema?

Adrian Mazón.

Se envió una consulta por correo, pero aún no hemos recibido ninguna respuesta.

Marcela Aragón

Deberían consultar al Ministerio de Hacienda y que se determine cuando hay un incumplimiento injustificado.

Jose Fco.

La regla fiscal es del Ministerio de Hacienda, para un presupuesto se requiere la certificación previa, se puede aportar la necesidad de la continuidad de los proyectos, pero lo mejor es que hagan la consulta..." (lo resaltado en negrita no corresponde al original)

A partir de la minuta remitida de la reunión sostenida con la CGR el 28 de enero se solicitó el 8 de febrero 2022 vía correo electrónico a la asesora Mariana Brenes lo siguiente:

“...Según la minuta de la reunión con CGR en su intervención se indica:

“Mariana Brenes

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

La limitación de asumir el Fideicomiso completo en la SUTEL es la regla fiscal y el 1% para gastos administrativos. Visualizamos un escenario en donde el finiquito del Fideicomiso tenga un cronograma y plazos para realizar el proceso de contratación nuevo, sin embargo, se requiere es importante conocer si la CGR estaría anuente a aceptar esa opción”.

Coincido con lo que indicas, en esta parte de la intervención, pero, más adelante dices:

“Mariana Brenes

No pretendemos replicar la conducta identificada por la CGR. Proponemos hacer un finiquito (cesión de contratos, pues así está estipulado en una cláusula de este) y SUTEL asumiría los programas. Lo que no podemos es traer o trasladar los recursos. Sería que el Banco nos administre financieramente con instrucciones y pueda hacer los pagos

Aquí parece que se parte de que la preocupación indicada arriba se disipa por lo que agradecería si me puedes ayudar tal vez en tantas reuniones tengas datos o documentos con los que pueda contar para garantizar que la figura propuesta de fid – financiero no incumpliría estos dos temas.

Te agradezco la ayuda para aclarar ese punto que es vital para asegurarme que con el voto no estoy incumpliendo con ley.”

En respuesta a la consulta la asesoría jurídica del Consejo indica:

“Hola doña Hannia.

Para contextualizar, durante esa reunión con la CGR, se discutió la posibilidad de un finiquito dentro del cual la SUTEL asumiría los proyectos y programas y el Banco continuaría administrando los fondos. Esa opción fue descartada en la misma reunión.

Ahora bien, la propuesta de la solicitud de permiso para un Fideicomiso Financiero es una medida por 6 meses que pretende cumplir con la orden, o bien tener una solución dado el vencimiento del contrato del 22 de febrero.

En cuanto a los riesgos identificados:

A. *Sobre el 1%*

La misma CGR, al otorgar el refrendo del contrato de fideicomiso, hace una distinción entre conceptos de administración y gestión de los proyectos; lo que hizo viable el Fideicomiso en su oportunidad. El límite del 1% es para los costos de administración que le corresponde a la SUTEL, dentro de ese porcentaje no están incluidos los costos de administración de los proyectos y programas.

De asumir la SUTEL la gestión de los proyectos y programas, debe hacerse una separación de las funciones que ejecutan los funcionarios en relación con el Fondo:

- 1. Las funciones que se relacionan con la fiscalización de la SUTEL corresponden al 1%.*
- 2. Aquellas funciones que tienen relación con la administración propia de los proyectos y programas no estarían dentro de ese 1%.*

Esto lo resalta la CGR al rechazar el recurso de revocatoria que interpusimos contra la orden:

“Lo ordenado tampoco tiene el efecto que señala el recurrente de modificar o tergiversar lo establecido anteriormente en cuanto a los costos de la gestión de las obligaciones que por Ley corresponden a la Superintendencia, debiendo distinguirse entre los costos de la gestión de los programas y proyectos a

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

financiar con el Fondo, de aquellos costos administrativos que se cubrirían de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 de la Ley N.º 8642”.

Esto también es congruente por lo definido por la Procuraduría General de la República en su criterio OJ-042-2009 del 16 de junio del 2009:

“Aspecto que cobra importancia por cuanto el legislador fijó un límite a la posibilidad de financiar los costos de administración. En ese sentido, dispuso que dicho financiamiento no podrá exceder una suma mayor a un uno por ciento del total de los recursos. Dado el porcentaje retenido, puede suceder que el costo de la administración de FONATEL no sea cubierto con los recursos del Fondo y, en consecuencia, deba ser asumido por la SUTEL a través de otras fuentes de financiamiento. Resulta claro, en todo caso, que el hecho de que determinados costos no llegaren a ser financiados con ese 1% no determina que dichos costos no constituyan “costos de administración”.

Puesto que la administración de FONATEL corresponde a la SUTEL, este órgano deberá determinar qué proyectos y costos se financian con esos fondos. Por consiguiente, más allá de la comisión de administración que debe pagar al fiduciario y la auditoría externa, definir qué otros costos de administración corresponden financiar dado el límite establecido”.

Sin duda alguna, es algo que debe desarrollarse para minimizar cualquier riesgo sobre este porcentaje del 1%. Incluso creo que la Dirección General de Fonatel tenía algo avanzado sobre este tema.

B. Sobre la regla fiscal

Si los recursos financieros del fondo se trasladan a un Fiduciario (ya sea a través de un Fideicomiso Financiero o total), se constituiría en un patrimonio independiente y por lo tanto no pasaría a formar parte del presupuesto de la SUTEL. En este sentido, no habría un problema con la regla fiscal.

Ahora bien, el riesgo que debemos administrar se encuentra relacionado con el personal adicional que se requiere para administrar los programas y proyectos. Es decir, si se ocupara contratar recurso humano para garantizar una adecuada gestión de los proyectos y programas en SUTEL, claramente dichos costos sí se verían afectados por la regla fiscal que hoy nos aplica...” (lo resaltado en negrita no corresponde al original)

Cobra relevancia entonces, contar con la información técnica completa y solicitada por el CS en diferentes sesiones que garanticen que ambos riesgos no se cristalicen o bien se sepa al menos cuál es y cuánto sería ese riesgo real, máxime que se trata de eventuales riesgo con roce de legalidad.

3.- Como resultado de la reunión con la CGR y SUTEL, los miembros del CS decidieron convocar a Sesión Extraordinario 28 enero 2022.

Para esta sesión el informe conocido por el CS fue: Informe del equipo de Gobernanza y Gestión del Fideicomiso sobre la orden DFOE-CIU-ORD-00004-2021 de la Contraloría General de la República, del cual se destaca para efectos de la discusión del expediente:

“...Ante el nuevo contexto, el equipo realizó diferentes acciones y análisis de los escenarios que se presentan a efecto de suministrar nuevos insumos con respecto al “Informe sobre idoneidad de la figura a utilizar para la administración de los recursos de FONATEL” conocido por el Consejo de la sesión del 16 de diciembre del 2021; para la toma de decisión.

1- Acciones ejecutadas a la fecha

1. El 17 de diciembre de 2021, se notifica el oficio N° 22973 (DFOE-CIU-0573) por medio del cual se

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

emite la orden DFOE-CIU-ORD-00004-2021. En este oficio se ordena a la SUTEL que:

“(…)

a. Asuma la administración de los fondos y proyectos que se financian con los recursos de FONATEL, garantizando los objetivos y metas previstos en el artículo 32 de la Ley General de Telecomunicaciones y el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, de manera que se finiquite la relación que mantiene con el Banco Nacional de Costa Rica, conforme a la decisión asumida por ambas partes el 22 de febrero de 2019 y garantizar la continuidad de los programas y proyectos que se encuentran en ejecución. Remitir a más tardar el 22 de febrero de 2022, a la Contraloría General una certificación en la que conste:

- i. El finiquito contractual suscrito por ambas partes.
- ii. Que los recursos y bienes fideicometidos han sido trasladados a la SUTEL.
- iii. La garantía de continuidad de los programas y proyectos que se encuentran en ejecución.

b. Ajustar conforme a Derecho el inciso II del acuerdo 013-068-2020 del 01 de octubre de 2020. Remitir a más tardar al 22 de febrero de 2022, a la Contraloría General una certificación en la que consten los ajustes correspondientes”.

2. Mediante oficio 11848-SUTEL-CS-2021 del 22 de diciembre de 2021, la Sutel le remite a la CGR el “Recurso de Revocatoria con Apelación en Subsidio y nulidad concomitante en contra de las órdenes giradas mediante el oficio N° 22973 (DFOE-CIU-0573) notificado el 17 de diciembre de 2021, relacionado con la Gestión de los proyectos y programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones”.

3. Mediante oficio 00004-SUTEL-DGF-2022 del 4 de enero 2022 la Dirección General de Fonatel (DGF) solicita al Banco Nacional de Costa Rica, en su condición de fiduciario, la información para el traslado y plazos para su ejecución.

4. Mediante acuerdo del Consejo de la Sutel 003-001-2022 del 7 de enero del 2022, se dispone:

“PRIMERO: Suspender de forma inmediata y precautoria los pagos derivados de la modificación unilateral del “Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL” aprobada mediante el acuerdo 013-068-2020 del 01 de octubre de 2020, en atención a las órdenes giradas por el Órgano Contralor emitidas mediante el oficio N° 22973 (DFOE-CIU-0573).

SEGUNDO: Que los pagos respectivos al Fiduciario se ejecutarán según las condiciones del contrato original: “Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL (en adelante GPP)”, número 07-2011, firmado el 23 de enero del 2012, es decir, según las condiciones previas a la modificación unilateral del contrato aprobada mediante el acuerdo 013-068-2020 del 01 de octubre de 2020.”.

5. Mediante acuerdo del Consejo de la SUTEL 004-001-2022 del 7 de enero del 2002, se dispone:

“PRIMERO: Solicitar al equipo de Gobernanza y Gestión del Fideicomiso nombrado mediante el acuerdo 011-077-2019 tomado en la sesión extraordinaria 077-2019 del 27 de noviembre de 2019 y adicionado mediante el acuerdo 013-068-2020 tomado en la sesión ordinaria 068-2020 del 01 de octubre del 2020; para que procedan a estudiar las órdenes emitidas por la Contraloría General de la República mediante el oficio 22973 (DFOE-CIU-0573) y emitan las recomendaciones que correspondan.”

6. Se llevan a cabo las siguientes reuniones con los involucrados del proceso:

- Reunión con la Dirección de Fideicomiso del Banco Nacional de Costa Rica (29 de diciembre de 2021, 13 de enero de 2022).
- Reunión del Consejo de la SUTEL y asesoría legal del Consejo con la Gerencia, Subgerencia, Directora Jurídica y Directora de Fideicomisos del Banco Nacional de Costa Rica (11 de Enero de

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

- 2022)
- Reunión del equipo de Gobernanza y Gestión del Fideicomiso y los miembros del Consejo Gilbert Camacho y Hannia Vega, con la Dirección Jurídica y Dirección de Fideicomisos del Banco Nacional de Costa Rica (18 de enero de 2022)
 - Reunión con la Dirección General de Operaciones de la SUTEL, miércoles 19 de enero de 2022.
 - Reunión Directora Fideicomiso BNCR y Jefe de Seguimiento, miércoles 19 de enero de 2022.
 - Participación en Sesión Extraordinaria de Junta Directiva de ARESEP, viernes 21 de enero de 2022.
 - Sesión de trabajo presencial con Miembros del Consejo y Equipo de Gobernanza, lunes 24 de enero de 2022. En esta ocasión se presentan y analizan los diferentes escenarios, así como el Excel de tareas, detallado más adelante.

