Nº 31124

sutel
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA Nº 029-2015

A LAS OCHO Y TREINTA HORAS DEL 10 DE JUNIO DEL 2015

SAN JOSÉ, COSTA RICA

SESIÓN ORDINARIA N° 029-2015
10 de junio del 2015

Acta de la sesión ordinaria número 029-2015, celebrada en la sala de sesiones José Gonzalo Acuña González, a las ocho y treinta horas del 10 de junio del dos mil quince.

Preside el señor Gilbert Camacho Mora. Asiste la señora Maryleana Méndez Jiménez, ambos Miiembros Propietarios.

El señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez no asiste por encontrarse representando a la institución en el Simposio Mundial de Reguladores que se celebra del 8 al 11 de junio del 2015 en la ciudad de Libreville, Gabón. Asimismo, el señor Jaime Herrera Santiesteban, Miembro Suplente, quien debería sustituir al señor Ruiz Gutiérrez, no se presentó por problemas de salud.

Participan los funcionarios Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo, Glenn Fallas Fallas, Director General de Calidad, Walther Herrera Cantillo, Director General de Mercados, Humberto Pineda Villegas, Director General de Fonatel, Jorge Brealey Zamora y Rose Mary Serrano Gómez, Asesores del Consejo, así como la funcionaria Ivannia Morales Chaves, Encargada de Comunicación.

No participaron las Asesoras del Consejo, Xinia Herrera Durán, por encontrarse disfrutando de parte de sus vacaciones, y Mercedes Valle Pacheco, por asistir a una cita médica.

ARTÍCULO 1

De inmediato el señor Gilbert Camacho Mora da lectura a la propuesta del orden del día; se sugieren incluir los siguientes cambios:

Propuestas de los señores Miembros del Consejo.

1. Reorganización del Área del Registro Nacional de Telecomunicaciones, con la finalidad de cumplir con la disposición del apartado 5.1 del informe DFOE-IFR-IF-6-2012, emitido por la Contraloría General de República, sobre el estudio del expectro radioeléctrico.

Propuestas de la Dirección General de Mercados.

2. Posponer para ser analizados en una sesión de trabajo los siguientes puntos:

   - Informe y propuesta de resolución sobre confidencialidad de piezas del expediente SUTEL CN-0861-2015.
   - Informe y propuesta de resolución sobre la autorización de concentración de las empresas IBW y Konectiva.

ORDEN DEL DÍA

1 – APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA

2 – APROBACIÓN DEL ACTA DE LA SESIÓN 028-2015

3 – PROPUESTAS DE LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO

3.1 Invitación para que la SUTEL participe en el próximo evento Andina Link Costa Rica 2015.3.2 Seguimiento mensual de acuerdos pendientes.

3.2 Borrador de respuesta para el Viceministerio de Telecomunicaciones en relación con la revisión de recomendaciones sobre la integración a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

3.3 Cumplimiento acuerdo 009-025-2015 (propuesta de respuesta a Telefónica de Costa Rica - tarifa por descarga).

3.4 Informe y propuesta de resolución al recurso de revocatoria presentado por Cable & Wireless

Comunications PLC, contra la RCS-055-2015 (autorización de concentración).

3.5 *Informe y propuesta de resolución al recurso de reposición interpuesto por MILLICOM CABLE COSTA RICA S.A. (TIGO), contra la RCS-042-2015.*

3.6 *Cumplimiento de acuerdo 003-028-2015 criterio sobre prejudicialidad en el expediente DPI-00758-2014, asunto Fairfax Data S.A. y la medida cautelar.*

3.7 *Informe verbal del señor Gilbert Camacho sobre reorganización del Área del Registro Nacional de Telecomunicaciones (RNT).*

4 –PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MERCADOS.

4.1 *Informe y propuesta de resolución sobre la solicitud de autorización presentada por SKY FIBER COSTA RICA, S.A. para prestar servicios de Acceso a Internet mediante bandas de frecuencia de uso libre:*

4.2 *Informe de finiquito y recibo a satisfacción de los entregables de la contratación N°2014LA-000014-SUTEL denominada "Contratación de servicios profesionales para el desarrollo de un modelo para la fijación de tarifas máximas de usuario final internet fijo*

5- PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE OPERACIONES.

5.1 *Cumplimiento de acuerdo 015-25-2015, sobre representación en evento Estudios de Competencia y de Mercado de los funcionarios Daniel Quirós y Deryhan Muñoz en la ciudad de Paris, Francia.*

6 – PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CALIDAD.

6.1 *Posposición de temas de la Dirección General de Calidad.*

ACUERDO 001-029-2015

Aprobar el orden del día de la sesión ordinaria 029-2015.

ARTÍCULO 2

APROBACIÓN DEL ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA 028-2015

Seguidamente, el señor Presidente da lectura a la propuesta del acta de la sesión ordinaria 028-2015, celebrada el 03 de junio del 2015. Una vez analizado su contenido y efectuadas las respectivas observaciones, el Consejo resuelve por unanimidad:

ACUERDO 002-029-2015

Aprobar el acta de la sesión ordinaria 028-2015, celebrada el 03 de junio del 2015.

ARTÍCULO 3

PROPUESTAS DE LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO.

3.1 Invitación para que la SUTEL participe en el próximo evento de Andina Link Costa Rica 2015.

El señor Gilbert Camacho Mora presenta para conocimiento de los Miembros del Consejo la invitación

para la que la SUTEL participe en el próximo evento de Andina Link Costa Rica 2015, que se celebrará del 1 al 3 de setiembre del 2015, en el Hotel Barceló San José Palacio, en San José, Costa Rica. Cede la palabra a la funcionaria Rose Mary Serrano Gómez para que detalle el tema.

La funcionaria Serrano Gómez presenta el oficio enviado por Andina Link 2015 – Centroamérica, de fecha 05 de mayo del 2015, conforme al cual la señora Lucía Morales, Marketing Executive TDC Events – Andina Link invita a dicho evento.

Menciona que Andina Link es el principal evento de tecnologías y telecomunicaciones de la región latinoamericana, que se ha destacado por reunir alas más altas esferas del sector, quienes toman las decisiones en el gobierno y en las grandes empresas.

La organización del evento está invitando a la Presidencia del Consejo, así como a los demás funcionarios de la institución que deseen asistir, por lo que ofrecen 4 entradas de cortesía al Foro de FICA y un descuento del 10% al personal de SUTEL que desee ingresar al seminario de Actualización Tecnológica.

Manifiestan en la misiva, que esperan la compañía de la Presidencia del Consejo como huésped de honor y además que brinde unas palabras de bienvenida a todos los asistentes durante la ceremonia de inauguración que se llevará a cabo el martes 01 de setiembre a partir de las 9:00 a.m., en el salón Agua Marina del Hotel Barceló San José Palacio.

El señor Gilbert Camacho Mora menciona que le parece importante la participación en la actividad y sugiere designar a la funcionaria Rose Mary Serrano Gómez para que coordine la asistencia de la Superintendencia en el evento.

La funcionaria Serrano Gómez propone la participación del señor Humberto Pineda Villegas, Director General de Fonatel para que exponga sobre temas como el Programa 1, conectividad, banda ancha. Asimismo, considera interesante que la señora Maryleana Méndez Jiménez realice una ponencia relacionada con el tema desarrollado con respecto a la Escuela de Gobernanza.

Conforme lo conocido en esta oportunidad los señores Miembros del Consejo deciden por unanimidad:

ACUERDO 003-029-2015

1. Dar por recibido el oficio de fecha 05 de mayo del 2015, mediante el cual la señora Lucía Morales, Marketing Executive TDC Events – Andina Link, remite al señor Gilbert Camacho Mora, Presidente del Consejo una invitación para que acepte participar como huésped de honor en la ceremonia de inauguración del evento Andina Link Costa Rica 2015 el día martes 01 de setiembre del 2015 a partir de las 9:00 a.m., en el Hotel Barceló San José Palacio en la ciudad de San José, Costa Rica.

2. Autorizar al señor Gilbert Camacho Mora, Presidente del Consejo, para que en representación de la Superintendencia de Telecomunicaciones, participe como huésped de honor en la inauguración del evento Andina Link Costa Rica 2015.

3. Autorizar que el logo de la Superintendencia de Telecomunicaciones sea incluido en el material promocional del evento Andina Link Costa Rica 2015, sin ningún costo para la SUTEL.

NOTIFIQUESE

Ingresa a la sala de sesiones el funcionario Adrián Mazón Villegas de la Dirección General de Mercados para participar durante el conocimiento del siguiente tema.

3.2 Borrador de respuesta para el Viceministerio de Telecomunicaciones en relación con la revisión de recomendaciones sobre la integración a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

El señor Presidente hace del conocimiento del Consejo, el tema relacionado con el borrador de respuesta para el Viceministerio de Telecomunicaciones, en relación con la revisión de recomendaciones sobre la integración a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Cede la palabra a la funcionaria Rose Mary Serrano Gómez para que exponga el tema
La funcionaria Serrano Gómez presenta los oficios:

a. MICITT-OF-DVT-077-2014 de fecha 11 de marzo del 2015, mediante el cual el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones solicita el criterio de la Superintendencia de Telecomunicaciones sobre algunos instrumentos y recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en el marco del proceso de incorporación de Costa Rica a esa organización.

b. Borrador de respuesta al señor Emilio Arias Rodríguez, Viceministro de Telecomunicaciónes del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones en atención al oficio mencionado en el párrafo anterior.

El señor Adrián Mazón Villegas explica que la Dirección General de Mercados realizó los siguientes criterios conforme a las funciones y competencias de SUTEL, siguiendo el formato solicitado para el efecto:

C(85)139 – DECLARATION ON TRANSBORDER DATA FLOWS

Se considera que la legislación vigente ya incluye disposiciones que facilitan el flujo de datos transfronterizos. Las disposiciones sobre acceso y uso contenidas en algunos tratados de libre comercio ya suscritos por Costa Rica, así como el artículo 78 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ley N° 7593, permite la utilización de los servicios de telecomunicaciones para transmitir información contenida en bases de datos en el territorio nacional o de forma transfronteriza.

Esta recomendación busca promover el acceso a datos e información, evitando barreras innecesarias al intercambio internacional de datos y buscando la transparencia en las regulaciones adoptadas, temas en los cuales el país ya tiene camino recorrido y que ya se encuentran contemplados en nuestra legislación.

C(2008)35 – RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON THE PROTECTION OF CRITICAL INFORMATION INFRASTRUCTURES

Indica que al respecto no se tiene una posición pues el Poder Ejecutivo mediante Decreto de Ley Nº 37052-MICIT, de 9 de marzo de 2012, creó el Centro de Respuesta de Incidentes de Seguridad Informática CSIRT-CR a quien le corresponde dar criterio.

(2003)259 – RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON BROADBAND DEVELOPMENT

Considera que al respecto se puede aceptar en lo que corresponde a FONATEL y la regulación del mercado y otros aspectos de política pública en materia de TICS deben ser valorados por el Poder Ejecutivo.

Señala que la normativa vigente ya contempla mecanismos para promover el desarrollo de la banda ancha. En particular, la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, tiene como uno de sus objetivos el promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones (que incluye la provisión de servicios de banda ancha), como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios,

mejorar su calidad y asegurar precios asequibles. Para esto se establecen las condiciones para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes. Para esto se cuenta con un marco normativo que facilita la autorización de nuevos operadores, el uso compartido de infraestructura para el despliegue de redes públicas de telecomunicaciones, así como obligaciones y derechos claramente establecidos para los operadores y proveedores de servicios.

Está misma Ley N° 8642 tiene como uno de sus principios rectores la neutralidad tecnológica, que define la posibilidad que tiene los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan de estándares comunes y garantizados. El marco normativo contempla tanto la competencia entre servicios, como la competencia entre redes.

Adicional a esto, se cuenta con un fondo de acceso y servicio universal (FONATEL) que desarrolla proyectos en aquellas zonas que no es factible que sean cubiertas por el mercado, para lo cual se elaborar concursos, en los cuales los ganadores reciben un subsidio para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios de telecomunicaciones, incluido el acceso a servicios de banda ancha. En la asignación de los fondos por parte del Regulador se asegura la transparencia, no discriminación, neutralidad tecnológica, igualdad de condiciones, sin afectar la competencia.

C(2012)7 – RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON INTERNATIONAL MOBILE ROAMING SERVICES

Indica que los esfuerzos que se hagan para promover la competencia, la protección de los derechos de los usuarios y un precio justo en los servicios de roaming móvil internacional son acordes a la normativa vigente.

C(2011)155 – RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON THE PROTECTION OF CHILDREN ONLINE

Al respecto menciona que se puede aceptar en cuanto lo que corresponde al Regulador, tal es el caso en materia de regulación de Café Internet y la respuesta debe complementarse con los objetivo de la política pública que define el Poder Ejecutivo.

C(80)58 – RECOMMENDATION OF THE COUNCIL CONCERNING GUIDELINES GOVERNING THE PROTECTION OF PRIVACY AND TRANSBORDER FLOWS OF PERSONAL DATA

Señala que no se tiene una posición ya que el alcance de esta propuesta trasciende a las telecomunicaciones, por ello nuestra legislación creó la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes. (PRODHAB), a quien le corresponde recomendar sobre el tema.

C(2007)67 – RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON CROSS-BORDER CO-OPERATION IN THE ENFORCEMENT OF LAWS PROTECTING PRIVACY

Sobre este tema indica que no se tiene una posición en vista que el alcance de esta propuesta trasciende a las telecomunicaciones, por ello nuestra legislación creó la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes. (PRODHAB), a quien le corresponde recomendar sobre el tema.

Se da un intercambio de impresiones y se concluye que se apruebe el borrador de respuesta y se autorice al señor Presidente del Consejo para que lo remita al Viceministerio de Telecomunicaciones. Luego de conocido el tema, los señores Miembros del Consejo deciden por unanimidad:

ACUERDO 004-029-2015

1. Dar por recibidos los siguientes oficios:

   a. MICITT-OF-DVT-077-2014 de fecha 11 de marzo del 2015, mediante el cual el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones solicita el criterio de la Superintendencia de Telecomunicaciones sobre algunos instrumentos y recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en el marco del proceso de incorporación de Costa Rica a esa organización.

   b. Proyecto de oficio que sería enviado al señor Emilio Arias Rodríguez, Viceministro de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia en respuesta al oficio mencionado en el párrafo anterior.

2. Aprobar el borrador de respuesta que será enviado al señor Emilio Arias Rodríguez, Viceministro de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia, relacionado con el criterio de SUTEL con respecto a algunos instrumentos y recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en el marco del proceso de incorporación de Costa Rica a esa organización.

3. Autorizar al señor Gilbert Camacho Mora, Presidente del Consejo para que remita la respuesta a la solicitud emitida por el señor Emilio Arias Rodríguez, Viceministro de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia y a la cual se refiere en el numeral anterior.

ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE

Ingresa a la sala de sesiones la funcionaria Mariana Brenes Akerman, Jefa de la Unidad Jurídica.

3.3 Cumplimiento acuerdo 009-025-2015 (propuesta de respuesta a Telefónica de Costa Rica - tarifa por descarga).

De inmediato, el señor Camacho Mora hace del conocimiento del Consejo el tema relacionado con el cumplimiento del acuerdo 009-025-2015 (propuesta de respuesta a Telefónica de Costa Rica – tarifa por descarga). Cede la palabra a la funcionaria Mariana Brenes Akerman para que explique en detalle el tema.

Al respecto, la funcionaria Brenes Akerman presenta el oficio 3829-SUTEL-UJ-2015 de fecha 4 de junio del 2015, conforme el cual indica que de conformidad con el acuerdo 009-025-2015 del acta de la sesión ordinaria 025-2015, celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones el día 20 de mayo del 2015, la Unidad a su cargo procedió a analizar la propuesta de respuesta presentada por la Dirección General de Mercados en relación con la solicitud efectuada por Telefónica de Costa Rica TC, S. A., mediante NI-3436-2015.

Indica que la Unidad Jurídica coincide con el contenido del documento preparado por la Dirección General de Mercados, en el sentido de que la certificación notarial de la parte dispositiva de los votos de la Sala Constitucional no vendrían a sustituir la notificación formal e integral de las sentencias. Así las cosas, resulta indispensable contar con los textos completos de los votos N° 16365-2014 y N° 18100-2014, con el fin de conocer las condiciones particulares determinadas por los Magistrados y evitar incurrir en una lesión a un derecho fundamental.

Seguidamente presenta la propuesta de oficio preparada por la Dirección General de Mercados, revisada y avalada por la Unidad Jurídica con la finalidad de ser conocida y aprobada por el Consejo.

Analizado este asunto, el Consejo decide por unanimidad:

ACUERDO 005-029-2015

Dar por recibido el oficio 3829-SUTEL-UJ-2015 de fecha 4 de junio del 2015, emitido por la Unidad Jurídica de la Superintendencia de Telecomunicaciones, el cual pretende dar respuesta a la solicitud de la empresa Telefónica de Costa Rica TC, S. A., realizada mediante oficio de fecha 09 de abril del 2015 (NI-3436-2015), relacionado con el cumplimiento de lo ordenado por la Sala Constitucional relativo a la fijación de la tarifa internet móvil por transferencia de datos por la modalidad post-pago.

NOTIFÍQUESE

3.4 Informe y propuesta de resolución al recurso de revocatoria presentado por Cable & Wireless Comunications PLC, contra la RCS-055-2015 (autorización de concentración).

El señor Gilbert Camacho Mora introduce el tema relacionado con el informe jurídico y propuesta de resolución sobre el recurso de revocatoria presentado por la empresa Cable &Wireless Comunications PLC, contra la RCS-055-2015 (autorización de concentración) y cede el uso de la palabra a la funcionaria Mariana Brenes Akerman para que se refiera al respecto.

La funcionaria Brenes Akerman expone el oficio 3708-SUTEL-UJ-2015 de fecha 29 de mayo del 2015 y procede a reseñar los principales antecedentes del caso y la naturaleza del recurso. Señala que el reclamante presentó el recurso contra de la citada resolución del Consejo, alegando estar en contra con el punto 5 del "Resuelve" de la resolución RCS-055-2015, el cual establece la lista de los documentos declarados confidenciales del expediente SUTEL CN-0632-2015. Indica que, el recurrente considera que la resolución deja por fuera los siguientes documentos que, a su criterio, contienen información sensible y confidencial de las empresas involucradas:

- Notificación y solicitud de autorización (folios 02-12)
- Anexo 7 (folio 339-346)
- Anexo 12 (folio 591-592)

Señala que con base en los argumentos indicados, CWC solicita que se revoque la resolución recurrida, únicamente en cuanto a los puntos señalados, de manera que esos documentos sean declarados también como confidenciales.

De inmediato expone el análisis del recurso por el fondo y la forma y concluye que la Unidad Jurídica considera que lo procedente es:

1 Acoger parcialmente el recurso de revocatoria interpuesto por la empresa CABLE & WIRELESS COMUNICATIONS PLC contra el punto 5 de la parte dispositiva de la resolución del Consejo de Superintendencia de Telecomunicaciones RCS-055-2015 del 10 de abril del 2015.

2 Declarar como confidenciales, por el plazo de cinco (5) años, los siguientes documentos:
   a. Solicitud de autorización de concentración, visible del folio 02 a 12.
   b. El cuadro de estructura del grupo Columbus pre transacción, visible al folio 340.
   c. Cuadro de resumen post-transacción, visible al folio 592.

3 Modificar el Por Tanto 5 de la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-055-2015 del 10 de abril del 2015, para que en adelante se lea:

"DECLARAR como confidenciales por un plazo de cinco (5) años los siguientes documentos contenidos en

el expediente SUTEL CN-632-2015:

a. *Solicitud de autorización de concentración (visible del folio 02 a 12).*
b. *Acta constitutiva de CABLE & WIRELESS COMMUNICATIONS PLC (visible del folios 62 al 156).*
c. *Gráfica Estructural Pre-Transacción (visible del folio 329 al 340).*
d. *El cuadro de estructura del grupo COLUMBUS INTERNATIONAL, INC pre transacción (visible al folio 340).*
e. *Acta constitutiva y modificaciones de COLUMBUS INTERNATIONAL, INC (visible del folio 347 al 539).*
f. *Los estados financieros de CN Wholesale y CN Costa Rica (visible del folio 540 al 544).*
g. *Resumen del Acuerdo de Compra de Acciones (visible del folio 545 al 590).*
h. *Cuadro de resumen post-transacción (visible al folio 592)".*

4 Mantener incólume los puntos restantes de la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-055-2015 del 10 de abril del 2015.

5 Solicitar a Cable & Wireless Comunications PLC una versión no confidencial del documento de solicitud de autorización, visible de los folios 01 al 12, para ser agregada al expediente.

6 Dar por agotada la vía administrativa.

Analizado este asunto, el Consejo decide por unanimidad:

ACUERDO 006-029-2015

1. Dar por recibido el oficio 3708-SUTEL-UJ-2015 de fecha 29 de mayo del 2015, mediante el cual la Unidad Jurídica presenta al Consejo su criterio con respecto al recurso de revocatoria con apelación en subsidio presentado por la empresa Cable &Wireless Comunications PLC, contra la RCS-055-2015 (autorización de concentración).

2. Aprobar la siguiente resolución:

RCS-094-2015

"SE RESUELVE RECURSO DE REVOCATORIA PRESENTADO POR CABLE & WIRELESS COMMUNICATIONS PLC, CONTRA LA RESOLUCIÓN RCS-055-2015, MEDIANTE LA CUAL SE RESOLVIÓ:

"SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIÓN PRESENTADA POR CABLE & WIRELESS COMMUNICATIONS PLS PARA LA ADQUISICIÓN DE LAS ACCIONES DE COLUMBUS INTERNATIONAL, INC."

EXPEDIENTE CN-632-2015

RESULTANDO

1. Que el 13 de marzo de 2015, mediante documento con número de ingreso NI-2575-2015, el señor Esteban Agüero Güier en su condición de apoderado especial de CWC presentó solicitud de autorización de concentración entre CWC (constituida bajo las leyes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) y COLUMBUS INTERNATIONAL INC (en adelante COLUMBUS) (constituida bajo las leyes de Barbados).

2. Que el 27 de marzo de 2015, mediante oficio 2188-SUTEL-DGM-2015, la Dirección General de Mercados rindió su informe sobre la solicitud de autorización de concentración presentada por Cable & Wireless Communications PLS.

3. Que el Consejo de la SUTEL, mediante el acuerdo 011-018-2015 de la sesión ordinaria 018-2015,

adoptó la resolución RCS-055-2015 de las 12:00 horas del 10 de abril del 2015, "*Sobre solicitud de autorización de concentración presentada por Cable & Wireless Communications PLS para la adquisición de las acciones de Columbus International, Inc.*"

4. Que en fecha 28 de abril del 2015 se notificó la resolución de Consejo de la SUTEL RCS-055-2015 de las 12:00 horas del 10 de abril del 2015.

5. Que el 04 de mayo del 2015, mediante documento con número de ingreso NI-04148-2015, el señor John Aguilar Quesada, en su condición de apoderado especial de CWC, interpuso un recurso de revocatoria en contra de la resolución RCS-055-2015 de las 12:00 horas del 10 de abril del 2015.

6. Que de conformidad con el inciso 12) del artículo 36 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, corresponde a la Unidad Jurídica emitir el criterio jurídico para la atención de los recursos que deben ser conocidos por el Consejo de la Sutel.

7. Que mediante oficio N° 3708-SUTEL-UJ-2015 del 29 de mayo del 2015, la Unidad Jurídica de esta Superintendencia rindió el criterio jurídico respectivo.

8. Que se han realizado las diligencias necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

I. Para efectos de resolver el presente asunto, conviene extraer del informe jurídico rendido mediante oficio N° 3708-SUTEL-UJ-2015 del 29 de mayo del 2015, el cual es acogido en su totalidad por este órgano decisor, lo siguiente:

"(...) II. ANÁLISIS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN POR LA FORMA

a) Naturaleza del recurso

El recurrente presenta el recurso de reposición, al que le aplican los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) Ley N° 6227, por ser el capítulo relativo a los recursos ordinarios.

b) Legitimación

El reclamante se encuentra legitimado para plantear la gestión al ser parte y destinatario del acto recurrido.

c) Temporalidad del recurso

La resolución recurrida fue debidamente notificada (vía correo electrónico) el día 28 de abril del 2015 y el recurso fue interpuesto el día 04 de abril del año en curso (ver folios 603-604 y 593-595).

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recurso, con respecto al plazo de tres días para recurrir otorgado en el artículo 346 de la LGAP, y lo estipulado en el numeral 38 Ley de Notificaciones Judiciales, Ley 8687, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal establecido.

d) Representación

El escrito de interposición del recurso fue presentado y firmado por el señor John Aguilar Quesada, en su condición de apoderado especial de CWC, según consta en el poder acreditado en el expediente administrativo.

III. ALEGATOS DEL RECURRENTE

El recurso se presenta contra el punto 5 del "Resuelve" de la resolución RCS-055-2015, el cual establece la lista de los documentos declarados confidenciales del expediente SUTEL CN-0632-2015. El recurrente considera que la resolución deja por fuera los siguientes documentos que, a su criterio, contienen información sensible y confidencial de las empresas involucradas:

- *Notificación y solicitud de autorización (folios 02-12)*
- *Anexo 7 (folio 339-346)*
- *Anexo 12 (folio 591-592)*

Con base en los argumentos indicados, CWC solicita que se revoque la resolución recurrida, únicamente en cuanto a los puntos señalados, de manera que esos documentos sean declarados también como confidenciales.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO POR EL FONDO

Una vez analizado el recurso de reposición interpuesto, esta Unidad comparte los argumentos presentados por CWC, en el sentido de que existen documentos aportados al expediente cuya información sólo afecta y atañe a las empresas involucradas.

Así las cosas, resulta importante efectuar las siguientes consideraciones:

1. ***Sobre la confidencialidad de la información***

El derecho a la intimidad, la vida privada, el secreto de las comunicaciones y la autodeterminación informativa, son derechos fundamentales que se encuentran tutelados en el artículo 24 de nuestra Carta Magna y se sustentan en la dignidad de la persona y la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida[1].

Sin embargo, también es un derecho fundamental establecido a nivel constitucional, la publicidad de la información vinculada con la actuación de los entes y órganos que conforman la Administración Pública, así como de los documentos generados por ésta.

En este sentido la Procuraduría General de la República, mediante dictamen C-019-2010, del 25 de enero de 2010, dispuso:

"El principio de publicidad de la actuación pública implica el acceso a dicha actuación, lo que se plasma fundamentalmente en el principio de publicidad de la información de interés público. Para el ciudadano, la publicidad de la actuación administrativa determina el derecho fundamental al acceso a la información y documentos públicos, establecido en el artículo 30 de la Constitución Política. Y a través de ello el control de la actuación administrativa."

Sin embargo, dicho acceso se encuentra limitado, cuando dicha información reviste un carácter confidencial, en virtud de su naturaleza y el cumplimiento de diversos supuestos establecidos de manera expresa en el ordenamiento jurídico vigente[2]:

"La confidencialidad se constituye así en un instrumento de garantía de la información privada, aun cuando esta se encuentre en poder de la Administración. Por consiguiente, los datos recabados no son susceptibles de ser utilizados en condiciones y circunstancias ajenas a las que justificaron su almacenamiento: la titularidad de la información no cambia por el hecho de que sea revelada a un tercero. Por el contrario, la confidencialidad de la información garantiza que únicamente es accesible a la persona autorizada para acceder a la misma. De allí que si la información ha sido confiada a un tercero, incluso si el suministro se genera en una norma legal, ese tercero está impedido para divulgarla o darla a conocer a otras personas que no estén autorizadas por el derecho habiente o por una norma legal".

Para tales efectos la Ley General de la Administración Pública dispone en su artículo 273 lo siguiente:

[1] *Procuraduría General de la República, mediante opinión jurídica OJ-103-2010, con fecha de 13 de diciembre de 2010.*
[2] *Procuraduría General de la República, mediante dictamen C-019-2010, con fecha de 25 de enero de 2010.*

"1. No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente.

2. Se presumirán en esta condición, salvo prueba en contrario, los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos."

Concordantemente, la Ley No. 7975, Ley de Información No Divulgada, en su numeral 2 dispone:

"Protéjase la información no divulgada referente a los secretos comerciales e industriales que guarde, con carácter confidencial, una persona física o jurídica para impedir que información legítimamente bajo su control sea divulgada a terceros, adquirida o utilizada sin su consentimiento por terceros, de manera contraria a los usos comerciales honestos, siempre y cuando dicha información se ajuste a lo siguiente:

a) Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información.
b) Esté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreta.
c) Tenga un valor comercial por su carácter de secreta.

La información no divulgada se refiere, en especial, a la naturaleza, las características o finalidades de los productos y los métodos o procesos de producción.

Para los efectos del primer párrafo del presente artículo, se definirán como formas contrarias a los usos comerciales honestos, entre otras, las prácticas de incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y la adquisición de información no divulgada por terceros que hayan sabido que la adquisición implicaba tales prácticas o que, por negligencia grave, no lo hayan sabido.

La información que se considere como no divulgada deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares."

Respecto del objeto de este cuerpo legal, la Procuraduría General de la República, mediante Opinión Jurídica OJ-062-2009 de 21 de julio de 2009, indicó:

"Como vemos, esta Ley está dirigida a proteger toda la información que esté relacionada con secretos comerciales o industriales, como una manifestación del legislador tendiente a tutelar la transferencia y divulgación no autorizada de datos de carácter confidencial, que consten incluso en formato electrónico. Cabe señalar que la protección no se otorga a la información que ha entrado en el dominio público, que cualquier técnico versado en la materia con base en información disponible de previo pueda considerarla evidente o que deba ser divulgada por disposición legal u orden judicial, artículo 4 de la Ley".

Al respecto es necesario determinar los alcances del secreto comercial como aquella información comercial con carácter confidencial, por contar con valor patrimonial para la empresa titular de dicha información y por conferir esta una ventaja competitiva para su titular en el mercado que desarrolle su actividad. Se configura entonces en una protección del titular de la información contra sus competidores según lo definido por la Procuraduría General de la República en su Dictamen C-019-2010 del 25 de enero de 2010:

"Pero, ¿qué debe entenderse por secreto comercial? Este puede ser un conocimiento específico o información de especial importancia. Por ejemplo, datos de carácter técnico como la descripción de los métodos de producción, una fórmula química, los procesos industriales, recetas especiales; datos de carácter comercial como el plan comercial de una empresa, la lista de clientes y direcciones que podrían interesar a un competidor, prácticas comerciales, etc.. Resulta evidente que algunos de esos datos son extremadamente valiosos, por ejemplo, la fórmula para la fabricación de algún producto específico como puede ser una bebida, de allí que resulta indispensable mantenerlos secretos. Otros datos se presentan como más sencillos, pueden consistir en una sola palabra, como el nombre de

una empresa que se prevé adquirir, otros más complejos, como los detalles de una nueva campaña publicitaria. En una entidad comercial puede abarcar -por ejemplo- los datos obtenidos para la mejora de un proceso de manufactura, una nueva fórmula, planes de comercialización, datos financieros, un nuevo programa de computación, política de precios, informe sobre proveedores y suministro de materiales, lista de clientes y sus preferencias de consumo. Es de advertir que para que se consideren confidenciales es necesario que otorguen una ventaja económica a la empresa y que mejoren su valor financiero y puedan ser protegidos."

De la normativa y jurisprudencia citada, resulta claro que existen parámetros objetivos establecidos en los diferentes cuerpos normativos que permiten determinar la pertinencia de declarar como confidencial, cierta información sometida ante esta Superintendencia por CWC, y que fue excluida de la RCS-055-2015.

2. ***Sobre los documentos: solicitud de autorización, anexo 7 y anexo 12***

a) *En cuanto a la solicitud de autorización (folios 02-12):*

Esta Unidad considera que dicha solicitud presenta las características propias de un documento confidencial por cuanto contiene cierta información sensible para la empresa y cuya divulgación podría lesionar derechos fundamentales. Sin embargo, es importante que la empresa presente un resumen no confidencial del documento, según lo establecido en el artículo 33 del Reglamento del Régimen de Competencia, con el objetivo de contar con una versión pública de la solicitud que inició el procedimiento administrativo correspondiente.

De igual manera, esta Unidad considera que un plazo de 5 años resulta suficiente para proteger los intereses actuales de CWC.

b) *Anexo 7 (folio 339-346) el cual consta del cuadro de estructura del grupo Columbus pre transacción y certificaciones literales del Registro Nacional de Costa Rica de Columbus Networks de Costa Rica Sociedad de Responsabilidad Limitada cedula jurídica 3-102-278553 y de Columbus Networks Wholesale de Costa Rica Sociedad Anónima cédula jurídica 3-101-596133*

En lo que se refiere al anexo 7, se considera que divulgar el cuadro de estructura pre-transacción del grupo COLUMBUS, podría eventualmente poner en riesgo información sensible de la empresa, por lo que resulta procedente tratarla como información confidencial por el plazo de 5 años. Diferente es la situación de las certificaciones literales emitidas por el Registro Nacional de Costa Rica de Columbus Networks de Costa Rica, S.R.L y de Columbus Networks Wholesale de Costa Rica, S.A., por cuanto esta es información pública, consta en un registro público y se encuentre accesible para cualquier persona.

c) *Anexo 12 (folio 591-592): El anexo 12, consta de dos páginas: la primera corresponde a la portada (folio 591) y la segunda a un cuadro de resumen post-transacción (folio 592). En este sentido, únicamente el folio 592 contiene información que atañe y afecta únicamente a las partes involucradas en la transacción, por lo que dicho folio debe ser declarado confidencial por el plazo de 5 años."*

II. Que de conformidad con los anteriores resultandos y considerandos, este Consejo, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de sus funciones, acuerda:

POR TANTO

Con fundamento en los Resultandos y los Considerandos que anteceden; la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y su Reglamento; la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ley 7593 y Ley General de la Administración Pública, ley 6227, la Ley de Información No Divulgada, Ley 7975, y demás normativa de general y pertinente aplicación:

EL CONSEJO DE LA
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
RESUELVE:

1 Acoger parcialmente el recurso de revocatoria interpuesto por la empresa CABLE & WIRELESS COMUNICATIONS PLC contra el punto 5 de la parte dispositiva de la resolución del Consejo de Superintendencia de Telecomunicaciones RCS-055-2015 del 10 de abril del 2015.

2 Declarar como confidenciales, por el plazo de cinco (5) años, los siguientes documentos:

a. Solicitud de autorización de concentración, visible del folio 02 a 12.
b. El cuadro de estructura del grupo Columbus pre transacción, visible al folio 340.
c. Cuadro de resumen post-transacción, visible al folio 592.

3 Modificar el Por Tanto 5 de la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-055-2015 del 10 de abril del 2015, para que en adelante se lea:

"DECLARAR como confidenciales por un plazo de cinco (5) años los siguientes documentos contenidos en el expediente SUTEL CN-632-2015:

a. Solicitud de autorización de concentración (visible del folio 02 a 12).
b. Acta constitutiva de CABLE & WIRELESS COMMUNICATIONS PLC (visible del folios 62 al 156).
c. Gráfica Estructural Pre-Transacción (visible del folio 329 al 340).
d. El cuadro de estructura del grupo COLUMBUS INTERNATIONAL, INC pre transacción (visible al folio 340). .
e. Acta constitutiva y modificaciones de COLUMBUS INTERNATIONAL, INC (visible del folio 347 al 539).
f. Los estados financieros de CN Wholesale y CN Costa Rica (visible del folio 540 al 544).
g. Resumen del Acuerdo de Compra de Acciones (visible del folio 545 al 590).
h. Cuadro de resumen post-transacción (visible al folio 592)".

