

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 050-2023

A LAS CATORCE HORAS CON CINCUENTA MINUTOS DEL 21 DE AGOSTO DEL 2023

SAN JOSÉ, COSTA RICA

21 de agosto del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 050-2023

Acta número cincuenta, correspondiente a la sesión extraordinaria celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, de manera privada y remota con la utilización de la herramienta *Microsoft Teams*. A las 14:50 horas del 21 de agosto del 2023. Participan los señores Federico Chacón Loaiza, quien preside y Cinthya Arias Leitón, Miembro Propietario. Asimismo, el funcionario Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo.

La presente sesión se lleva a cabalidad con todas las disposiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para la celebración de sesiones virtuales. Se mantiene la conexión, tanto en audio como en video, durante toda la sesión, de conformidad con la normativa vigente.

Constancia de que esta sesión se llevó a cabo sin mediar una convocatoria previa dada la urgencia del tema.

El señor Federico Chacón Loaiza se refiere a la situación que genera la convocatoria a la presente sesión extraordinaria, al no cumplir con el requisito de las 24 horas de anticipación para la remisión de dicha convocatoria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 de la Ley General de la Administración Pública.

En este caso, se debe adoptar el acuerdo correspondiente para casos de extrema urgencia y necesidad, lo anterior con el propósito de conocer el oficio 06878-SUTEL-DGC-2023, como propuesta de respuesta a la Procuraduría General de la República, relacionado con criterio respecto a las interrogantes planteadas por el Instituto Costarricense de Electricidad mediante el oficio número 0060-345-2023, del 21 de julio del 2023.

Señala que, dada la urgencia de conocer el informe mencionado en el párrafo anterior, no fue posible remitir la convocatoria formal por correo electrónico para la presente sesión.

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

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

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

ACUERDO 001-050-2023

CONSIDERANDO:

I. Que el artículo 52 de la Ley General de la Administración Pública establece que:

“Artículo 52.-

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

21 de agosto del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 050-2023

frecuencia que el propio órgano acuerde.

2. *Para reunirse en sesión ordinaria no hará falta convocatoria especial.*
3. *Para reunirse en sesión extraordinaria será siempre necesaria una convocatoria por escrito, con una antelación mínima de veinticuatro horas, salvo los casos de urgencia. A la convocatoria se acompañará copia del orden del día, salvo casos de urgencia.*
4. *No obstante, quedará válidamente constituido un órgano colegiado sin cumplir todos los requisitos referentes a la convocatoria o al orden del día, cuando asistan todos sus miembros y así lo acuerden por unanimidad.”. (el resaltado es intencional).*

- II. Que mediante oficio 06878-SUTEL-DGC-2023, como propuesta de respuesta a la Procuraduría General de la República, relacionado con criterio respecto a las interrogantes planteadas por el Instituto Costarricense de Electricidad mediante el oficio número 0060-345-2023, del 21 de julio del 2023.
- III. Que dada la urgencia de conocer el oficio 06878-SUTEL-DGC-2023, referido en el numeral anterior, no fue posible remitir convocatoria formal por correo electrónico para la presente sesión.
- IV. Que los señores Miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, por unanimidad, estuvieron de acuerdo en celebrar la sesión extraordinaria 050-2023 el lunes 21 de agosto del 2023, a partir de las 14:50 horas, para conocer el tema indicado en el numeral II.

En virtud de los anteriores antecedentes y fundamentos de derecho, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, por tanto,

RESUELVE:

ÚNICO: Constituir válidamente el Consejo y pronunciarse favorablemente con la celebración de la sesión extraordinaria 050-2023 el lunes 21 de agosto del 2023, a partir de las 14:50 horas para conocer el oficio 6878-SUTEL-DGC-2023 como propuesta de respuesta a la Procuraduría General de la República, relacionado con criterio respecto a las interrogantes planteadas por el Instituto Costarricense de Electricidad mediante el oficio número 0060-345-2023 del 21 de julio de 2023.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE**

ARTÍCULO 1

APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA

De inmediato, la Presidencia da lectura a la propuesta del orden del día. Al amparo de lo que se establece en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley General de Administración Pública, son necesarios los siguientes ajustes:

AGENDA

21 de agosto del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 050-2023

1 - APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA.