Sesiones de trabajo internas permanentes del equipo de Gobernanza y Gestión del Fideicomiso, intercaladas con la Dirección de Fideicomisos del Banco Nacional, las Unidad de Gestión y el Consejo.

Se realiza el trabajo de levantamiento de tareas ejecutadas mediante el Fideicomiso de FONATEL (Excel anexo a este documento). En este archivo además se detalla la información mínima que debería ser recibida por la SUTEL, así como un dimensionamiento de riesgos, impactos y alternativas de acción dentro de la SUTEL, ante un eventual cumplimiento de los plazos definidos en la orden. Los procesos y actividades detallados en el archivo son los siguientes:

- Administración del portafolio de inversiones
- Control del flujo de caja
- Ciclo contable y gestión tributaria
- Gestión del presupuesto
- Tesorería (gestión de pagos)
- Contratación administrativa y administración de contratos
- Control documental
- Contingencias legales y procesos administrativos
- Auditoría externa e informes

Como parte del análisis para la toma de decisiones y con base en los antecedentes anteriores, a continuación, se detallan los escenarios analizados y compartidos en la sesión de trabajo llevada a cabo entre el equipo de Gobernanza y Gestión del Fideicomiso y el Consejo de la SUTEL, el día 24 de enero del 2022. (Se adjunta presentación)

...

A continuación, se presentan los escenarios analizados por este Equipo para toma de decisiones por parte del Consejo de la SUTEL. Debe advertirse que algunas de las opciones resultan poco viables; sin embargo, es importante presentar al Consejo todas las alternativas que se han analizado con el fin de cumplir con la orden girada por la Contraloría General de la República y garantizar la continuidad de los proyectos y programas de FONATEL. El orden de presentación no determina ninguna prioridad.

Alternativas de corto plazo en atención al plazo de la orden:

2.1 Finiquito con cronograma

Este escenario implica suscribir un finiquito con cronograma que permita la ejecución del Fideicomiso actual hasta tanto se concrete la contratación de un nuevo fideicomiso, o bien, la institución se encuentre con la capacidad técnica y material para asumir la administración del fondo.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

PROS	CONTRAS/RIESGOS
Se continuaría ejecutando el contrato que se tiene entre las partes para alguna de las gestiones.	La CGR podría rechazar la alternativa ya que el plazo se extendería más allá del 22 de febrero.
Se reduce una afectación a los proyectos y programas en ejecución	Que se entienda que el concepto legal de finiquito no contempla la posibilidad de establecer un cronograma que extienda el plazo del 22 de febrero.
Es la vía más rápida para la continuidad de los proyectos y programas.	La SUTEL no cuenta con recursos humanos para asumir la totalidad de la gestión.
	El Banco Nacional podría no aceptar la suscripción de un finiquito con cronograma.

Asimismo, se cuenta con dos grandes limitaciones para ejecutar la presente alternativa:

1. Existe una limitación para estimar los honorarios del Fiduciario, en caso de asumir la SUTEL la gestión de proyectos y dejar en manos del Banco Nacional únicamente la administración e inversión de los recursos del fondo (gestión financiera); pues el contrato suscrito con el Banco Nacional establece que “EL FIDUCIARIO devengará por la gestión de los contratos de los proyectos y programas con cargo a FONATEL que se desarrollen mediante este fideicomiso, los siguientes honorarios (...) El Fiduciario no devengará comisión u honorario por la administración e inversión de los recursos del fideicomiso.”

Esto implica que, dentro del finiquito, las partes deban acordar una comisión u honorario por los servicios de administración e inversión de los recursos del fideicomiso, lo cual podría restar viabilidad a esta opción.

2. En sentido estricto, la Superintendencia estaría alargando su relación jurídica con el Banco Nacional a través del finiquito; lo cual contradice el criterio de la Contraloría General de la República pues se continuaría ejecutando un contrato que ellos consideran irregular.

2.2 Solicitud de permiso a la CGR – Sobre las bases del contrato original

Esta alternativa pretender solicitar un permiso a la CGR de conformidad con el artículo 146 y 147 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), para extender el contrato con el Fideicomiso, en todos sus extremos, por un periodo definido y con fecha cierta de finalización. Se debe presentar con al menos 10 días hábiles de antelación.

...

Este periodo se utilizaría para realizar la contratación de un nuevo Fideicomiso, a quien se le trasladaría los recursos y bienes fideicomitados. Asimismo, es importante resaltar, que los honorarios que se le cancelarían al Banco Nacional serían los acordados en el “Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL” y no los pagos derivados de la modificación unilateral aprobada mediante el acuerdo 013-068-2020 del 01 de octubre de 2020.

PROS	CONTRAS/RIESGOS
Es un área diferente de la Contraloría la que otorga el permiso	El proceso podría no ajustarse al 22 de febrero.
Se tendría el respaldo del Órgano Contralor para seguir con las condiciones contractuales actuales por un plazo determinado	La CGR podría no otorgar el permiso dado que su interpretación es que el contrato está extinto.
	El Banco Nacional ha manifestado que no estaría de acuerdo en continuar sus labores e Fiduciario con los honorarios acordados en el contrato original.
	Deben indicarse las medidas correctivas y disciplinarias que se adoptarán.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

En este caso, las limitaciones que se observan son las siguientes.

1. *El Área de Fiscalización para el Desarrollo de las Ciudades interpreta que “(...) el contrato de Fideicomiso se encuentra extinto por mutuo acuerdo desde la fecha citada, regulándose en el plan de continuidad dispuesto por ambas partes la manera transitoria en que se daría el manejo y ejecución de los proyectos, programas y contratos que se encontraba administrando el Fideicomiso, hasta el momento en que se finalizara el proceso de transición fijado en la cláusula cuarta del acuerdo de terminación por mutuo acuerdo...”.*

Por lo tanto, existe una gran posibilidad que el permiso sea denegado por la División de Contratación Administrativa pues resulta poco viable que dentro de una institución se manejen dos criterios opuestos.

2. *Aún y con el permiso, no estaríamos cumpliendo con la orden girada por la Contraloría General de la República. En este sentido, si la División de Contratación Administrativa llegara a otorgar el permiso – lo cual, como se indicó, es poco viable – luego deberá presentarse esta opción al Área de Seguimiento para la Mejora Pública como cumplimiento de la orden, lo cual a todas luces resultaría improcedente dado que, en lugar de finalizar la relación con el Banco Nacional de Costa Rica, se estaría extendiendo.*

2.3 Interposición de demanda en el Tribunal Contencioso-Administrativo

La SUTEL tiene el derecho de acudir a los tribunales de justicia para hacer valer sus derechos y posiciones.

En este sentido, la SUTEL podría acudir al Tribunal Contencioso Administrativo y solicitar una medida cautelar provisionalísima para suspender la orden girada por la Contraloría General de la República. De llegarse a suspender los efectos de la orden, la SUTEL podría ejecutar un contrato adicional para ampliar el plazo del contrato dado que prevalecería su interpretación sobre la existencia y vigencia del Contrato de Fideicomiso.

Ahora bien, es importante tomar en consideración los siguientes riesgos:

- *Que el Banco Nacional de Costa Rica se niegue a firmar el contrato adicional.*
- *Se estaría replicando el acto administrativo que la CGR considera contrario a derecho (contrato adicional).*
- *La demanda podría ser declarada sin lugar y ser condenados en costas. En este caso, si el Tribunal declara que la orden resultaba válida, se debe analizar la legalidad de los actos emitidos estando la orden suspendida.*

....

Alternativas de largo plazo para la gestión del Fondo

Asimismo, debe resaltarse que para el cumplimiento de la orden y garantizar la continuidad de los proyectos y programas del fondo, resulta indispensable decidir la ruta “a largo plazo” y el instrumento que este Consejo considera el óptimo para la administración de los recursos de Fonatel, de conformidad con el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Como complemento al “Informe sobre idoneidad de la figura a utilizar para la administración de los recursos de FONATEL” conocido por el Consejo de la SUTEL mediante los acuerdos N° 011-082-2021 (11544-SUTEL-SCS-2021) de la sesión celebrada el 09 de diciembre del 2021 y N° 029-084-2021 de la sesión celebrada el 16 de diciembre del 2021, a continuación se analizan las siguientes alternativas de largo plazo bajo el contexto actual y posterior a la emisión de la orden por parte del órgano contralor.

...

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

2.4 Contratación directa por invitación – Fideicomiso financiero y para gestión de los proyectos

Es una solución a largo plazo.

Es una contratación directa, en condiciones similares a las actuales (incluye gestión financiera y de los programas y proyectos), por invitación de conformidad con el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones y el 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

- *Este procedimiento ya fue aprobado por el Consejo. En este sentido, mediante acuerdo 002-082-2018 tomado en la sesión ordinaria 082-2018 del 5 de diciembre de 2018, el Consejo de la SUTEL aprobó la decisión inicial para el proceso de contratación de un Banco Fiduciario para la gestión de los proyectos y programas de FONATEL.*
- *El procedimiento por aplicar permite reducir plazos.*
- *Se cuenta con un cartel redactado y listo para ser presentado al Consejo.*
- *Se requiere actualizar estudio de mercado*
- *Se deberá tramitar por el Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP.*
- *La presentación de ofertas requeriría más tiempo, por la complejidad de análisis por parte de los Bancos, en relación con la gestión de los programas y proyectos.*
- *Si bien es una facultad legal constituir este tipo de fideicomiso, la Contraloría General de la República podría reiterar su posición frente a este modelo.*

....

2.5 Contratación directa por invitación – Fideicomiso financiero y gestión de proyectos en SUTEL

Es una solución a largo plazo.

Es una contratación directa por invitación de conformidad con el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones y el 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En este caso, únicamente se utilizaría la figura del fideicomiso para la administración de los recursos financieros del fondo.

- *Se requiere realizar estudio de mercado*
- *Requiere de una decisión inicial del Consejo.*
- *Se requiere ajustar el cartel redactado y presentarlo al Consejo.*
- *Se deberá tramitar por el Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP.*
- *La presentación de ofertas requeriría de menos tiempo, siendo el objeto contractual más específico y orientado a la gestión habitual de los oferentes.*
- *La SUTEL deberá fortalecer su estructura para poder asumir la totalidad de la gestión de los proyectos y programas.*

2.6 Contratación directa por invitación – Gestión Financiera en SUTEL y Fideicomiso de gestión de proyectos

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Se carecería del objeto Fideicometido, por lo que no es viable.

2.7 Traslado completo a Sutel

...

Al respecto, es esencial tomar en cuenta que el presupuesto ordinario de la Sutel, aprobado por la CGR mediante el oficio DFOE-CIU-0571 del 17 de diciembre del 2021 es de ₡24.793.642.133. Dicho presupuesto, se debe de ajustar por la regla fiscal, con base en la ejecución presupuestaria de Sutel para el año 2021, la cual ha sido de ₡24.179.563.691.

En consecuencia, aplicando el crecimiento del 1.96% de la regla fiscal para el año 2022, el presupuesto máximo que tiene la Sutel autorizado a ejecutar en el año 2022 es de ₡24.653.483.139, teniendo que realizar un ajuste a la baja del presupuesto ordinario aprobado de un monto de ₡140.158.993. Ese monto de 140 millones de colones debe de ser reducido del presupuesto original, realizando ajustes y modificaciones internas dentro de las actividades aprobadas por la Contraloría.

El presupuesto del Fideicomiso de SUTEL con el Banco Nacional de Costa Rica aprobado por el Consejo para el año 2022 es por un monto de ₡142.928.451.780.