4 Mantener incólume los puntos restantes de la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-055-2015 del 10 de abril del 2015.

5 Solicitar a Cable & Wireless Comunications PLC una versión no confidencial del documento de solicitud de autorización, visible de los folios 01 al 12; para ser agregada al expediente.

6 Dar por agotada la vía administrativa.

NOTIFÍQUESE

3.5 Informe y propuesta de resolución al recurso de reposición interpuesto por MILLICOM CABLE COSTA RICA S.A. (TIGO), contra la RCS-042-2015.

El señor Presidente somete a consideración del Consejo el informe y la propuesta de resolución sobre el recurso de reposición interpuesto por la empresa Millicom Cable Costa Rica (TIGO), contra la resolución RCS-042-2015 y cede el uso de la palabra a la funcionaria Mariana Brenes Akerman para que se refiera al respecto.

La funcionaria Brenes Akerman expone el oficio 3858-SUTEL-UJ-2015, de fecha 05 de junio del 2015 y reseña los principales antecedentes del caso y la naturaleza del recurso.
Hace referencia a los alegatos de los recurrentes aunado al análisis de los recursos por el fondo.

La Unidad a su cargo concluye y recomienda al Consejo lo siguiente:

1 Acoger parcialmente el recurso de revocatoria interpuesto por la empresa **MILLICOM CABLE COSTA RICA, S. A. (TIGO),** contra la resolución del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones número RCS-042-2015 de fecha 11 de marzo del 2015, únicamente en en

cuanto al alegato sobre la tasa de retorno considerada para estimar el cargo de acceso a postes.

2 Proceder a sustituir el WACC (Promedio Ponderado del Costo de Capital) del ICE, por la tasa activa de otras actividades para bancos públicos y a partir de ello modificar los cuadros de la resolución RCS-042-2015 de las páginas 13 y 16 en los que se detallan los precios para postes de madera y cemento, respectivamente.

3 Sustituir los denominados ***"Cuadro 10: Resumen de la Estructura de los elementos de Costos del Poste de Cemento según Año"*** de la página 13 e "***Ice: Estructura De Los Elementos De Costos Del Poste De Cemento Según Año"*** de la página 16, ambos contenidos dentro del ***Considerando Tercero*** de la resolución recurrida, para que de ahora en adelante se lea lo siguiente:

ICE: Estructura de los elementos de costos del poste de cemento según año

Elemento		Costo 2013
Costo promedio de instalación por poste		518.754,06
Monto por uso del poste por terceros		221.404,23
Tasa		15,62%
Vida útil		30
Factor de descuento o anualidad		6,32
CAPEX		35.033,64
OPEX		7.504,42
Utilidad		2,46%
Cargo recurrente Anual		43.610,89
Cargo recurrente Anual por poste a terceros	¢	**8.722,18**

ICE: Estructura de los elementos de costos del poste de madera según año

Elemento		Costo 2013
Costo promedio de instalación por poste		385.012,02
Monto por uso del poste por terceros		164.323,13
Tasa		15,62%
Vida útil		20
Factor de descuento o anualidad		6,05
CAPEX		27.157,42
OPEX		5.797,18
Utilidad		2,46%
Cargo recurrente Anual		33.785,73
Cargo recurrente Anual por poste a terceros	¢	**8.446,43**

4 Modificar el Por Tanto 1. c) de la resolución recurrida para que se lea de ahora en adelante así:

"Los precios o cargos por el acceso al recurso de postería correspondientes a los años 2014, y 2015 se establecen así:

ICE: Tarifas de Acceso a infraestructura de postes, años 2014-2015

Año	*Postes de cemento*	*Postes de madera*
2014	*¢ 8.722,18*	*¢ 8.446,43*
2015	*¢ 8.722,18*	*¢ 8.446,43*

5 Mantener incólume los demás puntos de la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-042-2015 del 11 de marzo del 2015.

Analizado este asunto, el Consejo decide por unanimidad:

ACUERDO 007-029-2015

1. Dar por recibido el oficio 3858-SUTEL-UJ-2015 de fecha 5 de junio del 2015, mediante el cual la Unidad Jurídica presenta su criterio con respecto al recurso de reposición interpuesto por la empresa Millicom Cable Costa Rica (TIGO), contra la resolución RCS-042-2015.

2. Aprobar la siguiente resolución:

RCS-095-2015

"RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR MILLICOM CABLE COSTA RICA, S. A. (TIGO), CONTRA LA RESOLUCIÓN RCS-042-2015, DENOMINADA:

"SE DICTA ORDEN DE ACCESO Y SE FIJAN PRECIOS PARA EL USO COMPARTIDO DEL RECURSO DE POSTERÍA PROPIEDAD DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE), A SOLICITUD DE MILLICOM CABLE COSTA RICA S. A. (TIGO)"

EXPEDIENTE M0391-STT-INT-02006-2014

RESULTANDO

1. Que el 8 de setiembre del 2014, el señor Norman Chaves Boza, en su condición de apoderado de MILLICOM CABLE COSTA RICA, S.A. (en adelante TIGO) solicitó la intervención de esta Superintendencia de Telecomunicaciones y la interposición de una medida cautelar con la finalidad de que se determinara el precio y las condiciones de acceso a la postería del Instituto Costarricense de Electricidad (en adelante ICE).

2. Que mediante la resolución 0040-RDGM-SUTEL-2014 de las 10:10 horas del 25 de setiembre del 2014, la Dirección General de Mercados de la Sutel emitió el Auto de Apertura del Procedimiento Administrativo Sumario de intervención, otorgando cinco días a las partes para que aportasen lo que consideraran necesario.

3. Que el 3 de octubre del 2014, la representación del ICE atendió la audiencia escrita otorgada en la resolución 0040-RDGM-SUTEL-2014.

4. Que el 13 de noviembre del 2014, la representación de TIGO, solicitó la pronta resolución del procedimiento solicitado.

5. Que mediante el oficio 08469-SUTEL-DGM-2014 del 1 de diciembre del 2014, el Órgano Director del procedimiento otorgó a las partes el plazo de 3 días hábiles para que manifestaran por escrito las consideraciones con respecto a la información contenida dentro del presente procedimiento de intervención, con el fin de dictar la orden definitiva de uso compartido.

6. Que el 5 de diciembre del 2014 las representaciones de TIGO y el ICE contestaron la audiencia escrita conferida por el Órgano director del procedimiento mediante el oficio 08469-SUTEL-DGM-2014.

7. Qué mediante el oficio 01526-SUTEL-DGM-2015 del 6 de marzo del 2015, el Órgano Director emitió el informe mediante el cual recomendó el rechazo de la solicitud de medida cautelar formulada por Tigo dentro del procedimiento de intervención.

8. Que mediante el oficio 01529-SUTEL-DGM-2015 del 6 de marzo del 2015, se emitió el informe mediante el cual se recomendó al Consejo de la Sutel el dictado de la orden de acceso y fijación de precio de uso compartido de postería del ICE.

9. Que mediante resolución número RSC-041-2015, el Consejo de la Sutel resolvió rechazar la solicitud de medida cautelar formulada por Tigo que consistía en aplicar, de forma inmediata y hasta tanto no se concluyera el procedimiento de intervención, la menor tarifa definida por la Sutel para el acceso al recurso de postería según los precios definidos en la resolución RCS-338-2013 del 11 de diciembre del 2013 (precio de la ESPH).

10. Que mediante resolución número RCS-042-2015, el Consejo de la Sutel resolvió dictar la orden de acceso para el uso compartido de la postería del ICE a favor de TIGO.

11. Que el 20 de marzo del 2015, fue notificada a las partes la citada resolución RCS-042-2015.

12. Que en fecha 25 de marzo del 2015, mediante escrito sin número (NI-03040-2015), la empresa TIGO presentó recurso de reposición contra la resolución número RCS-042-2015.

13. Que de conformidad con el inciso 12) del artículo 36 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, corresponde a la Unidad Jurídica emitir el criterio jurídico para la atención de los recursos que deben ser conocidos por el Consejo de la Sutel.

14. Que mediante oficio N° 3858-SUTEL-UJ-2015 del 5 de junio del 2015 la Unidad Jurídica de esta Superintendencia rindió el criterio jurídico respectivo.

15. Que se han realizado las diligencias necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

I. Para efectos de resolver el presente asunto, conviene extraer del informe jurídico rendido mediante oficio N° 3858-SUTEL-UJ-2015 del 5 de junio del 2015, el cual es acogido en su totalidad por este órgano decisor, y que en lo conducente señala lo siguiente:

"(...)

II. ANÁLISIS DEL RECURSO POR LA FORMA

e) Naturaleza del recurso

El recurrente presentó el recurso de reposición, al que le aplican los artículos 342 a 352 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) Ley N° 6227, por ser el capítulo relativo a los recursos ordinarios.

f) Legitimación

El recurrente está legitimado para actuar en la forma en que lo ha hecho de conformidad con los artículos 275 y 276 de la Ley General de la Administración Pública.

g) Temporalidad del recurso

La resolución RCS-042-2015 recurrida, fue notificada a las partes el día 20 de marzo del 2015 y el recurso de TIGO fue interpuesto el día 25 de del mismo mes y año.

Del análisis comparativo entre la fecha de notificación del acto y la de interposición del recursos, con respecto al plazo de tres días para recurrir otorgados en el artículo 346 de la LGAP, y lo estipulado en el numeral 38 Ley de Notificaciones Judiciales 8687, se concluye que la impugnación se presentó dentro del plazo legal establecido.

h) Representación

El recurso de reposición interpuesto por parte de TIGO fue suscrito conjuntamente por los señores Norman Chaves Boza y Angelo Iannuzzelli Camona, en su condición de apoderados generalísimos de la empresa, según consta en la certificación de personería jurídica adjuntada al recurso.

III. ALEGATOS DEL RECURRENTE

En resumen, el recurrente alega lo siguiente:

I. ***Violación al Principio de orientación de costos**: Alega que la tarifa que fija Sutel para el acceso correspondiente resulta en un perjuicio económico para su representada, ya que dicha tarifa fue determinada con base en los costos que el ICE se atribuye. En este sentido, argumenta que la Sutel no tomó en cuenta estudios aportados por Tigo en los cuales se demuestra que dichos costos podrían ser menores. Por otro lado, alega el recurrente que se utilizó el Promedio Ponderado del Costo de Capital (WACC) estimado unilateralmente por el ICE, que deviene en un cambio de metodología con respecto a las anteriores resoluciones impuestas a otros operadores. Bajo este mismo apartado, el recurrente alega que sobre los costos del año 2014 y 2015 no se realizó un estudio actualizado para resolver la controversia especifica de este caso en particular, y no se justifica el por qué se utilizan los costos del 2013 para el periodo 2014-2015. Además, señala algunas diferencias en los cuadros de las páginas 12, 13 y 16 de la resolución recurrida, en donde los costos indicados en la página 16 (y las tablas allí contenidas) son disimiles al " Cuadro 7", en página 12, igualmente sin sustento alguno; aunque ciertamente parecen resultar menores los costos señalados en página 16. Mientras tanto, los costos indicados en el "Cuadro 10" ["segundo" Cuadro 10", dado que hay dos cuadros con la misma numeración], para postes de cemento, es todavía mucho menor en la página 13 de lo indicado en páginas 12 y 16.*

II. ***Violación a los principios rectores de la competencia efectiva y no discriminación:** Invoca que la Sutel no toma en cuenta los precios de postería que el ICE estaría cobrando a otros operadores y, con base en eso, determina que si hubiesen mejores precios concedidos a otros operadores, estos deberían ser aplicados también a TIGO.*

III. ***Desactualización del Registro Nacional de Telecomunicaciones:** La empresa TIGO reclama que realizó a esta Superintendencia una solicitud de información relativa a los acuerdos de acceso formalizados con los operadores que arriendan postería y que a la fecha no ha tenido acceso a dicha información.*

IV. ***Vicios en la motivación del acto administrativo. Violación del principio procesal de congruencia y de los principios de legalidad y del debido proceso.***
En virtud de lo anterior, la representación de TIGO solicita que se declare con lugar el recurso de revocatoria y se enmiende parcialmente la resolución del Consejo de la Sutel número RCS-042-2015 del 11 de marzo del 2015.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO POR EL FONDO:

I. ***Violación al Principio de orientación de costos:***

Con respecto al argumento sobre la supuesta violación al principio de orientación de costos, debe tenerse presente que los cargos de acceso fueron fijados por esta Superintendencia de conformidad con la metodología establecida por el Consejo mediante resolución N° RCS-107-2011 del día 24 de mayo del 2011, modificada según el acuerdo del Consejo N°005-080-2011 de la sesión ordinaria 080-2011, la cual corresponde a una metodología propia de la industria de telecomunicaciones.

Debe tenerse en cuenta que en dicha resolución, el Consejo de forma clara estableció que la metodología reconocería los costos propios del operador dueño de la infraestructura. Dicha resolución se encuentra firme y por lo tanto resulta aplicable al caso. Así las cosas, es criterio de esta Unidad que cualquier disconformidad que el recurrente haya tenido con respecto al contenido de dicha resolución, debió plantearlo en el momento procesal oportuno, pues los argumentos resultan improcedentes para efectos de valorar la validez y eficacia de la RCS-042-2015.

En este sentido, resulta importante aclarar que la documentación aportada por TIGO (estudio elaborado por el PhD Arnoldo Camacho y Sama Consultores) emplea una metodología distinta a la establecida por el Consejo de la Sutel, por lo que esta Superintendencia, en virtud de los principios de legalidad y

seguridad jurídica, debe apegarse a los términos de la resolución RCS-107-2011 y su modificación. En cuanto a los costos del ICE que aduce debieron ser abordados "en detalle" dentro de la resolución, debe tenerse en cuenta que en el procedimiento de intervención se aplicó la metodología previamente dictada por el Consejo y, tal y como fue indicado anteriormente, la aplicación de la resolución N° RCS-107-2011 es imperante.

Partiendo de lo anterior, la Dirección General de Mercados procedió a hacer una revisión minuciosa sobre los costos presentados por el ICE derivando así en un recorte de los mismos, tal como el precio de la hora técnica y función soporte, análisis que consta en la resolución recurrida y que por lo tanto, no es procedente reiterar.

En lo que respecta a la ***función de soporte****, del análisis de la información remitida por el ICE, que determinó un porcentaje del 21,17% para efectos del cargo la Dirección General de Mercados solo reconoció un 6,67%.*

- *Sobre el WACC*

Esta Unidad supone que lleva razón el recurrente en sus alegatos sobre la tasa de retorno considerada para estimar el cargo de acceso a postes, por lo que se recomienda que se proceda a cambiar el WACC (Promedio Ponderado del Costo de Capital) del ICE, por la tasa activa de otras actividades para bancos públicos. Lo anterior, resulta consistente con las órdenes de acceso ya dictadas por esta Superintendencia.

Vale la pena señalar que esta tasa no es un elemento de peso en la metodología, por lo que el cambio en el cargo de acceso es marginal.

En virtud de lo anterior, los cargos de acceso que incluyen la sustitución de la tasa de interés, corresponden a los que se detallan a continuación:

ICE: Estructura de los elementos de costos del poste de cemento según año

Elemento	Costo 2013
Costo promedio de instalación por poste	518.754,06
Monto por uso del poste por terceros	221.404,23
Tasa	15,62%
Vida útil	30
Factor de descuento o anualidad	6,32
CAPEX	35.033,64
OPEX	7.504,42
Utilidad	2,46%
Cargo recurrente Anual	43.610,89
Cargo recurrente Anual por poste a terceros ¢	**8.722,18**

ICE: Estructura de los elementos de costos del poste de madera según año

Elemento	Costo 2013
Costo promedio de instalación por poste	385.012,02
Monto por uso del poste por terceros	164.323,13
Tasa	15,62%
Vida útil	20
Factor de descuento o anualidad	6,05
CAPEX	27.157,42
OPEX	5.797,18
Utilidad	2,46%
Cargo recurrente Anual	33.785,73
Cargo recurrente Anual por poste a terceros ¢	**8.446,43**

En virtud de que los cuadros de precios varían con la aplicación de la tasa de interés (la diferencia es marginal pues esa tasa no influye significativamente), éstos son diferentes a los cuadros que contiene la resolución que dictó la orden de acceso para el presente caso, por lo que se deberá proceder con la sustitución correspondiente.

- *Sobre los costos del año 2014 y 2015:*

Respecto a lo alegado por el recurrente en este apartado, debe advertirse que para el caso del ICE en el año 2014 se aprobó la Oferta de Interconexión por Referencia (OIR). Para dicha aprobación se realizó un estudio a fondo sobre la estructura de costos de la empresa, por medio de la cual se obtuvo el precio que en esa OIR fue aprobado para el uso compartido de postería.

La OIR aprobada en 2014 se encuentra vigente y es vinculante para el ICE. Los precios ahí establecidos fueron revisados y aprobados por esta Superintendencia de Telecomunicaciones, por lo que, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, deben corresponder a los precios que este Regulador utiliza para resolver las disputas por uso compartido de recursos escasos. Se advierte que hasta tanto esta Superintendencia no revise y modifique estos precios, tales se seguirán aplicando en la resolución de las solicitudes de intervención, claro está, exceptuando de lo anterior la actualización del WACC.

- *Diferencias en los cuadros de la página 12, 13 y 16 de la resolución.*
Respecto a las diferencias aducidas por el recurrente en los cuadros de las páginas 12, 13 y 16, se aclara que la diferencia observada se debe a que en la resolución recurrida se acoge el informe N°1388-SUTEL-DGM-2014 que se aprobó mediante resolución del Consejo de la Sutel RCS-059-2014, que corresponde a la aprobación de la OIR 2014. En línea con lo anterior, esta resolución fue recurrida por el ICE, siendo aceptado el argumento sobre la forma utilizada por Sutel para actualizar los costos, producto de ello se elimina dicha actualización produciendo una disminución en los costos que repercuten en un cargo de acceso inferior.

En resumen, unos cuadros corresponden a la primera resolución RCS-059-2014 que aprueba la OIR y los otros cuadros (que son los vigentes y con los cuales se determinan los cargos de la resolución recurrida por Tigo) corresponden a la resolución que resuelve el recurso de revocatoria presentado por el ICE, resolución N° RCS-110-2014 adoptada en la sesión 029-2014 del 23 de mayo del 2014. Es por esa razón que los cuadros son diferentes.

Cabe resaltar, que el argumento aquí analizado, parece corresponder a un error interpretativo de Tigo y no a un vicio de la resolución recurrida.

II. Violación a los principios rectores de la competencia efectiva y no discriminación

Respecto a la supuesta violación al principio de no discriminación, resulta difícil valorar lo argumentado por el recurrente ya que no presenta prueba o documentación que efectivamente demuestren que el ICE se encuentra cobrando a otros operadores, en situaciones equivalentes a Tigo, precios de postería más beneficiosos. En todo caso, debe reiterarse que en materia de acceso prevalece la libre negociación entre las partes, en virtud del principio de no discriminación y salvaguarda de la competencia definido en el artículo 7 del Reglamento de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones. En este sentido, Tigo podría solicitarle al ICE que replique los precios otorgados a otros operadores en las mismas condiciones.

III. Desactualización del Registro Nacional de Telecomunicaciones:

Esta Unidad considera que el argumento de TIGO referente a la supuesta desactualización del Registro Nacional de Telecomunicaciones, no tiene ninguna relación con los términos y condiciones de la orden de acceso o bien, con aspectos propios del procedimiento de intervención al que se sometió la empresa. Así las cosas, al ser el argumento ajeno al fondo del asunto, no es procedente ventilarlo ni remediar en esta vía recursiva.

IV. Vicios en la motivación del acto administrativo, violación del principio procesal de congruencia y de los principios de legalidad y del debido proceso.

Por otra parte, en cuanto al argumento de la existencia de vicio en la motivación del acto administrativo emitido por el Consejo de la Sutel, es criterio de esta Unidad que la resolución de acceso dictada por el Consejo es un acto que cumple con los artículos 132, 133 y 136 de la Ley General de la Administración Pública y contiene los elementos esenciales del acto administrativo. Contrario a lo que argumenta la representación de Tigo, la motivación del acto recurrido en esta ocasión, fundamentalmente, equivale a las razones que llevaron a su emisión y esta Unidad encuentra que las mismas están dadas dentro de los considerandos de la resolución número RSC-042-2015 que se impugna. Además, tal como se desprende del estudio de los autos y de la misma resolución, durante el procedimiento sumario seguido se realizaron todas las gestiones pertinentes sea, bajo aplicación de legislación aplicable y en resguardo de los derechos de las partes. Por lo tanto, esta Unidad tampoco comparte el argumento expuesto por la representación de Tigo en cuanto a la supuesta violación de los principios de legalidad y debido proceso.

De la misma forma, en cuanto a la violación del principio de congruencia citada por el recurrente, debe aclararse que este debe entenderse como aquél principio normativo por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo rebatido oportunamente. A la luz del principio de congruencia, las peticiones del recurrente del caso que nos ocupa, deben ser acordes con las peticiones que se resuelvan. En este sentido, se puede afirmar que la resolución recurrida resolvió, conforme a derecho y sin incurrir en vicios de incongruencia, sobre la solicitud de acceso a postería del ICE, en condiciones no discriminatorias, bajo los principios de acceso al costo conforme lo establece la Ley General de Telecomunicaciones. Asimismo, debe aclararse que resolución que cita el recurrente dentro del presente alegato (RCS-039-2015), no corresponde a la que resuelve la solicitud de intervención realizada en esta ocasión, sino a otra solicitud de acceso a postería de JASEC que no viene al caso referirse en esta oportunidad. Por tanto, esta Unidad desconoce los motivos que llevan a la representación de Tigo a realizar tal referencia siendo que se trata de casos distintos en los que esta Superintendencia, a solicitud de parte, procede a intervenir según las facultades otorgadas por ley.

En razón de todas las consideraciones anteriores, es criterio de esta Unidad que el recurso de reposición interpuesto por Tigo, debe declare parcialmente con lugar, únicamente en cuanto al alegato sobre la tasa de retorno considerada para estimar el cargo de acceso a postes. Así las cosas, esta Unidad recomienda sustituir el WACC (Promedio Ponderado del Costo de Capital) del ICE, por la tasa activa de otras actividades para bancos públicos.

(...)"

III. Que de conformidad con los anteriores resultandos y considerandos, este Consejo, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de sus funciones, acuerda:

POR TANTO

Con fundamento en los Resultandos y los Considerandos que anteceden; la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y su Reglamento; la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ley 7593 y Ley General de la Administración Pública, ley 6227 y demás normativa de general y pertinente aplicación:

EL CONSEJO DE LA
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
RESUELVE:

1 Acoger parcialmente el recurso de revocatoria interpuesto por la empresa **MILLICOM CABLE COSTA RICA, S. A. (TIGO),** contra la resolución del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones número RCS-042-2015 de fecha 11 de marzo del 2015, únicamente en en cuanto al alegato sobre la tasa de retorno considerada para estimar el cargo de acceso a postes.

2 Proceder a sustituir el WACC (Promedio Ponderado del Costo de Capital) del ICE, por la tasa activa de otras actividades para bancos públicos y a partir de ello modificar los cuadros de la resolución RCS-042-2015 de las páginas 13 y 16 en los que se detallan los precios para postes de madera y cemento, respectivamente.

3 Sustituir los denominados ***"Cuadro 10: Resumen de la Estructura de los elementos de Costos del Poste de Cemento según Año"*** de la página 13 e ***"Ice: Estructura De Los*** Elementos ***De Costos Del Poste De Cemento Según Año"*** de la página 16, ambos contenidos dentro del ***Considerando Tercero*** de la resolución recurrida, para que de ahora en adelante se lea lo siguiente:

ICE: Estructura de los elementos de costos del poste de cemento según año

Elemento	Costo 2013
Costo promedio de Instalación por poste	518.754,06
Monto por uso del poste por terceros	221.404,23
Tasa	15,62%
Vida útil	30
Factor de descuento o anualidad	6,32
CAPEX	35.033,64
OPEX	7.504,42
Utilidad	2,46%
Cargo recurrente Anual	43.610,89
Cargo recurrente Anual por poste a terceros ¢	**8.722,18**

ICE: Estructura de los elementos de costos del poste de madera según año

Elemento	Costo 2013
Costo promedio de Instalación por poste	385.012,02
Monto por uso del poste por terceros	164.323,13
Tasa	15,62%
Vida útil	20
Factor de descuento o anualidad	6,05
CAPEX	27.157,42
OPEX	5.797,18
Utilidad	2,46%
Cargo recurrente Anual	33.785,73
Cargo recurrente Anual por poste a terceros ¢	**8.446,43**

4 Modificar el Por Tanto 1. c) de la resolución recurrida para que se lea de ahora en adelante así:

"Los precios o cargos por el acceso al recurso de postería correspondientes a los años 2014, y 2015 se establecen así:

ICE: Tarifas de Acceso a infraestructura de postes, años 2014-2015

Año	*Postes de cemento*	*Postes de madera*
2014	*¢ 8.722,18*	*¢ 8.446,43*
2015	*¢ 8.722,18*	*¢ 8.446,43*

5 Mantener incólume los demás puntos de la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-042-2015 del 11 de marzo del 2015.

NOTIFÍQUESE
REMITIR AL REGISTRO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES.

3.6 Cumplimiento de acuerdo 003-028-2015 criterio sobre prejudicialidad en el expediente DPI-00758-2014, asunto Fairfax Data S.A. y la medida cautelar.

El señor Gilbert Camacho Mora introduce el tema relacionado con el cumplimiento del acuerdo 003-028-2015, con respecto al criterio sobre prejudicialidad en el expediente DPI-00758-2014, asunto Fairfax Data, S. A. y a la medida cautelar. Cede la palabra al señor Jorge Brealey Zamora para que exponga el tema.

El funcionario Brealey Zamora presenta el oficio 3938-SUTEL-ACS-2015 de fecha 09 de junio del 2015 y procede a analizar el caso concreto a partir de los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos correspondientes, específicamente en los aspectos planteados como claves para evacuar la consulta.

Seguidamente explica los argumentos que Fairfax funda en su solicitud tal y como sigue:

- El contrato de cesión de la frecuencia 105.9 MHz (al que hicimos referencia en los antecedentes).
- Negativa del Juzgado Tercero Civil de Mayor Cuantía de San José, en la resolución de las 8:40 hrs. del 8 de setiembre de 2014 (en fase de ejecución de sentencia, referenciada en los antecedentes), de realizar la devolución de la frecuencia 105.9 MHz solicitada por Marcosa.
- Denuncia de interferencia –ante la Sutel- de la frecuencia 105.9 MHz promovida por Fairfax contra Marcosa. Por esta razón también solicita la acumulación de las diligencias de denuncia.

Señala que con fundamento en los antecedentes, fundamentos de derecho y argumentos expuestos, la Asesoría del Consejo concluye lo siguiente:

1. El escrito de Fairfax ingresado a la Sutel bajo el número de ingreso *NI-04894-2015*, supone un tema de prejudicialidad penal, en el que se solicita a la Sutel no resolver ningún acto administrativo por el fondo que se deba conocer en el expediente DPI-00758-2014 y que le impida el uso y explotación del espectro radioeléctrico.

2. En las presentes diligencias dentro de procedimiento administrativo se pretende el restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado y el ejercicio de la potestad sancionadora. Esto es, no se trata de resolver un conflicto entre particulares, sino de la protección y garantía de un bien público, el espectro radioeléctrico, así como la integridad de las redes, de las personas, del orden público económico, entre otros bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.

3. La adopción de la medida cautelar en relación con las presentes diligencias pretende evitar que se pueda comprometer la actividad prestada, así como la integridad de instalaciones, redes, equipos y aparatos. La norma del artículo 66 de la Ley General de Telecomunicaciones expresamente señala que cuando hay indicios claros acerca de la operación ilegítima de redes o la prestación ilegítima de redes o la prestación ilegítima de servicios de telecomunicaciones, la Sutel podrá (poder-deber) adoptar esa medida cautelar. En este sentido, la cuestión de trascendencia es establecer *prima facie cognitio* si Fairfax es titular del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz, mediante el respectivo título habilitante, la concesión.

4. En cuanto a la infracción administrativa y la sanción, el objeto del procedimiento versa sobre la determinación de si la conducta de Fairfax –según el cuadro fáctico descrito- conlleva a que haya incurrido en un supuesto de hecho de la infracción por el uso del espectro radioeléctrico sin concesión y la operación de redes y prestación de servicios sin título habilitante para ello. Para determinar ello, será necesario un análisis no solo de tipicidad sino de antijuricidad y culpabilidad, para lo cual deberá seguirse el debido proceso al que hace referencia la ley de rito.

5. La supuesta cuestión prejudicial entonces queda definida en la "titularidad del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz", concretamente el contrato de concesión y si hubo o no contrato de cesión válido.

6. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante voto 00958-F-S1-2013 resolvió con efectos de cosa juzgada la nulidad absoluta por invalidez del contrato de cesión al que insistentemente alude Fairfax como su título hábil para la explotación de la frecuencia 105.9 MHz.

7. En la jurisdicción penal en el proceso seguido en el expediente 14-000577-0612-PE, se ejerce la acción penal y civil resarcitoria. En ningún caso la supuesta cuestión prejudicial es parte de las pretensiones o puede ser revertida por el Juez Penal. En consecuencia, no existe una causa prejudicial penal, una situación sustantiva (no procesal) que deba ser resuelta antes de que la Sutel pueda valorar la procedencia de una medida cautelar o un procedimiento sancionador tendientes al restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado, puesto que la decisión de fondo sobre la invalidez del contrato de concesión (aludido por Fairfax) como hecho ha sido establecida con carácter de cosa juzgada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Dado lo expuesto los señores Miembros del Consejo deciden por unanimidad:

ACUERDO 008-029-2015

Aprobar la siguiente resolución:

RCS-096-2015

"SE RESUELVE MEDIDA CAUTELAR "ANTE CAUSAM – INAUDITA ALTERA PARTE" DIRIGIDA A FAIRFAX DATA, SOCIEDAD ANÓNIMA PARA EL CESE DEL USO Y EXPLOTACIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y LA OPERACIÓN DE REDES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS SIN TENER LOS RESPECTIVOS TÍTULOS HABILITANTES"

EXPEDIENTE SUTEL DPI-00758-2014

En relación con el supuesto uso y explotación de la frecuencia radioeléctrica 105.9 MHz y operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones sin habilitación administrativa, la solicitud de una medida cautelar por parte de Marcosa M y V Sociedad Anónima mediante escrito ingresado bajo número NI-01931-2015, el voto 00951-F-S1-2013 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la investigación para determinar el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra FairFax Data Sociedad Anónima y, los informes y criterios de los oficios 6238-SUTEL-DGC-2014, 6306-SUTEL-DGC-2014, 3366-SUTEL-DGM-2015, 3511-SUTEL-ACS-2015 y 3938-SUTEL-ACS-2015; el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones adopta la siguiente resolución:

RESULTANDO QUE:

1. En fecha 19 de abril de 2006, la empresa Fairfax Data Sociedad Anónima, con cédula de persona jurídica número 3-101-301400 (en adelante, Fairfax) suscribió un contrato de concesión de la frecuencia 105.9 MHz con la concesionaria del derecho de uso y explotación de esa frecuencia, la empresa Marcosa M y V Sociedad Anónima, con cédula de persona jurídica número 3-101-292481 (en adelante, Marcosa). Este contrato no tuvo validez por cuanto nunca se cumplió con el requisito de la aprobación previa de la concesión de parte de la Oficina de Control Nacional de Radio (que en su momento era la autoridad competente), lo cual fue así establecido luego mediante el voto 00951-F-S1-2013 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto el citado voto señala: "*Así, tal y como* ***se evidencia del cuadro fáctico tenido en ambas resoluciones, como***

***del propio elenco de hechos desplegado en la demanda y de una revisión exhaustiva del expediente, no consta que Marcosa y Firefax [sic] previo a realizar la cesión de derechos, hayan solicitado la autorización a la ONCR**. Según se explicó líneas atrás, este requisito, indispensable para poder llevar a cabo el negocio jurídico que las partes pretendían, nunca se realizó. Ante esta situación, el contrato de cesión suscrito el 19 de abril de 2006 carece de toda validez, así como la cesión de la concesión de la frecuencia 105.9. **De tal manera no pueden pretender las partes ejecutarlo y hacerlo valer como tal en este proceso. En esta línea de pensamiento, dicho acuerdo deberá declararse absolutamente nulo**."*

2. En fecha 15 de marzo de 2007, Fairfax y Marcosa suscriben un contrato de *joint venture* y una "Adenda a dicho contrato el 20 de abril de 2007. Sobre el objeto de este contrato el citado voto 00951-F-S1-2013 de la Sala Primera señala: *"...ambas partes deciden suscribir un nuevo contrato al que denominan "Joint Venture". En ese documento, para lo de interés en lo recurrido se pactó: "[...] SEGUNDO: La empresa FAIRFAX DATA SOCIEDAD ANONIMA, se dedicará en conjunto con MARCOSA M Y V SOCIEDAD ANÓNIMA, a explotar comercialmente, la frecuencia CIENTO CINCO PUNTO NUEVE FM, mediante el aporte de: La empresa FAIRFAX DATA SOCIEDAD ANONIMA, equipo radiofónico del caso, las instalaciones de operación, contratación de personal idóneo, MARCOSA M Y V S.A., la frecuencia. [...] CUARTO: La programación y manejo de la emisora se hará de la siguiente forma, en cuanto al aspecto técnico y de programación corresponderá a ambas partes y en cuanto al aspecto administrativo, económico, promoción y ventas le corresponderá a la empresa FAIRFAX DATA S.A. [...] SEXTO: La Empresa FAIRFAX DATA S.A., deberá de aportar como contraprestación al negocio una suma mínima de NOVECIENTOS MIL DOLARES, USD, moneda de curso legal de los Estados Unidos de Norteamérica, suma que deberá de pagarse en el transcurso del plazo de vigencia del contrato que sera (sic) de ocho meses a partir del día de hoy, dicha suma se pagará en ocho cuotas mensuales de CIENTO DOCE MIL QUINIENTOS DOLARES $USD, pagaderas en forma fija y consecutiva los días quince de cada mes, siendo el primer pago el día quince de abril del año en curso. La empresa MARCOSA M Y V SOCIEDAD ANÓNIMA, podrá designar cuentas corrientes de su propiedad o de terceros para hacer los depósitos respectivos. El manejo administrativo de lo que la emisora produzca y gaste, tanto en el manejo administrativo como de planillas de empleados, planillas de la Caja Costarricense del Seguro Social, planillas del Instituto Nacional de Seguros, alquileres de local donde funcione la emisora, pago de impuestos de renta, pago de impuestos municipales, patentes, mantenimiento de equipo, depreciación de equipo y cualesquier otro gasto necesario para la operación de la emisora, seran (sic)de cuenta y riesgo de la empresa FAIRFAX DATA S.A./ SÉTIMO: El plazo de este contrato lo será de ocho meses, sea hasta el día dieciséis de noviembre del año dos mil siete./ OCTAVO: La empresa FAIRFAX DATA S.A., tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios a determinarse sin peritos, si MARCOSA M Y V SOCIEDAD ANÓNIMA sin razón alguna sacara del aire la frecuencia. MAROCAS M Y V SOCIEDAD ANÓNIMA tendrá derecho a sacar del aire la transmisión de la frecuencia y dar por terminado y finiquitado el negocio en forma automática y sin responsabilidad alguna de su parte, sea para MARCOSA Y V S.A, si faltare FAIRFAX DATA S.A, a una sola cuota de pago de la obligación, para hacer esa liquidación del contrato y retiro de la frecuencia dicha, no se* (sic) *necesitara notificar al apoderado de la empresa FAIRFAX DATA S.A, indicandole* (sic) *ha incumplido. También se podrá actuar de esa forma si se incumple, cualesquiera de las cláusulas establecidas como obligatorias para el cumplimiento del contrato, en especial el pago de obligaciones pecuniarias./ NOVENO: Se aclara y establece que este contrato no constituye un arrendamiento de frecuencia ni una cesión de la concesión ni ninguna otra figura que haga suponer la salida da* (sic)*esfera de la propiedad de la concesión que MARCOSA M Y V SOCIEDAD ANÓNIMA tiene de la frecuencia CIENTO CINCO PUNTO NUEVE F.M, por lo que expresamente se niega cualquier derecho de las partes proveniente de la invocación de cualquiera de esas figuras. Se aclara que esto es un contrato de participación comercial, en donde MARCOSA M Y V SOCIEDAD ANÓNIMA mantiene la propiedad de la concesión de la frecuencia, la cual no es objeto del contrato sino la negociación de su explotación como emisora radial. La empresa FAIRFAX DATA S.A, no podrá utilizar la frecuencia en fines fuera de las leyes de Costa Rica, su incumplimiento puede dar por terminado el contrato en los terminos* (sic) *de la clausula* (sic) *octava.".*