2 - PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CALIDAD.

2.1 - Borrador de respuesta a la Procuraduría General de la República en atención a la solicitud mediante oficio DPB-OFI-5744-2023 de fecha 8 de agosto de 2023.

Conocido en detalle el tema, los Miembros del Consejo resuelven por unanimidad:

ACUERDO 001-050-2023-BIS

Aprobar el orden del día antes expuesto para la presente sesión extraordinaria.

ARTÍCULO 2

PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CALIDAD

2.1 - Borrador de respuesta a la Procuraduría General de la República, en atención a la solicitud mediante oficio DPB-OFI-5744-2023 de fecha 8 de agosto de 2023

Se unen a la sesión los funcionarios Deryhan Muñoz Barquero, Glenn Fallas Fallas, Esteban González Guillén, Kevin Godínez Chaves y Roberto Gamboa Madrigal, para participar en la exposición del siguiente tema.

Señala la Presidencia que se recibió el oficio 06878-SUTEL-DGC-2023, como propuesta de respuesta a la Procuraduría General de la República, relacionado con criterio respecto a las interrogantes planteadas por el Instituto Costarricense de Electricidad mediante el oficio número 0060-345-2023 del 21 de julio del 2023, sobre la viabilidad de que el ICE explote las concesiones otorgadas a Racsa.

De seguido la exposición del tema y el intercambio de impresiones:

“Glenn Fallas: Buenas tardes, tal vez lo primero es agradecerle al grupo que nos colaboró con la elaboración de este informe, es un informe bastante completo, que como dice don Federico, busca brindar respuesta a la consulta realizada por la Procuraduría General de la República a las consultas realizadas por el ICE, sobre la viabilidad de que dicha institución pueda explotar las concesiones de espectro otorgadas a Racsa.

Este documento sería el oficio 06878-SUTEL-DGC-2023, presenta las respuestas a cada una de las consultas por separado. La primera pregunta es sobre la condición de que ICE y Racsa sean parte de un grupo de interés económico; al respecto es claro que sí, el artículo 5 de la Ley 8660 dispone las condiciones de Racsa y el ICE como un grupo de empresas. Aquí está citado el artículo 5 de esta ley, donde habla del ICE, Radiográfica, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, Cricsa.

Señala que las demás empresas que el ICE eventualmente constituye o adquiera, consultan, el ICE y Racsa en su condición de operadores de servicios de telecomunicaciones, como concesionarios de espectro, tienen el derecho de que el Poder Ejecutivo les habilite para el uso y explotación conjunta y compartida el espectro radioeléctrico concesionado a cada uno de ellos.

21 de agosto del 2023
SESIÓN EXTRAORDINARIA 050-2023

Una segunda parte de esa pregunta es si el ICE - Racsa, en su condición de operadores de servicios de telecomunicaciones, tienen el derecho de que el Poder Ejecutivo les habilite para el uso de explotación conjunta o compartida del espectro radioeléctrico, al formar parte del mismo grupo de interés económico, considerando además que el ICE es el propietario de la totalidad de Racsa, según lo que se citó.

Destacamos primero el uso personalísimo del espectro; hay que considerar que la Constitución Política le da una condición que tutela el espectro radioeléctrico como un bien demanial.

Al respecto, la misma Procuraduría ha citado a la Sala Constitucional en el criterio C-151, del 05 de julio del 2011, pues la condición de que el espectro faculta a su titular, es un aspecto que también se reitera en el artículo 11 y siguientes de la Ley General de Telecomunicaciones.

Veamos que el artículo 11 de esta ley señala que la concesión habilitará a su titular. Aquí hay una condición de uso personalísimo y, además, el artículo 12 de la ley dispone con claridad que cualquier otorgamiento de espectro está también regido por la Ley de Contratación Administrativa, en la cual hay muchas más relaciones asociadas o antecedentes relacionados con el uso personalísimo de las concesiones.

Entonces, en esta sección se desarrolla lo que ha señalado la Sala, los Tribunales, la misma Procuraduría en la opinión OJ-00995, sobre el uso de las concesiones; también habla de que el Poder Ejecutivo ha sido claro en coincidir con Sutel en que hay un uso personalísimo intrínseco del título habilitante en consonancia con la Constitución Política.

