

3542-SUTEL-SCS-2018

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el artículo 35 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria 024-2018 celebrada el 25 de abril del 2018, mediante acuerdo 021-024-2018, de las 14:00 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-144-2018

“CIERRE Y ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO DE CARÁCTER SANCIONADOR TRAMITADO CONTRA EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD POR PRESUNTAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS”

EXPEDIENTE C0059-STT-MOT-OT-00151-2012

RESULTANDO

1. Que el 27 de noviembre de 2012 mediante oficio 94_CMW_2012 (NI-7256-12) la empresa CALLMYWAY NY S.A. presentó ante la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) formal denuncia contra el ICE por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas en el servicio de telefonía móvil (folios 3 a 62).
2. Que el 28 de febrero de 2013 mediante oficio 01005-SUTEL-DGM-2013 la DGM presentó su *“Informe sobre el estado del análisis de la denuncia presentada contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas en el mercado de telefonía móvil”* (folios 63 a 77).
3. Que el 18 de marzo de 2013 mediante oficio 01285-SUTEL-SCS-2013 la Secretaría del Consejo de la SUTEL comunicó el acuerdo 030-013-2013 de la sesión 013-2013 celebrada por el Consejo de la SUTEL el día 06 de marzo de 2013, en el cual se acordó trasladar el expediente C0059-STT-MOT-OT-00151-2012 a la Comisión para Promover la Competencia (Coprocom) (folios 78 a 79).
4. Que el 01 de abril de 2013 mediante oficio 01521-SUTEL-DGM-2013 la DGM solicitó a la Coprocom emitir su criterio respecto a la procedencia o no de llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo contra el ICE por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas en el servicio de telefonía móvil (folios 80 a 83).
5. Que el 02 de mayo de 2013 mediante Opinión 06-13 (NI-3204-13) la Coprocom remitió su criterio positivo respecto a la procedencia de llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo contra el ICE por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas en el servicio de telefonía móvil (folios 84 a 97).
6. Que el 12 de julio de 2013 mediante oficio 03507-SUTEL-DGM-2013 la DGM presentó su *“Informe de recomendación sobre la Procedencia o no de la Apertura de un Procedimiento Administrativo contra el Instituto Costarricense de Electricidad por presuntamente cometer Prácticas Monopolísticas Relativas en el Mercado de Telefonía Móvil”* (folios 93 a 113).
7. Que el 08 de agosto de 2013 se notificó la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-226-2013 de las 11:10 horas del 19 de julio de 2013, mediante la cual se lleva a cabo la apertura del procedimiento administrativo sancionador contra el ICE por supuestas prácticas monopolísticas relativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 incisos c), i) y j) de la Ley 8642 (folios 114 a 123).
8. Que el 20 de enero de 2014, mediante oficio 00251-SUTEL-SCS-2014, la Secretaría del Consejo de la SUTEL, notificó el acuerdo 011-001-2014 de la sesión ordinaria 001-2014 del Consejo de la SUTEL, a través

3542-SUTEL-SCS-2018

del cual se amplió la apertura del procedimiento administrativo sancionador que se había llevado a cabo por resolución RCS-226-2013 contra el ICE por supuestas prácticas monopolísticas relativas (folios 124 a 132).

9. Que el 29 de enero de 2014, mediante resolución 002-SUTEL-RDGM-2014, el Órgano Director del procedimiento llevó a cabo la respectiva intimación de hechos e imputación de cargos al ICE (folios 133 a 143).
10. Que el 31 de enero del 2014 mediante escrito sin número (NI-0847-2014), el ICE presentó formal recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra de la resolución del Órgano Director 002-RDGM-SUTEL-2014 de las 08:30 horas del 29 de enero del 2014 (folios 144 a 153).
11. Que el 18 de febrero del 2014 se notificó la resolución 003-SUTEL-RDGM-2014 de las 11:00 horas del 18 de febrero de 2014, mediante la que el Órgano Director acogió parcialmente el recurso interpuesto por el ICE en contra de la resolución 002-SUTEL-RDGM-204 (folios 156 a 168).
12. Que el 24 de febrero de 2014, mediante el oficio 01138-SUTEL-DGM-2014 el Órgano Director rindió a la Unidad Jurídica el informe que ordena el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública, respecto al recurso de apelación presentado por el ICE contra la resolución 002-SUTEL-RDGM-2014 de las 8:30 horas del 29 de enero del 2014 (folios 169 a 173).
13. Que el 27 de marzo del 2014, mediante oficio 01828-SUTEL-UJ-2014 la Unidad Jurídica rindió al Consejo de la SUTEL el informe jurídico sobre el recurso de apelación interpuesto por el ICE contra la resolución del Órgano Director S002-SUTEL-RDGM-2014 de las 8:30 horas del 29 de enero del 2014 (folios 174 a 180).
14. Que el 04 de abril del 2014 mediante oficio 02115-SUTEL-SCS-2014, la Secretaría del Consejo de la SUTEL, notificó a la Unidad Jurídica el acuerdo 005-021-2014 de la sesión ordinaria 21-2014 del Consejo de la SUTEL, en la cual se acordó dar por recibido y acoger en su totalidad el informe rendido en el oficio 01828-SUTEL-UJ-2014 y solicitar a la Unidad Jurídica elaborar la resolución correspondiente (folios 294 a 295).
15. Que el 09 de abril del 2014 mediante oficio 02326-SUTEL-SCS-2014, la Secretaría del Consejo de la SUTEL, notificó a la DGM el acuerdo 005-022-2014 de la sesión ordinaria 022-2014 del Consejo de la SUTEL, en la cual se adoptó la resolución RCS-065-2014 a través de la cual se declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el ICE contra la resolución del Órgano Director 002-RDGM-SUTEL-2014 de las 8:30 horas del 29 de enero de 2014 (folios 181 a 189).
16. Que el 26 de agosto del 2014 mediante el oficio 05557-SUTEL-DGM-2014, el Órgano Director solicitó a CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. información para ser incorporada al expediente (folios 191 a 194).
17. Que el 26 de agosto del 2014, mediante el oficio 05559-SUTEL-DGM-2014, el Órgano Director solicitó a TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. información para ser incorporada al expediente (folios 195 a 198).
18. Que el 26 de agosto del 2014, mediante el oficio 05560-SUTEL-DGM-2014, el Órgano Director solicitó a TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. información para ser incorporada al expediente (folios 199 a 202).
19. Que el 26 de agosto del 2014, mediante el oficio 05561-SUTEL-DGM-2014, el Órgano Director solicitó a RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. información para ser incorporada al expediente (folios 203 a 207).
20. Que el 05 de setiembre del 2014 mediante escrito (NI-07773-2014), los señores Carlos Cerdas Delgado e Ileana Reyes Rivas, en nombre de la Asesoría Jurídica de RACSA, dan respuesta a la solicitud de información 05561-SUTEL-DGM-2014 (folios 208 a 209).
21. Que el 02 de setiembre del 2014 mediante oficio 05768-SUTEL-DGM-2014, el Órgano Director solicitó al ICE información para ser incorporada al expediente (folios 210 a 214).

3542-SUTEL-SCS-2018

22. Que el 09 de setiembre del 2014 mediante escrito (NI-7837-2014), el señor Román Fallas Cordero, en su condición de asesor legal de TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. solicitó una prórroga para contestar el oficio 05560-SUTEL-DGM-2014 (folio 215).
23. Que el 16 de setiembre del 2014, mediante oficio 06171-SUTEL-SCS-2014, la Secretaría del Consejo de la SUTEL, notificó a las partes el acuerdo 037-052-2014 de la sesión ordinaria 052-2014 del Consejo de la SUTEL, en la cual se acordó ampliar la apertura del procedimiento administrativo seguido en el expediente administrativo de marras para que se investigue también la posible infracción por parte del ICE del artículo 54 inciso a) de la Ley 8642, referente a la práctica de discriminación (folios 216 a 219).
24. Que el 17 de setiembre del 2014 mediante el oficio 6241-SUTEL-DGM-2014, el Órgano Director concedió a TELEVISORA DE COSTA RICA una prórroga para dar respuesta al oficio 05560-SUTEL-DGM-2014 (folios 220 a 221).
25. Que el 28 de agosto del 2014 por escrito (NI-07433-2014), el señor Marco López Volio, en su condición de apoderado de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., presentó recurso de revocatoria en contra del oficio 05559-SUTEL-DGM-2014 y solicitud de pronto despacho del expediente OT-00212-2011 (folio 222 a 226)
26. Que el 29 de agosto del 2014 mediante escrito (NI-07474-2014), el señor Marco López Volio, en su condición de apoderado de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., presentó formal desistimiento del recurso de revocatoria interpuesto en contra el oficio 05559-SUTEL-DGM-2014 (folio 227).
27. Que el 19 de setiembre del 2014 por escrito (NI-08271-2014) el señor Román Fallas, en su condición de asesor legal de TELEVISORA DE COSTA RICA S.A., brindó la información solicitada en el oficio 05560-SUTEL-DGM-2014 (folios 228 a 234).
28. Que el 23 de setiembre del 2014 por escrito (NI-8394-2014), el señor José Luis Navarro Vargas, en su condición de Director de la Dirección Relaciones Regulatorias de la División Jurídica Institucional del ICE, solicitó una prórroga de dos meses para brindar la información solicitada en el oficio 05768-SUTEL-DGM-2014 (folio 235).
29. Que el 22 de setiembre de 2014, el Órgano Director mediante resolución 0038-SUTEL-RDGM-2014 a las 08:30 horas, acogió de plano la solicitud de desistimiento del recurso de revocatoria contra el oficio 5559-SUTEL-DGM-2014 (folios 236 a 241).
30. Que el 22 de setiembre del 2014 mediante el oficio 06353-SUTEL-DGM-2014, el Órgano Director consultó a CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. si ha tenido algún problema para suministrar la información requerida en el oficio 05557-SUTEL-DGM-2014 (folios 242 a 243).
31. Que el 22 de setiembre del 2014, mediante el oficio 06354-SUTEL-DGM-2014 el Órgano Director consultó a TELEFÓNICA DE COSTA RICA S.A., si ha tenido algún problema para suministrar la información requerida en el oficio 05559-SUTEL-DGM-2014 (folios 244 a 245).
32. Que el 25 de setiembre del 2014, el Órgano Director mediante resolución 0039-SUTEL-RDGM-2014 de las 8:30 horas, amplía el auto de intimación de hechos e imputación de cargos llevado a cabo mediante resolución 002-SUTEL-RDGM-2014 (folios 246 a 259).
33. Que el 30 de setiembre del 2014, mediante escrito sin número (NI-8607-2014) el ICE interpuso un recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra de la resolución de ampliación de la intimación 0039-SUTEL-RDGM-2014 de las 08:30 horas del 25 setiembre del 2014 (folios 260 a 268).
34. Que el 08 de octubre del 2014 por escrito (NI-9004-2014), el señor José Pablo Rivera Ibarra, en su condición de Gerente de Regulación de TELEFÓNICA DE COSTA RICA S.A., informa que se encuentran trabajando

3542-SUTEL-SCS-2018

en la recopilación de la información solicitada mediante oficio 05559-SUTEL-DGM-2014, por lo que solicita una extensión del plazo para facilitar la información (folio 271).