Como se aprecia, solo el presupuesto del Fideicomiso equivale a 5,8 veces el total del presupuesto disponible por Sutel para el año 2022, lo que hace materialmente imposible para la Sutel, poder asumir presupuestariamente el control y manejo del fideicomiso que se tiene con el Banco Nacional, sin tener que sobrepasar el máximo permitido por la Ley N°9635 Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, en cuanto a lo definido al crecimiento anual por la llamada "Regla Fiscal"... (lo resaltado con negrita no corresponde al original)

Del informe se observa que la recomendación 2.4 Contratación directa por invitación – Fideicomiso financiero y para gestión de los proyectos, informa de las ventajas, siendo la única observación el plazo que se requiere.

3.- Utilizando como base el informe técnico indicado en el punto anterior, el CS tomó 6 acuerdo consecutivos, los cuales responde a la recomendación técnica y por tanto a una visión integral de abordaje a la orden de la CGR, se destaca para efectos del documento que se analiza en la sesión lo siguiente:

ACUERDO 002-008-2022

En relación con las órdenes giradas por la Contraloría General de la República mediante el oficio N° 22973 (DFOE-CIU-0573) notificado el 17 de diciembre de 2021, relacionado con la Gestión de los proyectos y programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones; el Consejo de esta Superintendencia, adopta el siguiente acuerdo:

RESUELVE

Instruir a la Dirección General de Operaciones, para que en conjunto con la Dirección General de Fonatel:

a. *Preparar y remitir a más tardar el miércoles 2 de febrero consulta al Ministerio de Hacienda sobre la aplicación de la regla fiscal a la luz de la Orden girada por la Contraloría General de la República. Los recursos del fondo ascienden a US\$ 311 millones, y el presupuesto del Fideicomiso es de US\$ 218 millones para el año 2022, recursos que deben ser asumidos en el presupuesto de la Sutel y que superarían los límites establecidos por la regla fiscal, tanto para ser recibidos en Sutel como para ser trasladados eventualmente, a un nuevo Fideicomiso. Una vez remitida la consulta, solicitar una reunión con carácter urgente con dicho Ministerio para su seguimiento.*

b. *Preparar el presupuesto extraordinario necesario, para recibir los recursos del fondo, provenientes*

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

del Banco Nacional de Costa Rica, a más tardar el 7 de febrero de 2022.

- c. *Llevar a cabo la apertura del segmento de Fonatel en la contabilidad de Sutel, apertura de cuentas para la recepción de los recursos del fondo y todas aquellas acciones necesarias para la gestión de los recursos financieros que se encuentran en el Fideicomiso.*
- d. *Elaborar y llevar a cabo la contratación de un servicio de un custodio (inversiones de bolsa) y una custodia de valores (inversiones en bancos), con base en el auxiliar de inversiones del Fideicomiso.*
- e. *Preparar y llevar a cabo el trámite de exenciones del IVA con el Ministerio de Hacienda.*
- f. *Coordinar con el Banco, el Ministerio de Hacienda y la Unidad de Gestión, reunión para definir el proceso de exoneración de equipos Programa Centros Públicos Equipados.*
- g. *En relación con los costos de administración contemplados en el artículo 38 de la LGT (1%), debe analizarse la interpretación dada en el refrendo del contrato de fideicomiso SUTEL-BNCR y presentar al Consejo una alternativa que permita distribuir costos a lo interno de la Sutel, entre la administración del fondo y la gestión de los proyectos.*
- h. *Identificar las plazas que no están nombradas ni en proceso de concurso, con el fin de que el Consejo, las considere en la atención del cumplimiento de la Orden de la Contraloría General de la República, en el plazo de 5 días hábiles.*
- i. *Presentar al Consejo, un cronograma, para la eventual contratación de personal (plazas y/o servicios especiales) requerido para atender el cumplimiento de la Orden de la Contraloría General de la República, en el plazo de 5 días hábiles*
- j. *Identificar y elaborar un cronograma, de las contrataciones de servicios, que se requieren para la gestión y administración de los recursos del Fondo en Sutel.*
- k. *Analizar en conjunto con el Banco Nacional, la forma de tramitar las facturas que han sido emitidas a nombre de del Fideicomiso y que no serán pagadas al 22 de febrero de 2022.*

ACUERDO 003-008-2022

(...)

RESUELVE:

Instruir a la Unidad Jurídica, para que en conjunto con la Dirección General de Operaciones y la Dirección General de Fonatel, presenten al Consejo, en el plazo de 5 días hábiles:

- a. *El procedimiento y plazos para la revisión y recepción de la cesión de contratos que el Fideicomiso tiene suscritos con las Unidades de Gestión y los operadores.*
- b. *El procedimiento y plazos para la recepción de garantías de participación y cumplimiento aportados por los contratistas, y que serán cedidas a la Sutel.*
- c. *Presentar un criterio jurídico que recomiende sobre la incorporación de los proyectos de Fonatel en los instrumentos de planificación institucionales.*

ACUERDO 004-008-2022

(...)

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

RESUELVE:

Conformar un equipo constituido por Natalia Salazar (coordinadora), Jorge Brealey, Norma Cruz, Oscar Moreira, Laura Segnini, Noilly Chacón, Hanny Rodríguez y Andrés Fernández, para que en el plazo de diez días hábiles luego de recibir este acuerdo, presente al Consejo, la propuesta de ajustes de Procedimientos (Presupuestarios, de planificación, financieros, documental, operativos, entre otros) y Reglamentos Internos (incluido RIOF y Reglamento de compras) que se requieren hacer y valorar la incorporación de aquellos aspectos contemplados en los manuales que hoy regula al Fideicomiso y podrían aplicar a la Sutel, derivados de la implementación de la Orden de la Contraloría General de la República. Se debe presentar también un cronograma identificando las etapas, responsables y plazos, para cada instrumento, en el plazo de diez días hábiles luego de la presentación de este acuerdo.

ACUERDO 006-008-2022

(...)

RESUELVE:

Solicitar al equipo de Gobernanza y Gestión del Fideicomiso, preparar y presentar al Consejo:

- a. Propuesta de cartel para la contratación de los servicios de un Fideicomiso para la gestión financiera y de pagos para Fonatel.*
- b. Propuesta de demanda contenciosa-administrativa y medida cautelar provisionalísima, contra la orden DFOE-CIU-ORD-00004-2021, para ser valorada oportunamente por el Consejo.*
- c. Propuesta para la atención del punto b) de la orden DFOE-CIU-ORD-00004-2021 como complemento a lo ya indicado en el acuerdo 003-001-2022.*
- d. Propuesta de finiquito de conformidad con lo requerido por la orden DFOE-CIU-ORD-00004-2021, en coordinación con el Banco Nacional de Costa Rica.*
- e. Solicitar al equipo de trabajo que analice una actualización del informe de idoneidad de la figura del fideicomiso, a la luz de la orden girada por la Contraloría General de la República y la coyuntura actual.*

Se destacan de los acuerdos la articulación de informes solicitados, la decisión por la figura de contratación directa de un fideicomiso financiero y finalmente que en todos los acuerdos se incluye la siguiente leyenda:

“ ...Que el 24 de enero se llevó a cabo sesión de trabajo, en la que se discutió sobre las vías para dar cumplimiento a la Orden de la Contraloría General de la República y las posibilidades de cara a la ejecución de esta Orden...”,

siendo que en dicha reunión el CS emitieron 3 instrucciones concretas, finalizar al viernes (4 días) *el cartel y eventual contrato para un fideicomiso para gestión de programas y proyectos y gestión financiera* (coincidente con punto 2.4 del Informe); *solicitar reunión con equipo técnico de CGR para analizar posibilidad de prórroga para ejecutar el concurso del fideicomiso y finalizar el documento de medida cautelar analizado.*

4.- En cumplimiento con el acuerdo n 6 indicado en el punto anterior, el equipo remitió al CS El *“Informe de los daños y perjuicios que ocasiona el cumplimiento de la orden DFOE-CIU-ORD-00004-2021 a los programas que se ejecutan con los recursos de FONATEL”* del cual destaco para efectos del expediente que se analiza hoy:

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

a.- *“La SUTEL nunca ha contemplado asumir directamente los recursos financieros del FONATEL como tampoco los proyectos que se encuentran en ejecución, siendo que se ha tomado decisiones administrativas internas, tendientes a realizar una nueva contratación por medio de la figura del fideicomiso. Esto debido a la ponderación de intereses que ha realizado la administración activa, lo que da como resultado la necesidad y razonabilidad de continuar con dicha figura contractual.*

Es preciso considerar que el asumir la gestión del fideicomiso, implicaría para la SUTEL contemplar importantes ajustes en una estructura operativa y de gestión.

Los proyectos de FONATEL están en ejecución según los contratos firmados con operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones y se han dado importantes avances.

El migrar hacia un nuevo modelo para la administración de FONATEL, puede provocar retrasos y activar importantes riesgos, relacionados con la implementación de nuevos procesos que afectarían el cumplimiento de los objetivos del fondo y la política pública definida en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (PNDT).

El traslado hacia la Sutel de los bienes fideicomitados al 22 de febrero de 2022, como lo ordena el oficio DFOE-CIU-0573, nos obliga a realizar las siguientes acciones con inmediatez y sin efectuar una valoración de los riesgos.

- a. *Administración del portafolio de inversiones (inversiones, vencimientos, cumplimiento de la política) en relación con los Puestos de Bolsa, Bancos y Ministerio de Hacienda.*
- b. *Gestión de riesgos financieros (determinar el VAR para riesgo de mercado, de crédito, control de límites, pruebas de estrés, entre otros aspectos).*
- c. *Incorporar los recursos que actualmente están en el fideicomiso, como parte de la gestión de presupuestos públicos de SUTEL.*
- d. *Gestionar de forma separada todo el ciclo contable que finaliza con la emisión de los Estados Financieros separados para FONATEL, en atención al artículo 40 de la Ley General de Telecomunicaciones, así como la gestión tributaria aplicable al Fondo.*
- e. *Elaboración, control y seguimiento del flujo de caja real y proyectado, relacionado con la totalidad de los recursos del fondo.*
- f. *Ejecutar todos los procesos de pagos hacia los operadores y proveedores, como también hacia otros servicios que se contraten como parte de la ejecución del fondo.*
- g. *Realizar procesos de contratación que en la actualidad son realizados directamente por el fideicomiso.*
- h. *Todos los procesos relacionados con la gestión administrativa y de seguimiento de los contratos y proyectos (administración de contratos).*

Para asumir las tareas descritas en el punto anterior se requiere efectuar al menos las siguientes gestiones administrativas y legales:

- a. *Cesión de aproximadamente 60 contratos del Fideicomiso a la SUTEL.*
- b. *Contratación de un Puesto de Bolsa y custodio de valores, proceso que no resulta inmediato y requiere tiempo para su ejecución.*

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

- c. *Adecuación de toda la estructura interna de la Dirección General de FONATEL y de la Dirección General de Operaciones, mediante la creación de nuevas plazas; proceso que además requiere de la aprobación de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos de conformidad con el inciso ñ) del artículo 53 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley No. 7593 y contar con presupuesto adicional para las nuevas plazas, con el inconveniente de no cumplir con la Regla Fiscal.*
- d. *Especialización del personal en aspectos técnicos no gestionados antes por la SUTEL.*
- e. *Ajustes de la normativa interna, entre ellos el Reglamento Interno de Organización y Funciones (RIOF); proceso que tal y como si indicó previamente, requiere de la aprobación de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos de conformidad con el inciso ñ) del artículo 53 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley No.7593.*
- f. *Adecuación de la infraestructura tecnológica de la SUTEL.*
- g. *Costos y procesos operativos relacionados con el traslado de los instrumentos financieros del Fideicomiso (portafolio de inversiones).*
- h. *Traslado de garantías de participación, colaterales y cumplimiento.*
- i. *Traslado de documentación sensible: expedientes sobre los diferentes procesos de contratación administrativa.*
- j. *Gestión presupuestaria: liquidación del fideicomiso y trámites ante la CGR para la incorporación de los recursos del fondo como parte del presupuesto de la SUTEL.*
- k. *Temas tributarios: desinscripción del Fideicomiso ante el Ministerio de Hacienda, cancelar todas las retenciones y cumplir con todas las obligaciones formales y materiales ante el Ministerio de Hacienda al cierre del fideicomiso.*
- l. *Traslado de los proyectos, programas y los contratos relacionados: Sutel asumiría estos programas, proyectos y sus respectivas unidades de gestión. Para estos efectos, la SUTEL debería dar continuidad a los respectivos contratos mediante su área de proveeduría y tendría que notificar a sus contrapartes contractuales, la cesión de estos contratos a la SUTEL.*

Para ejecutar todo lo anterior, requerimos más de un año y pone en riesgo el cumplimiento del fin publico definido en la LGT.