Al respecto, el Poder Ejecutivo nos señaló que en caso de darse alguna de esas consideraciones, se podrían estar cometiendo las infracciones que establece el artículo 67 de la Ley General de Telecomunicaciones. En este sentido, se ve que incluso en la parte que desarrolla el acuerdo mutuo entre el Estado y el ICE - Racsa, se desarrolla la condición personalísima del uso del espectro.

Luego, se hace referencia a las adecuaciones del ICE - Racsa, las resoluciones RT-024 y la RT-025, en que una es para Racsa y otra para el ICE, como empresas independientes y aquí es importante señalar esto que está resaltado respecto a que resulten procedentes, según el mismo texto de las adecuaciones: "se señala expresamente que resulta improcedente la cesión de la concesión otorgada al ICE, a terceros, ya que por las condiciones que le fue otorgada la concesión, no es posible que tales beneficios sean trasladados" y en el caso de Racsa, se indica algo similar respecto a que resulta improcedente la cesión a terceros de la concesión otorgada. El Poder Ejecutivo estableció expresamente la improcedencia de la cesión de estas concesiones.

Sobre el uso compartido de los permisos y la diferenciación con las concesiones, aquí hacemos referencia a la resolución que cita el ICE en el criterio que ellos presentan a la Procuraduría, que es la resolución RCS-138-2018, que son los criterios para la declaratoria del grupo de interés económico.

Hacemos claridad de que esta resolución lo que viene a establecer es cuáles son aquellos elementos que deben valorarse para que un grupo de empresas puedan ser declaradas grupo de interés económico, también puntualizamos de que las relaciones al uso conjunto del espectro corresponde únicamente a los permisos respecto a la auto prestación de los servicios asociados al espectro.

Concluye aquí que cualquier habilitación que pretenda que una concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público pueda ser transferida en las condiciones de un grupo de interés económico, iría en contra del marco legal como tal. Aquí, como lo señalé al principio, tenemos el aporte de la Dirección de Competencia. Entonces, Deryhan si quiere explicar esta sección.

Deryhan Muñoz: *Gracias Glenn. Efectivamente, además de todos los elementos que Glenn acaba de explicar, se consideró que en este caso podía aportar a este proceso de respuesta al criterio que nos está solicitando la Procuraduría, tener en consideración 2 elementos desde la perspectiva de la competencia.*

21 de agosto del 2023
SESIÓN EXTRAORDINARIA 050-2023

Uno tiene que ver con el tema del principio de neutralidad competitiva y otro se asocia al impacto que podría tener acoger la solicitud que está haciendo el ICE con relación a la interpretación que brinden su criterio jurídico, desde la parte que tiene que ver con el principio de neutralidad competitiva. Básicamente, se desarrolla a partir de casos que ha resuelto la Sutel ante situaciones vinculadas a concesionarios del espectro radioeléctrico, que luego de procesos en los que se han convertido en un grupo de interés económico, después de operaciones comerciales de fusión y concentración, se les ha requerido que para hacer uso por parte de otra empresa que no sea directamente la concesionaria, tramiten permisos de sesión correspondiente ante el Poder Ejecutivo.

En esta línea, lo que se está queriendo hacer ver es el tratamiento histórico que se ha manejado, el cual desde nuestra perspectiva es concordante con la interpretación que desarrolla la Dirección General de Calidad con relación al uso personalísimo del titular de las concesiones y que ésta es la interpretación que debe privar, es la que se ha mantenido en el pasado y que no debería en el caso del ICE y Racsa, como grupo de interés económico, por una circunstancia de empresas estatales, tenerse una interpretación que pudiera resultar contraria a la que se le ha dispuesto en el pasado a otros concesionarios del espectro radioeléctrico.

Este es el primer punto que se aborda. El siguiente punto que se aborda, como les mencionaba, tiene relación con el impacto que podría tener acoger la propuesta de interpretación que está realizando el ICE en este sentido.