35. Que el 13 de octubre del 2014 mediante oficio 600-1351-2014 (NI-9009-2014), el señor Jaime Palermo Quesada, en su condición de Gerente de Telecomunicaciones del ICE, interpuso un recurso de apelación en subsidio contra la resolución de ampliación de intimación 0039-SUTEL-RDGM-2014 de las 08:30 horas del 25 de setiembre del 2014 (folios 272 a 274).
36. Que el 08 de octubre del 2014, el Órgano Director mediante la resolución 047-RDGM-SUTEL-2014 de las 09:00 horas, acogió parcialmente el recurso de revocatoria interpuesto por el ICE contra la resolución 0039-SUTEL-RDGM-2014 de las 08:30 horas del 25 setiembre del 2014 (folios 275 a 283).
37. Que el 08 de octubre del 2014, mediante oficio 06865-SUTEL-DGM-2014, el Órgano Director rindió a la Unidad Jurídica el informe que ordena el artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública respecto al recurso de apelación presentado por el ICE contra la resolución 0039-SUTEL-RDGM-2014 de las 08:30 horas del 25 de setiembre del 2014 (folios 286 a 291).
38. Que el 09 de octubre del 2014, mediante el oficio 06979-SUTEL-DGM-2014 el Órgano Director amplió a TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. el plazo para brindar la información requerida mediante el oficio 05559-SUTEL-DGM-2014 (folios 292 a 293).
39. Que el 22 de octubre del 2014, mediante el oficio 07351-SUTEL-DGM-2014 el presidente del Órgano Director requirió a TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. presentar a la mayor brevedad la información solicitada mediante el oficio 05559-SUTEL-DGM-2014 (folios 296 a 297).
40. Que el 22 de octubre del 2014, mediante el oficio 07352-SUTEL-DGM-2014, el presidente del Órgano Director requirió a CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. presentar a la mayor brevedad la información solicitada mediante el oficio 05557-SUTEL-DGM-2014 (folios 298 a 299).
41. Que el 06 de noviembre del 2014, mediante el oficio 07843-SUTEL-DGM-2014 el presidente del Órgano Director concedió una ampliación al ICE para brindar la información requerida en el oficio 05768-SUTEL-DGM-2014 (folios 300 a 301).
42. Que el 25 de noviembre del 2014 mediante oficio RII94-2014 (NI-10788-2014), el señor Víctor García Talavera, en su condición de apoderado general de CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A., brindó respuesta al oficio 05557-SUTEL-DGM-2014 (folios 302 a 305).
43. Que el 25 de noviembre del 2014 mediante oficio 600-1590-2014 (NI-10803-2014) el señor Jaime Palermo Quesada, en su condición de Gerente de Telecomunicaciones del ICE, solicitó una prórroga para remitir la información solicitada en los oficios 05768-SUTEL-DGM-2014 y 07843-SUTEL-DGM-2014 (folios 306 a 307)
44. Que el 28 de noviembre del 2014, mediante el oficio 08428-SUTEL-DGM-2014 el presidente del Órgano Director rechaza la solicitud para ampliar el plazo para presentar la información requerida en el oficio 05768-SUTEL-DGM-2014 (folios 308 a 310).
45. Que el 10 de diciembre del 2014 mediante el oficio 264-1048-2014 (NI1245-2014), el señor José Luis Navarro Vargas, en su condición de Director Relaciones Regulatorias de la División Jurídica Institucional del ICE, responde la información solicitada mediante oficios 05768-SUTEL-DGM-2014, 7843-SUTEL-DGM-2014 y 8428-SUTEL-DGM-2014 (folios 311 a 314).
46. Que el 11 de diciembre del 2014 mediante oficio 08789-SUTEL-SCS-2014, la Secretaría del Consejo de la SUTEL, notificó a las partes el acuerdo 005-074-2014 de la sesión ordinaria 074-2014 del Consejo de la SUTEL, en la cual se acordó mediante la resolución RCS-296-2014: 1) Declarar con lugar el recurso de apelación interpuesto por el ICE contra la resolución del órgano director 0039-SUTEL-RDGM-2014 de las

3542-SUTEL-SCS-2018

08:30 horas del 25 de setiembre del 2014 y 2) Ordenar al órgano director del procedimiento administrativo la emisión de un nuevo auto de intimación (folios 315 a 321).

47. Que el 09 de enero del 2015, mediante el oficio 00183-SUTEL-DGM-2015 el Órgano Director en atención a las observaciones plantadas en el oficio 264-1048-2014 (NI-11245-2014) solicita al ICE suministrar la información requerida en el oficio 05768-SUTEL-DGM-2014 en el plazo indicado en el oficio 08428-SUTEL-DGM-2014 (folios 322 a 325).
48. Que el 09 de enero del 2015, mediante el oficio 00184-SUTEL-DGM-2015 el Órgano Director solicitó al Director General de Mercados suministrar información para cuantificar el poder de mercado y el efecto de la práctica (folios 326 a 328).
49. Que el 09 de enero del 2015, mediante el oficio 00185-SUTEL-DGM-2015 el Órgano Director solicitó a TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. brindar la información requerida en el oficio 05559-SUTEL-DGM-2014 (folios 329 a 331).
50. Que el 13 de enero del 2015, mediante el oficio 00391-SUTEL-DGM-2015, la Dirección General de Mercados suministro la información solicitada mediante oficio 00184-SUTEL-DGM-2015 (folios 332 a 334).
51. Que el 27 de enero del 2015, mediante oficio TEF-REG-0016-2015 (NI-781-2015), el señor José Pablo Rivera Ibarra, en su condición de Gerente de Regulación de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., brindó la información solicitada en el oficio 00185-SUTEL-DGM-2015 (folios 335 a 339).
52. Que el 14 de mayo del 2015, mediante el oficio 03314-SUTEL-DGM-2015 el Órgano Director remitió al Consejo de la SUTEL un informe sobre la confidencialidad de piezas del expediente (folios 340 a 344).
53. Que el 20 de mayo del 2015 mediante oficio 03634-SUTEL-SCS-2014, la Secretaría del Consejo de la SUTEL, notificó a las partes el acuerdo 010-025-2015 de la sesión ordinaria 025-2015 del Consejo de la SUTEL, en la cual se acordó mediante la resolución RCS-084-2015, declarar confidencial los siguientes folios del expediente administrativo de marras: 228 a 234, 302 a 305, 332 a 334 y 335 a 339 (folios 345 a 349).
54. Que el 08 de junio del 2015, mediante oficio 03895-SUTEL-DGM-2015, el presidente del Órgano Director remitió a Gestión Documental la versión pública del oficio 00391-SUTEL-DGM-2015 (folios 352 a 366).
55. Que el 05 de junio de 2015 mediante resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 de las 15:30 horas del 05 de junio de 2015, el Órgano Director, emitió un nuevo auto de intimación de hechos e imputación de cargos, acogiendo lo resuelto por el Consejo de la SUTEL en la resolución RCS-296-2014 (folios 367 a 384).
56. Que el 09 de junio del 2015, mediante escrito 6000-697-2015 (NI-05479-2015) el señor Jaime Palermo, en su condición de Gerente de Telecomunicaciones del ICE, interpone un recurso de revocatoria con apelación en subsidio en contra de la resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 de las 15:30 horas del 05 de junio del 2015 (folios 385 a 395).
57. Que el 10 de junio de 2015 mediante oficio 117_CMV_2015 (NI-5516-2015), el señor Ignacio Prada, en su condición de apoderado de la empresa CALLMYWAY NY S.A., señaló lugar para recibir notificaciones (folio 396 a 398).
58. Que el 10 de junio de 2015 mediante oficio 118_CMV_2015 (NI-05517-2015), el señor Ignacio Prada, en su condición de apoderado de la empresa CALLMYWAY NY S.A., presentó un escrito señalando un supuesto error material en la resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 del Órgano Director (folio 399).
59. Que el 24 de agosto del 2015, mediante resolución de las 08:30 horas del 24 de agosto del 2015, el Órgano Director resolvió *"indicar a CALLMYWAY NY S.A. que al no tenerse como parte dentro del procedimiento*

3542-SUTEL-SCS-2018

administrativo tramitado en el expediente SUTEL-OT-151-2012 no resulta procedente que este Órgano Director resuelva la petición presentada por dicha empresa en fecha 10 de junio de 2015 mediante oficio 118_CMW_2015 en relación con el auto de intimación de hechos e imputación de cargos emitido por el Órgano Director del procedimiento mediante resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 de las 15:30 horas del 05 de junio de 2015" (folios 400 a 407).