En la siguiente tabla (Tabla 1: Estimación de costos, estructura proyectada) se estiman los costos anuales por \$471 millones, en que tendría que incurrir la SUTEL para asumir los procesos indicados anteriormente.

La TABLA 1 contempla solamente los costos de personal, por lo que adicional a estos, estaría el impacto presupuestario adicional en los costos relacionados con las unidades de apoyo, principalmente la Dirección General de Operaciones y otros costos operativos (Servicios, Materiales y Suministros, Equipos, etc.), así como la estructura necesaria para reforzar la Dirección General de Fonatel, que se verían incrementados por un aumento en la estructura de personal.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

*Tabla 1
Estimación de costos, estructura proyectada*

Proceso		Clase-Puesto	Costo estimado anual
Portafolio de inversión	Administración del portafolio de inversiones (inversiones, vencimientos, cumplimiento de la política) en relación con los Puestos de Bolsa, Bancos y Ministerio de Hacienda.	Profesional 5	35.314.805,71
Gestión de riesgos financieros	Gestión de riesgos financieros (determinar el VAR para riesgo de mercado, de crédito, control de límites, pruebas de estrés, entre otros aspectos). Además apoyaría la gestión de Control interno que tendría que ser fortalecida ante la nueva estructura.	Profesional 5	35.314.805,71
Gestión del Presupuesto	Incorporar los recursos que actualmente están en el fideicomiso, como parte de la gestión de presupuestos públicos de SUTEL. Implica gestionar la planificación (POI) y presupuesto del Fideicomiso.	Profesional 5	35.314.806,71
Contabilidad separada	Gestionar de forma separada todo el ciclo contable que finaliza con la emisión de los Estados Financieros separados para FONATEL, en atención al artículo 40 de la Ley General de Telecomunicaciones.	Profesional 5 / profesional 2	62.288.755,10
Flujo de Caja	Elaboración, control y seguimiento del flujo de caja real y proyectado, relacionado con la totalidad de los recursos del fondo.	Profesional 2	26.973.949,40
Tesorería (pagos)	Ejecutar todos los procesos de pagos hacia los operadores y proveedores, como también hacia otros servicios que se contraten como parte de la ejecución del fondo.	Profesional 2	26.973.950,40
Contratación administrativa	Realizar procesos de contratación que en la actualidad son realizados directamente por el fideicomiso.	Profesional 5	35.314.806,71
Seguimiento Unidades/Proyectos	Todos los procesos relacionados con la gestión administrativa y de seguimiento de los contratos y proyectos. Administración de contratos.	Profesional 5	35.314.806,71
Jefatura Gestión Financiera	Coordinación y supervisión de los nuevos procesos asumidos.	Profesional Jefe	44.924.922,76
Jefatura de proyectos	Coordinación del equipo de seguimiento de proyectos que se tendría que crear	Profesional Jefe	44.924.922,76
Seguimiento Unidades/Proyectos	Todos los procesos relacionados con la gestión administrativa y de seguimiento de los contratos y proyectos. Administración de contratos.	Profesional 5	35.314.806,71
Control Interno	Refuerzo de las labores de control interno, derivado de las nuevas funciones en relación con los programas y proyectos que se deben asumir	Profesional 2	26.973.949,40
Abogado (Contratación)	Apoyo en el seguimiento a los contratos de los proyectos y las Unidades de Gestión (más de 60 contratos)	Profesional 2	26.973.949,40
			471.923.237,44

Fuente: Elaboración propia con base en los costos brindados por parte de Recursos Humanos de la Sutel

Con base en la estimación y consideraciones anteriores, la TABLA 2: Comparativo estimado de costos, expone el efecto positivo en cuanto al costo que genera el uso de la figura del fideicomiso para la gestión de los recursos y programas de FONATEL, en comparación con el costo si los recursos y proyectos de FONATEL los asume la SUTEL.

Tabla 2

	Costos anuales colones
Estimación de Costos estructura Sutel	471.923.237,44
Honorarios proyectados del fideicomiso contrato actual (FC proyectado) 2	128.033.548,00
Honorarios proyectos ante concurso de nuevo fideicomiso completo (09946-SUTEL-DGF-2018) 3	307.200.000,00

Notas:

1. Cálculo detallado en la tabla anterior. Se prevé un monto mayor, por cuanto el dato no incorpora otros

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

- costos operativos, que se verían incrementados ante el nuevo personal y procesos que serían asumidos (sistemas de información, equipos, etc).
2. Proyección de acuerdo con estimación del flujo de caja multianual suministrado por el Fiduciario (FID-2268-2021). Corresponde a un promedio anual, debido a que la cláusula de honorarios está estructurada de forma que se ajusten de acuerdo con la ejecución financiera de los programas y proyectos, siendo que en los años recientes se da una mayor ejecución que en las etapas de iniciación y planificación de los proyectos.
 3. Corresponde a estimación realizada con base en el informe 09946-SUTEL-DGF-2018 (acuerdo 012-017-2020). La estimación será evaluada respecto a las condiciones de una nueva versión de cartel, en función de los mecanismos que se dispongan para atender las oportunidades de mejora identificadas, que eventualmente podrían disminuir el monto de la estimación determinada en tal informe.

Debemos reconocer que los bancos que ofrecen los servicios de fideicomisos cuentan con las herramientas tecnológicas, así como la especialización y estructuras operativas y organizacionales que permiten generar economías de escala, al administrar diversos esquemas y proyectos mediante fideicomisos, siendo que es parte del giro de su negocio. Esto no es parte del giro de la SUTEL.

Con base en lo anterior, concluimos que cumplir con la orden DFOE-CIU-ORD-00004-2021 para lo cual debe la SUTEL incorporar dentro de una estructura poco flexible, todas las actividades que son realizadas por el Banco Nacional en su condición de fiduciario y, que implica incluir los costos relacionados con las contrataciones de las Unidades de Gestión y la gestión financiera, aumentaría no solo el costo en la administración de los proyectos, también una irresponsabilidad al no contar con el personal calificado para hacerse cargo de las nuevas funciones.

Por lo que la SUTEL no puede cumplir, al 22 de febrero de 2022, con lo dispuesto en la orden DFOE-CIU-ORD-00004-2021 sin afectar los proyectos que se ejecutan con los recursos de FONATEL y también afectar las Operaciones normales que por ley debe de cumplir la Sutel, incluyendo actividades con plazo definido por las instituciones controladoras y reguladoras del gobierno.”

b.- “...Ley General de Telecomunicaciones (en adelante LGT) en el artículo 38 “Financiamiento del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel)”, dice lo siguiente:

“(…)

Los recursos de Fonatel no podrán ser utilizados para otro fin que no sea para lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, en el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, definidos en el artículo 32 de esta Ley, y deberán asignarse íntegramente cada año. No obstante, los costos de administración de Fonatel serán cubiertos con los recursos del Fondo, para lo cual no se podrá destinar una suma mayor a un uno por ciento (1%) del total de los recursos.”

En atención a dicho artículo, en el supuesto de trasladar a la SUTEL las funciones que realiza actualmente el Fideicomiso, se estaría incurriendo en un incumplimiento, a lo dispuesto en el artículo 38 de la LGT. Esto debido a que la SUTEL superaría el 1% que fija la LGT para la atención de los programas y proyectos que en la actualidad tiene el Banco Nacional en su condición de Fiduciario.

En la siguiente TABLA 3 se detalla el presupuesto ejecutado desde el año 2012 a la actualidad.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Tabla 3
Ejecución presupuestaria de la Dirección General de Fonatel del 2012 al 2021
En colones

Año Presupuestario	Presupuesto Autorizado	Presupuesto Pagado	Patrimonio del Fondo	% pagado / Patrimonio
2012	191.866.379,99	67.316.220,22	101.629.692.243,82	0,07%
2013	413.589.346,00	256.536.002,59	113.775.373.277,97	0,23%
2014	493.287.445,00	340.455.128,76	131.314.808.852,69	0,26%
2015	646.862.549,00	413.997.278,42	143.265.297.526,95	0,29%
2016	984.312.995,00	492.861.550,31	161.306.028.619,68	0,31%
2017	1.314.095.495,00	844.466.160,58	171.550.672.536,94	0,49%
2018	1.238.916.370,00	930.559.632,29	200.978.809.947,83	0,46%
2019	1.092.632.920,00	920.008.552,80	200.140.982.705,87	0,46%
2020	1.033.776.578,00	791.664.454,00	211.188.218.886,12	0,37%
2021	1.045.256.234,00	806.993.192,17	204.683.223.829,88	0,39%

Fuente: Elaboración propia de acuerdo con los Estados Financieros de Sutel.

A pesar de que aún no se ha llegado al límite del 1% establecido por la LGT, se debe tomar en cuenta que el patrimonio del Fondo también podrá experimentar un decrecimiento en los próximos años a raíz de los diferentes compromisos adquiridos por el Fideicomiso para el desarrollo de los cinco Programas con cargo a Fonatel, lo cual ya genera una presión sobre los recursos que deben destinarse para la gestión administrativa del Fondo.

Dicha disminución del patrimonio del Fondo y ante el eventual incremento de los costos administrativos por tener Sutel que asumir lo que actualmente realiza el Fideicomiso, aumentan el riesgo de que, en el corto plazo, los costos de administración de Fonatel superen el 1% que permite la LGT, como se comprueba en los siguientes apartados.

Cabe resaltar que al trasladar todas las funciones del Fideicomiso a Sutel, tal y como lo ordena la CGR, los gastos de administración del Fondo aumentarían considerablemente, principalmente ante la necesidad de contratar nuevos funcionarios en la SUTEL, para la atención de todos los procesos operativos que actualmente tiene a cargo el Fideicomiso. Lo que implicaría la contratación inmediata de por lo menos 10 profesionales especializados y capacitados, con los cuales actualmente no cuenta la Sutel (Ver Prueba 21).

Adicional a las plazas nuevas que deba contratar la SUTEL, mencionamos que la institución no cuenta con el personal especializado (gestión contable, administración de portafolios de inversión, presupuestos públicos, tesorería, contratación administrativa y seguimiento de proyectos) para atender las funciones que implica la gestión de los proyectos y programas que están a cargo del Fideicomiso.

