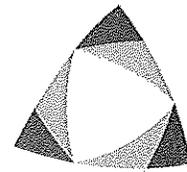


Nº 8361



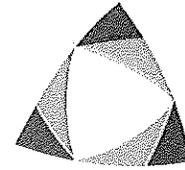
sutel
SUPERINTENDENCIA DE
TELECOMUNICACIONES

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 029-2011

A LAS CATORCE HORAS Y TREINTA MINUTOS DEL 29 DE ABRIL DEL 2011

SAN JOSÉ, COSTA RICA



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA VEINTINUEVE

Acta de la sesión extraordinaria celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en la sala de sesiones a las catorce horas y treinta minutos del veintinueve de abril del dos mil once. Preside la señora Maryleana Méndez Jiménez. Asiste don Carlos Raúl Gutiérrez Gutiérrez y don George Miley Rojas.

Participa el señor Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

ARTÍCULO 1**RECOMENDACIÓN SOBRE EL CRITERIO TECNICO PARA EL OTORGAMIENTO DEL PERMISO TEMPORAL DE UTILIZACION DE FRECUENCIAS DE LA EMBAJADA DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA.**

La señora Maryleana Méndez Jiménez, Presidenta del Consejo, somete a conocimiento de los señores miembros del Consejo el tema referente a la recomendación sobre el criterio técnico para el otorgamiento del permiso temporal de utilización de frecuencias de la Embajada de la República Federal de Alemania.

Ingresa a la sala de sesiones el funcionario Adrián Acuña Murillo, a quien la señora Presidenta cede el uso de la palabra para que se refiera a los problemas generados con la solicitud para asignar las frecuencias solicitadas por dicha embajada.

Señala el señor Acuña que se deben llevar a cabo algunas modificaciones a la recomendación indicada, en virtud de una variación en la solicitud formulada por el MINAET.

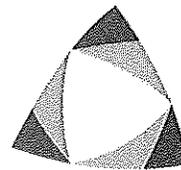
De inmediato se genera un intercambio de opiniones sobre el particular. Suficientemente analizado el tema y atendidas las consultas planteadas sobre el particular, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones resuelve la aprobación de la resolución correspondiente.

ACUERDO 001-029-2011

Dar por recibido y aprobar para ser remitido al Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones el oficio 751-SUTEL-2011, del 28 de abril del 2011, por cuyo medio el señor Glenn Fallas, Director General de Calidad, somete un informe con la recomendación sobre el criterio técnico para el otorgamiento del permiso temporal de utilización de frecuencias de la Embajada de la República Federal de Alemania, al cual se refiere el oficio MINAET OF-GCP-2011-225, del 27 de abril del 2011.

ACUERDO FIRME.**ARTICULO 2****SOLICITUD PARA EMITIR ACUERDO QUE ADOPTA LA RESOLUCION DEL PROCEDIMIENTO CONTRA EL ICE. EXPEDIENTE SUTEL075-2010.**

Nº 8363



sutel

SUPERINTENDENCIA DE
TELECOMUNICACIONES

29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

La señora Maryleana Méndez Jiménez somete a conocimiento de los señores miembros del Consejo el tema de la solicitud para emitir acuerdos que adopta la resolución del procedimiento contra el ICE, según expediente SUTEL-OT-075-2010.

Ingresa a la sala de sesiones el funcionario Jorge Brealey Zamora, a quien la señora Méndez cede el uso de la palabra para que se refiera al tema objeto de este artículo y a la propuesta de resolución conocida en esta oportunidad.

Señala el señor Brealey que la transcripción de la audiencia llevada a cabo con motivo de este procedimiento muestra grandes deficiencias.

La señora Méndez Jiménez hace algunos comentarios con respecto a las limitaciones o dificultades insalvables e inevitables, específicamente en lo tocante al Instituto Costarricense de Electricidad como operador monopólico. De inmediato se produce un intercambio de opiniones sobre el particular, dentro del cual se hicieron comentarios sobre las limitaciones o dificultades señaladas por la señora Presidenta del Consejo.

Luego de analizar la propuesta de resolución, el Consejo aprueba, con los cambios sugeridos en esta oportunidad, la propuesta de resolución sometida a conocimiento del Consejo por el señor Jorge Brealey Zamora.

ACUERDO 002-029-2011

RCS-087-2011

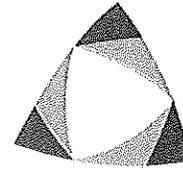
**RESOLUCIÓN FINAL DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR OT-075-2010 INCOADO A LA ENTIDAD INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN RCS-137-2010 DEL CONSEJO DE LA SUTEL Y EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN CONTENIDA EN DICHA RESOLUCIÓN.
SAN JOSÉ, A LAS: 16:30 HORAS DEL 29 DE ABRIL DE 2011**

Finalizada la instrucción del presente expediente sancionador incoado contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (en adelante, ICE) por acuerdo 002-026-2010 del Consejo de esta Superintendencia de fecha 26 de mayo de 2010 y, visto el informe elevado a este Consejo por el órgano instructor del citado procedimiento sancionador, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión extraordinaria número 029-2011, celebrada el 29 de abril de 2011, la siguiente Resolución:

RESULTANDO

PRIMERO. Apertura del procedimiento motivada por la investigación oficiosa dentro del expediente OT-039-2010 sobre el procedimiento de determinación de la metodología de fijación de cargos de acceso e interconexión que culminó con la resolución RCS-137-2010 y su ejecución.

Con fecha del 26 de mayo de 2010, mediante acuerdo 002-026-2010 de la sesión ordinaria número 026-2010, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones acordó:



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

- I. Iniciar de oficio un procedimiento administrativo ordinario contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE) con base en los términos de la Ley General de la Administración Pública, en los artículos 47 y 48 de la Ley General de Telecomunicaciones y con base en los antecedentes que constan en el expediente SUTEL-OT-039-2010.*
- II. Proceder con la averiguación de la verdad real de los hechos en relación con el posible incumplimiento de la instrucción girada por la SUTEL mediante resolución RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010. En este sentido, el ICE, mediante oficio número 0159-031-2010 del 17 de mayo del 2010 y de conformidad con los discos compactos aportados, brinda información que pareciera incompleta y basada en un modelo top-down.*
- III. (...)*

SEGUNDO. Inicio del procedimiento, intimación e imputación.

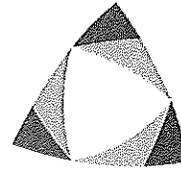
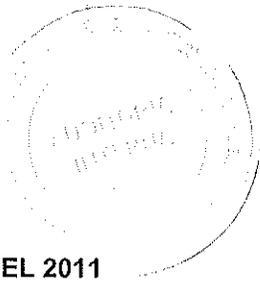
Con fecha 18 de mayo de 2010, la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante, SUTEL), a través del Órgano director nombrado al efecto en el citado acuerdo 002-026-2010, mediante auto o memorial de las 10:00 horas del 28 de mayo de 2010 (folios 54-59) acordó continuar con el procedimiento sancionador contra el ICE como presunto responsable directo de una infracción administrativa calificada como muy grave, tipificada en el artículo 67.a.7) de la Ley 8642, consistente en el incumplimiento de las instrucciones y la resolución RCS-137-2010 adoptada por la SUTEL en ejercicio de sus competencias.

Mediante la respectiva constancia de notificación que corre a folio 60 del expediente, de fecha 28 de mayo de 2010, se procedió a notificar al ICE.

Igualmente, mediante el citado auto de intimación e imputación se dio traslado al ICE para que aportara cuantas alegaciones, documentos e informaciones estimara convenientes y en su caso, proponer prueba concretando los medios de los que pudiera valerse.

El Órgano director intimó los hechos e imputó los cargos a dicho operador, según se resume a continuación:

1. Que mediante resolución número RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, publicada en el Diario Oficial la Gaceta número 53 el día 17 de marzo del 2010, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones: (I) designó como metodología para el establecimiento de los precios de interconexión, el método de Costos Incrementales de Largo Plazo (LRIC) utilizando el modelo bottom-up scorched node, aplicando costos prospectivos, (II) estableció los pasos para su implementación, (III) determinó que la SUTEL revisará la metodología LRIC, bottom-up scorched node, con costos prospectivos en un plazo máximo de 3 años, (IV) estableció que la demanda, diseño y componentes de costos incluidos en el modelo se revisarán anualmente, y (V) solicitó a los operadores importantes presentar a la SUTEL, dentro de un plazo máximo de dos meses a partir de la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial La Gaceta, información relativa a sus redes.



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

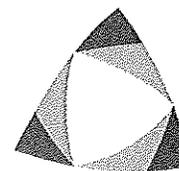
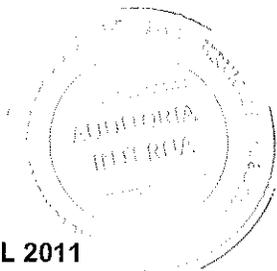
2. Que mediante documento 257-058-2010 del 22 de marzo del 2010, el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE) interpuso un Recurso de Revocatoria contra la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010.
3. Que mediante oficio 648-SUTEL-2010 del 26 de abril del 2010, dirigido al señor Pedro Pablo Quirós Cortés, la SUTEL le indicó al ICE:

"A modo de recordatorio, nos permitimos informar que esta Superintendencia mediante resolución N° RCS-137-2010 definió la metodología para la fijación de los costos de interconexión. En el POR TANTO V se señala que "Los operadores importantes deberán presentar a la SUTEL, dentro de un plazo máximo de dos meses a partir de la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial La Gaceta, la siguiente información (Información anual del año 2004 al 2008, información mensual de enero a diciembre 2009, y en formato digital - tablas de Excel):"

Considerando que dicha resolución fue publicada en La Gaceta N° 53 del 17 de marzo del 2010, nos permitimos señalar que el próximo 17 de mayo vence el plazo para que se nos remita la información solicitada en la misma.

Esta demás señalar que dicha información es imprescindible para definir las tarifas al usuario final, mismas que deben ser congruentes y aplicables a la realidad, así como necesaria para el tema regulatorio. Por lo que nos interesa asegurarnos que este asunto está en la lista de prioridades de ese Instituto".

4. Que mediante resolución número RCS-229-2010 de las 15:40 horas del 28 de abril del 2010, el Consejo de la SUTEL resolvió: (I) Declarar sin lugar el recurso de reposición interpuesto por el ICE contra la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010; (II) Dejar incólume todos los extremos resueltos en la resolución número RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, (III) Apercibir al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD que el plazo para presentar la información solicitada en el Por Tanto V de la RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, vence el día 17 de mayo del 2010, (IV) Dar por agotada la vía administrativa".
5. Que mediante oficio 0159-026-2010 del 12 de mayo del 2010, el ICE solicitó una prórroga de un mes al plazo otorgado según la resolución RSC-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del 17 de marzo del 2010, para presentar la información requerida.
6. Que mediante acuerdo firme número 004-024-2010 del Acta de la Sesión Ordinaria número 24, celebrada el 14 de mayo del 2010, el Consejo de la SUTEL acordó: "(1) Denegar la solicitud de prórroga presentada por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD mediante oficio 0159-026-2010 el día 12 de mayo del 2010, por cuyo medio solicita una prórroga de un mes al plazo otorgado según la resolución RSC-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 53 del 17 de marzo del 2010, (2) Apercibir al INSTITUTO COSTARRICENSE DE

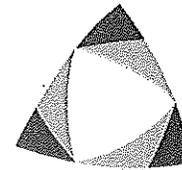


29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

ELECTRICIDAD que el plazo para presentar la información solicitada en el Por Tanto V de la RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, vence el día 17 de mayo del 2010, y que en caso de incumplimiento se verá expuesto a lo señalado en el artículo 67, inciso a), sub incisos 7) y 8) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642”.

7. Que mediante oficio 0159-031-2010 del 17 de mayo del 2010, firmado por el señor Federico Chacón Loaiza, coordinador del Área de Regulación Corporativa, el ICE remitió la información solicitada en la RCS-137-2010 y adjuntó dos discos compactos (folios 47 y 48).
8. Que por dichos antecedentes de hecho, principalmente el mandato de la resolución RCS-137-2010 y el requerimiento de información contenido en esa misma resolución, reiterada luego mediante oficio 648-SUTEL-2010 del 26 de abril del 2010, el Órgano director estimó que por dichos cargos se le reprocha al ICE la comisión de una conducta antijurídica y tipificada en nuestro ordenamiento como una infracción administrativa, cual es el incumplimiento de las instrucciones emitidas por la SUTEL, según el sub inciso 7) del inciso a) del artículo 67 de la Ley 8642. Asimismo, el Órgano director estableció que de comprobarse los hechos intimados el ICE también podría estar incumpliendo su obligación de suministrar la información y documentación solicitada por la SUTEL para el cumplimiento de sus competencias y atribuciones, según establece el sub inciso ii) del inciso a) del artículo 75 de la Ley 7593, lo cual es configurativo de la infracción descrita como negativa a entregar información requerida por la SUTEL, según el sub inciso 8) del inciso a) del artículo 67 de la Ley 8642. Ambas infracciones son calificadas de muy graves para lo cual la Ley 8642 tipifica la sanción correspondiente con una multa de entre 0,5% y hasta 1% de los ingresos brutos del operador obtenidos durante el período fiscal anterior, conforme con el artículo 68 de dicha ley.
9. Mediante oficio 6000-1421-2010 presentado ante la SUTEL el día 31 de mayo de 2010, el ICE interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra el auto de Intimación, con base en los siguientes argumentos:
 - a. Que el ICE solicitó una prórroga del plazo inicial otorgado en la Resolución RCS-137-2010, con base en el nivel de detalle, complejidad y trascendencia de la información solicitada por un mes adicional.
 - b. Que no otorgar la prórroga contradice lo establecido por el legislador en el artículo 258 de la Ley General de Administración Pública (LGAP).
 - c. Que la contabilidad del ICE a lo largo de sus años como empresa estatal prestadora de servicios públicos, ha venido trabajando con base en una contabilidad financiera, a partir de la cual se construyó un modelo con una asignación total de costos: costos históricos totalmente distribuidos que se complementa con información técnica de toda la topología de la red de telecomunicaciones de manera que actualizar esa base de costos y activos históricos, para trasladar toda la información de contabilidad financiera actual hacia una contabilidad de costos que cumpla con una metodología basada en un modelo bottom up utilizando costos incrementales de largo plazo, requiere necesariamente de un período de gradualidad, transición y progresividad que excede en mucho el plazo de 2 meses otorgado al efecto en la Resolución RCS-137-2010.
 - d. Que sí se cumplió con el plazo mediante la información suministrada por el oficio 0159-031-2010 y en la que se advirtió la insuficiencia del plazo otorgado.



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

- e. Que en la realidad actual del mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica, al no existir gradualidad y progresividad en el proceso de transición del modelo monopólico al modelo de competencia efectiva, los plazos otorgados por el legislador, Poder Ejecutivo y por el Regulador, en la práctica han resultado insuficientes.
 - f. Con base en dichos argumentos el ICE considera que no existe incumplimiento al deber de suministrar información y solicita se declare con lugar el recurso de revocatoria o en su defecto se tramite en alzada la respectiva apelación.
10. Mediante resolución de las 11:20 horas del 11 de junio del 2010, el Órgano director del procedimiento resolvió: "(I.) Declarar sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto por el ICE contra el Auto de Intimación dictado por este Órgano director a las 10:00 horas del 28 de mayo de 2010, (II.) Dejar incólume todos los extremos contenidos en el Auto de Intimación de las 10:00 horas del 28 de mayo de 2010, (III.) Trasladar el expediente administrativo SUTEL-OT-75-2010 al Consejo de la Superintendencia para que proceda al análisis y resolución del recurso de apelación".
 11. Mediante escrito de fecha 17 de junio de 2010 y que corre a folio 83, el ICE presentó un incidente de nulidad absoluta contra el auto de intimación de las 10:00 horas del 28 de mayo de 2010.

TERCERO. Práctica de la prueba.

Con fecha 11 de junio de 2010, mediante oficio 1015-SUTEL-2010, el Órgano director solicitó al ingeniero José Gonzalo Acuña, funcionario de la SUTEL, un análisis de la información suministrada por el ICE mediante oficio número 0159-031-2010 del 17 de mayo del 2010; quien mediante oficio 1027-SUTEL-2010 del 14 de junio del 2010, rindió el análisis requerido.

La audiencia programa fue celebrada los días 21 de junio del 2010 y el 26 de julio del 2010, con la asistencia de los señores Allan Thompson Chacón, cédula 2-383-865, y Luis Ovares Araya, cédula de identidad 7-830-275, como representantes del ICE. Durante la comparecencia oral y privada, el ICE evacuó la siguiente prueba:

a. Documental:

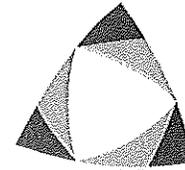
- i. Informe de rendido por el Ing. José Gonzalo Acuña, rendido mediante oficio 1027-SUTEL-2010 del 14 de junio del 2010.
- ii. Oficio 159-100-2010 del 26 de julio del 2010, mediante el cual se aporta un CD con la intención de "ampliar el alcance de la información entregada con el oficio número 059-031-2010 del 17 de mayo del presente".

b. Pericial-Testimonial:

- i. El señor Marvin Rojas Varela, coordinador de interconexión, quien se refirió a la información aportada junto al oficio 159-100-2010 del 26 de julio del 2010;
- ii. La señora Nivia Barquero Fernández, coordinadora de costos, quien se refirió a los esfuerzos efectuados por el ICE en materia de costos;
- iii. El señor José Alfredo Rizek, asesor de la presidencia del ICE, quien se refirió al nivel de complejidad de la información solicitada mediante RCS-137-2010 y



29 DE ABRIL DEL 2011



sutel

SUPERINTENDENCIA DE
TELECOMUNICACIONES

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

efectuó una comparación del entorno costarricense con otros países latinoamericanos según su experiencia.

CUARTO. Informe del Órgano director.

Con fecha 1° de noviembre de 2010, mediante oficio 2201-SUTEL-2010, el Órgano director del procedimiento sancionador emitió el correspondiente informe en la que propone lo siguiente:

"C. Recomendaciones

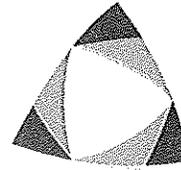
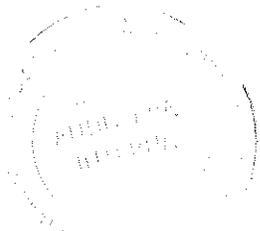
Tomando en consideración que este Órgano director logró corroborar que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD cometió una infracción muy grave según el artículo 67, inciso a), subinciso 7) de la Ley General de Telecomunicaciones, ley 8642, al incumplir la instrucción girada por la SUTEL mediante RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, se recomienda al Consejo de la SUTEL imponer una multa de cero coma cinco por ciento (0,5%) de los ingresos brutos del operador obtenidos durante el período fiscal anterior (octubre – setiembre 2010). Debe tomarse en cuenta que la multa recomendada corresponde al monto mínimo establecido en el artículo 68, inciso a) de la Ley 8642, pues se valoró que al día de hoy parte de la información respecto a la red móvil ya fue entregada y utilizada por el Consejo de la SUTEL en resoluciones recientes (RCS-496-2010 de las 14:30 horas del 12 de noviembre del 2010, mediante la cual se aprobó y modificó la Oferta de Interconexión de Referencia (OIR-2010) del ICE)."

QUINTO. Actividad probatoria complementaria

La imputación concreta de antijuricidad tiene que ir precedida de un análisis y descarte de las posibles causas de justificación, dado que para considerar antijurídica una acción no basta con constatar que efectivamente contradice una ley, sino que es preciso verificar además, que tal contradicción no está cubierta por alguna circunstancia que le justifique y que en último extremo elimine dicha contradicción.

La disciplina del Derecho Sancionador advierte que en la práctica es a veces difícil determinar con precisión si una circunstancia es causa de justificación objetiva o de exoneración subjetiva. Así las cosas, y visto el informe del Órgano director, se aprecia que esta dificultad no fue superada ni suficientemente abordado el tema de la culpabilidad ni de sus causas de justificación y dada la existencia (dentro de la misma Administración) de estudios y evidencias que analizan con mayor profundidad las circunstancias en las cuales se dieron los hechos intimados, fue imperativo previo a la decisión final realizar actuaciones complementarias que permitieran a este Órgano decisor contar con todos los elementos de juicio a su alcance. En razón de lo anterior, este Órgano decisor para verificar que no existieran causas de justificación o causas de exoneración de responsabilidad en general, solicitó un criterio técnico sobre la base de los estudios realizados entre los equipos de trabajo del ICE y la SUTEL relativos al mismo objeto del requerimiento de información del cual gira la presente causa.

En fechas 11 y 21 de marzo de 2011, mediante acuerdos 015-018-2011 de la sesión 018-2011, y 001-020-2011 de la sesión 020-2011, este Consejo como Órgano decisor del presente procedimiento solicitó al asesor financiero, el señor Mario Campos, un informe técnico que valore las circunstancias entorno a los hechos intimados, en especial al requerimiento de información de la SUTEL y la presentación de esta información por parte del ICE. Lo anterior, a la luz de los estudios y análisis que han arrojado los equipos de trabajo conformados por profesionales de ambas instituciones SUTEL e ICE con ocasión a las labores



29 DE ABRIL DEL 2011

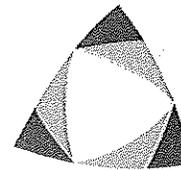
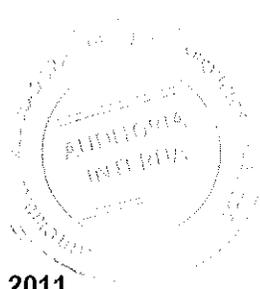
SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

conjuntas para la obtención de la información necesaria y habida en dicho operador, y a los efectos de los fines y objetivos de la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010. Estos estudios o análisis que se han venido generando en las reuniones y trabajos conjuntos entre profesionales del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y de esta Superintendencia, constituyen base para un mejor análisis y estudios a profundidad de las circunstancias en las que se dieron los hechos intimados en la presente causa y que necesariamente arrojan importantes datos y evidencias a efectos de la debida valoración de esos hechos y la conducta o acciones del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD.