60. Que el 23 de octubre de 2015 mediante resolución 00016-SUTEL-RDGM-2015 de las 10:30 horas del 23 de octubre de 2015, el Órgano Director declaró sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto por el ICE mediante escrito 6000-697-2015 contra la resolución 00004-SUTEL-RDGM-2015 de las 15:30 horas del 05 de junio de 2015 (folios 408 a 424).
61. Que el 06 de noviembre de 2015 mediante escrito 6000-1497-2015 (NI-10881-2015) el señor Jaime Palermo, en su condición de Gerente de Telecomunicaciones del ICE, reiteró sus argumentos en relación con el recurso de apelación en contra de la resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 de las 15:30 horas del 05 de junio del 2015 (folios 425 a 432).
62. Que el 10 de noviembre de 2015 mediante oficio 07904-SUTEL-DGM-2015 el Órgano Director del Procedimiento trasladó a la Unidad Jurídica de la SUTEL, el recurso de apelación interpuesto por el ICE en contra de la resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 de las 15:30 horas del 05 de junio del 2015 (folios 433 a 438).
63. Que el 06 de diciembre de 2016 mediante oficio 09159-SUTEL-UJ-2016, la Unidad Jurídica presentó su informe sobre el recurso de apelación interpuesto por el ICE en contra de la resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 de las 15:30 horas del 5 de junio del 2015 (folios 439 a 448).
64. Que el 09 de enero de 2017 se notificó la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-288-2016 de las 12:20 horas del 14 de diciembre de 2016, mediante la cual se declaró sin lugar en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por el ICE en contra de la resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 de las 15:30 horas del 05 de junio del 2015 (folios 449 a 457).
65. Que el 27 de enero del 2017, mediante oficio 00815-SUTEL-DGM-2017 el Director General de Mercados, solicitó al Consejo de la SUTEL modificar parcialmente la resolución RCS-226-2013, a efectos de revocar el nombramiento del señor Adrián Mazón Villegas y en su lugar nombrar a Juan Gabriel García Rodríguez (folios 458 a 460)
66. Que el 02 de febrero del 2017, mediante oficio 01234-SUTEL-SCS-2014, la Secretaría del Consejo de la SUTEL, notificó a las partes el acuerdo 047-007-2017 de la sesión ordinaria 007-2017 del Consejo de la SUTEL, en la cual se acordó mediante la resolución RCS-041-2017 modificar parcialmente la resolución RCS-226-2013 de las 11:10 horas del 19 de julio de 2013 a efectos de revocar el nombramiento del señor Adrian Mazón Villegas como miembro del Órgano Director y en su lugar nombrar al señor Juan Gabriel García Rodríguez (folios 461 a 465).
67. Que el 17 de febrero del 2017, mediante el oficio 01457-SUTEL-DGM-2017 el Órgano Director previno al ICE el cumplimiento de la información solicitada mediante oficio 00183-SUTEL-DGM-2015 (folios 466 a 477).
68. Que el 03 de marzo del 2017 mediante escrito (NI-2525-17) la señora Yaila Sánchez Canessa, en representación del ICE, solicitó copia digital de los folios 209 y siguientes del expediente administrativo de marras (folio 478).
69. Que el 06 de marzo de 2017 mediante escrito 264-207-2017 (NI-02583-17), el señor José Luis Navarro Vargas, Director de la Dirección Relaciones Regulatorias, División Jurídica Corporativa del ICE, solicitó una prórroga de dos meses calendario para cumplir con el requerimiento formulado mediante oficio 01457-SUTEL-DGM-2017, el cual reitera la información solicitada mediante oficio 00183-SUTEL-DGM-2015 (folios 479 a 481).

3542-SUTEL-SCS-2018

70. Que el 10 de marzo de 2017 por escrito (NI-2843-2017), el señor Daniel Arias, solicitó una copia de la resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 (folio 482).
71. Que el 10 de marzo de 2017 por escrito (NI-2886-17), la señora Yaila Sánchez Canessa, funcionaria del ICE, solicitó copias digitales de los folios 332 a 334 del expediente administrativo de marras (folio 483).
72. Que el 13 de marzo del 2017 (NI-3156-17), por correo electrónico la señora Yaila Sánchez Canessa solicitó copia de los folios 332 al 334 (folios 484).
73. Que el 15 de marzo del 2017, por correo electrónico el Órgano Director le indicó al ICE que puede tener acceso a la versión pública y a la versión con la información referente al ICE del oficio 00391-SUTEL-DGM-2015, pero no a la versión confidencial (folio 485).
74. Que el 16 de marzo del 2017, mediante oficio 02298-SUTEL-DGM-2017, el Órgano Director concedió al ICE la prórroga solicitada de dos meses para suministrar la información requerida en el oficio 01457-SUTEL-DGM-2017 (folios 486 a 487).
75. Que el 16 de junio de 2017 por correo electrónico (NI-0673-2017), se remitió el oficio 264-513-2017 del 13 de junio del 2017, por el que el señor José Luis Navarro Vargas, Director de la Dirección Relaciones Regulatorias, División Jurídica Corporativa del ICE, brindó la información solicitada mediante oficios 00183-SUTEL-DGM-2015, 001457-SUTEL-DGM-2017 y 02298-SUTEL-DGM-2017 (folios 488 a 493).
76. Que el 16 de junio del 2017 por correo electrónico (NI-6767-2017), la señora Karen Hidalgo Arias, de Negocio Mayorista, Acceso e Interconexión del ICE, solicitó autorización para consultar el expediente administrativo de marras (folio 494).
77. Que el 16 de agosto del 2017, mediante oficio 06667-SUTEL-DGM-2017 el Órgano Director comunicó al Director General de Mercados sobre el incumplimiento de entrega de información por parte del ICE (folios 495 a 498).
78. Que el 19 de enero del 2018 mediante oficio 00398-SUTEL-DGM-2018, la Directora a.i. de la Dirección General de Mercados presentó ante el Consejo de la SUTEL su *"Informe sobre sustitución de miembros del Órgano Director nombrado en el procedimiento administrativo tramitado en el expediente SUTEL OT-151-2012"* (folios 501 a 504).
79. Que el 05 de febrero del 2018 por oficio 00830-SUTEL-SCS-2018 se comunicó que en la sesión ordinaria 005-2018 del 24 de enero del 2018 se tomó el acuerdo 031-005-2018 de las 18:45 horas, por el cual se dictó la resolución RCS-010-2018, por la cual se ordenó modificar parcialmente las resoluciones RCS-226-2013 y RCS-041-2017, a efectos de revocar el nombramiento de los señores Daniel Quirós Zúñiga y Juan Gabriel García Rodríguez, como miembros del Órgano Director y en su lugar nombrar a los señores Silvia Elena León Campos y David Vargas Bolaños (folios 505 a 510).
80. Que el 20 de abril del 2018 por oficio 02950-SUTEL-DGM-2018, la Dirección General de Mercados presentó su *"Informe sobre posible caducidad y violación del Principio de Non bis in ídem dentro del procedimiento administrativo C0059-STT-MOT-OT-00151-2012"*.

CONSIDERANDO:

I.- COMPETENCIA DEL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

La SUTEL es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, de conformidad con los artículos 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios

3542-SUTEL-SCS-2018

Públicos (Ley 7593), 1 y 2 inciso d) de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (Ley 8660) y 6 inciso 27) de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642).

En ese sentido, es obligación fundamental de la SUTEL aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables; así como conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones, según lo establecido en el artículo 60 incisos a) y k) de la Ley 7593.

En concordancia con lo anterior, el artículo 65 de la Ley 8642, así como el numeral 74 de su Reglamento (Decreto Ejecutivo 34765), establecen que para determinar las infracciones y sanciones se debe seguir lo dispuesto en el libro segundo de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227). Ahora bien, el procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respecto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Su objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final, tal y como lo dispone el artículo 214 de la Ley 6227.

En ejercicio de las competencias legales otorgadas a la SUTEL, fue que se tomó la decisión de iniciar un procedimiento administrativo ordinario de naturaleza sancionatoria contra el ICE por cometer en apariencia prácticas monopolísticas relativas. Lo anterior, a partir de lo denunciado por la empresa CALLMYWAY NY S.A. en oficio 94_CMW_2012 (NI-07256-12).

II.- SOBRE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM.

Una vez analizados los autos por parte de este Órgano Decisor, se concuerda con el criterio vertido por el Órgano Director mediante oficio 02950-SUTEL-DGM-2018 del 20 de abril del 2018, en cuanto a que ha operado la caducidad del procedimiento a la que se refiere el artículo 340 de la Ley General de la Administración Pública. En tal sentido, el oficio 02950-SUTEL-DGM-2018 en relación con este tema, se acoge por unanimidad por parte de este Consejo, al exponer en lo que interesa lo siguiente:

“

2. Sobre la aplicación del artículo 340 de la Ley General de la Administración Pública.

El artículo 340 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) estipula que:

“Artículo 340.-

1) Cuando el procedimiento se paralice por más de seis meses en virtud de causa, imputable exclusivamente al interesado que lo haya promovido o a la Administración que lo haya iniciado, de oficio o por denuncia, se producirá la caducidad y se ordenará su archivo, a menos que se trate del caso previsto en el párrafo final del artículo 339 de este Código.

2) No procederá la caducidad del procedimiento iniciado a gestión de parte, cuando el interesado haya dejado de gestionar por haberse operado el silencio positivo o negativo, o cuando el expediente se encuentre listo para dictar el acto final.

3) La caducidad del procedimiento administrativo no extingue el derecho de las partes; pero los procedimientos se tienen por no seguidos, para los efectos de interrumpir la prescripción” (La negrita no es del original).

Con relación a esta figura procesal, ha señalado la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-256-2012 del 26 de octubre del 2012, señaló en lo conducente:

“I. SOBRE EL INSTITUTO DE LA CADUCIDAD

3542-SUTEL-SCS-2018

La caducidad, al igual que la prescripción, es una institución que pretende reaccionar ante la inactividad de los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas. Su fin último es fijar un plazo que delimite el período de tiempo en el que puede llevarse a cabo una actuación, todo ello con la principal finalidad de garantizar y salvaguardar el principio de seguridad jurídica.