Además de lo anterior, el costo administrativo del Fondo se verá afectado por las cargas adicionales que deban realizar otras áreas de la Institución. Esto para cumplir con la metodología de distribución de costos que fue requerida por la Contraloría General de la República y que ha sido aplicada por SUTEL durante los últimos años. Dicho requisito fue emitido por la CGR en su informe No. DFOE- IFR- 07-2015 del 30 de noviembre del 2015, así como señalamientos de la Auditoría Interna de Sutel en informe 002-ICI-2016 "Examen de la formulación y aprobación de cánones en la Sutel 2015" remitido por la Auditoría interna el 11 de marzo del 2016. Dicha metodología busca cumplir los mandatos de los entes indicados, en cuanto a "Establecer un sistema de costeo que le permita a la Administración determinar de manera razonable, el costo que debe atribuírsele a cada fuente de financiamiento existente en Sutel, de conformidad con los diferentes servicios y funciones que realiza cada área o departamento. Lo anterior en cumplimiento de lo establecido en el artículo 82 de la Ley N° 7593 y el artículo 5 del Reglamento para la aprobación de los proyectos de cánones de la ARESEP y de la SUTEL."

Las funciones adicionales que deberá realizar cada Dirección dentro de la SUTEL se deberán registrar a través de esta metodología que impactaría considerablemente el costo que se ha venido cargando a Fonatel

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

desde su inicio de operaciones; con lo cual también ejercerán presión en los costos administrativos de Fonatel, incrementando el riesgo del no cumplimiento de lo indicado en el artículo 38 de la LGT.

Según las estimaciones realizadas para el presupuesto del Fideicomiso de Fonatel del año 2022, con las condiciones actuales, se espera que para este año- 2022- el gasto administrativo llegue al 1%, de manera que el incremento de gastos ante el traslado del Fideicomiso a la SUTEL sobrepasaría el porcentaje mencionado.

La siguiente TABLA 4 muestra la estimación del costo de administración de Fonatel y su peso sobre el patrimonio del Fondo para los años 2022 a 2027 según la operativa que se mantiene en este momento:

Tabla 4

Estimación del costo de la DGF (Dirección General de Fonatel) según proyección de saldo del patrimonio del Fondo para los años 2022 al 2027

Año Presupuestarios	Costo estimado de la DGF	Estimación del saldo del patrimonio	Costo estimado DGF / Patrimonio estimado
2022	934.307.745,00	85.636.591.947,10	1,09%
2023	934.307.745,00	52.087.468.894,73	1,79%
2024	934.307.745,00	34.420.486.652,25	2,71%
2025	934.307.745,00	29.267.125.324,08	3,19%
2026	934.307.745,00	28.385.460.426,39	3,29%
2027	934.307.745,00	33.971.148.989,85	2,75%

Fuente: Elaboración propia de acuerdo la estimación del saldo de patrimonio y los compromisos proyectados del fondo para los años del 2022 al 2027.

Notas.

1. El costo estimado de la DGF corresponde a la estructura actual de dicha dirección y la carga de costos comunes en SUTEL, la cual no contempla incrementos o crecimiento de ninguna de las áreas sustantivas.
2. La estimación del saldo de patrimonio del fondo, se encuentran según el cronograma de actividades y pagos de los proyectos en ejecución, las cuales se pueden ver afectadas por externalidades en su ejecución y que pueden incidir en la programación de pagos y por ende en el resultado del saldo final del patrimonio del fondo.

Por lo expuesto con el traslado de los fondos (este punto no se realizaría con en caso de aprobación), programas y proyectos que administra el Banco Nacional en su condición de fiduciario a la SUTEL, se incumple con lo indicado en el artículo 38 de la LGT, ya que al trasladar dichas actividades a Sutel, implica que se deba gestionar contratación de personal especializado para algunas funciones, lo cual aumentaría aún más los costos de administración de la Dirección General de FONATEL en la SUTEL.

Esto ocasiona un daño directo en la ejecución de los programas y proyectos de FONATEL, por cuanto ante el eventual impedimento en la ejecución de los fondos, significaría paralizar la ejecución de los programas y proyectos que se vienen desarrollando, poniendo en riesgo los servicios que hoy reciben mediante estos mecanismos las poblaciones vulnerables y generando a su vez un incumplimiento contractual con los compromisos ya establecidos con los operadores y proveedores adjudicados.” (lo marcado en negrita no corresponde al original)

Se destaca del informe oficial firmado por las direcciones de Operaciones y FONATEL la reiteración de los

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

potenciales riesgos respecto a gestión de programas y proyectos el cambio del rol de la DGF, así como el riesgo del 1% de la LGT.

5.-En cumplimiento con el acuerdo n 6 en su inciso e) del Consejo el 28 de enero, con el fin de contar con la coherencia e integralidad de la institucional, se solicitó el informe borrador el cual a manera preliminar respecto a las tareas que asumiría la DGF en caso de aprobarse un FID - financiero:

“Es preciso recordar que la Contraloría General de la República mediante el refrendo del contrato de fideicomiso, reconoció la interpretación de que los honorarios del Fiduciario y de las Unidades no forman parte del 1% destinado por Ley para los gastos administrativos de FONATEL, ya que se asocian a la implementación de la figura del fideicomiso.

Al respecto la Contraloría indicó lo siguiente:

“(...) Tomando como base lo anterior, estima este órgano contralor que para efectos de hacer referencia al punto es cuestión es preciso hacer referencia a lo dispuesto por parte del legislador en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones. En dicho instrumento normativo, se dispuso expresamente el deber que los costos de administración de FONATEL sean cubiertos con los recursos del Fondo, para lo cual no se podrá destinar una suma mayor a un uno por ciento (1%) del total de los recursos.

En relación con dicha obligación, se entiende que ese límite se establece para efectos de los costos de administración que le corresponden asumir a la SUTEL como parte de la administración de FONATEL, pero que existen otros costos de administración inherentes a cada proyecto o programa que no se encuentran contemplados dentro del límite del uno por ciento, puesto que de lo contrario, la utilización de la figura del fideicomiso sería inviable ante la imposibilidad de abarcar todos los costos dentro de ese porcentaje.”

Bajo este escenario, los honorarios que cobre un fiduciario por todos los procesos relacionados con la gestión financiera (administración del portafolio de inversión, gestión de riesgos financieros, contabilidad, flujos de caja, presupuesto y pagos) se sumarían a los costos que asumiría directamente la SUTEL, relacionados con contratación administrativa y administración de los contratos de los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones, las UG´s y otros contratos de servicios (tabla de costos incorporada en escenario 1).

Siendo que la gestión del fiduciario se concentra en mayor proporción en las actividades financieras y operativas, pues la labor de contratación administrativa y administración de contratos es apoyada por parte de las Unidades de gestión, se tendría que analizar si los honorarios de un fiduciario para la atención de este escenario no variarían sensiblemente respecto a actividades del primer escenario.

El incorporar dentro de la SUTEL los costos asociados a las actividades que hoy son realizadas por el fiduciario respecto a contratación administrativa y administración de contratos, así como las contrataciones de las unidades de gestión, modificaría las bases sobre las cuales se dio la interpretación realizada por el órgano contralor, lo que implicaría reformular y replantear la interpretación especificada en el refrendo del contrato de fideicomiso, considerando que al 31 de diciembre del 2020 ese porcentaje tiene una ejecución del 0,37%, con tendencia a aumentar conforme avance la ejecución de los recursos financieros en los programas y proyectos del fondo.

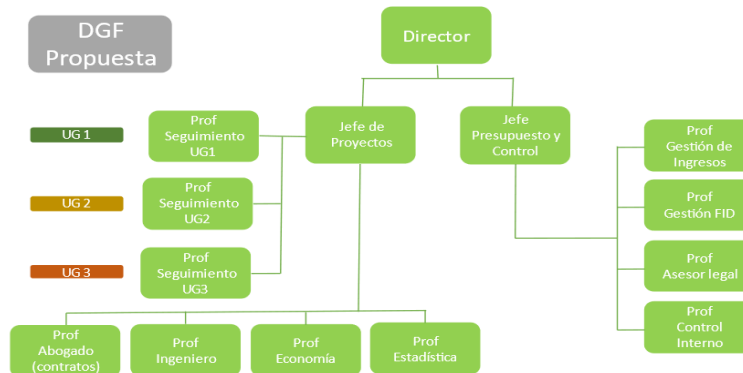
La eventual gestión de los programas y proyectos desde la Sutel, implica un ajuste en las funciones de la DGF, que pasaría a tener un rol de ejecutora y seguimiento de contratos. Resulta para esto indispensable, establecer si estas nuevas funciones serán asumidas de forma transitoria o permanente. Es decir, el ajuste quedaría ligado a la figura de Fideicomiso que defina el Consejo de la Sutel.

La DGF requería indudablemente, ser reforzada en ambos escenarios. Para esto, se ha realizado un estimado preliminar de la estructura que se requeriría en la DGF, la cual debe ser valorada y analizada por la Unidad de recursos humanos de la Sutel (así como eventuales necesidades de la DGO).

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Figura 3: Estructura propuesta para la Dirección General de Fonatel



Es importante indicar que esta propuesta se base en:

- El levantamiento de tareas del Fiduciario
- El seguimiento y fiscalización de las labores de seguimiento del Fideicomiso que realiza la DGF.

Con esta estructura, se buscaría contar con una jefatura de seguimiento de proyectos, en la cual se contaría con un profesional en seguimiento de proyectos para cada una de las Unidades de Gestión, y con un refuerzo de un profesional en derecho, para el seguimiento de los contratos. Asimismo, se buscaría reforzar el control interno asociado al seguimiento de los proyectos con la incorporación de un recurso en este tema. Este ajuste de la estructura interna tendría un costo directo anual estimado preliminarmente en 169 millones de colones por año, según el siguiente detalle aproximado:

Tabla 5: Costos por categoría de profesional en SUTEL

Personal adicional DGF	Costo
1 Profesional Jefe	44.924.922,76
2 Profesionales 5	70.629.611,41
2 Profesionales 2	53.947.898,79
Total	169.502.432,96

Se debe insistir, en que esta estructura tendría que ser valorada en el marco de un estudio sobre la necesidad de plazas, que respalde la cuantificación final de recursos requeridos, los riesgos de no reforzar la Dirección, y donde se definan las clases de profesional, los procesos asociados y funciones que tendrían.

En vista de que al 22 de febrero se tendría que aplicar la orden de la CGR, y en caso de que no se acepte una medida cautelar contra la orden, e podría valorar la utilización de plazas no utilizadas en otras direcciones, asignar asesores de Consejo temporalmente a algunas de estas funciones identificadas, o bien, solicitar la creación de plazas especiales para estos fines, que sería viables para suplir las necesidades ante una actividad que inminentemente sería asumida por la SUTEL, considerando además que el permiso que se está planteando ante la CGR sería para un Fideicomiso financiero.

Se debe valorar, además, las implicaciones sobre la restricción del 1% establecida en el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, así como de un ajuste de este tipo sobre la aplicación de la Regla Fiscal.

En el supuesto de trasladar a la SUTEL funciones que realiza actualmente el Fideicomiso, se correría el riesgo de estar incurriendo en un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 38 de la LGT, si no se encuentra una interpretación a dicho límite que permita distribuir los costos de gestión de los proyectos de los costos de administración del fondo a lo interno de la SUTEL. Esto debido a que la SUTEL podría superar el 1% que fija la LGT para la atención de los programas y proyectos que en la actualidad tiene el Banco Nacional en su

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

condición de Fiduciario, principalmente debido al aumento del personal a contratar. Para esto se hace necesario analizar la interpretación dada por la CGR en el refrendo al contrato GPP SUTEL-BNCR y la posibilidad de extenderla a lo interno de la SUTEL, distribuyendo costos entre gestión de proyectos y administración del fondo.

En la siguiente se detalla el presupuesto ejecutado desde el año 2012 a la actualidad.