Posteriormente, decidieron firmar un adendum a ese contrato, en el cual, en lo que al caso interesa, estipuló: *"para que se lea correctamente la cláusula sexta de dicho contrato de la siguiente manera. SEXTO: La empresa FAIRFAX DATA SOCIEDAD ANÓNIMA, deberá de aportar como contraprestación al negocio una suma mínima de NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS DOLARES USD, moneda de curso legal de los estados* (sic) *Unidos de Norte América, suma que deberá de pagarse en el transcurso del plazo de vigencia del contrato que será de ocho meses a partir del día quince de marzo del año dos mil siete, dicha suma se pagarán* (sic) *ocho cuotas mensuales de CIENTO DOCE MIL QUINIENTOS DOLARES USD, excepto las cuotas de los meses de mayo y de junio del año dos mil siete, que lo serán de CIENTO CUARENTA MIL OCHOCIENTOS DOLARES USD, CADA UNA. Todas la cuotas se pagaran* (sic)*en forma fija y consecutiva los días quince de cada mes, siendo el primer pago el día quince de abril del año en curso".*

3. En fecha 16 de noviembre de 2007, Fairfax interpone demanda ordinaria contra Marcosa, proceso ordinario establecido en el Juzgado Tercero Civil de San José. En sentencia de primera instancia número 17-2009 de este Juzgado se resolvió: resolvió: *"De conformidad con lo expuesto, hechos tenidos por demostrados, citas jurisprudenciales y legales invocadas, se dispone: Se rechazan las excepciones de falta de Legitimación Ad Causam Activa y Pasiva. Se rechaza la excepción de Falta de Derecho y Falta de interés. En consecuencia, SE DECLARA CON LUGAR EN TODOS SUS EXTREMOS, la presente demanda ordinaria de Fairfax Data Sociedad Anónima contra Marcosa M y V Sociedad Anónima. Se declaran nulos los contratos de Joint Venture y su adendum suscritos entre las partes. Se declara la existencia de acuerdo entre las partes de transmitir los derechos de concesión y explotación de la frecuencia 105.9 F.M. Se ordena a la parte actora depositar ante la cuenta única del expediente la suma de 186,000 dólares americanos como saldo del precio por la transmisión de derechos. Se ordena a la parte demandada que una vez verificado el depósito anterior, y dentro del plazo de diez díaz[sic], proceda a suscribir mediante su representante legal, el documento de cesión formal y todos aquellos necesarios para tal efecto a favor de la actora y ante la Oficina Nacional de Control de Radio e instituciones donde sea necesario, bajo el apercibimiento de que en caso de negativa, será ejecutada la orden por parte de esta Autoridad Judicial. Son las costas personales y procesales a cargo de la demandada vencida."*

4. La empresa Marcosa apeló y, el Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, en sentencia número 323 de las 14 horas 20 minutos del 30 de setiembre de 2010, dispuso: *"Se rechaza la nulidad de la sentencia invocada. Se revoca la sentencia de primera instancia.* ***En su lugar, se acoge la defensa de falta de derecho invocada por la sociedad demandada y se deniega en todos los extremos concedidos en la sentencia apelada la demanda interpuesta****. Se impone a la sociedad actora* vencida el pago de ambas costas del proceso." (El resaltado es nuestro)

5. En fecha 1° de agosto del 2013, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia emite el voto 00951-F-S1-2013, que confirma la sentencia de segunda instancia del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, y en su parte dispositiva señala: *"Se declara sin lugar el recurso. Son sus costas a cargo de la recurrente."* En lo que interesa en cuanto a la relación contractual de Fairfax y Marcosa, este voto indica: *"Al analizarse las probanzas constantes en autos, en primer lugar del contrato denominado "Joint Venture", se desprende claramente la voluntad de las partes de realizar un nuevo negocio jurídico. El cual ya no versaba sobre la cesión del derecho de frecuencia, sino, su explotación de manera conjunta, ello porque así se desprende de lo estipulado en las cláusulas segunda y cuarta de dicho negocio jurídico, en donde se establecieron las obligaciones de cada una de las empresas involucradas. Aunado a lo anterior, también se estipuló en qué consistía la contraprestación económica del convenio, según se lee en el acápite sexto, en donde claramente Fairfax se comprometió a cancelar $900.000,00,* ***en el plazo de ocho meses que era el lapso de duración del acuerdo. Incluso se estipularon las sanciones en caso de incumplimiento por alguna de las partes, tan es así que, claramente partiendo de la experiencia del contrato anterior, se impuso que el solo hecho de que la actora faltara oportunamente con el pago de una sola cuota, ello daría cabida a dar por terminada la relación contractual.*** *Con posterioridad*

*el adendum lo que modificó es el monto a pagar. Sin embargo, el contrato no parece tener ningún vicio, ni se evidencia una situación de la cual se pueda desprender que este fue creado para ocultar una situación que no es la real. Además de lo anterior, según el testimonio del señor Benroi Daly Mullins, quien era funcionario de la emisora, página 240 y siguientes, en un primer término en efecto se había negociado la cesión de la frecuencia, cuando declaró: "Según los términos de la negociación, la frecuencia costaba novecientos mil dólares, se dijo que se iba a hacer un primer pago después del cual nosotros íbamos a comenzar a explotar la emisora, y efectivamente así fue. […] Nosotros nunca le hemos pagado alquiler mensual por esa emisora, la idea que él nos propuso era vender la frecuencia, nunca nos habló de alquiler."; pero también quedó claro que tenían inconvenientes con la cancelación de las sumas de dinero debidas: "en cierto momento nosotros teníamos problemas con algunos pagos y como la frecuencia se estaba comprando para explotarla […] Después de vivir con esto mes a mes de tener interferencias y de ha (sic) haber cancelado más de setecientos mil dólares, entonces optamos por parar el proceso de los pagos […] Cuando se negoció al principio, la idea era que se iba a presentar a la Oficina de Control de Radio el documento formal de traspaso. Eso fue lo que se acordó. Los problemas que tratabamos (sic) de arreglar con la reuniones, era el tema del pago, buscábamos una solución razonable, que arreglara el tema de los pagos, el (sic) solucionara su problema, nosotros también y dejaramos (sic) de afectar a otras emisoras.". Ahora bien, este mismo testigo afirmó: "En muchas ocasiones yo me comuniqué con don Marco con todo el respeto del mundo tratando de terminar con este conflicto y llegar a un acuerdo, pero era un poco difícil porque los montos del contrato cada vez subían. Nosotros al inicio si firmamos algo, pero conforme iba transcurriendo el tiempo iba surgiendo algo nuevo.". **Con ello se confirma que firmaron el nuevo contrato teniendo las partes conocimiento de las implicaciones que este tenía, tan es así que de manera consciente aceptaron convenir un nuevo precio e incluso con posterioridad mediante adendum aumentarlo.** Además el señor Benroi Daly explicó: "Ciertamente nosotros nos atrazamos (sic) en algunos pagos con don Marcos, y ahí comenzaron los problemas de "encendido", "apagado", "ya no es esta suma, es otra"". Por su parte, también se cuenta con la declaración del señor Juan José Campos Cordero, quien fue la persona que fungió como intermediario entre las partes, afirmó: "El negocio consistía en la venta de la frecuencia 105.9 para iniciar con la emisora Beatz 106, Marco Alfaro le vendía a Jenny. Durante el tiempo que yo trabajé para la empresa don Marco nunca estuvo ahí, ni participó en la administración de la empresa. […] Me consta que fue una venta porqué (sic) así me lo dijo Benroi, y además de eso se habló en la primera reunión en la que yo estuve presente. […] El problema de poner el otro transmisor, según se comentaba en las reuniones, era por problemas de pago que existía entre Jenny y don Marco.". **Es así como de los contratos celebrados por las partes, y los testimonios en parte transcritos, es contundente para esta Sala que efectivamente la primera negociación iba encaminada a una cesión de parte de Marcosa y a favor de Fairfax. Pero fue decisión de las propias partes realizar un nuevo acuerdo, el cual por su contenido dejaba sin efecto el anterior, pues su objeto es completamente distinto**. En el primero se negoció la cesión de los derechos sobre la frecuencia; en el segundo, lo que se pretende es el trabajo conjunto de la operación de la estación de radio, e incluso se estipula claramente que dicho negocio, no pretende la cesión de la frecuencia. **Es claro que Fairfax sabía con exactitud que el "Joint Venture" suscrito, se refería a realizar una labor en equipo, en donde cada una de las empresas tenía muy bien definido su rol. Así, no se evidencia la intención de llevar a cabo un negocio jurídico diferente, o bien, de no realizarlo; razón por la cual no es posible hablar de un contrato simulado. Ahora bien, merece hacer referencia al finiquito que presentó Marcosa, el cual, según el casacionista con este se corrobora que la cesión se mantenía vigente.** Tal y como se ha explicado líneas atrás, no cabe ninguna duda de que la suscripción del contrato de "Joint Venture", dejó sin efecto lo acordado en el de cesión. No hay ninguna evidencia que el contrato fuese simulado. **Como bien se desprende de lo dispuesto en ese convenio, el hecho de que la accionante faltara al pago de uno de los tractos allí estipulados, le permitía a la demandada dar por concluido el acuerdo. De tal manera que Marcosa lo único que hizo fue dar aviso a Fairfax de que ante su incumplimiento, la relación comercial entre ellos se terminaba. Esto no evidencia ningún ánimo de simular; ni tampoco demuestra que al momento de firmar el denominado negocio jurídico "Joint**

Venture" o su adendum existiese una situación de donde se pretendiera simular. *Cabe señalar también,* ***que tal y como se explicó en considerandos anteriores, el objeto de la cesión sí era posible, pues así lo permite el ordenamiento jurídico; siempre que se contara con la autorización correspondiente. Aún y cuando en algún momento de este proceso se discutió el tema de que el contrato de cesión no era posible,*** *esto no evidencia que el "Joint Venture" tuviera como fin simular un acto no permitido por ley.* ***Al contrario, lo que se demuestra es que el objeto de las negociaciones entre las partes cambió. De esta manera, no existen las violaciones probatorias ni legales que alega el recurrente, razón por la cual los agravios deberán denegarse.***" (El resaltado es nuestro)

6. En fecha 17 de marzo de 2014, mediante escrito ingresado a la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante, Sutel) bajo número NI-02224-2014, la empresa Marcosa M y V Sociedad Anónima, con cédula de persona jurídica número 3-101-292481 (en adelante, Marcosa) solicitó a esta Superintendencia se ordenara a la empresa Fairfax Data Sociedad Anónima, con cédula de persona jurídica número 3-101-301400 (en adelante, Fairfax), proceder con la suspensión de transmisiones por la frecuencia 105.9 F.M. (folios 122 a 161 del expediente MOT-OT-00242-2009).

7. En fecha 2 de abril de 2014, mediante escrito ingresado a la Sutel bajo número NI-02817-2014, la empresa Marcosa presentó denuncia por interferencia permanente y uso ilegítimo del espectro radioeléctrico de la frecuencia 105.9 MHz contra Fairfax y en la que se solicita la imposición de las sanciones contempladas en los artículos 68 y 69 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 (en adelante, LGT). En dicho escrito se aportó copia del voto N° 000951-F-SI-2013 en relación con la titularidad del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz y su título habilitante (la respectiva concesión). Asimismo, la se indica que la relación comercial entre Marcosa M y V S.A. y Fairfax Data S.A. se originó el 15 de marzo del 2006, fecha en la que ambas empresas suscribieron un contrato de *"Join Venture"*; que sin embargo, a raíz de una serie de controversias surgidas en esa relación comercial el asunto se trasladó a sede judicial (conocidas bajo el expediente N° 07-002202-0182-CI), el cual fue resuelto en última instancia por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución N° 000951-F-SI-2013 de las 08:45 horas del 01 de agosto del 2013 (folios 2 a 84). Dicho voto en su parte dispositiva señala la nulidad absoluta del acuerdo de cesión suscrito entre la concesionaria Marcosa y la empresa Fairfax.

8. Mediante oficio 2576-SUTEL-DGC-2014, de fecha 2 de mayo de 2014, la Dirección General de Calidad de Sutel (en adelante, DGC) remitió copia del referido voto N° 000951-F-SI-2013 a Fairfax, con el fin de que se refiriera a lo indicado por Marcosa en relación con el supuesto uso ilegítimo de la frecuencia 105.9 MHz.

9. En fecha 19 de mayo de 2014, mediante escrito ingresado a la Sutel bajo el número NI-4075-2014, la empresa Fairfax indicó que utiliza la frecuencia 105.9 MHz desde el año 2006 por medio del "*alquiler de espacios radiofónicos*" bajo diversas figuras contractuales con la concesionaria Marcosa.

10. Mediante oficio 6238-SUTEL-DGC-2014 de fecha 17 de setiembre de 2014, la DGC emite un informe sobre la identificación de los sitios de transmisión de la frecuencia 105.9 MHz, el cual consiste en un estudio sobre los resultados obtenidos del monitoreo e identificación de las transmisiones en dicha frecuencia. En el que en lo que interesa el citado informe señaló que *"Existe un aparente uso ilegal de la frecuencia 105.9 MHz, ya que a pesar de que la empresa concesionaria Marcosa M y V S.A. no hace uso del recurso, se comprobó la existencia de transmisiones en dicha frecuencia correspondientes a la radio emisora identificada como Radio Urbano. (...) Se determinó que existen transmisiones activas en la frecuencia, 105.9 MHz con contenido correspondiente con la radio emisora identificada como radio Urbano"* (folios 113 a 119).

11. Mediante oficio 6306-SUTEL-DGC-2014 de fecha 19 de setiembre de 2014, la DGC rinde al Consejo de la Sutel un informe en el que hace un análisis sobre la denuncia recibida y las condiciones en se

mantiene la concesión de la frecuencia 105.9 MHz. La DGC en el referido informe y a partir de los resultados de las pruebas técnicas realizadas (consignados en el oficio 06238-SUTEL-DGC-2014) recomendó al Consejo de la SUTEL valorar la apertura de un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa Fairfax Data S.A. (folios 120 a 129).

12. Mediante el acuerdo 036-055-2014 de la sesión ordinaria 055-2014, del Consejo de la Sutel, celebrada el 24 de setiembre de 2014, el Consejo acordó dar por recibidos los mencionados oficios 6238-SUTEL-DGC-2014 y 6306-SUTEL-DGC-2014 y trasladarlos al Viceministerio de Telecomunicaciones, con el propósito de que esta administración valorara y procediera según corresponda, en cuanto a si la empresa Marcosa ha incurrido en una de las causales de extinción de su concesión, en virtud de lo establecido en el artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642 (en adelante, LGT). Dicho acuerdo fue remitido por medio del oficio 6649-SUTEL-SCS-2014 de la Secretaría del Consejo de la Sutel.

13. En fecha 27 de octubre de 2014, mediante escrito ingresado en Sutel bajo número NI-09711-2014, Marcosa con base en lo expuesto en el oficio 06306-SUTEL-DGC-2014 solicitó al Consejo de la SUTEL acoger el citado informe y proceder con la apertura del procedimiento administrativo sancionador (folios 133 a 140).

14. Mediante acuerdo N° 021-067-2014 de la sesión ordinaria 067-2014, del Consejo de la Sutel, celebrada el 7 de noviembre del 2014 (comunicado por el oficio N° 08054-SUTEL-SCS-2014 del 14 de noviembre del 2014), el Consejo de la SUTEL con vista en lo expuesto en el NI-09711-2014 acordó trasladar a la DGM para su conocimiento y que procediera de conformidad con el régimen sancionador en cuanto los hechos denunciados e investigados (folios 141 a 142).

15. En fecha 29 de enero de 2015, mediante escrito ingresado a Sutel bajo número NI-00876-2015, la empresa Marcosa se apersonó ante la DGM y reiteró su solicitud de apertura de un procedimiento sancionatorio contra Fairfax Data S.A. (folios 156 a 157).

16. Mediante oficio 1052-SUTEL-DGM-2015 del 16 de febrero del 2015, la DGM previno a la empresa Marcosa brindar copia certificada completa del expediente judicial N° 07-002202-0182-CI que se tramitó ante el Juzgado Tercero Civil de Mayor Cuantía de San José, al que hizo referencia en el documento con número de ingreso NI-02817-2014, a efectos de contar con la totalidad de elementos fáctico-jurídicos para determinar la procedencia de la tramitación de la denuncia interpuesta (folios 158 a 160).

17. En fecha 23 de febrero de 2015, mediante escrito ingresado a la Sutel bajo número NI-01806-2015, la empresa Marcosa cumplió parcialmente con la prevención que le fuera hecha por parte de la DGM mediante oficio 1052-SUTEL-DGM-2015, siendo que la copia del expediente judicial N° 07-002202-0182-CI no estaba completa, pues faltaba por aportar algunos documentos de ese legajo judicial (folios 161 a 1249).

18. En fecha 25 de febrero de 2015, mediante escrito ingresado bajo número NI-01931-2015, la empresa Marcosa reiteró ante la DGC la interferencia de la frecuencia 105.9 MHz por parte de la empresa Fairfax Data S.A. (folios 1250 a 1253).

19. En fecha 3 de marzo de 2015, escrito ingresado a la Sutel bajo número NI-02145-2015, la concesionaria Marcosa presentó una solicitud de medidas cautelares a su favor, para que esta Autoridad como medida ordene a la empresa Fairfax Data S.A. que en forma inmediata cese toda utilización y explotación de la frecuencia de radio 105.9 FM, o en su lugar, se ordene el cierre de establecimientos, la clausura de instalaciones y la remoción de todo equipo o instrumento de la denunciada Fairfax Data S.A; que esté siendo utilizado para la ilegal explotación de la frecuencia 105.9 FM (folios 1254 a 1278).

20. Mediante oficio 1996-SUTEL-DGM-2015 del 19 de marzo del 2015, en virtud del incumplimiento

parcial de lo ordenado en el oficio 1052-SUTEL-DGM-2015, la DGM previno a la empresa Marcosa aportar las copias pendientes del expediente judicial N° 07-002202-0182-CI que se tramitó ante el Juzgado Tercero Civil de Mayor Cuantía de San José (folios 1279 a 1281).

21. En fecha 26 de marzo de 2015, mediante escrito ingresado bajo número NI-03104-2015, la empresa Marcosa aportó la documentación solicitada en el oficio 1996-SUTEL-DGM-2015 (folios 1282 a 1307).

22. Mediante oficio 02000-SUTEL-DGM-2015 del 19 de marzo del 2015, la DGM solicitó a la empresa Fairfax Data S.A. aportar una copia del expediente que se conoce ante la Fiscalía de Pavas bajo la Sumaria N° 14-000577-0612-PE en contra del señor Marco Antonio Alfaro Ramírez (representante de Marcosa S.A.) por un supuesto delito de estafa en perjuicio de Fairfax Data S.A. (folios 1308 a 1310)

23. En fecha 6 de abril del 2015, mediante escrito ingresado a Sutel bajo número NI-03221-2015, la empresa Fairfax Data S.A. en respuesta a la prevención hecha mediante el oficio N° 02000-SUTEL-DGM-2015, aportó copia de un escrito de solicitud de certificación de copias del expediente N° 14-000577-0612-PE presentado ante la Fiscalía de Fraudes de Pavas, sin que a la fecha se haya aportado la copia completa certificada del expediente judicial referido (folios 1311 a 1313).

24. En fecha 17 de abril de 2015, mediante escrito ingresado a Sutel bajo número NI-03689-2015, la empresa Marcosa solicitó una pronta resolución de la medida cautelar solicitada (folios 1314 a 1320).

25. En el expediente administrativo digital número DPI-00758-2014, se vincula el expediente de la frecuencia 105.9 MHz proveniente de la antigua Oficina Nacional de Control de Radio, TI-MAR, en el cual se puede constatar que la controversia del uso de dicha frecuencia es de larga data (año 2007 en adelante). En dicho expediente se pueden observar varias resoluciones de los tribunales de justicia que versaron sobre la situación jurídica de Marcosa y Fairfax en relación con la citada frecuencia. Fairfax obtuvo medidas cautelares que le permitieron utilizar la frecuencia 105.9 MHz hasta tanto no se dictara la resolución final. El diferendo resuelto en vía judicial llegó hasta la Sala Primera en lo que es el voto N° 000951-F-SI-2013 –antes mencionado-. Una vez recaída la resolución final en los tribunales judiciales la medida cautelar se extingue. Como se puede observar de los antecedentes del caso, Fairfax perdió su pretensión respecto de la titularidad del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz y, por ende según lo establecido en la medida cautelar y al cesar o extinguirse ésta, debería cesar el uso y explotación de la frecuencia en cuestión, sin perjuicio de lo que más adelante se dirán en lo que respecta en sede administrativa. Es necesario aclarar que las actuaciones de fiscalización y supervisión, como las inspecciones y monitoreo para resolver las denuncias de interferencias perjudiciales, o, el procedimiento sancionador, no tienen por objeto dirimir ningún conflicto por el derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz. De lo que se trata es resolver problemas de interferencia perjudicial –en el primer supuesto- y, en el segundo caso, determinar si Fairfax Data Sociedad Anónima, con su conducta ha incurrido en una infracción administrativa para lo cual cabría imponerle una sanción.

26. Mediante oficio 3366-SUTEL-DGM-2015 de fecha 15 de mayo de 2015, la DGM emitió un informe sobre medidas cautelares interpuestas por Marcosa M y V S.A. en la denuncia contra Fairfax Data S.A.

27. Mediante acuerdo 014-025-2015 de la sesión 025, del Consejo de la Sutel, celebrada el 20 de mayo de 2015, el Consejo acordó solicitar a la asesoría legal del Consejo un criterio jurídico adicional en relación con las medidas cautelares que corresponda a partir del cuadro fáctico que se desprende del expediente DPI-00758-2014 y considerando el interés público que reviste los bienes jurídicos tutelados del demanio público radioeléctrico y otros bienes jurídicos tutelados relacionados con la operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones y, que se verían afectados por

la ausencia de controles previos como las habilitaciones respectivas; así como el ejercicio de potestades de fiscalización y supervisión que se pueden ver lesionadas al existir una persona que realiza actividades de operador o proveedor de telecomunicaciones sin contar con los debidos título habilitantes y estar sometido al ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.

28. Mediante oficio 03511-SUTEL-ACS-2015, de fecha 25 de mayo de 2015, la asesoría jurídica del Consejo rindió el criterio solicitado.

29. En fecha 25 de mayo de 2015, mediante escrito ingresado a la Sutel bajo número NI-04894-2015, la empresa FairFax manifiesta entregar la copia prevenida del expediente penal 14-0005777-0612PE (2552-31-14), que es causa penal por el presunto delito de estafa contra Marco Antonio Alfaro Ramírez contra Fairfax Data S.A., y además se indica que se presentó querella y se ejerció la acción civil resarcitoria y se solicitaron medidas cautelares en favor de FairFax, pendientes de resolver en el Juzgado de Pavas.

30. Mediante acuerdo 005-027-2015 de la sesión 027, del Consejo de la Sutel, celebrada el 27 de mayo de 2015, el Consejo acogió el criterio 03511-SUTEL-ACS-2015 y solicitó un proyecto de resolución para decidir la procedencia de la tutela cautelar en el presente caso.

31. Mediante certificación número 008-SUTEL-2015 de fecha 2 de junio de 2015, del Registro Nacional de Telecomunicaciones, que indica: *"Se hace constar que conforme a los expedientes digitales de la antigua oficina de Control Nacional de Radio y expedientes digitales de Sutel bajo custodia del Departamento de Gestión Documental, no existen registros de título habilitante otorgado por el Poder Ejecutivo, a nombre de la empresa FAIR FAX DATA SOCIEDAD ANÓNIMA, con cédula jurídica número tres-ciento uno-trescientos un mil cuatrocientos. Los expedientes de la antigua oficina de Control Nacional de Radio se trasladaron a la Sutel conforme al Transitorio II de la Ley No. 8660..."*.

32. En fecha 2 de junio de 2015, mediante escrito ingresado a la Sutel bajo número NI-5167-2015, la concesionaria Marcosa reitera su solicitud de medida cautelar y solicita que se le otorgue una audiencia oral, con el fin de exponer la necesidad de otorgar la medida cautelar solicitada.

33. Mediante acuerdo 008-028-2015 de la sesión 028-2015, del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante, Sutel), celebrada el 3 de junio de 2015, se solicitó un criterio jurídico para valorar el tema de prejudicialidad planteado por Fairfax en su escrito, según se indica en el punto anterior.

34. Mediante oficio 03938-SUTEL-ACS-2015 de fecha 9 de junio de 2015, se presentó al Consejo el criterio solicitado sobre prejudicialidad.

35. Se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUTEL PARA CONOCER MEDIDAS CAUTELARES

La Ley General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), Ley N° 8642, define en su artículo 66 que: *"durante el procedimiento, la Sutel podrá imponer las medidas cautelares necesarias para* ***asegurar el resultado de un procedimiento sancionatorio*** *o* ***evitar que se pueda comprometer la actividad prestada, así como la integridad de instalaciones, redes, equipos y aparatos****. Cuando tenga* ***indicios claros*** *acerca de la operación ilegítima de redes o prestación ilegítima de servicios de telecomunicaciones, la Sutel podrá imponer como medida cautelar el cierre de establecimientos, la clausura de instalaciones o*

la remoción de cualquier equipo o instrumento. Para ejecutar estas medidas se dispondrá del auxilio de la Fuerza Pública. La Sutel mediante resolución fundada y previa audiencia a los interesados, debe resolver si confirma, modifica o revoca la medida adoptada en un plazo máximo de dos meses, contado a partir del inicio del procedimiento". (El resaltado es nuestro)

El artículo 33 inciso 29) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus Órganos Desconcentrados (RIOF), dispone que le corresponde al Consejo de la Sutel *"[i]mponer, modificar, confirmar y revocar las medidas cautelares necesarias para asegurar el resultado de un procedimiento administrativo sancionatorio o evitar que se pueda comprometer la actividad prestada, así como la integridad de instalaciones, redes, equipos y aparatos, de conformidad con lo señalado en el artículo 66 de la Ley N° 8642".*

Aunado a la normativa específica en materia cautelar en el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, hay que tener en consideración lo establecido en el ordenamiento jurídico en general. En este sentido, la Ley General de la Administración Pública (en adelante, LGAP), Ley N° 6227, en el artículo 229 inciso 2), dispone que *"[e]n ausencia de disposición expresa de su texto, se aplicarán supletoriamente, en lo que fueren compatibles, los demás Libros de esta ley, el Código Procesal Contencioso Administrativo, las demás normas, escritas y no escritas, con rango legal o reglamentario, del ordenamiento administrativo y, en último término, el Código de Procedimientos Civiles, la Ley Orgánica del Poder judicial y el resto del Derecho Común".*

Por su parte, el Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley N° 8508 (en adelante, CPCA) en el artículo 19 establece que: *"1) Durante el transcurso del proceso o en la fase de ejecución el tribunal o el juez respectivo podrá ordenar, a instancia de parte, las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. 2) Tales medidas también podrán ser adoptadas por el tribunal o el juez respectivo, a instancia de parte,* ***antes de iniciado el proceso****"* (El resaltado es nuestro)

Al momento de valorar la procedencia de una medida cautelar, la Administración deberá considerar si se da el cumplimiento de los presupuestos contemplados en el artículo 21 del CPCA, a saber: el *periculum in mora* o peligro en la demora que incluye la "ponderación de los intereses en juego" y, el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho.

Previo a resolver por el fondo lo relativo a la medida cautelar es necesario resolver la prejudicialidad alegada por Fairfax en su escrito ingresado a la Sutel bajo el número de ingreso NI-04894-2015.

SEGUNDO: SOBRE LA PREJUDICIALIDAD ALEGADA POR FAIRFAX AL TRAMITARSE PROCESO PENAL 14-0005777-0612PE (2552-31-14) POR UN PRESUNTO DELITO DE ESTAFA

Fair Fax en su escrito presentado en fecha 25 de mayo de 2015 (NI-04894-2015), manifiesta que en el proceso penal tramitado ante el Juzgado Penal de Pavas, en el expediente penal 14-0005777-0612PE (2552-31-14), por el presunto delito de estafa contra Marco Antonio Alfaro Ramírez contra Fairfax Data S.A., también se presentó querella y se ejerció la acción civil resarcitoria, además de solicitar medidas cautelares en favor de Fairfax, mismas que se encuentran pendientes de resolver en el Juzgado de Pavas. Por lo anterior, Fairfax señala a esta Superintendencia que no puede adoptar ninguna medida en su contra hasta tanto el Juzgado mencionado no resuelva.

Sobre este particular y previo a resolver este Consejo mediante acuerdo 008-028-2015, de la sesión 028-2015, celebrada el 3 de junio de 2015, solicitó un criterio jurídico, el cual este órgano colegiado conoce y se sirve de él para motivar esta resolución en cuanto este extremo. En lo que respecta al análisis de la prejudicialidad planteada por Fairfax, ha de tenerse el criterio del oficio 03938-SUTEL-ACS-2015, que este Consejo acoge y en lo que interesa para motivar su decisión, indica:

> *"(...)*
> *En virtud de lo anterior y para atender la solicitud del Consejo, es necesario analizar lo siguiente:*

1. *¿Cuál cuestión de la acción penal por el delito de estafa y de la acción civil resarcitoria del ilícito penal que se conoce bajo la sumaria 14-0005777-0612PE tiene relevancia dentro del procedimiento administrativo en que se investiga a Fairfax, que pueda constituir una prejudicialidad? Es decir, cuál aspecto de fondo del procedimiento administrativo en que se investiga a la empresa Fairfax exigiría o tendría como antecedente lógico, resolver previamente otra cuestión sustantiva (no procesal), que, en hipótesis, podría dar lugar en el proceso penal indicado por Fairfax?*

   Esta pregunta o aspecto tiene como objetivo precisar la cuestión –supuestamente- prejudicial de trascendencia en el proceso penal sobre el procedimiento administrativo, es decir, cuáles son las circunstancias que vinculan un proceso con el procedimiento administrativo.

2. *La naturaleza y resultado de la acción penal por el delito de estafa, y de la acción civil resarcitoria del ilícito penal, en relación con la supuesta cuestión de fondo a resolver por la Sutel en el caso de ejercicio de sus potestades: la medida cautelar y el procedimiento sancionador.*

   Este aspecto tiene como objetivo determinar el grado de vinculación tanto en la acción penal como en la acción civil resarcitoria, a partir de la cuestión –supuestamente- prejudicial identificada en el procedimiento de medida cautelar y sancionatorio dentro del expediente DPI-00758-2014.

3. *Determinar si esa cuestión –supuestamente prejudicial- ya ha sido resuelta en la jurisdicción judicial civil con carácter de cosa juzgada material, concretamente en el voto 00958-F-S1-2013 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que conforme con la identidad de acción tendría efectos en relación con la acción civil resarcitoria en sede penal dentro del expediente penal 14-0005777-0612PE (2552-31-14) del Juzgado Penal de Pavas.*

   Esta aspecto tiene como objetivo dar respuesta al caso concreto a partir de las premisas anteriores, en el sentido de determinar si efectivamente la cuestión identificada como prejudicial (supuestamente) tiene un antecedente lógico que necesariamente deba resolverse en la sede penal, tanto por la persecución del delito de estafa como de la acción civil resarcitoria del ilícito.

B. Análisis

A continuación procedemos a analizar el caso concreto a partir esencialmente de los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos indicados, específicamente en los aspectos que arriba planteamos como claves para evacuar la consulta.

i) Supuesta cuestión de fondo del procedimiento administrativo en que se investiga el accionar de Fairfax que debe ser resuelta previamente por el juez penal.

Mediante escrito ingresado a la Sutel bajo el número de ingreso NI-04894-2015 la empresa Fairfax presentó dentro de las diligencias seguidas en el expediente DPI-00758-2014 lo que podría entenderse en sentido técnico como un incidente de prejudicialidad penal (Principio de Informalismo, artículo 224 LGAP). En dicho escrito Fairfax indica: "...y lo (sic) contratos que originaron dicha explotación se están dirimiendo en los Tribunales de Justicia, en razón de lo cual, ***no puede la SUTEL resolver el fondo de las presentes diligencias, hasta tanto no se dicte Sentencia definitiva en dicho proceso****...". (El resaltado es del original). EL proceso al que se hace referencia es al proceso penal tramitado ante el Juzgado Penal de Pavas bajo el expediente 14-000577-0612-PE, sea una acción penal por los supuestos delitos de estafa, estelionato y fraude de simulación contra el representante de la empresa Marcosa. Agrega Fairfax en su escrito NI-04894-2015 que "[a]parte de que (sic) ello, hemos de recordar que cuando existen (sic) un conflicto entre particulares que se ventila en sede administrativa, si el mismo llegare a Tribunales de Justicia, queda vedada la Administración de seguir tramitando la misma, y menos de resolver sobre (sic) fondo de la gestión hasta que los Tribunales de Justicia, resuelvan en definitiva el conflicto, el cual queda subsumido y supeditado a lo que se resuelva dentro del respectivo proceso judicial, sí pues en el presente asunto queda NO PODRÁ LA SUTEL ANTES ESTA CIRCUNSTANCIA, resolver nada sobre el fondo del presente proceso* ***Y ASÍ SE SOLICITA EXPRESAMENTE****." (El resaltado es del original)*

Fairfax funda su solicitud de cuestión prejudicial penal en los siguientes motivos:

- *El contrato de cesión de la frecuencia 105.9 MHz (al que hicimos referencia en los antecedentes).*

- *Negativa del Juzgado Tercero Civil de Mayor Cuantía de San José, en la resolución de las 8:40 hrs. del 8 de setiembre de 2014 (en fase de ejecución de sentencia, referenciada en los antecedentes), de realizar la devolución de la frecuencia 105.9 MHz solicitada por Marcosa.*

- *Denuncia de interferencia –ante la Sutel- de la frecuencia 105.9 MHz promovida por Fairfax contra Marcosa. Por esta razón también solicita la acumulación de las diligencias de denuncia.*

Los actos administrativos que la Sutel podría tomar en el procedimiento administrativo serían :1) una medida cautelar de cese de actividad y cierre de establecimiento, la clausura de las instalaciones, y la remoción de equipos (artículo 66 de la LGT) o cualquier otra medida que considere necesaria para satisfacer el interés público; 2) ordenar la apertura de un procedimiento sancionador contra Fairfax a efectos de determinar si incurrido en una infracción administrativa, y en ese supuesto imponerle una sanción; o, 3) cualquier otra gestión que considere necesaria.