(...)

En el ámbito administrativo, el instituto de la caducidad obedece a exigencias de celeridad en la administración para evitar la dilación excesiva de los procesos, la eficiencia, continuidad y regularidad de la actuación administrativa.

Para que opere la caducidad en el procedimiento administrativo, se requieren las siguientes condiciones:

- a) *Transcurso del término fijado especialmente por la ley*
- b) *Paralización del procedimiento administrativo durante ese plazo por causas imputables exclusivamente al recurrente.*

Reunidos esos requisitos, la caducidad opera de pleno derecho, en forma automática, debiendo incluso ser declarada de oficio. La caducidad debe ser expresamente declarada por el órgano competente para resolver el recurso o procedimiento de que se trate.

Una vez declarada la caducidad, ésta produce la terminación de las actuaciones, poniendo fin a la instancia administrativa, sin perjuicio de que pueda volver a plantearse el procedimiento en forma posterior, pues la caducidad no afecta el derecho subjetivo del interesado, sino que solo afecta un derecho de tipo procesal. Por eso se ha dicho que la caducidad de los plazos procesales no puede perjudicar a los derechos que tienen un plazo de vigencia jurídica independientemente del procedimiento en que se hagan valer. La caducidad de un plazo perjudica a la potestad que en ese plazo debió ejercitarse, pero no al derecho de que emana (tomado de "La Prescripción y la Caducidad en el Procedimiento Administrativo", Centro de Información Jurídica en Línea. <http://cijulenlinea.ac.cr/>)

De todo lo anterior, se desprende que el instituto de la caducidad, como regla general, opera como una especie de sanción a la paralización del procedimiento administrativo imputable al demandante o interesado en ese proceso. Es decir, se intenta evitar la dilación administrativa y que éste se tramite con celeridad. Esa paralización debe ser imputable al menos a título de culpa, pero sería excusable en los supuestos de fuerza mayor o por causas independientes de la voluntad de quien lo promueve.

Nuestra Ley General de Administración Pública dispone la aplicación, en forma general, de la figura extintiva de la caducidad en los procedimientos administrativos en el ordinal 340, salvo la existencia de normativa especial al efecto.

De todo lo anterior, puede advertirse, en lo que atañe a procedimientos administrativos, que éstos deben ser ejercidos en forma oportuna, so pena de ser declarada su caducidad debido a la inactividad de la administración que lo promovió".

Por su parte, en el Dictamen C-035-2016 del 22 de febrero del 2016, la Abogacía del Estado ahondando en el tema de la caducidad señaló lo siguiente:

"I. SOBRE LA CADUCIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

(...)

Ahora bien, la Ley General sí establece un supuesto en el cual el plazo podría afectar el procedimiento administrativo, y es aquellos casos en que se produce una paralización del procedimiento administrativo, imputable al interesado o a la propia administración, por más de seis meses, pudiendo operar en estos casos la caducidad del procedimiento administrativo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 340 de ese cuerpo legal.

(...)

Sobre los alcances de esta norma, la Sala Primera ha señalado que la caducidad parte de un principio de seguridad jurídica, según el cual, los procedimientos administrativos no pueden permanecer eternamente pendientes de resolver. Sobre la naturaleza de esta norma, ese Tribunal de Casación ha señalado:

3542-SUTEL-SCS-2018

VI.- Sobre la caducidad del procedimiento. Como regla general, el canon 222 de la LGAP impone a la Administración el deber de impulsar oficiosamente los procedimientos. Esto es así en la medida en que actúa como tramitador y decisor del expediente. En este tanto, la Administración, a través del órgano director o decisor, según el caso, siempre debe procurar que el procedimiento avance, en forma celeré, hasta el dictado del acto final. Empero, cuando el particular lo promueve para obtener un beneficio, asume, en forma concomitante, el deber de instar su prosecución en lo que le corresponda, asumiendo las consecuencias de su indolencia cuando esta resulte un impedimento para la continuación de las actuaciones, en concordancia con lo dispuesto en el precepto 340 de la LGAP. Por el contrario, cuando lo pretendido es la satisfacción de un interés público, particularmente cuando este procura la imposición de una situación de desventaja o gravamen al particular (ablatorias en general), como en este caso, resulta ilógico, además de antijurídico, exigirle a este último que promueva su continuación. En este último supuesto, la tramitación y el impulso recae, en forma exclusiva, en la Administración. Lo expuesto permite afirmar, entonces, que el párrafo segundo del artículo 222 tiene una aplicabilidad limitada, dependiendo de cuál sea el resultado final que se pretenda obtener con el pronunciamiento de la Administración. **Sobre la caducidad del procedimiento administrativo, la Sala Primera ha indicado que se trata de un instituto que pretende garantizar la seguridad jurídica mediante el archivo de aquellos expedientes cuya tramitación se haya detenido por un lapso superior a seis meses, imputable al promovente, siempre y cuando este no pueda ser justificado. Se encuentra regulado en el numeral 340 de la LGAP y se concibe como una sanción procedimental prevista contra la indolencia en la sustanciación del procedimiento que impide que se vierta un pronunciamiento de fondo. La norma 340 ibídem, establece lo siguiente: “... El artículo, se ha indicado en múltiples ocasiones, se encuentra redactado en forma imperativa, es decir, no regula una facultad; por el contrario, una vez cumplidos los presupuestos de hecho en ella contenidos, la consecuencia deviene en obligatoria para el órgano encargado de la tramitación. Esto implica que sus efectos se producen de pleno derecho, y por ende su reconocimiento tiene efectos meramente declarativos, no constitutivos. Vale aclarar que lo anterior no debe ser interpretado como una pérdida de competencia –la cual es, por definición, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible según el numeral 66 LGAP-, sino, únicamente, como la imposibilidad de continuar con la tramitación del procedimiento específico en el que se produjo la inercia. Luego, la caducidad aplica tanto a los procedimientos iniciados a gestión de parte, como a los oficiosos. Es claro que en ocasiones, la Administración, junto a su función de resolver el asunto, la ley le asigna la condición de parte, al igual que al particular (numeral 275 LGAP). En este orden de ideas, la aplicación del instituto que se analiza a los procedimientos oficiosos es una consecuencia directa del principio de justicia pronta y cumplida, el cual permea incluso a la sede administrativa y el sentido que se le debe dar a las disposiciones de la LGAP. Lo anterior, en la medida en que es la única forma en que se tutela la posición jurídica del particular frente a la Administración que, motu proprio, lo somete a un procedimiento administrativo del cual se pueden desprender consecuencias ablatorias, y que producto de la inercia de los órganos administrativos, se le coloca en una posición de total incerteza en cuanto a su situación jurídica. El reconocimiento de la caducidad dentro de los procedimientos administrativos regulados por la LGAP deviene de la interpretación armónica del ordinal 340 ya citado, no sólo con el principio de igualdad, sino también con el de seguridad jurídica, en la medida en que permite garantizar a los administrados que no se les someterá a un trámite en forma indefinida. El presupuesto de hecho que debe concurrir para que se deba decretar la caducidad, es precisamente la paralización del procedimiento por un lapso mayor de seis meses. En este punto, es necesario realizar algunas precisiones según el tipo de procedimiento que se trate, ya que, cuando este ha sido iniciado como consecuencia de una petición del particular en la que deduzca una pretensión propia (285 LGAP), para que pueda ser declarada la caducidad, la inercia debe ser imputable a este. Esto implica que la continuación del procedimiento dependía, exclusivamente, de una actuación suya que no se dio dentro del plazo legal fijado (seis meses). Por el contrario, en aquellos casos iniciados en forma oficiosa, la anterior precisión no resulta aplicable, siendo que al administrado no le asiste ninguna responsabilidad de impulsar la tramitación, según lo ya dicho, lo determinante es el transcurso de los seis meses sin actuaciones tendientes al avance del trámite. Ello es acorde con los postulados constitucionales que rigen la materia, dentro de los cuales se pueden citar, entre muchos otros, el de celeridad, eficiencia, respeto del debido proceso, razonabilidad y proporcionalidad. En suma, este Tribunal estima, de conformidad con lo dispuesto en el cardinal 340 de cita, para que un procedimiento sea declarado caduco, han de materializarse los siguientes requisitos: 1. Que el procedimiento se paralice. 2. Que sea por un plazo superior a los seis meses. 3. Que no se haya dictado acto final. 4. Que la inercia sea atribuible a quien gestionó el procedimiento (en este caso la Administración). (Resolución 061-F-TC-2015 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, de las nueve horas y cuarenta y cinco minutos del cuatro de junio del dos mil quince).**

3542-SUTEL-SCS-2018

(...)

Ahora bien, tal y como lo advierte la Sala Primera, **los efectos de la declaratoria de caducidad del procedimiento administrativo, no implican necesariamente la imposibilidad de ejercer la competencia disciplinaria, sin embargo, sí podrían afectarla si ha operado el plazo de prescripción para su ejercicio, pues la caducidad declarada tiene como efecto no suspender o interrumpir la prescripción del derecho.**

“Durante del procedimiento administrativo (sea ordinario, sumario o especial, según se trate), es decir, la sustanciación de este mecanismo de ejercicio de la potestad disciplinaria, es que ésta (la potestad) eventualmente puede verse afectada de manera refleja por la caducidad de ese trámite en particular. Al decretarse caduco, se elimina el efecto interruptor que pudo reconocérsele hasta ese momento (al acto inicial o a otros de ese iter), respecto del plazo prescriptivo de la potestad disciplinaria. Por esta razón y a efecto de esclarecer, es que el legislador, con la Ley 8508 del 28 de abril de 2006 (vigente a partir del primero de enero de 2008), introdujo el apartado tercero al mandato 340 de la LGAP, el cual versa “3) La caducidad del procedimiento administrativo no extingue el derecho de las partes; pero los procedimientos se tienen por no seguidos, para los efectos de interrumpir la prescripción.” **Así pues, la caducidad del procedimiento no suprime el derecho del administrado, tampoco las potestades y derechos de la Administración. Pero sí tiene efecto sobre el cómputo del plazo prescriptivo correspondiente: al tenerse por no seguido el trámite, se tiene también como no interrumpido, en estas hipótesis, el ejercicio de la potestad disciplinaria.**” (Sala Primera, resolución número 00119-F-S1-2014 de las trece horas treinta y cinco minutos del veinte de noviembre de dos mil catorce.)” (La negrita no es del original).