En fechas 21 y 30 de marzo de 2011, mediante acuerdos 001-020-2011 de la sesión 020-2011 y 015-023-2011 de la sesión 023-2011, respectivamente, este Órgano decisor recibió y conoció, por su orden, el informe técnico solicitado al asesor Mario Campos, oficio 433-SUTEL-2011 de fecha 18 de marzo de 2011 y su ampliación mediante el oficio 520-SUTEL-2011 de fecha 28 de marzo de 2011. En lo que interesa el informe señala las siguientes conclusiones:

"Una vez estudiados y analizada la información proporcionada por el ICE, así como los informes y documentos solicitados y presentados por el Órgano director, con un criterio técnico meramente financiero que es la rama de mi especialidad, se puede concluir los siguientes puntos:

1. *En el sentido estricto de la comparación entre la información solicitada y la información recibida, se presenta una diferencia sustancial, claramente señalada en los informes del ingeniero José Gonzalo Acuña.*
2. *Dicha diferencia en la información no permite obtener los insumos al modelo Botton up scorched node LRIC según lo establecido por la SUTEL en la resolución RCS-137-2010 del 5 de marzo del 2010.*
3. *La información o insumos que se consideran que faltan para aplicar el modelo establecido, y que es necesario solicitar al ICE son los siguientes:*
 - a. *Los costos desagregados por sector, por red y para cada uno de los servicios que brinda el ICE en telecomunicaciones, tanto para el año 2009 y como para los meses del 2010 que se tenga información disponible.*
 - b. *Las metodologías utilizadas en estos sistemas contables para el cálculo de la depreciación y la revalorización de activos de manera desagregada para cada tipo de activos considerados (infraestructura, equipos pasivos, activos, entre otros), así como los períodos de depreciación de los mismos.*
 - c. *Los costos de reposición de los equipos y elementos de las redes con el ICE brinda servicios los distintos de telecomunicaciones, entendiéndose estos costos como el valor actual de los equipos y elementos de red, que dadas las tecnologías disponibles satisfacen eficientemente (con el mínimo costo o en condiciones iguales al costo de mercado) los requerimientos y funciones que permiten los equipos actualmente instalados.*
 - d. *Datos sobre la demanda de servicios, correspondientes al tráfico y capacidad total de las redes de telefonía fija y telefonía móvil, al menos los siguientes aspectos: tipo de servicio, cantidad de usuarios y/o conexiones, tráfico telefónico (en minutos), tanto dentro de cada una de las redes como entre ambas redes.*
 - e. *Detalle de los costos unitarios, estimados a partir de la información referida en los puntos anteriores, de la disponibilidad para el público de los servicios de telefonía fija y telefonía móvil, incluyendo la instalación (telefonía fija) o*

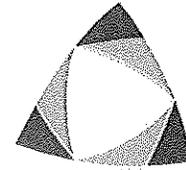


29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

actualización (telefonía móvil) y el costo por minuto de efectuar las llamadas tanto dentro de la misma red como a otras redes.

- f. Una proyección de las inversiones en equipos e infraestructura que planea realizar el ICE Telecomunicaciones durante el año 2011.
4. Aunque gran parte de esta información e insumos necesarios para definir el modelo escogido puede ser obtenida por medio de otras fuentes, es claro que al ser el ICE el operador tradicional de estos servicios, debería de contar con la información o por lo menos orientar en la obtención de la misma, contribuyendo en obtener los resultados más rápidamente para el beneficio de la sociedad costarricense en cuanto a la apertura de mercados.
5. A partir del mes de diciembre del 2010, se da un cambio en los interlocutores y contactos entre el ICE y la SUTEL, donde el liderazgo del ICE es asumido por la gerencia de finanzas, en la persona del señor Mauricio Moreno, en sustitución de la relación de marzo a noviembre del 2010 que estuvo con la secretaria de junta directiva y la gerencia de telecomunicaciones del ICE.
6. Con este cambio de interlocución, se ha logrado un acercamiento y apertura del ICE en cuanto a mostrar a la SUTEL la realidad que presentan en sus sistemas y metodologías de costeo, la disseminación de la información relevante en gran cantidad de oficinas y bajo el control de gran cantidad de personas y con ello la veracidad de lo manifestado en los documentos y oficios enviados a la SUTEL, verificando que "...la contabilidad del ICE a lo largo de sus años como empresa estatal prestadora de servicios públicos, ha venido trabajando con base en una contabilidad financiera, a partir de la cual se construyó un modelo con una asignación total de costos: costos históricos totalmente distribuidos que se complementa con información técnica de toda la topología de la red de telecomunicaciones de manera que actualizar esa base de costos y activos históricos, para trasladar toda la información de contabilidad financiera actual hacia una contabilidad de costos que cumpla con una metodología basada en un modelo bottom up utilizando costos incrementales de largo plazo, requiere necesariamente de un período de gradualidad, transición y progresividad..." Como lo indicaron en el oficio 6000-1421-2010 del 31 de mayo del 2010.
7. Considerando la disponibilidad de información de los sistemas del ICE, así como la ayuda e involucramiento directo del gerente financiero para obtener información requerida de otras áreas del ICE, que es necesaria obtener por la SUTEL para poder aplicar el modelo definido para costos de interconexión, es pertinente considerar que la información necesaria es factible de obtenerse, tal vez no en una precisión del 100% de lo solicitado por la SUTEL, pero sí en una aproximación lo suficiente para lograr obtener resultados del modelo escogido.
8. Si bien es cierto que ya ha pasado un año desde la solicitud formal de información al ICE, bajo el principio de buena fe, considerando la apertura y acercamiento de los nuevos interlocutores del ICE con la SUTEL a partir de diciembre del 2010, reconociendo que han estado buscando y preparando información solicitada a pesar de que efectivamente no cuentan con un sistema de costos que le permitan obtener información "Bottom-Up", podría considerarse darle una última oportunidad de máximo 30 días para que se presente a la SUTEL la información relevante solicitada para poder establecer los costos de interconexión de la red fija mediante el modelo Bottom up scorched node LRIC, definida en la RCS- 137-2010, con lo cual se estaría dando un tiempo razonable para la gradualidad y progresividad en el proceso de transición del modelo monopólico al modelo de competencia.



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

“(...)

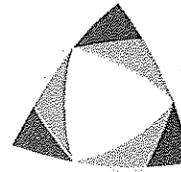
3. *En las reuniones de trabajo indicadas, se ha tenido una actitud de transparencia y colaboración bastante amplia. Han mostrado los sistemas de costeo con que cuentan a la fecha, mostrándonos la evolución que han tenido de sus sistemas de costos de gestión interna de una empresa monopólica, con una asignación total de costos históricos y lo que han trabajado en los últimos dos años, por medio de una consultoría con una empresa brasileña, de buscar un modelo de costos por actividades más dirigido al modelo bottom up.*
4. *El ICE ha mostrado como está en evolución a la metodología plateada por la SUTEL, pero que aún está lejos de llegar a ella, tanto por el volumen de información que se maneja, como por las diferencias internas en cuanto a las fuentes de información técnicas requeridas.*
5. *El ICE ha propuesto el utilizar la información de costos con que cuenta a la fecha, ajustándola de la manera que sea posible, ya que la información de la manera y en la metodología que le ha solicitado la SUTEL no la tienen disponible a la fecha, y que necesitan un plazo lo adecuadamente amplio para poder llegar a contar con ella en la forma solicitada.*
6. *Se ha procedido a simplificar el modelo de red fija para ajustarlo de una manera que pueda utilizarse la información con que cuenta el ICE para poder determinar las tarifas y costos que nos interesan.*
7. *Se ha tenido una actitud muy favorable por parte de la Gerencia Financiera del ICE en proporcionar información solicitada de la red móvil, en un nivel bastante detallado y con información trabajada y elaborada de acuerdo a lo solicitado por la SUTEL en los últimos meses. De igual manera se esperaría que una vez que en la SUTEL tengamos definido el modelo simplificado de la red fija y con ello los requerimientos de información necesarios, se tenga igual colaboración de la Gerencia de Finanzas del ICE para obtener dicha información.*
8. *Esta segunda etapa ha permitido el involucramiento de una mayor cantidad de funcionarios de la SUTEL y del ICE, con lo cual se facilita y se asigna el trabajo de una manera más eficiente, según temas y la complejidad de los mismos.*
9. *Ejemplo de lo anterior, es el tema de la determinación del costo ponderado del capital, (WACC), punto en el cual en pocas reuniones entre funcionarios de la gerencia de finanzas del ICE y funcionarios de la Dirección de Mercados y Asesoría Financiera de la SUTEL, se ha llegado prácticamente a un acuerdo, intercambiando metodologías y fuentes de información.*
10. *Se ha demostrado la conveniencia para ambas partes, SUTEL e ICE, de continuar con este tipo de reuniones, ya que en pocas semanas se ha logrado más avance que en varios meses del año 2010, razón por la cual se recomienda continuar con esta iniciativa.”*

Mediante acuerdo 015-023-2011 del Consejo, en sesión ordinaria número 023-2011, celebrada el 30 de marzo de 2011, el Órgano decisor dio traslado al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, del mencionado informe contenido en los oficios 433-SUTEL-2011 y 520-SUTEL-2011 para que se refiriera al mismo y pudiera ejercer sus derechos de defensa y cumplir con el debido proceso.

Con fecha 8 de abril de 2010, el ICE contestó la audiencia otorgada mediante el citado acuerdo 015-023-2011, haciéndose referencia al informe técnico de oficios 433-SUTEL-2011 y 520-SUTEL-2011.

Nº

8372



sutel

SUPERINTENDENCIA DE
TELECOMUNICACIONES

29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

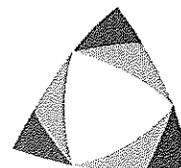
CONSIDERANDO

I.- RECURSO DE APELACIÓN E INCIDENTE DE NULIDAD

El INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, mediante oficio 6000-1421-2010 del 31 de mayo del 2010, interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra el Auto de Intimación con base en los siguientes argumentos: a. Que el ICE solicitó una prórroga del plazo inicial otorgado en la Resolución RCS-137-2010, con base en el nivel de detalle, complejidad y trascendencia de la información solicitada por un mes adicional; b. Que no otorgar la prórroga contradice lo establecido por el legislador en el artículo 258 de la Ley General de Administración Pública (LGAP); c. Que la contabilidad del ICE a lo largo de sus años como empresa estatal prestadora de servicios públicos, ha venido trabajando con base en una contabilidad financiera, a partir de la cual se construyó un modelo con una asignación total de costos: costos históricos totalmente distribuidos que se complementa con información técnica de toda la topología de la red de telecomunicaciones de manera que actualizar esa base de costos y activos históricos, para trasladar toda la información de contabilidad financiera actual hacia una contabilidad de costos que cumpla con una metodología basada en un modelo bottom up utilizando costos incrementales de largo plazo, requiere necesariamente de un período de gradualidad, transición y progresividad que excede en mucho el plazo de 2 meses otorgado al efecto en la Resolución RCS-137-2010; d. Que sí se cumplió con el plazo mediante la información suministrada por el oficio 0159-031-2010 y en la que se advirtió la insuficiencia del plazo otorgado; e. Que en la realidad actual del mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica, al no existir gradualidad y progresividad en el proceso de transición del modelo monopólico al modelo de competencia efectiva, los plazos otorgados por el legislador, Poder Ejecutivo y por el Regulador, en la práctica han resultado insuficientes; f. Con base en dichos argumentos el ICE considera que no existe incumplimiento al deber de suministrar información y solicita se declare con lugar el recurso de revocatoria o en su defecto se tramite en alzada la respectiva apelación.

El recurso de revocatoria fue declarado sin lugar por el Órgano director mediante resolución de las 11:20 horas del 11 de junio del 2010.

Este Órgano decisor rechaza el recurso de apelación por las mismas razones esgrimidas en la resolución de las 11:20 horas del 11 de junio del 2010, pero sobre todo porque los argumentos del ICE se centran precisamente sobre el fondo del asunto, sobre los aspectos que precisan dilucidarse dentro del procedimiento ordinario sancionatorio. El acto impugnado que es el auto de intimación e imputación es conforme a derecho, aunque la motivación de acto es corta, lo es por el tipo de infracción de que se trata. El incumplimiento de una obligación de resultado realmente es una mera constatación máxime si la misma parte u obligado reconoce que no pudo completar toda la información en tiempo. Realmente lo que ocurre en la especie es que el procedimiento sancionador de lo que trata es de dilucidar la existencia de causas justificantes o de determinar si la información era proporcionada y razonable, o si era competencia de la SUTEL pedirla, etc. El antecedente de este procedimiento es el expediente OT-039-2010 que es el procedimiento de determinación de la metodología para definir los cargos de interconexión y la ejecución de la resolución RCS-137-2010. Dentro de este expediente y de la información presentada por el ICE y su propio reconocimiento de no poder cumplir en totalidad con el requerimiento de información, se desprende suficientemente el fundamento y motivos para incoar un procedimiento al ICE, por el hecho único que surge de la naturaleza propia de la falta o tipo de infracción y la correspondiente infracción y sanción. Así las cosas, si bien es cierto el auto de intimación es lacónico, es claro, preciso y detallado en lo esencial a efectos de cumplir con la debida defensa, pues el ICE tenía claridad de lo que incumplió puesto que lo reconoce de su propio dicho.



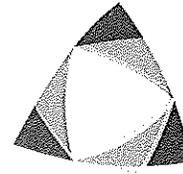
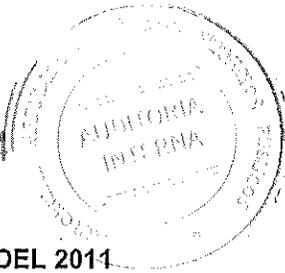
29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

En cuanto el incidente de nulidad absoluta presentado escrito de fecha 17 de junio de 2010, el ICE argumentó que, el auto de intimación e imputación (acto recurrido) se limitó a enunciar en forma genérica, que la información aportada por el ICE lo fue incompleta y basada en un modelo top down, lo cual deja en indefensión al ICE, puesto que no conoce los ítems que se consideran incompletos y cuál información correspondería a un modelo distinto al definido por la SUTEL.

Sobre este incidente este Consejo considera que no existe ningún vicio de nulidad absoluta en lo alegado por el ICE respecto del auto de intimación. En primer lugar, porque el ICE reconoce que no puede no pudo completar la información por lo que sabe qué información fue la que no se aportó y está incompleta. En relación con la información de un modelo u otro, en realidad el ICE cuando impugnó la resolución RCS-137-2010 no objetó la información, tipo de información, proporcionalidad de la información, y dado que también reconoce que no puede presentar cierta información no solo por el plazo si no porque no la tiene en razón de esta diferencia de modelos, también sabe qué información se ha presentado de modo tal que no corresponde al modelo bottom up. En todo caso, el detalle y desarrollo de estos aspectos son propios del objeto del procedimiento sancionatorio para averiguar la verdad real de cómo y en qué circunstancias se dio la presentación de la información, y conocer en detalle y a fondo los motivos o elementos fácticos por los cuales el ICE no pudo cumplir. Precisamente esto corresponde a la defensa del supuesto infractor en estos casos de incumplimiento de instrucciones adoptadas por la SUTEL. En suma, tratándose de incumplimientos de obligaciones de resultado, el objeto del procedimiento se vuelca sobre el juicio de culpabilidad más que el juicio de tipicidad, razón por la cual al momento de dictarse el auto de intimación es imposible o muy difícil conocer e intimar los hechos que suponen una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad. De hecho si vemos la defensa y alegatos en la audiencia y durante el procedimiento, la discusión giró en torno a este elemento subjetivo de la responsabilidad. Por lo anterior, la intimación en estos casos es de un único hecho.

Sobre la intimación y la imputación, como integrantes del debido proceso, la jurisprudencia constitucional, recogida profusamente en el Manual de Procedimiento Administrativo de la Procuraduría General de la República (2007), ha indicado lo siguiente: "a) Principio de intimación: consiste en el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento del funcionario la acusación formal. La instrucción de los cargos tiene que hacerse mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos que se le imputan y sus consecuencias jurídicas. b) Principio de imputación: es el derecho a una acusación formal, debe el juzgador individualizar al acusado, describir en detalle, en forma precisa y de manera clara el hecho que se le imputa. Debe también realizarse una clara calificación legal del hecho, estableciendo las bases jurídicas de la acusación y la concreta pretensión punitiva. Así el imputado podrá defenderse de un supuesto hecho punible o sancionatorio como en este caso, y no de simples conjeturas o suposiciones." (Voto N° 632-99 de las 10:48 horas del 29 de enero de 1999. En sentido similar, véase los votos N°2253-98 de las 13:03 horas del 27 de marzo y el N° 2376-98 de 1 de abril ambos de 1998). "IV. El principio de intimación pretende garantizar dos aspectos: a) que a la persona investigada, se le comuniquen de manera exacta los hechos que dan origen al proceso que se interesa, con la finalidad de que pueda proveer a su defensa, y b) que en el pronunciamiento de fondo se de una identidad entre lo intimado y lo resuelto." (Resolución No 216-I-98 de las 16:45 horas del 14 de abril de 1998). "El principio de intimación expuesto en dicha sentencia, significa el derecho de ser instruido de los cargos que se le imputan a cualquier persona o personas, y el principio de imputación, el derecho a tener una acusación formal, en el sentido de individualizar al o los imputados que se pretendan someter a proceso, describir en forma detallada, precisa y claramente el hecho que se les acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando incluso los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva." (Resolución N° 2376-98 de las 16:54 horas del 1 de abril de 1998). "El debido proceso en materia administrativa integra, entre otros, el derecho de intimación, es decir, que todo acusado debe ser instruido de los cargos que se le imputan. Con el traslado de cargos se pretende que la persona intimada



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

comprenda el carácter de los actos que se le atribuyen desde el primer momento de la iniciación del procedimiento administrativo (Resolución N° 812-2000 de las 18:15 horas del 25 de enero del 2000). "... la Sala ha señalado que toda persona investigada debe ser puesta desde un inicio del procedimiento en conocimiento y que debe intimársele mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales, lo que no ocurrió en el presente caso, produciéndole indefensión a la amparada durante el resto del procedimiento." (Resolución N° 5100-99 de las 17:30 del 30 de junio de 1999) (En similar sentido resolución N° 2003 15337 de las 15:03 horas del 19 de diciembre del 2003). También la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de referirse al tema y lo ha hecho en los siguientes términos: " III.-El tema de la tutela del debido proceso, principio constitucional sustentado en el artículo 41 de nuestra Carta Magna, ha sido abordado en reiteradas oportunidades por la Sala respectiva. En tales pronunciamientos ha indicado cuáles deben considerarse elementos básicos del principio en referencia. Así por ejemplo, los votos 15-90 de 16:45hrs. del 5-1-90 y 1734 de 15:26 hrs. del 4-9-9, hacen referencia al tema en los siguientes términos: (...) IV. Obsérvese cómo en el proceso ha de procurarse la garantía de una serie de derechos en forma integral. Sea, de verse alguno de ellos alguno de ellos disminuido o vedado de ejercer en un todo, el proceso integro sufre como consecuencia la nulidad por trasgresión del debido proceso. Por ello debe valorarse con sumo cuidado cada caso, pues no obstante existir la posibilidad de determinar elementos básicos en relación con aquel principio, deviene prácticamente imposible, conformar un esquema o marco unívoco -aplicable siempre el cual resulte infalible protector del debido proceso. Máxime si se considera que las circunstancias del proceso, son en última instancia las que permiten concluir si se satisfizo o no el principio. (...) La intimación de los cargos debe ser expresa, precisa y particularizada. No corresponde al administrado dilucidar, del cúmulo de información y actuaciones comprendidas en un expediente administrativo, cuáles son los cargos que se le endilgan. Lo anterior podría abocarlo, incluso, a no pronunciarse sobre algunos de ellos porque no los valoró como tales; o bien porque no los ubicó en el expediente, lo cual menoscaba tanto el derecho de defensa, cuanto [sic] al debido proceso." (Resolución N° 21 de las 14:15 horas del 9 de abril de 1997.)

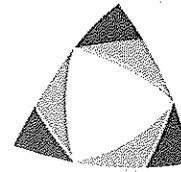
Así las cosas, a partir de la exigencia constitucional y legal de la intimación de lo que se trata es que el intimado no esté obligado a adivinar cuál es el objeto de la investigación, colocándolo en una situación de franca desventaja que, por su efecto sobre los derechos fundamentales del destinatario del acto, conduciría inevitablemente a la nulidad del acto final. En este sentido, ha quedado ya advertido que el objeto del procedimiento en estos casos de incumplimiento de obligaciones de resultado traduce el objeto en la averiguación de hechos o circunstancias por las que se acredite o no la existencia de causas de justificación o exclusión de la culpabilidad. Dado lo anterior y siendo que en este aspecto la carga probatoria la tiene el intimado, también es la de proporcionar los hechos que la Administración requiere conocer.

Por consiguiente, este Consejo no acoge los alegatos del ICE en cuanto lo dicho en su incidente de nulidad absoluta, y por lo tanto resuelve este procedimiento mediante acto final y con las siguientes consideraciones de hecho y derecho.

II.- HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las pruebas practicadas ha quedado probado, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Mandato de la resolución RCS-137-2010 y requerimiento de información



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

Mediante resolución número RCS-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL): (I) designó como metodología para el establecimiento de los precios de interconexión, el método de Costos Incrementales de Largo Plazo (LRIC) utilizando el modelo bottom-up scorched node, aplicando costos prospectivos, (II) estableció los pasos para su implementación, (III) determinó que la SUTEL revisará la metodología LRIC, bottom-up scorched node, con costos prospectivos en un plazo máximo de 3 años, (IV) estableció que la demanda, diseño y componentes de costos incluidos en el modelo se revisarán anualmente, y (V) solicitó a los operadores importantes presentar a la SUTEL, dentro de un plazo máximo de dos meses a partir de la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial La Gaceta, información relativa a sus redes.

SEGUNDO.- Solicitud y rechazo de prórroga para cumplir con la presentación de la información solicitada mediante la resolución RCS-137-2010.

Con fecha 12 de mayo de 2010, mediante oficio 0159-026-2010, el ICE solicitó una prórroga de un mes al plazo otorgado según la resolución RSC-137-2010 de las 10:50 horas del 5 de marzo del 2010, para presentar la información requerida.

Mediante acuerdo firme número 004-024-2010 del Acta de la Sesión Ordinaria número 24, celebrada el 14 de mayo del 2010, el Consejo de la SUTEL acordó: "(1) Denegar la solicitud de prórroga presentada por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD mediante oficio 0159-026-2010 el día 12 de mayo del 2010...".

TERCERO.- Que la entidad INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD mediante su escrito oficio 0159-031-2010 del 17 de mayo del 2010 presentó incompleta, insuficiente y en algunos supuestos no presentó la información requerida mediante la resolución RCS-137-2010 de este Consejo, estando obligado a ello según lo establecido en el artículo 75 de la Ley 7593, el artículo 32 de la Ley 8660 y en el mandato *per se* de dicha resolución.

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del procedimiento sancionador, resultan probados los siguientes hechos:

De la información suministrada por el ICE mediante oficio 0159-031-2010, conforme con la instrucción girada por el Consejo de la Sutel, según Resolución RCS-137-2010; se desprende lo siguiente:

A. Red móvil

No se suministra la información general para el año 2004 – 2008 en forma anual.