Esos actos administrativos tienen esencialmente como cuadro fáctico lo señalado en los antecedentes y que se refieren al supuesto uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz sin contar con una concesión, así como a presuntamente operar una red de telecomunicaciones y prestar servicios sin tener un título habilitante para ello. Lo anterior conlleva una actividad de interés público, regulada en la Ley General de Telecomunicaciones y sujeta por tanto a las potestades y competencias del órgano regulador, la Sutel.

En ese sentido, es importante recalcar que las diligencias seguidas por parte de la SUTEL, sea la tramitación del procedimiento administrativo en que se ha solicitado la imposición de medidas cautelares y la aplicación de la potestad sancionadora de la Administración, no tienden a resolver un conflicto entre particulares. Nótese que el fin del procedimiento administrativo sancionador lo será el averiguar la verdad real de los hechos denunciados por Marcosa, a efectos de determinar si hay indicios claros del uso y explotación ilegítimos del espectro radioeléctrico por parte de Fairfax. Al respecto es importante recordar que la cesión del derecho de uso sobre una frecuencia radioeléctrica no es un negocio libre entre partes, pues las normas que rigen la materia exigen como requisito de validez, un acto administrativo previo que garantice el correcto uso y asignación del demanio radioeléctrico, tal y como se encuentra garantizado por la misma Constitución Política. En ese entendido se parte de que las normas son imperativas, por lo que en ese caso el objeto del procedimiento no puede reducirse a la satisfacción de las pretensiones de las partes sino que se extiende al respeto de la legalidad objetiva. Una cosa en un negocio traslativo de derechos –como la cesión- cuando las normas materiales que se aplican tienen carácter dispositivo y la finalidad perseguida por la regulación procesal es la tutela de situaciones subjetivas individualizadas; y otra muy distinta, cuando las normas materiales aplicables son imperativas, donde es preciso tutelar la legalidad objetiva. En este caso, es indistinto –incluso – si hay procedimiento sancionador o no, o una medida cautelar, lo que sí es determinante, es el restablecimiento del ordenamiento incumplido y la satisfacción del interés público.

En suma, se trata de la situación jurídica de Fairfax respecto del derecho de uso y explotación de un bien demanial y el cumplimiento de normas imperativas tendientes a reguardar el interés público, que la Sutel debe garantizar.

Fairfax ha sostenido que en virtud del contrato de cesión (antes referido) y otros contratos privados tiene derecho a usar y explotar la frecuencia 105.9 MHz y eso la habilita.

Así las cosas, la supuesta cuestión prejudicial que se plantea es la titularidad del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz, que es un bien público y sometido a un régimen especial.

ii) Distinción de la acción penal por el delito de estafa y la acción civil resarcitoria y la relevancia en la determinación de la cuestión de fondo supuestamente prejudicial en el procedimiento administrativo.

Antes de referirnos a la cuestión prejudicial aducida por Fairfax es necesario distinguir las cuestiones sometidas por dicha empresa en la jurisdicción penal. En primer lugar, tenemos la acción penal en virtud de denuncia y querella. En segundo término tenemos la acción civil resarcitoria por el ilícito penal.

De la copia del expediente penal 14-000577-0612-PE, se extrae que en cuanto la acción civil resarcitoria la pretensión es: "Se reclama en la presente Acción Civil Resarcitoria lo que continúa: 1.1. Por DAÑO PATRIMONIAL (LUCRO CESANTE)... 2. Por DAÑO MORAL..." Es decir, la pretensión es únicamente el pago de sumas de dinero e indemnización por daños y perjuicios.

En cuanto a la acción penal por los delitos indicados, Fairfax en la querella solicita que "se realice la investigación de los hechos denunciados" y que "se realice una reparación de los daños y perjuicios a causa del actuar ilícito de la sociedad denunciada y de su representante."

iii) La cosa juzgada recaída en la situación jurídica de Fairfax respecto del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz y, el voto 00958-F-S1-2013 de la Sala Primera en relación con la invalidez del contrato de cesión y la situación del contrato de joint venture y adenda.

El voto 00958-F-S1-2013 de la Sala Primera resuelve el tema de la validez y y nulidad absoluta del contrato de cesión al que Fairfax hizo alusión para fundar su derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz con carácter de cosa juzgada material. En ese sentido, de la lectura de tal sentencia se extrae que la cesión de frecuencias del espectro radioeléctrico no es un negocio de libre conveniencia entre las partes, por cuanto su voluntad está sometida a normas imperativas, como es la que exige la aprobación previa por parte de una autoridad administrativa como un requisito de validez. De esta manera el contrato de cesión sin que se cumpliera ese requisito no pudo perfeccionarse y por tanto es nulo, tal y como lo declaró la propia Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto indicado. Así las cosas, esta cuestión ya ha sido resuelta con carácter de cosa juzgada, por lo que no puede entenderse como una cuestión que requiere ser resuelta nuevamente, siendo que adquirió firmeza manera definitiva.

En cuanto a los otros contratos a los que hace referencia Fairfax, éstos en realidad no se refieren o no tienen por objeto el traslado del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz. En ese sentido, lo que se resuelva sobre ellos en sede penal no se considera que tengan trascendencia para el procedimiento administrativo en cuestión.

El voto 00958-F-S1-2013 señalado, también establece y deja firme y definitivo el conflicto de si fueron contratos simulados o no, los acuerdos de joint venture y su adenda. La Sala Primera -como quedo reseñado en los antecedentes- declara que no se trata de contratos simulados. Tal vez lo más importante para esta consulta es que aún en el caso de que en la vía penal se consideren contratos simulados, en nada afectaría la titularidad del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz, puesto que el contrato de cesión es absolutamente nulo y eso, tampoco el juez penal podría contradecirlo, no solo por la condición de cosa juzgada sino también porque las normas de la exigencia del requisito de validez son normas imperativas, de un régimen especial y que se refiere a la satisfacción y garantía del interés público.

Adicionalmente y muy relevante para determinar si existe o no cuestión prejudicial penal, como puede desprenderse de las pretensiones de la acción civil resarcitoria no se refieren al restablecimiento de la situación jurídica de Fairfax respecto del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz. Como dijimos ya esta pretensión fue resuelta con carácter de cosa juzgada en el voto 00958-F-S1-2013 de la Sala Primera.

Por último, el tema de la acumulación de denuncias por interferencias perjudiciales (que alega Fairfax) debe resolverse oportunamente, considerando primero la admisibilidad de la denuncia, especialmente en cuanto el presupuesto de legitimación. Cabe destacar al respecto que no consta en los registros de esta Superintendencia, que Fairfax sea un operador de redes de telecomunicaciones o un proveedor de servicios de telecomunicaciones, debidamente habilitado para ello. En cuanto a la frecuencia 105.9 MHz o cualquier otra frecuencia, tampoco ésta Superintendencia cuenta con un registro de una concesión o permiso que habilite a Fairfax (legítimamente) para el uso o explotación del espectro radioeléctrico. Todo lo cual se desprende de los antecedentes y del dicho mismo de la propia Fairfax que al menos admite hacer uso y explotación de esa frecuencia, alegando que el título habilitante por el cual usa y explota esa frecuencia lo es un contrato de cesión, el cual como se refirió previamente fue declarado inválido por normas imperativas que así lo disponen, y declarado por el voto 00958-F-S1-2013 de la Sala Primera.

C. Conclusiones

Con fundamento en los antecedentes, fundamentos de derecho y argumentos señalados es posible concluir lo siguiente:

1. *El escrito de Fairfax ingresado a la Sutel bajo el número de ingreso NI-04894-2015, supone un tema de prejudicialidad penal, en el que se solicita a la Sutel no resolver ningún acto administrativo por el fondo que se deba conocer en el expediente DPI-00758-2014 y que le impida el uso y explotación del espectro radioeléctrico.*

2. *En las presentes diligencias dentro de procedimiento administrativo se pretende el restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado y el ejercicio de la potestad sancionadora. Esto es, no se trata de resolver un conflicto entre particulares, sino de la protección y garantía de un bien público, el espectro radioeléctrico, así como la integridad de las redes, de las personas, del orden público económico, entre otros bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.*

3. *La adopción de la medida cautelar en relación con las presentes diligencias pretende evitar que se pueda comprometer la actividad prestada, así como la integridad de instalaciones, redes, equipos y aparatos. La norma del artículo 66 de la Ley General de Telecomunicaciones expresamente señala que cuando hay indicios claros acerca de la operación ilegítima de redes o la prestación ilegítima de redes o la prestación ilegítima de servicios de telecomunicaciones, la Sutel podrá (poder-deber) adoptar esa medida cautelar. En este sentido, la cuestión de trascendencia es establecer prima facie cognitio si Fairfax es titular del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz, mediante el respectivo título habilitante, la concesión.*

4. *En cuanto a la infracción administrativa y la sanción, el objeto del procedimiento versa sobre la determinación de si la conducta de Fairfax –según el cuadro fáctico descrito- conlleva a que haya incurrido en un supuesto de hecho de la infracción por el uso del espectro radioeléctrico sin concesión y la operación de redes y prestación de servicios sin título habilitante para ello. Para determinar ello, será necesario un análisis no solo de tipicidad sino de antijurícidad y culpabilidad, para lo cual deberá seguirse el debido proceso al que hace referencia la ley de rito.*

5. *La supuesta cuestión prejudicial entonces queda definida en la "titularidad del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz", concretamente el contrato de concesión y si hubo o no contrato de cesión válido.*

6. *La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mediante voto 00958-F-S1-2013 resolvió con efectos de cosa juzgada la nulidad absoluta por invalidez del contrato de cesión al que insistentemente alude Fairfax como su título hábil para la explotación de la frecuencia 105.9 MHz.*

7. *En la jurisdicción penal en el proceso seguido en el expediente 14-000577-0612-PE, se ejerce la acción penal y civil resarcitoria. En ningún caso la supuesta cuestión prejudicial es parte de las pretensiones o puede ser revertida por el Juez Penal. En consecuencia, no existe una causa prejudicial penal, una situación sustantiva (no procesal) que deba ser resuelta antes de que la Sutel pueda valorar la procedencia de una medida cautelar o un procedimiento sancionador tendientes al restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado, puesto que la decisión de fondo sobre la invalidez del contrato de concesión (aludido por Fairfax) como hecho ha sido establecida con carácter de cosa juzgada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia."*

De lo transcrito, este Consejo coincide con la argumentación y el cuadro fáctico ofrecido por el criterio 03938-SUTEL-ACS-2015, del cual deriva que en las presentes diligencias y en especial para tomar la presente decisión, no existe una cuestión prejudicial que pueda ser resuelva en el proceso penal (indicado por Fairfax), toda vez que es clara la declaratoria de nulidad absoluta por invalidez del contrato de cesión del derecho de uso y usufructo de la frecuencia 105.9 MHz, lo cual tuvo lugar en sede judicial y con cosa juzgada, mediante el voto 00951-F-S1-2013 de la Sala Primera. Este asunto es una cuestión ya definida en los Tribunales y por tanto no es una cuestión que se debate o pueda debatir en el Juzgado Penal. Al menos no para incidir o afectar el hecho o indicio claro de que Fairfax no cuenta con un título hábil para el uso y explotación del espectro radioeléctrico.

Adicionalmente, es relevante que nos encontramos en una materia de normas imperativas y que el interés público debe garantizarse por esta Superintendencia en ejercicio de sus potestades sancionadoras y en especial para el restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado.

No existiendo motivos o cuestión prejudicial por la que se deba suspender el ejercicio de las potestades de la Sutel en las presentes diligencias, procedemos a continuación a analizar los presupuestos para determinar la procedencia de la medida cautelar.

TERCERO: DE LOS REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 19 párrafo 1 del CPCA establece que la función de las medidas cautelares es *"proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia"*. En el cumplimiento de la tutela cautelar, como derecho fundamental a obtener justicia pronta y cumplida derivado del numeral 41 constitucional, hay que valorar el cumplimiento de los presupuestos contemplados en el artículo 21 de dicho Código, a saber: el *periculum in mora*, que incluya la ponderación de los intereses en juego y el *fumus bonis iuris*. Esto en función de lo que dispone el artículo 368, inciso 2 de la LGAP, reformado según el artículo 200 inciso 12) del citado CPCA.

Ahora bien, en la doctrina nacional se ha definido el ***periculum in mora*** como aquel presupuesto para la adopción de una medida cautelar que "*consiste en el temor razonable y objetivamente fundado de la parte actora de que la situación jurídica sustancial aducida resulta seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal. De lo anterior, resulta que el periculum in mora requiere la concurrencia de dos elementos: el daño inminente y la demora del proceso de cognición plena. Como se ve, el periculum in mora es peligro que amenaza a la situación jurídica sustancial aducida, en virtud de la lentitud de la tutela ordinaria. Debe corresponder a una situación de peligro actual, real y objetiva, determinada por las condiciones en las que se encuentra el administrado. El daño grave e inminente supone una probabilidad cercana, de ahí la urgencia con que debe ser adoptada la medida cautelar, pues de no ser así el daño temido deviene efectivo. En general, cualquier riesgo, que pueda suponer amenaza de ineficacia de la sentencia es, potencialmente, un posible peligro que la cautelar está llamada a conjurar*" . (JINESTA LOBO, Ernesto. *Manual del Proceso Contencioso–Administrativo*. 1 ed. Editorial Jurídica Continental, San José, CR (2008) p. 90.)

A lo anterior debe tenerse presente que en los procedimientos sancionadores en infracciones tendientes a tipificar el uso y explotación ilegítima de bienes públicos y la realización de actividades reguladas en forma ilegítima sin cumplir con la habilitación general administrativa previa, es necesario resaltar el hecho de que el interés público cobra mayor relevancia al concretarse por la naturaleza de la conducta misma una lesión a la potestades y facultades de las administraciones públicas como los controles previos de autorización, que ponen en riesgo e inminente peligro bienes jurídicos tutelados como el demanio público, el ambiente y la integridad de las personas y redes de telecomunicaciones; razón por la cual prima el análisis de estos presupuestos teniendo esta consideración.

Sobre este presupuesto la Sala Constitucional ha indicado que *"(...) las medidas aseguravitas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final"* (Voto N° 7190-94 de las 15:24 horas del 6 de diciembre de 1994, criterio reiterado en el Voto 3929-95 de las 15:24 horas del 18 de julio de 1995, considerando V)". (JINESTA LOBO, Ernesto. "Medidas Cautelares", Capítulo V, en obra colectiva *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, San José, Poder Judicial, 2006, p. 154).

Para los casos en que el interés público y las potestades de las administraciones públicas son lesionados por la conducta infractora en un procedimiento sancionador es muy relevante valorar si el transcurso o demora del procedimiento hasta el dictado de la resolución final genera o aumenta el riesgo o el daño ya ocasionado al interés público y los bienes jurídicos tutelados en forma especial y específica, como el demanio público radioeléctrico, la integridad de las rede y las personas.

Dentro de este presupuesto debe **ponderarse los intereses en juego** o lo que se ha llamado la **"bilateralidad" del *periculum in mora***, derivado del **principio de proporcionalidad** que exige al órgano decisor ponderar los diversos intereses involucrados al dictar la medida cautelar. Este requerimiento es exigido en el párrafo 1° del artículo 22 del CPCA. En esencia se trata de valorar comparativamente el interés del solicitante de la medida con el interés público y el de terceros, en donde la medida ha de denegarse cuando el perjuicio sufrido por la colectividad o terceros es cuantitativa y cualitativamente

superior al experimentado por el solicitante en caso de que no se otorgue la medida. En sentido opuesto, la medida debe otorgarse cuando el perjuicio sufrido o potencial –digamos del interés público o del solicitante- es superior (en los términos indicados) al sufrido o por sufrir (con un alto grado de certeza) del tercero interesado o colectividad. En síntesis, es necesario determinar si existe o no un perjuicio al interés público o de un tercero cualitativa y cuantitativamente superior con relación al irrogado al denunciante o tercero interesado), al mantener los efectos de la conducta investigada o de supuesta infracción.

Dicho lo anterior –de nuevo- debe reiterarse la especialidad que revisten estos presupuestos en los casos de infracciones de uso ilegítimo de bienes públicos y actividades regladas sin habilitación. Como hemos venido indicando dentro de la ponderación de riesgos es esencial valorar la afectación al interés público y los bienes jurídicos tutelados en esta materia del espectro radioeléctrico y la actividad económica de interés general de las telecomunicaciones. Más adelante examinaremos como en casos de uso del espectro radioeléctrico sin concesión o permiso se evade una serie de controles (previos) y facultades del Poder Ejecutivo y la Sutel, que permiten garantizar la ausencia de interferencias perjudiciales, la calidad e integridad de las redes y las personas, el medio ambiente, el orden público económico, entre otros. Es de suma importancia considerar no solo los intereses del denunciante –que puede existir o no- sino que es primordial valorar de qué manera se perjudica y se pone en riesgo el interés público, frente a un sujeto que sin habilitaciones administrativas usa el bien demanial y realiza una actividad regulada de interés público sin título habilitante para ello.

Por su parte, el principio de **fumus boni iuris o apariencia de buen derecho**, se entienda como *"...un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial que invoca la parte promovente y que aparentemente la legitima o del éxito eventual de la pretensión en la sentencia de mérito –probabilidad de salir vencedor de la litis-, de modo que se traduce en una valoración "prima facie" del fondo del asunto (...) debe ponderar la consistencia, seriedad y fundamento de la pretensión deducida (...) La verificación de este presupuesto debe efectuarla (...) antes de conceder la medida cautelar, sin que tal juicio prejuzgue el fondo del asunto dada la cognición sumaria"* (JINESTA LOBO, Ernesto. *Manual del Proceso Contencioso–Administrativo.* 1 ed. Editorial Jurídica Continental, San José, CR (2008) p. 91).

En particular en los casos de uso ilegítimo del espectro radioeléctrico y actividad regulada sin habilitación, este presupuesto es de fácil constatación dado que se requiere de una concesión, permiso o autorización, como técnicas de control previo y sobre todo porque existe un Registro Nacional de Telecomunicaciones. Esta potestad certificadora declara la certeza de hechos que son considerados de verdaderos. De manera tal que al menos *prima facie* basta con la falta de un título habilitante útil para la explotación de dicho bien o de la actividad regulada, y aún más la ausencia del registro correspondiente cuando corresponda.

Resumiendo, se tiene que el peligro en la demora consiste en el peligro actual, real, objetivo, grave e inminente, que podría sufrir la Administración Pública e interés público y el solicitante (cuando corresponda), durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la resolución principal; mientras que la apariencia de buen derecho es la probabilidad acerca de la existencia de la potestades y facultades de la Administración Pública que se han dejado de ejercer por la conducta del supuesto infractor así como situación jurídica del promovente (en los casos que así exista).

No se debe dejar de lado que entre las ***características*** –que se señalan de manera general- a las medidas cautelares están: su carácter *instrumental y provisional.* Es decir, la medida cautelar no resuelve sobre el fondo del asunto ni sustituye la resolución final del mismo. Al respecto la doctrina ha sido abundante al indicar que *"(...) La tutela cautelar es provisional porque es instrumental (es decir, no es definitiva porque está en función de un proceso), pero, a la vez, al ser instrumental debe ser provisional (esto es, por estar en función de una resolución principal que la extinguirá, no puede tener un carácter definitivo). La medida cautelar está destinada a extinguirse cualquiera que sea el resultado del juicio principal (...)"* (Font Serra, E. *Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva.* Ediciones Universidad de Navarra, España (1974) p.p. 144-145). Es por este motivo que la medida cautelar puede ser modificada en el cualquier momento hasta antes del dictado de la resolución final, tal y como lo expuso el Tribunal

Contencioso Administrativo, Sección Sexta al referirse a los alcances de la medida cautelar *"(...) puede ser cesada o modificada en cualquier momento, ante la variabilidad de las condiciones que originariamente le dieron cabida o bien, adoptar la que de previo hubiere sido rechazada, tal y como lo estatuye el canon 29 del código de rito (...) guardan una marcada relación de accesoriedad con la sentencia final, pues en definitiva, sirven de instrumento para mantener la vigencia del objeto del proceso..."* (Resolución N° 0089-2010 de las 11:40 horas del 5 de marzo de 2010).

También hacemos una precisión de estas características en materia sancionadora específicamente en infracciones cuyos supuestos consisten en el uso ilegítimo de un bien público y la explotación de una actividad en forma ilegítima, en cuyos supuestos se tiene como efecto natural el cese de la actividad o la conducta, y por consiguiente, una cautela cuyo contenido sea precisamente dicho cese de actividad, no debe interpretarse como anticipo de la resolución final sancionadora. Ello por cuanto el acto final del procedimiento sancionador lo que determina es si una conducta comprende el supuesto típico de una infracción y la aplicación de la correspondiente sanción (multas en materia de telecomunicaciones). Si bien existe en materia de telecomunicaciones una sanción posible consistente en el cierre de establecimiento, clausura de instalaciones o remoción de equipos, ello es para las infracciones cuya conductas tipificadas no tengan ese efecto natural al ser declaradas. Por esta razón tiene sentido que la Ley General de Telecomunicaciones establezca como una medida cautelar específica de cierre de establecimiento, clausura de instalaciones o remoción de equipos, cuando existan indicios claros del uso ilegítimo del espectro radioeléctrico o la operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones sin habilitación para ello.
Esta medida típica del artículo 66 de la Ley General de Telecomunicaciones establece la medida para salvaguardar el interés público ante las situaciones flagrantes de ilegitimidad en la explotación del demanio radioeléctrico y de una actividad regulada que requiere un título habilitante.

Por tanto, para el dictado de una medida cautelar es necesario que los presupuestos y las características señaladas estén presentes en el cuadro fáctico a valorar, con la finalidad de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la resolución final que recaiga en el procedimiento sancionador. En el caso del uso ilegítimo del espectro radioeléctrico y prestación ilegítima de una actividad regulada, el fin del procedimiento sancionador además de su finalidad represiva, no hay duda de dicha represión conlleva el restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado, un cumplimiento voluntario y por ende, que la lesión, daño, peligro o riesgo de perjuicio no se extienda o incremente o acentúe en otras esferas y situaciones por el hecho de no tomar las medidas correspondientes en forma oportuna.

CUARTO: CUMPLIMIENTO DE LOS PRESESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR AL CASO CONCRETO

Previo al análisis correspondiente de los presupuestos para acoger una medida cautelar, es necesario recordar el objeto de un procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, la Procuraduría General de la República sobre la potestad sancionadora administrativa ha indicado en lo que interesa que esta: *"puede ser definida como "**una potestad de signo auténticamente represivo, que se ejercita a partir de una vulneración o perturbación de reglas preestablecidas**" (...). Esta potestad de la Administración para imponer sanciones se justifica en el "ius puniendi único del Estado", del cual es una de sus manifestaciones (...). En consecuencia y, por extensión, las garantías y principios del Derecho Penal deben aplicarse en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, aunque con ciertos matices. (...) De manera que, es en ejercicio de esa potestad que la Administración puede imponer sanciones a los particulares por las transgresiones que del ordenamiento jurídico éstos cometan, previamente tipificadas como infracción administrativa por una norma. Dicha facultad le es atribuida a la Administración para que, más que prevenir, **reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellas áreas de la realidad cuya intervención y cuidado le hayan sido encomendados con anterioridad**. De lo anterior derivan dos elementos que componen la potestad sancionadora: a) la actividad limitadora de la Administración y, b) el mantenimiento de un determinado orden. (...) En lo que al primer elemento se refiere, debemos recordar que la libertad jurídica no es absoluta, sino relativa, condicionada, pues siendo*

el Estado quien la reconoce al traducirla en derechos subjetivos, también puede intervenir sobre ella, configurándola por medio de normas. En cuanto al segundo, es indudable que el fin al que tiende esa actividad limitadora es la defensa directa e inmediata del orden jurídico, entendido como una situación objetiva definida por las normas que otorgan derechos e imponen deberes a los particulares (...)". (La negrita es intencional). (Procuraduría General de la República. *Manual de Procedimiento Administrativo.* San José, Costa Rica (2006) p. 206).

Lo esencial de lo dicho es el "cómo" la Administración sancionadora realiza esa defensa y en materia del régimen sancionador es con acento represivo, esto es imponiendo una sanción.

Con base en lo anterior, en sentido estricto el procedimiento administrativo sancionador no trata de reconocer un derecho o interés legítimo invocado por un sujeto, cuya pretensión sea que mediante un acto final se le reconozca su situación jurídica determinada; sino que el juicio es sobre la existencia o no de la comisión de una infracción a partir de la conducta de un sujeto considerado infractor, que de determinarse su existencia es necesario reprimir la conducta infractora (esto es, imponer una sanción).

Sin embargo, superado la finalidad represiva lo que se espera del infractor y sancionado es que cumpla voluntariamente el ordenamiento jurídico. Ello implica que el sancionado ha de reconducir su conducta y actuaciones de modo tal que no vuelva a incurrir en la infracción. Para ello el efecto lógico y natural es el cese de su conducta o actividad, sobre todo en los casos de actuaciones continuadas, como es el uso o explotación (ilegítimo) de una frecuencia del espectro radioeléctrico sin una concesión o permiso, o la realización de una actividad regulada sin tener el título habilitante para ello.

Tratándose del demanio radioeléctrico y de una actividad de interés general hay una variedad de bienes jurídicos tutelados y de concreción del interés público, que el ordenamiento jurídico regula de forma especial y específica, por ejemplo, a través de controles previos (autorización), habilitaciones como la concesión, sometimiento a obligaciones y cumplimiento de disposiciones tendientes a garantizar la integridad de las redes (homologación de equipos), integridad de las personas (aprobación de sitios o emplazamientos de radiocomunicaciones), eficiente uso del espectro (libre de interferencias perjudiciales), entre otros. Los actos o conductas que vayan en contra de estos controles y que impidan el ejercicio de otras potestades que garanticen la protección a esos bienes jurídicos y otros principios y objetivos de la LGT, pueden ser considerados por su naturaleza productores de daños y lesiones al interés público por el simple hecho de realizarlos. Este es el caso del uso y explotación de frecuencias radioeléctricas y de la realización de una actividad de interés general regulada, sin los respectivos títulos habilitantes para ello.

Dicho lo anterior y en relación al caso concreto, los presupuestos y características que deberán estar presentes para el dictado de esta medida cautelar, se desarrollan de seguido, con la finalidad de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la resolución final del procedimiento sancionador. Dicho esto, conviene extraer de los informes y criterios informes y criterios de los oficios 6238-SUTEL-DGC-2014, 6306-SUTEL-DGC-2014, 3366-SUTEL-DGM-2015 y 3511-SUTEL-ACS-2015, lo que este Consejo considera necesario para motivar la presente resolución y que se transcribe en lo conducente a continuación y, según los siguientes apartados:

En primer lugar hay que indicar que el artículo 66 de la Ley General de Telecomunicaciones establece:

> *"ARTÍCULO 66.- Medidas cautelares. Durante el procedimiento, la Sutel podrá imponer* ***las medidas cautelares necesarias*** *para* ***asegurar el resultado de un procedimiento sancionatorio*** *o* ***evitar que se pueda comprometer la actividad prestada,*** *así como la* ***integridad de instalaciones, redes, equipos y aparatos.***
>
> *Cuando tenga* ***indicios claros*** *acerca de la* ***operación ilegítima*** *de redes o la* ***prestación ilegítima*** *de servicios de telecomunicaciones, la Sutel podrá imponer como* ***medida cautelar el cierre de establecimientos, la clausura de instalaciones o la remoción*** *de cualquier equipo o instrumento. Para ejecutar estas medidas se dispondrá del auxilio de la Fuerza Pública.*

> *La Sutel mediante resolución fundada y previa audiencia a los interesados, debe* ***resolver si confirma, modifica o revoca la medida adoptada*** *en un plazo máximo de dos meses, contado a partir del inicio del procedimiento".* (El resaltado no es del original)

Adicionalmente, los artículos 4 y 65 de la Ley General de Telecomunicaciones en este tipo de procedimientos se aplica lo dispuesto en la Ley General de la Administración (LGAP), el cual en su artículo 229 señala que supletoriamente se aplica lo dispuesto en el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA).

El artículo 21 del CPCA dispone que los presupuestos de la medida cautelar son la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris* o *fumus non mali iuris*) y peligro en la demora (*periculum in mora*). Asimismo, el artículo 22 del CPCA establece que se debe considerar el principio de proporcionalidad (ponderación de los intereses en juego) y los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad.

Asimismo, es necesario destacar como fundamento de la decisión a adoptar el artículo 19 párrafo segundo y más específicamente el artículo 26 del CPCA (aplicables supletoriamente) habilitan la adopción de medidas antes de iniciar el procedimiento administrativo respectivo (*ante causam*) y sin audiencia previa (*inaudita altera parte*). En este último caso, la tutela cautelar en materia de uso ilegítimo de espectro y de operación de redes y prestación de servicios sin título habilitante, establece una regulación específica, en donde el artículo 66 de la LGT expresamente señala que la medida cautelar se puede adoptar y que después la Sutel otorgará una audiencia para confirmar la medida, modificarla o revocarla.

Antes de iniciar el análisis de fondo de este procedimiento cautelar, es necesario recordar que toda medida cautelar es adoptada en virtud de una cognición sumaria, puesto que, la plena solo resulta aplicable del procedimiento principal (v.gr. sancionador). La cognición sumaria o *prima facie cognitio*, parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa.

De seguido analizaremos los presupuestos que se requieren para valorar la procedencia de la medida cautelar, con fundamento en los informes y criterios mencionados y, que acogemos en lo que se dirá:

a. Sobre la apariencia de buen derecho

El Poder Ejecutivo y de la Sutel ostentan ciertas potestades y facultades que les son atribuidas por ley para regular, vigilar y controlar el espectro radioeléctrico así como una actividad que es considerada de interés general sobre la cual se requiere un título habilitante para su prestación. Estas potestades –y en el modo en que se desarrolla a continuación- permite justificar que en efecto la Sutel y el Poder Ejecutivo tienen un fuerte fundamento para adoptar una medida que permita salvaguardar el interés público en estas materias. En este sentido el criterio del oficio 3511-SUTEL-ACS-2015, señala:

"(...)

a) *En cuanto a la apariencia de buen derecho, el suscrito aclara y agrega a lo indicado por dicho criterio [*del oficio 03366-SUTEL-DGM-2015] *que el análisis debe realizarse además respecto de las potestades del Estado y facultades de la Sutel y, sobre todo los intereses públicos y bienes jurídicos tutelados de manera específica y especial en la regulación de telecomunicaciones y la norma de infracción en cuestión. Y por otro lado, que la parte investigada y presunta infractora no cuenta con título hábil alguno que legitime su conducta, como hecho de fácil constatación en el Registro Nacional de Telecomunicaciones, amén de los autos que constan en el expediente sancionador. Es evidente que este presupuesto existe en el presente caso. La potestad de certificación del registro comprende la declaración de conocimiento de unos hechos verdaderos..."*

Po su parte el criterio del oficio 3366-SUTEL-DGM-2015, agrega:

> *"En relación a la apariencia de buen derecho, refiere la Licda. Naranjo López que su representada pretende que se apliquen las sanciones correspondientes a la denunciada por el uso y explotación ilegítima de la frecuencia 105.9 FM, siendo que a su criterio existen suficientes elementos probatorios que justifiquen la*

apertura de un procedimiento de esa naturaleza (entre ellos, el oficio N° 6306-SUTEL-DGM-2014). Asimismo señala que mediante el voto de la Sala Primera N° 000951-F-SI-2013, quedo acreditado con carácter de cosa juzgada material que Fair Fax[sic] Data S.A. carece de cualquier título habilitante para explotar la frecuencia 105.9 FM, tal y como consta en copia de tal resolución inmersa en el expediente judicial N° 07-002202-0182-CI aportado a los autos.

Sobre el particular, mediante Acuerdo Ejecutivo N° 117-2004 del 10 de enero del 2005 se le otorgó a la empresa Marcosa M y V S.A. la concesión de derecho de uso de la frecuencia 105.9 Mhz[sic], tal y como se desprende de los folio 275 a 279 del expediente TI-MAR. Ahora bien, la Dirección General de Calidad de esta Superintendencia en el oficio N° 6306-SUTEL-DGC-2014 del 19 de setiembre del 2014 indicó en lo conducente que: "No consta en el expediente en custodia de esta Superintendencia ninguna otra cesión posterior sobre la concesión otorgada para la explotación de esta frecuencia, por lo que es posible señalar que de conformidad con la información remitida en su oportunidad por la Oficina de Control Nacional de Radio, que el titular de la concesión actualmente es la empresa denunciante. Asimismo, tampoco se encuentra constancia alguna de un contrato privado de cesión de la frecuencia, ni de la prestación ante la antigua Oficina de Control Nacional de Radio, de una solicitud de autorización de cesión de frecuencias a favor de la empresa Fair Fax[sic] Data S.A." (folios 120 a 129).

Por otra parte, en el voto de la Sala Primera N° 000951-F-SI-2013 claramente se concluye que "Es así como de los contratos celebrados por las partes, y los testimonios en parte transcritos, es contundente para esta Sala que efectivamente la primera negociación iba encaminada a una cesión de parte de Marcosa y a favor de Fairfax. Pero fue decisión de las propias partes realizar un nuevo acuerdo, el cual por su contenido dejaba sin efecto el anterior; pues su objeto es completamente distinto. En el primero se negoció la cesión de los derechos sobre la frecuencia; en el segundo, lo que se pretende es el trabajo conjunto de la operación de la estación de radio, e incluso se estipula claramente que dicho negocio, no pretende la cesión de la frecuencia" (folio 77). Es decir, la suscripción del contrato de "Joint Venture" a criterio de la Sala Primera dejó sin efecto lo pactado el 19 de abril del 2006, sea el acuerdo de cesión de la frecuencia 105.9 FM; acuerdo que valga decir, no contó con la autorización requerida por parte de la entidad administrativa competente, tal y como se tuvo por demostrado en el expediente judicial referido previamente aportado a los autos.