El artículo 340 de la Ley General de la Administración Pública dispone que cumplidos los presupuestos referidos en ese numeral y desarrollados por la jurisprudencia transcrita, sean 1. Que el procedimiento se paralice; 2. Que esa paralización sea por un plazo superior a los seis meses; 3. Que no se haya dictado acto final y; 4. Que la inercia sea atribuible a quien gestionó el procedimiento (en este caso la Administración)¹; se producirá la caducidad del procedimiento y se ordenará su archivo, “a menos que se trate del caso previsto en el párrafo final del artículo 339 de este Código”.

El citado párrafo final del artículo 339 de la Ley 6227 señala:

“3. Si la cuestión suscitada por el expediente entrañare un interés general, o fuere conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración limitará los efectos del desistimiento o la renuncia a sus posibles consecuencias patrimoniales respecto del interesado, y seguirá el procedimiento en lo demás”.

En relación con este artículo 339, por sentencia 180 -2011-VI de las 15:00 horas del 19 de agosto de 2011 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, del Segundo Circuito Judicial de San José, se aclaró lo siguiente:

“Ahora, si bien la norma citada, remitiendo al **ordinal 339 inciso 3)**, señala que no se producirá la caducidad ni el archivo del expediente cuando la cuestión entrañare un interés general, debiendo la Administración limitar los efectos de la caducidad a posibles consecuencias patrimoniales respecto del interesado y continuar con el procedimiento en todo lo demás, lo cierto es que **se trata de un supuesto excepcional que debe necesariamente estar acreditado y declarado en el expediente. No es posible entender, como lo hace la institución demandada, que con base en esa norma, persé, se excluye la posibilidad de que opere la caducidad en los procedimientos en materia disciplinaria o de erario público, sino que exista transparencia que facilite un adecuado ejercicio del derecho de defensa esa decisión debe adoptarse expresamente dentro del procedimiento administrativo. Conteste a lo expuesto deberá declararse, entonces, que la caducidad puede ser decretada tanto en los procedimientos que inicien a instancia de parte, como en aquellos cuyo inicio lo sea de oficio (incluyendo procedimientos disciplinarios), siempre y cuando se presenten las condiciones requeridas y no se esté en el supuesto del ordinal 339 inciso 3) de la LGAP y que así haya sido declarado en el expediente”** (La negrita no es del original).

En similar sentido a lo expuesto en la sentencia 180-2011-VI supra transcrita, se refiere el Voto 86-2012 de las 16:00 horas de 21 de septiembre del 2012 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Octava, del Segundo Circuito Judicial de San José, al señalar:

¹ Resolución 061-F-TC-2015 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, de las nueve horas y cuarenta y cinco minutos del cuatro de junio del dos mil quince.

3542-SUTEL-SCS-2018

“En efecto, la aplicación del numeral 339. 3 de la Ley General de la Administración Pública, en lo que respecta a que el expediente entrañe un interés general o fuere conveniente su sustanciación para su definición y esclarecimiento, no trata de un simple planteamiento formal, sino, más bien, en ambos casos, interés general y sustanciación para su definición y esclarecimiento, de elementos de existencia real que justifiquen la dilación en que se incurra, pues de lo contrario tornarían insubsistente las garantías propias del procedimiento administrativo y la misma figura de la caducidad, pues finalmente, la sola referencia a uno de ellos bastaría para impedir que opere tal sanción a la inactividad. En la especie, es claro que ese interés general aducido, no fue la razón del atraso, o el detenimiento de la tramitación ordinaria del iter procedimental. Incluso, ninguna prueba adicional se evacuó o investigación se realizó para arribar a alguna conclusión, tratándose finalmente de un retraso injustificado que el administrado no tiene razón de soportar, pues no se demostró motivo válido alguno para detener el procedimiento disciplinario objeto de cuestionamiento, y por ello no resulta aplicable, como se pretende, la excepción indicada” (La negrita no es del original).

Finalmente, la jurisprudencia ha indicado sobre el particular:

“De acuerdo con lo transcrito, es por razones de interés general que se rechaza la caducidad planteada dentro del procedimiento. Para el Tribunal, esta posición va en contra del espíritu de la reforma del artículo 340 de la LGAP, efectuado mediante la Ley 8508 (Código Procesal Contencioso Administrativo), que indica:

(...)

La reforma a la ley citada, viene a aclarar que el plazo de caducidad corre también en contra de la Administración y se trata de un mecanismo procesal en contra de la inactividad de quien está en la obligación de impulsar el trámite. Se considera que la misma tiene un efecto declaratorio, ya que la caducidad opera por el simple transcurso del tiempo. También se relaciona con principios, entre otros, de celeridad, seguridad, debido proceso y de justicia pronta y cumplida, tal y como lo han establecido tanto la Sala Primera y la Sala Constitucional, ambas de la Corte Suprema de Justicia:

(...)

La anterior sentencia está referida al texto de la LGAP antes de la reforma, por lo que aún si en ese momento se reconoció la posibilidad de declarar en contra de la Administración la caducidad, con mayor razón ahora que el texto lo permite. Aunque no fue argüido por el Estado, pero por contemplar el tema la resolución antes mencionada, **cabe señalar que a pesar de la remisión al artículo 339.3 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la existencia de un interés general para impedir la caducidad, tal cosa sólo aplica en los procedimientos rogados, en los cuales el administrado desiste de la instancia, de allí que no encuentra este Tribunal una justificación para traer a colación dicha norma en un procedimiento sancionatorio oficioso, instaurado para comprobar la falta atribuida al actor y cuyo interés radica en el ejercicio de la potestad sancionatoria, del cual, sin dudar de la importancia para la Administración, lo cierto es que también debe respetar el derecho al debido proceso de la persona que se ve sometida al mismo y que para los órganos involucrados, es de diligenciamiento normal, por lo que no se justifica la inacción de la administración en los dos períodos de tiempo reseñados”** (La negrita no es del original). (Sentencia 05-2014-VIII de las 11:00 horas del 22 de enero del 2014 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil De Hacienda, Sección Octava, del Segundo Circuito Judicial de San José).

Así las cosas, en relación con el artículo 339 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, de la jurisprudencia transcrita es posible concluir: 1. Que en tesis de principio, el interés general sólo aplica en los procedimientos rogados (en los cuales el administrado desiste de la instancia), más no en un procedimiento sancionatorio oficioso, cuyo interés radica en el ejercicio de la potestad sancionatoria y; 2. Que aún en el supuesto de un procedimiento iniciado por la propia Administración, el interés general debe necesariamente estar acreditado y declarado en el expediente, elementos de existencia real que justifiquen la dilación en que se incurra o el detenimiento en la tramitación del procedimiento.

En suma, del análisis del procedimiento administrativo que se tramita bajo el expediente de marras, es posible notar que existió un espacio de tiempo de aproximadamente trece meses, en el que hubo inactividad por parte de la SUTEL, sin que exista justa causa determinable en los autos para remediar esa paralización.

En este sentido, nótese que el 10 de noviembre de 2015 mediante oficio 07904-SUTEL-DGM-2015 el Órgano Director del Procedimiento trasladó a la Unidad Jurídica de la SUTEL, el recurso de apelación interpuesto por el ICE en contra de la resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 de las 15:30 horas del 05 de junio del 2015 (según se observa a folios 433 a 438). El 06 de diciembre de 2016 mediante oficio 09159-SUTEL-UJ-2016 la Unidad Jurídica presentó ante el Consejo de

3542-SUTEL-SCS-2018

la SUTEL su informe sobre el recurso de apelación interpuesto por el ICE en contra de la resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 (folios 439 a 448).

A partir de lo anterior, concluye este Órgano Director que operó de pleno derecho y de forma automática la caducidad del procedimiento que se tramita bajo el expediente C0059-STT-MOT-OT-00151-2012, debiendo ser declarada expresamente de oficio por el órgano competente para resolver el procedimiento administrativo, en este caso, por el Consejo de la SUTEL. Ello toda vez que, el procedimiento se ha paralizado por un plazo superior a los seis meses, inercia atribuible exclusivamente a la SUTEL como gestionante y sin que el asunto estuviera listo para su dictado final. Adicionalmente, en la litis no es posible aducir que nos encontramos en el supuesto del artículo 339 inciso 3) de la Ley 6227, toda vez que el procedimiento ha sido iniciado de oficio, y aún en el supuesto de que el interés general se admitiera en este tipo de asuntos, no consta al menos, que ese interés haya sido acreditado y declarado en el expediente, lo que a la postre, justificaría la dilación o el detenimiento en la tramitación del mismo.

Si bien, la caducidad produce la terminación de las actuaciones, poniendo fin a la instancia administrativa o procedimiento específico en que se produjo la inercia; como lo refirió la Procuraduría General de la República en los dictámenes transcritos, ello no debe ser interpretado como una pérdida de competencia, sea, como un impedimento para que se pueda volver a plantear el procedimiento en forma posterior, pues la caducidad no afecta el derecho subjetivo del interesado, sino que solo afecta un derecho de tipo procesal.

Pese a ello, tómese en cuenta que la declaratoria de caducidad sí podría surtir efectos en cuanto a la potestad sancionatoria de la SUTEL, al no suspender o interrumpir la prescripción del ejercicio de esa potestad. En este caso, señala el numeral 71 de la Ley General de Telecomunicaciones en lo que interesa:

“ARTÍCULO 71.- Prescripción

La prescripción de la responsabilidad administrativa derivada de las infracciones de esta Ley, se regirá por las siguientes reglas:

- a) La acción para reclamar responsabilidad administrativa prescribirá en el plazo de cuatro años, contado a partir del momento en el que se cometió la infracción. No obstante, en los casos de infracciones continuadas o de efectos permanentes, el plazo se computará desde el día que se cometió la última infracción o desde que cesó la situación ilícita, respectivamente”.

En este caso, los hechos que se investigan ocurrieron en algunos de los meses del 2011, 2012 y 2013, por lo que en virtud del numeral 71 de la Ley 8642, pese a que la SUTEL podría ordenar el inicio de un nuevo procedimiento administrativo contra el ICE, ello no se recomienda ya que este operador y proveedor de servicios de telecomunicaciones podría alegar que ha operado la prescripción de la potestad sancionatoria de la SUTEL, siendo que desde el 2013 no ha operado ninguna circunstancia que suspenda o interrumpa esa prescripción”.

POR TANTO

Con fundamento en las competencias otorgadas por la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y su Reglamento, Decreto Ejecutivo 34765, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos Ley 7593, la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660, la Ley General de Administración Pública, Ley 6227 y demás normativa de general y pertinente aplicación;

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE DE FORMA UNÁNIME:

PRIMERO: DAR por recibido el oficio 02950-SUTEL-DGM-2018 del 20 de abril del 2018.

SEGUNDO: ACOGER el oficio 02950-SUTEL-DGM-2018 del 20 de abril del 2018, en cuanto recomienda declarar que en el procedimiento administrativo ordinario de carácter sancionador contra el ICE por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas, ha operado la caducidad de la potestad sancionatoria de la SUTEL conforme al numeral 340 de la Ley 6227.

TERCERO: ORDENAR el cierre y archivo en el momento procesal oportuno del expediente C0059-STT-MOT-OT-00151-2012 en el que se tramita un procedimiento administrativo ordinario de carácter sancionador contra el

3542-SUTEL-SCS-2018

ICE por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas, al haber operado la caducidad del procedimiento al que se refiere el artículo 340 de la Ley 6227.

Se informa que contra la presente resolución, procede interponer únicamente el recurso ordinario de reposición, en cuyo caso deberá presentarse ante el Consejo de la SUTEL, quien lo resolverá en definitiva, para lo cual se concede el plazo de 3 días, contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución, en las oficinas de esta Superintendencia, sita en Oficentro Multipark, edificio Tapantí, tercer piso, Guachipelín de Escazú (Artículos 343; 345 inciso 1; 346 inciso 1) y 349, todos de la Ley 6227).

NOTIFIQUESE

La anterior transcripción se realiza a efectos de comunicar el acuerdo citado adoptado por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones

Atentamente,

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo

3542-SUTEL-SCS-2018

RAZONES ADICIONALES DEL SEÑOR MANUEL EMILIO RUÍZ.

Concurro con la decisión unánime tomada en este asunto, pero tengo razones adicionales para arribar a las conclusiones expuestas en el voto unánime. En tal sentido, concuerdo con la opinión vertida por el órgano director del procedimiento en el oficio 02950-SUTEL-DGM-2018 del 20 de abril del 2018, en cuanto a que continuar con la tramitación de este asunto, podría implicar una violación al Principio de Non bis in ídem, siendo que los hechos que se conocen en el citado legajo administrativo coinciden con los que fueron conocidos y por los que fue sancionado el ICE en el expediente T0053-STT-MOT-OT-00212-2011. El citado oficio señala en lo que interesa:

“

3. Sobre el Principio del Non bis In Idem.

Según se extrae del expediente administrativo C0059-STT-MOT-OT-00151-2012, los supuestos hechos que se investigan consisten en una serie de promociones realizadas en algunos meses del 2011, 2012 y 2013, en los que el ICE duplicaba o triplicaba los saldos de clientes del servicio móvil prepago, con un precio final aparentemente por debajo de sus costos reales. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en la intimación de hechos realizada mediante la resolución 0004-SUTEL-RDGM-2015 de las 15:30 horas del 05 de junio del 2015 (visible a folios 367 a 384); hechos que podrían consistir una conducta de discriminación de precios, subsidios cruzados, precios predatorios o estrechamiento de márgenes; infracciones contempladas en el artículo 54 incisos a), c), i) y j) de la Ley 8642; según lo expuesto de seguido:

“

II. Intimar al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD por medio de su respectivo representante legal por los siguientes hechos, respecto de los cuales se debe establecer la verdad real garantizando el derecho de defensa y debido proceso, previsto en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política; a efectos de concretar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, de la o las conductas que le son atribuidas **en grado de probabilidad al operador de servicios de telecomunicaciones investigado: , los hechos intimados que podrían implicar una práctica monopolística relativa susceptible de sanción, son los siguientes:**

- i.** *Que el ICE realiza continua y sostenidamente promociones u ofertas donde se duplican o triplican los saldos cargados a los clientes del servicio móvil prepago, siendo que en las promociones de este tipo, los ingresos netos reales obtenidos por el ICE son inferiores a los cargos de interconexión (terminación móvil), que son de ₡17,95.*
- ii.** *Que el ICE ha realizado al menos las siguientes promociones u ofertas donde se duplican o triplican los saldos cargados a los clientes del servicio móvil prepago:*
 - *Promociones duplica: En el 2011: 19 de junio del 2011, 03 de julio del 2011, 25 de julio del 2011, 02 de agosto del 2011, 10 de agosto del 2011, 14 de agosto del 2011, 1 de setiembre 2011, 02 de octubre del 2011, 09 de octubre del 2011, 13 de octubre del 2011, 20 de octubre del 2011, 30 de octubre del 2011, 12 de noviembre del 2011, 14 de noviembre del 2011, 26 de noviembre del 2011, 29 de noviembre del 2011, 16 de diciembre del 2011, 21 de diciembre del 2011. En el 2012: 3 de enero del 2012, 08 de enero del 2012, 18 de enero del 2012, 21 de enero del 2012, 30 de enero del 2012, 12 de febrero 2012, 1 de marzo del 2012, 14 de marzo del 2012, 19 de abril del 2012, 7 de mayo del 2012, 8 de mayo del 2012, 9 de mayo del 2012, 10 de mayo del 2012, 14 de mayo del 2012, 15 de mayo del 2012, 18 de mayo del 2012, 22 de mayo del 2012, 28 de mayo del 2012, 5 de julio del 2012, 13 de agosto del 2012, 1 de setiembre del 2012, 8 de setiembre del 2012, 2 de octubre del 2012, 1 de noviembre del 2012, 23 de noviembre del 2012, 30 de noviembre del 2012. En el 2013: 22 de enero del 2013, 4 de febrero del 2013, 20 de marzo del 2013, 8 de abril del 2013, 11 de abril del 2013, 27 de abril del 2013, 2 de mayo del 2013, 15 de mayo del 2013, 22 de mayo del 2013, 30 de mayo del 2013, 31 de mayo del 2013, 1 de junio del 2013, 12 de junio del 2013, 16 de junio del 2013, 2 de julio del 2013, 25 de julio del 2013, 1 de agosto del 2013, 3 de agosto del 2013, 15 de agosto del 2013, 31 de agosto del 2013, 15 de setiembre del 2013, 16 de setiembre del 2013, 2 de noviembre del 2013, 17 de noviembre del 2013.*
 - *Promociones triplica: 15 de agosto 2011, 12 de noviembre 2011, 7 de diciembre del 2011, 15 de agosto del 2012, 15 de setiembre del 2012, 7 de diciembre del 2012.*

3542-SUTEL-SCS-2018

- iii.* Que mediante estas promociones, el ICE habría estado ofreciendo al público precios finales aparentemente por debajo de sus costos reales, lo que podría implicar que el ICE haya estado operando por debajo de sus costos de manera sostenida, desde el ingreso de los nuevos operados al mercado (2011) hasta la fecha (2013).
- iv.* Que en las promociones de Doble Saldo y Triple Saldo los beneficios sólo aplican para llamadas on-net, pero no para llamadas off-net.
- v.* Que una conducta sostenida de este tipo se podría constituir en:
- Una conducta discriminatoria mediante la cual se han establecido precios diferentes a terceros situados en condiciones similares.
 - Una conducta predatoria tendiente a provocar la salida de los competidores o impedir su ingreso sustancial al mercado.
 - Una conducta de estrechamiento de márgenes, que podría provocar un desplazamiento indebido de otros agentes del mercado.
 - Un posible subsidio cruzado, si los ingresos del servicio de terminación se emplearan para cubrir los costos del servicio minorista.
- vi.* Que si llegara a comprobarse que el ICE ha ofrecido precios diferenciados a terceros situados en condiciones similares mediante el ofrecimiento de descuentos sólo a las tarifas on-net y no a las tarifas off-net, esto podría constituirse en una conducta de discriminación de precios; o bien que ha estado operando por debajo de sus costos, esto se constituiría en una conducta ilegal de precios predatorios; mientras que si llegara a demostrarse que el margen establecido por el ICE entre los precios de los servicios de telefonía móvil minoristas y mayoristas es insuficiente para su propia operación, esto podría constituirse en una conducta de estrechamiento de márgenes; y si llegara a demostrarse que el ICE emplea los ingresos de su servicio mayorista para cubrir los costos del servicio minorista, esto podría constituirse en una práctica de subsidios cruzados” (Lo subrayado no es del original).

Por su parte, en el procedimiento administrativo seguido contra el ICE en el expediente OT-212-2011 se analizó una serie de promociones con características similares a las que se encuentran bajo análisis en el expediente de marras. Mediante la resolución RCS-088-2015 de las 13:00 horas del 22 de mayo de 2015, que puso fin al citado procedimiento, se determinó que las promociones que se analizaron no eran tales (es decir, verdaderas promociones) sino una estrategia comercial de efectos continuados en el mercado, al señalarse:

“7.5.3.2.4 Duración de las promociones en el mercado.

El análisis de la duración de la promoción en el mercado se puede valorar desde dos aristas, por un lado la cantidad de meses en que la promoción estuvo disponible en el mercado durante el período analizado y por otro lado la vigencia de los efectos de la promoción en el mercado.