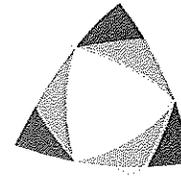
Del año 2009, el desglose mensual de la condición actual de la red, cuando corresponda:

1. Suscriptores prepago y pospago (por separado)

Se suministra la información para el 2008 anual y 2009 mensual

2. Probabilidad de bloqueo celdas y circuitos

El cuadro suministrado no es congruente respecto a los datos incluidos en cada columna, tal y como se muestra a continuación



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

Año	Caldas	Circuitos en las troncales totales
2008	0,44	3,68

Año-2009	Caldas	Circuitos en las troncales totales
Enero	17,17	4,83
Febrero	0,01	3,81
Marzo	0,03	3,64
Abril	0,39	3,06
Mayo	0,55	2,31
Junio	0,41	0,95
Julio	0,03	0,67
Agosto	0,00	0,63
Septiembre	0,14	1,11
Octubre	0,03	1,10
Noviembre	0,03	2,00
Diciembre	0,26	0,77

3. Número de sectores por radiobase

Aportado

4. Duración media de la comunicación

No se aporta, resulta extraño que no se cuente con estos datos ya que son indispensables para el dimensionamiento y optimización de la red. Adicionalmente han sido empleados en los carteles licitatorios para efectuar dimensionamientos de red.

5. Tiempo medio de espera para la conexión

No se aporta esta información.

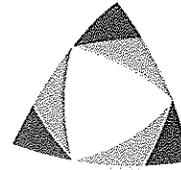
6. Completación de llamadas

Solo se brinda el tráfico saliente de todo el sistema, sin desagregarlo conforme a lo solicitado:

- a. Saliente (móvil – fijo, móvil – internacional)
- b. Entrante (fijo – móvil, internacional - móvil)
- c. Dentro de red (móvil – móvil)

7. Distribución de tráfico de la red (mensual y anual)

Servicio	Dentro de red	Entrante	Saliente
Voz - minutos			
Voz – Llamadas			
SMS – cantidad			
MMS -			
Datos -			



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

No se aporta el detalle solicitado en la tabla anterior. Además en el caso del tráfico de "voz – llamadas" se presenta la documentación incompleta respecto a los meses del 2009.

La tabla de SMS está corrida y no se puede precisar si la información es completa.

8. Costos de elementos de red por unidad y totales (costo de reposición por equipos nuevos e instalados)

BTS en utilización, incluyendo infraestructura (2G y 3G desagregado)
BSC
MSC
HLR
EIR/AUC
Buzón de voz
Enlaces de transmisión, incluyendo costo de equipos microondas o enlaces de fibra
Plataforma de servicios prepago
Plataforma de facturación

La información aportada se basa en un modelo de costos históricos "top down" contrario al modelo "bottom up" solicitado, además no se especifica si los datos aportados corresponden a costos unitarios o totales. Igualmente, se agrupan diferentes elementos de la red. En general la información se presenta de forma agrupada entre la red fija y la red móvil, lo cual hace imposible el identificar los costos asociados a transporte en la red móvil de manera exclusiva.

9. Distribución de minutos de tráfico por radiobase o similar

- Entrante
- Dentro de red
- Saliente

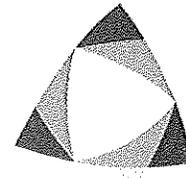
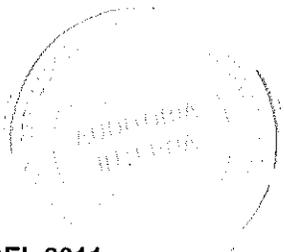
No se aportó la información solicitada.

10. Cobertura de red respecto al territorio nacional con la desagregación que se cuente, ya sea por provincias, cantones o distritos (En GSM -85 dBm o mejor)

Se aportan mapas de cobertura.

11. Factores de utilización promedios de elementos de red para una llamada

Elementos de la red	BTS	BSC	MSC	HLR	EIR/AUC	Buzón de voz	Enlaces de transmisión	Plataforma de servicios prepago	Plataforma de facturación	Otros elementos de red
Dentro de red										
Entrante										



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

Elementos de la red	BTS	BSC	MSC	HLR	EIR/AUC	Buzón de voz	Enlaces de transmisión	Plataforma de servicios prepago	Plataforma de facturación	Otros elementos de red
Saliente										

Este cuadro se aporta de manera parcial.

12. Distribución de clientes por bloques de consumo

No se aporta esta información.

B. Red fija

Del año 2009, el desglose mensual por provincia, cuando aplique de la siguiente información:

1. Suscriptores totales

No se aporta de forma completa, sin embargo en la hoja denominada "Red Fija" del archivo "Información de la red fija y completación de llamadas", se muestra un total de 1.904.579,00 líneas, no obstante en la hoja "Localidades" del mismo archivo se presenta un total de 1.725.741,00 líneas.

2. Numero de conmutadores

- a. Elementos de concentración (URAS, concentradores, IMAP)
- b. Centrales locales
- c. Centros de tránsito primario
- d. Centros de tránsito secundario

Se presenta la información solicitada:

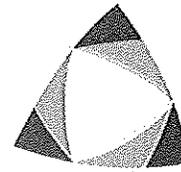
- a. Elementos de concentración (URAS, concentradores, IMAP):779
- b. Centrales locales: 44
- c. Centros de tránsito primario: 19
- d. Centro de tránsito secundario: 2

3. Duración media de la comunicación

- a. Dentro de la red (fijo-fijo)
- b. Destino móvil (fijo-móvil)
- c. Destino internacional (fijo-internacional)

Se presenta la información solicitada

Duración media de comunicación			
Mes	Fijo-Fijo	Fijo-Movil	Fijo-Internacional
Ene-09	158,89	78,24	237,89
Feb-09	147,02	77,09	254,89
Mar-09	146,63	76,32	283,27



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

<i>Abr-09</i>	145,09	76,08	233,99
<i>May-09</i>	145,23	76,69	233,3
<i>Jun-09</i>	141,5	76,52	218,41
<i>Jul-09</i>	147,61	75,35	232,97
<i>Ago-09</i>	141,68	76,94	261,72
<i>Sep-09</i>	138,00	72,95	209,60
<i>Oct-09</i>	141,79	73,24	278,30
<i>Nov-09</i>	No hay datos		
<i>Dic-09</i>	135,79	72,76	255,66

4. Tiempo medio de espera para la conexión

Se presenta la información solicitada

<i>Tiempo medio para la conexión</i>	
<i>Mes</i>	<i>Seg</i>
<i>Ene-09</i>	1,39
<i>Feb-09</i>	1,4
<i>Mar-09</i>	1,4
<i>Abr-09</i>	1,41
<i>May-09</i>	1,42
<i>Jun-09</i>	1,46
<i>Jul-09</i>	1,5
<i>Ago-09</i>	1,5
<i>Sep-09</i>	1,4
<i>Oct-09</i>	1,04
<i>Nov-09</i>	0,99
<i>Dic-09</i>	0,96

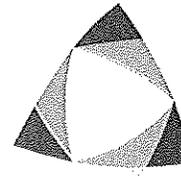
5. Completación de llamadas

- a. Saliente
- b. Entrante
- c. Dentro de red

Se remite información Saliente y Entrante y falta la información de completación dentro de la red (red local).

6. Distribución de tráfico de la red (mensual y anual)

Servicio	Dentro de red	Entrante	Saliente
Minutos			



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

Llamadas			
----------	--	--	--

No se aporta esta información

7. Costos de elementos de red por unidad (costo de reposición por equipos nuevos):

Conmutación

- Elementos de concentración (URAS, concentradores, IMAP) asociados a las centrales locales
- Centrales locales
- Centros de tránsito primario
- Centros de tránsito secundario

En lo que respecta a las centrales locales se debe indicar la cantidad de líneas operativas distribuidas en URAS e IMAPs.

Para los centros de tránsito primario y secundario se debe indicar la capacidad de conmutación a nivel E1's.

Se aporta la información parcial, mediante un modelo top-down contrario a lo solicitado, y de forma agrupa con la red de telefonía móvil.

Transmisión

- Enlaces troncales E1's a través de redes inalámbricas
- Enlaces troncales E1's a través de redes cableadas (fibra óptica, cobre)
- Total de kilómetros de fibra óptica por anillos en la red transporte, especificando cantidad de hilos por fibra (aérea y subterránea por separado).
- Costo por kilómetro de fibra instalada aérea y subterránea por separado.

Se aporta la información parcial, mediante un modelo top-down contrario a lo solicitado, y de forma agrupa con la red de telefonía móvil, lo que no permite establecer claramente cuáles costos aplican a cada red.

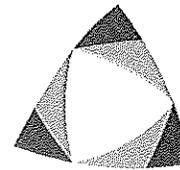
Red de distribución

Red de cobre

- Distribución de costos por kilómetro de red de acuerdo con la cantidad de pares telefónicos en sus modalidades aérea y subterránea, considerando tendido en postes y uso de ductos.
- Total de kilómetros de red primaria (subterránea y aérea por separado)
- Total de kilómetros de red secundaria (subterránea y aérea por separado)
- Total de pares de cobre en la red primaria
- Total de pares de cobre en la red secundaria
- Distancia entre vanos rural y urbano, para tendidos de redes de telecomunicaciones
- Desglose y estimación del costo promedio del par primario
- Desglose y estimación del costo promedio del par secundario

Red de fibra óptica

- Total de kilómetros de red primaria (subterránea y aérea por separado)



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

- Costo por kilómetro de fibra óptica instalada subterránea y aérea

Red de acceso

- Promedio de metros de acometida telefónica (aérea y subterránea por separado con su respectiva proporción.)
- Costo por metro de acometida instalada (aérea y subterránea por separado)
- Total de accesos inalámbricos y su proporción respecto al total de accesos
- Costo promedio de equipos de acceso inalámbrico

No se aporta la información relativa a la red de distribución en sus distintos componentes.

Infraestructura (ya deben incluirse en los elementos anteriores)

- Costo de cámaras, arquetas y armarios instalados por separado.
- Costo del tendido en postes (propios ICE y alquilados) y el uso de ductos.
- Total de arquetas, armarios, cámaras, postes y kilómetros de ducto.
- Estaciones de telecomunicaciones
- Desglose y estimación de la desagregación de los elementos de infraestructura entre los diversos servicios de telecomunicaciones (fijo, móvil, internacional, transferencia de datos)

No se aporta esta información.

8. Distribución de minutos de tráfico por central telefónica

- Entrante
- Dentro de red
- Saliente

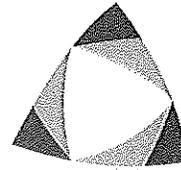
No se aporta esta información.

9. Cobertura de red respecto al territorio nacional por cantón (o centrales telefónicas y elementos de concentración georeferenciados)

No se aporta esta información

10. Factores de utilización promedios de elementos de red para una llamada

Elementos de red	Otros elementos de red	Elementos de concentración	Central local	Centro de tránsito primario	Centro de tránsito secundario	Troncales de transmisión	Plataforma de servicios prepago y cobro revertido	Plataforma de facturación	Última milla
Dentro de red									
Entrante									
Saliente									



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

No se aporta esta información

- 11. Distribución de clientes por bloques de consumo

No se aporta esta información

C. Red de transferencia de datos

Para el año 2009, el desglose mensual cuando aplique de la siguiente información:

- 1. Diagrama general de red

Se aporta únicamente el gráfico de transporte internacional.

- 2. Suscriptores totales

Distribución de suscriptores por velocidad, nivel de sobresuscripción contratado y tecnología de acceso a la red (Acceso conmutado, RDSI, WIMAX, xDSL, Metro Ethernet, líneas dedicadas, ATM, Frame-Relay, VSAT, GPRS/EDGE, 3G)

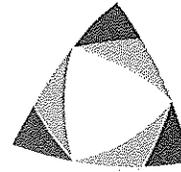
No se aporta esta información

- 3. Equipos y elementos de red

Se aporta únicamente esta información, sin especificarse adecuadamente a qué corresponde.

Mes	Tráfico (Mbps)
Enero	3.512,37
Febrero	4.845,06
Marzo	5.096,25
Abril	5.731,71
Mayo	6.385,00
Junio	7.077,00
Julio	7.079,82
Agosto	7.273,74
Setiembre	7.438,37
Octubre	7.095,77
Noviembre	7.507,46
Diciembre	7.203,00

- a. Total de equipos y capacidades para
 - i. Núcleo/Borde
 - ii. Distribución
 - iii. Acceso
- b. Capacidad en Mbps para el transporte a nivel nacional



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

- c. Cantidad de equipos y puertos (desagregados por ancho de banda máximo de cada puerto)
- d. Capacidad contratada en Mbps para los enlaces internacionales y su respectiva asignación para cada tecnología de acceso

4. Conexiones

Patrón de tráfico por usuario de acuerdo con la capacidad contratada y el nivel de sobresuscripción del servicio.

No se aporta la información requerida.

5. Costos de elementos de red por unidad y totales (costo de reposición por equipos nuevos e instalados)

- a. Núcleo /Borde
- b. Distribución
- c. Acceso (desagregado para cada tecnología de acceso)
- d. Enlace local
- e. Transporte internacional

Se aporta la información parcial, mediante un modelo top-down contrario a lo solicitado, y de forma agrupa con la red de telefonía móvil y fija, lo que no permite establecer claramente cuáles costos aplican a cada red.

6. Infraestructura (ya deben incluirse en los elementos anteriores): Corresponde a la desagregación e inclusión de los distintos elementos de infraestructura física, entre los que encuentran las edificaciones, cámaras, arquetas, armarios, emplazamientos de torres, estaciones de transmisión, entre otros para cada una de las redes del operador. Para lo anterior, deberá especificarse la cantidad y costo de cada uno de los elementos de infraestructura.

Desglose y estimación de la desagregación de los elementos de infraestructura entre los diversos servicios de telecomunicaciones (fijo, móvil, internacional, transferencia de datos)

No se aporta esta información

7. Cobertura de red respecto al territorio nacional con la desagregación que se cuente, ya sea por provincias, cantones o distritos

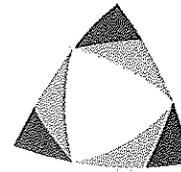
No se aporta esta información

8. Factores de utilización

Elementos De Red	Núcleo	Distribución	Acceso	Transporte nacional	Transporte internacional	Otras redes
Dentro de red						
Entrante						



29 DE ABRIL DEL 2011



SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

Saliente					
----------	--	--	--	--	--

No se aporta esta información

D. Red de transporte internacional

Para el año 2009, el desglose mensual de la siguiente información:

1. Diagrama general de red

Se aporta el diagrama solicitado.

2. Distribución de capacidad de red

a. Distribución de la capacidad de red de transporte de acuerdo al uso efectivo de la misma (servicios de voz, datos en sus distintas modalidades y conforme a los criterios de priorización de tráfico).

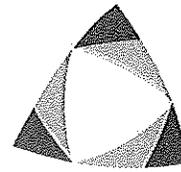
Se indica textualmente: "No se tiene priorización de tráfico", lo cual hace imposible la diferenciación de tarifas por calidad de servicio y diferenciación de servicios por categorías.

b. Cantidad de minutos de tráfico de voz entrante y saliente por separado.

Se aporta la siguiente información:

Tabla 1. TRÁFICO TELEFÓNICO INTERNACIONAL		
AÑO 2009		
Mes	Minutos	
	Entrante	Saliente
TOTAL AÑO 2009	453.457.817	196.226.997
Dic-09	38.582.451	16.991.731
Nov-09	36.978.141	15.608.227
Oct-09	38.932.960	15.392.701
Sep-09	37.518.432	14.236.565
Ago-09	40.495.791	16.098.339
Jul-09	39.497.922	15.877.776
Jun-09	37.432.596	15.682.417
May-09	35.792.262	16.787.339
Abr-09	35.654.756	15.911.585
Mar-09	40.149.892	18.057.202
Feb-09	35.586.890	16.729.708
Ene-09	36.835.724	18.853.407

c. Ancho de banda trasegados por la red



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

No se aporta lo solicitado, se brindan únicamente las capacidades máximas de cada anillo de red.

3. Equipos y elementos de red

a. Diagrama general de red

Se aporta información solicitada

b. Total de equipos y capacidades para:

- i. Centros de conmutación de tráfico internacional de voz (su distribución de capacidad respecto al tránsito nacional)

Se brinda una respuesta parcial con la capacidad de cada centro de conmutación

- ii. Equipos de transferencia de datos que sirven de elementos de frontera entre la red internacional y la red nacional

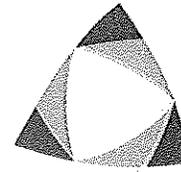
Se brinda la misma información que la señalada en el punto anterior

- c. Capacidad en Mbps para el transporte a nivel nacional (anillos de transporte nacional que enlazan los centros de transporte internacional, así como su distribución respecto al uso en transporte nacional, si aplicará)

Se brinda la siguiente tabla que responde parcialmente el requerimiento

Tabla 2. EQUIPAMIENTO DE LA RED INTERNACIONAL

NODO	EQUIPOS				
	San José	MAIN UN5000 STM64 = 10 STM16 = 2	EXT- UN5000 STM16= 2 STM4= 1 STM1o= 3	UNODE- BBM STM16= 5 STM4=2 STM1o=8 STM1e= 7	EXTWB-UNODE BBM DS3=3 E1=189
San Pedro	MAIN UN5000 STM64 = 6 STM16 = 4	EXT- UN5000 STM16= 4 STM1o= 1	UNODE- BBM STM16=5 STM4=4 STM1o=4 STM1e= 6	600W DS3=3 E1=63	600V STM4=1 STM1o=2
Bribri	MAIN UN5000 STM64 = 6 STM16 = 20	EXT- UN5000 STM16= 3 STM4= 4 STM1o= 15 STM1e= 13	UNODE- BBM STM16= 5 STM4= 4 STM1e= 32	EXT16-UNODE BBM STM16= 3 STM4= 1 STM1o= 11	EXTWB-UNODE BBM E1= 63
Unquí	MAIN	EXT-			



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

	UN5000 STM64 = 6 STM16 = 4	UN5000 STM4= 8 STM1o= 23			
Racsa	MAIN UN5000 STM64 = 10 STM16 = 3	EXT- UN5000 STM16= 2 STM4= 4	UNODE- BBM STM16= 5 STM4= 5 STM1o= 1	600W E1=105	600V E1= 105
Bunker				2500 A STM16= 4 STM4= 1 STM1o= 1	600V STM1o=5 E1= 63
Guatuso				2500A STM16= 4 STM4= 1 STM1o= 1	600W DS3= 3 E1= 105
Tarbaca				2500A STM16= 4 STM4= 1	600W E1= 105

d. Cantidad de equipos y puertos (desagregados por ancho de banda máximo de cada puerto)

Para esta información se brinda la misma tabla anterior

e. Capacidad contratada en Mbps para los enlaces internacionales y su respectiva asignación para cada tecnología de acceso

Para esta información se brinda la misma tabla anterior

4. Conexiones

a. Patrón de tráfico por usuario de acuerdo con la capacidad contratada y el nivel de sobresuscripción del servicio de datos.

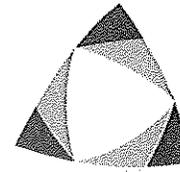
En este punto se afirma lo siguiente: "Al cliente se le venden los servicios en clear channel", por lo tanto no hay sobresuscripción", lo que presupone que no existe sobresuscripción y por tanto no deben existir diferenciaciones de calidad de servicio a clientes.

b. Patrón de tráfico de voz entrante y saliente

No se aporta la información solicitada

5. Costos de elementos de red por unidad y totales (costo de reposición por equipos nuevos e instalados)

- a. Núcleo y conmutadores de tráfico de voz
- b. Transporte enlace local
- c. Transporte internacional



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

d. Infraestructura (ya deben incluirse en los elementos anteriores): Corresponde a la desagregación e inclusión de los distintos elementos de infraestructura física, entre los que encuentran las edificaciones, cámaras, arquetas, armarios, emplazamientos de torres, estaciones de transmisión, tendidos de fibra, entre otros para cada una de las redes del operador. Para lo anterior, deberá especificarse la cantidad y costo de cada uno de los elementos de infraestructura.

Desglose y estimación de la desagregación de los elementos de infraestructura entre los diversos servicios de telecomunicaciones (fijo, móvil, internacional, transferencia de datos).

Se aporta la información parcial, mediante un modelo top-down contrario a lo solicitado, y de forma agrupa con la red de telefonía móvil y fija, lo que no permite establecer claramente cuáles costos aplican a cada red.

6. Factores de utilización

Elementos De Red	Otros Elementos	NUCLEO	Infraestructura	Conmutación	Transporte Nacional	Transporte Internacional
Trafico Voz						
Tráfico De Datos Por Condición De Sobresuscripción Y Tipo De Servicio						

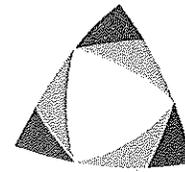
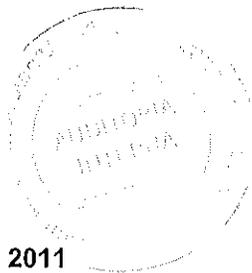
No se aporta la información solicitada.

De lo anterior se desprende que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD no presentó completa la información requerida según el mandato y la instrucción girada en la resolución RCS-137-2010.

En definitiva y como consecuencia de lo anterior, del examen (i) del escrito de remisión del ICE, oficio 0159-031-2010 y de su documentación adjunta, (ii) de las alegaciones realizadas por el ICE, (iii) de las actuaciones de oficio realizadas a solicitud del Órgano director para el examen de los hechos y (iv) de la prueba pericial testimonial aportada por el ICE, este Consejo considera probado que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD ha presentado incompleta la información y datos solicitados por medio de la resolución RCS-137-2010, incumpliendo así la instrucción girada en dicha resolución.

CUARTO.- LIMITACIONES O DIFICULTADES INSALVABLES E INEVITABLES

1. El proceso de apertura del mercado de las telecomunicaciones y las obligaciones sobre el operador importante hizo necesario que la SUTEL estableciera ciertas obligaciones (sistema de costos y una información desagregada y determinado formato) que obligaron al ICE a realizar cambios en su sistema de costos, en la forma de presentar los costos, en la cantidad y calidad de la información requerida para fines regulatorios, entre otros; y, para hacerlo el ICE debió entrar en un proceso de implementación que involucra la elaboración de una propuesta la cual requiere de

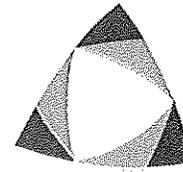
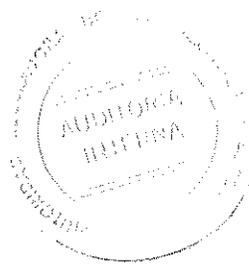


29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

una coordinación con la SUTEL para que lo propuesto por el ICE sea de satisfacción y de utilidad del Regulador.