Por otra parte, del oficio N° 6238-SUTEL-DGC-2014 de fecha 17 de setiembre del 2014 se desprende que para esa época la frecuencia 105.9 FM estaba siendo utilizada por una emisora que no es la concesionaria legítima, sea Radio Urbano. Lo anterior es conteste con lo consignado mediante escrito con número de ingreso NI-04075-2014 de fecha 19 de mayo del 2014 por medio del cual el señor Joseph Raymond Krieg, en su condición de Presidente con facultades de Apoderado Generalísimo de Fair Fax[sic] Data S.A., en respuesta a un requerimiento de información solicitado por la Dirección General de Calidad de esta Superintendencia mediante oficio N° 2576-SUTEL-DGC-2014, indicó en lo que interesa: "no es cierto que que (sic) mi representada utiliza la frecuencia 105,9 MHz de manera irregular, pues ello es totalmente falso, dado que la utilización de dicha frecuencia desde el año 2007 hasta la fecha se da en primer dentro de marco de varios contratos que mi representada suscribió con MARCOSA M Y V S..A desde el año 2006, que se refería a la cesión de la frecuencia a favor de mi representada y ante el incumplimiento de dicha sociedad no le quedó más remedio a mi representada que acudir a los Tribunales de Justicia y reclamar en la vía ordinaria el cumplimiento de dichos contratos, todo lo cual se ESTÁ TRAMITANDO DENTRO DEL EXPEDIENTE DEL JUZGADO TERCERO CIVIL DE MAYOR CUANTÇÍA (sic) DE SAN JOSÉ NÚMERO 07-002202-182-CI (7) (...). Finalmente, he de indicar que mi representada no está explotando la frecuencia de marras, sino que lo que hace únicamente es alquilar espacio de tiempo radiofónico a varias personas según consta en los contratos adjuntos y que así se hecho en atención a los contratos suscritos por [Sociedad Anónima y la gestionante, modo en que hemos venido operando al menos desde año dos mil seis desde que se dio el conflicto, y todo ello ha sido de conocimiento de la gestionante, en atención a los convenios firmados y cuya existencia tiene conocimiento su dirección mediante la copia de la Sentencia de Casación, que si bien no tiene efecto para terceros, si son completamente válidos para entre las sociedades involucradas y por la anotación citada líneas atrás, la cual se encuentra vigente hasta la fecha, pues de lo contrario la propia gestionante desde hace muchos años hubiera solicitado la presunta explotación ilegal de la frecuencia 105.9 MHz" (folios 91 a 94)."

Adicionalmente, el informe del oficio 6238-SUTEL-DGC-2014, que brinda un estudio de los resultados obtenidos del monitoreo e identificación de las transmisiones en la frecuencia 105.9 MHz, indica como irregular:

"Existe un aparente uso ilegal de la frecuencia 105.9 MHz, ya que a pesar de que la empresa concesionaria

Marcosa M y V S.A. no hace uso del recurso, se comprobó la existencia de transmisiones en dicha frecuencia correspondientes a la radio emisora identificada como Radio Urbano. (...) Se determinó que existen transmisiones activas en la frecuencia, 105.9 MHz con contenido correspondiente con la radio emisora identificada como radio Urbano"

Además dicho criterio señala como conclusiones:

"(...)

- *La empresa Marcosa M y V S.A. concesionaria de la frecuencia 105.9 MHz indicó que no hace uso de dicho recurso mediante nota recibida el 20 de mayo del presente año (referencia NI-4275-2014).*

- *Se determinó que existen transmisiones activas en la frecuencia 105.9 MHz con contenido correspondiente con la radio emisora identificad com Radio Urbano.*

- *Mediante el proceso de radio-determinación se ubicaron los puntos de emisión de las transmisiones de la frecuencia 105.9 MHz en los sitios Volcán Irazú, Cerro de la Muerte, Cerro Esperanza y San Vicente de San Carlos.*
- *A [sic]pesar de que se determinó que los sitios identificados como fuente de las transmisiones en la frecuencia 105.9 MHz coinciden con la ubicación de las transmisiones reportadas por la empresa Marcosa M y V S.A., las transmisiones podrían generarse desde sitios cercanos a estos en el mismo sector.*

- *Se identificó un aparente uso ilegal de la frecuencia 105.9 MHz, ya que se detectaron transmisiones en esta frecuencia a [sic]pesar de que la empresa concesionaria no hace uso del recurso."*

Además, interesa destacar el informe del oficio 6306-SUTEL-DGC-2014, sobre la denuncia recibida por el uso de la frecuencia 105.9 MHz presentada por la empresa Marcosa contra Fairfax, que cuanto a sus conclusiones:

- *"De conformidad con la información remitida por la antigua Oficina de Control Nacional de Radio a esta Superintendencia, el titular de la concesión para el uso y explotación de la frecuencia 105.9 FM es la empresa Marcosa M y V S.A.*

- *La empresa concesionaria suscribió un contrato de tipo "joint venture" con la empresa denunciada, Fair Fax[sic] Data S.A. según el ecual ambas empresas explotarían en forma conjunta la frecuencia 105.9 FM.*

- *Según la información disponible en el expediente elaborado por la Oficina de Constrol Nacional de Radio, a partir de la suscripción del citado contrato, el uso y explotación de la frecuencia concesionaria fue realizado de forma continua e ininterrumpida por la empresa Fair Fax[sic] Data S.A.*

- *A partir del cese del vínculo contractual entre ambas entidades, la empresa concesionaria solicitó la intervención de la antigua Oficina de Control Nacional de Radio en los mismos términos de la presente denuncia, en contra de una explotación irregular de la frecuencia 105. FM por parte de un tercero, por lo que solicita la intervención de las autoridades correspondientes para la reanudación de transmisiones en dicha frecuencia.*

- *Que el uso y explotación de la frecuencia 105.9 FM por parte de la empresa Fair Fax[sic] Data S.A. se realizó inicialmente con el consentimiento expreso del titular de la concesión, Marcosa M y V S.A. bajo la figura de un contrato de "joint venture" cuya validez incluso fue reconocida en sede judicial.*

- *Que en vista de las gestiones efectuadas por la empresa concesionaria tanto ante la antigua Oficina de Control Nacional de Radio como ante esta Superintendencia se concluye que desde el momento de suscripción del contrato indicado, la empresa no utiliza la frecuencia concesionada sino que la misma es explotada comercialmente por un tercero, distinto a la concesionaria.*

- *Que vista de las manifestaciones efectuadas por la empresa concesionaria tanto ante la antigua Oficina de Control Nacional de Radio como ante esta Superintendencia por parte de representantes de ambas empresas, es posible concluir que la explotación de la frecuencia 105.9 FM no se realizaba en forma conjunta en los términos establecidos en el contrato, sino de forma exclusiva por parte de la empresa Fair Fax[sic] Data S.A.*

- *Que de conformidad con los resultados obtenidos a partir de la información brindada por el denunciante, se concluye que la frecuencia 105.9 FM actualmente se encuentra siendo utilizada por una empresa distinta a la concesionaria la cual se identifica con el nombre comercial de "Radio Urbano"[sic]*

- *Que con fundamento en la respuesta brindada por el representante de Fair Fax[sic] Data S.A. se concluye que esta empresa en apariencia continúa utilizando esta frecuencia pese a no contar con una concesión válida otorgada por el Poder Ejecutivo para estos efectos."*

Es importante indicar que Fairfax reconoce el uso y explotación que hace de la frecuencia 105.9 MHz en diversos documentos o actuaciones, y específicamente señalamos el escrito suscrito por su representante Joseph Raymond Krieg, quien además es su apoderado generalísimo, recibido el 19 de mayo de 2014 en la Sutel mediante número de ingreso NI-4075-2014, en el cual en lo que nos interesa y en lo conducente, indica:

> *"..., no es cierto que mi representada utiliza la frecuencia 105.9 KHz [sic] de manera irregular, pues ello es totalmente falso, dado que la utilización de dicha frecuencia desde el año 2007 hasta la fecha se da en primero dentro de un marco de varios contratos que mi representada suscribió con MARCOSA M Y V S.A. desde el año 2006, que se refería a la cesión de la frecuencia a favor de mi representada y ante el incumplimiento de dicha sociedad no le quedó más remedio a mi representada que acudir a los Tribunales de Justicia y reclamar en la vía ordinaria el cumplimiento de dichos convenios, todo lo cual se **ESTÁ TRAMITANDO DENTRO DEL EXPEDIENTE DEL JUZGADO TERCERO CIVIL DE MAYOR CUANTÍA DE SAN JOSÉ NÚMERO 07-002202-282-CI (7)...**"*
>
> (...)
>
> *"Finalmente, he de indicar que mi representada no está explotando la frecuencia de marras, sino que lo que hace únicamente es alquilar espacio de tiempo radiofónico a varias personas según consta en los contratos adjuntos y que así se [ha] hecho en atención a los contratos suscritos por Fair Fax[sic] Sociedad Anónima y la gestionante, modo en que ha venido operando al menos desde el año dos mil seis desde que se dio el conflicto, y todo ello a[sic] sido de conocimiento de la gestionante, en atención a los convenios firmados y cuya existencia y tiene conocimiento su dirección mediante la copia de la Sentencia de Casación, que si bien no tiene efecto para terceros, si son completamente válidos para entre las sociedades involucradas, y por anotación citada líneas atrás, la cual se encuentra vigente hasta la fecha, pues de lo contrario la propia gestionante desde hace muchos años hubiera solicitado la presunta explotación ilegal de la frecuencia 105.9 KHz [sic]."*

Sobre el resultado del proceso judicial indicado por el representante de Fairfax téngase lo analizado en lo transcrito de los informes antes mencionados y lo que a continuación se transcribe del voto N° 951-F-S1-2013.

Hay que destacar que con vista del voto N° 951-F-S1-2013 se desprende que la misma parte Fairfax reconoce que en efecto es la persona que usa y explota la frecuencia 105.9 MHz. En ese sentido indica el dicho voto:

> *"El 16 de noviembre de 2007 el representante legal de Fairfax Data S.A. (en adelante Fairfax), interpuso demanda contra Marcosa M Y V S.A. (en lo sucesivo Marcosa). En lo esencial indicó que la accionada tiene los derechos de concesión y explotación de la frecuencia modulada radiofónica 105.9. El 19 de abril de 2006, dijo, ambas acordaron la cesión de los derechos de concesión y explotación de dicha frecuencia por un precio de $900.000,00. En ese momento, expresó, le pagó a Marcosa $20.000,00 y convinieron que el resto se cancelaría de la siguiente manera: el 15 de mayo $80.000,00; el 30 de mayo $50.000,00; el 30 de junio $150.000,00; el 30 de agosto $150.000,00; el 30 de setiembre $150.000,00; el 30 de octubre $150.000,00; todas esas fechas del año 2006. En ese acto, adujo, lo que firmaron fue un contrato de cesión de derechos, el cual posteriormente iban a presentar a la Oficina Nacional de Control de Radio (ONCR). A partir de ese momento la emisora adquiría un nuevo nombre, pasándose a llamar BETZ 106; además inició la explotación y administración de la frecuencia. Desde entonces, señaló, las oficinas han estado en Sabana Sur y en Plaza Rohrmoser; se encargan de los salarios del personal, el pago de servicios públicos, así como los impuestos municipales. Al momento de la interposición de la demanda, expuso, le ha pagado a Marcosa la suma de $739.500,00; de la siguiente manera: 19 de abril $20.000,00; el 21 de julio $60.000,00; el 7 de agosto $70.000,00; el 9 noviembre $250.000,00; el 15 de diciembre $40.000,00; el 28 de diciembre $65.000,00, todas*

de 2006; el 4 de enero $45.000,00; el 5 de abril de 2007 $112.500,00; el 10 de mayo $47.000,00; el 5 de julio $5.000,00; todas esas del año 2007 y menciona un pago de $25.000,00 del cual no precisa fecha. Señaló, cada vez que se atrasaba en los pagos que debía hacer, Marcosa le presentaba un contrato diferente al de cesión, con el cual ponía un precio más alto. Incluso, apuntó, en varias ocasiones la demandada ha creado interferencia con sus transmisores, causando un problema de señal y amenazándolo con "bajar el switch", es decir quitarle la emisión de la señal de radio. Esos convenios que ha tenido que suscribir, mencionó, los denominó a uno "Joint Venture", del 15 de marzo de 2007 y al otro "Addéndum al Contrato de Joint Venture"; del 20 de abril de 2007; ambos con la intención de subir el precio originalmente pactado, además de introducir cláusulas leoninas para tergiversar la cesión. Insistió, que nunca han explotado conjuntamente la emisora; como tampoco han designado órganos de administración para la distribución de labores y actividades propias de un contrato de "joint venture". Debe notarse, refirió, que el monto que se estipuló en ambos acuerdos, es idéntico. El plazo que se pactó en el segundo compromiso, manifestó, se estableció como un límite temporal para que la actora pagara lo adeudado por la cesión. El "joint venture", advirtió, tiene cláusulas leoninas relativas al cobro de los daños y perjuicios, sacar del aire la transmisión de la frecuencia, dar por terminado y finiquitar el negocio sin responsabilidad. Aseguró, el contrato de "joint venture" es simulado, porque pretende cubrir la verdadera relación contractual, que es la cesión de la frecuencia. A principios del mes de agosto de 2007, aseveró, le propuso a Marcosa pagarle el saldo adeudado cuando se firmara formalmente el documento de la cesión de derechos que exige la ONCR; sin embargo la respuesta fue que ya el convenio entre las partes no era de cesión, sino el de "joint venture"; aceptó hacer el traslado solo si le pagaba en el acto $1.600.000,00 en lugar de lo que originalmente se acordó. Ante su negativa, afirmó, la demandada le pidió que firmara un documento, donde se daban por finiquitadas las relaciones entre ellos. En virtud de tanta inseguridad, sostuvo, tomó la decisión de no pagar más abonos a la obligación sinalagmática, hasta tanto no se hiciera la cesión del derecho de frecuencia. El 4 de setiembre de 2007, alegó, mediante notaria pública, Marcosa le informó que le otorgaba un mes para dejar de transmitir en la frecuencia. El 8 de octubre de ese año, arguyó, el apoderado de la accionada solicitó a ONCR previniera a la actora que dejara de transmitir, ya que lo estaba haciendo ilegalmente; ante lo cual esa oficina inició una investigación. El 9 de octubre siguiente, dijo, solicitó medidas cautelares atípicas para que se le mantuviera la explotación mientras se dilucida el proceso; lo cual le fue concedido."

De la transcripción anterior lo que interesa es el reconocimiento de la empresa Fairfax en lo que describe y detalle las circunstancias en las que inicia el uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz.

Adicionalmente, se desprende del voto N° 951-F-S1-2013 que la Sala Primera reconoce la relevancia de los negocios de cesión de derechos de uso y explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico el acto administrativo de aprobación previa y que sin él los negocios de cesión son nulos. En ese sentido dicho voto 00951-F-S1-2013 señala:

"De las normas transcritas, queda claro que la ley en ese momento vigente prohíbe que este tipo de derechos salgan del dominio del Estado, lo cual significa, que es el único a quien se le considerará propietario de una frecuencia de radio. No obstante, permite hacer concesiones y la persona beneficiada, será la concesionaria de esa frecuencia, consistiendo ese derecho únicamente en su explotación. Ahora bien, también se estipula con claridad, que el concesionario está facultado a traspasar los derechos de concesión, siempre y cuando obtenga previamente la autorización del Ministerio de Gobernación y consulta al Departamento de Control Nacional de Radio (en adelante DCNR). Con esto se evidencia, es factible ceder la concesión ***siempre que sea autorizado con anterioridad.***" (El resaltado es nuestro)

"(...)
Coincide esta Sala con el el (sic) Tribunal, en el sentido de que es evidente que el negocio pactado entre las partes, era la transmisión de los derechos de explotación o concesión de la frecuencia. A todas luces, se trata de un contrato de cesión y concuerda en haber declarado sin lugar la demanda; sin embargo dista de la manera cómo razonó el asunto. Es importante hacer mención de que, para este Órgano colegiado, el punto medular del asunto, el cual se ha dejado de lado, recae en el requisito de autorización por parte de la ONCR, como uno de validez. En ese sentido, es importante mencionar que en términos generales, la figura de la autorización, consiste en la remoción de un obstáculo jurídico para la validez del ejercicio de un derecho preexistente. Esto es justamente lo que regula el numeral 17 de la Ley 1458 el cual prohíbe que se traspase el derecho a una frecuencia sin que exista previa autorización del Departamento de Control de Radio. En este sentido, no puede perderse de vista que este negocio jurídico recae sobre un objeto que es de dominio público y cuyo uso y disfrute fue otorgado a Marcosa mediante concesión. Debido a que el bien sobre el cual recae el contrato es titularidad estatal, cualquier traspaso debe ser previamente autorizado por la Administración competente, no

solo ante la existencia misma de una concesión, la cual constituye un título habilitante para el ejercicio por un tercero de ciertos derechos sobre el bien demanial, sino además, porque el nuevo concesionario debe cumplir la totalidad de los requisitos fijados por el ordenamiento jurídico para ostentar dicha condición, aspecto que debe ser verificado mediante el procedimiento correspondiente. Así las cosas, cabe afirmar que la propia accionante, en los hechos enumerados como 2°, 4°, 5°, 6°, 36° y 37° de la demanda hace las siguientes afirmaciones: que lo que acordaron fue la cesión de derechos de la concesión de la frecuencia 105.9, por $900.000,00. También, reitera que lo firmado es la cesión de derechos de la concesión de la frecuencia. Pero dice que se comprometen a confeccionar posteriormente el documento formal para presentar a la oficina nacional de control de radio. Ha de mencionarse también, que relativo a permisos, solo se refiere a que en algún momento se solicitó uno a dicha oficina para el traslado de la antena y el transmisor. Aún así, ha insistido en que a partir de la firma del documento al que califica de informal, la cesión se dio y perfeccionó. Aunado a lo anterior, aduce en su demanda que en el mes de agosto de 2007 la actora le presentó a la accionada una propuesta para que firmaran el contrato de cesión a efecto de cumplir con la exigencia de ONCR, con el fin de realizar el traspaso. Además, el actor dice que don Marco Antonio no aceptó firmar porque adujo ya no estaba dispuesto a hacer el traspaso. Por su parte los juzgadores de ambas instancias no advirtieron en el elenco de hechos probados la existencia de esa autorización. Así, tal y como ***se evidencia del cuadro fáctico tenido en ambas resoluciones, como del propio elenco de hechos desplegado en la demanda y de una revisión exhaustiva del expediente, no consta que Marcosa y Firefax previo a realizar la cesión de derechos, hayan solicitado la autorización a la ONCR****. Según se explicó líneas atrás, este requisito, indispensable para poder llevar a cabo el negocio jurídico que las partes pretendían, nunca se realizó. Ante esta situación, el contrato de cesión suscrito el 19 de abril de 2006 carece de toda validez, así como la cesión de la concesión de la frecuencia 105.9.* ***De tal manera no pueden pretender las partes ejecutarlo y hacerlo valer como tal en este proceso. En esta línea de pensamiento, dicho acuerdo deberá declararse absolutamente nulo.***"
(El resaltado es del original)

En relación con la variación de la relación entre Marcosa y Fairfax a partir del llamado *joint venture* y su *addenda*, la Sala Primera en su voto 00951-F-S1-2013, señala:

"Coincide esta Sala con lo resuelto por el Tribunal, por las razones que de seguido se dirán. Al analizarse las probanzas constantes en autos, en primer lugar del contrato denominado "Joint Venture", se desprende claramente la voluntad de las partes de realizar un nuevo negocio jurídico. El cual ya no versaba sobre la cesión del derecho de frecuencia, sino, su explotación de manera conjunta, ello porque así se desprende de lo estipulado en las cláusulas segunda y cuarta de dicho negocio jurídico, en donde se establecieron las obligaciones de cada una de las empresas involucradas. Aunado a lo anterior, también se estipuló en qué consistía la contraprestación económica del convenio, según se lee en el acápite sexto, en donde claramente Fairfax se comprometió a cancelar $900.000,00, en el plazo de ocho meses que era el lapso de duración del acuerdo. Incluso se estipularon las sanciones en caso de incumplimiento por alguna de las partes, tan es así que, claramente partiendo de la experiencia del contrato anterior, se impuso que el solo hecho de que la actora faltara oportunamente con el pago de una sola cuota, ello daría cabida a dar por terminada la relación contractual. Con posterioridad el adendum lo que modificó es el monto a pagar. Sin embargo, el contrato no parece tener ningún vicio, ni se evidencia una situación de la cual se pueda desprender que este fue creado para ocultar una situación que no es la real. Además de lo anterior, según el testimonio del señor Benroi Daly Mullins, quien era funcionario de la emisora, página 240 y siguientes, en un primer término en efecto se había negociado la cesión de la frecuencia, cuando declaró: "Según los términos de la negociación, la frecuencia costaba novecientos mil dólares, se dijo que se iba a hacer un primer pago después del cual nosotros íbamos a comenzar a explotar la emisora, y efectivamente así fue. […] Nosotros nunca le hemos pagado alquiler mensual por esa emisora, la idea que él nos propuso era vender la frecuencia, nunca nos habló de alquiler."; pero también quedó claro que tenían inconvenientes con la cancelación de las sumas de dinero debidas: "en cierto momento nosotros teníamos problemas con algunos pagos y como la frecuencia se estaba comprando para explotarla […] Después de vivir con esto mes a mes de tener interferencias y de ha (sic) haber cancelado más de setecientos mil dólares, entonces optamos por parar el proceso de los pagos […] Cuando se negoció al principio, la idea era que se iba a presentar a la Oficina de Control de Radio el documento formal de traspaso. Eso fue lo que se acordó. Los problemas que tratabamos (sic) de arreglar con la reuniones, era el tema del pago, buscábamos una solución razonable, que arreglara el tema de los pagos, el (sic) solucionara su problema, nosotros también y dejaramos (sic) de afectar a otras emisoras.". Ahora bien, este mismo testigo afimó: "En muchas ocasiones yo me comuniqué con don Marco con todo el respeto del mundo tratando de terminar con este conflicto y llegar a un acuerdo, pero era un poco difícil porque los montos del contrato cada vez subían. Nosotros al inicio si firmamos algo, pero conforme iba transcurriendo el tiempo iba surgiendo algo nuevo.". Con ello se confirma que firmaron el nuevo contrato teniendo las partes conocimiento de las

implicaciones que este tenía, tan es así que de manera consciente aceptaron convenir un nuevo precio e incluso con posterioridad mediante adendum aumentarlo. Además el señor Benroi Daly explicó: "Ciertamente nosotros nos atrazamos (sic) en algunos pagos con don Marcos, y ahí comenzaron los problemas de "encendido", "apagado", "ya no es esta suma, es otra"". Por su parte, también se cuenta con la declaración del señor Juan José Campos Cordero, quien fue la persona que fungió como intermediario entre las partes, afirmó: "El negocio consistía en la venta de la frecuencia 105.9 para iniciar con la emisora Beatz 106, Marco Alfaro le vendía a Jenny. Durante el tiempo que yo trabajé para la empresa don Marco nunca estuvo ahí, ni participó en la administración de la empresa. […] Me consta que fue una venta porqué (sic) así me lo dijo Benroi, y además de eso se habló en la primera reunión en la que yo estuve presente. […] El problema de poner el otro transmisor, según se comentaba en las reuniones, era por problemas de pago que existía entre Jenny y don Marco.". Es así como de los contratos celebrados por las partes, y los testimonios en parte transcritos, es contundente para esta Sala que efectivamente la primera negociación iba encaminada a una cesión de parte de Marcosa y a favor de Fairfax. Pero fue decisión de las propias partes realizar un nuevo acuerdo, el cual por su contenido dejaba sin efecto el anterior, pues su objeto es completamente distinto. En el primero se negoció la cesión de los derechos sobre la frecuencia; en el segundo, lo que se pretende es el trabajo conjunto de la operación de la estación de radio, e incluso se estipula claramente que dicho negocio, no pretende la cesión de la frecuencia. Es claro que Fairfax sabía con exactitud que el "Joint Venture" suscrito, se refería a realizar una labor en equipo, en donde cada una de las empresas tenía muy bien definido su rol. Así, no se evidencia la intención de llevar a cabo un negocio jurídico diferente, o bien, de no realizarlo; razón por la cual no es posible hablar de un contrato simulado. Ahora bien, merece hacer referencia al finiquito que presentó Marcosa, el cual, según el casacionista con este se corrobora que la cesión se mantenía vigente. Tal y como se ha explicado líneas atrás, no cabe ninguna duda de que la suscripción del contrato de "Joint Venture", dejó sin efecto lo acordado en el de cesión. No hay ninguna evidencia que el contrato fuese simulado. Como bien se desprende de lo dispuesto en ese convenio, el hecho de que la accionante faltara al pago de uno de los tractos allí estipulados, le permitía a la demandada dar por concluido el acuerdo. De tal manera que Marcosa lo único que hizo fue dar aviso a Fairfax de que ante su incumplimiento, la relación comercial entre ellos se terminaba. ***Esto no evidencia ningún ánimo de simular; ni tampoco demuestra que al momento de firmar el denominado negocio jurídico "Joint Venture" o su adendum existiese una situación de donde se pretendiera simular.*** *Cabe señalar también,* ***que tal y como se explicó en considerandos anteriores, el objeto de la cesión sí era posible, pues así lo permite el ordenamiento jurídico; siempre que se contara con la autorización correspondiente. Aún y cuando en algún momento de este proceso se discutió el tema de que el contrato de cesión no era posible,*** *esto no evidencia que el "Joint Venture" tuviera como fin simular un acto no permitido por ley.* ***Al contrario, lo que se demuestra es que el objeto de las negociaciones entre las partes cambió. De esta manera, no existen las violaciones probatorias ni legales que alega el recurrente, razón por la cual los agravios deberán denegarse.***" (El resaltado es nuestro)

De lo transcrito del voto N° 951-F-S1-2013 de la Sala Primera se desprende que Fairfax actualmente no es el titular del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz y que ha estado haciendo uso y explotación de la frecuencia como si fuera propia y, que a partir de la firmeza de la sentencia en dicho voto N° 951-F-S1-2013, es claro a efectos de esta Superintendencia en ejercicio de sus competencias, que Fairfax no debería estar haciendo uso y explotación del espectro radioeléctrico en ningún caso a falta de una concesión o permiso que la ampare.

Finalmente, hay dos aspectos que hace referencia Fairfax que requieren una aclaración. Esto son "la anotación de demanda" en el asiento de inscripción de la concesión del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz y, la medida cautelar adoptada por el Juzgado Tercero Civil de Mayor Cuantía de San José.

Estos dos elementos, la anotación de la demanda y la medida cautelar en el proceso judicial se refieren a una controversia ya concluida en favor de Marcosa sobre el derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz, y en lo que nos ocupa en estas diligencias no es la situación jurídica de las partes judiciales, sino el conocimiento, investigación de una conducta de Fairfax supuestamente tipificada como infracción administrativa, cuyo supuesto de hecho lleva aparejada una medida cautelar típica en casos de indicios claros.

La empresa Fairfax mezcla los dos actos procesales judiciales, una cosa es la anotación de demanda ordinaria que como indica su representante es una medida preventiva para alertar a terceros de la

demanda interpuesta, y otra es la resolución judicial ordenando una medida cautelar específica para ordenar a una administración pública un deber de abstención en cuanto al ejercicio de sus funciones de contralor y fiscalizador de un bien demanial y de una actividad regulada. Esta medida cautelar concreta y específica tiene carácter instrumental y provisional, de manera tal que una vez que el acto condicionante, a decir, la sentencia, se produce y el proceso es resuelto definitivamente, la medida se extingue y se entiende revocada. Otra cosa es la anotación de la demanda que si se produjo mediante mandamiento de Juez, que si se requiere levantar y se necesita otro mandamiento, que así sea, pero es independiente de la vicisitudes de la medida cautelar concreta que fue adoptada mediante resolución judicial que Fairfax indica que es la adoptada mediante resolución dictada por el Juzgado Tercero Civil de Mayor Cuantía de San José de las 10:30 horas del 27 de noviembre de 2007. Cabe señalar que en el expediente TI-MAT, al folio 582 de tomo II, consta oficio de fecha 6 de noviembre de 2008 del mencionado Juzgado Tercero Civil en el que se ordena levantar las medidas cautelares que se otorgaron dentro del expediente 07-100036-240- CI, expediente que por incompetencia fue enviado a esa autoridad judicial y mediante resolución de las 16:00 horas del 24 de julio de 2008, se rechazó la solicitud de Fairfax para concederle como medida cautelar que se le otorgara la frecuencia 105.9 FM. Sigue indicando el mencionado oficio del 6 de noviembre de 2008 que, lo anterior (el levantamiento comentado) se produce por haberse ordenado así dentro del proceso ordinario 07-002202-182 CI (7) acumulado a la medida cautelar 07-100036-240 CI. Desconocemos si existe otra medida cautelar adoptada en fecha posterior a la indicada por Fairfax en su escrito ingresado a la Sutel número NI-4075-2014 que señala una medida otorgada el 27 de noviembre de 2007, un año antes de este levantamiento. En todo caso, lo importante en cuanto la extinción de las medidas cautelares en este asunto, adoptadas en los expedientes judiciales referidos, es que procede –como se indicó- con la adopción de la sentencia final y definitiva. En este sentido, señala la doctrina nacional:

> *"Toda medida cautelar es, necesariamente, provisoria, ya que, la relación constituida es, por naturaleza, intrínsecamente interina, se agota en el momento de dictarse la sentencia de mérito. Consecuentemente, las medidas cautelares tienen una "vida genéticamente provisoria", hasta tanto no sobrevenga la decisión definitiva, operan con autonomía y estabilidad relativas sobre la situación jurídica cautelada.*
>
> *La duración de la medida precautoria está supeditada a la pendencia del proceso principal, por lo que su eficacia nunca es definitiva, sino tan solo provisoria."* (JINESTA LOBO, Ernesto: "Medidas Cautelares", Capítulo V, en obra colectiva *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, San José, Poder Judicial, 2006, p. 162).

En todo lo anterior debe indicarse que la valoración hecha en este proceso cautelar es *prima facie cognitio* –como se explicó al inicio-, es decir, no se exige el grado de probanza y valoración con el detalle y completud que requiere la estimación de fondo en el proceso sancionador, toda vez que no pretende resolver el acto final del de dicho procedimiento s, sino que la existencia de los motivos de hecho, los fundamentos de derecho y la motivación exigidos en esta materia (cautelar) no requieren satisfacer las exigencias de la resolución de fondo, sin embargo, y como ha quedado demostrado y motivado en este acto, si debe cumplir un análisis *prima facie cognitio* de verosimilud, al que se cumple con la presente resolución.

Adicionalmente, en la cuestión de la "anotación de demanda", la doctrina considera a la anotación preventiva como un asiento provisional de un derecho eventual y transitorlo. Es una medida que recae sobre derechos reales. Sobre este particular es necesario comprender que el Registro Nacional de Telecomunicaciones no es un registro constitutivo de derechos. Ciertamente sus fines son para que los operadores, proveedores de telecomunicaciones y los usuarios finales, puedan ejercer sus derechos, a partir de la publicidad de ciertos actos y hechos y así cumplir con los principios de transparencia, no discriminación y derecho a la información (ver artículo 80 de la LGT). La función registral puede tener diverso contenido y alcance, y, ello depende de la ordenación que la ley haya establecido. Aunado a lo anterior, l Reglamento del Registro Nacional de Telecomunicaciones, aprobado mediante resolución RJD-100-2014 de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, publicada en el Alcance digital N° 53 de la Gaceta N° 195 del 10 de octubre de 2014, señala que a función registral de la Sutel *"[c]omprende la revisión de los requisitos o datos necesarios para practicar los asientos registrales,*

la materialización de su inscripción, la supervisión del cumplimiento de los procedimientos internos de la SUTEL relacionados con la inscripción de documentos para garantizar la seguridad y la publicidad de los mismos, así como para asegurar que el público tenga acceso a la información relativa a los actos inscribibles y garantizar la transparencia en la labor de supervisión de la SUTEL." Además de lo anterior, en las consideraciones y análisis para la aprobación de dicho reglamento y en cuanto a las anotaciones judiciales se indicó:

> *"El (...) señala, que se deben incluir las modificaciones impuestas por una orden judicial (...). Debe recordarse que la inscripción en el RNT es declarativa, no constitutiva.*
>
> *En cuanto a otro tipo de modificaciones, debe observarse que una orden judicial no podría ordenar al Registro la modificación del acto administrativo emitido por otro ente competente. Por lo que en igual sentido, corresponde al órgano competente acatar la orden judicial y ordenar la modificación del acto respectivo.*
>
> *En todo caso, la orden judicial podría disponer una anotación del acto de inscripción del Registro Nacional de Telecomunicaciones, el cual, es un acto distinto del acto administrativo que se inscribe, por ejemplo, un título habilitante, una concesión."*

Con base en lo anterior, es evidente de que existe un alto grado de probabilidad de la existencia de la situación jurídica sustancial invocada por la denunciante, y además, de que sin la debida habilitación exigida por ley de Fairfax se vuleneran los controles, potestades y facultades de la Sutel y del Poder Ejecutivo. En consecuencia, el cuadro fáctivo y jurídico para adoptar la medida cautelar cumple el principio de la apariencia de buen derecho.

b. Sobre el periculum in mora y la ponderación de intereses en juego

El tiempo que dure el procedimiento sancionador pone en riesgo o peligro el fin último que se persigue con su finalidad represiva, que es evitar una prolongación de la falta de controles previos y el ejercicio de otras facultades de la Sutel y el Poder Ejecutvio, sin las cuales se lesionan las transmisiones del titular de la concesión de la frecuencia 105.9 MHz, al existir interferencias perjudiciales. Además y tal vez lo más importante, la falta de los título habilitantes respectivos con los que no cuenta Fairfax, resulta de la normativa legal de telecomunicaciones –implícitamente- un riesgo que hace peligrar la la integridad de las redes, las personas, la posibilidad de que la Sutel pueda ejercer sus facultades de control, verificación, homologación de equipos, aprobación de emplazamientos, determinación de operaciones que pueden alterar el orden público económico. Precisamente las particularidades del especrto radioeléctrico y el peligro de las interferencias para el uso y explotación de este bien público en beneficio de la sociedad, en lo que justifica la reserva del Estado de un conjunto de potestades y facultades. Así las cosas, incumplir con controles y la posibilidad de ejercer sus atribuciones hacen que ese riesgo se manifieste. La prolongación de ese riesgo en perjuicio del interés público en lo que dura el procedimiento sancionador, solo agravarían o incrementaría dicho perjuicio. En consecuencia, el interés público está siendo afectado y la adopción de una medida cautelar permitirla evitar la prolongación de esa afectación al interés público y la puesta en peligro a los bienes jurídicos tutelados y sobre todo que no se incremente dicho o los daños ocasionados en mayor amplitud de sujetos y a la colectividad. En ese sentido, el criterio 03511-SUTEL-ACS-2015, señala:

> *"(...)*
>
> *b) La normativa general (no específica ni especial) que regula las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico establece que debe acreditarse la certeza sobre los posibles daños sufridos o por sufrir (daños actuales o potenciales), para lo cual debe aportarse información que ponga en relieve que efectivamente el daño se llegare a producir. Lo primero que debe resaltarse es que se admiten los daños potenciales y no únicamente los efectivamente sufridos. En segundo lugar, la información o prueba que debe aportarse depende de las características o particularidades de cada caso, pudiendo ser que hasta el mismo ordenamiento jurídico asuma que la realización de una conducta (por su gravedad y evidente quebranto) suponga una fuerza productora de daños en potencia (riesgos, peligro, una prolongación de afectación a bienes públicos o intereses jurídicos tutelados en forma especial en el ordenamiento jurídico).*

La tesis del suscrito es la siguiente. Como se trata del uso y explotación de una frecuencia para la realización de una actividad, de las particularidades del espectro radioeléctrico como bien demanial, el solo hecho que una persona ocupe una frecuencia sin título habilitante provoca un daño o potencialmente un riesgo de provocar graves daños. En este caso, a otras redes, a las personas, al mercado, a las potestades del Poder Ejecutivo y de la Sutel y, al orden público económico; razón por la cual la misma LGT en su numeral 66 reconoce que es suficiente indicios del quebrando del ordenamiento jurídico -en estas circunstancias- para ordenar el cierre del establecimiento, o la clausura de instalaciones o la remoción de equipos.