En lo referente a la cantidad de meses que la promoción estuvo disponible en el mercado, de conformidad con la prueba que consta en el expediente se encuentra que el ICE ha lanzado esta promoción en las siguientes ocasiones:

- *Navidad Kölbi: del 01 de diciembre de 2011 al 29 de diciembre de 2011 (1 mes).*
- *Möntate en la Diversión: del 29 de diciembre de 2011 al 31 de enero de 2012 (1 mes).*
- *Entrada a Clases Servicio kölbi Prepago: 01 de febrero de 2012 al 27 de febrero de 2012 (1 mes).*
- *Chip Extremo y Kit prepago con Chip Extremo: 01 de octubre de 2012 al 15 de noviembre de 2012 (1 mes y medio).*
- *Chip Navideño y Kit Prepago con Chip Navideño: del 28 de noviembre de 2012 al 07 de enero de 2013 (1 mes) (folios 2020 al 2021).*
- *Verano Kölbi: del 16 de enero de 2013 al 15 de marzo de 2013 (2 meses) (folios 2096 al 2098)*

Siendo que en todos los casos los efectos de la promoción en el mercado son de 6 meses. En la siguiente Tabla se muestra la duración de las distintas promociones Chip Extremo de las que tiene conocimiento este Órgano.

(...)

3542-SUTEL-SCS-2018

La Tabla anterior evidencia que los efectos de la promoción se han mantenido prácticamente ininterrumpidamente en el mercado desde la presentación de la denuncia por parte de TELEFÓNICA COSTA RICA S.A. en el mes de diciembre de 2011 hasta la celebración de la comparecencia oral y privada del presente procedimiento administrativo en el mes de octubre de 2013.

Lo anterior llama la atención a este Órgano en cuanto a que el ICE parece haber desplegado esta promoción en el mercado no sólo en diversas oportunidades sino también de manera cíclica de tal forma que los efectos de la misma han permanecido en el mercado desde el ingreso de los nuevos operadores móviles de red y hasta la fecha de la celebración de la audiencia. Todo ello es un período de casi dos años, plazo que a nuestro criterio es muy largo para que un acto pueda considerarse solamente una promoción, siendo que este parece ser más bien una estrategia comercial de efectos continuados en el mercado, de conformidad con lo indicado por los testigos-peritos de la empresa denunciante TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A., Diego Petrecolli (folios 3175 al 3177), Arturo Briceño (folios 3186 al 3187) y Pamela Sittenfeld (folios 3203 al 3207).

Si bien en opinión del ICE de que la temporalidad y duración de las promociones no es criterio que determine per se el carácter anticompetitivo de las promociones (folios 3022 al 3023), entiende este Órgano que dichas circunstancias sí son pertinentes de tener en cuenta al determinar los efectos de una promoción en el mercado. En ese sentido se considera pertinente hacer mención lo que respecto al tema de la duración de las promociones ha indicado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de España:

“Dos son los rasgos definitorios de las promociones; por un lado, la concesión de ventajas en forma de descuentos, rebajas, regalos, primas o cualquier otro tipo de beneficio que hace el bien más atractivo para el usuario y, de otro, su carácter temporal, esto es, la limitación en el tiempo de las condiciones favorables para la compra del bien.

La temporalidad es un elemento clave para que las promociones resulten aceptables como factor explicativo de un supuesto incumplimiento del test de imputación. Y ello porque, si bien podría resultar admisible una política de precios que deje escaso margen a los competidores del incumbente si tiene corta duración y crea demanda favorece al mercado en si conjunto, ello no sería aceptable si dicha política se mantuviese de forma prolongada en el tiempo.

La fijación de unos precios que den lugar a un pinzamiento en ocasiones no es más que parte del esfuerzo para introducir en el mercado un nuevo servicio, y será legítima siempre que se limite en el tiempo y no se convierta en recurrente, no ocasionando efectos anticompetitivos en el conjunto del mercado.

Por otro lado, las promociones también pueden tener sentido para impulsar la demanda de servicios existentes. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en mercados en los que una vez que se ha logrado alcanzar a un determinado segmento de la población se quiere atraer a nuevos clientes, o relanzar un determinado servicio, o aprovechar determinadas fechas del año en las que el tirón de demanda es mayor, al existir una mayor propensión al consumo (Navidades).

Por tanto, algunos de los factores que habrán de tenerse en cuenta a la hora de juzgar una promoción como justificativa de unos precios que incumplen el test de imputación serán:

- Su duración: cuanto menor sea la duración de los precios promocionales menores riesgos de que los mismos debiliten a los competidores igualmente eficientes y viceversa
- El carácter habitual (o no) de promociones similares
- Su contribución a impulsar la demanda de nuevos servicios, o a la creación de mercado que favorezca a todos los operadores, y en general cualquier otra justificación que resulte racional desde el punto de vista del correcto funcionamiento del mercado” (lo destacado es intencional).

En relación con este tema la COPROCOM indicó en su Opinión OP 017-2014 lo siguiente:

“En el análisis de la duración de la promoción debe considerarse no sólo la disponibilidad de la promoción, sino también la vigencia de los efectos de la promoción en el mercado. De la información que consta en el expediente se obtiene que los efectos de la promoción se han mantenido prácticamente ininterrumpidamente en el mercado, desde la presentación de la denuncia por parte de TELEFÓNICA en el mes de diciembre de 2011, hasta la celebración de la comparecencia oral y privada del procedimiento administrativo en el mes de octubre

3542-SUTEL-SCS-2018

de 2013, Así, el ICE parece haber desplegado esta promoción en el mercado no sólo en diversas oportunidades sino también de manera cíclica de tal forma que los efectos de ésta han permanecido por al menos dos años, lo que pone en evidencia más bien una estrategia comercial de efectos continuados en el mercado”.

Es importante indicar que la doctrina en competencia reconoce la diversa incidencia que una misma conducta tiene sobre la competencia si quien la realiza disfruta de una posición de dominio en el mercado o es un competidor sin poder. Así, una conducta que puede ser considerada inocua si es practicada por una empresa sin poder, puede debilitar la competencia si es realizada por una empresa con poder en ese mercado. Como consecuencia una empresa dominante tiene, por serlo, una especial responsabilidad en su comportamiento, que no tienen las empresas no dominantes.

No obstante, es opinión de esta Comisión que el ostentar una posición de dominio no puede privar a la empresa que lo ostenta del derecho de preservar sus propios intereses comerciales cuando estos son atacados, por lo que debe contar, en una medida razonable con la facultad de realizar los actos que juzga apropiados con miras a proteger dichos intereses siempre que tales comportamientos no tengan por objeto el reforzar el poder sustancial a través de medios que atentan contra la libre competencia.

En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado, para apreciar si es justificable un comportamiento realizado por una empresa con posición dominante en el mercado, lo siguiente:

"Puede afirmarse que, para juzgar si estamos ante un abuso de posición dominante o si, por el contrario, se trata de un comportamiento legítimo derivado del espíritu de la empresa con posición de dominio, debemos analizar si su conducta fue objetivamente necesaria para la defensa de sus intereses. V este análisis exige tener en cuenta si la empresa actuó de la misma manera a cómo lo habría hecho en una situación de competencia normal y suficientemente eficaz o si, por el contrario, utilizó medios desproporcionados para defenderse de sus competidores aprovechando que la competencia se encontraba restringida por su presencia en el mercado".

Este órgano reconoce el derecho de réplica y contestación que el ICE —como operador histórico— posee para contrarrestar las campañas promocionales de sus nuevos competidores. La sana competencia debe traducirse en mejora de precios, calidad y servicio en beneficio de los usuarios. **No obstante, como operador y proveedor con condiciones de dominio en muchos de los mercados del sector telecomunicaciones, el ICE debe prestar especial atención a la normativa de competencia, como instrumento que pretende garantizar la transparencia y buenas prácticas comerciales.** En particular, el ICE debe ser vigilante en la implementación de estrategias comerciales con efectos continuados en el mediano y largo plazo, pues éstas pueden constituir una barrera a la sana competencia. No se trata de castigar la eficiencia, sino de controlar los abusos de poder, con efectos anticompetitivos sobre los competidores, lo que en definitiva -en un horizonte temporal-, podría lesionar el legítimo derecho de los usuarios a una competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, violentando los objetivos y principios rectores de la Ley General de Telecomunicaciones (artículos 2 y 3) (lo destacado es intencional)".

Sobre esa posible similitud entre lo que se estaba conociendo en el expediente de marras, en relación con lo analizado bajo el expediente OT-212-2011; se había pronunciado previamente la Comisión para Promover la Competencia (Coprocom), por lo que recomendaba a la SUTEL su acumulación en caso procedente (tal y como se observa de folios 84 a 97), al indicarse:

"De lo expuesto, se concluye que existen indicios de que el ICE podría estar realizando una supuesta práctica anticompetitiva, por lo que procede emitir opinión favorable al inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio o bien de una investigación preliminar que permita obtener mayores indicios, con base en la denuncia interpuesta por CALL MY WAY, a efectos de establecer la verdad real de los hechos.

Debido a que la SUTEL inició hace algunos meses un procedimiento administrativo en el cual se investigan conductas similares a las aquí denunciadas que se relacionan con la tarifa de interconexión y su aplicación en promociones por parte del ICE, se considera pertinente, en la medida de lo posible, acumular ambos expedientes y realizar un único procedimiento”.

Ello también fue alegado por el propio ICE, en escrito (NI-00847-2014) al señalar:

3542-SUTEL-SCS-2018

“En razón de lo anterior, tomando en cuenta la descripción de las conductas ilegales que presuntamente se le imputan al ICE en el presente procedimiento, y que se refieren expresamente a precios predatorios en la realización de promociones que, aunque indeterminadas, se presumen realizadas durante el mismo periodo que es revisado en el otro procedimiento de cita (2011 y 2012), consideramos que existe una alta probabilidad que se esté investigando a mi representado por los mismos hechos en dos procedimientos sancionatorios distintos, lo cual constituiría una evidente violación del principio del "Non bis in idem" garantizado a nivel constitucional en nuestro Ordenamiento Jurídico, y sobre esta circunstancia existe obligación legal del Regulador de determinar que no se tratan de los mismos hechos que se pretenden sancionar en el referido procedimiento administrativo, en cuyo caso aplicar los remedios procedimentales que el Ordenamiento Jurídico ha dispuesto para ello.