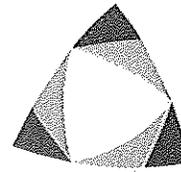
2. El ICE no pretendió desacatar la metodología de fijación de cargos de interconexión definida en la resolución RCS-137-2010, no obstante, existen para el ICE ciertas limitaciones o dificultades – según se desprende de lo manifestado por los peritos-testigos- y del informe del oficio 520-SUTEL 2011, para levantar toda la información requerida y en algunos casos en la forma, detalle y desagregación solicitados.
3. El ICE como operador monopólico en un mercado cerrado a la competencia tenía un comportamiento particular de cara al mercado y, que respecto del manejo de la información, gestión hoy debe adecuarse para cumplir con las nuevas exigencias regulatorias. Para levantar esa información que hoy exige el Regulador el ICE debe realizar los cambios y ajustes necesario dado que anteriormente su operación era monopólica.
4. El nivel de desagregación por actividades en los que debe suministrarse cierta información sobre costos y activos de redes, así como el comportamiento histórico de las inversiones el ICE no la tiene. El nivel es más macro de lo que la SUTEL lo requiere. El ICE está trabajando el alcanzar esos niveles de desagregación los cual requiere de un cierto tiempo razonable.
5. El ICE planificó sus bases de datos desde el año 2005 asumiendo premisas y modelos y bases de datos distintos a los que la SUTEL requiere hoy, sobretodo derivado de la resolución RCS-137-2010. Estas bases de datos derivan de dos modelos, uno de gestión basado en el portafolio de servicios y otro de interconexión. No obstante, es hasta el año 2007 que se inició con el proyecto de modelo de interconexión pero muy lentamente. Los dos tiene un enfoque "top down", el modelo de gestión está enfocado básicamente a una base de datos histórica, el modelo de interconexión está desagregado tanto con la base de datos histórica como a valores corrientes. Son modelos que siguen siendo de una empresa en monopolio.
6. Hasta antes de la última fijación tarifaria con la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el ICE venía presentando la información prácticamente para efectos de tarifas en un solo estado financiero.
7. La información técnica solicitada por la SUTEL es muy difícil de recolectar aún dentro del ICE, lo cual constituye un imposible material hacerlo en el plazo otorgado de dos meses. La base de datos de activos y la parte de operación, mantenimiento y depreciación, que también son elementos básicamente financieros el ICE la sigue extrayendo de la base de datos financiera y se pasa a la base de datos de costos, pero adicionalmente a esto por lo que para realizar el levantamiento de información se tuvo que recurrir a muchos técnicos del sector para poder obtener las informaciones de carácter técnico, porque el modelaje que se diseñó se hizo con la topología de la red actual, con los tráficos actuales. En el modelo de costos de interconexión, la razón de ser son los elementos de red y cuando el ICE hizo el detalle de elementos de red fue sumamente complicado darle continuidad al modelo para poder saber qué de los elementos de red se tenían como planta de soporte, qué elementos de red son -a nivel de ICE- como planta básica y cada uno de esos elementos de red como se podían identificar, cómo se les podía dar un contenido económico para que tuviera sentido a través de un conductor técnico llevar el costo al portafolio de servicios.



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

8. En el proceso de extracción de la información en todas las bases de datos que intervienen para darle contenido económico a un portafolio de servicios de interconexión y estas bases de datos, en algunos casos se encontraron información, en otros casos el ICE tuvo que inferir datos porque la naturaleza monopólica misma de la actividad del ICE (en el régimen anterior) por haber sido monopolio durante 45 años. El ICE encontró que hay informaciones que no están articuladas para el diario quehacer de la institución en las bases de datos y que no tiene un sistema flexible que permita la actualización de las bases de datos, un sistema que tenga interfaces con otras bases de datos donde arroje fácilmente las informaciones en forma automatizada.
9. De lo solicitado por la SUTEL el ICE en realidad hoy día lo que tiene es un modelo top down con enfoque tanto histórico como a valor corriente. El ICE durante toda una vida ha hecho revaluación de activos que es medular en el tema de interconexión, sin embargo, la metodología que se ha venido usando en un momento de negocio como en el que estamos entrando en la actualidad es necesario hacer revisiones de la valuación de activos.
10. El ICE con las bases de datos y sistemas que tiene debe mejorar la información que tiene, pero hay un gran levantamiento de información que debe realizarse también. El método de costeo que tiene el ICE en ambos casos es el ABC. Respecto al nivel de detalle de costo el ICE tiene la depreciación de cada uno de los elementos de red, operación y mantenimiento y los costos comunes asociados. Dado que en el tema de interconexión se utiliza mucho el conductor de carácter técnico realmente el levantamiento de esta información exigió definir conductores técnicos, y puesto que, las informaciones técnicas no están centralizadas, la labor de recopilación, sistematización y relación es sumamente compleja y difícil. Esos conductores no fueron definidos por finanzas, finanzas del ICE coordinó el proyecto y en el proyecto participó gente de todas las áreas técnicas del sector de telecomunicaciones. El modelaje que hoy día tiene el ICE se hizo con los equipos de red, concretamente con la red existente, no todavía con una red modificada, es decir, se hizo con la topología de red actual.
11. En su anterior modelo de gestión el ICE no necesitaba utilizar los activos de red desagregados por monto, esa desagregación es a nivel de equipos, pero como grandes grupos. Dada la normativa actual, el ICE tiene un proyecto en paralelo que ha venido trabajando y que es el proyecto de activos, en el cual se hacen adecuaciones a esa base de activos con la desagregación de elementos de red. Esa base de activos no tienen todo el nivel de desagregación que debe tener un modelo de costos, pero sí coincide ya que se trabaja con el registro fuente a nivel de costos y no a nivel contable. Ello por una finalidad pragmática aunque el ICE está haciendo un esfuerzo desde hace dos años para adecuar esa base de datos, y tiene un proyecto relacionado con el tema de activos que viene paralelo. En suma, el modelo de gestión focalizado a un portafolio de servicios da información por red, y la desagregación de elementos de red no está visualizada de la manera que se ocupa para interconexión porque nació en una condición distinta, para una empresa de monopolio.
12. Para la implementación de cualquier modelo se requiere de insumos de información. Parte de esos insumos deben provenir del operador incumbente. Asimismo, debe considerarse la proporcionalidad de estos requerimientos bajo la perspectiva de tiempo, forma, y condiciones de mercado nacional.
13. En relación con el plazo otorgado para entregar la información necesaria para implementar el modelo de fijación de cargos de interconexión, comparativamente, en la República Dominicana en un mercado que ya tenía diez años en competencia, se estableció un plazo de seis meses



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

para la entrega de la primera información fue seis meses. En el caso de Chile el plazo otorgado en el año 1992, cuando crearon por primera vez la metodología fue de ocho meses. En el caso de Perú cuando se construyó por primera vez la metodología, para la fijación del "price cap" tarifario, (no de interconexión), fue un plazo de seis meses. En suma, en los distintos países el primer plazo otorgado para la entrega de la información necesaria para alimentar el modelo es un plazo que al inicio y con base en la experiencia ha sido insuficiente desde el punto de vista técnico; imposible de cumplir porque ha sido necesario consensuar o no, qué se puede y qué no se puede solicitar y que sea disponible. Los sistemas de cada operador no necesariamente arrojan toda la información que requiere el Regulador para un determinado modelo, y parte de lo que ha solicitado al ICE no lo pudo proveer en el plazo de dos meses.

14. En algunos casos la información solicitada al ICE puede ser extraída de otras fuentes alternas. Del ICE necesariamente se requiere la información de los minutos, de los tiempos, de cantidad de usuarios, y en general los datos que no son replicables en otros lugares. Y otro tipo de información se puede extraer de la experiencia de otros países; lo mismo con la información que se puede obtener de los proveedores de equipos NORTEL, ALCATEL, o de otros Reguladores de telecomunicaciones, es decir, lo que la SUTEL puede encontrar en el mercado.
15. Considerando el historial de un proceso de esta naturaleza, el poco dinamismo comercial del ICE respecto de otras empresas internacionales y una dinámica del mercado diferente a la que ha estado sometido el ICE, éste operador ante el requerimiento de la RCS-137-2010 no procuró su acomodo para desglosar y entregar la información en la forma solicitada a pesar de que no objetó el detalle, la proporcionalidad o razonabilidad del tipo, desglose, naturaleza de los datos requeridos.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.

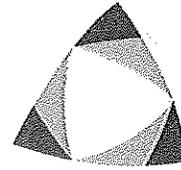
El Consejo del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 60.a) y k) de la Ley 7593 y el artículo 65 de la Ley 8642.

De acuerdo con este precepto, corresponde a Superintendencia de Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones tipificadas en el artículo 66 de la Ley 8642.

SEGUNDO. Juicio de tipicidad de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 66.a).7) de la Ley 8642, que califica como infracción muy grave *"incumplir las instrucciones adoptadas por la Sutel en el ejercicio de sus competencias."*

Tal y como consta en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, el expediente se inició contra la entidad INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, por haber incurrido, presuntamente, en la conducta consistente en el incumplimiento del mandato de la resolución RCS-137-2010 y el requerimiento de información contenido en esa misma resolución.



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

El artículo 75 de la Ley 7593 establece, en lo que interesa:

“Artículo 75.- Obligaciones de los operadores y proveedores de telecomunicaciones

La Sutel podrá imponer, a los operadores y proveedores, las siguientes obligaciones.

a) *Obligaciones de los operadores y proveedores de telecomunicaciones.*

- i. (...)
- ii. **Suministro de información: presentar a la Sutel los informes y la documentación que esta requiera con las condiciones y la periodicidad que esta indique y que sea indispensable para el cumplimiento de las atribuciones y obligaciones que se establecen en la Ley.**

b) *Obligaciones de los operadores o proveedores importantes:*

- i. **Hacer pública la información que esta solicite, la cual deberá ser suficiente, clara, completa y precisa.”** (el resaltado es intencional).

En cuanto al juicio de tipicidad de la conducta del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, este Órgano decisor es conteste con lo indicado por el informe del Órgano director. Es un hecho incontestable que de la comparación de los datos e información solicitados al ICE en la resolución RCS-137-2010 con la información aportada mediante el oficio 0159-026-2010, hay información que hace falta, otra que se presenta incompleta y otra que se presenta sin el detalle, el desglose y el formato solicitados. En lo que difiere este Órgano decisor (como más adelante se desarrollará) con el informe citado es en cuanto al examen de la existencia de las causas de justificación, de exclusión de responsabilidad que rompen el nexo de causalidad necesario para sentar responsabilidad al autor de los hechos configurativos de infracción.

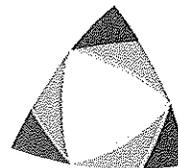
Por lo expuesto, se transcribe en lo que interesa el informe del Órgano director, oficio 2201-SUTEL-2010, y como parte de la motivación de este acto, lo siguiente:

“(…)

- I. En cuanto a la definición de la metodología y la obligación del ICE de suministrar la información

La regulación de las relaciones de interconexión entre operadores y la definición de las condiciones para su rápida implementación (entre ellas las reglas económicas como los cargos de interconexión) resultan de suma importancia y obligan al diseño, por parte de SUTEL, del respectivo marco normativo.

Dichas facultades de regulación se deprenen de la obligación del Consejo de la SUTEL de imponer a los operadores y proveedores, la obligación de dar libre acceso a sus redes y a los servicios que por ellas presten, en forma oportuna y en



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

condiciones razonables, transparentes y no discriminatorias (artículo 73, inciso b de la Ley 7593).

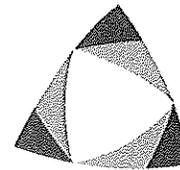
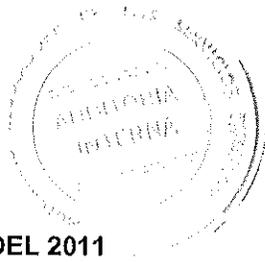
Asimismo, el artículo 61 de la Ley 8642 y el artículo 32 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones publicado en el Diario Oficial La Gaceta número 201 del 17 de octubre del 2008, establecen claramente que le corresponde a la SUTEL la definición de la metodología para la estimación de los precios de interconexión, los cuales deben estar orientados a costos. Es decir, los costos deberán ser aquellos atribuibles *"a la prestación del servicio y de la infraestructura, los cuales deberán incluir una utilidad, en términos reales, no menor a la media de la industria nacional o internacional, en este último caso con mercados comparables"* (inciso 13 del artículo 6 de la Ley 8642).

En cumplimiento de la normativa citada, el Consejo de la SUTEL mediante RCS-137-2010 designó como metodología para el establecimiento de los precios de interconexión, el método de Costos Incrementales de Largo Plazo (LRIC) utilizando el modelo bottom-up scorched node, aplicando costos prospectivos. El objetivo de haber establecido el modelo bottom-up scorched node, fue promover la sana competencia en el desarrollo de infraestructura, así como asegurar la estimación de costos más cercana a un escenario de competencia efectiva y garantizar la inclusión de costos efectivos, orientados al cambio tecnológico y no a los costos históricos respectivos. En este orden de ideas, el modelo electo impulsa la eficiencia en la gestión ya que se incluyen únicamente los costos asociados con la prestación de los servicios y no aquellos atribuibles a ineficiencias en la operación de la empresa o en la selección de tecnologías.

No está de más señalar que este modelo ha sido reconocido por varios entes reguladores, así como por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), como una de las mejores prácticas en el establecimiento de los costos de interconexión y que a su vez *"este esquema toma en cuenta las ganancias en productividad que los operadores pudieran tener debido a la evolución tecnológica, por lo cual su implementación impide que los operadores obtengan ganancias excesivas por la provisión del servicio de interconexión. Asimismo, al estar basado en costos prospectivos, este esquema proporciona incentivos para que las empresas de telecomunicaciones mejoren su eficiencia productiva. (...) es considerado como el medio más eficaz, desde un punto de vista económico, para fijar precios que reflejen un mercado de acceso verdaderamente competitivo"*.¹

La decisión de la SUTEL no fue antojadiza y tomó como base el estudio y recomendación emitida por la empresa DELOITTE & TOUCHE, S.A. (contratación número 2009 PP-000010-SUTEL). Debe considerarse que el modelo electo por la SUTEL es aplicado por otros entes reguladores, tal y como lo aseveró el señor José Alfredo Rizek, testigo aportado por el ICE. En este sentido, resulta procedente afirmar que Costa Rica al abrir su mercado de telecomunicaciones de

¹ OSIPTEL. (18 de Diciembre de 2007). Revisión Del Cargo de Interconexión Tope por Terminación de Llamadas en la Red del Servicio de Telefonía Fija Local. Recuperado el Junio de 2010, de OSIPTEL - Informe - N° 370-GPR/2007: http://www2.osiptel.gob.pe/OsiptelDocs/GCC/eventos/audiencias/files/AudienciaPublica_27022008_OSIPTEL.pdf



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

manera tardía en comparación con el resto de países de la región y del mundo, tuvo la oportunidad de estudiar las diferentes medidas regulatorias que han sido implementadas y sus consecuencias, por lo cual la metodología definida se fundamenta en las mejores prácticas disponibles.

Ahora bien, la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, ley 8660, claramente dispone en su artículo 32 que el ICE y sus empresas se encuentran sujetas a las aprobaciones y disposiciones que emita la Superintendencia de Telecomunicaciones, de conformidad con el ordenamiento y dentro del límite de sus competencias, y se encuentran obligadas a remitir la información, los documentos y los contratos, según lo disponen la Ley 7593 y las leyes generales de la industria. Por su parte, el inciso a), subinciso ii) del artículo 75 de la Ley 7593 establece como una de las obligaciones fundamentales de todos los operadores y proveedores de telecomunicaciones, presentar a la SUTEL los informes y la documentación que ésta requiera con las condiciones y la periodicidad que indique y que sea indispensable para el cumplimiento de las atribuciones y obligaciones que se establecen la normativa de telecomunicaciones.

De conformidad con lo anterior, se desprende que lo requerido por la SUTEL al ICE mediante RCS-137-2010, respecto a la presentación de los insumos necesarios para la aplicación del modelo bottom-up scorched node, aplicando costos prospectivos, tiene un fundamento jurídico que lo respalda, máxime al considerar la importancia de los resultados de la ejecución de dicho modelo.

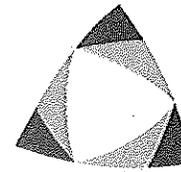
II. En cuanto al tipo de información solicitada y el plazo otorgado para rendirla

La RCS-137-2010 al basar su modelo en los nodos de la red del operador importante (scorched node) permite establecer un balance entre los extremos de una red ideal y los costos corrientes de la red ya implementada. Lo anterior hace evidente que era fundamental contar con la información de las distintas redes utilizadas por el ICE para la prestación de sus servicios de telecomunicaciones y de sus respectivos costos de reposición. Nótese que la RCS-137-2010 detalló, de forma clara y precisa, los objetivos, alcances y el tipo de datos requeridos, de modo tal que el ICE pudiera satisfacer cabalmente la demanda de información.

Cabe señalar que si bien es cierto el LRIC permite minimizar el problema de la "asimetría de información", por cuanto el regulador dispone de un modelo teórico que orienta su acción sin depender siempre de la buena voluntad del operador incumbente para colaborar, no toda la información puede disponerse sin recurrir directamente al mismo. *"Los datos de tráfico junto con otras informaciones sensibles para el diseño de una red ideal son requerimientos críticos que sólo pueden estar al alcance del regulador accediendo a los registros del operador establecido".*²

Ahora bien, al estudiar la parte resolutive de la RCS-137-2010, se desprende que la información solicitada al ICE corresponde a datos manejados cotidianamente

² Unión Internacional de Telecomunicaciones. Estudio sobre la aplicación de modelos de costos en América Latina y el Caribe. Junio 2007.



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

por un operador para la prestación del servicio, la operación y mantenimiento de la redes, así como para la expansión y mejora de éstas, y su detalle provino de la recomendación emitida por la empresa DELOITTE & TOUCHE, S.A., consultor que fue contundente al señalar que *"la falta de dicha información solicitada tiene un fuerte impacto en la fiabilidad, consistencia y robustez de los resultados obtenidos"*. En este sentido, la SUTEL no es el primer ente regulador en exigir este tipo de información elemental para la implementación de LRIC; ni el ICE es el primer operador incumbente obligado a brindar información sobre los costos de reposición de los elementos de su red.

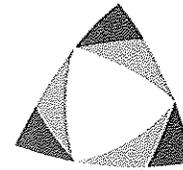
A este contexto general, se debe agregar que la información solicitada al ICE en la RCS-137-2009, ya había sido requerida anteriormente por este órgano regulador. Al respecto, se adjunta a este informe el acuerdo del Consejo de la SUTEL 004-024-2010, los oficios 1338-SUTEL-2009 del 23 de setiembre del 2009, 1374-SUTEL-2009 del 1 de octubre del 2009, 1420-SUTEL-2009 del 13 de octubre del 2009, y 1612-SUTEL-2009 del 2 de noviembre del 2009, los cuales se solicitaron sin contar con una respuesta efectiva para durante la ejecución de los estudios de la empresa DELOITTE & TOUCHE, S.A. Resulta claro entonces, que el ICE tenía pleno conocimiento del tipo y detalle de datos requeridos por la SUTEL, incluso, antes de la publicación de la RCS-137-2009."

A efectos de entender el tipo o presupuesto fáctico tipificado como infracción en el artículo 66.a).7), así como, en el artículo 66.a).8), respecto del incumplimiento de instrucciones y la negativa a entregar información, respectivamente, es imperativo desarrollar el contenido de estos conceptos y enunciados.

La importancia radica en que para tener abrir un procedimiento sancionador e intimar los hechos correspondiente basta con la constatación de incumplimiento de la obligación o mandato girado en la instrucción o resolución respectiva, así como en la negativa de presentar la información solicitada. En ese sentido, los hechos han de ser muy reducidos o únicos.

El Órgano director en su auto de intimación e imputación de cargos estableció como supuesta infracción el *"incumplimiento de instrucciones dictadas por la SUTEL"*. De ahí que como parte del juicio de tipicidad debe desarrollarse el significado de este hecho típico, específicamente que se entiende por *instrucciones* para así establecer si se entiende incumplido alguna obligación del ICE respecto de alguna específica instrucción.