Año Presupuestario	Presupuesto Autorizado	Presupuesto Pagado	Patrimonio del Fondo	% pagado / Patrimonio
2012	191.866.379,99	67.316.220,22	101.629.692.243,82	0,07%
2013	413.589.346,00	256.536.002,59	113.775.373.277,97	0,23%
2014	493.287.445,00	340.455.128,76	131.314.808.852,69	0,26%
2015	646.862.549,00	413.997.278,42	143.265.297.526,95	0,29%
2016	984.312.995,00	492.861.550,31	161.306.028.619,68	0,31%
2017	1.314.095.495,00	844.466.160,58	171.550.672.536,94	0,49%
2018	1.238.916.370,00	930.559.632,29	200.978.809.947,83	0,46%
2019	1.092.632.920,00	920.008.552,80	200.140.982.705,87	0,46%
2020	1.033.776.578,00	791.664.454,00	211.188.218.886,12	0,37%
2021	1.045.256.234,00	806.993.192,17	204.683.223.829,88	0,39%

A pesar de que aún no se ha llegado al límite del 1% establecido por la LGT, se debe tomar en cuenta que el patrimonio del Fondo también podrá experimentar un decrecimiento en los próximos años a raíz de los diferentes compromisos adquiridos por el Fideicomiso para el desarrollo de los cinco Programas con cargo a Fonatel.

Dicha disminución del patrimonio del Fondo y ante el eventual incremento de los costos administrativos por tener Sutel que asumir lo que actualmente realiza el Fideicomiso, aumentan el riesgo de que, en el corto plazo, los costos de administración de Fonatel superen el 1% que permite la LGT, como se comprueba en los siguientes apartados.

(...)

Por medio de la Dirección General de FONATEL, la SUTEL realiza y ejecuta una parte de la gestión de proyectos, sobre todo en las etapas de iniciación, planificación y cierre de estos, así como un importante rol como fiscalizador durante las fases de seguimiento y control. Dentro de la responsabilidad que tiene la SUTEL en cuanto a administrar los recursos de FONATEL, este escenario haría que el rol que actualmente ejerce la SUTEL en cuanto a la vigilancia y control constante y oportuno del fondo según lo ha señalado la CGR, se vea modificado por un rol más destinado a la ejecución de actividades operativas y administrativas, en lugar de estratégicas y de fiscalización.

Se pierde el valor agregado que genera la figura del fideicomiso en cuanto a la transparencia y control sobre la ejecución de los procesos de contratación administrativa, debido al nivel de independencia en cuanto a los análisis y criterios técnicos que emite el fideicomiso y sus Unidades de Gestión, tanto en la definición de los términos de referencia de los carteles, la evaluación de ofertas y las recomendaciones de adjudicación, relacionado con los contratos que se suscriben con los operadores y proveedores de servicios que ejecutan los proyectos con cargo a FONATEL y que son finalmente aprobados por el Consejo de la SUTEL, con base en la recomendación de la Dirección General de Fonatel, cumpliendo la Superintendencia su competencia como administrador de los recursos de FONATEL y ejerciendo su responsabilidad de fiscalizador y supervisor sobre la ejecución de los fideicomisos que se constituyen al amparo de la legislación vigente.

En una estructura operativa y de gestión que no inicia de cero, sino que ya viene en ejecución, con contratos e importantes avances, el migrar hacia un nuevo modelo para la administración de FONATEL, puede provocar retrasos y activar riesgos por ser administrados de forma rigurosa, relacionados con la implementación de nuevos procesos que pueden afectar el cumplimiento de los objetivos del fondo y la política pública definida en el PNDT. Entre ellos, trámites legales, recursos informáticos, ajustes a estructura organizacional, curva de aprendizaje (especialización)... " (lo marcado en **negrita** no corresponde al original)

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Sobre el particular es prioritario contar con la versión final de este informe, con el fin de identificar claramente las ventajas y en especial los riesgos que desde la perspectiva técnica se puede tener según el documento borrador

6.- Mediante acuerdo del 28 de enero de 2022 se instruye a la Dirección General de Operaciones sobre una serie de acciones que deben ejecutarse para cumplir con lo ordenado por la Contraloría General de la República en el oficio 22973 (DFOE-CIU-0573) notificado el 17 de diciembre de 2021, para el traslado del fideicomiso del BNCR a la Sutel, la dirección presentó para consideración del CS el informe 01031-SUTEL-DGO-2022, denominado “Atención y observaciones de la Dirección General de Operaciones al acuerdo 002-008-2022 del 28 de enero del 2022, de fecha 4 de febrero y que está en espera de ser conocido por el CS en sesión del jueves 10 de febrero, del se destacan las siguientes advertencias técnicas vinculadas con el expediente analizado en la sesión de hoy.

“

- a. *Preparar el presupuesto extraordinario necesario, para recibir los recursos del fondo, provenientes del Banco Nacional de Costa Rica, a más tardar el 7 de febrero de 2022.*

Al respecto, es necesario señalar que existen limitaciones de orden técnico y legal para el cumplimiento en plazo de esta instrucción:

- 1) *De acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, durante de las etapas de formulación y presupuestación:*

“El resto de las entidades del sector público no financiero deberán elaborar su presupuesto ordinario, extraordinario y modificaciones presupuestarias con pleno apego a lo establecido en el artículo 11 de la presente ley. La verificación del cumplimiento de esta norma estará a cargo de la Contraloría General de la República, la cual considerará, para efectos de la revisión del bloque de legalidad que efectúa, la certificación que emitirá la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria sobre el cumplimiento de la regla fiscal. En caso de que la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria certifique un incumplimiento de la regla fiscal por parte de entidades del sector público no financiero, la Contraloría General de la República valorará esa certificación y resolverá lo que corresponda.”

- 2) *La Certificación del Cumplimiento de la Regla Fiscal¹ mencionada es parte del bloque de legalidad que debe cumplirse en la emisión de un Presupuesto Extraordinario, y es el jerarca de la institución quien asegura al ente contralor que el presupuesto sometido a valoración no excede el monto máximo autorizado para el gasto.*
- 3) *Actualmente, la aplicación de la regla fiscal para el año 2022 implica que el presupuesto máximo a ejecutar por Sutel es de ₡24.653.483.139, teniendo que realizar un ajuste a la baja del presupuesto ordinario aprobado de un monto de ₡140.158.993. Esto significa que los presupuestos extraordinarios que se realicen no pueden incorporar nuevos ingresos al monto total autorizado para la institución, porque de lo contrario la certificación del punto anterior no podría emitirse.*
- 4) *Es necesario entonces, la autorización previa de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria (STAP) que permita la incorporación de nuevos ingresos.*
- 5) *También es necesario definir las cuentas de egreso necesarias y los montos en cada una de las*

¹ Artículo 19 del Título IV de la Ley No. 9635 “Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”, denominado “Responsabilidad Fiscal de la República”, y el artículo 4 de su Reglamento, Decreto Ejecutivo No.41641-H y su reforma, así como de la directriz DM-0238-2021 del 23 de marzo de 2021, bajo el asunto: “Aplicación de la regla fiscal en la formulación de los presupuestos ordinarios y al gasto total ejecutado del 2022, para las entidades y órganos que conforman el Sector Público no Financiero (SPNF)” en la que se indica que las instituciones deberán presentar copia de los mismos a la STAP¹, a fin de que esta proceda a emitir la respectiva certificación sobre el cumplimiento de la regla fiscal.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

subpartidas que conformarán el presupuesto extraordinario, para determinar la asignación presupuestaria de los ingresos que serán trasladados.

- 6) *Teniendo en cuenta las necesidades de recurso humano y tecnológico se deben determinar los costos de esos requerimientos para el Fonatel y su impacto en el 1% aprobado para la Administración del Fondo.*
- 7) *Se hace la advertencia del desequilibrio que podría generar esta situación en el presupuesto ordinario de la institución, al variar los costos indirectos, la utilización de las plazas vacantes y los costos de operación.*

Aspectos presupuestarios necesarios para la elaboración del Presupuesto:

1. Definición de la Estructura programática

Se utiliza la estructura señalada en las Indicaciones para la formulación y remisión a la CGR del presupuesto institucional² señaladas en la sección II “Principales aspectos a considerar con respecto al plan-presupuesto.”

[...]

c) Niveles de presentación de los ingresos y egresos:

El presupuesto debe presentarse de acuerdo con el siguiente nivel:

- i. Ingreso: según el detalle definido en el Clasificador de Ingresos del Sector Público vigente.*
- ii. Gastos: por partida y subpartida por Objeto del gasto, en los respectivos programas presupuestarios y el resumen institucional y por Clasificación Económica, utilizando el apartado correspondiente establecido en el SIPP para su registro.”*

Así las cosas, se requiere definir una estructura programática presupuestaria para la formulación, ejecución y liquidación del Fondo, estas son las posibles opciones...

(...)

El cambio en la estructura se tiene que realizar en el sistema administrativo financiero de la Sutel (ERP) así como el Sistema de Información sobre Planes y Presupuestos, según el cambio que realice en el ERP, puede ser ejecutado por funcionarios de la Institución (Unidad de Finanzas y PPCI) o se tendría que recurrir al soporte de SOIN, adicionalmente, se ejecutan pruebas para evaluar que la funcionalidad es la correcta, todo esto, antes de la carga del extraordinario. Igualmente, en el SIPP, se deben de gestionar los cambios.

Es de vital importancia, definir la estructura programática para preparar el presupuesto extraordinario, solicitado por el Consejo, ya que esto se refleja desde el papel de trabajo en Excel en el cual se formula el presupuesto, se transfiere al informe respectivo, se preparan las plantillas para su carga al ERP y su posterior, registro en el SIPP tanto numérico como adjuntos.

2. Metodología de costos

La metodología para la asignación de los costos de los servicios administrativos de Sutel a las fuentes de financiamiento de Espectro y Fonatel fu requerida por la CGR en su informe No. DFOE- IFR- 07-2015 del 30 de noviembre del 2015, así como señalamientos de la Auditoría Interna de Sutel en informe 002-ICI-2016 “Examen de la formulación y aprobación de cánones en la Sutel 2015” remitido por la Auditoría interna el 11

² Actualización de indicaciones e instrumentos para la formulación de presupuestos 2022, informado vía email por parte de Área para la Innovación y el Aprendizaje den la Fiscalización | DFOE a los involucrados en el proceso presupuestario el día 30 de julio de 2021.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

de marzo del 2016. Dicha metodología busca cumplir los mandatos de los entes indicados, en cuanto a "Establecer un sistema de costeo que le permita a la Administración determinar de manera razonable, el costo que debe atribuírsele a cada fuente de financiamiento existente en Sutel, de conformidad con los diferentes servicios y funciones que realiza cada área o departamento. Lo anterior en cumplimiento de lo establecido en el artículo 82 de la Ley N° 7593 y el artículo 5 del Reglamento para la aprobación de los proyectos de cánones de la ARESEP y de la SUTEL." (agregar de prueba el informe DFOE- IFR- 07-2015 de la CGR y la última versión de la Metodología de Costos).

La más reciente actualización se presentó y se aprobó por el Consejo en el mes de noviembre del 2021. Las funciones adicionales que deberá realizar cada Dirección de la SUTEL se deberán registrar a través de esta metodología que impactaría considerablemente el costo que se ha venido cargando a Fonatel desde su inicio de operaciones. Con esto se podría materializar el riesgo de que el costo administrativo establecido para Fonatel, supere el 1% del patrimonio del fondo, como lo establece la LGT.