En caso de aceptar la tesis de que el solicitante requiere demostrar los daños como si se tratase del daño en la explotación de una actividad, la usurpación de frecuencias sin asignar (que no han sido concesionadas), dejaría al Estado sin posibilidad de imponer medidas dado que en estos casos no existe una explotación o uso de las frecuencias. Ello contravendría el fin público que persigue las medidas del artículo 66 de la LGT y además toda la lógica sobre la que descansa la tutela constitucional del bien jurídico del demanio radioeléctrico.

El Estado se reserva la potestad de gestionár y controlar el espectro radioeléctrico, que en realidad no es un bien tangible objeto de apropiación por nadie, ni el Estado. Se trata de una entidad jurídica que persigue otorgar al Estado una potestad y conjunto de deberes para garantizar el uso eficiente del espectro, controlar las interferencias perjudiciales y garantizar la competencia efectiva, transparencia, no discriminación, entre otros bienes jurídicos tutelado. Son estas facultades y controles previos que garantizan el interés público detrás de esta materia, las que se ven afectadas y sufren un daño manifiesto, cuando un particular hace uso ilegítimo de una frecuencia del espectro radioeléctrico y opera redes y presta servicios de telecomunicaciones sin estar habilitado para ello.

Se trata que los habitantes de Costa Rica se beneficien del mejor aprovechamiento de este recurso escaso para lo cual el Estado cuenta con una serie de potestades. Si cualquier persona puede usurpar o hacer uso y explotación de dicho bien público sin un título habilitante sin posibilidad de este tipo de cautelas, el riesgo de afectación al interés público es tal, que por eso el solo indicio del uso ilegal o prestación ilegítima resultan suficiente para probar la posibilidad cierta de un[a] daño o incluso –en el caso de las facultades del Estado- un daño sufrido (fraude al control previo de habilitación). Por ejemplo, mientras exista un uso ilegítimo de una frecuencia el Estado no podría asignarla ni iniciar ningún procedimiento para su asignación, provocando un daño al Estado y la afectación del interés de muchos ciudadanos. El sistema no tendría forma de saber que quien opera una red de telecomunicaciones explotando esa frecuencia lo hace con equipos homologados que no dañen otras redes o la integridad de las personas. Precisamente porque no se ha pasado por el control previo de la autorización o habilitación general para la explotación de un bien público y la actividad de operación de redes o prestación de servicios de telecomunicaciones.

*El hecho de que exista un concesionario titular del derecho de uso y explotación de la frecuencia usurpada u ocupada en forma ilegítima, no hace desaparecer la afectación a las potestades del Estado y el daño al interés público; de manera tal que limitarse en la demostración de daños del denunciante impediría tomar una medida cautelar. Por el contrario, considera el suscrito que ante el uso ilegítimo del espectro y la existencia de un concesionario afectado, además se acentúa el resultado perjudicial no solo contra el interés público sino contra la situación jurídica de ese concesionario; quien ve imposibilitado de ejercer su derecho independientemente de si explota o solo hace uso de las frecuencias, sobre todo en los casos de **asignación exclusiva**. Este es el otro elemento que debe considerarse, las particularidades técnicas del espectro radioeléctrico.*

*Las frecuencias radioeléctricas que son de **asignación exclusiva**, dada su naturaleza no pueden ser ocupadas o usadas por dos sistemas de transmisión en un mismo lugar y al mismo tiempo; en consecuencia, la exclusión de titular de la concesión por el usurpador es evidente que provoca un daño real. Este hecho o prueba de daño queda demostrado por tratarse de **hecho evidente**, comprobable de modo claro y manifiesto, es una verdad irrefutable.*

*c) En relación con la ponderación de los intereses en juego, considera el suscrito necesario tener en cuenta otros elementos de juicio y hacer algunas precisiones. En primer lugar, los intereses que están en juego en una medida cautelar **frente a usos ilegítimos del espectro o actividades ilegítimas**, son: el interés público –tal y como se mencionó, en especial los relativos a las interferencias perjudiciales, uso eficiente y ordenamiento público económico; el del sujeto que realiza el uso y explotación del espectro y presta servicios sin contar con un título hábil para ello. Puede que **en algunos casos además** entren en juego otros intereses como el del concesionario y titular del derecho de uso y explotación de la frecuencia radioeléctricas respectiva*

*(máxime si se trata de frecuencias de asignación exclusiva). Lo intereses de quienes son oyentes o de terceros, beneficiarios o consumidores de servicios de una actividad ilegal no necesariamente deberían ser considerados; **y de serlos** deben ser analizados en su verdadera dimensión enfrentados a los intereses públicos, las lesiones a las potestades y facultades de la Sutel y las situaciones jurídicas válidas de terceros.*

Hay que tener claro que las relaciones jurídicas que se entraban y son de trascendencia respecto de hechos donde medie el uso ilegal de una frecuencia del espectro radioeléctrico, esté o no concesionada. En general tenemos las siguientes relaciones que podemos apreciar. El Estado con el concesionario. El estado con el supuesto infractor. El supuesto infractor y sus clientes o terceros. El concesionario y sus clientes o tercero. Vemos que son distintas relaciones jurídicas y de distinta naturaleza jurídica, unas son jurídico-administrativas y otras son jurídicas de índole comercial, a lo sumo. De estas relaciones a criterio del suscrito solo son relevantes (en cuanto sus facultades de control del espectro radioeléctrico y del régimen sancionador), las que deriva del poder sancionador de la Sutel y el sujeto supuesto infractor, y en aquellos casos de frecuencias asignadas, en forma complementaria los intereses de los concesionarios de las respectivas frecuencias.

*Los oyentes o incluso clientes de pauta publicitaria de una empresa radioemisora que opera ilegalmente no pueden estimarse suficientes para enervar la protección del ordenamiento jurídico a los intereses públicos y bienes jurídicos superiores tutelados constitucionalmente. Desde luego no hablamos en general a todos los casos de infracciones, el presente análisis se refiere a las cautelas reguladas en forma especial y específica ante el uso ilegítimo del espectro radioeléctrico y la realización ilegítima de actividades. Si un sujeto con miles de clientes que opera ilegalmente por el simple hecho de ser clientes no pueden simplemente constituirse en una causa **suficiente** para impedir la aplicación de medidas como las solicitadas. Estaríamos incentivando la práctica de usurpaciones del espectro radioeléctrico pues bastaría entonces para cualquier particular demostrar que tiene clientes, pese a su explotación del bien demaniál y operación ilegal, y así tener acceso al espectro, aún en contra de quienes si tienen el derecho exclusivo de explotación y con un quebranto frontal de las facultades de la SUTEL y potestades del Poder Ejecutivo.*

*No se trata de una medida contra quien es concesionario o que puede alegar válidamente un derecho de uso de una frecuencia radioeléctrica, sino de personas que **sin tener siquiera título habilitante** para usar o explotar el espectro radioeléctrico u operar redes o prestar servicios de telecomunicaciones, han entrado en relaciones con terceros que si bien éstos son de buena fe, sus intereses no pueden prevalecer sobre los del interés público ni del concesionario. Así lo dispone –meridianamente- la norma del artículo 66 de la LGT. En consecuencia, las relaciones contractuales con terceros de quien explota ilegítimamente una frecuencia radioeléctrica y una actividad de telecomunicaciones, no pueden ser oponibles frente a las garantías del bien de demanio público radioeléctrico y la relación jurídico-administrativa derivada entre el Estado y la concesionaria titular del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz.*

Bajo este enfoque, el suscrito considera que la ponderación de los intereses en juego en casos de uso ilegítimo del espectro y actividad regulada, se debe considerar principalmente el interés público y los bienes jurídicos tutelados de manera especial y específica en el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. Además, el interés del concesionario de la frecuencia asignada y que es ocupada ilegítimamente, tomando en cuenta la imposibilidad real y material (hecho evidente) del concesionario de explotar la frecuencia (mientras sea usurpada por un tercero). Sin embargo, reiterar que en los casos de uso ilegítimo del espectro y actividad reglada, el interés público es el más afectado así como el del demanio público. En el caso que nos ocupa, además el titular del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz, sufren un daño por el simple hecho de que un tercero sin derecho a transmitir en dicha frecuencia lo haga, puesto que dada las características de esta frecuencia de asignación no exclusiva, no puede ser utilizada por dos sistemas de transmisión al mismo tiempo en el mismo lugar. Ahondado a lo anterior, el peligro en la demora en estos casos de uso ilegítimo se determina también por la puesta en riesgo y el peligro de mayores daños a los intereses públicos, al orden público económico y de los consumidores, por la falta de controles previos y el ejercicio de la facultades de la Sutel y el Poder Ejecutivo: concursos públicos, contrato de concesión, comprobación de requisitos, homologación de equipos, supervisión y fiscalización, pago de cánones y contribución especial parafiscal, determinación de concentración y análisis de merca[d]os y requerimientos de información, entre otros. De no tomarse la medida cautelar la lesión del interés público se agrava y se acrecienta el riesgo de un mayor daño [mayor] a dicho interés y las facultades de la Sutel y de las potestades del Estado.

Alguna doctrina incluso ha señalado en cuanto otras materias –competencia desleal- que no es necesario justificar el peligro o sus consecuencias, sino la existencia objetiva de unas conductas desleales (diríamos en nuestro caso ilegítimas), en fase de realización o inminentes (Otamendi Rodríguez-Bethencourt, J.J;

Competencia desleal. Análisis de la Ley 3/1991, Pamplona, citado por Ortells Ramos Manuel et al, Las Medidas cautelares en derecho de la competencia, Tirant Lo Banch, Valencia, 1999, p. 105). Por eso la ley en dicha materia establece que la procedencia de una medida se requiere que existan indicios de la realización de un acto de competencia desleal, al margen de su gravedad, trascendencia o repercusión, bastando la mera existencia objetiva de unas conductas desleales. Si nos ponemos a ver algo similar dispone nuestra LGT en el artículo 66 en cuanto a materia de espectro radioeléctrico y la operación de redes y servicios de telecomunicaciones. Mayor relevancia –creemos- se tiene en esta materia por tratarse de bienes demaniales y actividades ilegítimas que requieren un título habilitante, y por tanto, de fácil constatación.

El interés del sujeto que realiza una conducta ilegítima sin ningún título hábil para justificar su actuación recalda sobre el demanio público radioeléctrico y una actividad que requiere del control previo del Estado, es considerado y el de tereceros con quienes hay[a] entrado en algún tipo de relación, sólo que no pueden prevalecer sobre el interés público, porque el denunciante (cuando exista) o el solicitante de la medida (cuando no fuera de oficio) no pudieron demostrar daños (efectivos o potenciales) en forma eficiente.

Recordemos que el procedimiento sancionador puede existir o no, pero para efectos de la titularidad del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz no se requiere de un procedimiento declarativo o constitutivo de derecho; pues es un hecho y derecho ya declarado en virtud de contrato de concesión y un registro que así lo hace constar.

El procedimiento sancionador –en el caso concreto- lo que busca no es declarar de quien es la titularidad de la concesión de la frecuencia 105.9 MHz, sino de establecer si la conducta desplegada por la empresa investigada es subsumible o realiza el supuesto de hecho de una infracción administrativa, que para dichos efectos poco importa si la frecuencia había o no sido asignada. De verificarse lo anterior el procedimiento buscaría además imponer una sanción al infractor.

En última instancia debe garantizarse el restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado, a través del procedimiento sancionador sí, claro es; sin dejar de lado las otras vías que en los casos como el que nos ocupa, son más eficaces y por ello, se tipifican como medidas dentro de la LGT (artículo 66)."

Por lo anterior, considera este Consejo que también queda fundamento y justificado el presupuesto de "peligro en la demora" en la que además se analiza la "ponderación de los intereses en juego".

c. Sobre las características de instrumentalidad y provisionalidad.

La instrumentalidad de una medida como la del cese de la actividad ilegítima o el cierre de establecimiento en el caso de examen tiene un carácter instrumental porque permite asegurar que cuando se adopte la resolución final y de llegarse a determinar la infracción de uso del espectro sin concesión o la operación de redes sin título habilitante, el infractor y sancionado (ya para ese entonces y de ser así) cesará la conducta voluntariamente y, en ese momento se espera que la lesión a los potestades y facultades de la Sutel no hayan permanecido lesionadas, de modo tal que se garantice un espectro radioeléctrico libre de interferencias, la explotación de la frecuencia 105.9 MHz por parte del titular de la concesión respectiva, evitado que exista un competidor que distorsione el orden público económico o ponga en peligro la integridad de otras redes y de las personas; todo lo cual como consecuencia de que el supuesto infractor (Fairfax) no fue (ni es) sujeto de esas potestades que permiten garantizar el funcionamiento y aptitud de quien opera una red de telecomunicaciones y brinda servicios de telecomunicaciones. En ese sentido el criterio del oficio 03511-SUTEL-ACS-2015, indica:

"(...)

a) Sobre la instrumentalidad. Hay materias como la ambiental o las del demanio público u orden público económico que rige el principio precautorio. Esto es que las particularidades del dichas materias y el bien jurídico tutelado (en forma específica y especial) que con esas regulaciones el legislador y el constituyente pretenden tutelar, se afirma que un riesgo a la provocación de daños o el llamado peligro, provoca que el Estado asuma un nivel mayor de alerta y protección para lo cual el ordenamiento jurídico le ha dotado de las facultades necesarias e impedir que el riesgo se materialice o se incremente. Pongamos un ejemplo. Si una empresa vierte desechos o contamina un río, o si esta misma empresa explota una fuente o manantial de agua sin la debida habilitación, nadie objetaría que se impusiera u ordenara el cese inmediato de dichas

actividades ilegales. Si alguien se presenta en el parque La Sabana e inicia una actividad de alquiler de botes y de pesca e instala una edificación para la venta de artesanía, nadie objetaría que se ordene el cese inmediato de la actividad y el retiro de los equipos y derribo de lo que se haya instalado. En todas estas circunstancias, si bien se abrirían los procedimientos sancionadores correspondientes, el cese de las actividades ilegales o de riesgo al ambiente o usurpación del dominio público, fueron inminentes. Nadie objetaría que no se puede tomar estas medidas fundamentadas en que se está adelantando o se obtiene lo que resultaría en un proceso sancionador. Como dijimos independientemente del proceso sancionador, al Estado le corresponde restablecer el ordenamiento jurídico tutelado con el menor riesgo o daño o consecuencias negativas, y la determinación de si se incurrió en una infracción y la aplicación de una multa, no debe impedir que se de ese restablecimiento en circunstancias de evidente y manifiesta ilegalidad; y sobre todo, tratándose de bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico tutela especialmente, como son el ambiente, el demanio público radioeléctrico y el orden público económico.

Por otra parte, en un procedimiento sancionador hay un análisis de tipicidad y también un examen de antijuricidad y culpabilidad. Puede entonces suceder que existan causas eximentes de responsabilidad y que al final aunque se haya comprobado el hecho supuesto hipotético de la infracción, no se impone una sanción. Sin embargo, el restablecimiento al quebranto del ordenamiento jurídico debe realizarse y no es a través de la sanción, sino a través de una orden o ejecución coactiva del poder de la Administración que conlleva el auxilio policial. Indico lo anterior, con el final de resaltar que el fin del procedimiento sancionador en cuanto a las cuestiones de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad no tiene relación directa en la declaratoria de derecho, en los casos de uso ilegal de bienes públicos o actividades ilegales. O al menos, no que prima facie y en un procedimiento de medida cautelar se impida un análisis más propio de la naturaleza y características de estas materias como el ambiente, el derecho de competencia, el demanio público radioeléctrico y el derecho de consumo.

b) *Respecto de la provisionalidad. Tal vez todo lo dicho anteriormente tiene más relevancia para este aspecto, por cuanto el carácter provisional de una medida en estas materias se diluye o hay que comprenderlo en su adecuada dimensión. Además que la LGT introduce una complejidad que puede confundir. En general, la provisionalidad se predica de las medidas que se extinguen porque una vez tomado el acto final, estas desaparecen.*

La LGT establece como sanción y en lugar o adición a una multa, el cierre del establecimiento, ello puede hacer pensar que la medida interpuesta en esos términos sería no solo impropia del carácter instrumental de la medida, sino que tampoco sería provisional por cuanto los efectos de la medida seguirían surtiendo efectos una recaída la resolución final sancionadora. Pues bien, esta disposición del artículo 69 es la que provoca dicha confusión. En realidad para infracciones como el ***uso ilegal del espectro o explotación ilegal de redes y servicios de telecomunicaciones*** *sobra establecer la sanción de cierre de establecimiento o clausura de instalaciones o remoción de equipos para que el Estado pueda efectivamente restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado. Es decir, no se requiere de una* ***sanción específica*** *(con igual contenido) para producir ese efecto jurídico de restablecimiento, puesto que es connatural al quebrantamiento de los controles previos y habilitaciones para la explotación del espectro y de la operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones.*

Esta sanción de cierre de establecimiento y remoción de equipos, como expresa la norma del artículo 69 indicado, es para todos los casos de sanciones muy graves, que no tienen que ver nada con la imposibilidad legal de mantener establecimientos abiertos o equipos legalmente hábiles para su operación y explotación. Se refiere a otro tipo de supuestos que dependiendo de su gravedad y la necesidad de eliminar el riesgo a la integridad de las redes, podría imponerse como sanción. Y en estos casos (que no se refiere al uso ilegítimo del espectro o realización ilegítima de actividades reguladas) dado que no es un efecto natural del restablecimiento al quebranto de las obligaciones o cumplimientos que protegen el resto de supuestos de infracción, se requiere que una norma expresamente disponga como sanción, el cierre de establecimiento o remoción de equipos. Esto es lo que hace el artículo 69 de la LGT respecto de las otras infracciones administrativas que nos corresponden al uso o explotación del espectro sin título habilitante o la operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones sin habilitación para ello. En estas últimas el efecto es natural al poder-deber de la Sutel para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado."

Adicionalmente y por considerarlo importante se transcribe la siguiente conclusión del criterio 3511-SUTEL-ACS-2015:

"(...)

> *5.1. El presente criterio analiza la necesidad de adoptar una medida cautelar como las dispuestas en el artículo 66 de la Ley General de Telecomunicaciones ante el uso ilegítimo del espectro radioeléctrico o la operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones sin una habilitación para ello. El análisis descasa esencialmente sobre la preeminencia del interés público y los bienes jurídicos tutelados de manera especial en general, y específicamente en materia de la tutela cautelar. Lo anterior, tiene relevancia por cuanto del análisis expuesto no se prejuzga si la denunciante Marcosa M y V Sociedad Anónima efectivamente cumple con su concesión en el sentido de que debe hacer uso de la frecuencia asignada, caso contrario podría verse sometido a la investigación y procedimiento tendiente a comprobar una causal de extinción de su título habilitante."*

Dicho lo anterior, este Consejo estima que la norma del artículo 66 de la LGT es clara en indicar que **basta la existencia de indicios claros** del uso ilegítimo del espectro radioeléctrico y la operación ilegítima de redes de telecomunicaciones. Como ha quedado demostrado Fairfax Data, Sociedad Anónima no es una concesionaria ni cuenta con habilitación administrativa general para operar redes de telecomunicaciones y prestar servicios. Es claro que ninguna de estas circunstancias habilitantes consta en el Registro Nacional de Telecomunicaciones, y aún más existe diversos procesos judiciales tendientes a determinar que no tiene la titularidad del derecho de uso y explotación de la frecuencia 105.9. MHz. Las mismas sentencias de medida cautelar que durante los procesos judiciales le brindaron esa cautela lo fueron mientras recaía sentencia final. Hoy existe esa sentencia el voto N° 000951-F-SI-2013, por lo que Fairfax en acatamiento y consecuencia lógica de la extensión de las medidas cautelares decretadas a su favor debió haber cesado el uso y explotación de dicha frecuencia. Al no hacerlo, Fairfax no solo incumple la consecuencia lógica de la extinción de la medida, sino que se ve sometida a un procedimiento sancionador por el uso del espectro radioeléctrico sin contar con la debida concesión o permiso.

El artículo 66 establece esta medida cautelar ante estos supuestos de ilegitimidad de uso del demanio público y de actividad ilegítima dado el riesgo y peligro que conlleva tolerar conductas que requieren de una habilitación previa por la relevancia del interés público en la protección de los bienes jurídicos tutelados en esta materia. En este sentido, cobra importancia lo indicado por el criterio del oficio 3511-SUTEL-ACS-2015:

> *"(...)*
> *Es necesario aclarar que las medidas cautelares en el procedimiento sancionatorio no es indispensable que sean solicitadas por alguna persona para que sean adoptadas por la Sutel, sobre todo en los casos de uso y explotación ilegítima del espectro radioeléctrico y la operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones sin un título habilitante.*
>
> *La potestad sancionatoria y los bienes jurídicos tutelados en esta materia requieren que la Sutel analice y valore de oficio la procedencia de las medidas cautelares. Tratándose de las medidas del artículo 66 de la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT) la ley dispone que dichas medidas se adoptan dentro del procedimiento sancionador. El procedimiento sancionador se inicia de oficio por la Sutel. Sin embargo, por la urgencia y carácter provisionalísimo, cabe la posibilidad de adoptar medidas incluso antes del inicio del procedimiento, con base en el Código Procesal Contencioso Administrativo.*
>
> *De esta manera la relación jurídica del procedimiento sancionador es la de la Sutel con el supuesto infractor y, los interese en juego son los del interés público y el Estado, por una parte y el interés del supuesto infractor. Bajo ciertos supuestos y dependiendo de cada caso y las conductas tipificadas como infracción, también entran en juego los intereses de terceros afectados en su situación jurídica por la conducta del presunto infractor.*
>
> *Sirva lo anterior para adelantar que el enfoque de abordar el tema de medidas cautelares ante casos de uso y explotación e ilegal del espectro y de operación de redes y servicios de telecomunicaciones sin un título habilitante, es un manera distinta de abordar el tema a lo tratado en el criterio 03366-SUTEL-DGM-2015. El hecho que ante este tipo de incumplimientos del ordenamiento jurídico de telecomunicaciones, en cuanto el uso y explotación del espectro o de una actividad sin contar con un título habilitante, provoca –a criterio del suscrito- que el interés público sea lo más relevante al momento de adoptar una medida cautelar y, por consiguiente debe analizarse el peligro o riesgo de mantener o tolerar una situación al margen de la ley en esas circunstancias, sobre todo en los casos en que existe un tercero titular de derechos de uso y explotación sobre frecuencias radioeléctricas de asignación exclusiva."*

La Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT) en su artículo 66, dispone:

> *"ARTÍCULO 66.- Medidas cautelares Durante el procedimiento, la Sutel podrá imponer* ***las medidas cautelares necesarias*** *para* ***asegurar el resultado de un procedimiento sancionatorio o evitar que se pueda comprometer la actividad prestada****, así como la* ***integridad de instalaciones, redes, equipos y aparatos****.*
>
> *Cuando tenga* ***indicios claros*** *acerca de la* ***operación ilegítima*** *de redes o la* ***prestación ilegítima*** *de servicios de telecomunicaciones, la Sutel podrá imponer como* ***medida cautelar el cierre de establecimientos, la clausura de instalaciones o la remoción*** *de cualquier equipo o instrumento. Para ejecutar estas medidas se dispondrá del auxilio de la Fuerza Pública.*
>
> *La Sutel mediante resolución fundada y previa audiencia a los interesados, debe* ***resolver si confirma, modifica o revoca la medida adoptada*** *en un plazo máximo de dos meses, contado a partir del inicio del procedimiento".* (El resaltado no es del original)

La empresa Marcosa M y V Sociedad Anónima aparece como titular de la concesión de la frecuencia 105.9 MHz. Asimismo, consta del informe rendido mediante oficio 6238-SUTEL-DGC-2014 del 17 de setiembre del 2014 de la Dirección General de Calidad en ejercicio de la potestad fiscalizada y actividades de inspección, que existe un *aparente uso ilegal* de la frecuencia 105.9 MHz.

Por considerarlo importante para el presente caso de tutela cautelar este Consejo considera necesario transcribir el criterio 3511-SUTEL-ACS-2015, en cuanto el análisis de algunas cuestiones adicionales:

> *"(...)*
> 4. *Clarificación de cuestiones preliminares como la doble habilitación del título de concesión de espectro radioeléctrico respecto de las potestades de la Sutel y el cumplimiento de controles previos que son quebrantados por el uso ilegítimo y operación de redes y prestación de servicios en forma ilegítima. Asimismo, la adecuada dimensión de la denuncia de supuestas conductas de infracción, y el poder-deber de la Sutel para abrir de oficio el procedimiento sancionador y restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado, independientemente de si hay denuncia o no, o, si existe una situación jurídica de algún particular que requiere también el restablecimiento de su situación jurídica. Esto es, que debe considerarse la lesión a las facultades de control previo de habilitación de la Sutel y el Poder Ejecutivo y las demás facultades para garantizar el uso eficiente del espectro, la detección y eliminación de interferencias perjudiciales, y mantener el orden público económico; todo lo anterior de manera preeminente o independiente a la situación jurídica de los particulares concesionarios, tratándose del procedimiento sancionador que tenga por objeto una supuesta infracción por el uso del espectro radioeléctrico sin contar con un título habilitante, así como la operación de redes y servicios de telecomunicaciones sin habilitación para ello.*
>
> 5. *Tratamiento de los presupuestos de adopción en medidas cautelares considerando la naturaleza y características del demanio público radioeléctrico y la específica infracción de uso o explotación ilegal y, la doble habilitación para prestar de actividades reguladas o económicas de interés general, en interés de preservar el orden público económico.*
>
> 6. *Tratamiento de las características instrumentalidad y provisionalidad frente al principio precautorio y las particularidades de las actividades involucradas en el uso y explotación ilegítimas de frecuencias del espectro radioeléctrico.*
>
> ***A- Análisis***
>
> ***iv) Cuestiones preliminares***
>
> *Antes de desarrollar los temas de fondo es necesario hacer las siguientes aclaraciones en cuanto al régimen sancionatorio en telecomunicaciones, en especial lo relativo al uso ilegal del espectro radioeléctrico. Dos son las aclaraciones necesarias:*
>
> 1. *En relación con la doble habilitación de un contrato de concesión, la del uso y explotación del espectro*

radioeléctrico y, la de la actividad de operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones.

2. *En cuanto al objetivo del procedimiento sancionador y su distinción con la consecuencia natural de restablecer el cumplimiento del ordenamiento jurídico.*

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que el contrato de concesión como título habilitante además de habilitar el uso y explotación del espectro también habilita para operar redes y preste servicios de telecomunicaciones. Esto es importante porque cuando una persona en forma ilegal hace uso y explotación de una frecuencia también presta ilegítimamente una actividad. Entonces, no solo estamos ante el quebranto de disposiciones del demanio público radioeléctrico y eventualmente de la situación jurídica de un concesionario; sino que además, el supuesto infractor presta ilegalmente a su vez una actividad que afecta y pone en riesgo, a terceros, operadores y proveedores de telecomunicaciones, las redes, la integridad de las personas, los mercados de telecomunicaciones, al Estado y el interés público en general y el orden público económico. En suma, la conducta tipificada como infracción de uso del espectro sin título habilitante es una conducta que reviste especial relevancia a la cual la LGT ha conferido facultades de cautela específicas a la Sutel. Esa especificidad altera o modifica el esquema normal de análisis de la tutela cautelar en la generalidad de los casos.

La asignación del espectro radioeléctrico va asociada no solo a garantizar su uso eficiente y evitar interferencias perjudiciales, sino también a garantizar un acceso en igualdad de condiciones, transparente y no discriminatorio de manera tal que entre otros objetivos se promueva y asegure una competencia efectiva de los mercados de telecomunicaciones. En consecuencia, tolerar que presuntos sujetos puedan manifiestamente hacer uso ilegal del espectro sería permitir que se beneficien –al menos mientras dura la fiscalización y procedimiento sancionador- de una conducta prohibida por el ordenamiento, para la cual se han establecidos potestades y facultades de control a favor del Estado, que serían seriamente lesionadas.

La infracción de hacer uso y explotación del espectro radioeléctrico sin un título habilitante o de operar una red y prestar servicios de telecomunicaciones sin habilitación para ello, pretende proteger al bien de demanio público radioeléctrico garantizado en la Constitución Política, así como garantizar que la operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones se preste conforme al ordenamiento jurídico de telecomunicaciones y para permitir el cumplimiento de los objetivos de la LGT y sus principios rectores. El quebranto específico –del que venimos hablando- a disposiciones de este ordenamiento lesiona los intereses públicos involucrados y estos bienes jurídicos. Entre otras, la Sutel y el Poder Ejecutivo cuentan con facultades de control previo, especialmente en los actos de habilitación, sea concesión o de aprobación, que son lesionadas con el correspondiente peligro y riesgo que la ley supone. Son objetivamente riesgos o consecuencias no queridas por el ordenamiento jurídico, para lo cual se han instaurado controles y comprobación de requisitos, facultades de supervisión y control, que de no realizarse dicho peligro y rie[s]go se materializarían. La conducta de algún particular que quebrante estos controles es una afrenta directa al interés público y una grave lesión a las potestades del Estado y facultades de la Sutel.

Además, puede que exista una frecuencia específica asignada en forma exclusiva y por ende, existan lesiones a la situación jurídica de un concesionario, que sería una relación jurídica de distinta naturaleza que la relación involucrada en un procedimiento sancionador.

También las frecuencias no asignadas gozan de la misma protección, porque se trata de la protección de las potestades, facultades de las Administraciones Públicas y del interés público, de controles que pretenden proteger y garantizar bienes jurídicos tutelado en forma especial por nuestro ordenamiento jurídico, sin los cuales la ley supone riesgos y peligros no deseados –ni que deben tolerarse-.

Todos estos aspectos son relevantes cuando se analice la ponderación de los intereses en juego y el peligro en la demora y los daños.

En segundo lugar, el acto final del procedimiento sancionador es un acto que determina la existencia de un supuesto de infracción administrativa e impone una sanción. Es decir si la conducta de una persona constituye o realiza un supuesto de hecho tipificado en una infracción administrativa y como consecuencia la imposición de una sanción. Lo que le interesa al Estado en ejercicio de su poder sancionador es sancionar a quien haya incurrido en una infracción y quebrantado el ordenamiento jurídico al incumplir alguna disposición normativa, u obligaciones y prohibiciones legales o del contrato de concesión o de su título habilitante. El restablecimiento del ordenamiento jurídico es un efecto natural que en los casos de uso ilegal del espectro es independiente de

si se llega o no a sancionar.

El procedimiento sancionador se abre o inicia de oficio. Puede iniciar por orden del superior jerárquico de la Administración Pública sancionadora (v.gr. el Consejo), por el jerarca de la función de fiscalización y sancionatoria (v.gr. Director de la DGM), y a requerimiento de otra autoridad o administración pública. La denuncia es una puesta de conocimiento de un particular a la Administración Pública para que esta una vez analizados los hechos denunciados decida, realizar una investigación preliminar o de encontrar indicios suficiente abrir el procedimiento sancionador.1 El conocimiento de esos mismos hechos podría o debería ser conocidos en las actividades de monitoreo o inspección que se realizan en ejercicio de las funciones de supervisión y fiscalización, por lo que el interés particular y específico que tenga la parte denunciante no debe confundirse con el interés público y en especial respecto de las habilitaciones para explotar el espectro y la actividad regulada. Por lo anterior, la potestad cautelar en el artículo 66 de la LGT, ha de entenderse como poder-deber y así proteger oportunamente –en especial- el interés público. La Administración Pública debe valorar si es necesario o no la adopción de medidas cautelares sobre todo para eliminar lesiones mayores o la prolongación de daños, o incluso eliminar un riesgo real de lesión a los interés públicos, sobre todo en materias como el ambiente, demanio público y orden público económico.

Dicho lo anterior, los presupuestos y características de las medidas cautelares deben analizarse en este contexto, a partir del interés público lesionado, las potestades del Estado y facultades de la Sutel y, dentro de la relación jurídico-administrativa de la Sutel –como administración sancionadora- y el particular o sujeto cuya conducta supuestamente es tipificada como infracción administrativa. En el caso en particular, se trata de un sujeto que usa y explota una frecuencia radioeléctrica sin contar con la debida habilitación del Poder Ejecutivo y, tampoco cuentan con una autorización o habilitación general para operar redes y prestación de servicios de telecomunicaciones. Los bienes jurídicos tutelados, espectro radioeléctrico, actividad de telecomunicaciones regulada y orden público económico, son lesionados en forma frontal y en virtud de un poder-deber la Sutel a de actuar, estableciendo las medidas que correspondan y abriendo los procedimientos respectivos, entre ellos el sancionador.

Adicionalmente, el restablecimiento al quebranto del ordenamiento jurídico o la eliminación de un riesgo o peligro (principio precautorio) o mitigación de un mayor daño, deben darse aún sin la determinación de una infracción y la aplicación de una sanción. El procedimiento sancionador tiene por objeto el análisis de tipicidad, de antijuricidad y culpabilidad de la conducta investigada y, no la declaratoria o constitución de un derecho. Es decir, puede no existir el procedimiento sancionador, que el uso ilegal del demanio público radioeléctrico debe siempre cesar y restablecerse el cumplimiento del ordenamiento jurídico; sobre todo en los casos de bienes jurídicos especialmente tutelados como el dominio público, ambiente en los cuales el objetivo es en todo momento eliminar el riesgo o peligro de la posibilidad de un mayor daño.

En este sentido, -y por otras razones que veremos más adelante- una medida de cierre del establecimiento, o una mediad de clausura de instalaciones o una medida de remoción de equipos no debiera interpretarse que es un anticipo injustificado de lo que se resolvería mediante el acto final del procedimiento sancionador. Caso contrario nunca podría plantearse la posibilidad de unas medidas como esta, ante la más intensa de las muy grave infracciones, como medida ante el uso ilegal del espectro o la realización ilegítima de una actividad. Algo que la misma LGT reconoce como imposible, dado que ella misma dispone de la medida en el artículo 66 aún para los casos de uso ilegal o realizar ilegítimamente una actividad. Precisamente, porque un procedimiento sancionatorio no tiene por objeto declarar o constituir ningún derecho o situación jurídica, -al menos respecto del concesionario de la frecuencia asignada, según corresponda-, sino que a partir de una serie de situaciones y hechos jurídicos, determina si una conducta constituye un presupuesto tipificado en una norma o infracción y que debe ser sancionada.