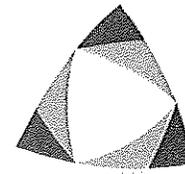
Sobre las instrucciones de la SUTEL: Una **instrucción** es un acto administrativo normativo; es un instrumento a través del cual se materializa la función de regulación, específicamente su vertiente de potestad normativa. Tal es el caso de España, en donde esta función de regulación, al igual que sucede en otros sectores con organismos similares al regulador de telecomunicaciones, se realiza a través del dicado de instrucciones. (TERRON SANTOS, Daniel. *Autoridades Nacionales de Reglamentación. El Caso de la Comisión de Mercados de Telecomunicaciones*. Editorial Comares S.L., Granada, 2004, pág. 141). Los actos de instrucciones son parte de la función de ordenación de los organismos reguladores. Para alcanzar los objetivos de esta función y en general la función de regulación, las Administraciones como la SUTEL pueden dictar instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de las telecomunicaciones, para procurar la salvaguarda de la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los proveedores de los servicios. Esta facultad de dictar instrucciones es un resultado de la normativa comunitaria de la Unión Europea que



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

los países comunitarios han incluido es sus respectivos ordenamientos. Nuestra Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, ha incorporado esta facultad. La Ley General de Telecomunicaciones al establecer el régimen de infracciones y sanciones, reconoce la existencia de instrucciones dictadas por la SUTEL en el ámbito de sus competencias. En última instancia las instrucciones surgen como materialización de la facultad de ordenación para un sector muy concreto, en un marco donde la SUTEL tiene todas las facultades para desarrollar una actividad normativa, que los operadores deben respetar. La doctrina señala al respecto: *"Se trata de una facultad de ordenación, ... encaminada a orientar el comportamiento de los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones..., por lo que se califica como potestad normativa ad extra..."* (Ídem, pág. 143). Las instrucciones como instrumento de regulación tiene la finalidad de contribuir a completar el panel normativo del sector. La función principal de todo Regulador es salvaguardar y fomentar la libre competencia en el mercado, razón por la cual se caracteriza de independiente. En este orden de ideas, la doctrina ha dicho: *"en aras de esa independencia se encuentra implícitamente contenida la facultad de dictar normas, que a través de las figura de las denominadas instrucciones, responden afirmativamente a la idea de capacidad normativa de las autoridades nacionales de reglamentación."* (Ídem, pág. 143). En cuanto ese carácter de independencia y la facultad de los organismos como la SUTEL para modular la conducta de sus regulados, la doctrina indica: *"...comporta la atribución a las Administraciones o Autoridades independientes así instituidas, en el marco determinado por el bloque Ley-Reglamento (Legalidad), del poder de gestión del sector o segmento social de que se trate; poder que incluye la capacidad de expresarse a través de normas, frecuentemente denominadas circulares..."* (PAREJO Alfonso, et al. *Manual de Derecho Administrativo*. Ariel Derecho, tercera edición, Barcelona, págs. 153 y ss.; citado por (TERRON SANTOS, óp., cit., pág. 143). Así las cosas, las instrucciones son actos del ámbito de la función de ordenación, de naturaleza normativa, distinto al ejercicio de facultades distintas a esta, en un ámbito también diferenciado, en virtud de las habilitaciones del Poder Ejecutivo y otros entes menores mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, o a través de normas con rango legal. Las instrucciones o resoluciones de la SUTEL dirigidas a los operadores (en general o individualmente) son en esencia un mandato más específico y adecuado de una norma reglamentaria, es un instrumento indispensable pues la actividad regulatoria requiere de la modulación del comportamiento de los regulados de una manera que no necesariamente se prevé en los reglamentos, sea por que no conviene sea por las particularidades de cada sector y actividad en específico. La doctrina informa al respecto en el siguiente sentido: *"La facultad de dictar circulares, que únicamente van a poder afectar a los operadores presentes en el mercado de las telecomunicaciones, al que previamente han accedido en virtud de un título administrativo habilitante, en todo caso se va a ejercer respecto a una actividad reglamentada, en la que los operadores actúan sometidos a una normativa previamente establecida. En el fondo lo que las circulares van a regular es la adecuación del comportamiento de los operadores al marco normativo, poniendo de manifiesto la separación que debe existir entre operadores y reguladores, como han venido exigiendo las disposiciones comunitarias."* (TERRON SANTOS, óp., cit., pág. 149). No se trata de una habilitación previa para el ejercicio de una función reglamentaria, si no de la relación especial de sujeción de los regulados. En ese sentido: *"La facultad normativa propia de la Comisión tiene por tanto su origen, no es una habilitación previa que posibilite el ejercicio de la función de reglamentación, sino en la propia situación de sujeción especial que se reproduce en los operadores, que deriva de la propia normativa comunitaria. Visto esto, no es posible confundir la facultad reglamentaria propia, de aquellas otras que puedan derivar de habilitaciones previas."* (Ídem, pág. 149). Sobre la naturaleza jurídica de las instrucciones la doctrina ha indicado: *"Es frecuente encontrar bajo la veste de una circular o instrucción verdaderos reglamentos; siempre que nos refiramos al sentido material de las circulares, comprobaremos que éstas pueden encubrir verdaderos reglamentos, verdaderas normas jurídicas, obligatorias para los ciudadanos, que incluso delimitan derechos y situaciones jurídicas de los particulares."* (Ídem, pág. 154). Más concretamente las resoluciones de la SUTEL giradas en este sentido –como la RCS-137-2010– constituyen un mecanismo de concreción técnica de las normas jurídicas generales, por entes especializados con el objetivo de dotar de mayor certeza y seguridad a la actuación

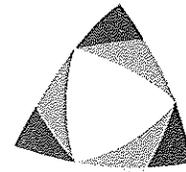
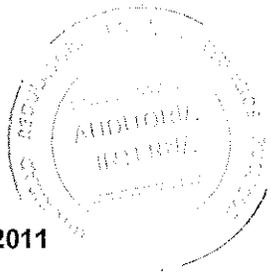


29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

de la SUTEL en el cumplimiento de esa normativa o mandatos de carácter general. En ese sentido: *"Las circulares emanadas de la Comisión, responden a la idea de mecanismos de **concreción técnica** de las normas jurídicas generales, dejando en manos de entes especialmente cualificados la facultad de su producción. Con ello se pretende evitar la inseguridad que resultaría de la aplicación de los preceptos generales, mediante mandatos muy precisos que complementarán o especificarán los mandatos generales, llevándose a cabo tal concreción a través de supuestos de hecho muy simples y desagregados, **elaborado técnicamente** dentro del concepto jurídico general, con el único objetivo de dotar de mayor certeza, mayor seguridad o mayor garantía jurídica la actuación de los sujetos regulados. Muy importante entender que no se trata de reglamento o de actos con carácter de reglamentos: "[...]a potestad normativa que posee la ... se manifiesta como veíamos a través de instrucciones, que reciben la calificación formal de circulares, pudiendo recoger auténticas órdenes o mandatos que los administrados vienen obligados a cumplir, sin aguardar acto concreto alguno de aplicación, llegando a producir efectos directos sobre los ciudadanos, que pueden lesionar directamente derechos amparados constitucionalmente. Tal afirmación no confiere directamente la calificación de reglamentos, pero queda suficientemente demostrado su carácter normativo."* (Ídem, pág. 155). En este mismo sentido y a mayor abundamiento, ver ORTEGA SANCHEZ, Lourdes. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Fomento de la Competencia en los Mercados de Comunicaciones Electrónicas*; en *Jurisprudencia de Telecomunicaciones*, obra dirigida por SANCHEZ BLANCO, Miguel. Editorial Thomson Arazandi, Navarra, 2008, págs. 35 a 45 y 126 a 148. Por último las instrucciones pueden ser de dos tipos: generales o individuales. En este último caso, para cierta parte de la doctrina ciertas instrucciones individuales pueden ser consideradas también requerimientos de información: *"...parecen distinguirse, desde un punto de vista formal, y además de la facultad de efectuar **requerimientos informativos**, tres tipos de medidas para el fomento de la competencia: **cautelares, definitivas y sancionadoras**... también distingue, desde un punto de vista del contenido, dos tipos de órdenes o mandatos principales: los mandatos de hacer y los de no hacer."* (ORTEGA SANCHEZ, Lourdes. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Fomento de la Competencia en los Mercados de Comunicaciones Electrónicas*; en *Jurisprudencia de Telecomunicaciones*, obra dirigida por SANCHEZ BLANCO, Miguel. Editorial Thomson Arazandi, Navarra, 2008, pág. 137.) Dentro de los mandatos de hacer, de carácter positivo, la doctrina jurisprudencial comparada ubica la remisión de una determinada documentación en un determinado plazo. (Sentencia de la Audiencia Nacional de España, de 13 de abril de 2004, recurso 241/2002, citada por ORTEGA SANCHEZ, Lourdes, óp., cit., pág. 137)

Sobre los requerimientos de información: Los requerimientos de información son un instrumento vital para el cumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones y de las competencias y funciones de la SUTEL. El cumplimiento de los objetivos encomendados a la Ley 8642 y en su normativa de desarrollo, se requiere de un profundo conocimiento técnico, económico y jurídico del sector de las telecomunicaciones, tanto en un sentido estático como dinámico y con prospección de futuro de dicho sector. Una de las llaves para dicho conocimiento es contar con la información completa y suficiente que refleje la realidad del sector en cada momento temporal. En este sentido, la información y su acceso es pues fundamental como herramienta para una regulación suficiente y apropiada a la realidad del sector dado que la información se configura como el conjunto de datos y conocimientos que determinan toda la actuación administrativa al ser la fuente para motivar, configurar y modular la intervención administrativa en la actividad liberalizada. (RODERO SANCHEZ, José Fernando, et al. *Los requerimientos de información dirigidos a los operadores de los mercados de telecomunicaciones y declaración de confidencialidad de la información recabada por el regulador*; en *Jurisprudencia de Telecomunicaciones*, obra dirigida por SANCHEZ BLANCO, Miguel. Editorial Thomson Arazandi, Navarra, 2008, pág. 247). La provisión de esta información se efectúa principalmente, por una parte, a través de los procedimientos de autorización o habilitación administrativa como operadores y/o proveedores; y por otra, a través de los posteriores requerimientos de información, realizados al amparo del sub inciso ii) del inciso a) y el inciso b) del artículo 75 de la Ley 7593. El



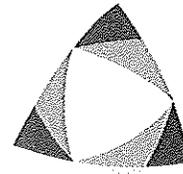
29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

incumplimiento por parte de los operadores y proveedores de su obligación de remitir la información requerida por la SUTEL puede acarrearles la imposición de sanciones muy graves, según lo previsto en el artículo 67 de la Ley 8642. Como límite a la solicitud de información se levanta el principio de proporcionalidad al fin perseguido del requerimiento realizado. "Elo significa que tanto la cantidad como la calidad o detalle de la información requerida a los operadores deberá guardar una debida proporción con el objetivo que la CMT tenga provisto." (Ídem, pág. 263). En cuanto a la facultad de requerir cierta información y la obligación de entregarla hay una relación lógica, de razonabilidad, pues nadie está obligado a lo imposible ni tampoco sufrir una carga mayor habiendo otras alternativas menos gravosas. En este sentido, señala la doctrina jurisprudencial comparada: *"A este respecto, debe señalarse que una actuación administrativa dada ..., no es proporcional o deja de serlo examinada en sí misma, sino en atención a la concordancia entre los medios empleados, es decir, si los documentos e informaciones requeridos son excesivos o desproporcionados a los fines pretendidos, lo que exigiría el ofrecimiento o proposición dialéctica de una alternativa que, respetando la indicada adecuación entre los medios empleados y los fines que tratan de satisfacerse, es decir, siendo proporcional, entrañase una disminución del alcance del contenido del requerimiento efectuado o, de cualquier modo, unas consecuencias menos perjudiciales para el destinatario de la petición de información."* (Tribunal Supremo de España, sentencia del 25 de febrero de 2003 (JUR 2006, 218544) citada por (Ídem, pág. 247). En suma la doctrina ha establecido algunos criterios para determinar la proporcionalidad del requerimiento de información efectuado al operador: *"Un criterio objetivo: esto es, determinar si existían otras alternativas menos gravosas para el operador distintas a la del requerimiento, existencia que incumbe probar y acreditar debidamente al operador. Un criterio subjetivo: es decir, la situación del operador requerido dentro del mercado de las telecomunicaciones, no teniendo el mismo grado de exigibilidad un operador dominante que un pequeño operador."* (Ídem, pág. 264). Los requerimientos de información son actos administrativos, que bien pueden calificarse como actos de trámite enmarcados en otros procedimientos o como actos finales, definitivos o autónomos. Los primeros se refieren a requerimientos de información adoptados dentro de la instrucción de un expediente administrativo, de forma accesoria al ejercicio de otras potestades o funciones administrativas como por ejemplo la potestad inspectora o sancionadora. En el segundo caso el requerimiento de información es adoptado fuera de un procedimiento, como acto independiente y en el ejercicio de una potestad específica y autónoma, como puede ser la obligación de los operadores de suministrar la información requerida por la SUTEL conforme con el artículo 75 inciso a) sub inciso ii) de la Ley 7593. (Ídem, pág. 250 y ss.). Son actos sin contenido decisorio propio, que, en el marco de un procedimiento preexistente, se limitan a recabar información de una de las partes para contrastar la veracidad de lo denunciado ante la Administración, y obtener así los datos que precisa para tomar posteriormente una decisión. (Ídem, pág. 253).

A la luz de las anteriores consideraciones, es preciso analizar si la presentación de la documentación del ICE, en fecha 17 de mayo de 2010, por medio del oficio 0159-026-2010 y su documentación adjunta por la entidad intimada, puede ser enmarcado dentro de la definición de incumplimiento de una instrucción o la negativa a entregar información requerida por la SUTEL en ejercicio de sus competencias.

Es claro que en ambos supuestos de infracción (incumplimiento de una instrucción y negativa de entregar una información) se trata de tipos a título de culpa sin requerir necesariamente el dolo. Lo importante que estos supuestos fácticos o tipos requieren nada más que de la conducta del supuesto infractor se desprenda que tuvo conocimiento del mandato, de la instrucción girada o del requerimiento de información y haya faltado a su obligación de actuar conforme a su contenido, siendo consciente de su obligación y del daño o lesión al interés público que causa su actuar. En este sentido: *"La noción de intencionalidad en el Derecho Administrativo sancionador requiere que el sujeto responsable del hecho infractor realice la acción infractora con pleno conocimiento de los elementos del injusto, de modo que se deduzca que tiene plena conciencia del propósito de infringir la norma administrativa y de provocar un resultado dañoso de*



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

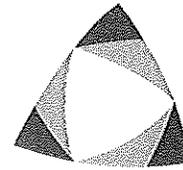
los intereses públicos tutelados, cuya apreciación por el órgano administrativo sancionador exige que se soporte en las circunstancias objetivas concurrentes acudiendo a un mecanismo de inferencia lógico racional para afirmar su existencia, y que, en este supuesto, no [ha] se ha acreditado se haya producido de modo irracional o arbitrariamente.” (MARTIN DE DIEGO, Ángeles. El procedimiento sancionador en materia de telecomunicaciones con relación a las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; en Jurisprudencia de Telecomunicaciones, obra dirigida por SANCHEZ BLANCO, Miguel. Editorial Thomson Aranzandi, Navarra, 2008, pág. 477). En el caso en examen, el ICE tiene claro conocimiento de su obligación de suministro de información en virtud del artículo 75 de la Ley 7593, del artículo 32 de la Ley 8660 y de la resolución RCS-137-2010, así mismo de la importancia de su cumplimiento, según ha quedado indicado en la transcripción del informe del Órgano director, líneas arriba en este apartado.

Una vez analizada la documentación y la prueba evacuada en el presente procedimiento, se desprende que la conducta de la presunta infractora queda perfectamente encuadrada dentro de lo que esta Superintendencia entiende por incumplir una instrucción o negarse a entregar información requerida por ella misma en el ejercicio de su competencia. Tal y como se deriva del Hecho Probado Tercero, el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD afirmó en su propio oficio 0159-026-2010 que si bien presentó parte de la información no pudo hacerlo en su totalidad por falta de tiempo, entre otras razones que luego argumenta dentro del procedimiento sancionatorio.

Por cuanto antecede, la instrucción del presente procedimiento sancionador ha revelado que la infracción tipificada en el artículo 66.a).7) de la Ley 8642 se concreta, en el presente caso, en que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD ha llevado a cabo actividades consistentes en la presentación de una información incompleta, falta en algunos datos solicitados, de forma defectuosa en otros y en general desatendiendo en forma debida la instrucción girada en la resolución RCS-137-2010, estando obligado a ello según el artículo 75 de la Ley 7593 y el artículo 32 de la Ley 8660 así como el mandato expreso en esa misma resolución RCS-137-2010.

TERCERO. Juicio de culpabilidad del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD en la comisión de la infracción y existencia de eximentes de responsabilidad.

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto **culpable**. Tal y como señala la doctrina: *“Identificados los hechos determinantes, constatada la participación del infractor y despejados los argumentos expuestos en su defensa, la sanción deviene en una consecuencia necesaria, no discrecional. Si, por el contrario, el examen de la prueba o de la culpabilidad arroja una absolución, ésta no es tampoco una alternativa libre para la Administración.” (HIDALGO CUADRA, Ronald. La Sanción Administrativa..., pág. 152). Es decir, es tan importante y relevante para el ordenamiento jurídico en virtud del principio de inocencia, que si del procedimiento y la prueba evacuada se desprende la existencia de alguna causa o eximente de culpabilidad que rompa el nexo de causalidad, el Consejo como Órgano decisor está en la obligación de absolver de la sanción correspondiente al presunto infractor. En ese mismo sentido: “Para la imposición de una sanción y las consecuencias derivadas de un ilícito administrativo, no basta con que la infracción esté tipificada y sancionada (tipificación y sanción que no cuestiona en modo alguno la parte apelante), sino que es necesario que se aprecie en el sujeto infractor el elemento o categoría denominado culpabilidad. La culpabilidad es el reproche que se hace a una persona, porque ésta debió haber actuado de modo distinto de como lo hizo. ¿Por qué es elemento de la culpabilidad la exigibilidad de un comportamiento distinto del que tuvo el infractor? Sencillamente porque*



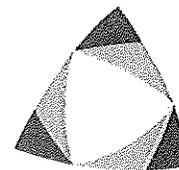
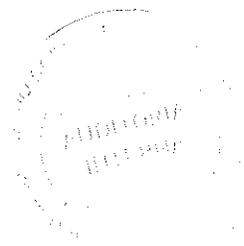
29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

la norma que tipifica infracciones y las sanciona, no exige nunca comportamientos imposibles.” (Tribunal Supremo –sala tercera- de España, sentencia del 27 de mayo de 1999 –RJ 1999, 4504-, citada por COBO OLVERA, Tomás. *El procedimiento administrativo sancionador tipo*. Bosch, tercera edición, Barcelona, 2008, pág. 51). Si bien históricamente se había admitido la responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones administrativas, es decir, basada en la simple relación con una cosa, actualmente la jurisprudencia mantiene la aplicabilidad del principio de culpabilidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, de lo que es reflejo, entre otras muchas, la siguiente sentencia de nuestros tribunales de justicia:

“El artículo 39 de la Constitución Política contempla el principio de culpabilidad. Esta norma, en lo que interesa, indica: “...a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”. Como se observa, para imponer una sanción penal, la Constitución Política exige la demostración de que el hecho puede ser reprochado a su autor. La pena en otras palabras, solamente se puede aplicar a las personas que -previa demostración- comprenden lo injusto del hecho que cometen, basando su voluntad en esa comprensión (responsabilidad) y no a quienes actúan sin culpabilidad. Así las cosas, el Tribunal tiene la obligación de fundamentar la existencia de la culpabilidad en sus tres elementos a saber, imputabilidad (o capacidad de culpabilidad), conocimiento de la ilicitud y exigibilidad de una conducta ajustada a derecho.” (Sala Tercera de la Suprema Corte de Justicia, sentencia número 066 del 3 de febrero de 2006)

Es por este aspecto esencial que este Órgano decisor difiere de la recomendación del Órgano director, toda vez que vistas las actuaciones practicadas en el presente expediente sancionador seguido contra el ICE, como consecuencia de los hechos intimados en la resolución de las 10:00 horas del 28 de mayo de 2010, a juicio de este Órgano decisor, del contenido del informe y recomendación no queda debida ni suficientemente analizada y valorada la existencia o no de causas de justificación de la antijuricidad o causas exoneración de responsabilidad en general. La imputación concreta de culpabilidad tiene que ir precedida de un análisis y descarte de las posibles causas de justificación, dado que para considerar antijurídica una acción no basta con constatar que efectivamente contradice una ley, sino que es preciso verificar además, que tal contradicción no está cubierta por alguna circunstancia que le justifique y que en último extremo elimine dicha contradicción. El principio de culpabilidad supone la inviabilidad de imponer sanciones por el mero resultado, sin consideración a la conducta del infractor. (Ídem; pág. 51). En la práctica es a veces difícil determinar con precisión si una circunstancia es causa de justificación objetiva o de exoneración subjetiva, tal y como informa la doctrina nacional: *“La tarea más compleja es la de individualizar una sanción una vez que los hechos han sido demostrados. Como componente subjetivo del tipo, la culpabilidad exige constatar elementos volitivos y cognitivos presentes en el sujeto que ha cometido la infracción y con ello, el grado de gravedad de la sanción de conformidad con las atenuantes o agravantes del caso. El análisis de las formas de presentación de la culpabilidad que se configuran en un caso concreto para decidir la pena, ninguna vinculación presenta con la proporcionalidad. En esa individualización de la pena lo que emerge es un juicio de reproche visible en el acto administrativo final que declara la existencia de responsabilidad.” (HIDALGO CUADRA, Ronald, óp., cit., pág. 147).* Así las cosas, y visto el informe del Órgano director, se aprecia que esta dificultad no fue superada, así como tampoco fue suficientemente abordado el tema de la culpabilidad ni de sus causas de justificación a pesar de la existencia (dentro de la misma Administración) de estudios y evidencias que analizan con mayor



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

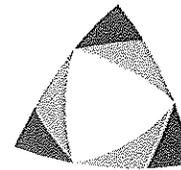
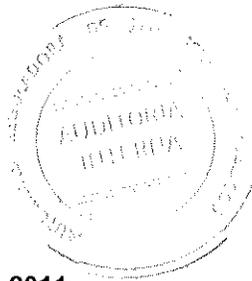
profundidad las circunstancias en las cuales se dieron los hechos intimados y alegadas por el ICE tanto en sus escritos como en la audiencia celebrada para tal efecto.

En el caso concreto y bajo examen, de los hechos probados debe valorarse por este Órgano decisor si el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD pudo haber actuado de modo distinto a como lo hizo, o si por el contrario estuvo imposibilitado por alguna causa o motivo, según veremos. En ese sentido: *"La culpabilidad es el reproche que se hace a una persona, porque ésta debió haber actuado de modo distinto de cómo lo hizo."* (COBO OLVERA, óp., cit., pág. 51).

De este modo, para la imposición de una sanción por la Administración se exige que el infractor sea culpable de los actos sancionados; es decir, que le sea imputable la autoría de la infracción, aún a título de simple inobservancia. Por tanto, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, si bien no se exige dolo. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. Con carácter general, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. En particular, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible. Es decir, existe una responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable. Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación antijurídica mientras que el segundo supone el querer realizar el hecho ilícito. En la normativa sectorial de telecomunicaciones, el tipo de infracción contenido en el artículo 66.a)7) de la Ley 8642 no exige la concurrencia de dolo, siendo suficiente la negligencia consistente en haber omitido el deber de cumplir con el mandato de cumplir cierta instrucción en determinada forma y tiempo y presentado la información que fuera solicitada según el artículo 75 de la Ley 7593 y 32 de la Ley 8660 y la respectiva instrucción o resolución. En lo que aquí interesa, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

A la luz de los actos de instrucción realizados, de los hechos probados y de las manifestaciones vertidas por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y de los peritos-testigos presentados por éste, que constan en la presente resolución, resulta que el intimado ha realizado la conducta objeto de la infracción; no obstante, hubo circunstancias y particularidades que evitan el resultado antijurídico. Por todo ello, teniendo en cuenta la actitud o atendiendo al elemento subjetivo del infractor que ha dado lugar a la comisión de la infracción, ésta no debe ser considerada como una actitud negligente, no correspondiendo el elemento culpabilidad.