Esto se podrá verificar en el momento en que los funcionarios de Sutel procedan a registrar el tiempo dedicado a las actividades y procesos de Fonatel, los cuales aumentarán considerablemente al asumir las funciones que ahora realiza el Fideicomiso del BNCR.

3. Definición de las justificaciones de ingresos y egresos

Todos presupuestos ordinarios y extraordinarios deben contener en su informe además de la presentación programática explicada anteriormente, las justificaciones respectivas sobre los ingresos y egresos que se solicitan ya sean para su incorporación y/o modificación. Dicho esto, las Indicaciones para la formulación y remisión a la CGR del presupuesto institucional³ señaladas en la sección II "Principales aspectos a considerar con respecto al plan-presupuesto." indican lo siguiente:

[...]

d) Contenido del documento presupuestario sujeto a aprobación externa:

De acuerdo con lo dispuesto en la Norma 2.2.6 de las NTPP el presupuesto debe de contener lo siguiente:

- *Una sección de ingresos*
- *Una sección de gastos*
- *Una sección de información complementaria*

Cada sección deberá contener la información que se establece en la norma 4.2.14 de las NTPP. Con respecto a la información complementaria, definida en el inciso b) iii) de la norma antes citada, se recuerda, entre otras cosas lo siguiente:

- *Ingresos: aportar información amplia respecto a la estimación de ingresos y la información requerida para los casos específicos mencionados en el inciso b) iii) de la norma anteriormente citada (impuestos, tasas, tarifas, transferencias, financiamiento interno y externo, recursos de vigencias anteriores). Es importante recordar la necesidad de que las estimaciones de los ingresos durante la formulación presupuestaria estén debidamente respaldadas en supuestos técnicamente fundamentados y documentados, utilizando para ello métodos financieros, matemáticos, estadísticos, entre otros; considerando el programa macroeconómico emitido por la instancia competente y otras variables del entorno que afectan el accionar de la institución. [...]*
- *Gastos: Se deben aportar las justificaciones de los gastos a nivel de programa y por partida, así*

³ Actualización de indicaciones e instrumentos para la formulación de presupuestos 2022, informado vía email por parte de Área para la Innovación y el Aprendizaje den la Fiscalización | DFOE a los involucrados en el proceso presupuestario el día 30 de julio de 2021.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

como la información que corresponda para aquellos casos particulares, según se establece en la norma 4.2.14 (remuneraciones, transferencias, amortización e intereses de la deuda).

[...]

Como se indicó en el apartado de ingresos, las estimaciones de los gastos deben estar respaldadas en supuestos técnicamente fundamentados y documentados, considerando el programa macroeconómico emitido por la instancia competente y otras variables del entorno que afectan el accionar de la institución.

Con base en lo anterior, se requiere como justificación para los ingresos, el contrato de finiquito de la relación fiduciaria entre la Sutel y el BNCR, ya que con este se evidencia el por qué estos ingresos se encuentran en las arcas de la Institución. Se infiere que al término de la relación contractual (22/02/2022) el BNCR entregará a la Sutel, documentos tales como: Estados Financieros, presupuesto 2022, contratos con las unidades ejecutoras entre otros, lo que permitirá a la Institución analizar y determinar los ingresos y egresos que se requieren incorporar, ya que es, evidente que no se incorporará el valor total del Fondo, sino únicamente lo que se va a ejecutar en el periodo 2022. Incorporación que se realizará mediante un instrumento financiero, como lo es el presupuesto extraordinario, dado que por Ley se tiene la obligación de administrar este Fondo.

En consecuencia, para los egresos, se requiere como justificación los contratos de prestación de servicios que mantiene el Banco Fiduciario con las unidades ejecutoras, es importante determinar jurídicamente, si es necesario realizar un cambio del titular del contrato, debido a la extinción del fideicomiso.

4. Certificación de cumplimiento de bloque de legalidad y certificación de cumplimiento de regla fiscal.

Como parte de los anexos que se remiten en cada presupuesto ordinario y extraordinario, se incluyen debidamente firmadas dos certificaciones, la primera se refiere al cumplimiento del bloque de legalidad, que es firmada por el Director General de Operaciones y la segunda certificación se refiere a que en el presupuesto que se está presentando a la CGR se verifica que se cumple con el límite de crecimiento que establece la regla fiscal, que es firmada por el Presidente del Consejo, ambas son requisitos de admisibilidad ante el Órgano Contralor. Dentro de las indicaciones para la formulación y remisión a la CGR del presupuesto institucional⁴ señaladas en la sección II "Principales aspectos a considerar con respecto al plan-presupuesto:" indican lo siguiente:

e) Información adicional importante de presentar para la aprobación externa:

i. Certificación de verificación de requisitos del bloque de legalidad presupuestario:

Será requisito para el trámite de los documentos presupuestarios que se adjunte en el SIPP la "Certificación de verificación de requisitos del bloque de legalidad presupuestario" que debe cumplir el presupuesto inicial y sus variaciones de los entes y órganos sujetos a la aprobación presupuestaria de la Contraloría General de la República, debidamente llena y firmada por parte del funcionario designado formalmente por el Jerarca Superior o titular subordinado como responsable del proceso de formulación presupuestaria, según la norma 4.2.14 inciso c) ii) de las NTPP.

(...)

ii. Certificación del Jerarca Administrativo sobre el cumplimiento de la Regla Fiscal establecida en el artículo 11 del título IV de la Ley N.º 9635 "Fortalecimiento de las

⁴ Actualización de indicaciones e instrumentos para la formulación de presupuestos 2022, informado vía email por parte de Área para la Innovación y el Aprendizaje den la Fiscalización | DFOE a los involucrados en el proceso presupuestario el día 30 de julio de 2021.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

(...) Finanzas Públicas”, 21 para la presentación de presupuestos extraordinarios

5. Sobre los presupuestos extraordinarios a presentar ante la CGR

La fecha máxima para la presentación de los presupuestos extraordinarios ante la CGR según la NTP 4.2.11 es el 30 de setiembre de cada periodo:

(...)

Respecto al plazo que tiene la CGR para aprobar el presupuesto extraordinario presentado la NTP 4.2.20 señala:

“El plazo máximo para resolver los presupuestos extraordinarios será de 20 días hábiles a partir de la fecha de recibo.”

Sobre la cantidad de presupuestos extraordinarios que se pueden presentar la NTP 4.3.11 señala que “el presupuesto institución sólo podrá ser variado por medio de tres presupuestos extraordinarios aprobados o aprobados parcialmente...”

(...)

Así las cosas, ya está en gestión ante el Consejo el Presupuesto Extraordinario 01-2022, quedando dos para el resto del periodo, tomando en consideración que en los últimos dos periodos, se han realizado extraordinarios a mitad de periodo para evaluar la gestión presupuestaria y su posible devolución de recursos a los Operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones mediante una disminución en la facturación del canon de regulación 2022 en cobro, estaríamos consumiendo otros presupuesto extraordinario, resultando en únicamente un presupuesto adicional para gestionar los recursos del Fondo, tal y como lo solicita el acuerdo del Consejo.

- b. *Llevar a cabo la apertura del segmento de Fonatel en la contabilidad de Sutel, apertura de cuentas para la recepción de los recursos del fondo y todas aquellas acciones necesarias para la gestión de los recursos financieros que se encuentran en el Fideicomiso.*

Al respecto, es necesario señalar que existen limitaciones de orden operativo y legal para el cumplimiento en plazo de esta instrucción. La unidad de Finanzas de acuerdo con las funciones establecidas en el RIOF, le correspondería atender este punto del acuerdo. Al respecto, de manera general, a continuación, se indican las acciones necesarias para la gestión de los recursos financieros que se encuentran en el Fideicomiso y que son muchas más que solamente la apertura del segmento de Fonatel en la contabilidad y la apertura de cuentas para la recepción de los recursos del fondo.

(...)

1. *Administración del portafolio de inversión: (...)*
2. *Control del Flujo de Caja (real y proyectado): (...)*
3. *Gestión contable y tributaria:*
4. *Gestión del presupuesto:(...)*
5. *5.- Gestión de Pagos y Tesorería (...)*

- c. *Elaborar y llevar a cabo la contratación de un servicio de un custodio (inversiones de bolsa) y una custodia de valores (inversiones en bancos), con base en el auxiliar de inversiones del Fideicomiso.*
(...)

- d. *Preparar y llevar a cabo el trámite de exenciones del IVA con el Ministerio de Hacienda.*

- e. *Coordinar con el Banco, el Ministerio de Hacienda y la Unidad de Gestión, reunión para definir el*

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

- f. *proceso de exoneración de equipos Programa Centros Públicos Equipados. (...)*
En relación con los costos de administración contemplados en el artículo 38 de la LGT (1%), debe analizarse la interpretación dada en el refrendo del contrato de fideicomiso SUTEL-BNCR y presentar al Consejo una alternativa que permita distribuir costos a lo interno de la Sutel, entre la administración del fondo y la gestión de los proyectos.

Este punto será atendido por Dirección General de Fonatel, sujeto a revisión de la DGO.

- g. *Identificar las plazas que no están nombradas ni en proceso de concurso, con el fin de que el Consejo, las considere en la atención del cumplimiento de la Orden de la Contraloría General de la República, en el plazo de 5 días hábiles.*
(...) Es importante tener presente las siguientes consideraciones a la hora de decidir disponer alguna de estas plazas para cubrir la necesidad inmediata en la DGF.

- 1. Las plazas vacantes correspondientes al programa 2. Regulación y 3. Espectro (9 de las 15 vacantes), tienen su propia fuente de financiamiento, por lo que, en caso de valorar el traslado de la plaza, es importante dejar claro la necesidad de buscar los recursos presupuestarios requeridos en la fuente de financiamiento correspondiente.*
- 2. Las plazas vacantes del programa 1. Administración Superior solamente tienen un presupuesto del 11,36% en la fuente de financiamiento de FONATEL, por lo que se deben buscar previamente los recursos presupuestarios requeridos en la fuente de financiamiento correspondiente.*
- 3. De las 15 plazas vacantes, 5 tienen un propietario; poseen un nombramiento temporal en otras plazas, por lo que no se puede disponer de ellas.*

- h. *Presentar al Consejo, un cronograma, para la eventual contratación de personal (plazas y/o servicios especiales) requerido para atender el cumplimiento de la Orden de la Contraloría General de la República, en el plazo de 5 días hábiles*
No es posible el cumplimiento de dicha disposición por limitaciones técnicas.

Para poder establecer un cronograma de contratación, es indispensable clarificar aspectos asociados a la temporalidad de los recursos y a la operacionalización de los procesos. La primera interrogante que debe ser aclarada por parte del equipo de gobernanza es:

- ¿Este es un cambio temporal o permanente? Este es el primer criterio requerido para establecer el perfil de cada puesto y el tipo de contratación que se estaría requiriendo. Asimismo, si es permanente esto implica previamente una reorganización administrativa de la DGF, lo cual requiere un análisis y propuesta que debe ser aprobado previamente por la Junta Directiva, según lo estipulado en los artículos del 96 al 101 del Reglamento Autónomo de las relaciones de servicio entre la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, su órgano desconcentrado y sus funcionarios (RAS).*

Para poder cumplir con esta solicitud la Unidad de Recursos Humanos debe conocer con precisión los detalles asociados a los recursos solicitados

- 1. ¿Son recursos asociados a la partida de cargos fijos (tiempo indefinido)?*
- 2. ¿Son recursos por servicios especiales?*
- 3. ¿Es una combinación de ambos?*
- 4. ¿Cuántos recursos y con qué perfiles?*
- 5. ¿Se realizó un estudio sobre la necesidad de plazas, en cuanto a la cuantificación de los recursos, riesgos de no efectuar la contratación, descripción de clase profesional, claridad en los procesos y las funciones en las que participarán?*

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Se requiere previamente la información anterior como mínimo, adicional a un aspecto indispensable que es la certificación de contenido presupuestario que evidencie la sostenibilidad. De ahí la importancia, además, de clarificar los costos asociados a eventuales contrataciones y cómo se les brindará el respectivo presupuesto para todos los efectos.