En última instancia, el uso ilegal del espectro o de la explotación de una actividad sin título habilitante, aún sin necesidad de un procedimiento sancionador, debe el Estado asegurar el restablecimiento del cumplimiento del orden público. De ahí que el Estado en casos de uso ilegal del espectro radioeléctrico y prestación ilegal de actividades, está facultado por expresa disposición de ley para imponer sin previa audiencia medidas cuyo contenido comprenden el cierre de establecimiento, la clausura de instalaciones o la remoción de equipos.

---

1. *Jinesta Lobo (Ernesto), Tratado de derecho administrativo, tomo III, editorial Jurídica Continental, San José, pág. 298: "... no cabe confundir la denuncia como una modalidad de inicio de un procedimiento administrativo a instancia de parte, puesto que no se trata de una petición o pretensión en sentido estricto sino de un acto para poner en conocimiento del órgano administrativo uno hechos irregulares, con el propósito de excitarlo o instarlo para que incoe el procedimiento*

respectivo." Salvo pocos y específicos casos que las leyes especiales establezcan que un determinado procedimiento debe iniciarse además de oficio, también mediante denuncia (v.gr. artículo 56 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor"

En relación los elementos de validez de este acto administrativo y conforme con el artículo 136 párrafo segundo de la Ley General de la Administración Pública (en adelante, LGAP), su motivación puede consistir en la referencia explícita o inequívoca a dictámenes previos que determinen realmente la adopción del acto, a condición de que se acompañe su copia en el acto de notificación (artículo 335 de la LGAP). Es innecesario aportar los criterios, informes o dictámenes en general que se hacen referencia en la motivación del acto, siempre que se transcriban en la resolución como parte de la motivación. Este es el caso en esta resolución de los criterios de los oficios, 3366-SUTEL-DGM-2015 y 3511-SUTEL-ACS-2015, los cuales este Consejo acoge en lo que transcribe en esta resolución. Los informes de los oficios 6238-SUTEL-DGC-2014, 6306-SUTEL-DGC-2014 y el criterio del oficio 3938-SUTEL-ACS-2015, deben adjuntarse al acto de notificación, toda vez que en esta resolución solo se transcriben las conclusiones y es de interés para la parte e interesados la integralidad de los mismos.

Que de conformidad con los anteriores Resultandos y Considerandos, lo procedente es adoptar una medida cautelar consistente en una "orden de cese del uso y explotación de la frecuencia 105.9 MHz y de cualquier otra banda de frecuencia del espectro radioeléctrico, así como el cese de cualquier actividad de operación de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones que requiera una concesión o autorización. Esta medida deberá ser impuesta al presunto infractor del uso ilegítimo de la frecuencia 105.9 MHz, a decir, según consta del expediente administrativo, la persona jurídica Fairfax Data, Sociedad Anónima.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642; en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593; en el Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley N° 8508, en el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y demás normativa de general y pertinente aplicación,

EL CONSEJO DE LA
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR sin lugar la prejudicialidad penal sostenida por FAIRFAX DATA, SOCIEDAD ANÓNIMA, con cédula de persona jurídica número 3-101-301400, en su escrito presentado en fecha 25 de mayo de 2015, bajo el número de ingreso NI-04894-2015, dentro del expediente DPI-00758-2014.

SEGUNDO: ORDENAR a FAIRFAX DATA, SOCIEDAD ANÓNIMA, con cédula de persona jurídica número 3-101-301400, como medida cautelar (*ante causam* e *inaudita altera parte*), el cese del uso y explotación del espectro radioeléctrico, en especial la frecuencia 105.9 MHz, así como el cese de toda actividad de operación de redes de telecomunicaciones y prestación de servicios de telecomunicaciones sin que para ello tenga los títulos habilitantes correspondientes.

TERCERO: OTORGAR a las partes interesadas FAIRFAX DATA, SOCIEDAD ANÓNIMA y MARCOSA M Y V, SOCIEDAD ANÓNIMA, una **audiencia escrita** dentro del **plazo de tres días hábiles** a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución, conforme con el artículo 66 párrafo final de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y supletoriamente el artículo 24 del Código Procesal Contencioso Administrativo, para que se refieran a la medida adoptada en esta resolución, a fin de que esta Superintendencia mediante resolución fundada resuelva si confirma, modifica o revoca la dicha medida.

Contra la presente resolución procede el recurso ordinario de reposición previsto en el artículo 343 de la

Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 345.1 del mismo cuerpo normativo. El recurso se deberá presentar 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 a la notificación de la presente resolución, en sus instalaciones, sita en el Oficentro Multipark, edificio Tapantí, tercer piso, Guachipelín de Escazú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública.

ACUERDO FIRME
NOTIFIQUESE

3.7 Informe verbal del señor Gilbert Camacho Mora sobre la reorganización del Área del Registro Nacional de Telecomunicaciones (RNT).

A continuación, el señor Presidente brinda un informe verbal sobre la organización del Área del Registro Nacional de Telecomunicaciones (RNT).

Al respecto, explica que el Área en cuestión debe presentar en noviembre del presente año el cumplimiento del Transitorio I del Reglamento al Registro Nacional de Telecomunicaciones, así como el seguimiento a la disposición del apartado 5.1.Diii del informe DFOE-IFR-IF-6-2012 del espectro radioeléctrico emitido por la Contraloría General de la República, razón por la cual se ha acordado designar al señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez como el encargado de liderar la coordinación del Registro Nacional de Telecomunicaciones hasta diciembre del 2015.

Señala que se ha designado al señor Ruiz Gutiérrez, dado su conocimiento en la administración de proyectos. Indica además que se trata de que brinde un seguimiento muy cercano al cronograma de las actividades del proyecto.

Menciona que el Consejo ha analizado el tema y le consultó al señor Ruíz Gutiérrez si está de acuerdo en hacerse cargo del asunto y éste mostró su conformidad.

Por lo anterior, solicita el apoyo de todas las direcciones al señor Ruiz Gutiérrez, para así cumplir con los retos y tareas que debe cumplir el Registro Nacional de Telecomunicaciones.

Indica que se acordó, además, solicitar al señor Ruiz Gutiérrez que cada dos semanas presente un status sobre el avance de la situación del Registro Nacional de Telecomunicaciones.

La señora Maryleana Méndez Jiménez cree que con la finalidad de apoyar al señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, se debe de establecer una lista de las actividades.

Considera que en este caso en particular debería hacerse una lista de elementos pendientes, pues le preocupa que existen usuarios que no cuentan con la información que solicitan al Registro Nacional de Telecomunicaciones.
Es del criterio también de que en la primera sesión del Consejo que se realizará para dar seguimiento, se conozca un cronograma de asuntos pendientes de cómo se atienden a nivel de sistemas de información y cómo a nivel de operativa del Registro Nacional de Telecomunicaciones, de tal manera que sirvan de base para el seguimiento.

Señala además que se está ante una situación compleja y en esa línea cree que se deben atender por lo siguiente:

1. Es una responsabilidad legal con una gran importancia en el funcionamiento del mercado.

2. La Contraloría General de la República dicta una disposición de acatamiento obligatorio en tiempo y forma.
3. Se ha postergado en el tiempo, generando superávits por la no atención de los proyectos.

Por lo anterior, solicita el apoyo de las diferentes áreas de la Superintendencia para que este proceso del Registro Nacional de Telecomunicaciones salga adelante, por ser de interés institucional.

El señor Mario Campos Ramírez se manifiesta de acuerdo con lo expresado por la señora Maryleana Méndez Jiménez y sugiere que dentro del cronograma, deberían señalarse las actividades a quienes van a ser responsables, con la obligación del cumplimiento en fechas, para así proceder a documentar si existe un mal proceder que puede poner en riesgo a la Superintendencia y al Consejo. Considera que la nueva herramienta de evaluación del desempeño va a ayudar a medir el cumplimiento de las labores de los funcionarios, dejando constancia así por el bien de la institución.

El señor Jorge Brealey Zamora considera que hay temas de liderazgo y administración que son competencia y responsabilidad del Área específica y por lo tanto, la responsabilidad radicaría en el superior inmediato, razón por la cual cree que dichas actividades deben ser controladas por el Jefe del Registro Nacional de Telecomunicaciones.

La señora Méndez Jiménez considera que el señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez tomará la decisión final de cómo va a maneja los recursos, sin embargo el "día a día" será responsabilidad de la funcionaria Jolene Knorr Briceño y su subalterno.

Asimismo, considera conveniente hacer ver a la funcionaria Knorr Briceño su responsabilidad de comunicar al señor Ruíz Gutiérrez, los avances correspondientes con el fin de dar cumplimiento a la disposición de la Contraloría General de la República y a lo que establece el transitorio I del Reglamento al Registro Nacional de Telecomunicaciones.

El señor Camacho Mora propone celebrar una reunión con los señores Miembros del Consejo el día lunes 14 de junio del 2015, con el fin de comunicar claramente lo objetivos del liderazgo del señor Ruiz Gutiérrez en el Registro Nacional de Telecomunicaciones y agradecer su apoyo al efecto.

El señor Glenn Fallas Fallas considera que no hay que esperar la herramienta tecnológica para brindar información que solicitan los usuarios, ya que actualmente se puede trabajar con el sistema documental con que se cuenta e incluso usando la herramienta Excel.

Conforme a lo expuesto, los señores Miembros del Consejo deciden por unanimidad:

ACUERDO 009-029-2015

1. Dar por recibido lo informado verbalmente en esta oportunidad por el señor Gilbert Camacho Mora, Presidente del Consejo, con respecto a los cambios temporales que se estarán implementando en el Área del Registro Nacional de Telecomunicaciones (RNT), con el fin de apoyar su ejecutoria.

2. Dejar establecido que en adelante y por el periodo que abarcará hasta diciembre del 2015, el Área del Registro Nacional de Telecomunicaciones (RNT) estará coordinada, en lo que se refiere al proyecto de automatización, por el señor Manuel Emilio Ruíz Gutiérrez, Miembro del Consejo, no obstante, la funcionaria Jolene Knorr Briceño continuará desempeñando su función como Jefe del Área, con las atribuciones y responsabilidades establecidas en el Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF).

3. Hacer ver a la funcionaria Jolene Knorr su responsabilidad de comunicar al señor Manuel Emilio Ruíz Gutiérrez, los avances correspondientes con el fin de dar cumplimiento a la disposición del apartado 5.1.Diii del informe DFOE-IFR-IF-6-2012 del espectro radioeléctrico emitido por la Contraloría General de la República y a lo establecido en el transitorio I del Reglamento al Registro Nacional de Telecomunicaciones y dejar establecido que el señor Ruiz Gutiérrez informará cada 15 días al Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones sobre el estado de avance del proyecto que permitirá cumplir con la normativa y disposición ya mencionadas.

4. Solicitar a las demás Direcciones Generales y Jefaturas de las Áreas respectivas de la Superintendencia de Telecomunicaciones, la colaboración respectiva para el Área del Registro Nacional de Telecomunicaciones (RNT) en aquellos ámbitos que lo requiera para el cumplimiento de la disposición antes indicada.

NOTIFÍQUESE

ARTÍCULO 4

PROPUESTAS DE LA DIRECCION GENERAL DE MERCADOS

4.1. Informe y propuesta de resolución sobre la solicitud de autorización presentada por SKY FIBER COSTA RICA, S. A., para prestar servicios de acceso a internet mediante bandas de frecuencia de uso libre.

De inmediato, el señor Presidente hace del conocimiento del Consejo el oficio 3830-SUTEL-DGM-2015, del 05 de junio del 2015, por medio del cual la Dirección General de Mercados traslada el informe y la propuesta de resolución sobre la solicitud de autorización presentada por Sky Fiber Costa Rica, S. A., para prestar servicios de acceso a internet mediante bandas de frecuencia de uso libre.

Interviene el señor Walther Herrera Cantillo, quien brinda una explicación sobre el particular y señala que luego de efectuados los estudios técnicos que corresponden y aplicados los procedimientos establecidos, se determinó que la solicitud se ajusta a lo que establece la normativa vigente, por lo cual la recomendación de la Dirección General de Mercados es que el Consejo brinde la respectiva autorización.

Luego de analizada la solicitud, el Consejo, con base en lo señalado por la Dirección General de Mercados en su oficio 3830-SUTEL-DGC-2015 del 05 de junio del 2015 y tomando en cuenta lo explicado por el señor Herrera Cantillo, por unanimidad acuerda:

ACUERDO 010-029-2015

1. Dar por recibido el oficio 3830-SUTEL-DGC-2015 del 05 de junio del 2015 por medio del cual la Dirección General de Mercados somete a consideración del Consejo el dictamen técnico correspondiente a la solicitud de autorización presentada por Sky Fiber Costa Rica, S. A., para prestar servicios de acceso a internet mediante bandas de frecuencia de uso libre.

2. Aprobar la siguiente resolución:

RCS-097-2015

"SE OTORGA AUTORIZACIÓN PARA OPERAR UNA RED PÚBLICA DE TELECOMUNICACIONES Y BRINDAR EL SERVICIO DE TRANSFERENCIA DE DATOS BAJO LA MODALIDAD DE ACCESO A INTERNET POR MEDIO DE ENLACES INALÁMBRICOS EN BANDAS DE FRECUENCIA DE "USO LIBRE", A SKY FIBER COSTA RICA, S.A. CÉDULA JURÍDICA NÚMERO 3-101-685564"

EXPEDIENTE S0395-STT-AUT-00441-2015

RESULTANDO

1. Que en fecha del 16 de febrero de 2015, **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.**, entregó a la Superintendencia de Telecomunicaciones, una solicitud de título habilitante (autorización) para prestar el servicio de transferencia de datos en su modalidad de acceso a internet inalámbrico en bandas de frecuencia de uso libre según consta en el número de ingreso NI-1545-2015, visible a folios 02 al 52 del expediente administrativo.

2. Que mediante oficio 01238-SUTEL-DGM-2015 del 24 de febrero de 2015, la Dirección General de Mercados previno a **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** para que adicione información legal y técnica a su solicitud (ver folios 53 al 57 del expediente administrativo).

3. Mediante escrito presentado en esta Superintendencia el día 11 de marzo de 2015 (NI-02431-2015), **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** solicitó una prórroga del plazo otorgado para completar la información solicitada. Mediante oficio 01916-SUTEL-DGM-2015 del 18 de marzo de 2015 se otorgó una prórroga por un plazo de cinco días para entregar la información requerida (ver folios 58 al 60 del expediente administrativo).

4. Mediante escrito presentado en esta Superintendencia el día 25 de marzo del 2015 (NI-03032-2015) **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** adicionó la información que le fue solicitada (ver folios 61 al 89 del expediente administrativo).

5. Que mediante oficio 02392-SUTEL-DGM-2014 del 9 de abril del 2015, la Dirección General de Mercados rindió su informe técnico sobre la solicitud de confidencialidad presentada por **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** Mediante resolución del Consejo de Sutel RCS-062-2015 se resolvió declarar confidencial la información financiera por el plazo de 5 años (ver folios 90 al 100 del expediente administrativo).

6. Que mediante oficio 02869-SUTEL-DGM-2015, con fecha del 27 de abril del 2015, la Dirección General de Mercados, se notificó a **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** que se admitió la solicitud de autorización presentada y se adjuntó el correspondiente edicto de ley para que **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** lo publique en el Diario Oficial La Gaceta y en un diario de circulación nacional, según consta en los folios del 101 al 105 del expediente administrativo.

7. Que tal y como se aprecia en folios del 106 al 107 del expediente administrativo, mediante NI-04582-2015, se recibe por parte de la empresa copia de la publicación del edicto en el en el periódico La República el día miércoles 6 de mayo del 2015, y mediante NI-04586-2015 se recibe copia de la publicación del edicto en el Diario Oficial La Gaceta, N°93 el día viernes 15 de mayo de 2015.

8. Que transcurrido el plazo concedido en el edicto de ley publicado por parte de la empresa, ningún tercero presentó objeciones o algún tipo de oposición a la solitud de autorización presentada por la empresa **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.**

9. Que por medio del oficio 03830-SUTEL-DGM-2015con fecha de 5 de junio de 2015, la Dirección General de Mercados rindió su informe técnico, jurídico y financiero.

CONSIDERANDO

I. Que el Artículo 23 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, claramente establece que requerirán autorización las personas físicas o jurídicas que:

"a) Operen y exploten redes públicas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico.

b) Presten servicios de telecomunicaciones disponibles al público por medio de redes públicas de telecomunicaciones que no se encuentren bajo su operación o explotación. El titular de la red pública que se utilice para este fin, deberá tener la concesión o autorización correspondiente

c) Operen redes privadas de telecomunicaciones que no requieran uso del espectro radioeléctrico."

II. Que el artículo 43 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones establece que las autorizaciones se otorgarán por un período máximo de diez años, prorrogable a solicitud de parte, por períodos de cinco años, hasta un máximo de tres prórrogas.

III. Que el numeral 41 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones indica que:

"(...)
Dentro de los sesenta días, contados a partir de la fecha en que se presentan las objeciones, la SUTEL deberá emitir el acto final que atienda la solicitud de autorización y las objeciones presentadas. Mediante resolución razonada, la SUTEL aprobará o rechazará la solicitud de autorización. Cuando la SUTEL apruebe la solicitud, en la resolución correspondiente fijará al solicitante las condiciones de la autorización. Esta resolución fijará el dimensionamiento de su vigencia."

IV. Que el artículo 40 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, establece que "las objeciones deberán sustentarse en criterios técnicos que demuestren la incompatibilidad de la autorización solicitada con los requisitos y las normas técnicas establecidas por la SUTEL (...)"

V. Que de conformidad con los artículos 75 y 76 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593 y sus reformas, el 27, 46 y 49 de la Ley General de Telecomunicaciones y 74 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Telecomunicaciones podrá imponer obligaciones a los operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones.

VI. Que la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y el Reglamento de prestación y calidad de los servicios establecen condiciones de calidad mínimas que deben cumplir las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que operen redes públicas o presten servicios de telecomunicaciones disponibles al público que se originen, terminen o transiten por el territorio nacional.

VII. Que de conformidad con el artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones:

"Las tarifas de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público serán establecidas inicialmente por la Sutel, conforme a la metodología de topes de precio o cualquier otra que incentive la competencia y la eficiencia en el uso de los recursos, de acuerdo con las bases, los procedimientos y la periodicidad que se defina reglamentariamente.

Cuando la Sutel determine, mediante resolución motivada, que existen las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva, los precios serán determinados por los proveedores de los servicios de telecomunicaciones.

En caso de que la Sutel determine, mediante resolución motivada, que las condiciones de competencia efectiva en el mercado dejan de darse, deberá intervenir procediendo a fijar la tarifa, de acuerdo con lo estipulado en el primer párrafo de este artículo."

VIII. Que el numeral 62 de la Ley General de Telecomunicaciones y el 172 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones establecen lo referente al canon de regulación indicando que: "*cada operador de redes de telecomunicaciones y proveedor de servicios de telecomunicaciones, deberá pagar un único cargo de regulación anual que se determinará de conformidad con el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Nº 7593, de 9 de agosto de 1996. El Estado velará por que no se impongan cargas tributarias. El canon dotará de los recursos necesarios para una administración eficiente, anualmente deberán rendir cuentas del uso de recursos mediante un informe que deberá ser auditado*". Cabe aclarar que actualmente el numeral 59 corresponde al 82 de la Ley 7593 en virtud de reforma introducida por Ley 8660 del 8 de agosto del 2008 publicada en el Alcance 31 de la Gaceta 156 del 13 de agosto del 2008.

IX. Que el artículo 82 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos Ley N°7593 establece que para cada actividad regulada, la Autoridad Reguladora cobrará un canon consistente en un cargo anual, que se determinará así: "*a) La Autoridad Reguladora calculará el canon de cada actividad, de acuerdo con el principio de servicio al costo y deberá establecer un sistema de costeo apropiado para cada actividad regulada. b) Cuando la regulación por actividad involucre varias empresas, la distribución del canon seguirá criterios de proporcionalidad y equidad. (...) La Autoridad Reguladora determinará los medios y procedimientos adecuados para recaudar los cánones a que se refiere esta Ley.*"

X. Que de conformidad con el artículo 39 de la Ley N°8642 todos los operadores y proveedores de redes públicas de telecomunicaciones deberán cancelar la contribución especial parafiscal a Fonatel, con la finalidad de cumplir con los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, referidos en el artículo 32 de esta Ley. Esta contribución será determinada por el contribuyente por medio de una declaración jurada, que corresponde a un período fiscal año calendario. El plazo para presentar la declaración vence dos meses y quince días naturales posteriores al cierre del respectivo período fiscal. El pago de la contribución se distribuirá en cuatro tractos equivalentes, pagaderos al día quince de los meses de marzo, junio, setiembre y diciembre del año posterior al cierre del período fiscal que corresponda. La base imponible de esta contribución corresponde a los ingresos brutos obtenidos, directamente por la operación de redes públicas de telecomunicaciones o por proveer servicios de telecomunicaciones disponibles al público. La tarifa será fijada por la SUTEL a más tardar el 30 de noviembre del período fiscal respectivo. Dicha tarifa podrá ser fijada dentro de una banda con un mínimo de un uno coma cinco por ciento (1,5%) y un máximo de un tres por ciento (3%); dicha fijación se basará en las metas estimadas de los costos de los proyectos por ser ejecutados para el siguiente ejercicio presupuestario y en las metas de ingresos estimados para dicho siguiente ejercicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de esta Ley. En el evento de que la Superintendencia no fije tarifa al vencimiento del plazo señalado, se aplicará la tarifa aplicada al período fiscal inmediato anterior.

XI. Que de conformidad con el artículo 64 de la Ley General de Telecomunicaciones en caso de falta de pago de las contribuciones, los cánones y las tasas establecidas en la presente Ley, se aplicarán los intereses calculados de conformidad con el artículo 57 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Se aplicará adicionalmente una multa por concepto de mora, equivalente a un cuatro por ciento (4%) por cada mes o fracción de mes transcurrido desde el momento en que debió satisfacerse la obligación hasta la fecha del pago efectivo.

XII. Que además, de conformidad con el artículo 80 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos No. 7593, 149 y 150 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones es necesario inscribir en el Registro Nacional de Telecomunicaciones que la SUTEL administra,

diversa información referente a las empresas que obtengan concesiones y/o autorizaciones para la operación de las redes de telecomunicaciones y para la prestación de los servicios de telecomunicaciones y por lo tanto dicha información será de carácter público y podrá ser accedida por el público general.

XIII. Que el artículo 42 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones dispone que dentro de los cinco días naturales a la fecha de la emisión de la resolución que aprueba la autorización, la SUTEL publicara un extracto de la misma en el diario oficial La Gaceta y en el sitio oficial electrónico que tiene la SUTEL en la Internet.

XIV. Que en relación a la tarifa aplicable al servicio solicitado, la empresa debe ajustarse a lo fijado en el pliego tarifario vigente, de acuerdo con lo dispuesto por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones en la resolución número RCS-615-2009 de las 10:45 horas del 18 de diciembre del 2009, publicada en el diario La Gaceta N° 31 de 15 febrero del 2010.

XV. Que de acuerdo al Informe Técnico de la Dirección General de Mercados, la empresa solicitante cumple con la **capacidad técnica**, por lo que se concluyó que:

*"Una vez valorada la documentación técnica remitida por **SKY FIBER**, la SUTEL verificó que la empresa cumple con los requisitos técnicos exigidos por el ordenamiento jurídico y por la resolución N° RCS-588-2009 de las 2:25 horas del 30 de noviembre de 2009, emitida por el Consejo de la SUTEL y publicada en el diario oficial La Gaceta N° 245 de fecha 17 de diciembre del 2009. En este sentido, se expone a continuación el análisis efectuado.*

a) Indicar con detalle y claridad su pretensión. Para lo cual la empresa debe incluir o aportar la siguiente información:

i. La descripción detallada de los servicios de telecomunicaciones para los cuales se solicita la autorización.

*La empresa indica, en el folio 06 del expediente administrativo, los servicios de telecomunicaciones que desea brindar y detalla esta información dentro de la documentación que aportó en su solicitud. De acuerdo a la nomenclatura de servicios que emplea la Dirección General de Mercados, **SKY FIBER** solicita autorización para brindar el servicio de Transferencia de Datos bajo la modalidad de Acceso a Internet por medio de enlaces inalámbricos en bandas de frecuencia de "uso libre":*

ii. La descripción detallada de las condiciones comerciales bajo las cuales se ofrecerán a los clientes los servicios de telecomunicaciones para los cuales se solicita la autorización.

De igual forma, la empresa en su solicitud de autorización, describe las condiciones comerciales para la prestación de los servicios a sus clientes. Dicha información se expone en los folios del 07 al 10 del expediente administrativo S0395-STT-AUT-00441-2015.

*En lo que respecta al servicio de Acceso a Internet, la empresa manifiesta que el mismo será ofrecido con un nivel de sobresuscripción máximo de 1:10, por lo que de acuerdo con lo definido en el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios, **SKY FIBER** estaría en capacidad de ofrecer desde servicios domiciliares hasta servicios orientados a grandes empresas.*

La figura 1 detalla el esquema de distribución de ancho de banda definido por la empresa, en el mismo se aprecia una capacidad total de 30Mbps simétricos (con sobresuscripción 1:1) segmentados entre sus dos emplazamientos.

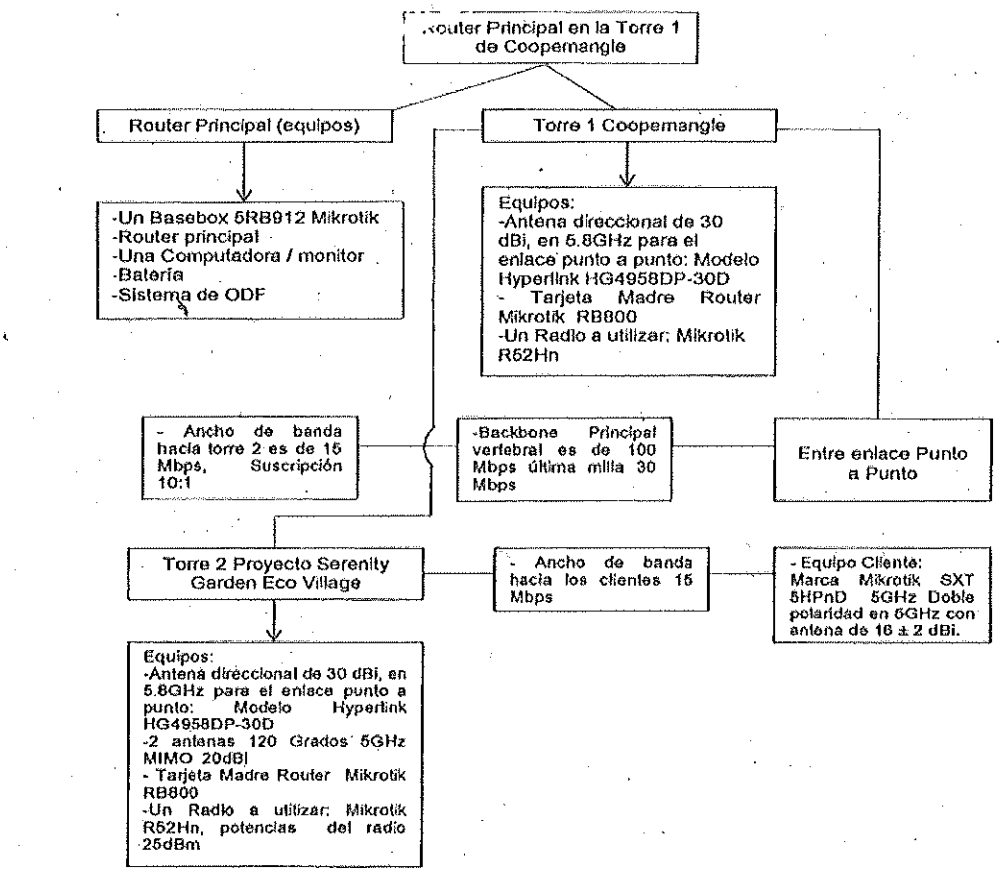

Figura 1. Esquema de distribución de ancho de banda

*En cuanto a la información tarifaria, la empresa adjunta los precios máximos que aplicará. Se corroboró que la información, aportada por **SKY FIBER** visible a folio 52, cumple con lo estipulado en el acuerdo 027-003-2014 del 15 de enero de 2014 en cuanto a los topes de precios máximos aplicables. La figura 2 resume la lista de precios, propuestos por la empresa, para el servicio de Acceso a Internet.*

Costos por Servicios de Internet de Sky Fiber						
Tarifas Básica por los servicios de Internet				Tipo de cambio	US $1	¢542,00
Velocidad de decarga de Internet en Megas	Velocidad cargada de datos de Internet en Megas	Costo en Dólares	Imp. De ventas en dólares	Total	Costo de Intalación en dólares	Costo de Instalación en colones
3	1,5	$50,00	$6,50	$56,50	$250,00	¢135.500,00
4	2	$70,00	$9,10	$79,10	$250,00	¢135.500,00
5	2	$90,00	$11,70	$101,70	$250,00	¢135.500,00
6	2	$120,00	$15,60	$135,60	$250,00	¢135.500,00

Figura 2. Lista de precios para el servicio de Acceso a Internet

iii. Las zonas o áreas geográficas (provincias, cantones, distritos, caseríos, barrios) en las que se pretende la prestación de los servicios de telecomunicaciones, así como los radios de cobertura, puntos de acceso y distribución de la red cuando corresponda.

*Según se indica en la información contenida en el expediente administrativo, específicamente en el folio 68 del expediente, **SKY FIBER** pretende iniciar la prestación de sus servicios en las zonas resumidas en la siguiente tabla.*

Tabla 1. Zona de cobertura para el servicio de transferencia de datos

Provincia	Cantón
San José	Pérez Zeledón
Puntarenas	Osa

De acuerdo con la empresa, inicialmente, la red de transporte de datos estará formada por dos emplazamientos, el primero de ellos ubicado en el caserío de Coopemangle en Ciudad Cortés, de Osa de Puntarenas y el segundo en el proyecto residencial Serenity Eco-Village, localizado en Pejibaye de Pérez Zeledón, provincia de San José.

iv. El plazo estimado para la instalación de equipos.

Según se lee en el folio 68 del expediente, se pretende iniciar con la prestación del servicio de Acceso a Internet en un corto plazo (no mayor a 3 meses) a partir de la recepción de la debida autorización por parte de esta Superintendencia.

b) Acreditar la capacidad técnica relacionada con los servicios que se pretende autorizar. Para ello deberá:

i. Indicar con detalle y claridad las capacidades técnicas de los equipos, tanto a nivel de núcleo, distribución y acceso.

*Luego de revisar la información contenida en el expediente administrativo, es criterio de la Dirección General de Mercados, que **SKY FIBER**, ha suministrado datos suficientes para corroborar las características técnicas de los equipos a utilizar para proveer los servicios. Esto se puede apreciar en primera instancia en los folios 83 al 89 del expediente administrativo, de donde es posible extraer un listado de los equipos de red (ver tabla 2) utilizados a nivel de núcleo, distribución y acceso así como las especificaciones técnicas de los equipos de radio. En cuanto a estos últimos, los mismos operarán en el rango de frecuencia comprendido entre 5150 a 5825 MHz.*

Tabla 2. Listado de equipos de red e inalámbricos utilizados por SKY FIBER

Sección de la red	Marca del equipo	Modelo del equipo
Núcleo	Mikrotik	Router RB800
Distribución y Acceso	Mikrotik	Radios R52Hn
	Mikrotik	SXT 5HPnD
	Hyperlink	Antenas HyperLink HG4958DP-30D

ii. Incluir un diagrama de red para cada servicio solicitado, indicar en los diagramas de red, los anchos de banda entre los distintos elementos de la red.

En relación con los diagramas de red presentados que permitirían la prestación del servicio de transferencia de datos en la modalidad descrita, es criterio de la SUTEL que la información suministrada por la empresa cumple con las características técnicas necesarias, mostrando de forma clara la topología bajo la cual se pretende implementar la red que permitirá la prestación de los servicios.

*En la figura 3, se observa el diagrama de red que para tal efecto **SKY FIBER** aportó (vista al folio 82 del expediente administrativo). Se aprecian de manera general los nombres de los dos emplazamientos y las capacidades de ancho de banda entre ellos. A su vez, las ubicaciones geográficas y los dispositivos que se utilizarán para el aprovisionamiento de los servicios mencionados también se incluyen en el diagrama.*

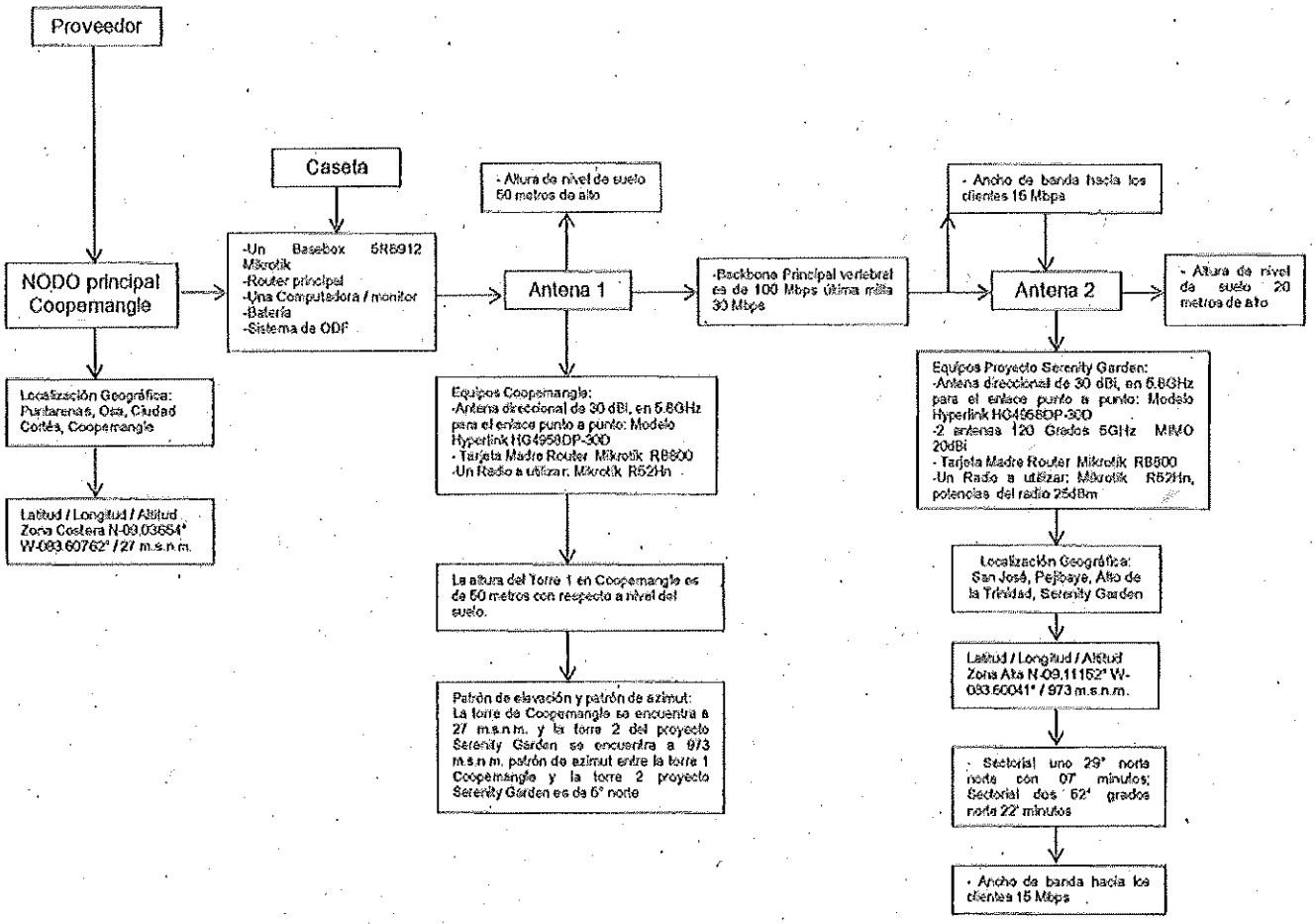

Figura 3. Diagrama de red

iii. Incluir el programa de cobertura geográfica. Debe presentarse un cronograma que refleje la expansión de la cobertura geográfica de la ampliación de las zonas o áreas de cobertura, el cual deberá relacionarse directamente con la cantidad de clientes a los que se pretende servir.