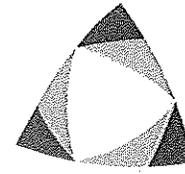
La anterior conclusión deriva de la existencia de circunstancias de exención o exclusión de la responsabilidad del ICE. Las circunstancias eximentes, reguladas en el Derecho Penal, que son de aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia y la doctrina, ocurren en el presente supuesto, pues bien se refieren a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza mayor), lo que se desprende del Hecho Probado Cuarto. Estamos ante un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

En cuanto la infracción en cuestión y estas causas eximentes de responsabilidad, la doctrina jurisprudencial comparada señala que, “[l]a conducta consistente en no cumplir las resoluciones administrativas, pudiendo hacerlo, no es un mero desajuste ni se ha probado que existieran inevitables e insalvables dificultades de gestión que pudieran ampararse en el concepto de fuerza mayor.” (Tribunal Supremo, sentencia de 6 de junio de 2007, citada por (MARTIN DE DIEGO, óp., cit., pág. 447). Es precisamente este supuesto de “dificultades inevitables e insalvables de gestión” lo que está presente en la especie, y que por ello no se responsabiliza al ICE por la infracción cometida. Este Órgano decisor se abocó a determinar si el ICE pudo evitar la comisión de la infracción en cuestión aun desplegando el cuidado que el más diligente de las personas u organizaciones hubiera tenido. En este sentido se ha tenido el cuidado de tener en cuenta el carácter objetivo de la conducta realizada por el ICE, tal y como lo sugiere la doctrina: “...debe tenerse en cuenta el carácter objetivo de las conductas... de forma que una vez determinada la participación del autor, el carácter objetivo del tipo excluyera la toma en consideración de la culpabilidad del agente.” (Garberí Llobregat citado por GOMEZ TOMILLO, Manuel. *Derecho Administrativo...*, pág. 312, nota al pie núm. 26); contrario al informe del Órgano director que bien pareciera tratar el caso en examen como si se tratase de una responsabilidad objetiva sin atender a la conducta diligente del sujeto infractor. En el tema de culpabilidad la doctrina y la jurisprudencia nos indican una evolución. Inicialmente en el Derecho sancionador administrativo el elemento culpabilidad no se tomaba en consideración, ya que se consideraba que la simple voluntariedad concurrente en la acción era suficiente. Posteriormente el elemento culpabilidad sirvió para determinar la gradación de la sanción. Finalmente, se generalizó la teoría moderna según la cual, para que una infracción administrativa pueda ser sancionada es necesario que exista un acción típica y culpable, así pues, el elemento culpabilidad lleva a excluir la responsabilidad objetiva en las infracciones administrativas. Pese a ello es posible encontrar algunos casos de infracciones de peligro abstracto puro compatibles con el principio de imputación subjetiva. (Ídem, págs. 314 y 315). En la culpabilidad se debe verificar si se infringió el deber subjetivo de cuidado, esto es, el individual, personalmente exigible al sujeto, donde se tiene en cuenta su capacidad individual, sus posibilidades concretas. De acuerdo a la doctrina en la infracción culposa debe tenerse en cuenta tres referencias: (1) Inobservancia del deber objetivo de cuidado, la cual se considera en el juicio de tipicidad; (2) Producción de un resultado prohibido como consecuencia de la inobservancia anterior, también encuadrable en el tipo; (3) Inobservancia del deber subjetivo de cuidado, la cual es objeto del juicio de culpabilidad. Dado que es en ese momento cuando se trata de individualizar el reproche, de atender las concretas características del autor, es ahí donde procede considerar si se vulneró o no el deber subjetivo de cuidado, esto es, la diligencia exigible precisamente a ese sujeto y no a otro. Aunque es cuestionable el uso de tales categorías, se suele indicar que se trata de determinar si el resultado era subjetivamente, personalmente previsible o calculable y evitar para el sujeto en atención a su capacidad individual.” (Ídem, pág. 350). Adicionalmente se ha indicado que “...para que pueda apreciarse una conducta imprudente, es menester la concurrencia de los siguientes requisitos: a) una conducta voluntaria, pero no intencional; b) previsibilidad y evitabilidad del resultado dañoso de la conducta; c) infracción por el agente de un deber objetivo de cuidado, especialmente impuesto en las correspondientes normas de la actividad de que se trate exigibles al ciudadano medio; d) producción del resultado dañoso o lesivo de bienes jurídicos legalmente determinados; y e) existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el resultado producido.” (Ídem, págs. 351 y 352). Cabe añadir que “...atendiendo a los caracteres psicológico del sujeto al tiempo de cometer la infracción, se suele diferenciar entre culpa con representación o culpa consciente, y culpa sin representación o inconsciente. En la primera, el sujeto se representó el resultado, pero obró en la confianza de que no se produciría o no quiso, no aceptó, no tomó a su cargo el resultado... En la culpa sin representación o culpa inconsciente, el sujeto no se representa la peligrosidad de su conducta. Ambas se diferencian del caso fortuito, hipótesis en la que el resultado no era objetivamente previsible no con el mayor esfuerzo de conciencia por parte del sujeto, o aunque pudo ser previsto, en modo alguno era evitable.” (Ídem, pág. 353).



29 DE ABRIL DEL 2011

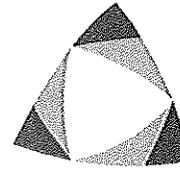
SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

Dicho lo anterior, el Órgano director en su informe se sustenta en que la realización por parte del ICE del hecho tipo de la infracción es ya un indicio de antijuricidad y que solo requiere su verificación. Para este Órgano decisor dicho indicio es una mera presunción que puede ser desvirtuada si existe una causa de justificación. En este sentido: *"Normalmente se viene sosteniendo que la realización de un hecho típico, descrito como delito o infracción administrativa es ya un indicio de antijuricidad, indicio que se verá confirmado si en la situación concreta no median causas de justificación... Tal presunción puede ser desvirtuada si en el caso concreto media una causa de justificación o de exclusión de la antijuricidad."* (Ídem, pág. 365). No se trata solo de subsumir (a manera de un simple silogismo) el hecho o conducta del ICE en la norma de la respectiva infracción del artículo 66 de la Ley 8642. En este sentido: *"..., la determinación de un comportamiento típico, subsumible en una norma que acoge una infracción administrativa, es o no antijurídico depende de que en el caso concreto existan o no causas de justificación o, lo que es lo mismo, de exclusión de la antijuricidad."* (Ídem, pág. 366). El Órgano director frente a múltiples situaciones de difícil calificación no valoró debida y suficientemente las circunstancias concurrentes. Las causas de justificación en el ámbito del Derecho administrativo sancionador no se reducen a las que puedan ser aplicadas como consecuencia de una interpretación analógica del Derecho Penal. Pueden existir causas de exclusión de la antijuricidad especiales, aplicables exclusivamente en relación con particulares infracciones administrativas. (Ídem, pág. 373). La antijuricidad de la conducta sancionada se tendría que apreciar en este supuesto en su sentido formal porque la acción de incumplimiento de la instrucción o resolución de la SUTEL (resolución RCS-137-2010), constituye una infracción muy grave tipificada en el artículo 66 inciso a) sub inciso 7), y en sentido material, porque esta conducta lesionaría intereses generales vinculados a la ordenación del mercado de las telecomunicaciones en régimen de competencia y transparencia y causa un perjuicio concreto a los operadores competidores y a los consumidores y usuarios. Así las cosas, **en principio** no puede justificarse la acción realizada por un sujeto que incumpla una instrucción o resolución, al no poder ignorar el carácter vinculante de esa norma, ni el carácter ejecutivo de la instrucción o resolución de la SUTEL. Se indica que en tesis de principio porque pueden haber circunstancias justificantes o excluyentes de responsabilidad. En lo que interesa, en el sentido material, las infracciones previstas en el artículo 66 inciso a) sub incisos 7) o 8) se cometen por el "incumplimiento de las instrucciones" o la negativa a entregar información", respectivamente, adoptada en el primer caso y requerida en el segundo, por la SUTEL en el ejercicio de sus funciones.

Debido a que este Órgano decisor no coincide con la recomendación del informe del Órgano director, se hace necesario puntualizar algunos aspectos.

Primero, la diferencia es respecto de la responsabilidad del ICE por la infracción cometida, dada la existencia de una causa de justificación de fuerza mayor o caso fortuito; pero se coincide en cuanto a la tipicidad de la conducta.

Segundo, el hecho de que este Órgano decisor difiera de dicho informe y recomendación es posible en nuestro ordenamiento jurídico e incluso es previsible a partir de la separación de la instrucción y la decisión final, lo cual sirve de garantía a la objetividad e imparcialidad. En este sentido: *"..., el procedimiento ordinario separa la instrucción del caso, de su resolución. La división entre la fase instructora y la decisoria es un punto clave de inflexión para el ejercicio de la potestad punitiva, en procura de una mayor confiabilidad y objetividad."* (PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 2002, tomo I, pág. 520, citado por HIDALGO CUADRA, óp., cit., pág. 99). Asimismo, según la doctrina nacional: *"Una elemental imparcialidad exige que el abordaje de la investigación, la estrategia en la recopilación de evidencia, en suma la "teoría del caso", no pertenezca a quien resuelve. // Al dividir las tareas del Órgano director de la decisión que toca al órgano resolutor, el procedimiento ordinario que establece nuestra Ley General de la Administración Pública, resulta compatible con la imparcialidad que el*



29 DE ABRIL DEL 2011

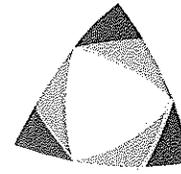
SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

acto final debe tener. La preparación del expediente y la teoría del caso pertenece a etapas previas del procedimiento ajenas a lo que debe realmente hacer el órgano al que le corresponde definir el fondo." (HIDALGO CUADRA, óp., cit., pág. 99). Se ha dicho que "[l]a actual forma en que se instruye y resuelve un expediente sancionador parece obedecer mas a un pragmatismo –ansioso de una decisión final- que a una visión teórica del fin fundamental de todo proceso sancionador que es el de reconstruir –con respeto a los derechos de la parte- una verdad histórica lo más fiel que sea posible." (Ídem, pág. 102). Esto último es lo que precisamente este Órgano decisor ha tratado de evitar con las actuaciones complementarias y el informe solicitado al asesor financiero, previo a tomar una decisión final; pues se requería verificar las afirmaciones y pericias testimoniales ofrecidos por el ICE y evacuados por el Órgano director en la audiencia celebrada. Era imperativo conocer a fondo y en detalle las circunstancias entorno al hecho de la presentación incompleta de la información en fecha 17 de mayo de 2010, según lo ordenado por la resolución RCS-137-2010. En suma, se trata de buscar la verdad real de los hechos lo más cercana, intensa y con profundidad que permita una debida y suficiente valoración de los hechos que pudieran determinar una causa eximente de responsabilidad o de justificación de la culpabilidad.

Un tercer aspecto por la que este Consejo se separa de la recomendación del Órgano director es que el acto o decisión final debe precisar la verificación de los hechos en la forma más fiel y completa posible. En ese sentido: "En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que se sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes y necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún contra la voluntad de éstas últimas." (Ídem, pág. 84). Aún en el caso de cumplir con la celeridad del debido proceso, lo más importante es demostrar la culpabilidad y la existencia o no de causas de justificación, procurando toda la prueba necesaria, aunque de ello dependa prolongar la decisión final. Respecto del principio de celeridad y el fondo del debate dentro del procedimiento administrativo, "aquí debe cerciorarse de la existencia de una falta y demostrar la culpabilidad de quien figura como parte intimada, pues no se trata de dar impulso a los autos en desmedro del acopio de la evidencia necesaria y del reposo que exige el análisis correspondiente." (Ídem, pág. 92).

En suma, la diferencia con el Órgano director respecto de la valoración de la conducta del ICE para establecer la correspondiente responsabilidad e imponer una sanción, obedece a que este Órgano decisor analiza el caso desde una perspectiva distinta a como lo hace el Órgano director. En este sentido y por ejemplo en el tema de proporcionalidad: "La proporcionalidad es un principio que debe ser superar tanto la ley sancionatoria como la intimación. Son dos sujetos diferentes que intervienen en dos momentos separados: el legislador y el Órgano director. Pero cuando el Órgano decisor –que no es ninguno de ellos- analiza el caso para definir si corresponde o no imponer una sanción, el argumento que debe construir no pertenece a la proporcionalidad de la que ha venido hablando, sino a la valoración de la culpabilidad (componente subjetivo del tipo)." (Ídem, pág. 146). Así las cosas, el Órgano director se abocó más a subsumir la conducta de resultado en el supuesto o hecho típico de la infracción administrativa, sin una valoración adecuada de los testimonios periciales y los argumentos alegados por el ICE en sus distintos escritos; centrándose en el juicio de tipicidad y dejando de lado el juicio de culpabilidad. Sin embargo, como es deber del Órgano decisor (y de ahí su separación y distinción) dicha falta es suplida por la intervención de este Consejo en su argumentación sobre la valoración de la culpabilidad, tal y como se desarrolla a continuación.

Por otra parte, este Consejo no es partícipe de sentar responsabilidad por la comisión de una infracción o determinar una infracción a partir únicamente de indicios, que no sean contundentes y sin que de ellos se derive la plena certeza del hecho ilícito que se le atribuya a infractor. En este sentido: "Si bien es cierto el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción jurisdiccional dentro del proceso, se pueda sustentar sobre la base de la prueba indiciaria, los indicios que la conforman deben



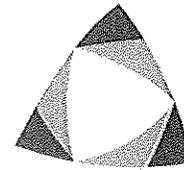
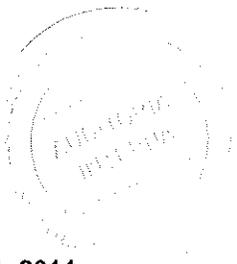
29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

ser unívocos, y sólo serán eficaces, cuando por su medio, valorados conforme a las reglas de la sana crítica, los jueces arriben a la certeza de que el hecho ilícito que se le atribuye a un acusado, efectivamente se produjo y le es imputable, y sólo una conclusión se desprende de ellos; si tal situación no se presenta, los indicios, individual y conjuntamente analizados, no pasan de ser simples datos sobre la posible comisión de un hecho delictivo, pero no constituyen un soporte firme del cual, sin lugar a dudas, se pueda inferir razonablemente la culpabilidad del enjuiciado. [...] Sin embargo, tal y como lo destacan los impugnantes, la prueba indiciaria que sustenta la conclusión de los jueces, analizada en forma conjunta, no permite arribar a una decisión unívoca de certeza sobre el conocimiento previo que el imputado..." (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 882 del 4 de agosto de 2000)

Conforme con nuestra doctrina patria, "[s]iendo la manifestación del poder soberano que mayor precisión exige, toda sanción administrativa impuesta sobre una persona determinada, requiere escucharla previamente, haber demostrado los hechos fehacientemente quebrando la presunción de inocencia que existe a su favor, que estos hechos encuadren dentro de una previsión normativa (tipo) que sirve de motivo al acto final en el cual se han aquilatado los argumentos de defensa como los de cargo, que la prueba se ha sometido a la **sana crítica**, que se ha **sentado la culpabilidad del responsable** y se ha definido un castigo adecuado." (El resaltado es nuestro) (Ídem, pág. 79).

De este modo, este Consejo procedió a valorar la prueba habida en el expediente de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Sobre la sana crítica nuestros tribunales ha establecido: "**IV.-LA SANA CRITICA Y SU RELACION CON LA LOGICA, LA EXPERIENCIA Y LA CIENCIA:** La base del concepto de sana crítica naturalmente es la lógica. Couture señala: "...Existen algunos principios fundamentales de la lógica formal que no podrán ser nunca desoidos por el juez. Nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro no son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. Las monedas de oro sólo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata. () De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio de tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción..." (Couture, ibid, p. 191) Pero la lógica, es insuficiente para el análisis crítico del material probatorio: "...De lo que acaba de decirse surge la necesidad de admitir que la sentencia no se agota en una pura operación lógica, sino que responde, además, a una serie de advertencias que forman parte del conocimiento de la vida. () Stein ha dado a la doctrina, en un libro memorable la idea de "máxima de experiencia" (Erfahrungssätze). Por tal se entiende el conjunto de juicios fundados sobre la observación que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio.." (ibid p. 192) Concluye Couture, que las reglas de la sana crítica no solo implica la experiencia sino también la ciencia. **V.-SOBRE LOS ASPECTOS INMUTABLES Y LOS ASPECTOS CONTIGENTES EN EL CONCEPTO DE SANA CRITICA:** Couture desarrolla que el concepto de sana crítica resulta inmutable en cuanto a la lógica pero variable respecto a la experiencia en función de la aplicación en espacio y tiempo: "...La sana crítica no puede desentenderse de los principios lógicos, ni de las reglas de la experiencia. Los primeros son verdades inmutables, anteriores a toda experiencia; las segundas son contingentes, variables con relación al tiempo y al espacio. La sana crítica será pues, permanente e inmutable en un aspecto y variable y contingente en otro. () En el orden lógico la sentencia del juez romano no difiere en nada de la sentencia del juez moderno. En lo empírico pueden existir profundas diferencias entre ellas. Cualquier magistrado romano habría rechazado al testigo que declarara que había estado en Atenas y en Roma en el mismo día; semejante declaración podría ser admitida sin inconvenientes por un juez moderno.() Cambios fundamentales ocurren en el reino de la experiencia, con escasas variantes de tiempo en un mismo lugar. Hace veinte años, un juez debió haber rechazado por máxima de experiencia, la afirmación de un testigo que declarara que su automóvil, corriendo a 80 kilómetros por hora, se había detenido, por efecto de su propia organización mecánica, en

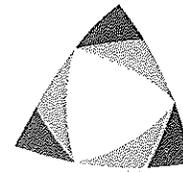
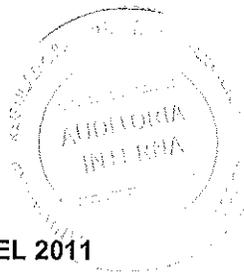


29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

un espacio de 3 metros; el mismo juez, en el día de hoy, podría admitir la misma aseveración..." (Ibid, p. 194) Couture, concluye su desarrollo sobre la sana crítica con su definición: "...las reglas de la sana crítica, son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia..." (Couture, Eduardo J: Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1989, tomo II, p. 195) Entonces, hemos de entender que la sana crítica implica un concepto muy elaborado respecto a esa labor del Juzgador para acercarse a la verdad, con valoración de las pruebas de percepción, de representación o de inducción o deducción, acorde con las reglas de la lógica y de la experiencia." (Tribunal de Familia, sentencia 1409 del 17 de agosto de 2004)

Este Consejo es libre de valorar la prueba testimonial pericial aportada por el ICE así como el informe de los oficios 433-SUTEL-2011 y 520-SUTEL-2011 y el informe del oficio 1027-SUTEL-2010. Esta valoración se ha hecho cumpliendo las reglas de la lógica, las de la psicología y las de la experiencia común sobre todo se han fundado en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad. En este último sentido, en la experiencia en otros procesos de apertura de mercados de telecomunicaciones, liberalización de servicios públicos de telecomunicaciones en los que pasar mercado monopólico a uno abierto a la competencia requiere adecuaciones de todos los actores y concretamente de sus sistemas contables y de cómo se registra la información y qué información debe registrarse o tener disponible para fines regulatorios. En este mismo orden de ideas, el informe del oficio 1027-SUTEL-2010 de fecha 14 de junio de 2010 (folios 69 a 81) es una prueba documental que se erige como simple comparación de la información requerida en la resolución RCS-137-2010 (folios 2 a 31) con la presentada mediante el oficio 0159-031-2010 (folios 47 a 48), dando como resultado la constatación formal de la consistencia entre lo requerido y lo presentado. Sin embargo, dicha prueba nada nos dice sobre el elemento subjetivo del ICE para haber actuado de la forma en que lo hizo y si en ese proceso volitivo, intelectual, cognoscitivo jugó un papel radical alguna causa por medio de la cual el ICE no hubiera podido actuar de modo distinto, o con la diligencia debida. Por su parte, el ICE alegó que en virtud de ciertos hechos y argumentó que estaba imposibilitado materialmente para cumplir en el tiempo y la forma solicitada por la SUTEL en la resolución RCS-137-2010. Para estos hechos y argumentos de descargo el ICE ofreció como prueba las pericias testimoniales del señor Marvin Rojas Varela, coordinador de interconexión, quien se refirió a la información aportada junto al oficio 159-100-2010 del 26 de julio del 2010; la señora Nidia Barquero Fernández, coordinadora de costos, quien se refirió a los esfuerzos efectuados por el ICE en materia de costos; y el señor José Alfredo Rizek, asesor de la presidencia del ICE, quien se refirió al nivel de complejidad de la información solicitada mediante RCS-137-2010 y efectuó una comparación del entorno costarricense con otros países latinoamericanos según su experiencia (folios 103 a 137). El Órgano director aceptó dicha prueba y la evacuó en la audiencia celebrada los días 21 de junio y 26 de julio de 2010. Estos peritos testigos dieron sus manifestaciones y respondieron las preguntas realizadas y por tanto debe tenerse como prueba y valorarse de conformidad con las reglas de la sana crítica. El Órgano director en su informe no hace mayor mención a esta importante prueba, más que la siguiente cita: "(...) *el levantamiento de esta información tuvo que definir conductores técnicos y es importante que sepan porque llegar a eso fue como decía alguien por ahí es como hacer un safari dentro de la institución, porque precisamente por la razón que Marvin apuntaba las informaciones técnicas no están centralizadas, de pronto un ingeniero lleva una cosa por aquí sobre el tema y sobre el mismo tema se lleva otra parte por allá (...)*". Con ello el Órgano director consideró que había quedado demostrado el hecho de que el ICE sí contaba con la información y que la misma se encontraba dispersa, evidencia de la desorganización e impericia de parte del ICE. En contraste este Órgano decisor encuentra que de dicha prueba y su valoración integral y de conjunto se desprenden ciertos elementos derivados de hechos y circunstancias que acarrearón la imposibilidad de cumplimiento al momento y fecha en que se dieron los hechos, específicamente en la presentación de la información solicitada el 17 de mayo de 2010, dos meses después de que fuera solicitada. En virtud del

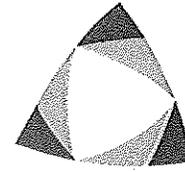


29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

principio de derivación lógica y la transcripción citada por el Órgano director, no se puede arribar a esa conclusión. Dicha cita lo que refleja es la complejidad de un proceso de adaptación de los sistemas de un modelo en un régimen de monopolio a un modelo de apertura regulada; así mismo, que la información está descentralizada y se requiere más tiempo tanto para saber qué se tiene como para obtener lo que se tiene. La misma cita hace referencia a una razón o motivo que apuntaba otro perito-testigo y que no se dice en el informe. Precisamente, vistas y valoradas las manifestaciones de los peritos-testigos siguiendo las reglas de la sana crítica se deriva que la información se encuentra descentralizada no por la impericia o la desorganización del ICE, sino, por lo complicado del proceso de adecuación y la definición y levantamiento de conductores técnicos y procesos que antes no se tenían. De hecho el ICE viene haciendo una planificación desde el año 2005 y los peritos-testigos fueron muy detallados en los esfuerzos y dificultades que bien este Consejo considera de imprevisibles e insalvables o, por lo menos de previsibles pero inevitables. Por ser esta la parte central de esta resolución, nos detendremos a analizar estas pericias-testimoniales (folios 103 a 137) y la valoración y prueba complementaria solicitada por este Consejo del informe contenido en los oficios 433-SUTEL-2011 y 520-SUTEL-2011 (folios 181 a 198).