Si estas interrogantes iniciales aún no están claras, la Unidad de Recursos Humanos deberá realizar el estudio de plazas, que evidentemente ampliará el cronograma de trabajo y surgirán interrogantes que deben estar resueltas previamente; como ejemplo:

- 1. ¿El RIOF contempla las nuevas disposiciones o debe ser modificado en cuando a la DGF así como otras unidades involucradas? Lo anterior porque esto no afecta solamente la operación de la DGF, sino también que podría modificar el alcance del Consejo SUTEL y de la DGO.*
- 2. ¿Los perfiles de cargo contemplan ya estas funciones? o son nuevas y, por lo tanto, requiere modificaciones, inclusive podría presentarse la necesidad de crear nuevos cargos, reasignar plazas o realizar permutas.*

La recomendación, por sentido de urgencia, es que se canalice con el Banco Nacional, la posibilidad de ir a realizar un proceso de observación, entender cómo funciona el fideicomiso, cuáles son los procesos, cómo son los flujos, cuántos recursos participan y cuáles perfiles tienen los puestos; esto serviría de insumo principal para determinar cómo debe funcionar la DGF con estas nuevas actividades, cuántos recursos requiere y cuál es el perfil. Todo eso debe estar definido previamente a realizar un cronograma, previo a un proceso concursal.

Clarificando todos estos aspectos ya se podría establecer un cronograma preliminar, sería irresponsable de nuestra parte gestionar sin el debido proceso.

- i. Identificar y elaborar un cronograma, de las contrataciones de servicios, que se requieren para la gestión y administración de los recursos del Fondo en Sutel.*

Este ítem le corresponde a la Dirección de Fonatel.

- j. Analizar en conjunto con el Banco Nacional, la forma de tramitar las facturas que han sido emitidas a nombre de del Fideicomiso y que no serán pagadas al 22 de febrero de 2022.*

Aunado a las acciones presentadas anteriormente, aun cuando el acuerdo en mención no hace referencia explícita a la parte documental que conserva el Banco actualmente sobre la Administración del Fideicomiso, es necesario considerar que para la transferencia de los documentos y expedientes a la Sutel, el área de Gestión Documental (UGD) requiere conocer de previo, la cantidad, soporte y tratamiento de los documentos a trasladar, esto con el fin de poder hacer las provisiones de espacio físico y electrónico, así como los recursos económicos y humanos que se requieren para revisar y verificar en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 62. Requisitos de Transferencia del Reglamento Ejecutivo a la Ley 7202 del Sistema Nacional de Archivos. Este proceso, además, requiere de la coordinación con la Unidad de Tecnologías de Información para que realice las consideraciones necesarias en cuanto a tiempos y costos por espacio en el centro de almacenamiento actual o futuro, así como de las modificaciones que se deban realizar en la estructura de los sistemas.

Adicionalmente, se deben considerar que una vez asumida la Administración del Fideicomiso por la Sutel el volumen de recepción, generación y procesamiento de información se vería altamente incrementado, lo cual sobrepasaría la capacidad operativa actual, afectando el cumplimiento de los plazos establecidos en la legislación vigente para la actualización de expedientes. La UGD está en la mayor disposición de realizar las tareas necesarias para la conservación, tratamiento y resguardo de la información, pero con los recursos actuales se ve limitada operativa y técnicamente para asumirlas.

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

Conclusiones:

Las observaciones anteriores se presentan con el fin de proveerle al Consejo, como unidades de carácter técnico, de insumos adicionales para reconsiderar la forma en que deben realizarse las diferentes actividades asignadas a la DGO mediante el acuerdo 002-008-2022, a fin de que las actuaciones que se deban realizar, permitan el cumplimiento de los objetivos que son necesarios para implementar la disposición de la Contraloría General de la República respecto al Fondo Nacional de Telecomunicaciones, con eficiencia, eficacia y economía, basados en la ciencia y la técnica, tal y como establece el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, que señala, en lo que interesa, lo siguiente:

“Artículo 16.-

1. *En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.*

(...)”

Cada una de las acciones por ejecutar, sobre lo cual presentamos observaciones que deben ser consideradas antes o para su ejecución, deben ser evaluadas a la luz de lo citado en el artículo anterior y en el artículo 3 de la ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, que estipula:

“Artículo 3º-Deber de probidad.

El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente”.

Se recomienda respetuosamente elaborar previamente un plan de lo que implica aplicar la disposición de la CGR, que contenga las fases de ejecución para cada entregable requerido e incluya a todos los actores en el proceso, de forma coordinada y no aislada, con un responsable a cargo por cada uno de los grupos de trabajo, con el cual debe elaborarse un cronograma de trabajo, la definición de la metodología aplicar en otros casos, y los responsables de dirigir cada parte; en todo caso deben considerarse los insumos técnicos y legales que se requieren previamente para poder presentar los entregables que le sean requeridos a cada unidad de la Sutel.” (lo marcado con negrita no es del original)

Tal como se ha indicado la integralidad del acuerdo tomado el 28 de enero permite comprender la ruta fijada por el CS, por lo que se recomendó conocer previo a la definición del fideicomiso financiero, las consultas emitidas por la DGO. Si bien, algunas de ellas corresponden a una interpretación respecto a la absorción total del fideicomiso por parte de SUTEL y también se logran identificar elementos que coinciden entre otros informes ya indicados y que podrían configurar un riesgo de implementación, tal es el caso de la reiterada necesidad de reforzamiento de la DGF y su vínculo con el 1% del art. 38 LGT.

7.- Documento sometido a conocimiento del Consejo para sesión. De conformidad con la información suministrada por medio de la plataforma felino, el único documento sometido al Consejo fue una versión final de una propuesta de *solicitud de permiso para contratar en forma directa, por un periodo determinado, la administración de los recursos financieros del Fondo Nacional de Telecomunicaciones en atención a lo dispuesto en los artículos 2bis inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 146 y 147 de su Reglamento.* Es por ello por lo que se consideró oportuno que para la toma de decisión se contara con:

a.- El respaldo de un informe técnico integral que justifique más que el trámite la figura utilizada, que responda a los riesgos indicados en informes paralelos de conocimiento del CS, que garantice al menos la situación

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

referida respecto al 1% definido en la LGT, la ponderación del reforzamiento de la DGF y la claridad respecto a que dicha propuesta por el trámite requerido y de conformidad con las observaciones emitidas en la sesión por la asesoría del Consejo la propuesta aprobada no podría implementarse antes del 22 de febrero siendo esta la fecha límite de vigencia del FID actual. Elementos que entendemos estarían incluidos en el informe de ampliación de escenarios indicado en el punto 5 de este voto.

b.- El respaldo técnico por medio de informe con el estudio de Mercado, señalado en la propuesta de la solicitud de permiso:

“... Para definir el monto estimado del negocio esta Superintendencia solicitó en igualdad de condiciones al Banco Nacional de Costa Rica, al Banco de Costa Rica y al Banco Popular, información para efectuar un estudio previo de mercado sobre la figura del fideicomiso financiero para los recursos financieros de FONATEL. En este sentido, los montos indicados por dichos bancos fueron los siguientes:

- *Banco Popular y de Desarrollo Comunal: no presentó muestra de interés en el plazo dado.*
- *Banco de Costa Rica: mediante oficio ESFERA-2022-03-04 del 07 de febrero del 2022 plantea lo siguiente:*

DESCRIPCION	MONTO/ PORCENTAJE
% sobre el monto (colonizado) de los rendimientos mensuales generados por el portafolio de inversión (incluyendo primas y descuentos). Calculada al cierre contable de cada mes y pagadera por mes vencido.	1,25%
Monto fijo por trámite de pago. Calculado al cierre de cada mes con base en la cantidad de pagos (desembolsos) tramitados y pagadera por mes vencido.	€5.000.000,00
Monto de honorarios mínimo mensual. Se entiende como el monto de honorarios que como mínimo cobrará el fiduciario por mes, en caso de que la suma de los honorarios calculados en las líneas anteriores sea un monto menor.	€17,500,000.00

- *Banco Nacional de Costa Rica: mediante oficio FID-509-2022 del 07 de febrero del 2022 plantea lo siguiente:*

Tarifa mensual de €12.685.939,25 (doce millones seiscientos ochenta y cinco mil novecientos treinta y nueve mil colones con 25/100) moneda en curso de la república de Costa Rica, **ajustable anualmente de conformidad con la fórmula de reajuste de precios establecida por la Contraloría General de la República.**

Por lo tanto, se estima la contratación del Banco Nacional en la suma de €12.685.939,25; monto que se considera razonable al comparar la información remitida por las demás entidades financieras y además en virtud que el Banco Nacional ha sido el Fiduciario de dichos recursos por 10 años por lo que tiene un mejor conocimiento de las transacciones e implicaciones que conlleva la administración financiera del FONATEL...” (lo destacado en negrita no es del original)

En conclusión, mi voto minoría se fundamenta en:

1. Se coincide con el CS respecto a la relevancia en la toma de decisión eficiente y prioritaria para avanzar en forma efectiva y con robustez técnica en la atención de la orden de la CGR, pero lo anterior debe complementarse con la situación propia del vencimiento del contrato el 22 de febrero y la propuesta presentada el día de hoy no coadyuba a lograr ese punto por que como se ha indicado el plazo para eventualmente ponerlo en implementación será por la poco de 3 a 6 meses. Más bien

09 de febrero del 2022

SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2022

podría configurar un segundo riesgo cuando se deba trasladar al FID integral lo aquí promovido.

2. Se considera imperativo que antes de aprobar la solicitud de permiso propuesta para la sesión el Consejo cuente con *un estudio integral o al menos el análisis previo de los informes citados, ya que estos responden al acuerdo del 28 enero y por tanto entiendo a una visión estratégica diseñada a partir de estos.*

Lo anterior, permitirá confirmar o no la visión diseñada y en especial equilibrar los *presuntos riesgos establecidos en dichos informes, así como contar con la versión final de aquellos borradores citados aquí, los cuales en apariencia coinciden con la necesidad de vigilar la implementación desde SUTEL los programas y proyectos, en especial por el pendiente el fortalecimiento a la DGF, la DG, la seguridad jurídica referente al 1%,, el tema pendiente de respuesta de Hacienda de la Regla Fiscal, el estudio de mercado referente al fideicomiso financiero, entre otros y el abordaje de la parte financiera mientras se configura el acuerdo tomado hoy.*

3. Tal como se ha sostenido en diferentes reuniones y sesiones *se coincide con la asesoría jurídica, respecto a que es la medida cautelar el instrumento jurídico que permitirá a la SUTEL el espacio para licitar un cartel (el cual ya existe) de un nuevo fideicomiso y con ello evitar los riesgo advertidos, siendo esta la ruta definida por el Consejo en el año 2018, ratificada el 2019 y confirmada en el 2020, así como en la reunión del 24 de enero 2022.*

A LAS ONCE HORAS Y TREINTA Y CINCO MINUTOS FINALIZA LA SESIÓN

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO DEL CONSEJO

GILBERT CAMACHO MORA
PRESIDENTE DEL CONSEJO

HANNIA VEGA BARRANTES
MIEMBRO DEL CONSEJO
VOTO DISIDENTE AL ACUERDO 002-011-2022