De acuerdo con la empresa, inicialmente, la red de transporte de datos estará formada por dos emplazamientos, el primero de ellos ubicado en el caserío de Coopemangle en Ciudad Cortés, de Osa de Puntarenas y el segundo en el proyecto residencial Serenity Eco-Village, localizado en Pejibaye de Pérez Zeledón, provincia de San José. Para el inicio de la prestación del servicio, el solicitante estima un plazo no mayor a 3 meses a partir de la recepción de la debida autorización por parte de esta Superintendencia.

*En línea con lo anterior, en el folio 26 del expediente administrativo, es posible observar un cronograma propuesto por **SKY FIBER** en donde proyecta la cantidad de clientes en 92 en un plazo de 2 años.*

Cronograma de Cobertura Geográfica														
Descripción del mes que fue conectado el cliente	Cantidad de clientes conectados en ese mes	Año	Ene	Feb	Marz	Abr	May	Jun	Jul	Agost	Set	Oct	Nov	Dic
Diciembre	5	2014	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Enero	4	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Febrero	3	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Marzo	3	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Abril	3	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Mayo	3	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Junio	3	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Julio	4	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Agosto	4	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Setiembre	3	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Octubre	3	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Noviembre	3	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Diciembre	4	2015	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Enero	4	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Febrero	4	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Marzo	4	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Abril	3	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Mayo	3	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Junio	4	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Julio	4	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Agosto	3	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Setiembre	3	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Octubre	3	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Noviembre	4	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Diciembre	4	2016	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Enero	4	2017	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Total de clientes	**92**		-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-

Figura 4. *Proyección de clientes de SKY FIBER*

iv. Aportar información relacionada con el modelo de negocio de los servicios de telecomunicaciones específicos para los cuales se solicita la autorización en cuanto a: atención al cliente, atención de averías y mantenimiento de la red.

Se aprecia en los folios 07 y del 69 al 73 del expediente administrativo, los puntos generales que la empresa contempla en su modelo de negocio, resumiendo datos relacionados con el servicio de atención al cliente y la atención de averías. Según se lee en esos folios, existirá un Centro de Atención Técnica, el cual puede ser contactado por medio del teléfono 4700-8080. Este medio de comunicación citado será atendido con base en un horario que abarca de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 4:00 p.m.

En lo relativo al mantenimiento de red, en los folios 70 y 71 del expediente administrativo, se manifiesta que la empresa cuenta con herramientas de software que le permitirá mantener un monitoreo activo sobre el estado de sus enlaces. Adicionalmente y con el fin de reducir la incidencia de averías, ***SKY FIBER*** *señala que implementará un programa de mantenimiento preventivo con periodicidad semanal sobre la infraestructura de sus dos nodos red.*

Cabe señalar que lo anterior deberá ser ampliado por parte de la empresa y deberá manifestarse claramente en los contratos de adhesión que esta celebre con sus potenciales clientes, en atención a lo que se indica en el artículo 21 inciso 10 del Reglamento del Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones.

v. Para hacer uso de frecuencias en los rangos atribuidos como "uso libre", se debe adjuntar un diagrama general e indicar para cada emplazamiento localización geográfica, frecuencias a utilizar, potencia de salida de equipos, potencia efectiva radiada, patrón de radiación, cantidad de antenas y ganancia.

Según se indica en la información contenida en el expediente administrativo, específicamente en los folios del 11 al 12, y 82 del expediente administrativo, ***SKY FIBER*** *aporta la información relacionada con lo señalado en este punto. Mostrando las antenas y sus características, indicando patrones de radiación, frecuencias a utilizar y los sitios geográficos donde se ubicarán las antenas para sus enlaces inalámbricos. En la tabla 7 se muestra una síntesis de los datos especificados por* ***SKY FIBER****.*

Tabla 3. Emplazamientos de la red inalámbrica de SKY FIBER

Emplazamiento	Provincia	Cantón	Distrito	Latitud (Norte)	Longitud (Oeste)	Altitud (m.s.n.m)	Altura instalación antenas (m)	Frecuencia Operación (MHz)	EIRP[3]
Coopemangle	Puntarenas	Osa	Ciudad Cortés	9,03654° N	83,60762° O	27	50	5150 - 5825	36dBm
Serenity Garden	San José	Pérez Zeledón	Pejibaye	9,11152° N	8360041° O	973	20	5150 – 5825	36dBm

"

XVI. Que de acuerdo al Informe Técnico de la Dirección General de Mercados, la empresa solicitante cumple con la **capacidad financiera**, por lo que se concluyó que:

"Luego de valorar la documentación financiera proporcionada por **SKY FIBER** se considera que la compañía cumple con lo exigido por la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-588-2009 de las 2:25 horas del 30 de noviembre de 2009. En este sentido, se expone a continuación el análisis efectuado.

i. ***Acreditar la capacidad financiera relacionada con los servicios que se pretende autorizar. Para ello deberá aportar los estados financieros certificados del solicitante o en su defecto un estudio de factibilidad financiera del proyecto de telecomunicaciones específico, que incluya cada una de los servicios de telecomunicaciones que se pretende se autoricen.***

*Para acreditar la capacidad financiera relacionada con los servicios que se pretende autorizar, **SKY FIBER** aporta una certificación sobre los saldos de los estados financieros abreviados con fecha al 31 de enero de 2015. Dicha información financiera, sin embargo, es considerada como confidencial por parte de la empresa, de manera que en ese sentido solicitó a esta Superintendencia la confidencialidad respectiva, la que se otorgó mediante la resolución del Consejo de SUTEL RCS-062-2015, en la sesión ordinaria N° 19-2015 del 15 de marzo de 2015, mediante el acuerdo 010-019-2015.*

*Dentro de los citados estados financieros se evidencia que si bien **SKY FIBER** debe hacerle frente a algunos pasivos financieros, los activos de que dispone son suficientes no sólo para atender tales pasivos sino también para financiar las inversiones en que debe incurrir con el propósito de brindar el servicio de transferencia de datos en su modalidad de acceso a internet inalámbrico.*

*Por otra parte dentro de la solicitud planteada, **SKY FIBER** incluye un cronograma de la cobertura geográfica del servicio a brindar, en virtud del cual estaría en capacidad de iniciar la respectiva prestación del servicio. Similarmente se detallan los precios que se cobrarán por dicha prestación, los cuales varían en función de la velocidad de descarga correspondiente. La prestación del servicio de transferencia de datos a un número creciente de clientes por parte del operador solicitante implica que dispondrá de ingresos suficientes que le permitan recuperar la inversión a realizar.*

*Considerando la información aportada, en particular, por una parte el patrimonio con que cuenta actualmente **SKY FIBER** y por otra, el comportamiento creciente que el operador estima se presentará en el caso del número de demandantes de los servicios que pretende ofrecer, se hace evidente que **SKY FIBER** cuenta con los recursos con los cuales financiar su proyecto de inversión y que éste resultará rentable. En ese sentido, es recomendable que el Consejo de esta Superintendencia proceda a aprobar la solicitud de autorización planteada por dicho operador. "*

XVII. Que de acuerdo con el Informe Técnico de la Dirección General de Mercados, la solicitante cumple con la **capacidad jurídica,** dado que luego de verificar los presupuestos jurídicos y de hecho correspondientes se concluyó que:

*"Del análisis de fondo realizado de la totalidad de folios que integran el expediente administrativo, se comprueba que **SKY FIBER**, cumple con los requisitos jurídicos exigidos por el ordenamiento jurídico, según se expone a continuación:*

[3] 36 dBm corresponde al límite superior de EIRP, empleado en la banda de 5725 MHz – 5850MHz

a. *El solicitante expuso su pretensión para prestar el servicio de Transferencia de Datos bajo la modalidad de Acceso a Internet por medio de enlaces inalámbricos en bandas de frecuencia de "uso libre" en el cantón de Osa en la provincia de Puntarenas y en el cantón de Pérez Zeledón en la provincia de San José, según consta en el número de ingreso NI-1545-2015, visible a folios 02 al 52 del expediente administrativo.*

b. *La solicitud fue presentada en idioma español y conforme al Sistema Internacional de Unidades de Medidas (Ley 5292 del 9 de agosto de 1973 y su Reglamento).*

c. *El solicitante se identificó como* ***SKY FIBER COSTA RICA, S. A.****, cédula jurídica número 3-101-685564, cuyo Presidente y representante judicial y extrajudicial con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma es el señor Juan Felipe Martínez Chacón, portador de la cédula de identidad número 6-0320-0179. Lo anterior fue verificado mediante certificación registral según consta en folios 33 y 34 del expediente administrativo. Esta certificación fue emitida dentro de los tres meses anteriores, a la fecha en que la solicitud de autorización fue presentada ante esta Superintendencia. Asimismo, se señala el correo electrónico proyectosturisticos.cr@gmail.com como medio para la recepción de notificaciones.*

d. *La solicitud fue firmada por el señor Juan Felipe Martínez Chacón, representante legal de* ***SKY FIBER COSTA RICA, S. A.*** *Su firma se encuentra autenticada según consta al folio 02 del expediente administrativo.*

e. *La empresa solicitante aportó copia de la cédula de identidad de su representante legal, según consta al folio 36 del expediente administrativo.*

f. *Igualmente, el interesado adjuntó la declaración jurada en donde se hace constar que* ***SKY FIBER COSTA RICA, S. A.:*** *(i) conoce las condiciones establecidas para la operación y explotación de redes y la prestación de los servicios de telecomunicaciones y (ii) conoce y se compromete expresamente a cumplir ordenamiento jurídico, regulaciones, directrices, normativa y demás disposiciones vigentes en materia de telecomunicaciones. Esta declaración jurada fue otorgada ante Notario Público por el señor Juan Felipe Martínez Chacón, en calidad de representante legal de la empresa, según consta al folio 76 del expediente administrativo.*

g. *Según consta en el folio 94 del expediente administrativo,* ***SKY FIBER COSTA RICA, S. A.****, se encuentra registrado como patrono activo ante la Caja Costarricense del Seguro Social y está al día con todas sus obligaciones ante esta Institución."*

XVIII. Que finalmente y de acuerdo con el citado Informe Técnico, una vez analizada la solicitud de autorización presentada por **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** se puede concluir que esta se ajusta a los requerimientos legales y reglamentarios al procedimiento administrativo correspondiente, según la resolución del Consejo de la SUTEL RCS-588-2009 de las 2:25 horas del 30 de noviembre de 2009.

XIX. Que la empresa **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** posee las capacidades técnicas para poder desarrollar e implementar la arquitectura y topología de red, así como las condiciones para brindar mantenimiento y servicios de calidad a los usuarios según el ordenamiento jurídico vigente para los servicios sobre los que solicita autorización.

XX. Que en consecuencia, este Consejo acoge la recomendación contenida en el oficio 03830-SUTEL-DGM-2015de fecha de 5 de junio de 2015, para lo cual procede autorizar a **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** cédula jurídica número 3-101-685564, para operar una red pública de telecomunicaciones y brindar el servicio de Transferencia de Datos bajo la modalidad de Acceso a Internet por medio de enlaces inalámbricos en bandas de frecuencia de "uso libre" en el cantón de Osa en la provincia de Puntarenas y en el cantón de Pérez Zeledón en la provincia de San José, respetando la normativa y las disposiciones regulatorias vigentes.

XXI. Que de conformidad con los anteriores resultandos y considerandos, este Consejo, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de sus funciones.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, ley 8642 y su reglamento; Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ley 7593; Ley General de la Administración Pública, ley 6227; y demás normativa de general y pertinente aplicación

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

1. Otorgar autorización a la empresa **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** cédula jurídica número 3-101-685564, por un período de diez años a partir de la notificación de la presente resolución, para la operación de una red pública de telecomunicaciones para la prestación de los siguientes servicios de telecomunicaciones disponibles al público:

   i. Transferencia de Datos bajo la modalidad de Acceso a Internet por medio de enlaces inalámbricos en bandas de frecuencia de "uso libre".

2. Indicar a **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** que, conforme a las disposiciones del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario y el Reglamento de Prestación de Calidad de los Servicios, deberá cumplir con el procedimiento de homologación de sus equipos terminales, de previo a prestar los servicios de telecomunicaciones disponibles al público.

3. Indicar a **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** que deberá ajustarse a los niveles de sobresuscripción establecidos en el artículo 89 de la sección 3 del capítulo 7 del Reglamento de Prestación y Calidad de Servicios, contemplando la sobresuscripción del servicio contratado a su proveedor de servicios de internet. Dicha relación se enmarca bajo el régimen de acceso e interconexión y deberá cumplir con las disposiciones contenidas en el Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones.

4. Indicar a la empresa autorizada que podrá ampliar la oferta de servicios de telecomunicaciones informando previamente a la Superintendencia de Telecomunicaciones, conforme con el artículo 27 de la Ley N° 8642, quien en un plazo de quince días hábiles efectuara los ajustes necesarios a fin de que estos servicios cumplan con lo dispuesto en dicha ley. En este sentido, se hace constar que al día de hoy y para efectos del Registro Nacional de Telecomunicaciones, **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** prestará el servicio de Transferencia de Datos bajo la modalidad de Acceso a Internet por medio de enlaces inalámbricos en bandas de frecuencia de "uso libre". Establecer como condiciones de la autorización las siguientes:

   PRIMERO. Sobre las zonas o áreas geográficas: la empresa **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** cédula jurídica número 3-101-685564, podrá brindar sus servicios de telecomunicaciones autorizados en el cantón de Osa en la provincia de Puntarenas y en el cantón de Pérez Zeledón en la provincia de San José.

   SEGUNDO. Sobre las tarifas: La empresa **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** deberá ajustar sus tarifas de servicios de telecomunicaciones al Régimen Tarifario que establezca la SUTEL.

   TERCERO. Sobre las obligaciones en particular: sin perjuicio de cualesquiera otras obligaciones impuestas bajo la Ley General de Telecomunicaciones o cualesquiera otras disposiciones legales o reglamentarias, u otras obligaciones contraídas de manera particular, la empresa **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** cédula jurídica número 3-101-685564, estará obligada a:

   a. Operar las redes y prestar los servicios autorizados, de manera continua, de acuerdo a los términos, condiciones y plazos establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones,

reglamentos, el respectivo título habilitante y las resoluciones que al efecto dicte la SUTEL;

b. Cumplir con los requisitos económicos, técnicos y jurídicos mínimos que hayan sido requeridos por la SUTEL y en virtud de los cuales se le haya otorgado el título habilitante, así como cumplir con cualesquiera otros requisitos establecidos por la SUTEL;

c. Cumplir con lo dispuesto en los planes técnicos fundamentales, reglamentos y las normas técnicas establecidas por el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones y por la SUTEL;

d. Cumplir en general con las obligaciones de acceso e interconexión, así como remitir de manera oportuna a la Sutel para su aprobación e inscripción los acuerdos que alcance con otros operadores y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones.

e. Permitir y brindar el acceso e interconexión a sus redes de todos los equipos, interfaces y aparatos de telecomunicación, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la ley y su reglamentación, y permitir el libre acceso a los servicios que mediante ellas se presten, en condiciones transparentes y no discriminatorias;

f. Remitir a la Sutel oportunamente y mantener actualizada toda información referente a la representación de la empresa, composición accionaria y medios de notificación. Para estos efectos, deberá actualizar al menos una vez al año, la ficha de regulado que mantiene la Unidad de Gestión Documental de la SUTEL;

g. Entregar a la SUTEL la información que solicite, con la periodicidad que esta requiera;

h. Pagar oportunamente los cánones, tasas y demás obligaciones establecidas en la ley o en su respectivo título habilitante;

i. Asegurar y garantizar el uso eficiente de los recursos escasos;

j. Garantizar el uso compartido de su infraestructura de soporte de redes, de forma transparente y no discriminatoria, de conformidad con la normativa vigente.

k. Admitir como cliente o usuario final, de manera no discriminatoria, a todas las personas que lo deseen y respetar los derechos de los usuarios finales;

l. Respetar los derechos de los usuarios de telecomunicaciones y atender sus reclamaciones, según lo previsto en esta Ley.

m. Proteger los derechos de los usuarios asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, y más y mejores alternativas en la prestación de los servicios.

n. Atender y resolver las quejas y controversias presentadas por sus clientes, usuarios u otros operadores o proveedores de manera eficiente, eficaz y oportuna, las cuales deberán ser debidamente documentadas.

o. Disponer de centros de telegestión que permitan la atención oportuna y eficaz de solicitudes de información, trámites y reclamaciones de los derechos de los usuarios.

p. Adoptar las medidas necesarias para garantizar la privacidad de las telecomunicaciones.

q. Respetar el Régimen de Competencia en Telecomunicaciones y solicitar la autorización de

la SUTEL, de previo a realizar una concentración, en los términos que define el artículo 56 de la Ley General de Telecomunicaciones.

r. Cumplir y asegurar parámetros o condiciones mínimas de calidad en los servicios a brindar.

s. Suministrar a la SUTEL, en el plazo requerido, los informes y documentación fidedigna concerniente a la actividad que presta; con las condiciones y la periodicidad que ésta indique y que sea indispensable para el cumplimiento de las atribuciones y obligaciones que se establecen en la ley.

t. Permitir a los inspectores el acceso a sus instalaciones y, además, que dichos funcionarios lleven a cabo el control de los elementos afectos a las redes o servicios y de los documentos que deban tener.

u. Cumplir las obligaciones de acceso universal, servicio universal y solidaridad que les correspondan, de conformidad con esta Ley.

v. Solicitar ante la SUTEL, la homologación de los contratos de adhesión que suscriban con sus clientes, previo a iniciar la prestación de los servicios autorizados.

w. Informar a la SUTEL acerca de los nuevos servicios que brinden, con el fin de que esta información conste en el Registro Nacional de Telecomunicaciones, y pueda la SUTEL realizar su función de control y fiscalización correspondientes.

x. Informar a la SUTEL sobre cualquier cambio o modificación a los hechos que se tienen como fundamento para el dictado de esta resolución de autorización.

y. Contar en sus redes con los equipos de medición, que la permitan la obtención de los diferentes parámetros e indicadores de calidad establecidos por la SUTEL.

z. Acatar las medidas, disposiciones y resoluciones dictadas por la SUTEL.

aa. Las demás que establezca la ley, reglamentos o directrices en materia de telecomunicaciones.

CUARTO. Sobre el canon de regulación: La empresa **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** cédula jurídica número 3-101-685564, estará obligada a cancelar oportunamente el canon de regulación anual. Para lo anterior, la Superintendencia de Telecomunicaciones le remitirá el monto por dicho concepto a la dirección de correo electrónico señalado para atender notificaciones dentro del expediente de autorización.

QUINTO. Sobre la contribución especial parafiscal a Fonatel. Con la finalidad de cumplir con los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, referidos en el artículo 32 de la Ley General de Telecomunicaciones N°8642, la **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** cédula jurídica número 3-101-685564 estará obligada a cancelar la contribución especial parafiscal a Fonatel de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley N°8642.

SEXTO. Sobre el Registro Nacional de Telecomunicaciones: en el Registro Nacional de Telecomunicaciones debe ser incluida la información sobre la presente autorización de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, N° 7593, así como la información respecto a la operación y explotación de las redes de telecomunicaciones.

La información aportada sobre precios y tarifas, contratos de adhesión que apruebe la SUTEL,

asignación de recursos de numeración, las ofertas de interconexión por referencia y los convenios, los acuerdos, y los resoluciones de acceso e interconexión, los convenios y las resoluciones relacionadas con la ubicación de los equipos, la colocación y el uso compartido de infraestructuras físicas, convenios de tráfico internacional, las normas y estándares de calidad de los servicios de telecomunicaciones, así como los resultados de la supervisión y verificación de su cumplimiento y cualquier otro que disponga la SUTEL, que se requiera para el buen cumplimiento de los principios de transparencia, no discriminación y derecho a la información. La información en dicho registro será de acceso general público.

SÉTIMO: Sobre la composición accionaria: De conformidad con el acuerdo del Consejo de la SUTEL 012-041-2011 de la sesión ordinaria 041-2011 celebrada el día 01 de junio del 2011, todo operador y proveedor de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, deberá informar a la SUTEL la composición de su capital accionario. Por lo tanto, dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de esta resolución, la empresa **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** cédula jurídica número 3-101-685564, deberá presentar ante la SUTEL una certificación notarial de capital social en la cual demuestre la naturaleza y propiedad de las acciones de la empresa. Asimismo, todo cambio en la composición accionaria deberá ser comunicado a la SUTEL y mantenerse actualizado de conformidad con el acuerdo del Consejo de Sutel número 020-024-2014 de la sesión ordinaria 024-2014 del 23 de abril del 2014.

OCTAVO: Plazo para la instalación de equipos e inicio de prestación del o los servicios autorizado(s): La ahora autorizada debe proceder a la instalación de los equipos e iniciar la prestación del servicio autorizado, dentro del plazo establecido en este título, a decir, 12 meses a partir de la fecha de notificación de la resolución de autorización, de conformidad con el artículo 80 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.

NOVENO: Comunicación de instalación de la red para acuse e inspección: Una vez instalada la red, la autorizada deberá notificar a la SUTEL a fin de que realice las inspecciones respectivas y compruebe que la instalación se ajusta a lo autorizado en el presente título habilitante de conformidad con la topología de la red visible a los folios 54, 55, 56 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.

DÉCIMO: Deber de obtener las habilitaciones administrativas correspondientes para el despliegue de la red y la infraestructura: Los proyectos de ubicación y altura de la estructura que constituya o soporte al sistema de transmisión o recepción, observarán lo previsto en los reglamentos y disposiciones administrativas necesarias y demás disposiciones aplicables y, de ser necesario, deberán obtener las autorizaciones que se trate. Las torres de las estaciones de telecomunicación, deberán cumplir con las señales preventivas y demás requisitos para la navegación aérea, según establece la Organización de Aviación Civil Internacional O.A.C.I. de acuerdo a lo indicado por el artículo 86 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.

DÉCIMO PRIMERO: Documentos para inspecciones: el titular de la presente autorización debe mostrar durante las visitas de inspección de los funcionarios de la SUTEL, los siguientes documentos: a. Autorización para operar el sistema; b. Instructivos de los equipos y materiales con que constan las instalaciones del sistema; y c. Copia del certificado del técnico responsable, conforme a lo dispuesto en el artículo 88 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.

DÉCIMO SEGUNDO: Publicar por cuenta de SUTEL dentro de los siguientes cinco (5) días naturales a la fecha de emisión de esta resolución un extracto de la misma en el Diario Oficial La Gaceta, según lo que establece el artículo 42 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones.

DECIMO TERCERO: Notificar esta resolución a la empresa **SKY FIBER COSTA RICA, S. A.** al

lugar o medio señalado para dichos efectos al correo electrónico proyectosturisticos.cr@gmail.com

DECIMO CUARTO: ORDENAR la inscripción del presente título habilitante y una vez firme esta resolución practicar la anotación e inscripción correspondiente en el libro o archivo registral respectivo del Registro Nacional de Telecomunicaciones, que incluya al menos la siguiente información:

Datos	Detalle
Denominación social:	SKY FIBER COSTA RICA, S. A. constituida y organizada bajo las Leyes de la República de Costa Rica
Cédula jurídica:	3-101-685564
Representación Judicial y Extrajudicial:	Juan Felipe Martínez Chacón, portador de la cédula de identidad número 6-0320-0179 representante judicial y extrajudicial.
Correo electrónico de contacto	proyectosturisticos.cr@gmail.com
Número de expediente Sutel	S0395-STT-AUT-00441-2015
Tipo de título habilitante	Autorización
Plazo de vigencias y fecha de vencimiento	10 años a partir de la notificación de la presente resolución
Tipo de Red	Red Pública.
Servicios Habilitados	Transferencia de datos en su modalidad de acceso a internet inalámbrico en bandas de frecuencia de uso libre.
Zona de Cobertura:	cantón de Osa en la provincia de Puntarenas y en el cantón de Pérez Zeledón en la provincia de San José

De conformidad con el artículo 154 del Reglamento de la Ley General de Telecomunicaciones, el operador está obligado a comunicar a la SUTEL las modificaciones que se produzcan respecto de los datos inscritos y a aportar la documentación que lo acredite fehacientemente.

El operador deberá realizar la comunicación correspondiente a la SUTEL dentro del plazo máximo de quince (15) días naturales a partir del día en que se produzca la modificación.

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 345 y el artículo 346 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 3 días hábiles, contadas a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución.

NOTIFÍQUESE

Ingresan a la sala de sesiones los funcionarios de la Dirección General de Mercados, Laura Molina Montoya, Max Ruiz Arrieta y Juan Gabriel García Rodríguez para participar durante el conocimiento del siguiente tema.

4.2. *Informe de finiquito y recibo a satisfacción de los entregables de la contratación N° 2014LA-000014-SUTEL denominada "Contratación de servicios profesionales para el desarrollo de un modelo para la fijación de tarifas máximas de usuario final internet fijo.*

A continuación, el señor Presidente hace del conocimiento del Consejo el oficio 3781-SUTEL-DGM-2015, del 03 de junio del 2015, por medio del cual la Dirección General de Mercados presenta al Consejo

el informe de finiquito y recibo a satisfacción de los entregables de la contratación N° 2014LA-000014-SUTEL denominada "*Contratación de servicios profesionales para el desarrollo de un modelo para la fijación de tarifas máximas de usuario final internet fijo*".

El señor Herrera Cantillo se refiere al tema de la contratación de la firma Axxon, los aspectos que se encontraban pendientes y la forma cómo se han tratado.

La funcionaria Molina Montoya se refiere al modelo de costos del servicio de internet fijo que se ha elaborado, así como las conclusiones y recomendaciones emitidas por la Dirección General de Mercados, incluyendo los pasos a seguir. Señala que con el modelo se pretende realizar una fijación para el servicio de acceso a internet fijo, residencial y empresarial y así satisfacer la necesidad de fijar tarifas actualizadas.

Brinda una explicación sobre los términos de la contratación con la firma Axxon, sobre el modelo de determinación de los costos del servicio de internet fijo residencial y empresarial y la manera de satisfacer dichos servicios, así como una serie de ejemplos de los cargos de internet residencial que se aplican en Costa Rica.

Asimismo, se refiere al análisis de las recomendaciones presentadas por la empresa consultora sobre el conjunto de velocidades a regular, la propuesta de regulación por rangos propuesta por Axxon, así como la forma de cálculo propuesta, el nivel tarifario a aplicar y el esquema de actualización de tarifas.

El señor Herrera Cantillo se refiere a la importancia de valorar algunos temas de cálculo, el detalle de la fórmula y los precios fijados, así como la estrategia de comunicación que se deberá implementar.

Con base en el análisis de la información conocida en esta oportunidad, la señora Méndez Jiménez sugiere llevar a cabo una sesión de trabajo para analizar a profundidad este tema.

Luego de un intercambio de impresiones, con base en el análisis de la información conocida en esta oportunidad y tomando en cuenta lo explicado por el señor Herrera Cantillo y los funcionarios de la Dirección a su cargo, el Consejo acuerda por unanimidad:

ACUERDO 011-029-2015

1. Dar por recibido el oficio 3781-SUTEL-DGM-2015, del 03 de junio del 2015, por medio del cual la Dirección General de Mercados hace del conocimiento del Consejo el finiquito y recibo a satisfacción de los entregables de la contratación No 2014LA-000014-SUTEL, denominada "*Contratación de servicios profesionales para el desarrollo de un modelo para la fijación de tarifas máximas de usuario final para el servicio de acceso a internet fijo*".

2. Programar una sesión de trabajo, con el propósito de analizar los aspectos regulatorios del desarrollo del modelo para la fijación de tarifas máximas de usuario final de internet fijo.

ACUERDO FIRME
NOTIFIQUESE

ARTÍCULO 5

PROPUESTAS DE LA DIRECCION GENERAL DE OPERACIONES

5.1. Cumplimiento de acuerdo 015-025-2015, sobre representación en evento Estudios de Competencia y de Mercado, de los funcionarios Daniel Quirós Zúñiga y Deryhan Muñoz Barquero en la ciudad de París, Francia.

Continúa el señor Presidente, quien somete a consideración del Consejo el oficio 3821-SUTEL-DGO-2015, del 04 de junio del 2015, mediante el cual el Área de Recursos Humanos presenta el desglose de costos por la participación de los funcionarios Daniel Quirós Zúñiga, Especialista en Asesoría Jurídica y Deryhan Muñoz Barquero, Especialista en Regulación, ambos de la Dirección General de Mercados, en el evento "*Estudios de Competencia y de Mercado en América Latina*", organizado por la Organización para la Cooperación Económica en Europa, que se efectuará en la ciudad de París, Francia, del 15 al 19 de junio del 2015, tal y como se instruyó mediante acuerdo 015-025-2015, de la sesión ordinaria 025-2015, celebrada el 20 de mayo del 2015

El señor Campos Ramírez detalla el programa de la actividad y los costos de la participación en la actividad señalada.

El señor Camacho Mora señala que está de acuerdo con la capacitación. De igual manera, recordó la importancia de que los temas relacionados con la representación de la Superintendencia ante la OCDE sean coordinados con la funcionaria Rose Mary Serrano Gómez, Asesora del Consejo, solicitud que ya había planteado en una sesión anterior.

En vista de la información conocida, el Consejo, con base en el análisis del oficio 3821-SUTEL-DGO-2015 y tomando en consideración la explicación del señor Campos Ramírez, acuerda por unanimidad:

ACUERDO 012-029-2015

1. Dar por recibido el oficio 3821-SUTEL-DGO-2015, con fecha 04 de junio del 2015, por medio del cual la licenciada Evelyn Sáenz Quesada, Jefe de Recursos Humanos, presenta al Consejo, en atención al acuerdo 015-025-2015, el desglose de los costos por representación internacional de los funcionarios Daniel Quirós Zúñiga, Especialista en Asesoría Jurídica y Deryhan Muñoz Barquero, Especialista en Regulación, ambos de la Dirección General de Mercados, en el evento "*Estudios de Competencia y de Mercado en América Latina*", organizado por la Organización para la Cooperación Económica en Europa, que se efectuará en la ciudad de París, Francia, del 15 al 19 de junio del 2015.

2. Autorizar a la Dirección General de Operaciones que cubra a los funcionarios Daniel Quirós Zúñiga y Deryhan Muñoz Barquero, de conformidad con el detalle que se copia más adelante y con base en lo establecido en el Reglamento de Gastos de Viaje y Transporte para funcionarios públicos de la Contraloría General de la República-, los rubros de transporte aéreo, (considerando la salida un día hábil antes de la actividad y el regreso para el día siguiente, estableciendo que cualquier otro gasto derivado por arribo anticipado o por atraso en la partida que sea solicitada por los funcionarios correrán por cuenta de los mismos), transporte interno (casa-aeropuerto-casa), transportes dentro del país visitado (aeropuerto-hotel-aeropuerto), impuestos de salida de los aeropuertos fuera de Costa Rica, llamadas telefónicas, envío de faxes oficiales e imprevisto y el uso oficial de servicio de internet; todo lo anterior contra la presentación de la respectiva factura al momento de hacer la liquidación correspondiente. Además se deberá cubrir el monto de los viáticos. Se considerará la proporción del viático que corresponda al día de partida y el de regreso y que no exceda el monto presupuestario aprobado para tal fin.

Costo por dos personas		
Descripción	Dólares	Colones
Inscripción	$0.00	¢0.00
Viáticos ($329)*8 días	$5,264.00	¢3,016,272.00

Imprevistos ($100)	$200.00	¢114,600.00
Transporte interno y externo ($250)	$500.00	¢286,500.00

3. Los gastos correspondientes serán cargados a la Dirección General de Mercados.

4. Dejar establecido que los impuestos de salida de Costa Rica no son cubiertos por la Superintendencia de Telecomunicaciones, en cuyo caso si los funcionarios Daniel Quirós Zúñiga y Deryhan Muñoz Barquero lo considera pertinente, podrán gestionar el trámite de pasaporte de servicios que facilita la Cancillería del Gobierno de la República para todos los funcionarios públicos.

5. Corresponde a los funcionarios Daniel Quirós Zúñiga y Deryhan Muñoz Barquero realizar las gestiones necesarias para la solicitud de anticipo de viáticos ante el Área de Finanzas de la Dirección General de Operaciones, así como también la tramitación de inscripción al curso, la solicitud de la factura e ingreso en la recepción de la SUTEL, para que se le asigne el respectivo "NI" con el fin de realizar el proceso de gestión de pago.

ACUERDO FIRME
NOTIFIQUESE

ARTICULO 6

PROPUESTAS DE LA DIRECCION GENERAL DE CALIDAD

7.1. Temas pospuestos.

En atención a una sugerencia que se hizo sobre el particular, el Consejo analiza la viabilidad de posponer para una próxima sesión los temas de la Dirección General de Calidad. Discutida la propuesta, resuelve:

ACUERDO 013-029-2015

Posponer el conocimiento de los siguientes temas de la Dirección General de Calidad para una próxima sesión del Consejo:

- Informe y propuesta de resolución sobre asignación de enlaces de microondas para el Instituto Costarricense de Electricidad en las bandas de 18 y 23 GHz
- Informe y propuesta de resolución sobre la asignación de enlaces microondas del Instituto Costarricense de Electricidad en las bandas de 7 GHz, 15 GHz y 18 GHz.
- Dictamen técnico sobre la adecuación de los títulos habilitantes de la empresa Onda Radial Marmucast S.A. en cuanto a la red para el soporte al servicio de radiodifusión de emisiones sonoras de acceso libre en FM.
- Dictamen técnico sobre la adecuación de los títulos habilitantes de la Universidad de Costa Rica de la frecuencia 870 kHz
- Dictamen técnico sobre la adecuadión de los títulos habilitantes de la empresa Radio Cima S.A. en la frecuencia 1500 kHz.
- Dictamen técnico sobre la solicitud de traslado del punto de transmisión de la empresa Televisora Cristiana S.A., canal 23

- Dictamen técnico sobre la adecuación de los títulos habilitantes de Temporalidades de la Diócesis de San Isidro del General en cuanto a la red para el soporte al servicio de radiodifusión de emisiones sonoras de acceso libre en FM
- Solicitud de prórroga para instalación de equipo de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A.

NOTIFIQUESE

A LAS 13:30 HORAS FINALIZA LA SESIÓN

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO DEL CONSEJO

GILBERT CAMACHO MORA
PRESIDENTE DEL CONSEJO