De la pericia-testimonial de Marvin Rojas Varela (folio 108 y ss.), cabe resaltar lo siguiente: (i) como marco general de la presunta infracción, el proceso de apertura y las obligaciones sobre el operador importante hacen necesario que la SUTEL establezca ciertas obligaciones (sistema de costos y una información desagregada y determinado formato) que obligan al ICE a realizar cambios en su sistema de costos, en la forma de presentar los costos, en la cantidad y calidad de la información requerida para fines regulatorios, entre otros; y, para hacerlo debe entrar en un proceso de implementación que involucra la elaboración de una propuesta la cual imperativamente requiere de la coordinación con la SUTEL para que lo propuesto por el ICE sea de satisfacción y utilidad del Regulador; (ii) el ICE no pretende desacatar la metodología de fijación de cargos de interconexión definida en la resolución RCS-137-2010, no obstante, para su aplicación la SUTEL requiere de una información que ha solicitado en su totalidad al ICE, pero que también puede obtener de otras fuentes alternativas menos gravosas y más efectivas; toda vez que, existen para el ICE ciertas limitaciones para levantar toda la información requerida en el plazo establecido de 2 meses y en algunos casos en la forma, detalle y desagregación solicitados. Estas limitaciones han constituido dificultades insalvables o inevitables y en algunos casos hasta imprevisibles; de manera tal que queriendo el ICE cumplir no hubiera podido hacerlo de otra forma. En cuanto al primer aspecto, el señor Rojas Varela indicó: *"...en la práctica eso implicaría que el ICE tenga su propio desarrollo metodológico y SUTEL tenga otro desarrollo posiblemente y al final deberíamos conciliar posiciones respecto a lo que el ICE está resolviendo o haciendo es conforme a lo que SUTEL está haciendo. Este tema requiere particularmente una especie de guía metodológica de implementación que hemos hablado en este particular y que debería darse para efectos prácticos en todos los ..ya sea para que el ICE esté tranquilo con su propuesta de mercado y para que el regulador esté conforme con los resultados que el ICE está proponiendo. Es un llamado que hago para que conste esa inquietud en lo particular. Siguiendo esa línea deberíamos o debemos por lo menos establecer un plan de trabajo en razón de esa guía...establecer y en ese plan de trabajo debemos considerar el proceso mutuo de aprendizaje, de acompañamiento posiblemente y aprobación de resultados previos para finalmente llegar a una propuesta que también sea la que uno espera que pueda darse. Eso una manera de introducción sobre el marco general que me parece que debió haberse dado acá y que eventualmente podría corregirse con objeto de normalizar esta situación."* Sobre el segundo aspecto, el señor Rojas Varela manifestó: *"En lo particular sobre el modelo que nos ha requerido SUTEL específicamente lo que está diciendo en el paso 2...el paso 1 se refiere a todas las características propias de comportamiento de la red en general, la demanda de mercado, los usos,...etcétera es la parte más técnica, obviamentey aquí entendemos que se refiere a la reposición en algunos casos de la infraestructura que tiene ...si no es la mejormás eficiente en costos. Esas condiciones ahora más adelante podemos.....les hemos comunicado a ustedes.....sobre alguna limitaciones que tenía el ICE en la práctica para realizar el levantamiento de*



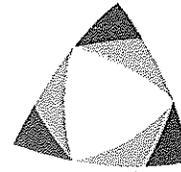
29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

esta información. Lo primero que vamos hacer acá es que el haber trabajado el ICE como empresa monopolio le permita de alguna manera administrarse de una manera muy particular, de una manera con vista en el mercado y eso implicaba que algunas acciones del manejo de la información simplemente eran diferentes o no eran las apropiadas para este momento de transición. Eso quiere decir que en algunos requerimientos simplemente no están disponiblesya sea porque no se registraban, ya sea porque se mantenían a través de un contrato con un tercero que era proveedor ...en arrendamiento y se delegaba en se tercero la responsabilidad inclusive documentar algunos resúmenes técnicos también porque la información si bien se guardaba un período de tiempo no se garantizaba que hubiera espacios de estabilidad ...podría ser que se recogía en cintas que después se humedecían y se perdía la información o estaban dispersas en las diferentes bases de datos, esta es la realidad que tenemos como empresa pública, monopólica.” [Nota: los espacios en blanco son resultados de la transcripción de la respectiva grabación].

En relación con la pericia-testimonial de doña Nidia Barquero Fernández (folios 110 y ss.), cabe destacar que es consistente y no contradice lo indicado por Marvin Rojas Varela, y que de lo manifestado se tiene por demostrado que la información solicitada por la SUTEL en la resolución RCS-137-2010 no podía ser cumplida en la forma, cantidad y calidad dentro del plazo de dos meses. Según se valoró de lo manifestado por el testigo perito Rojas Varela, la información solicitada por la SUTEL para que esté disponible y pueda ser suministrada por el ICE requiere de un acompañamiento con el Regulador, y de una implementación de cambios y de nuevos instrumentos a elaborar por el ICE. Por ejemplo, uno de los aspectos es el nivel de desagregación de costos por actividades en los que debía suministrarse cierta información sobre costos y activos de redes, así como el comportamiento histórico de las inversiones. Sobre este particular la señora Nidia Barquero es clara en que el nivel de desagregación esperado por la SUTEL no es el que en la realidad presentaba el ICE, y que a partir de las obligaciones impuestas al ICE, éste ha venido trabajando en los cambios y la implementación correspondiente, lo cual requiere de un proceso gradual y progresivo. Incluso las preguntas hechas a la señora Barquero Fernández por el Órgano director hacen concluir que se reconoce la necesidad de un proceso adecuación que permita implementar la resolución RCS-137-2010 y obtener toda la información solicitada en dicha resolución en la forma, detalle y desagregación requerida. En lo que interesa puede extraerse de esta prueba lo siguiente:

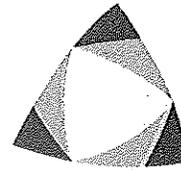
(i) El ICE ha planificado sus bases de datos desde el año 2005 asumiendo premisas y modelos y bases de datos distintos a los que se requieren hoy a partir de las decisiones de la SUTEL, sobretudo con la resolución RCS-137-2010, por lo que requiere un periodo razonable de ajuste: *“En la institución de cara a una apertura del mercado en realidad hemos tenido que tratar de ir adaptando nuestras bases de datos de acuerdo al nuevo negocio. ...el ICE, desde el año 2005 inició una integración de modelos de costos a nivel de la institución con un enfoque del modelo más de gestión. El enfoque de modelo más de gestión obviamente es porque nosotros como empresa dedicada al monopolio todavía en el 2005, en realidad lo que teníamos era requerimientos del ente regulador muy enfocados hacia el costo de los servicios al cliente final, entonces dado que la información que había salido hasta ese momento para efectos del ente regulador era información basada puramente en datos contables, se hizo un esfuerzo por darle un enfoque a la información con características más asociadas a costos... En el año 2007... arrancamos con un proyecto de modelo de costos de interconexión. Para efectos de este modelo de costos de interconexión nos hicimos acompañar con una empresa externa y tenemos un modelo conceptual... Desde el punto de vista de los dos modelajes,...los dos tiene un enfoque top down, el modelo de gestión está enfocado básicamente a una base de datos histórica, el modelo de interconexión está desagregado tanto con la base de datos histórica como a valores corrientes también... Como este esfuerzo se inició en el 2005 con un proyecto que tardó aproximadamente 2 años, este modelo está automatizado y les cuento esto porque tenemos una situación particular con la parte de interconexión que ahora se las comento, pero este modelo de costos de gestión y dado que todavía hasta hace muy pocos meses hemos sido monopolio todavía, entonces este modelo sí está automatizado, están corriendo los datos, se puede ver*



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

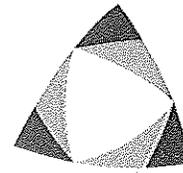
por dentro que es todo lo que hay ahí, pero sigue siendo un modelo enfocado a una empresa en monopolio, verdad. Aquí lo que está es todo el portafolio de servicios a clientes finales. Y eventualmente agregarle a esto que de acuerdo a los últimos acuerdos, valga la redundancia, con la Aresep el ICE venía presentándole para efectos de telecomunicaciones, venía presentándole información prácticamente para efectos de tarifas en un solo estado financiero, entonces eso también digamos es importante agregarlo porque nosotros pasamos en algún momento desde el punto de vista financiero de tener información por unidad de negocios a tener información para todo el sector y este fue digamos, se llevó a tomar ese paso en apego a un acuerdo que se había hecho con la Aresep.” (ii) A pesar de la planificación el modelo y la parte de interconexión ha sido la más atrasada: “Razón de más entonces para la parte que nos toca ahorita entrar que es la parte de interconexión, entonces hay una relación importante en las bases de datos. Desde el punto de vista de lo que ha sido el modelo de asignación de interconexión, como les mencioné anteriormente sigue siendo basado en actividades. Es un modelaje que siguiendo los pasos que han venido dando otros países a nivel internacional y apegados a la normativa que maneja tanto la Unión Europea como la UIT, lo que se hizo fue yo para conocer qué es lo que tengo en mis bases de datos y para ver cómo le doy un enfoque a esas bases de datos con visión de interconexión, fue una disgregación de las bases de datos históricas con visión de interconexión. Esto, como les comento en apego estrictamente a lo que dicta la UIT y entonces lo que venimos implementando fue un modelo conceptual ya con visión de interconexión, donde eventualmente ya aquí se sale mucho, o no se sale, se complementa con el sistema financiero con toda la parte técnica. El componente técnico de este tipo de modelos se otorga alrededor de un 70% y entonces ya entramos otros actores que nos es solo finanzas para poder darle contenido a estas bases o más bien a este modelaje. Aquí lo que estoy mostrando es como partiendo de un diseño que tiene la UIT... lo que se hace es tomar el modelaje que la UIT ha venido normando y que muchos países en Europa y América Latina han utilizado también, lo que hemos hecho es tropicalizarlo de alguna manera hacia lo que nosotros podemos ir llenando ya con visión de interconexión.” (iii) La información técnica solicitada por la SUTEL es muy difícil de recolectar aún dentro del ICE, lo cual constituye un imposible material hacerlo en el plazo otorgado de dos meses. En este sentido: “De acuerdo a lo que vemos aquí en la filmína sigue habiendo una gran parte de información que se toma de la base de datos financiera. Prácticamente y aquí medular para un modelo de estos es la base de datos de activos. La base de datos de activos y la parte de operación, mantenimiento y depreciación, que también son elementos básicamente financieros que nosotros tenemos que seguir extrayendo de la base de datos financiera. Entonces de aquí entonces nosotros sacamos todo lo que tiene que ver con el tema financiero y lo pasamos a la base de datos de costos, pero adicionalmente a esto nosotros teníamos o tuvimos en ese momento que se hizo el levantamiento de información que rodearnos de muchos técnicos del sector para poder obtener las informaciones de carácter técnico, porque el modelaje que se diseñó se hizo con la topología de la red actual, se hizo con los tráficos actuales también y el trabajo más complicado con el que nos encontramos aquí en el momento del levantamiento de esta información y aunado un tanto a lo que comentaba Marvin es que en un modelo de costos de interconexión, la razón de ser son los elementos de red y a la hora de que se hizo el detalle de elementos de red sí igual fue sumamente complicado poderle dar continuidad a una de estas cajitas que tengo aquí a la derecha para poder saber que de los elementos de red tengo yo como planta de soporte, qué elementos de red tenemos nosotros a nivel de ICE como plata básica y cada uno de esos elementos de red como se podían identificar, cómo se les podía dar un contenido económico para que tuviera sentido a través de un conductor técnico llevar el costo al portafolio de servicios.” (iv) El proceso de transición que experimenta el ICE y las circunstancias que lo rodea provocan dificultades insalvables e inevitables de la gestión: “...hoy día tenemos conceptualmente dos modelos, el de gestión y el de interconexión. Lo que pasa es que por la transición por la que está pasando la institución, el de gestión que hace que esté más maduro, que es el que se ha venido digamos utilizando para efectos tarifarios y todo tiene un sistema informático, el de interconexión a nivel del modelaje conceptual, todavía no tenemos el sistema informático que nos haga la extracción automatizada de esos datos. Entonces esto vuelve mucho más complejo digamos las



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

extracciones de información y sobre todo que este diagramita o más bien este dibujo que tenemos aquí en la parte inferior izquierda de la pantalla lo que nos dice ahí es todas las bases de datos que intervienen para darle contenido económico a un portafolio de servicios de interconexión y estas bases de datos y la experiencia fue y está documentado que en algunos casos se encontraron información, en otros casos hubo que inferir informaciones porque la naturaleza misma de nuestro negocio por haber sido monopolio durante 45 años hay informaciones que no están articuladas para el diario quehacer de la institución en las bases de datos y más delicado todavía es que no tenemos un sistema donde nosotros podamos decir, okay, actualizamos las bases de datos, les damos línea pero un sistema que tenga interfaces con esas otras bases de datos donde eso a nosotros nos tire las informaciones en forma automatizada, eso nosotros no disponemos todavía porque era de suponer que nosotros veníamos con una cierta ...en la implementación de los modelajes de costos". (v) La realidad del ICE es otra a la pensada por la SUTEL en su estimación de la disponibilidad (en tiempo, modo o forma) de la información requerida en la resolución RCS-137-2010: "¿Hacia dónde queremos llegar y hacia dónde básicamente que nosotros apuntábamos todos nuestros esfuerzos? Era llegar a tener el sistema para efectos de telecomunicaciones como un sistema integrado, donde eventualmente yo pueda hacer comulgar ahí con visión de un portafolio de servicios, tanto los servicios al cliente final como los servicios para la parte mayorista y que eventualmente fueran los flujos de información, los que vienen por dentro de ese sistema los que diseccionados que le dieran contenido económico a cada uno de esos portafolios. ...Entonces a nivel de costos comunes tenemos separación de la parte de costos compartidos, los servicios de interconexión, de la parte de servicios empresariales, servicios fijos, servicios móviles y otros. También tenemos entonces plantas de soporte, una desagregación de lo que es infraestructura de planta externa, infraestructura electromecánica y civil, la parte de procesos de operación y mantenimiento y la parte de soporte direccionada con planta de soporte. En planta básica tenemos la infraestructura de las plataformas comunes de la red fija y móvil, la infraestructura de red de datos, la infraestructura de la red móvil y la infraestructura de la parte de telefonía fija a nivel de comunicación. Desde el punto de vista de la parte de componentes de red, que la parte de componentes de red es tanto los elementos de red con su funcionabilidad también, está una desagregación que aquí lo que hicimos fue extraer digamos a nivel macro algunas de las desagregaciones que tiene esa caja ahí a nivel de acceso de la red fija, interconexión nacional, la plataforma, la parte de la red avanzada de Internet y desde el punto de vista de costeo de servicios, porque estos modelos tienen sentido en la medida en que uno los oriente hacia un portafolio de servicios, tenemos la parte de fijo y móvil, la interconexión IP, la parte de red inteligente, servicios básicos red fija. Ahora, estos servicios y para que como todo este tema lleva un hilo conductor, este costeo es el que eventualmente debe estar en la oferta de interconexión de referencia también, porque la oferta de interconexión de referencia aunque es un documento con el que la...todo lo demás, para darle el contenido económico a sus servicios yo tengo que tener un soporte atrás, verdad, que es todo el sistema, todo el modelaje. Entonces inicialmente parte del proyecto fue trabajar conjuntamente con los equipos de telecomunicaciones en una oferta de interconexión de referencia, pero eventualmente esa oferta de interconexión de referencia para hacerle sentido estaba costeadada también con esta desagregación, pero siempre con bases históricas y eventualmente sí tenemos a valores corrientes también y ahí se puede hacer un esfuerzo. Para ir cerrando un poco quiero mencionarles que realmente y un poco asociados a lo que nos está pidiendo el ente regulador, relacionado con lo que nosotros tenemos, en realidad nosotros hoy día lo que tenemos es un modelo top down con enfoque tanto histórico como a valor corriente. Como ustedes bien saben el ICE durante toda una vida ha hecho revaluación de activos que es medular en el tema de interconexión, sin embargo, nosotros entendemos que quizá la metodología que se ha venido usando en un momento de negocio como en el que estamos entrando en la actualidad, entonces habría que hacer revisiones de la valuación de activos." (vi) Para cumplir a cabalidad con la información requerida por la SUTEL en la resolución RCS-137-2010, el ICE requiere levantar mucha información que todavía no tiene disponible, sea por un aspecto de tiempo, sea por condiciones de gestión. En este sentido: "Hay oportunidades de mejora digamos en las informaciones que tenemos, pero sí hay un gran

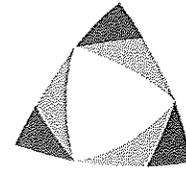


29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

levantamiento de información ahí. En cuanto a modelaje el abordaje entonces les digo que es top down y sí hicimos en algún momento un...al inicio del proyecto hicimos un..., pero que sería básicamente como un diagnóstico para ver como andaba el tema de redes, pero realmente para una empresa que tiene toda una historia como es el caso del Incumbente nosotros debemos entrar primero a un top down para poderle dar sentido después a cualquier modelaje más ajustado que viniera, verdad. Estamos en este momento digamos de una metodología en el estándar de asignación, perdón, es el punto 3 del estándar de asignación, los costos totalmente asignados. En lo que corresponde al método de costeo lo que tenemos en ambos casos es el ABC. Respecto al nivel de detalle de costo lo tenemos aquí en este cuadrado en la esquina superior derecha a nivel de detalle de costos tenemos la depreciación de cada uno de estos elementos de red, operación y mantenimiento y los costos comunes asociados también. ... como en este tema de interconexión se utiliza mucho el conductor de carácter técnico realmente el levantamiento de esta información tuvo que definir conductores técnicos y es importante que sepan porque llegar eso fue como decía alguien por ahí es como hacer un safari dentro de la institución, porque precisamente por la razón que Marvin apuntaba las informaciones técnicas no están centralizadas, de pronto un ingeniero lleva una cosa por aquí sobre el tema y sobre el mismo tema se lleva otra parte por allá. Entonces hay conductores que fueron los que le dieron sentido a la canalización de estos costos hacia el portafolio de servicios, que de igual forma, como este proyecto está con base en la información 2008 y ahorita podemos comentar por qué todavía está con base en la información del 2008, está sujeto también a mejora y a revisión la parte de conductores, pero importante digamos que dentro de lo que se está comentando es si fueron conductores no definidos por finanzas. Finanzas de alguna manera coordinó el proyecto, en el proyecto sí participó gente de todas las áreas técnicas del sector de telecomunicaciones. Tenemos entonces que el modelaje que hoy día tenemos se hizo sí con los equipos de red, pero, ¿con qué? Con una red existente, no todavía con una red modificada, se hizo con la topología de red actual...".

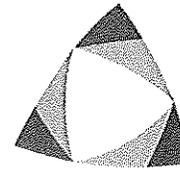
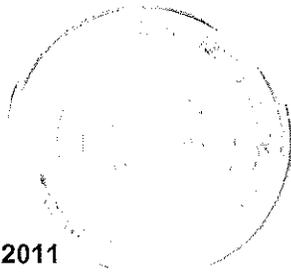
(vii) El ICE sí bien cuenta con una desagregación de activos de red, no como lo esperaba la SUTEL si no mucho más macro; situación que ha venido cambiando pero que requiere de una gradualidad en el tiempo: "Entonces siempre se ha contado con un módulo de activos en donde ha habido una desagregación de activos, pero mucho más macro que lo que nos exigen en el negocio de la interconexión. Por ejemplo y puntualizando con respecto al modelo de gestión. En el modelo de gestión todavía nosotros no necesitábamos utilizar los activos desagregados por el monto de red, es desagregación a nivel de equipos, pero como grandes grupos. Ahora, precisamente y apegados un tanto a la normativa y un tanto apegados a los reglamentos que se han venido emitiendo hay un proyecto en paralelo que ha venido trabajando finanzas que es el proyecto de activos también y a la luz de ese proyecto también ya se han venido haciendo adecuaciones a esa base de activos con la desagregación de elementos de red. Ahora, si bien esa base de activos eventualmente no va a tener todo el nivel de desagregación que va a tener un modelo de costos, pero sí vamos coincidir, por decirte algo hasta el nivel 3 tenemos que coincidir, de ahí para abajo si la normativa nos pide desagregar 3 niveles los otros tres los hacemos comulgar con el registro fuente y lo vemos pero ya a nivel de costos, no a nivel contable exactamente, verdad, por un asunto de practicidad, pero sí también se está haciendo un esfuerzo desde hace 2 años por adecuar esa base de datos, hay todo un proyecto relacionado con el tema de activos que viene paralelo con esto otro también.". (viii) En cuanto la contabilidad separada de costos ésta se obtiene del modelo de gestión y no del modelo propio de interconexión, por lo que dificulta más recabar de la información: "...como el modelo de gestión está focalizado a un portafolio de servicios, ese modelo da información por red, digamos ahí sí la podemos tener por red. Yo procuro mucho estar haciendo la aclaración porque digamos la desagregación de elementos de red no está visualizada de la manera que se ocupa para interconexión ese modelo de gestión porque nació en una condición distinta, nació para una empresa de monopolio, pero dado que siempre hemos tenido un portafolio de servicios, el portafolio de servicios ha tenido fijo, ha tenido móvil, tiene algo de datos, entonces ahí sí lo podemos ver, incluso con el modelo de gestión sí podemos verlo vía esa."