Aquí básicamente se desarrollan diversos elementos que ya han sido recogidos en las opiniones que ha emitido el Consejo de la Sutel como autoridad sectorial de competencia en telecomunicaciones, se hace una breve descripción de cuál es el estado actual del mercado de telecomunicaciones móviles en este país y los elementos que se han venido señalando con relación a la existencia de una simetría en materia de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles y cómo esta asimetría puede tener un impacto en la competencia del mercado.

Se cita en particular la resolución RCS-284-2022, que quizá ha sido la que desarrolló más extensamente el tema de la asimetría, señalando de manera específica los 4 posibles impactos que ha venido reiterando la Sutel, que podría mantener una situación de asimetría en materia de espectro IMT.

A partir de estos criterios que han sido emitidos por el Consejo de la Sutel, se cierra, básicamente indicando que la interpretación que está solicitando el ICE en esta consulta no solamente no está apegada a derecho, como ha sido desarrollada en las secciones previas, sino que es importante entender que también le genera un riesgo al proceso de competencia del mercado, que podría agravar una situación que de por sí ya es complicada y que son elementos que tiene que tomar en consideración la Procuraduría ante esta consulta que se le está haciendo, con el objetivo de evitar que el espectro eléctrico se constituya en una barrera para el desarrollo futuro y la competencia del mercado.

Esos serían básicamente los elementos que se abordan desde la parte nuestra. Le devuelvo la palabra a Glenn para que aborde los siguientes puntos.

Glenn Fallas: *Muchas gracias Deryhan. La siguiente sería si el ICE puede explotar el espectro de forma conjunta, compartida o directamente en apego al uso de la explotación de “intuitu personae”, que se establece en la LGT, pues lo que señalamos, es criterio de esta Superintendencia que el ICE no podría explotar el espectro radioeléctrico concesionado a Racsa en apego y explotación al “intuitu personae”, según el resguardo constitucional del bien demanial, así como lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones y la normativa de contratación aplicable, por las razones que se expusieron anteriormente.*

Posteriormente, en cuanto a la pregunta 4, señala que en caso de ser afirmativa la consulta, sí requiere el Grupo ICE una declaratoria formal del ente rector para ser declarado como un GIE y hacer una explotación como tal del espectro radioeléctrico, a pesar del reconocimiento legal expreso de grupo de interés económico, en virtud de las atribuciones legales, tanto para el ICE como para Racsa, pues lo que señalamos es que la

21 de agosto del 2023
SESIÓN EXTRAORDINARIA 050-2023

respuesta 3 es negativa, ya que a pesar de la condición del grupo de interés económico del grupo ICE, este no podría explotar el espectro otorgado a Racsa de forma conjunta, compartida, directa o indirecta.

En todo caso, lo que corresponde a la eventual necesidad de una declaratoria formal del grupo de interés económico, esta no es necesaria, según lo que dicta el artículo 5 de la Ley 8660.

Ahora bien, tal y como se ha desarrollado el presente documento, aún y cuando el Grupo ICE se constituye en un grupo de interés económico, eso no lo faculta para utilizar el espectro concesionado a Racsa por la condición de bien demanial de recurso, del cual se trata su tutela constitucional y por derivación del carácter personalísimo inherente a este destacado, los artículos 11 y 12 de la ley y la normativa de contratación administrativa aplicable, así como por la manifestación expresa de las adecuaciones de sus títulos habilitantes, al señalar la improcedencia de la sesión de las concesiones por la naturaleza jurídica de estas.

Con base en lo anterior, las recomendaciones para el Consejo son dar por recibido y acoger la presente propuesta, señalar a la Procuraduría General de la República que por medio del presente oficio se deja rendido el criterio solicitado mediante el oficio DPB-OFIC-5744-2023 y remitir el presente oficio a la Procuraduría.

Eso sería, señores, en cuanto a la exposición.

Federico Chacón: De acuerdo, muchas gracias a todos. Si alguien quisiera comentar algo adicional, brevemente. No.

Cintha Arias: Una vez que nosotros lo enviamos a la Procuraduría, ¿qué plazo tiene para contestarle al ICE?

Federico Chacón: Entiendo que 2 semanas, eso nos dijeron de manera informal.

Cintha Arias: O sea, la otra semana.

Federico Chacón: En 15 días.

Cintha Arias: Ah, en 15 días, 2 semanas más y no 2 semanas a partir de que nos lo formularon a nosotros.

Federico Chacón: Muchísimas gracias a todo el equipo de Glenn, a Roberto, Esteban, Kevin, a doña Deryhan y también los que participaron en Mercados por la respuesta, está muy completa, hace un recuento legal e histórico de cómo se ha tratado el título habilitante de ambas instituciones y se contestan las preguntas de la Procuraduría.

Así que muchísimas gracias por la forma completa y a tiempo como han atendido esta consulta que nos han hecho y pedirle a Luis que si nos ayuda a notificarlo lo más pronto posible. Tomamos el acuerdo en firme.

Cintha Arias: De acuerdo.

Federico Chacón: Sí, muchísimas gracias. Perdón, saben que era muy importante, no sé si se lo mencioné ahora Glenn cuando conversamos, sería importante ponerle los anexos de los documentos que nosotros estamos señalando, por lo menos los nuestros, las RT, porque no se consiguen fácilmente. Además, las RT 24 y 25, las resoluciones nuestras de los acuerdos mutuos, la respuesta del acuerdo mutuo del Micitt. Por lo menos esos documentos, por favor.

Glenn Fallas: Sí señor, ya lo vemos todo.

Federico Chacón: Habría que ponerle cada vez que se citan "documento adjunto" y poder enviarlos, es muy importante por un tema de congruencia y documentación de todas las respuestas y porque son documentos que no están tan disponibles al público.

21 de agosto del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 050-2023

Glenn Fallas: Sí, de hecho, estábamos trabajando con Luis en los anexos que tiene que llevar, que son varios.

Cinthya Arias: Muchas gracias a todos por el trabajo”.

La Presidencia somete a votación la propuesta de acuerdo que se tiene a la vista y con base en el contenido del oficio 6878-SUTEL-DGC-2023 y la explicación brindada, los Miembros del Consejo resuelven por unanimidad:

ACUERDO 002-050-2023

CONSIDERANDO

- I. Que mediante oficio número DPB-OFI-5744-2023 de fecha 8 de agosto de 2023 (NI-09579-2023 recibido en esa misma fecha, la Procuraduría General de la República, en adelante PGR, donde se solicitó a esta Superintendencia, en su condición de regulador del sector de las telecomunicaciones, brindar el criterio respecto de las interrogantes planteadas por el Instituto Costarricense de Electricidad mediante el oficio número 0060-345-2023 del 21 de julio de 2023.
- II. Que por medio del acuerdo del Consejo de la Sutel número 005-047-023 de la sesión 047-2023 celebrada en fecha 10 de agosto de 2023, se solicitó a la Dirección General de Calidad, Dirección General de Mercados y Dirección General de Competencia preparar una respuesta para dar atención a lo solicitado por la Procuraduría General de la República.
- III. Que por medio del oficio número 06878-SUTEL-DGC-2023 del día 21 de agosto del 2023, se procedió a atender lo solicitado por el Consejo de la Sutel mediante el acuerdo número 005-047-023, el cual se constituye como la respuesta al requerimiento realizado por la Procuraduría General de la República.

POR TANTO,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

1. Dar por recibido y acoger el oficio número 06878-SUTEL-DGC-2023 como propuesta de respuesta según lo solicitado por la Procuraduría General de la República mediante el oficio número DPB-OFI-5744-2023 de fecha 8 de agosto de 2023.
2. Señalar a la Procuraduría General de la República que el oficio número 06878-SUTEL-DGC-2023 constituye la respuesta a la solicitado por medio del oficio número DPB-OFI-5744-2023, por medio del cual se deja rendido el criterio solicitado en tiempo y forma.
3. Remitir en conjunto con el presente acuerdo, el oficio número 06878-SUTEL-DGC-2023 a la Procuraduría General de la República.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE**

21 de agosto del 2023
SESIÓN EXTRAORDINARIA 050-2023

A las 15:30 horas se levanta la sesión, la cual cumplió a cabalidad con todas las disposiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para la celebración de sesiones virtuales. Se mantuvo la conexión tanto en audio como en video, durante toda la sesión, de conformidad con la normativa vigente.

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO DEL CONSEJO

FEDERICO CHACÓN LOAIZA
PRESIDENTE DEL CONSEJO