En ese sentido, se pronunció la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) en su criterio requerido por la Ley y que consta a folio 84 del expediente administrativo, el cual transcribimos literalmente en lo que interesa:

"Debido a que la SUTEL inició hace algunos meses un procedimiento administrativo en el cual se investigan conductas similares a las aquí denunciadas que se relacionan con la tarifa de interconexión y su aplicación en promociones por parte del ICE, se considera pertinente, en la medida de lo posible, acumular ambos expedientes y realizar un único procedimiento."

Extraña a esta representación el hecho, que existiendo esta recomendación por parte de la COPROCOM desde el mes de abril del 2013, ni la Dirección General de Mercados, ni el Consejo de la SUTEL la hayan tomado en cuenta, o bien, no hayan razonado el por qué se apartaron de la misma, por lo que consideramos que este aspecto debe ser dilucidado en forma clara y transparente, para lo cual resulta necesaria una individualización precisa, clara, exacta y detallada de los hechos que son objeto de investigación en el presente procedimiento, única manera de garantizar su legalidad y constitucionalidad" (folios 144 a 153).

Si bien, lo alegado por el ICE en el NI-00847-2014 fue rechazado por esta Dirección por medio de la resolución 003-SUTEL-RDGM-2014 de las 11:00 horas del 18 de febrero de 2014 (de folios 156 a 168), lo cual fue reiterado por el Consejo de la SUTEL por resolución RCS-065-2014 del 09 de abril del 2014 (visible de folios 181 a 189); lo cierto es que fue con posterioridad, con el dictado de la resolución RCS-088-2015, que se determinó que las promociones que se analizaron bajo el expediente OT-212-2011 no eran verdaderas promociones, sino una estrategia comercial del ICE de efectos continuados en el mercado; y como tal cubría tanto a las promociones que se conocieron bajo ese expediente, como a las que se analizan en el expediente de marras.

Sobre el principio bajo análisis, la doctrina ha señalado que:

“En relación al concepto de non bis in idem, DEL REY lo define como un principio general del Derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadoras, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

(...)

Por otro lado, sobre la identidad del objeto, debemos señalar que se da cuando la imputación consiste en la misma acción u omisión, a la cual, se le señala como una atribución de un comportamiento determinado históricamente. Sobre este punto, nos referimos a que esta identidad alude al hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo sancionador, sea penal o administrativo, y que implica la correspondencia en la especie fáctica de la conducta; es decir, ambos procesos deben estar referidos a la misma acción u omisión atribuidas a la misma persona”².

La Procuraduría General de la República en su Dictamen C-021-2011 del 31 de enero del 2011 sobre este Principio de Non bis in idem, ha indicado:

“III.- El principio “non bis idem” y la cosa juzgada en el derecho sancionador administrativo.

Comencemos por señalar que, según lo ha establecido de forma vinculante la Sala Constitucional (art. 13 de su Ley de creación N° 7135), “en sede administrativa no cabe alegarse la cosa juzgada, por cuanto, esa

² Mauricio Rodríguez Fallas y Marco Antonio Hernández Vargas. “El Procedimiento Administrativo Sancionador en la Administración Pública. Guía Práctica con Jurisprudencia”. Editorial Investigaciones Jurídica S.A., Primera Edición, San José, Costa Rica, julio 2017. P.p. 150 a 151 y 153.

3542-SUTEL-SCS-2018

figura resulta predicable, únicamente, de las sentencias definitivas y firmes de los órganos jurisdiccionales” (Resolución N° 2007-015996 de las 09:00 horas del 7 de noviembre de 2007).

Distinta es la integración y aplicación de principios generales del derecho sancionador, entre ellos el clásico de “non bis in idem”, al régimen disciplinario de los funcionarios públicos, aunque con matices derivados de la especificidad y de las finalidades peculiares de este último.

En lo que interesa al objeto de la presente consulta, podemos afirmar que el principio de “non bis in idem” se conoce como la prohibición de doble incriminación y ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina jurídica, y resulta además aplicable al derecho sancionador administrativo. Conforme a ese principio la persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia o acto administrativo firme, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos.

Al respecto, en nuestro medio se ha sostenido lo siguiente:

“El principio “non bis in idem”, que en su acepción general constituye una prohibición a la doble persecución judicial por un mismo hecho a una misma persona, es tutelado en el artículo 42 de la Constitución Política, y la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha aceptado que es también de aplicación en sede administrativa, lo que implica la imposibilidad de sancionar doblemente, aún en sede disciplinaria, una misma infracción o hecho cometido por la misma persona”. (Resoluciones N°s 2005-06235 de las 14:37 horas del 31 de mayo de 2005, 2006-011265 de las 09:31 horas del 1° de agosto de 2006 y 2007-004152 de las 12:15 horas del 23 de marzo de 2007, Sala Constitucional).

Esta prohibición, desde la dimensión material o sustantiva, impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos (doble pronunciamiento frente a una misma incriminación); esto como garantía de seguridad jurídica de que no puede reabrirse una causa fallada por unos mismos hechos, aún cambiando la calificación legal o aportándose nuevos elementos probatorios o cambiando incluso la redacción de la incriminación (Resoluciones N°s 2005-04658 de las 17:51 horas del 26 de abril de 2005, 2008-013433 de las 14:31 horas del 3 de setiembre de 2008 y 2007-004152 de las 12:15 horas del 23 de marzo de 2007, Sala Constitucional).

*En el campo internacional se destaca su consagración en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 16 de Diciembre de 1966 y aprobado mediante la Ley 74 de 1968, Art. 14-7, en virtud del cual **“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”**, y en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, firmada el 22 de Noviembre de 1969 y aprobada mediante la Ley 16 de 1972, Art. 8-4, según el cual **“el inculpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”**. Y a nivel nacional, nuestra Constitución Política lo contempla en su artículo 42 al señalar: **“Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.”** (Resolución N° 2008-013433 de las 14:31 horas del 3 de setiembre de 2008, Sala Constitucional).*

Doctrinal y jurisprudencialmente se afirma que el principio de “non bis in idem” envuelve tres presupuestos: identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa (eadem persona, eadem res y eadem causa) (MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto s. r. l. Buenos Aires, 2ª edición, 2ª reimpresión 2002, Pág. 603 y resoluciones N°s 2000-08191 de las 15:03 horas del 13 de setiembre del 2000 y 2007-13580 de las 14:55 horas del 19 de setiembre de 2007, Sala Constitucional).

La identidad en la persona refiere a que el sujeto inculpado debe ser la misma persona física en dos procesos o procedimientos de la misma índole.

La identidad del objeto alude al hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo sancionador, sea penal o administrativo (correspondencia en la especie fáctica de la conducta; es decir, ambos procesos deben estar referidos a la misma acción u omisión atribuidas a la misma persona).

3542-SUTEL-SCS-2018

La identidad en la causa o fundamento se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos; es decir, que la finalidad de dichos procedimientos sea la protección del mismo o semejante bien jurídico.

En consecuencia, este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objeto primordial evitar la duplicidad de sanciones por los mismos hechos, sólo opera en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación. Esa triple identidad constituye entonces el presupuesto esencial de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in ídem”.

A partir de la doctrina y jurisprudencia transcrita, en especial del Dictamen C-021-2011 de la Abogacía del Estado y con base en el análisis del expediente de marras en relación con el OT-212-2011, valora este Órgano Director que, en la especie se cumple con los tres presupuestos estipulados para que opere el Principio bajo estudio, sea:

- 1) *La identidad en la persona, sea que en ambos procedimientos de naturaleza sancionatoria que se han tramitado ante esta Superintendencia, figura como sujeto inculpativo el ICE.*
- 2) *La identidad del objeto en ambos procesos, al versar sobre idéntica acción u omisión atribuida al ICE, sea la implementación de una estrategia comercial de efectos continuados en el mercado, a través de promociones en el servicio de telefonía móvil en algunos meses del 2011, 2012 y 2013, acto deliberado que tuvo como único fin procurar la salida de operadores o proveedores, o implicó un obstáculo para su entrada, en la modalidad de estrechamiento de márgenes.*
- 3) *La identidad en la causa, siendo que en ambos procedimientos que se han tramitado ante la SUTEL la finalidad es la protección del mismo bien jurídico tutelado, sea, el derecho constitucional a la libre competencia y concurrencia, consagrado en el artículo 46 de la Constitución Política. En tal sentido, este bien jurídico de la sana competencia en el mercado ha sido resguardado con la tramitación del procedimiento OT-212-2011, en el que se analizaron los mismos hechos que los que se investigan en el expediente de marras, relativos a una estrategia comercial del ICE de efectos continuados en el mercado”.*

Por esas razones, entiendo que procede ordenar el cierre y archivo del expediente C0059-STT-MOT-OT-00151-2012, siendo que los hechos que se investigan en el citado legajo administrativo coinciden con los que se conocieron en el expediente OT-212-2011, por los que valga decir, ya fue sancionado el ICE. Continuar con la tramitación del presente asunto, implicaría una violación al Principio de Non bis in ídem (defensa de rango constitucional a favor del ICE) según la doctrina y jurisprudencia expuestas en el informe 02950-SUTEL-DGM-2018.

3542-SUTEL-SCS-2018

CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN

RCS-144-2018

“CIERRE Y ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO DE CARÁCTER SANCIONADOR TRAMITADO CONTRA EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD POR PRESUNTAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS”

EXPEDIENTE C0059-STT-MOT-OT-00151-2012

Se notifica la presente resolución a:

INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD a través del correo electrónico notificaciones.DRR@ice.go.cr.

CALLMYWAY NY, S.A., a los correos electrónicos: info@callmyway.com; jprada@callmyway.com

NOTIFICA: _____ FIRMA: _____