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

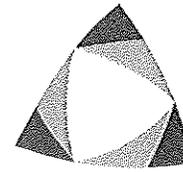
En cuanto la pericia-testimonial de José Alfredo Rizek (folios 118 y ss.), se señala que: **(i)** en el proceso de apertura del mercado de telecomunicaciones en Costa Rica, el Regulador estableció un modelo para la fijación de cargos interconexión que ningún país del mundo se ha adoptado inmediatamente en la fase de transición del régimen monopólico al de competencia. El ICE previendo la apertura y siguiendo la experiencia internacional adoptó un modelo que finalmente no fue el adoptado por la SUTEL en el año 2010, y por lo tanto, ha sido para el ICE materialmente imposible cumplir con el requerimiento de la información de la resolución RCS-137-2010, puesto que necesariamente requería una adecuación, cambios y un proceso de implementación de lo establecido por el Regulador, **lo cual tomará algún tiempo**, lo que impidió cumplir el plazo de dos meses otorgado en la resolución RCS-137-2010. En este sentido: *"... el ICE cuando empezó a hacer su ejercicio en el año 2005 ante lo que era inevitable en el mercado, más adelante en el 2007 cuando hace la variación, escoge un modelo total porque ese ha sido el modelo que siguieron todos los reguladores latinoamericanos, para llegar a las etapas de mercado donde estamos hoy día. (...) Y cuál fue el camino que siguieron los Órganos Reguladores en ese proceso, ... cuando ustedes comiencen a ver la dinámica que se está dando acá de solicitud de información para implementar un modelo, versus disponibilidad y flujo de la entrega de esa información, eso es algo que ha ocurrido en todo el mundo, eso no es nada extraterrestre, es decir, esto es lo que ha pasado. Ahora, ¿dónde ha estado si se quiere, la diferencia?, en que esos países cuando solicitaron la históricos..., no para coger los modelos a futuro si no para tener una fotografía de qué era lo que existía en esos momentos. ... Si bien, la SUTEL se decidió por una metodología de *** ... o ***..., o como sea, esa metodología tenía que caer en cuenta qué tan difícil o fácil iba a ser alimentarla, humildemente yo creo que si esta dinámica que se ha dado en el día de hoy, se hubiese dado previamente, es decir, que la SUTEL hubiese hurgado en qué tenía el ICE en este momento, momento en que estaba planificando la metodología, como los niveles de detalle que están acá, en el sentido de qué tienen los sistemas, que se está preparado para sacar, etc. Yo no digo que a lo mejor lo hubieran escogido todo, probablemente ya era una decisión ya tomada, pero si hubiesen ajustado el requerimiento de información para poder alimentar el modelo, esto es el problema que ustedes tienen el día de hoy".* **(ii)** Adicionalmente, el señor Rizek, con base en su experiencia y experticia señala que, la experiencia ha demostrado que en la transición de un régimen de monopolio a la apertura y eventual competencia, la información que se requiere por ejemplo para correr un modelo como el establecido en la resolución RCS-137-2010, no siempre está disponible o existe una imposibilidad material para obtenerla, y en algunos casos por causas ajenas a la voluntad del operador establecido o incumbente; y, siempre se va a requerir una gradualidad en las decisiones regulatorias que permitan a los operadores acomodarse a las nuevas exigencias y necesidades de información regulatoria. En este sentido: *"Les voy a contar un poquito qué fue lo que hicimos en República Dominicana... Mire lo primero es que cogemos los dos módulos, nada les impide que independientemente de cuál sea la metodología oficial que ustedes hayan escogido para fines de fijación, ustedes no puedan correr una metodología paralela, nada se los impide, ¿para qué? Para fines de comprobación, para fines de comparación, lo que sea, eso fue lo que hicimos nosotros agotamos en República Dominicana, claro, tuvimos la oportunidad de ver primero qué es lo que hay y qué es lo que voy a obtener en el mediano y el corto plazo, y los pusimos a correr, total, pero la metodología mía es... ¿por qué? Porque esa es la que va a firmar y lo que hago es darle una oportunidad a las empresas para que lo que tienen lo transformen..."* **(iii)** En relación directa a la causas justificantes o de exclusión de la culpabilidad, el señor Rizek señala que en la especie ha operado una imposibilidad material, una dificultad insalvable e inevitable: *"...lógicamente esto no vale admisión de culpabilidad ni mucho menos, el concepto de la sanción está llamado a prevenir una práctica, una intención dolosa y lógicamente hablan de culpabilidades aparte en un momento determinado, pero si fuera a ser objetivo y a ver todo lo que se ha hecho, aquí en ningún momento ha habido ninguna intención dolosa, la intención de desobedecer ni la intención de desacatar la instrucción del Órgano Regulador, sencillamente hay una imposibilidad material, una imposibilidad material que no solamente viene creada por el histórico, sino que también se impone por una realidad propia del mercado..."* Así mismo, expresa: *"...esta situación que se puede entender*



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

como una rebeldía o como un proceso digamos de desacato a la autoridad de la SUTEL, no es tal. Esto sencillamente es el proceso normal en el que se lleva a cabo la construcción de estos modelos porque estos modelos tiene que partir de la realidad existente, no pueden partir de una realidad etérea, de hecho, la propia SUTEL hace la admisión en su resolución que dicta la metodología, no cita un solo país de Latinoamérica, no cita un solo país de situación similar a Costa Rica, cita los países que tienen un nivel de competencia donde incluso ya se pasó de la competencia e infraestructura, donde no hay diferencia de servicios, donde el modelo ***tomo es sumamente útil, no necesariamente en esta página." (iv) En cuanto a la **razonabilidad del plazo de dos meses** otorgado en la resolución RCS-137-2010 para presentar la información solicitada, cabe indicar de lo señalado por el señor Rizek: "...el tema del plazo, una vez fija su metodología, se dice "el modelo de costos que voy a utilizar es ... de interconexión, la metodología que voy a utilizar es esta y así es como la voy a construir y esta es la información que necesito... ustedes ordinariamente otorgaron un plazo de dos meses para la entrega de esa metodología, ... yo lo que voy a discutir es cuál es el derecho comparado en ese tema. Cuando en el año 2005 la República Dominicana establecimos la metodología en el reglamento de tarifas y costos, el plazo mínimo que se otorgó, primero, en un mercado que ya tenía 10 años en competencia, más o menos competencia, el plazo que se otorgó para la entrega de la primera información fue seis meses. El plazo que se otorgó en Chile en el año 1992, cuando crearon por primera vez la metodología fue de ocho meses. Los plazos que se otorgaron en Perú cuando se construyó por primera vez la metodología, para la fijación del Price cap* tarifario, ni siquiera interconexión, Price cap que era absoluto interés de la telefónica, o sea, a nadie más beneficiaba eso que no fuese la telefónica del Perú, fue un plazo de seis meses, y así usted coge uno por uno los reguladores latinoamericanos cuando construyó, no ahora, ahora yo pido la información en quince días, ahora yo pido la información y lo puede pedir en un mes, en 20, en 45 días, pero esos no son los plazos que ustedes pueden estar viendo, esos son los plazos después que el modelo ha corrido tres y cuatro veces, o en el menor de los casos dos veces, es el plazo que aplicará el ICE en dos años cuando ustedes dicen que van a realizar una vez la metodología, cuando tienen que correr nuevamente el modelo. Ese el plazo que va a aplicar ahí. El primer plazo que va a alimentar el modelo fue un plazo que va al inicio, y con base en la experiencia que nosotros hemos tenido, fue un plazo que fue totalmente insuficiente desde el punto de vista técnico. Imposible de cumplir, sencillamente porque van a estar, ustedes saber, independientemente, ustedes van a ver desde el punto de vista de información qué ha sido consensuado o no, qué se puede qué no se puede. La verdad que los sistemas dicen una cosa, una cosa es lo que yo quiero, otra cosa es lo que el sistema me afloja, si el sistema no me lo afloja, yo puedo tener lo que yo quiera pero tengo que alimentar el sistema para que me la produzca de esa manera. Y, lamentablemente, una gran parte de lo que se está pidiendo en el ICE no lo puede proveer en el plazo que pide." (v) Respecto de la **razonabilidad de la información solicitada**, partiendo de que la información solicitada tiene que ser la menos gravosa de las alternativas posibles, el señor Rizek indica: "...ustedes al día de hoy, no tienen como reguladores que son, que perseguir, insistir a darle hasta la muerte; a algo para que me entregue algo que ustedes pueden obtener por una vía alterna. Hoy día, todos los reguladores latinoamericanos, han corrido modelos con alguna similitud como ustedes han hecho, no existe una información de reemplazo digamos de una red fija,... pero esos reguladores ya hicieron ese trabajo. Si bien ustedes sí necesitan la información del ICE de los minutos, de los tiempos de presión, de cantidad de usuarios, datos que no son replicables en otros lugares, ustedes si pueden replicar en otros lugares y obtener información de cómo Colombia calculó los costos de la red fija, como lo ha hecho Perú, como lo ha hecho Argentina, como lo ha hecho República Dominicana. Eso ustedes lo tienen ahí, ustedes no necesitan martillar hasta al final al ICE, para decirles "entrégamela" cuando es una información que nadie la tiene porque nadie hoy día va a pensar de cómo voy a sustituir una central 5SS... Ustedes lo que van a encontrar es una softswitch* en el mercado, un EXCEL no sé qué cosa, van a encontrar un NORTEL, van a encontrar algo de ALCATEL, eso es lo que usted va a encontrar en el mercado pero eso no es necesariamente lo que ustedes han pedido. Ustedes pidieron como si esa información se fuese almacenando durante años, ustedes probablemente la última vez que el ICE compró una central de esas,



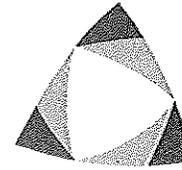
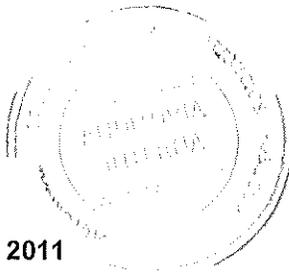
29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

compró una central de esas fue hace cinco años... Ahora, hay reguladores que construyeron eso en el momento en que eso sí se vendía, y le han aplicado un factor de descuento a los años. Ustedes pueden ir a averiguar esa fuente, ustedes pueden ir a buscar esa información y de regulador a regulador. O sea, no tiene que ir a donde el suplidor siquiera, porque el suplidor tampoco probablemente va a tener la información, ustedes van a ir a donde reguladores que lo han hecho y ahí lo construyen y suplen lo que puede ser el impedimento que tengan el día de hoy el modelo que ustedes tienen en esa parte y cuya información no se haya generado". (vi) En relación con la diligencia y la previsibilidad con que ha actuado el ICE, el señor Rizek destaca: "Lo otro es importante y es lo que se demuestra acá: el esfuerzo y el... del proceso. Un regula

dor, sobre todo cuando se está en posición de juez, tiene que verificar cuál ha sido el historial del proceso de esta naturaleza, si ustedes ven que el plazo en otras latitudes, en países incluso que tienen empresas con mayor dinamismo comercial, o que han estado sometidas a una dinámica de mercado diferentes a la que ha estado sometida al ICE, porque posiblemente han tenido mayores recursos a su alcance y a esa información se le ha dado un plazo de 6 a 8 meses, o casi un año para construirlas, entonces hay que reparar de que lo que se ha hecho en estos dos meses, en estos tres meses, en estos cuatro meses, realmente es una labor titánica para tratar de acomodar... salud, al regulador. La información como se ha intentado desglosar, como se ha intentado buscar, ni siquiera para decirle al regulador "cámbienla de la manera en la que me la está pidiendo", sino para tratar de dársela de la misma manera en que la ha pedido, yo creo que a ustedes les debería de resultar lo suficientemente revelador, de que se ha hecho un esfuerzo para acomodarlo, y se han dado pasos, quizá la comunicación no ha sido la mejor, quizás lo que se hizo, porque esa fue una pregunta de él en su momento porque no lo informaron, yo no quiero responder por el ICE, pero lo que deduzco en que se enfocaran tanto en intentar cumplir de que perdieron de vista, se dieron cuenta de qué tan imposible era el cumplimiento, solamente hasta el final cuando reaccionan de esa manera." (vii) Por último el señor Rizek señala que el proceso de falta de información es una experiencia en todo el mundo y que no puede ser simplemente calificada de mala fe o de ocultamiento de la información por parte de operador incumbente, y que realmente la SUTEL debe comparar este proceso de fijación de precios o tarifas y el problema de información con procesos similares realizados por otros Reguladores hace una década. En este sentido: "...esto no es nuevo, esto es algo que todo el mundo ha pasado, ustedes no pueden ver que lo que ha sido una debilidad en un momento determinado no ha sido por mala fe o ha sido un deseo de ocultamiento, sencillamente es que ellos no nunca le han pedido a sus sistemas de que hablen de esa manera, ellos le han pedido a sus sistemas que hablen históricamente de lo que necesitaban, de poderle decir a la contraloría o lo que sea "¿cuánto me produce telecomunicación? o cuánto me produce esto?". Ahí hay cosas que son de empresas que tienen sistemas muy sofisticados, el tema por ejemplo de conexión media de la comunicación, el tema de consumo promedio, el tema de ... todo eso ya... en el precio de la competencia, ustedes..., es más, yo me sorprendería si el ICE no tuviera eso, de que lo hubiera tenido. Son cosas que..., quizá ese es el mensaje, que ustedes vean que la realidad de los países que los están secundando y que han pasado por procesos de esta naturaleza, es similar, pero es similar hace 10 años, probablemente hace 10 años ninguno de ustedes estaban metidos en el tema de la telecomunicaciones como tal porque no era necesario, ni estaban hablando de seguimiento necesariamente a esos temas. Entonces lo importante es que ustedes cuando vayan a buscarlo, no es lo que está pasando hoy día sino que busquen cuál es la historia de lo que estaba pasando desde hace 10 años y a partir de ahí entonces identificar cuáles fueron las vías de ... que se fueron buscando."

Así las cosas, queda suficientemente demostrado y analizado la existencia de causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad del infractor; pues el informe del oficio 1027-SUTEL-2010 no analiza ninguna otra circunstancia más que la comparación de datos, y la prueba pericial-testimonial ofrecida por el ICE fue admitida por el Órgano director y evacuada en la respectiva audiencia en la que dicho Órgano tuvo oportunidad de cuestionar la acreditación como perito. Por el contrario más bien realizó preguntas que

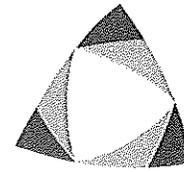


29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

sugieren un asombro dado el conocimiento y detalle de la situación particular del ICE en el proceso necesario de transición. Sin embargo, este Consejo tomando la mayor de las precauciones y cautela solicitó un segundo informe con el objeto de complementar el primer informe del oficio 1027-SUTEL-2010, principalmente en cuanto a una valoración de las circunstancias entorno a las cuales se dio a presentación incompleta de la información por parte del ICE y la introducción de hechos de descargo implícitos en los alegatos del ICE. Esta actividad probatoria complementaria dio como resultado el informe contenido en los oficios 433-SUTEL-2011 y 520-SUTEL-2011 (folios 181 a 198). Este informe confirma las valoraciones que este Consejo ha realizado de las pericias-testimoniales. En lo que interesa concluye este informe:

- *“Aunque gran parte de esta información e insumos necesarios para definir el modelo escogido puede ser obtenida por medio de otras fuentes, es claro que al ser el ICE el operador tradicional de estos servicios, debería de contar con la información o por lo menos orientar en la obtención de la misma, contribuyendo en obtener los resultados más rápidamente para el beneficio de la sociedad costarricense en cuanto a la apertura de mercados”;*
- *“Con este cambio de interlocución, se ha logrado un acercamiento y apertura del ICE en cuanto a mostrar a la SUTEL la realidad que presentan en sus sistemas y metodologías de costeo, la disseminación de la información relevante en gran cantidad de oficinas y bajo el control de gran cantidad de personas y con ello la veracidad de lo manifestado en los documentos y oficios enviados a la SUTEL, verificando que “...la contabilidad del ICE a lo largo de sus años como empresa estatal prestadora de servicios públicos, ha venido trabajando con base en una contabilidad financiera, a partir de la cual se construyó un modelo con una asignación total de costos: costos históricos totalmente distribuidos que se complementa con información técnica de toda la topología de la red de telecomunicaciones de manera que actualizar esa base de costos y activos históricos, para trasladar toda la información de contabilidad financiera actual hacia una contabilidad de costos que cumpla con una metodología basada en un modelo bottom up utilizando costos incrementales de largo plazo, requiere necesariamente de un periodo de gradualidad, transición y progresividad....” Como lo indicaron en el oficio 6000-1421-2010 del 31 de mayo del 2010.”;*
- *“... es pertinente considerar que la información necesaria es factible de obtenerse, tal vez no en una precisión del 100% de lo solicitado por la SUTEL, pero sí en una aproximación lo suficiente para lograr obtener resultados del modelo escogido.”;*
- *“... reconociendo que han estado buscando y preparando información solicitada a pesar de que efectivamente no cuentan con un sistema de costos que le permitan obtener información “Bottom-Up”, podría considerarse darle una última oportunidad de máximo 30 días para que se presente a la SUTEL la información relevante solicitada para poder establecer los costos de interconexión de la red fija mediante el modelo Bottom up scorched node LRIC, definida en la RCS- 137-2010, con lo cual se estaría dando un tiempo razonable para la gradualidad y progresividad en el proceso de transición del modelo monopolístico al modelo de competencia.”;*
- *“En las reuniones de trabajo indicadas, se ha tenido una actitud de transparencia y colaboración bastante amplia. Han mostrado los sistemas de costeo con que cuentan a la fecha, mostrándonos la evolución que han tenido de sus sistemas de costos de gestión interna de una empresa monopolística, con una asignación total de costos históricos y lo que han trabajado en los últimos dos años, por medio de una consultoría con una empresa brasileña, de buscar un modelo de costos por actividades más dirigido al modelo bottom up.”;*



29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

- *"El ICE ha mostrado como está en evolución a la metodología plateada por la SUTEL, pero que aún está lejos de llegar a ella, tanto por el volumen de información que se maneja, como por las diferencias internas en cuanto a las fuentes de información técnicas requeridas."*;
- *"El ICE ha propuesto el utilizar la información de costos con que cuenta a la fecha, ajustándola de la manera que sea posible, ya que la información de la manera y en la metodología que le ha solicitado la SUTEL no la tienen disponible a la fecha, y que necesitan un plazo lo adecuadamente amplio para poder llegar a contar con ella en la forma solicitada"*.

De hecho la SUTEL ha tenido que realizar ajustes para poder lograr alcanzar los objetivos regulatorios:

- *"Se ha procedido a simplificar el modelo de red fija para ajustarlo de una manera que pueda utilizarse la información con que cuenta el ICE para poder determinar las tarifas y costos que nos interesan."*
- *"Se ha tenido una actitud muy favorable por parte de la Gerencia Financiera del ICE en proporcionar información solicitada de la red móvil, en un nivel bastante detallado y con información trabajada y elaborada de acuerdo a lo solicitado por la SUTEL en los últimos meses. De igual manera se esperaría que una vez que en la SUTEL tengamos definido el modelo simplificado de la red fija y con ello los requerimientos de información necesarios, se tenga igual colaboración de la Gerencia de Finanzas del ICE para obtener dicha información"*.

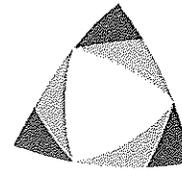
Se reconoce la complejidad de la recolección de datos e información y la necesidad de la colaboración y trabajos conjuntos entre el Regulador y el ICE:

- *Esta segunda etapa ha permitido el involucramiento de una mayor cantidad de funcionarios de la SUTEL y del ICE, con lo cual se facilita y se asigna el trabajo de una manera más eficiente, según temas y la complejidad de los mismos."*;
- *Ejemplo de lo anterior, es el tema de la determinación del costo ponderado del capital, (WACC), punto en el cual en pocas reuniones entre funcionarios de la gerencia de finanzas del ICE y funcionarios de la Dirección de Mercados y Asesoría Financiera de la SUTEL, se ha llegado prácticamente a un acuerdo, intercambiando metodologías y fuentes de información"*;
- *Se ha demostrado la conveniencia para ambas partes, SUTEL e ICE, de continuar con este tipo de reuniones, ya que en pocas semanas se ha logrado más avance que en varios meses del año 2010, razón por la cual se recomienda continuar con esta iniciativa."*

En suma, este Consejo tiene por acreditada la existencia de causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad rompiendo así la relación causal, atribuyendo así la infracción pero sin responsabilidad por la cual deba imponerse una sanción. No obstante, debe advertirse que las circunstancias o hechos que fungen como motivos de las causas de exclusión de la responsabilidad dependen de factores de tiempo fundamentalmente, lo que implica que dado en el futuro una prolongación desproporcionada del incumplimiento del ICE podría grecaer en responsable.

POR TANTO

Nº 8416



sutel

SUPERINTENDENCIA DE
TELECOMUNICACIONES

29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley No. 7593, reformada mediante Ley No. 8660, el Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo No. 34765-MINAET, la Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227, y demás normas de aplicación,

**EL CONSEJO DE LA
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
RESUELVE:**

PRIMERO. Declarar sin lugar el recurso de apelación de fecha 31 de mayo de 2010 contra el auto de intimación a las 10:00 horas del 28 de mayo de 2010, así como el incidente de nulidad de fecha 17 de junio de 2010.

SEGUNDO. Absolver de RESPONSABILIDAD al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 66.a).7) de la Ley 8642, Ley General de Telecomunicaciones, al haber incumplido la resolución RCS-137-2010 de fecha 5 de marzo de 2010 al no presentar la información requerida en dicha resolución; y por la existencia de causas eximentes de responsabilidad o exclusión de la culpabilidad, de caso fortuito o fuerza mayor al comprobarse la imposibilidad material y dificultades insalvables e inevitables, tal y como se estableció en los el Hecho Probado Cuarto y en el Considerando Tercero.

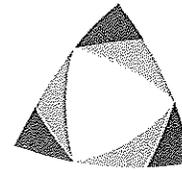
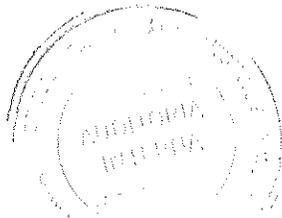
TERCERO. Prevenir al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD que las circunstancias y hechos de los cuales se desprenden las causas de justificación y exclusión de la responsabilidad tienen un alcance temporal cuyo umbral razonable de ser sobrepasado podría significar que estas causas de justificación ya no fueran tales ante la conducta continuada de incumplimiento de instrucciones adoptadas por esta Superintendencia o la negativa de entregar información requerida en el ejercicio de las competencias de este órgano regulador. En consecuencia, se insta al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD a seguir colaborando estrechamente como ha venido operando con esta Superintendencia en los últimos meses a efectos de obtener la mayor cantidad de datos e información requerida para fines regulatorios, en especial la fijación de tarifas o precios, tanto de acceso e interconexión como de usuario final.

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 345 de la Ley General de la Administración Pública, se indica que contra esta resolución cabe el recurso ordinario de revocatoria o reposición ante el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, a quien corresponde resolverlo y deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución.

**ACUERDO FIRME.
NOTIFIQUESE.-**

**ARTICULO 3
PLANTEAMIENTO SOBRE COMISIONES DE TRABAJO Y AGENDAS CON EL MINAET.**

Nº 8417



sutel

SUPERINTENDENCIA DE
TELECOMUNICACIONES

29 DE ABRIL DEL 2011

SESIÓN EXTRAORDINARIA 029-2011

De inmediato el señor Jorge Brealey procedió a brindar una explicación sobre la situación que se presenta con las reuniones de trabajo que se sostienen con el MINAET.

Hace una serie de señalamientos sobre la forma en que se ha venido trabajando y donde se espera que en una próxima sesión, se defina una línea de pensamiento uniforme del Consejo.

El señor Brealey Zamora se refiere a los mecanismos que se deberían establecer con el fin de implementar controles y seguimiento a los asuntos que se tratan en las comisiones de trabajo y los asuntos que se conocen en las agendas de las reuniones con el Minaet.

Se produce un intercambio de opiniones sobre este asunto. Suficientemente discutido el tema y atendidas las consultas que se plantean sobre el particular, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones resuelve:

ACUERDO 003-029-2011

Solicitar a Jorge Brealey Zamora, Asesor Legal del Consejo que coordine una reunión con el MINAET para definir procedimientos, con el fin de finiquitar los mecanismos necesarios para el adecuado manejo de los expedientes que se generan por concepto de solicitudes de frecuencias de microondas.

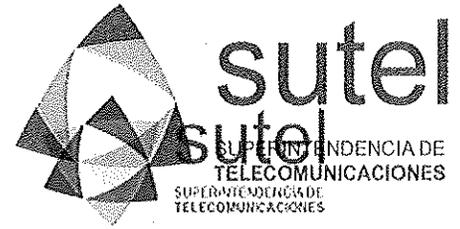
A LAS DIECISEIS HORAS Y CINCUENTA Y CINCO MINUTOS FINALIZA LA SESIÓN.

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES


MARYLEANA MENDEZ JIMENEZ
PRESIDENTA


LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO

Nº 8418



13 de octubre del 2011
548 SUTEL SC-2011

Señores
Maryleana Méndez Jiménez, Presidenta del Consejo
Oscar Benavides Arguello, Jefe Fonatel

Estimados señores:

Me permito comunicar a Ustedes el acuerdo 007-074-2011, de la sesión ordinaria 074-2011, celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones el 21 de setiembre del 2011.

ACUERDO 007-074-2011

Aprobar de conformidad con el texto conocido en esta oportunidad e introduciéndole los cambios sugeridos por los señores miembros del Consejo, el cronograma para la definición de la contribución parafiscal de Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel).

ACUERDO FIRME.

Atentamente,

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo