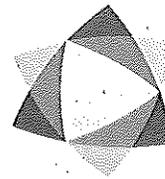


Nº 31940



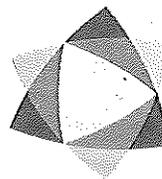
**sutel**  
SUPERINTENDENCIA DE  
TELECOMUNICACIONES

**CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES.**

**ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA Nº 042-2015**

**A LAS OCHO Y TREINTA HORAS DEL 5 DE AGOSTO DEL 2015**

**SAN JOSÉ, COSTA RICA**


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

Acta de la sesión ordinaria número 042-2015, celebrada en la sala de sesiones José Gonzalo Acuña González, a las ocho y treinta horas del 5 de agosto del dos mil quince.

Preside el señor Gilbert Camacho Mora. Asisten los señores Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, Miembro Propietario y el señor Jaime Herrera Santiesteban, Miembro Suplente, en sustitución de la señora Maryleana Méndez Jiménez, quien se encuentra participando en el evento denominado "*Planes Nacionales de banda Ancha y TICdel CEABAD*", que se realiza en la ciudad de Managua, Nicaragua del 3 al 6 de agosto del 2015, según acuerdo 018-036-2015, del acta de la sesión 036-2015, celebrada el 8 de julio del 2015.

Participan los funcionarios Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo, Mario Luis Campos Ramírez, Director General de Operaciones, Walther Herrera Cantillo, Director General de Mercados, Humberto Pineda Villegas, Director General de Fonatel, Xinia Herrera Durán, Rose Mary Serrano Gómez, Mercedes Valle Pacheco y Jorge Brealey Zamora, Asesores del Consejo.

Se deja constancia de la inasistencia de los funcionarios Glenn Fallas Fallas, Director General de Calidad, por encontrarse participando en la capacitación denominada "*Gestión Avanzada del Espectro para las Telecomunicaciones Móviles*", en la ciudad de Washington DC, Estados Unidos de América, del 03 al 05 de agosto del 2015, según acuerdo 013-039-2015 del acta de la sesión 039-2015, celebrada el 22 de julio del 2015; e Ivannia Morales Chaves, Encargada de Comunicación, quien realiza labores propias de su cargo.

Se deja constancia que el señor Humberto Pineda Villegas no está presente al inicio de la sesión, dado que se encuentra atendiendo asuntos relacionados con su cargo y su incorporación se registra durante el análisis del punto 4.1

**ARTÍCULO 1**

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

**Propuestas de los señores Miembros del Consejo.**

1. Propuesta de respuesta el Comité de Comercio, en el marco del Market Openness Review (MOR) de la OCDE:

**Propuestas de la Dirección General de Operaciones**

2. Informe verbal sobre la improbación del canon de regulación 2016, por parte de la Contraloría General de la República.

**Propuestas de la Dirección General de Fonatel.**

3. Trasladar como último punto de la agenda, los temas de Fonatel

**ORDEN DEL DÍA**

1 – APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA

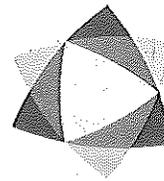
2 – APROBACIÓN DEL ACTA DE SESIÓN ORDINARIA 041-2015

3 – PROPUESTAS DE LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO

- 3.1 Propuesta de respuesta el Comité de Comercio, en el marco del Market Openness Review (MOR) de la OCDE.

4- PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FONATEL

- 4.1 Presentación de las disposiciones de la Contraloría General de la República en el Informe DFOE-IFR-IF-06-2015 y atención de la disposición 4.2.



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

- 4.2 *Conocimiento para aprobación de modificaciones al cartel del proceso de Precalificación de Proveedores para el Programa Hogares Conectados.*
- 4.3 *Aprobación del Informe de Administración de FONATEL primer semestre 2015, remisión al MICITT y CGR*
- 4.4 *informe de avance de proyectos del Fideicomiso al cierre de Junio 2015*

**5 - PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MERCADOS**

- 5.1 - *Contribución para el 13er Foro Latinoamericano de Competencia a celebrarse el 23 y 24 de setiembre de relativa al tema "Midiendo el Impacto de la Abogacía de la Competencia en América Latina y el Caribe: Caso del Regulador Sectorial de Competencia de*
- 5.2 - *Declaratoria de confidencialidad de piezas del expediente GCO-DGM-AFI-02274-2014, correspondiente a información brindada por las empresas Millicom Cable De Costa Rica "TIGO" y Televisora De Costa Rica S.A. "Cable Tica".*
- 5.3 - *Informe sobre solicitud de investigación y medida cautelar presentada por el ICE contra Claro CR Telecomunicaciones S.A.*
- 5.4 - *Informe sobre solicitud de investigación y medida cautelar presentada por el ICE contra Telefónica de Costa Rica, S.A.*
- 5.5 - *Ampliación al informe 4552-SUTEL-DGM-2015 sobre solicitud de investigación y medida cautelar presentada por el ICE contra TELEFÓNICA en relación con el servicio de roaming.*

**6 - PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE OPERACIONES**

- 6.1 - *Solicitud de ayuda para estudio de la funcionaria María Fernanda Casafont Mata, Maestría en Barcelona España.*
- 6.2 - *Resumen ejecutivo y minuta de la sesión de trabajo "Avance Proyectos POI 2015".*
- 6.3 - *Informe verbal sobre la improbación del canon de regulación 2016, por parte de la Contraloría General de la República.*

**ACUERDO 001-042-2015**

Aprobar por unanimidad el orden del día de la sesión ordinaria 042-2015.

**ARTÍCULO 2**

**APROBACIÓN DEL ACTA DE LA SESIÓN ORDINARIA 041-2015**

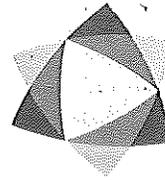
Seguidamente, el señor Presidente da lectura a la propuesta del acta de la sesión ordinaria 041-2015, celebrada el 29 de julio del 2015. Una vez analizado su contenido y efectuadas las respectivas observaciones, el Consejo resuelve por unanimidad:

**ACUERDO 002-042-2015**

1. Aprobar el acta de la sesión ordinaria 041-2015, celebrada el 29 de julio del 2015.
2. Se deja constancia de que el señor Jaime Herrera Santisteban aprueba el acta por la firmeza de los
3. acuerdos correspondientes, debido a que no estuvo presente en dicha sesión.

**ARTÍCULO 3**

**PROPUESTAS DE LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO.**


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**
**3.1 Propuesta de respuesta al Comité de Comercio, en el marco del Market Openness Review (MOR) de la OCDE.**

El señor Presidente presenta al Consejo el oficio 5366-SUTEL-ACS-2015, de fecha 5 de agosto del 2015, mediante el cual los funcionarios Rose Mary Serrano Gómez, Asesora del Consejo y Adrián Mazón Villegas, Ingeniero de la Dirección General de Mercados, trasladan las propuestas de respuestas a una serie de consultas del Comité de Comercio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

La funcionaria Serrano Gómez explica que se trata de una serie de consultas remitidas por la Licda. Natalia Porras, en su calidad de Negociadora del Ministerio de Comercio Exterior (COMEX), ante el Comité de Comercio, en el marco del Market Openness Review (MOR) de la OCDE, como parte de la evaluación de apertura de mercados (Market Openness Review) que se está realizando como parte del proceso de adhesión de Costa Rica a dicha organización.

Dichas respuestas han sido elaboradas con el apoyo de las diferentes Direcciones de la SUTEL involucradas en los procesos sobre los cuales versan las preguntas. Señala que se coordinó con el Viceministerio de Telecomunicaciones la atención de estas consultas, se dividió el trabajo y se acordó que SUTEL atendería las siguientes:

- ¿Considera el Gobierno de Costa Rica que el acceso a postes de electricidad es un problema de acceso al mercado Costarricense?
- ¿Cómo se utilizan los fondos de servicio universal de forma que no se favorezca a un solo proveedor, sino más bien que refuerce los principios de apertura de mercados?
- Se han presentado quejas de la industria sobre el requerimiento de la SUTEL de revisar todas las actualizaciones de software que se hacen a los dispositivos móviles, de previo a la distribución en el país. ¿Puede elaborar sobre las razones de esta regulación y explicar que está haciendo Costa Rica para asegurar que las actualizaciones de software sean revisadas lo más rápido posible?

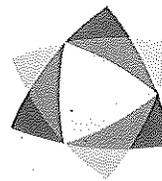
Una vez explicado en detalle el tema por parte de la funcionaria Rose Mary Serrano, los señores Miembros del Consejo acuerdan por unanimidad:

**ACUERDO 003-042-2015**

1. Dar por recibido el oficio 5366-SUTEL-ACS-2015, de fecha 5 de agosto del 2015, mediante el cual los funcionarios Rose Mary Serrano Gómez, Asesora del Consejo y Adrián Mazón Villegas, Ingeniero de la Dirección General de Mercados, trasladan el borrador de respuestas a una serie de consultas relacionadas con la evaluación de apertura de mercados (Market Openness Review), que se está realizando en el marco del proceso de adhesión de Costa Rica a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).
2. Autorizar a la Presidencia del Consejo la remisión del oficio 5366-SUTEL-ACS-2015 al Comité Negociador del Ministerio de Comercio Exterior (COMEX), y al Viceministerio de Telecomunicaciones del MICITT, mediante el cual se atienden las consultas mencionadas en el numeral anterior, cuyos temas competen a esta Superintendencia.

**ACUERDO FIRME. NOTIFÍQUESE**

**ARTÍCULO 4**
**PROPUESTAS DE LA DIRECCION GENERAL DE FONATEL**


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

Al ser las 11:15 ingresa a la sala de sesiones el señor Humberto Pineda Villegas, Director General de Fonatel.

**4.1. Presentación de las disposiciones de la Contraloría General de la República en el Informe DFOE-IFR-IF-06-2015 y atención de la disposición 4.2.**

Ingresa a la sala de sesiones el funcionario Francisco Rojas Giralt, de la Dirección General de FONATEL.

De inmediato, el señor Presidente somete a consideración del Consejo las disposiciones de la Contraloría General de la República contenidas en el informe DFOE-IFR-IF-06-2015, así como la atención a la disposición 4.2., "Auditoría de carácter especial ejecutada en la Superintendencia de Telecomunicaciones sobre los proyectos financiados con recursos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL)".

Sobre el particular, se conoce el oficio 05276-SUTEL-DGF-2015, del 31 de julio del 2015, por medio del cual la Dirección General de FONATEL somete para conocimiento del Consejo, el informe citado.

El señor Humberto Pineda Villegas brinda una explicación sobre el particular, en la cual señala que la Contraloría General de la República ha definido ciertos plazos perentorios para dar cumplimiento a lo que ha señalado sobre el particular, por lo que en esta oportunidad se presenta el respectivo informe y la propuesta para el cumplimiento de la disposición que otorga un plazo de un mes.

Se refiere al objetivo de la Dirección a su cargo de exponer al Consejo las propuestas para la atención y respuesta a los requerimientos del Órgano Contralor, que es establecer la razonabilidad del alcance de los proyectos que son financiados con recursos de FONATEL, de manera que pueda determinarse si los requerimientos de tales proyectos se identifican de forma completa y ello permite un aprovechamiento de los recursos.

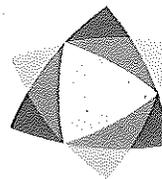
De inmediato brinda un detalle con respecto al número de disposición, las tareas principales a desarrollar, el responsable designado, el plazo establecido y su respectiva fecha de vencimiento. Señala que las disposiciones 4.2 y 4.3 del informe DFOE-IFR-IF-06-2015 deben responderse de forma inmediata, para dar cumplimiento al plazo establecido y se refiere a las propuestas del acuerdo que debe adoptarse en esta oportunidad.

Analizado este asunto, el Consejo con base en lo indicado por la Dirección General de Fonatel en su oficio 05276-SUTEL-DGF-2015, del 31 de julio del 2015 y lo explicado por el señor Pineda Villegas sobre el particular, acuerda por unanimidad:

**ACUERDO 004-042-2015**

1. Dar por recibido el oficio 05276-SUTEL-DGF-2015, del 31 de julio del 2014, por medio del cual la Dirección General de FONATEL somete para conocimiento del Consejo, el informe de la Contraloría General de la República N° DFOE-IFR-IF-06-2015. "Auditoría de carácter especial ejecutada en la Superintendencia de Telecomunicaciones sobre los proyectos financiados con recursos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL)".
2. Dar por recibido el Informe de la Contraloría General de la República N° DFOE-IFR-IF-06-2015: "Auditoría de carácter especial ejecutada en la Superintendencia de Telecomunicaciones sobre los proyectos financiados con recursos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL)", Ref.-Oficio N° 10105 (DFOE-IFR-0285) (NI: 06945-2015).
3. Instruir al Banco Nacional de Costa Rica, en su condición de Fiduciario del Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL, para que:

- En el caso de proyectos a ser ejecutados con cargo al Fondo suspenda la incorporación de cláusulas en los carteles de los proyectos y en los contratos respectivos, relacionadas con el



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

otorgamiento de plazos condicionados a un factor externo (permisos) para la ejecución de proyectos.

- Todo proyecto a ser ejecutado con recursos del Fondo y que considere el otorgamiento de anticipos para su ejecución, cuente con un análisis que permita evidenciar las ventajas técnicas, económicas y sociales -aplicables- que demuestren el beneficio del interés público por encima de los riesgos y costos -de oportunidad y financieros - asociados a este tipo de práctica. Igualmente, dicho análisis deberá comprender la verificación de que en cada caso de anticipos se cumpla el marco normativo y contractual vigente.

- En caso de que proceda el otorgamiento de anticipos para la ejecución de proyectos con cargo al Fondo, se exijan las garantías colaterales en condiciones que permitan al Fondo una recuperación eficaz y oportuna de los recursos.

4. Solicitar al Banco Nacional de Costa Rica, en su condición de Fiduciario del Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL, que en el plazo de 10 días hábiles contados a partir de la notificación del presente acuerdo, remita al Consejo de la SUTEL, la justificación que motivó la inclusión en la cláusula 4.5.2. de los contratos para la implementación de los proyectos de San Carlos, Sarapiquí y Upala; de la condición de que el plazo de entrega para la implementación de la Etapa-1 empezaría a contar "a partir de la fecha de obtención de los permisos".
5. Solicitar al Banco Nacional de Costa Rica que en un plazo de 10 días hábiles, contados a partir de la notificación del presente acuerdo, presente un análisis de las condiciones sobre los términos y plazos que actualmente se encuentran rigiendo para las garantías que han sido otorgadas por adjudicatarios de proyectos del FONATEL para respaldar posibles anticipos de dinero. Como parte de ese análisis deben valorar la factibilidad de ejecutar en forma oportuna tales garantías.
6. Hacer del conocimiento del Banco Nacional de Costa Rica que la utilización de la figura del pago por anticipado solo deberá ser aplicada en aquellos casos en los que exista un justificado, manifiesto y evidente interés público; que evidencie que con la aplicación de esa figura se estarían desarrollando y ejecutando los proyectos financiados con dineros de FONATEL de una mejor forma.

**ACUERDO FIRME. NOTIFÍQUESE**

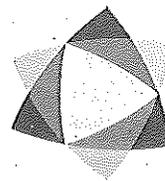
*Ingresan a la sala de sesiones los funcionarios de la Dirección General de Fonatel, Oscar Benavides Arguello, Paola Bermudez Quesada y Oscar Cordero Infante para participar durante el conocimiento de los siguientes temas de Fonatel.*

**4.2. Conocimiento para aprobación de modificaciones al cartel del proceso de Precalificación de Proveedores para el Programa Hogares Conectados.**

Continúa el señor Camacho Mora, quien somete a consideración del Consejo las modificaciones al cartel del proceso de Precalificación de Proveedores para el Programa Hogares Conectados, presentado por la Dirección General de FONATEL.

Se conoce sobre el particular el oficio 05140-SUTEL-DGF-2015, del 27 de julio del 2015, por medio del cual la Dirección General de FONATEL presenta al Consejo el informe mencionado.

De inmediato el señor Humberto Pineda Villegas brinda una explicación sobre el particular. Destaca que anteriormente se efectuó una modificación al pliego de condiciones del proceso de precalificación; se amplió el plazo para el 14 de agosto, no obstante, dado lo corto del vencimiento establecido, se someten a consideración del Consejo algunos ajustes que deben efectuarse al pliego de condiciones y explica el contenido del oficio que se conoce en esta oportunidad.

**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

Indica que producto de los trámites efectuados, se recibió la retroalimentación de los operadores, con base en los cuales la Dirección tomó la decisión de efectuar los ajustes finales correspondientes.

Interviene el señor Oscar Benavides Arguello, quien por su parte se refiere a las modificaciones que se efectúan al precio de la oferta, la especificación del dispositivo para el uso de internet, las certificaciones del dispositivo, el precio base y la verificación de elegibilidad de beneficiarios,

El señor Pineda Villegas se refiere a la propuesta de acuerdo que debe emitirse para atender este tema y señala que la idea, después de tres sesiones de ajustes, es que existan mayores oportunidades de participación en el concurso, por lo que la Dirección a su cargo propone al Consejo que se revise detalladamente el planteamiento de ajustes al pliego de condiciones.

Interviene el señor Oscar Benavides Arguello, quien se refiere a los temas sobre los cuales versaron las observaciones planteadas por los operadores.

Interviene el señor Mario Campos Ramírez, quien señala la importancia de que todos los costos que se generen de la actualización de estos proyectos sean debidamente cargados a la Dirección General de FONATEL, tal y como lo ha señalado la Contraloría General de la República.

De inmediato se tiene un cambio de impresiones sobre el particular y se solicita aprobar el acuerdo, incluyendo lo indicado por el señor Campos Ramírez sobre la distribución de los costos.

Se retiran de la sala de sesiones los señores Francisco Rojas Giral y Oscar Cordero Infante.

Analizado el oficio 05140-SUTEL-DGF-2015, del 27 de julio del 2015 y la explicación que sobre el particular brinda el señor Pineda Villegas, el Consejo resuelve por unanimidad:

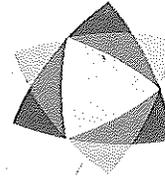
**ACUERDO 005-042-2015**

1. Dar por recibido el oficio 05140-SUTEL-DGF-2015 del 27 de julio del 2015, mediante el cual la Dirección General de FONATEL propone ajustes al pliego de condiciones del proceso de precalificación para la conformación del registro de proveedores del Programa Hogares Conectados: 2015RPP-000001-SUTEL.
2. Aprobar los ajustes propuestos al Pliego de Condiciones, de conformidad con lo planteado en el oficio 05140-SUTEL-DGF-2015 del 27 de julio del 2015, con las observaciones realizadas en esta oportunidad por los señores Miembros del Consejo.
3. Instruir a la Dirección General de Operaciones para que brinde a la Dirección General de FONATEL el apoyo requerido para llevar a cabo la publicación de los ajustes al pliego de condiciones aprobados.
4. Dejar establecido que todos los costos de administración relacionados con el proceso. 2015RPP-000001-SUTEL, será asignados a la Dirección General de FONATEL.

**ACUERDO FIRME****4.3. Aprobación del Informe de Administración de FONATEL primer semestre 2015, remisión al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones y la Contraloría General de la República.**

El señor Camacho Mora hace del conocimiento del Consejo el informe de Administración de FONATEL al primer semestre 2015, para la correspondiente remisión al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones y la Contraloría General de la República.

Se da lectura al oficio 05281-SUTEL-DGF-2015, del 31 de julio del 2015, por medio del cual la Dirección General de FONATEL presenta para consideración del Consejo el citado informe.



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

El señor Pineda Villegas brinda una explicación sobre el particular y señala que mediante acuerdo 032-041-2014, de la sesión ordinaria 041-2015, celebrada el 29 de julio del 2015, se solicitó a la funcionaria Xinia Herrera Durán, Asesora del Consejo, revisar la propuesta del informe citado y efectuar las actualizaciones que correspondan para someterlo nuevamente a consideración del Consejo.

Der igual manera, se refiere a las observaciones planteadas sobre el particular por la funcionaria Mercedes Valle Pacheco, por lo que se somete a valoración del Consejo en esta ocasión el documento final con los ajustes efectuados.

Interviene la funcionaria Herrera Durán, quien brinda un detalle sobre las observaciones realizadas, se refiere a los aspectos de forma corregidos, la estructura aplicada para este tipo de documentos, previamente establecidos y señala que al quedar más compacto, facilita la lectura y comprensión del mismo.

Discutido este asunto, con base en la información del oficio 05281-SUTEL-DGF-2015, del 31 de julio del 2015 y la explicación de los señores Pineda Villegas y Herrera Durán sobre el particular, el Consejo acuerda por unanimidad:

**ACUERDO 006-042-2015**

1. Dar por recibido y aprobar el oficio 05281-SUTEL-DGC-2015, del 31 de julio del 2015, por medio del cual la Dirección General de FONATEL, en seguimiento a lo dispuesto mediante acuerdo 032-041-2015 de la sesión ordinaria 041-2015, celebrada el 29 de julio del 2015, presenta para consideración y aprobación del Consejo el Primer Informe Semestral de Administración de FONATEL 2015.
2. Remitir a la Contraloría General de la República y al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, para el trámite que corresponda, el Primer Informe Semestral de Administración de FONATEL 2015, sometido a aprobación del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones por la Dirección General de FONATEL, adjunto a su oficio 05281-SUTEL-DGC-2015, al cual se refiere el numeral anterior.

**ACUERDO FIRME. NOTIFIQUESE**

**4.4. Informe de avance de proyectos del Fideicomiso al cierre de junio 2015.**

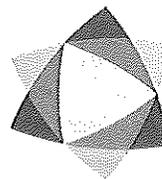
El señor Presidente somete a consideración del Consejo el informe de avance de proyectos del Fideicomiso al cierre de junio del 2015, presentado por la Dirección General de FONATEL.

Se conoce sobre el particular el oficio 05294-SUTEL-DGF-2015, del 31 de julio del 2015, por el cual la Dirección General de FONATEL presenta a consideración del Consejo el informe citado.

Interviene la funcionaria Paola Bermúdez Quesada, quien brinda una explicación sobre el particular y brinda un resumen del estado de los proyectos a junio del 2015. Se refiere al estado del fideicomiso y el avance de los proyectos con corte a junio 2015,

De inmediato se tuvo un cambio de impresiones con respecto al tema del avance de ejecución de los proyectos, los hitos alcanzados, los incidentes y las próximas tareas, dentro del cual se hicieron comentarios con respecto al tema de la contabilidad separada para el proyecto de Siquirres, el proyecto de Roxana y la recomendación en cuanto a la solicitud de pagos, el avance del proyecto de Guatuso, el detalle de pagos de OPEX para el proyecto de Roxana, el avance del proyecto para Los Chiles y los proyectos de Sarapiquí, San Carlos y Upala.

Asimismo, se hacen observaciones con respecto al Proyecto Zona Chorotega y Pacífico Central, así como los respectivos proyectos de equipamiento, los cuales se encuentran en formulación y a los avances de los proyectos para Roxana y Siquirres.



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

El señor Pineda Villegas se refiere a la determinación y certificación de la cuantía del contrato y se señala lo indicado por la Unidad de Gestión sobre el particular, basado en el modelo financiero planteado por esa Unidad.

Finalmente, la funcionaria Bermúdez Quesada se refiere a las observaciones y conclusiones contenidas en el informe presentado por el fideicomiso, al tiempo que hace mención a la propuesta de acuerdo para el informe conocido en esta oportunidad.

Discutido el tema, con base en lo indicado en el oficio 05294-SUTEL-DGF-2015, del 31 de julio del 2015 y la explicación brindada por la funcionaria Bermúdez Quesada sobre el particular, el Consejo acuerda de manera unánime:

**ACUERDO 007-042-2015**

1. Dar por recibida la presentación realizada por la Dirección General de FONATEL, respecto al Informe de Avance de los Proyectos Gestionados por el Fideicomiso del Banco Nacional de Costa Rica y Gestión de la Dirección General de FONATEL para los programas del Plan de Proyectos y Programas 2015, al 30 de junio de 2015.
2. Dar por recibido y aprobar el Informe de Avance de los Proyectos Gestionados por el Fideicomiso del Banco Nacional de Costa Rica, correspondiente a junio 2015, remitido por el Banco Nacional de Costa Rica mediante oficio FID-1257-2015 (NI-07031-2015).
3. Solicitar al Fideicomiso del Banco Nacional de Costa Rica que determine el plazo en el cual el contratista a cargo de los proyectos de Roxana de Pococí y Siquirres deben presentar lo requerido para el correcto análisis de la contabilidad separada. En el caso del Proyecto de Roxana de Pococí, la fijación de este plazo no debe ser mayor a 15 días hábiles, ya que el tema es reiterado en distintos informes. De igual forma, indicar claramente a los contratistas las sanciones a las que se exponen si se incumple el plazo.

**NOTIFÍQUESE**

**ARTÍCULO 5**

**PROPUESTAS DE LA DIRECCION GENERAL DE MERCADOS**

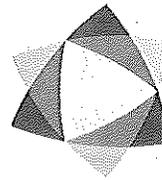
*Ingresa a la sala de sesiones el funcionario Daniel Quirós Zúñiga, de la Dirección General de Mercados, para participar durante el conocimiento de los temas de Mercados.*

- 5.1. Contribución para el 13er Foro Latinoamericano de Competencia a celebrarse el 23 y 24 de setiembre de 2015, relativa al tema "Midiendo el Impacto de la Abogacía de la Competencia en América Latina y el Caribe".**

De inmediato, el señor Presidente hace del conocimiento del Consejo el tema relacionado con la contribución para el 13er Foro Latinoamericano de Competencia, a celebrarse el 23 y 24 de setiembre de 2015, relativa al tema "Midiendo el Impacto de la Abogacía de la Competencia en América Latina y el Caribe".

Se conocen sobre el particular los documentos que se indican seguidamente:

1. "Midiendo el impacto de la Abogacía de la Competencia en América Latina y el Caribe: Caso del Regulador Sectorial de Competencia de Costa Rica", correspondiente a la contribución por parte de SUTEL para la actividad señalada.



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

2. Programa del 13er *Foro Latinoamericano de Competencia*, a celebrarse el 23 y 24 de setiembre de 2015, relativo al tema "*Midiendo el Impacto de la Abogacía de la Competencia en América Latina y el Caribe*", en Montego Bay, Jamaica.

El señor Herrera Cantillo introduce el tema y señala que dentro del marco del Foro Latinoamericano de Competencia, organizado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), se solicitan previamente las contribuciones de los representantes de los diferentes países e instituciones en los temas que se abarcan en los respectivos eventos. Para esta oportunidad, señala, se trata del tema del "*Impacto de la abogacía sobre la competencia en América Latina y el Caribe*" y solicitan la contribución a los países respectivos, por lo que se somete a consideración del Consejo la propuesta de respuesta sobre el particular, de conformidad con los documentos que se conocen en esta oportunidad.

De inmediato se produce un intercambio de impresiones sobre el contenido de la ponencia propuesta por la Dirección General de Mercados.

En vista de la explicación brindada por el señor Herrera Cantillo sobre el particular, el Consejo resuelve por unanimidad:

**ACUERDO 008-042-2015**

1. Dar por recibidos los documentos que se indican a continuación:
  - a) "*Midiendo el impacto de la Abogacía de la Competencia en América Latina y el Caribe: Caso del Regulador Sectorial de Competencia de Costa Rica*", correspondiente a la contribución por parte de SUTEL para la actividad señalada.
  - b) Programa del 13er *Foro Latinoamericano de Competencia*, a celebrarse el 23 y 24 de setiembre de 2015, relativo al tema "*Midiendo el Impacto de la Abogacía de la Competencia en América Latina y el Caribe*", en Montego Bay, Jamaica.
2. Autorizar a la Dirección General de Mercados para que remita el documento que atiende la consulta "*Midiendo el impacto de la Abogacía de la Competencia en América Latina y el Caribe: Caso del Regulador Sectorial de Competencia de Costa Rica*", a la organización del evento Foro Latinoamericano de Competencia.

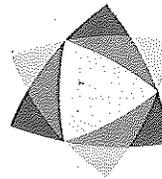
**NOTIFIQUESE**

- 5.2. **Informe y propuesta de resolución sobre la declaratoria de confidencialidad de piezas del expediente GCO-DGM-AFI-02274-2014, correspondiente a la información brindada por las empresas Millicom Cable de Costa Rica "TIGO" y Televisora de Costa Rica, S. A.**

Para continuar, el señor Presidente hace del conocimiento del Consejo el informe y la propuesta de resolución sobre la declaratoria de confidencialidad de piezas del expediente GCO-DGM-AFI-02274-2014, correspondiente a la información brindada por las empresas Millicom Cable de Costa Rica "TIGO" y Televisora de Costa Rica, S. A.

Se conoce sobre el particular el oficio 5330-SUTEL-DGM-2015, del 03 de agosto del 2015, por medio del cual la Dirección General de Mercados presenta para valoración del Consejo el informe correspondiente a este asunto.

El señor Herrera Cantillo brinda una explicación en la que se refiere al trámite de revisión de la tarifa del servicio de internet fijo, dentro del cual se ha solicitado a las empresas Cable de Costa Rica "TIGO" y Televisora de Costa Rica, S. A. que envíen cierta información necesaria para la conformación de los respectivos informes y se refiere a los detalles del proceso público que vá para audiencia.


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

En virtud de lo anterior, se ha recopilado información sensible, razón por la cual se solicita la autorización al Consejo para declarar la confidencialidad de la misma, con el propósito de que dichos datos sean declarados confidenciales por un plazo de 5 años.

Brinda un detalle de los folios que se solicita declarar como confidenciales, así como la información que contienen y detalla las razones que fundamentan dicha solicitud.

En vista de lo indicado en el oficio 5330-SUTEL-DGM-2015, del 03 de agosto del 2015 y la explicación del señor Herrera Cantillo sobre el particular, el Consejo acuerda de manera unánime:

**ACUERDO 009-042-2015**

1. Dar por recibido el oficio 5330-SUTEL-DGM-2015, del 03 de agosto del 2015, por el cual la Dirección General de Mercados somete a consideración del Consejo el informe y la propuesta de resolución sobre la declaratoria de confidencialidad de piezas del expediente GCO-DGM-AFI-02274-2014, correspondiente a información brindada por las empresas Millicom Cable de Costa Rica "TIGO" y Televisora de Costa Rica, S. A.
2. Aprobar la siguiente resolución:

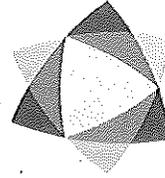
**RCS-143-2015**

**DECLARATORIA DE CONFIDENCIALIDAD DE PIEZAS DEL EXPEDIENTE CORRESPONDIENTE A  
 INFORMACION BRINDADA POR LAS EMPRESAS MILLICOM CABLE COSTA RICA (TIGO)  
 Y TELEVISORA DE COSTA RICA S. A. (CABLETICA), PARA EL DESARROLLO DE  
 UN MODELO DE COSTOS DE RED FIJA, ACCESO A INTERNET-FIJO.**

**EXPEDIENTE GCO-DGM-AFI-02274-2014**

**RESULTANDO**

1. Que la Sutel por medio de la Licitación Abreviada que corre bajo el número 2014LA-000014-SUTEL, realizó la contratación denominada "Contratación de Servicios Profesionales para el Desarrollo de un Modelo para la Fijación de tarifas Máximas de Usuario final para el Servicios de Acceso a Internet Fijo"; cuyo objeto era contar con los servicios profesionales especializados para el desarrollo de un modelo que facilite el proceso de fijación de precios y tarifas de usuario final para el servicio de acceso a Internet fijo independientemente de la tecnología o medio de transmisión que se utilice, en concordancia con la normativa costarricense en materia de tarifas de usuario final y protección de los derechos de estos.
2. Que por medio de los oficios 7593-Sutel-DGM-2014, 7595-Sutel-DGM-2014, 8380-Sutel-DGM-2014, 9006-Sutel-DGM-2014 y 9003-Sutel-DGM-2014, se le solicitó a los operadores, Televisora de Costa Rica S.A. "CableTica" y Millicom Cable de Costa Rica S.A. "Tigo", información sobre: su demanda histórica, tráfico, cobertura, elementos de red, nodos de acceso, nodos de transmisión, datos sobre el núcleo, costos de equipos, gastos operativos, cuentas de pérdidas y ganancias, entre otros relacionados con los servicios dados a través de la red fija, la cual debían suministrar a la Dirección General de Mercados de la Sutel, pues la información era requerida por el ente regulador para utilizar está en la elaboración y desarrollo de un modelo que facilitará el proceso de fijación de precios y tarifas de usuario final para el servicio de acceso a Internet fijo, el cual estaba contemplado en el objeto de la licitación abreviada 2014LA-000014-SUTEL.
3. Que por medio de los oficios NI-10656-2014, de fecha 20 de noviembre del 2014, NI-11241-2014, de fecha 10 de diciembre del año 2014 y NI-00977-2015, de fecha 30 de enero del 2015, el operador Televisora de Costa Rica "Cable Tica", cumple y presenta la información requerida por la Sutel.
4. Que de manera textual en el oficio NI-10656-2014, de fecha 20 de noviembre del año 2014, el operador


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

Televisora de Costa Rica "Cable Tica" solicita que toda la información suministrada por ellos entendiéndose esta la presentada de manera física y digital y requerida por el ente regulador para la elaboración y desarrollo del modelo que facilite el proceso de fijación de precios y tarifas de usuario final para el servicio de acceso a Internet fijo sea declarada bajo confidencialidad, pues manifiesta lo siguiente:

*"...La información suministrada anteriormente tiene alto valor comercial para Televisora de Costa Rica S.A., e inclusive se considera como parte del patrimonio de la empresa. Así mismo, al ser de carácter confidencial, esta ha sido objeto de rigurosas medidas de seguridad para mantenerla en secreto de sus competidores. De la misma forma, internamente dicha información solo es conocida por las altas autoridades de la empresa..."*

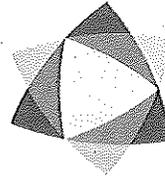
5. Que por medio de los oficios NI-00188-2014, de fecha 20 de noviembre del año 2014 y NI-11297-2014 de fecha 11 de diciembre del 2014, el operador Millicom Cable de Costa Rica "Tigo", cumple y presenta la información requerida por la Sutel.
6. Que de manera textual en el oficio NI-00188-2014, de fecha 20 de noviembre del año 2014 y NI-11297-2014 de fecha 11 de diciembre del 2014, el operador Millicom Cable de Costa Rica "Tigo" solicita que toda la información suministrada por ellos, entendiéndose esta la presentada de manera física y digital y requerida por el ente regulador para la elaboración y desarrollo de un modelo que facilite el proceso de fijación de precios y tarifas de usuario final para el servicio de acceso a Internet fijo sea declarada bajo confidencialidad, pues manifiesta lo siguiente.

*"...Dado que estamos presentando información de naturaleza confidencial para nuestra empresa, con carácter legal de "información no divulgada", rogamos se le brinde ese mismo tratamiento, y que su confidencialidad sea resguardada por la Superintendencia de telecomunicaciones, conforme a la legislación vigente y las disposiciones de Sutel al respecto..."*

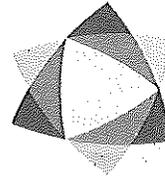
7. Que se han realizado las diligencias necesarias para el dictado de la presente resolución.

**CONSIDERANDO**

- I. Que el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública (Ley N° 6227) establece que no habrá acceso a las piezas de un expediente cuyo conocimiento pueda, entre otras cosas, comprometer, secretos de Estado o información confidencial de la contra parte, 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.
- II. Que el artículo 2 de la Ley de Información No Divulgada (Ley N° 7975) establece que se protege 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.
- III. Que en este sentido la Procuraduría General de la República en el dictamen C-344-2001 del 12 de diciembre del 2001 ha reconocido que podría considerarse como confidencial "la información que sólo es útil para la empresa y respecto de la cual ésta tiene un derecho a que no se divulgue, como las copias de las declaraciones tributarias, cartas, correspondencia, certificaciones personales, libros contables, los informes relativos a los estados financieros, balance de situación, los relativos a estrategias de mercado, las políticas comerciales de la empresa, los métodos de producción, etc."


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

- IV. Que en temas como el presente la Contraloría General de la República ha manifestado la siguiente: "(...) *'la Sala Constitucional al dimensionar el acceso a los expedientes administrativos ha indicado que 'tratándose de los expedientes en que se tramitan procesos administrativos, el inciso primero del artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública establece: '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'. Consecuentemente, la Administración podrá denegar el acceso a los expedientes administrativos, mediante resolución fundada, la cual podrá ser impugnada mediante los recursos ordinarios de ley, tal y como lo indica el artículo 274 de la Ley General de la Administración Pública, siempre y cuando la persona que solicite la información no posea un interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho en virtud del acto final' (ver Voto N°7222-98 de las 10:45 horas del 30 de octubre de 1998). Es decir, la denegación del acceso a la información contenida en un expediente administrativo debe estar precedida de un acto motivado, que en principio es recurrible por la parte interesada. Oficio 3460 de 5 de abril de 1999 (DGCA 377-99)*
- V. Que el derecho de las empresas Televisora de Costa Rica S.A. y Millicom Cable de Costa Rica S.A., de proteger la información debe sopesarse con el derecho que tienen los ciudadanos de acceso a la información administrativa, el cual se encuentra establecido en el artículo 30 de la Constitución Política de Costa Rica.
- VI. Que mediante resolución N° RCS-341-2012 "DECLARATORIA DE CONFIDENCIALIDAD DE INDICADORES DE MERCADO" de las 09:45 horas del 14 de noviembre del 2012 (tomada en la Sesión Ordinaria N° 071-2012 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el día 14 de noviembre del 2012, mediante acuerdo N° 006-071-2012), sobre la información relacionada con los ingresos e inversión de un operador de telecomunicaciones específico, señaló que éstas "ameritan de un tratamiento confidencial por su carácter secreto y sensible para los distintos operadores y proveedores de telecomunicaciones, esto a partir de lo definido en el artículo 2 incisos a) y c) de la Ley N° 7975. En virtud de lo anterior se considera que los datos de ingresos e inversiones provenientes de la prestación de cualquier servicio de telecomunicaciones se catalogan como información con un valor comercial, por lo que debe tenerse en cuenta lo definido por la Procuraduría General de la República quien en su Dictamen C-019-2010 del 25 de enero de 2010 indica lo siguiente: "¿qué debe entenderse por secreto comercial?... 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." (lo subrayado no corresponde al original). Como se indicó de previo, lo que se considera confidencial es la información individual de cada operador o proveedor, resultando que los datos totales pertenecientes al mercado se consideran datos públicos"
- VII. Que de la información presentada por Televisora de Costa Rica S.A. por medio de los oficios NI-10656-2014 (folios 21-30), NI-11241-2014 (folios 44-47), NI-00977-2014 (Folios 73-74), tanto a nivel escrito como electrónico, siendo la misma de rango comercial y técnico donde se especifica datos de su actividad ordinaria a nivel privado en el servicio de internet fijo y demás servicios dados sobre la red fija, se ve la necesidad de proteger dicha información ante terceras personas, ya que si la misma es conocida por terceros se podría ocasionar un eventual daño al Operador anteriormente citado. Que la información facilitada por Televisora de Costa Rica se refiere a: Estadísticas de tráfico, demanda histórica desagregada, elementos de red, nodos de núcleo, nodos de acceso, costos unitarios de grupos, datos sobre red de transmisión, costo de personal, vidas útiles, gastos de operación y medición, cuentas pérdidas y ganancias y registros de activos fijos.
- VIII. Que de la información presentada por Millicom Cable de Costa Rica S.A. por medio de los oficios NI-00188-2014 (visible a folios 58) y NI-11297-2014 (visible a folio 49), tanto a nivel escrito como electrónico, siendo la misma de rango comercial y técnico donde se especifica datos de su actividad ordinaria a nivel privado en el servicio de internet fijo y demás servicios dados sobre la red fija, se ve la necesidad de

**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

proteger dicha información ante terceras personas, ya que si la misma es conocida por terceros se podría ocasionar un eventual daño al Operador anteriormente citado. Que la información brindada por Millicom Cable de Costa Rica comprende: Demanda histórica desagregada, demanda de tráfico por servicio, datos sobre elementos de red, red de transmisión, nodos de núcleo, costos unitarios del equipo, costos de personal, gastos de operación y mantenimiento, cuentas de pérdida y ganancias, vida útil, registro de activos fijos y datos de cobertura.

- IX. Que en razón de lo descrito de previo lo procedente es acoger la solicitud de confidencialidad presentada por Televisora de Costa Rica S.A. y Millicom Cable de Costa Rica S.A.
- X. Que la declaratoria de confidencialidad de las piezas de los expedientes debe ser temporal y corresponde a la SUTEL fijar el plazo durante el cual esa información mantendrá el carácter confidencial conforme a las reglas de la sana crítica, proporcionalidad y razonabilidad, y considerando aspectos tales como los motivos expuestos por el operador o proveedor en la solicitud de confidencialidad, la naturaleza de la información presentada y su impacto en el mercado.

**POR TANTO**

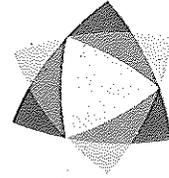
Con fundamento en el los artículos 273 y 274 de la Ley General de la Administración Pública (Ley N° 6227) y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley N° 7593).

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

1. Admitir la solicitud de declaratoria de confidencialidad planteada por las empresas Televisora de Costa Rica y Millicom Cable de Costa Rica sobre los oficios emitidos por ellos y la información que estos contiene, información tanto a nivel físico como digital aportadas y que fueron registrados en la Sutel y corren bajo los números de oficios NI-10656-2014, de fecha 20 de noviembre del año 2014 (folios 21-30), NI-11241-2014, de fecha 10 de diciembre del año 2014 (folios 44-47), NI-00977-2015, de fecha 30 de enero del 2015 (Folios 73-74), NI-00188-2014, de fecha 20 de noviembre del año 2014 (visible a folios 58) y NI-11297-2014 de fecha 11 de diciembre del 2014 (visible a folio 49), los cuales son parte del expediente GCO-DGM-AFI-02274-2014
2. Declarar confidencial los oficios NI-10656-2014 (folios 21-30), NI-11241-2014 (folios 44-47), NI-00977-2014 (Folios 73-74) del expediente GCO-DGM-AFI-02274-2014, presentados por la empresa Televisora de Costa Rica "Cable Tica" y que versan sobre la siguiente información: Estadísticas de tráfico, demanda histórica desagregada, elementos de red, nodos de núcleo, nodos de acceso, costos unitarios de grupos, datos sobre red de transmisión, costo de personal, vidas útiles, gastos de operación y medición, cuentas pérdidas y ganancias y registros de activos fijos, declarando estos confidenciales por un plazo de cinco (5) años.
3. Declara confidencial los oficios NI-00188-2014 (visible a folios 58) y NI-11297-2014 (visible a folio 49) del expediente GCO-DGM-AFI-02274-2014, presentados por la empresa Millicom Cable de Costa Rica y que versan sobre la siguiente información: Demanda histórica desagregada, demanda de tráfico por servicio, datos sobre elementos de red, red de transmisión, nodos de núcleo, costos unitarios del equipo, costos de personal, gastos de operación y mantenimiento, cuentas de pérdida y ganancias, vida útil, registro de activos fijos y datos de cobertura, declarando estos confidenciales por un plazo de cinco (5) años.

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

**NOTIFÍQUESE**



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

**5.3. Informe sobre solicitud de investigación y medida cautelar presentada por el Instituto Costarricense de Electricidad contra Claro CR Telecomunicaciones, S. A.**

Para continuar, el señor Camacho Mora presenta para consideración del Consejo el informe sobre la solicitud de investigación y medida cautelar presentada por el Instituto Costarricense de Electricidad contra Claro CR Telecomunicaciones, S. A.

Al respecto, se conoce el oficio 4543-SUTEL-DGM-2015, del 03 de julio del 2015, por medio del cual la Dirección General de Mercados presenta para valoración del Consejo el informe citado.

El señor Herrera Cantillo brinda una explicación sobre el particular y señala que se conoce en esta oportunidad este asunto, en atención al requerimiento planteado por el Consejo.

Interviene el funcionario Daniel Quirós Zúñiga, quien explica los detalles de la denuncia planteada por el Instituto Costarricense de Electricidad contra Claro CR Telecomunicaciones.

Detalla los hechos evidenciados y las razones que fundamentan la denuncia, así como la recomendación que se plantea al Consejo para autorizar la apertura de una investigación preliminar, lo anterior con base en los resultados de los análisis efectuados por esa Dirección.

El señor Camacho Mora señala que en su criterio, debe acogerse la recomendación indicada y dar el espacio para la investigación solicitada, recabando la información que corresponda para determinar si existen indicios de las acciones que se investigan.

Suficientemente discutido el caso, con base en lo indicado en el 4543-SUTEL-DGM-2015, del 03 de julio del 2015 y lo explicado por los señores Herrera Cantillo y Zúñiga Quirós sobre el particular, el Consejo resuelve por unanimidad:

**ACUERDO 010-042-2015**

1. Da por recibido el oficio 4543-SUTEL-DGM-2015, del 03 de julio del 2015, por medio del cual la Dirección General de Mercados presenta para consideración del Consejo el informe sobre la solicitud de investigación y medida cautelar presentada por el Instituto Costarricense de Electricidad contra Claro CR Telecomunicaciones, S. A.
2. Aprobar la siguiente resolución:

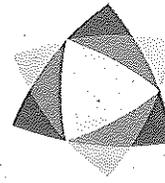
**RCS-144-2015**

**"SE RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR, DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y DESIGNACIÓN DEL ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR PRESENTADA POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD CONTRA CLARO CR TELECOMUNICACIONES S. A."**

**EXPEDIENTE SUTEL SA-1166-2015**

**RESULTANDO**

1. Que el 25 de mayo de 2015 (NI-4897-15) mediante escrito número 6000-608-2015 el señor Jaime Antonio Palermo Quesada, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE) solicita realizar una investigación de las actuaciones de la empresa CLARO CR TELECOMUNICACIONES CLARO S.A., ya que a partir del lunes 20 de abril del 2015 eliminó el cobro por roaming y llamadas internacionales a Centroamérica y Panamá para sus clientes de postpago (folios 2 al 10).
2. Que junto al escrito de denuncia el señor Palermo Quesada aportó los siguientes documentos:


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

- Certificación notarial del 25 de mayo del 2015 de personería jurídica del ICE (folios 11).
- Publicación titulada "Claro elimina tarifa de roaming y llamadas internacionales en Centroamérica" elaborada por Luis Jiménez para Teletica.com (folios 12 al 13)
- Publicación titulada "Los Clientes Postpago no pagarán roaming o precios de larga distancia. Claro "elimina" fronteras en la región con beneficios únicos en las tarifas" por Diario La Hora del 20 de abril de 2015 (folios 14 al 15).
- Reporte de Prensa del Centro de Información Empresarial publicación titulada "A partir de hoy lunes 20 de abril. Claro elimina cobro por roaming y llamadas a la región para sus clientes de postpago. Se paga la tarifa local del plan contratado por el cliente" elaborada por Carlos Cordero para El Financiero (folios 16 al 18).

**3. Que el ICE en su escrito de solicitud de investigación alega lo que de seguido se detalla:**

**"SEGUNDO:** La empresa CLARO anunció, que a partir del lunes 20 de abril de 2015, eliminó el cobro por roaming y llamadas internacionales a Centroamérica y Panamá para sus clientes de postpago y de esta forma, se presenta la información en su página web, tal y como se observa en la siguiente imagen, la cual reproduce la publicidad mostrada en el sitio: <http://www.claro.cr/portal/cr/pc/personas/#>.

Con vista en la resolución de la ARESEP NO RRG-5957-2006, del 31 de agosto del 2006 y resolución de la SUTEL NO RCS -615-2009, del 18 de diciembre del 2009, al día de hoy se encuentra vigente una tarifa de \$0,60 dólares estadounidenses por cada minuto de comunicación en servicio roaming, cargo que no contempla, ni el cobro de las llamadas que reciben los clientes, incluyendo las provenientes de Costa Rica, las cuales se valoraran a partir de las tarifas internacionales que cobra el proveedor internacional; ni el costo de las llamadas (locales, larga distancia o internacionales) que efectuó el cliente, el cual se determinara a partir de las condiciones de tasación y las tarifas que aplique la respectiva empresa celular "portadora".

Por lo tanto, los precios que actualmente rigen por el servicio roaming internacional están compuestos por el cargo de los \$0,60 dólares estadounidenses, mas todos aquellos cargos adicionales que cada proveedor deba cobrar por costos de la llamada local y los definidos en los acuerdos con las otras empresas proveedoras del servicio móvil a nivel internacional.

Con base en la publicidad expuesta, la empresa CLARO cobrará a sus clientes en Centroamérica y Panamá un precio que solamente incluirá el costo de la llamada local, es decir, no incluirá los costos que generalmente se originan por los acuerdos con las empresas proveedoras del servicio móvil en cada país centroamericano y Panamá, esto aprovechando que CLARO es proveedora del servicio móvil celular en todos esos países. Lo anterior, hace presumir que tales costos de terminación y originación de las llamadas internacionales en cada país de Centroamérica y Panamá están siendo asumidos por la empresa CLARO y lo serán en forma permanente, al no anunciarse que se trate de una promoción temporal.

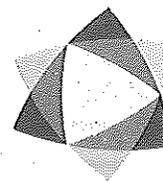
El ajuste realizado por CLARO en su oferta comercial, para el servicio roaming postpago, tiene características de conducta de abuso de posición de dominio, razón por la cual, resulta fundamental que se realice el análisis de mercado para este caso específico y se valore el poder sustancial de los participantes, tal y como lo señalan la normativa y las Guías de Análisis de Conductas Anticompetitivas de la SUTEL, en el apartado 4 sobre Poder Sustancial de Mercado:

"la determinación de la existencia de poder en el mercado es un análisis técnico que se realiza caso a caso (...)"

**TERCERO:** En la información reproducida por La Hora de Guatemala en su página web, se realizan afirmaciones que desde un punto de vista de competencia son muy graves, como por ejemplo:

**"Esto es una ventaja competitiva que solo Claro brinda, por ser el único que opera en los cinco países de Centroamérica y Panamá, además de otros 13 países en el continente americano, Austria y Europa del Este. (El destacado no es del original)"**

Como se desprende de lo anterior, es fundamental que se realice un análisis de mercados, que deberá necesariamente valorar la posición de dominio de CLARO, y que evalúe la forma en la que dicha empresa estaría apalancando su posición de dominio para reafirmar su liderazgo en toda la región y en todos los países en los que presta servicio. En consecuencia, como parte de los análisis de mercados se debería


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

tener en cuenta no solo el ámbito de Producto sino también el ámbito geográfico en el que el operador estaría prestando servicios.

**CUARTO:** El servicio ofrecido por CLARO, supone una discriminación no solo entre los clientes CLARO y el resto, sino incluso entre los mismos clientes de CLARO, puesto que la oferta va dirigida exclusivamente a los clientes postpago.

Tal y como to señala el propio operador en la información reproducida por La Hora de Guatemala, en su página web:

"A criterio de Evelyn Hernandez, subgerente de Mercadeo Postpago de Claro, los centroamericanos ya no tienen que preocuparse por los cobros de roaming o de costos de larga distancia cuando cuenten con sus planes postpago (El destacado no es del original)"

El lanzamiento de este tipo de servicios, supone no solo una discriminación entre los clientes, sino también una amenaza para el resto de los operadores del mercado costarricense, por cuenta que CLARO se estaría aplicando a sí mismo un costo de terminación diferente al que aplica al resto de los operadores, lo que supone, que los costos de transferencia serían diferentes, y por tanto se estaría también incumpliendo el principio de no discriminación, lo cual tendría consecuencias directas sobre la replicabilidad comercial del servicio.

Efectivamente, la presencia a nivel regional, las mayores economías de escala, la discriminación en precios y la regulación asimétrica, al no tener en cuenta el ámbito geográfico en el que CLARO presta servicios, apalancando su posición de dominio, genera barreras de entrada tales como, los costos financieros o de desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes y las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales, que tienen consecuencias directas para cualquier operador nacional que no tiene las economías de escala, ni la arquitectura de red centroamericana que dispone el operador CLARO, lo que supondría, la necesaria revisión de mercado relevante y de la posición de dominio, dado que solamente CLARO y Movistar poseen carácter de operadores regionales.

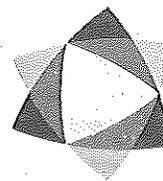
Existe en esta situación, una grave limitación a la capacidad de los usuarios costarricenses para utilizar infraestructuras alternativas, pues como la propia publicidad de CLARO lo indica, la eliminación de las tarifas de roaming y de llamadas internacionales en la región, favorecerá a los clientes del servicio postpago CLARO.

En esta situación, el mercado está ante un riesgo competitivo importante, producto de la falta de revisión y actualización de los estudios de mercado y posiciones de dominio de los operadores participantes, generando condiciones de discriminación en perjuicio del ICE, al ser el único operador declarado con Poder Significativo de Mercado, cuando la realidad demuestra lo contrario y que existen en el mercado al menos dos operadores más que pueden ostentar y hasta abusar de sus posiciones de dominio, con importante participación en la prestación de servicios móviles y propietarias de su infraestructura, es decir, con control de instalaciones esenciales, con importantes economías de escala a nivel regional, que les permiten apalancar sus operaciones comerciales en Costa Rica, para citar algunos de los criterios contemplados en el artículo 12 del Reglamento de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones..."

4. Que la petitoria del ICE es:

"En razón de lo anterior, se solicita a la SUTEL realizar las investigaciones correspondientes de las acciones de CLARO con base en lo establecido en el Título de Régimen de Competencia de la Ley General de Telecomunicaciones, y se verifique especialmente la existencia de poder sustancial de dicha empresa en los mercados relevantes que se ven afectados por la oferta comercial lanzada por CLARO, y en ese sentido, se reitera la necesidad de revisar los mercados relevantes y las posiciones de dominio declaradas mediante la resolución RCS-307-2009 del 24 de setiembre del 2009, al constituirse las acciones de CLARO hoy prueba irrefutable de una conducta independiente de sus competidores de fijación de precios, derivada de un evidente poder sustancial.

De igual forma, por las razones expuestas, la oferta de CLARO está generando efectos anticompetitivos en los términos del artículo 54 de la Ley General de Telecomunicaciones y 22 del Reglamento del Régimen de Competencia tales como el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada en el mercado.

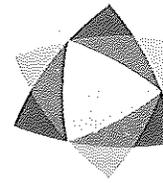

**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

*De manera adicional, se solicita de previo a especial pronunciamiento ordenar la suspensión de la oferta investigada, como una medida cautelar y se mantengan hasta que se resuelva de forma definitiva la presente solicitud".*

5. Que el 18 de junio del 2015 (NI-5825-2015), mediante escrito número RI-0102-2015 el señor Víctor García Talavera en su condición de apoderado general de CLARO se manifiesta sobre la solicitud presentada por el ICE y solicita su inadmisibilidad ya que su *"representada en su condición de operador entrante, no puede ser objeto de un procedimiento por el simple hecho de atender los objetivos de las disposiciones regulatorias nacionales y de las políticas públicas regionales, por generar una oferta comercial de sobrevivencia frente a otras alternativas que compiten en el mercado internacional en condiciones desiguales en contra de mi representada y por ser un agente dinamizador de competencia en un mercado local claramente dominado por el operador establecido"* (folios 19 al 31).
6. Que el 26 de junio del 2015 (NI-6066-2015), mediante escrito número RI-0112-2015 el señor Víctor Manuel García Talavera, en su condición de apoderado general de CLARO, complementa la información y observaciones remitidas en fecha 19 de junio del 2015 indicando *"[e]n síntesis, en adición a lo señalado en nuestra nota anterior, consideramos que esta Superintendencia abordó anteriormente este tema en un contexto similar, a partir de lo cual concluimos que resulta improcedente la apertura de un procedimiento administrativo en el presente caso, habida cuenta que no se encuentran los elementos básicos que debe reunir una práctica monopolística, en particular la intencionalidad anticompetitiva ni la prestación por debajo del costo del servicio"* (32 al 34).
7. Que el 03 de julio de 2015, mediante oficio 04543-SUTEL-DGM-2015, la Dirección General de Mercados (DGM) emitió su "Informe sobre solicitud de investigación y medidas cautelares interpuesta por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD CONTRA CLARO CR TELECOMUNICACIONES, S. A. en relación con el servicio de roaming y llamadas internacionales".
8. Que se han llevado a cabo las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

**CONSIDERANDO**
**A. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUTEL**

- I. Que conforme con el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, y el artículo 1 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660, la Superintendencia de Telecomunicaciones es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.
- II. Que el artículo 60 inciso a) de la Ley 7593, establece como una obligación fundamental de la SUTEL aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del Sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.
- III. Que según el artículo 60 inciso k) de la Ley 7593, es una obligación fundamental de la SUTEL conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones.
- IV. Que el artículo 52 de la Ley 8642, dispone en lo que corresponde que *"[l]a Sutel tendrá la competencia exclusiva para conocer de oficio o por denuncia, así como para corregir y sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones"*
- V. Que el artículo 65 de la Ley 8642, así como el artículo 174 de su Reglamento disponen que a la SUTEL le corresponde conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores o proveedores y también los que exploten redes de telecomunicaciones o presten servicios de telecomunicaciones de manera ilegítima. Asimismo, establece que para determinar la

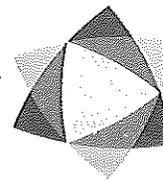

**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

- infracciones y sanciones se aplicará el procedimiento administrativo ordinario previsto en el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227, y sus reformas.
- VI. Que de conformidad con el numeral 33 inciso 31 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF), al Consejo de la SUTEL le corresponde corregir y sancionar, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.
- VII. Que el mismo RIOF en sus artículos 43 y 44 inciso e) dispone que corresponde a la Dirección General de Mercados la recepción, tramitación y recomendación sobre los conflictos de competencia así como evitar los abusos y las prácticas monopolísticas por parte de operadores o proveedores en el mercado
- VIII. Que por otro lado el artículo 66 de la Ley 8642 indica que: *"[d]urante 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 de 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"*.
- IX. Que aunado a la anterior normativa específica del marco jurídico de las telecomunicaciones, hay que tener en consideración lo que dispone el ordenamiento jurídico en su totalidad. En este sentido, la Ley General de la Administración Pública, Ley 6227 (LGAP) 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"*.
- X. Que por su parte, el Código Procesal Contencioso Administrativo (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"*
- XI. Que asimismo el artículo 24 del CPCA dispone que: *"1) El Tribunal o el respectivo juez o la jueza dará audiencia a las partes hasta por tres días, acerca de la solicitud de la medida, salvo lo previsto en el artículo siguiente de este Código. 2) Transcurrido ese plazo, el tribunal o el respectivo juez o jueza resolverá lo procedente, excepto si estima necesario realizar una audiencia oral, en cuyo caso la realizará en un plazo máximo de tres días hábiles."*

**B. SOBRE LAS FORMALIDADES DE LA SOLICITUD DE INVESTIGACIÓN**

El artículo 284 de la LGAP dispone que el procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a instancia de parte. En este sentido, el señor Jaime Palermo en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma del ICE en el escrito del 25 de mayo del 2015 señaló *"procedo a interponer formal SOLICITUD DE INVESTIGACIÓN contra las actuaciones de la empresa CLARO, en relación con la oferta comercial lanzada el 20 de abril del 2015 a nivel regional para los clientes del servicio móvil post pago, que contempla el cobro del servicio con tarifa local desde cualquier país de Centroamérica y Panamá"*.

Esta solicitud de investigación cumple con las formalidades establecidas en el artículo 285 de la LGAP.

SESIÓN ORDINARIA 042-2015  
5 de agosto del 2015

Si bien no señala expresamente un lugar para recibir notificaciones, en el folio 2 constan los números de teléfono 2000-7444 y de fax 2296-3132, así como el correo electrónico [jpalermo@ice.go.cr](mailto:jpalermo@ice.go.cr), medios por los cuales se pueden realizar las notificaciones pertinentes

**C. SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO**

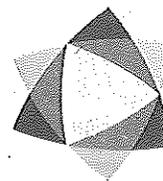
- I. Que el señor Jaime Antonio Palermo Quesada, en su condición apoderada generalísimo sin límite de suma del ICE "solicita de previo a especial pronunciamiento ordenar la suspensión de la oferta investigada, como una medida cautelar y se mantenga hasta que se resuelva de forma definitiva la presente solicitud" (visible a folio 12).
- II. Que el artículo 66 de la Ley 8642 dispone lo siguiente:

*"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".*
- III. Que de conformidad con lo dispuesto en la ley la SUTEL tiene competencia para dictar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar el resultado de un procedimiento sancionatorio, o bien para evitar que se pueda comprometer la actividad prestada, así como la integridad de instalaciones, redes, equipos y aparatos.
- IV. Que en este orden de ideas, el artículo 31 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones indica 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.
- V. Que los artículos 4 y 65 de la Ley 8642 disponen que la SUTEL para determinar las infracciones y sanciones va aplicar el procedimiento administrativo establecido en la LGAP. En igual sentido, el artículo 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones dispone que para la investigación de prácticas monopolísticas se debe seguir el procedimiento administrativo establecido en la LGAP. Esta Ley en su artículo 229 dispone la aplicación supletoria de lo dispuesto en el CPCA.
- VI. Que 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 el 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.
- VII. Que de lo anterior se desprende que si bien la tutela cautelar es un derecho de la parte, el órgano decisor está supeditado a la verificación del cumplimiento de los presupuestos básicos, por ende, la decisión no es discrecional.
- VIII. Que en su solicitud del ICE no hace referencia a los presupuestos y características de la medida cautelar que pretende; sin embargo, se procede analizar cada uno de ellos a efecto de determinar el mérito de la medida.
- IX. Que para resolver sobre la solicitud de medida cautelar, conviene extraer del informe de la DGM rendido mediante oficio 4543-SUTEL-DGM-2015, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo,


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

lo siguiente:

“  
**1. Sobre la apariencia de buen derecho**

*En relación a la apariencia de buen derecho, hay que tener presente que el artículo 21 del CPCA, dispone que la pretensión no debe ser temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad. El ICE es una institución autónoma descentralizada creada por Ley 449, la cual se encuentra facultada, conforme lo definido en el artículo 6 de la Ley 8660, para operar redes y proveer de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, así las cosas, tiene el derecho a participar en el mercado de las telecomunicaciones sin que medien conductas contrarias al ordenamiento jurídico.*

*En este sentido, el ICE pretende que se apliquen las sanciones correspondientes a CLARO por supuestamente: i) realizar abuso de su posición de dominio, ii) discriminar entre los clientes de CLARO y resto, iii) discriminar entre los mismos clientes de CLARO, puesto que la oferta va dirigida exclusivamente a los clientes postpago; iv) las acciones son prueba irrefutable de una conducta independiente de sus competidores de fijación de precios, derivada de un evidente poder sustancial y v) el servicio ofrecido está generando efectos anticompetitivos como el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada en el mercado (ver folios 7, 8 y 10).*

*Con base en lo anterior, existe algún grado de probabilidad de la existencia de la situación jurídica sustancial invocada, es decir, la realización por parte de otro operador y proveedor de servicios de telecomunicaciones de conductas contrarias al ordenamiento jurídico que le perjudican y por tanto, la solicitud de medida cautelar cumple el principio de la apariencia de buen derecho.*

**2. Sobre el periculum in mora**

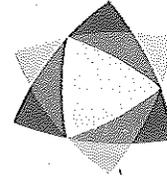
*De manera preliminar, de conformidad con el numeral 21 del CPCA, para que sea acogida una solicitud de medida cautelar, los efectos de la conducta (aparentemente a impugnar) deberán producir graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, lo que justificaría su adopción.*

*El enunciado derivado de la Ley exige que el solicitante, a quien le corresponde la carga de la prueba, realice un ejercicio probatorio eficaz que permita arribar a un juicio de verosimilitud, suficiente o al menos indiciario que sustente la adopción - en este caso conservación - de la medida solicitada. (Voto 5-f-2008 de la Sala Primera y sentencia Nº 4074-2010 de las 13:21 hrs del 29 de octubre de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo).*

*Sobre este elemento el apoderado del ICE no hace referencia puntual a los daños graves actuales o potenciales que le causaría la continuación de la ejecución del acto cuya suspensión pretende, pero ofrece como prueba publicaciones en los medios Teletica.com, La Hora y El Financiero (folios 12, 14 y 16).*

*De esta prueba se desprenden ciertas características de la **eliminación de la tarifa de roaming y de llamadas internacionales** que a saber son: i) aplica para líneas postpago; ii) aplica en Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá; iii) aplica para voz, mensajes o internet; iv) se cobra tarifa local sin importar cuál sea el operador destinatario; v) cuando sobrepase el monto mensual del plan, opera con la tarifa local contratada, vi) al ir a otro país recibe como regalia una capacidad máxima para descarga de datos que va de 500 MB a 3 GB para navegar en internet según las velocidades contratadas (por ejemplo, si la velocidad contratada es de 51 Mbps obtendrá 500 MB para descarga de datos; si es de 1 Mbps recibirá 1 GB; y si la velocidad es de 2 a 5 Mbps recibirá 3 GB).*

*Analizados los argumentos expuestos por la parte accionante, así como la documentación ofrecida para sustentar sus manifestaciones, se estima que la empresa ICE no ha demostrado de modo alguno los daños graves, actuales o potenciales que le causaría la continuación de la **eliminación de la tarifa de roaming y de llamadas internacionales** por parte de la empresa CLARO, cuya suspensión transitoria pretende. Nótese que la documentación aportada y ofrecida como muestra de los supuestos daños graves, actuales o potenciales, ni siquiera pueden considerarse indicios de la afectación aducida. Lo propio habría sido que la empresa solicitante aportara suficientes elementos de prueba para acreditar al menos indiciariamente la existencia de hechos que pueden dañar sus intereses.*

SESIÓN ORDINARIA 042-2015  
5 de agosto del 2015

*Así, se considera que no es suficiente alegar que las acciones desplegadas por CLARO le perjudican al ICE por cuanto es una "amenaza para el resto de los operadores del mercado costarricense, por cuenta que CLARO se estaría aplicando a sí mismo un costo de terminación diferente al que aplica al resto de los operadores, lo que supone, que los costos de transferencia serían diferentes, y por tanto se estaría también incumpliendo el principio de no discriminación, lo cual tendría consecuencias directas sobre la replicabilidad comercial servicio" y además, señala que "es un grave limitación a la capacidad de los usuarios costarricenses para utilizar infraestructuras alternativas, pues como la propia publicidad de CLARO lo indica, la eliminación de las tarifas de roaming y de llamadas internacionales en la región, favorecerá a los clientes del servicio postpago CLARO" (ver folio 9) lo que se podría traducir en un impacto en los ingresos actuales y potenciales. La accionante debe referirse concretamente al daño que causa la continuación de los actos denunciados y la dilación en la resolución final del procedimiento.*

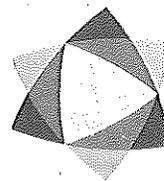
*En la especie, no se aporta prueba alguna del cual se logre al menos suponer la existencia de daños, perjuicios y su impacto o gravedad en la situación jurídica del ICE, siendo que no demuestra siquiera indiciariamente la probabilidad efectiva de ocurrencia del riesgo que cieme sobre su patrimonio. En tal sentido, como nos recuerda el Magistrado Jinesta, "...lo normal y lo ordinario, es que el administrado que solicita la medida cautelar, acredite el periculum in mora (...) En tal sentido (...) la cognición (...) debe asumir un nivel de certeza...". En cambio, la empresa petente asume una gravedad no demostrada del eventual daño, sin que este resulte constatable, verificable o con una demostración mínima.*

*En ese sentido, véase el voto de la Sala Primera N° 5-F-2008 en relación con el principio de que la carga de la prueba corresponde a quien acciona, respecto de los hechos en que funda su pretensión. De conformidad con el artículo 317 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba es de la parte accionante, que consiste en la obligación y responsabilidad de quien alega los hechos de demostrarlos. Sobre este punto el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, ha indicado que es necesario, para inferir los daños graves actuales o potenciales, aportar la información que ponga de relieve efectivamente ese daño que sufriría en caso de no conceder la medida cautelar solicitada<sup>2</sup>. En esa línea, ha dicho el Tribunal Contencioso Administrativo: "Si bien es cierto sobre las medidas cautelares, con la nueva normativa procesal ha mediado una flexibilización en cuanto a los daños y perjuicios, los cuales ahora se aprecian tanto en su actualidad como su potencialidad, aunado a que ya no deben ser de imposible o difícil reparación, bastando con que sean graves; lo cierto es que sobre esa gravedad sí tiene la parte que hacer llegar medios probatorios que la acrediten, al menos mediante aproximaciones probatorias o indicios (...) es absolutamente necesario que el promovente acredite, al menos mediante aproximaciones probatorias o indicios, los daños o perjuicios, actuales o potenciales, que habrían de producirse." (Véase la resolución N° 4074-2010 de las 13:21 horas del 29 de octubre de 2010).*

*En lo que respecta a la existencia de una amenaza real de causar un perjuicio inminente o irreparable debe entenderse esto no sólo como un daño de difícil o imposible reparación en un sentido material, sino también como la imposibilidad de ejecutar la sentencia de fondo, es decir, ausencia de efectividad de la justicia. En este sentido, no hay indicio de que el ICE haya sufrido o pueda sufrir un daño o perjuicio irreparable pues en el expediente administrativo no hay prueba al respecto, o, ni tampoco hay indicios de que la resolución final del eventual procedimiento que se abra no pueda ejecutarse dada la duración del procedimiento administrativo, ocasionando un perjuicio a la accionante que amerite el dictado de la medida cautelar solicitada. Es necesario, recordar que el fin del procedimiento es sancionar las conductas por determinarse ex post que constituyen prácticas contrarias al ordenamiento jurídico. En el caso de las prácticas monopolísticas adicionalmente a la imposición de la multa se pueden imponer medidas correctivas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 8642. Cabe advertir que es riesgoso para la Administración incurrir en una arbitrariedad, dado que por la naturaleza y objeto de estos procedimientos sancionadores, el análisis que se realiza de las conductas es ex post y el objeto es determinar la ilicitud de la práctica y aplicar la correspondiente sanción.*

<sup>1</sup> Ernesto Jinesta Lobo y otros. "El nuevo proceso contencioso" San José, Poder Judicial, 2006. Página 170.

<sup>2</sup> Resolución N° 168-2010 de las 8:30 horas del 26 de abril de 2010.

SESIÓN ORDINARIA 042-2015  
5 de agosto del 2015

Véase que la prueba aportada al expediente administrativo, tiene como propósito demostrar que CLARO eliminó la tarifa de roaming y de llamadas internacionales que a criterio del ICE es contrario a las disposiciones contenidas en la Ley 8642 y demás normativa de telecomunicaciones vigente. Tal y como consta en la solicitud de investigación, eso también sería el objeto del eventual procedimiento administrativo que se llegaría a abrir, con lo cual la prueba incorporada al expediente por el ICE, no aporta elementos para valorar en particular el peligro, en la demora, presupuesto indispensable para dictar la medida cautelar solicitada.

Desde esa perspectiva, el ICE solicita el dictado de una medida cautelar en este caso tendiente a que se ordene la suspensión de la eliminación de la tarifa de roaming y de llamadas internacionales, y a pesar de tener la obligación de acreditar que se dan los elementos propios que admiten la tutela cautelar, no lo hace. Entonces, con la inexistencia de demostración al menos indiciariamente de los daños pretendidos, tampoco es posible determinar su gravedad, lo que impide acoger la medida solicitada.

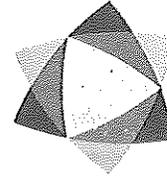
3. Sobre la ponderación de los intereses en juego, la instrumentalidad y provisionalidad de la medida cautelar solicitada.

Respecto de los requisitos de instrumentalidad y provisionalidad que debe cumplir toda medida cautelar, tal y como se señaló en el apartado anterior, en el caso concreto la prueba aportada intenta demostrar los aspectos de fondo de se analizarían en el eventual procedimiento administrativo que abra, es decir, se entraría a analizar que la empresa CLARO elimino la tarifa de roaming y de llamadas internacionales que a criterio del ICE son contrarias a las disposiciones contenidas en la Ley N° 8642. Por lo anterior, no se cumple tampoco con el carácter instrumental y provisional que caracteriza a una medida cautelar (artículo 22 del CPCA). Sobre esta característica, ha señalado también el Tribunal Contencioso Administrativo, en lo que interesa: "...se trata de acciones que se encuentran al servicio del proceso principal de fondo, de ahí sus características provisional e instrumental. En el primer caso, en tanto lo acordado respecto de la cautelar mantendrá una vigencia condicionada a lo que se resuelva en el proceso de fondo. Cabe resaltar que también 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 del rito. En el segundo aspecto (instrumentalidad), guardan una marcada relación de accesoriedad con la sentencia final, pues en definitiva, sirven de instrumento para mantener la vigencia del objeto del proceso en los términos ya señalados..." (Véase la resolución N° 00849-2010 de las 11:40 horas del 5 de marzo de 2010).

Como es sabido, tanto para la doctrina, la normativa aplicable y los criterios reiterados en la sede jurisdiccional, la finalidad perseguida con la adopción de medidas cautelares está asociada a garantizar el objeto del proceso, los efectos de una sentencia eventualmente estimatoria y evitar los daños graves. En esa línea, el artículo 19 inciso 1) del CPCA señala que se pueden dictar las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones de la sede contencioso administrativa ha indicado, "El propósito de una medida cautelar es garantizar la eventual eficacia de una sentencia, desde luego no es resolver por el fondo, ni mucho menos adelantar criterios sobre la forma en que se va a resolver, sino garantizar que una eventual sentencia de un juicio en el evento de que pueda ser acogida la demanda se pueda realizar." (Véase la resolución N° 218-2010 de las 14:57 horas del 13 de mayo de 2010).

En la especie, la valoración de la medida cautelar solicitada y su eventual aceptación involucran de hecho la resolución del fondo del procedimiento que eventualmente se llegue a abrir, o al menos el adelantar de modo sustantivo un criterio o posición sobre el tema que sería debatido en el eventual procedimiento administrativo, lo que por sí mismo determina la improcedencia de la medida cautelar solicitada.

Nótese que las medidas cautelares son instrumentales en el sentido de garantizar, anticipando provisionalmente los efectos del acto final que pudiera dictar la SUTEL. En este orden de ideas, los efectos del acto final del eventual procedimiento administrativo serían la imposición de una multa y la supresión de eliminación de la tarifa de roaming y de llamadas internacionales. Así las cosas, la medida cautelar en este tipo de procedimiento debe guardar relación con la finalidad última de la función de la SUTEL en la investigación y sanción de infracciones. En este caso, no se está cumpliendo con la instrumentalidad propia de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares.


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

*Adicionalmente, toda medida cautelar requiere que sea de carácter provisional, y dada la naturaleza del procedimiento sancionador en esta materia, la solicitud del ICE en cuanto a que se ordene a la empresa CLARO que en forma inmediata el cobro de la tarifa de roaming y llamadas internacionales desvirtúa ese carácter provisorio. La provisionalidad como característica de las medidas cautelares deviene de su relación con el momento del dictado del acto final de eventual procedimiento sancionador el cual sería la imposición de una multa y la supresión del servicio en cuestión, por lo que no existe en este momento procesal esa necesaria relación directa e intrínseca entre una eventual sanción que se podría imponer (artículos 58, 68 y 69 de la Ley General de Telecomunicaciones).*

*Asimismo hay que realizar una adecuada ponderación de los intereses en juego involucrados, pues se requiere valorar los intereses no sólo del ICE y de CLARO, sino también los intereses de los usuarios y del mercado. En este caso, no ha quedado acreditada la afectación en cuanto a daños y perjuicios graves, actuales o potenciales, a los cuales los usuarios, el mercado o el ICE se estaría viendo expuestos por las acciones desplegadas por CLARO; por lo que no es procedente acoger la medida cautelar solicitada.*

*Adicionalmente, hay que tener presente que de acuerdo con los hechos puestos en conocimiento y la prueba aportada, consideran que en este momento no se cuenta con suficientes elementos para determinar los efectos de eliminar la tarifa de roaming y de llamadas internacionales en el usuario y en el mercado.*

*Por las razones dichas, al no cumplir la solicitud de medida cautelar presentada por la empresa ICE con los presupuestos de peligro en la demora, instrumentalidad, provisionalidad y ponderación de los intereses en juego, la misma debe ser rechazada".*

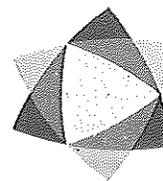
- X. Que en virtud de lo anterior este Consejo concluye que la solicitud de medida cautelar de previo y especial pronunciamiento planteada por el ICE si bien cumple con el presupuesto de apariencia de buen derecho no cumple el presupuesto de peligro en la demora, ni tampoco el principio de proporcionalidad y los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del CPCA, con lo cual procede rechazar la solicitud de medida cautelar solicitada contra la empresa CLARO.
- XI. Que las medidas cautelares al tener un carácter puramente preventivo, no prejuzgan acerca del fondo de los hechos puestos en conocimiento. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 inciso 2) del CPCA, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de las medidas solicitadas en cualquier momento la SUTEL podrá de oficio o a instancia de parte, considerar nuevamente la procedencia de las medidas cautelares solicitadas u otra.

**D. SOBRE LA CONDUCTA QUE SE SOLICITA SEA INVESTIGADA**

- I. Que el ICE solicita que se investiguen las siguientes actuaciones:
  - a. Que CLARO ofrece un precio al cliente o usuario que no se ajusta a lo definido en la RCS-615-2009 en relación con el cobro del servicio de roaming.
  - b. Que las acciones de CLARO son prueba irrefutable de una conducta independiente de sus competidores de fijación de precios, derivada de un evidente poder sustancial, lo que implica la necesidad de llevar a cabo una revisión de mercados relevantes.
  - c. Que el servicio ofrecido está generando efectos anticompetitivos como el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada en el mercado.
- II. Que na vez que se ha revisado el Reglamento de "Términos y condiciones de los Planes Regionales Pospago Puro Claro Costa Rica"<sup>3</sup> se concluye que la promoción denunciada se caracteriza por lo siguiente:

<sup>3</sup> Consultado el 01-07-15, disponible en la dirección:

[http://www.claro.cr/portal/recursos/cr/pdf/Condiciones\\_Planes\\_Regionales\\_V3.pdf](http://www.claro.cr/portal/recursos/cr/pdf/Condiciones_Planes_Regionales_V3.pdf)



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

- Es un beneficio que aplica sólo para los clientes de planes postpago puro.
  - El beneficio consiste en la posibilidad de:
    - Realizar llamadas y enviar mensajes de texto (SMS) Internacionales a los países de Centroamérica (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua), y Panamá a la tarifa local que tiene configurado el plan postpago.
    - Cuando el servicio se encuentre en roaming y realice o reciba llamadas o envíe SMS a destinos de Centroamérica, se cobrará a la tarifa local que tiene configurado el plan.
    - Las llamadas y mensajes de texto (SMS) Internacionales y Roaming (entrante/saliente) a Centroamérica serán descontados de la bolsa configurada en el plan. Al consumirse la bolsa de minutos se cobrará a la tarifa On-net y/o Off-net del excedente de la tarifa del minuto local adicional con la distinción de tarifa si el tráfico es On-net y/o Off-net.
    - Los Paquetes de llamadas ilimitadas se regirán bajo el precepto de llamadas ilimitadas On-net, por tanto corresponden a las llamadas internacionales y llamadas en Roaming que se realicen dentro de la Red Claro en los países de Centroamérica.
    - En el caso de Costa Rica, cuya navegación de datos es ilimitada por Regulación en suelo costarricense, se le obsequiará a los clientes postpago una capacidad máxima de navegación en roaming en la modalidad de descarga de datos para utilizar fuera de Costa Rica en Centroamérica y Panamá, con base en la velocidad contratada.
  - El beneficio aplica para todas las redes y no sólo para la red de CLARO, solo en el caso de los "Paquetes de llamadas ilimitadas" se hace una excepción, indicando que se el beneficio de llamadas ilimitadas sólo aplica si el roaming se realiza en la red de CLARO.
- III. Que para resolver sobre la solicitud de investigación planteada, conviene extraer del informe de la DGM rendido mediante oficio 4543-SUTEL-DGM-2015, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo, lo siguiente:

**3. Sobre los elementos de las actuaciones a investigar.**

**3.1. Sobre el hecho de que CLARO ofrece un precio para el servicio de roaming que no se ajusta a lo definido en la RCS-615-2009.**

En lo referente a la regulación vigente en materia tarifaria es necesario tener en cuenta lo siguiente:

i. Que el artículo 50 de la Ley 8642 establece que:

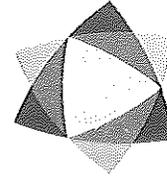
*"Las tarifas de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público serán establecidas inicialmente por la Sutel, conforme a la metodología de topes de precio o cualquier otra que incentive la competencia y la eficiencia en el uso de los recursos, de acuerdo con las bases, los procedimientos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

*Quando 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..."*

ii. Que actualmente la SUTEL no ha declarado ningún servicio o mercado en competencia efectiva, con lo cual los proveedores de servicios de telecomunicaciones están en la obligación de ajustar sus tarifas a los topes de precios establecidos por la SUTEL.

iii. Que la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-615-2009 definió cuáles son las tarifas que deben acatar los proveedores de los servicios de telecomunicaciones, siendo que en particular para el servicio de roaming aplican las tarifas establecidas en las resolución de ARESEP número RRG-5957-2006 de las 08:30 horas del 31 de agosto de 2006.

iv. Que la citada resolución RCS-615-2009 dispone lo siguiente sobre las tarifas establecidas:


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

- II. Definir como "tarifas máximas" aquellas aprobadas en las resoluciones emitidas por la ARESEP y mencionadas en los resultandos I al III de la presente resolución.
- III. Aclarar que dichas tarifas rigen para todos los operadores y proveedores que cuenten con el respectivo título habilitante para la prestación de servicios de telecomunicaciones".
- v. Que a su vez en la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-121-2012 indicó en su Por Tanto XIII lo siguiente: "Establecer que para los servicios de telefonía internacional, mensajería internacional y Roaming, se mantendrá la regulación existente en el pliego en todos sus extremos. Se modifica su justificación según la lista que se establece en el Resuelve XX. Esto por cuanto el artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones, ley N° 8642, determina que estos son servicios regulados".
- vi. Que en la resolución de la Junta Directiva de la ARESEP RJD-019-2013 indicó en su Por Tanto III lo siguiente: "Revocar parcialmente de oficio la resolución RCS-121-2012 del 30 de marzo del 2012 y... b) incluir el servicio "roaming internacional minuto de comunicación" (roaming voz), al tratarse de un servicio de telecomunicaciones".

De lo anterior se concluye que las tarifas definidas en la resolución de ARESEP número RRG-5957-2006 se constituyeron como tarifas máximas mediante la resolución RCS-615-2009, por lo cual el hecho de que un determinado operador cobre menos que el tope establecido para un determinado servicio no se constituye en una violación a la regulación tarifaria definida. En ese sentido, el problema que podría presentarse es que el precio que se esté cobrando resulte en un nivel anticompetitivo, sin embargo dicha circunstancia lo que podría constituirse es en una eventual práctica monopolística (si se llegaran a cumplir todos los supuestos requeridos).

Lo anterior permite concluir que el ofrecimiento de precios por debajo del tope tarifario establecido, bien sea para el servicio de roaming de voz o para otros servicios de telecomunicaciones, no se constituye en un elemento contrario al ordenamiento normativo vigente, sino que lo que podría es constituirse en una presunta práctica monopolística, razón por la cual se encuentra que no resulta pertinente llevar a cabo una investigación contra CLARO por incumplimiento de la regulación tarifaria vigente por los hechos denunciados por el ICE.

- 3.2. **Sobre el hecho de que acciones de CLARO son prueba irrefutable de una conducta independiente de sus competidores de fijación de precios, derivada de un evidente poder sustancial, lo que debe llevar a que se lleve a cabo una nueva revisión de mercados relevantes.**

El ICE ha venido manifestando de manera reiterada que a su criterio el regulador debe llevar a cabo una revisión de los mercados relevantes definidos en la RCS-307-2009. Sin embargo, el hecho de que la SUTEL haya revisado o no los mercados relevantes definidos en la RCS-307-2009 no es una situación que le ataña responsabilidad alguna al resto de operadores del mercado, que a criterio del ICE actualmente gozarían de una posición de dominio.

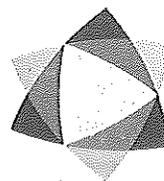
En virtud de dicha circunstancia, se entiende que los argumentos del ICE sobre este particular constituyen una reiteración a su petición de que se lleve a cabo una revisión de los mercados relevantes definida en la resolución RCS-307-2009.

- 3.3. **Sobre el hecho de CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. está generando efectos anticompetitivos como el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada en el mercado.**

Del análisis de lo denunciado por el ICE se desprende que a criterio de dicho Instituto los "Planes Regionales Pospago Puro Claro Costa Rica" lanzados por la empresa CLARO durante el mes de abril de 2015 podrían constituirse en una presunta práctica monopolística relativa.

De la denuncia presentada se desprende que a criterio del ICE:

- i. Los mercados relevantes presuntamente afectados por la práctica son el mercado de roaming regional centroamericano y el mercado de llamadas internacionales.


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

- ii. *Las conductas que presuntamente se estarían presentando son las de discriminación y estrechamiento de márgenes, de conformidad con los artículos a) y j) de la Ley 8642.*
- iii. *La empresa CLARO presuntamente tendría poder en dicho mercado relevante producto del control de instalaciones esenciales, de la existencia de economías de escala y del alcance de su red regional.*
- iv. *Los efectos anticompetitivos de la conducta denunciada presuntamente se constituirían en el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada al mercado.*

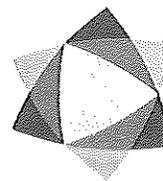
*Los anteriores elementos simplemente son enunciados por el ICE, sin que se aporte prueba que permita corroborar los mismos. En virtud de lo anterior y en vista de que de la prueba aportada no permite deprender los indicios mínimos necesarios que justifiquen abrir un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa CLARO por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas, se considera que lo pertinente es llevar a cabo la apertura de una investigación preliminar que le permita a la DGM determinar si existen indicios fundados que justifiquen el inicio de un procedimiento contra la empresa CLARO".*

**IV. Que a partir de lo anterior este Consejo concluye lo siguiente sobre la solicitud del ICE:**

- a. *Sobre el hecho de que CLARO ofrece un precio para el servicio de roaming que no se ajusta a lo definido en la RCS-615-2009 se concluye que el ofrecimiento de precios por debajo del tope tarifario establecido, bien sea para el servicio de roaming de voz o para otros servicios de telecomunicaciones, no se constituye en un elemento contrario al ordenamiento normativo vigente, sino que lo que podría constituirse en una presunta práctica monopolística, razón por la cual se encuentra que no resulta pertinente llevar a cabo una investigación contra CLARO por incumplimiento de la regulación tarifaria vigente por los hechos denunciados por el ICE.*
- b. *Sobre el hecho de que acciones de CLARO son prueba irrefutable de una conducta independiente de sus competidores de fijación de precios, derivada de un evidente poder sustancial, lo que debe llevar a que se lleve a cabo una nueva revisión de mercados relevantes se concluye que los argumentos del simplemente constituyen una reiteración a su petición de que se lleve a cabo una revisión de los mercados relevantes definida en la resolución RCS-307-2009.*
- c. *Sobre el hecho de que CLARO está generando efectos anticompetitivos como el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada en el mercado se concluye que los elementos aportados por el son insuficientes para proceder a la apertura de un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa CLARO por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas, por lo cual se que lo pertinente es llevar a cabo la apertura de una investigación preliminar que permita determinar si existen indicios fundados que justifiquen el inicio de un procedimiento contra la empresa CLARO.*

**E. SOBRE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR**

- I. *Que el artículo 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones indica que "con el fin de determinar si existen indicios fundados que justifiquen el inicio de un procedimiento formal de investigación, la Sutel podrá ordenar previamente, cuando lo estime pertinente, una investigación preliminar de los hechos".*
- II. *Que de previo al inicio del procedimiento administrativo, existe la posibilidad de que la SUTEL ordene realizar una investigación preliminar, con el objetivo de establecer la procedencia del respectivo procedimiento.*
- III. *Que la investigación preliminar se define "(...) como aquella labor facultativa de comprobación desplegada por la propia administración pública de las circunstancias del caso concreto para determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción para identificar a los presuntos responsables de esta o recabar elementos de juicio que permiten efectuar una intimación clara, precisa y circunstanciada. En suma, la investigación preliminar permite determinar si existe mérito suficiente para incoar un procedimiento administrativo útil (...). Este trámite de información previa tiene*


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

*justificación en la necesidad de eficientar y racionalizar los recursos administrativos, para evitar su desperdicio y, sobre todo, para no incurrir en la apertura precipitada de un procedimiento administrativo*<sup>4</sup>.

- IV. Que sobre la procedencia de esas diligencias previas, la Procuraduría General de la República, atendiendo al criterio expuesto al respecto por la Sala Constitucional en el Voto N° 2003-09125, señaló en la consulta N° C-082-2005 del 24 de febrero del 2005 en lo que interesa:

*"Sobre el particular, la Sala ha mantenido el criterio de que una correcta inteligencia del carácter y fundamentos del debido proceso exige admitir que, de previo a la apertura de un procedimiento administrativo en ocasiones es indispensable efectuar una serie de indagaciones preliminares, pues la Administración –con anterioridad a la apertura del expediente administrativo- podría requerir la realización de una investigación previa, por medio de la cual se pueda no solo individualizar al posible responsable de la falta que se investiga, sino también determinar la necesidad de continuar con las formalidades del procedimiento, si se encuentra mérito para ello. (...) Lo anterior constituye entonces una facultad del órgano administrativo competente, a fin de determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso que tienda a averiguar la verdad real de los hechos objeto de las pesquisas y es cuando se ha abierto el procedimiento propiamente dicho, con la conformación del órgano Director, que surge el momento procesal oportuno donde el servidor investigado sí puede manifestarse sobre los cargos que le son atribuidos y en consecuencia, tener acceso a las piezas del expediente que le interesan, así como ser asistido por un abogado y poder presenciar la evacuación de la prueba testimonial y cualquier otra que se ordene y ante la cual puede ejercer su derecho de defensa. (...)"*

- V. Que en relación a la solicitudes presentadas por CLARO el 18 y 26 de junio del 2015 (NI-5825-2015 y NI-6066-2015), de una revisión somera, se desprende que las mismas contienen valoraciones de fondo que deben ser analizadas al momento de tomar la decisión de abrir o no un procedimiento administrativo, en sentido, lo procedente es que dichos alegatos sean analizados por el Órgano de Investigación Preliminar.
- VI. Que en este sentido, el Órgano de Investigación Preliminar debe realizar varias gestiones para allegar al expediente suficientes elementos para que el Órgano Decisor determine con claridad a las partes involucradas en los supuestos hechos denunciados, así como la conveniencia y necesidad de iniciar formalmente un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio.

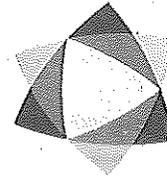
**POR TANTO**

Con fundamento en las competencias otorgadas por la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660, la Ley General de Administración Pública, Ley N° 6227, el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones y el Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF)

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

1. **RECHAZAR** la solicitud del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD en relación a la adopción de medidas cautelares por parte de la SUTEL para que ordene a CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A el cobro de la tarifa de roaming y de llamadas internacionales.
2. **RECHAZAR** la solicitud del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD sobre el inicio de procedimiento administrativo de carácter sancionatorio contra la empresa CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A por el presunto cobro de tarifas indebidas en el servicio de roaming.

<sup>4</sup> Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III (Procedimiento Administrativo). San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2007 p.p. 302 y 303.


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

3. **INICIAR** una investigación preliminar, a fin de recabar información adicional para determinar si es procedente o no iniciar un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio contra la empresa CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. por los hechos denunciados por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, en relación con la presunta comisión de prácticas monopolísticas por parte de la empresa CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A.
4. **DESIGNAR** a los funcionarios Daniel Quirós Zúñiga, portador de la cédula de identidad 1-0923-0611, Abogado; Deryhan Muñoz Barquero, portadora de la cédula de identidad 6-0328-0822, Economista; y Andres Felipe Castro Ulate, portador de la cédula de identidad 1-1337-0030, Ingeniero, todos de la DGM; para que se constituyan en órgano de investigación preliminar, para lo cual registrará su actuación por las disposiciones contenidas en la Ley 8642 y su reglamento, LGAP, y demás normativa de telecomunicaciones atinente.
5. **FACULTAR** al órgano de investigación preliminar para contactar al operador u operadores involucrados, así como al reclamante, a fin de requerir y obtener todo tipo de informes y documentos que considere necesarios; elaborar las actas correspondientes para ser incluidas en el expediente administrativo, realizar cualquier actuación que se estime necesaria y conveniente para cumplir con el propósito final perseguido, contando para ello con la autorización previa de este Consejo. Asimismo, de las actuaciones desplegadas y los resultados de la investigación, deberá rendir un informe a este Consejo.

**ACUERDO FIRME. NOTIFIQUESE**
**5.4. Informe sobre solicitud de investigación y medida cautelar presentada por el Instituto Costarricense de Electricidad contra Telefónica de Costa Rica, S. A. y ampliación del informe 4552-SUTEL-DGM-2015, en relación con el servicio de roaming.**

Seguidamente, el señor Presidente hace del conocimiento del Consejo el informe sobre la solicitud de investigación y medida cautelar presentada por el Instituto Costarricense de Electricidad contra Telefónica de Costa Rica, S. A. y la ampliación del informe 4552-SUTEL-DGM-2015, en relación con el servicio de roaming.

Sobre el tema, se conocen los siguientes oficios:

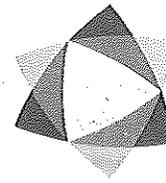
1. 4552-SUTEL-DGM-2015, del 03 de julio del 2015, por el cual la Dirección General de Mercados presenta al Consejo el informe y la solicitud de investigación y medida cautelar presentada por el Instituto Costarricense de Electricidad contra Telefónica de Costa Rica TC, S. A., en relación con el servicio de roaming.
2. 5190-SUTEL-DGC-2014, del 29 de julio del 2015, por medio del cual la Dirección General de Mercados presenta para consideración del Consejo el informe referente a la ampliación a la información contenida en el oficio 4552-SUTEL-DGM-2015.

El señor Herrera Cantillo indica que se somete a consideración del Consejo este asunto en esta oportunidad, a solicitud del Consejo.

Interviene el señor Daniel Quirós Zúñiga, quien brinda una explicación sobre el particular y se refiere a la denuncia presentada contra la empresa Telefónica de Costa Rica TC, S. A. como hecho inicial y brinda un detalle de la situación con respecto a la ampliación de la información del oficio 4552-SUTEL-DGM-2015.

Señala que con base en el análisis de la información con que se cuenta sobre el particular, indica que la recomendación de esa Dirección es que el Consejo autorice la apertura de una investigación preliminar.

El señor Camacho Mora indica que su criterio es que debe acogerse la recomendación de la Dirección General de Mercados y dar el espacio correspondiente a la investigación preliminar, para contar con mayores



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

elementos de juicio y tomar la decisión de ordenar el procedimiento administrativo, si corresponde.

Discutido este tema, el Consejo con base en la información conocida en esta oportunidad, resuelve por unanimidad:

**ACUERDO 011-042-2015**

- I. Dar por recibidos los oficios que se indican a continuación:
  1. 4552-SUTEL-DGM-2015, del 03 de julio del 2015, por el cual la Dirección General de Mercados presenta al Consejo el informe y la solicitud de investigación y medida cautelar presentada por el Instituto Costarricense de Electricidad contra Telefónica de Costa Rica TC, S. A., en relación con el servicio de roaming.
  2. 5190-SUTEL-DGC-2014, del 29 de julio del 2015, por medio del cual la Dirección General de Mercados presenta para consideración del Consejo el informe referente a la ampliación a la información contenida en el oficio 4552-SUTEL-DGM-2015.
- II. Aprobar la siguiente resolución:

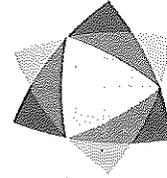
**RCS-145-2015**

**"SE RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR, DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y DESIGNACIÓN DEL ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR PRESENTADA POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD CONTRA TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S. A."**

**EXPEDIENTE SUTEL SA-1165-2015**

**RESULTANDO**

1. Que el 25 de mayo del 2015 (NI-4896-2015), mediante escrito número 6000-620-2015 el señor Jaime Antonio Palermo Quesada, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE) solicita realizar una investigación de las actuaciones de la empresa MOVISTAR, ya que supuestamente el 20 de mayo del 2015 lanzó una oferta comercial denominada "*Movistar sin fronteras*", para los clientes del servicio móvil post pago, prepago y control, que contempla la posibilidad de utilizar sus planes de datos en los países de América Central y México, con las condiciones y tarifas que rigen localmente (folios 2 al 12).
2. Que junto al escrito de denuncia el señor Palermo Quesada aportó los siguientes documentos:
  - Publicación titulada "*A partir de hoy miércoles 20 de mayo. Movistar anuncia que clientes pueden usar Internet móvil en América Central y México. Rigen condiciones y tarifa contratada localmente*" elaborada por Carlos Cordero para El Financiero el 20 de mayo de 2015 (folios 13 al 15).
  - Publicación titulada "*Movistar ofrece a clientes ticos Internet en Centroamérica y México sin costo adicional*", elaborada por Juan Fernando Lara para La Nación el 20 de mayo de 2015 (folios 16 al 18).
  - Publicación titulada "*Movistar con Internet a costo local en Centroamérica y México*" elaborada por Johnny Castro para La República el 20 de mayo del 2015 (folio 19).
  - Publicación titulada "*Movistar ofrece internet a costo local en Centroamérica y México*" en la revista Estrategia y Negocios (folio 20).
  - Publicación titulada "*Telefónicas bajan costos a sus servicios regionales*" elaborada por Ricardo Guerrero para El Nuevo Diario el 22 de mayo de 2015 (folios 21 al 22).
  - Reglamento términos y condiciones del servicio "*MOVISTAR sin fronteras*" requisitos y condiciones (folios 23 al 25).
  - Certificación notarial del 25 de mayo del 2015 de personería jurídica del ICE (folios 26 al 27).


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**
**3. Que el ICE en su solicitud de investigación alega lo que de seguido se detalla:**

**"SEGUNDO:** La empresa MOVISTAR anuncio el servicio "Movistar sin fronteras" el miércoles 20 de mayo de 2015, el cual es un beneficio que le permite a los clientes de MOVISTAR usar el internet de su plan local en todas las redes movistar de Centroamérica y México. "Movistar sin fronteras" aplica para todos los planes de postpago y control, en cualquiera de los planes contratados, y de esta forma, se presenta la información en su página web, tal y como se observa en la siguiente imagen, la cual reproduce la publicidad mostrada en el sitio: <http://movistar.cr/descubre/movil/roaming/roaming-postpago>.

Con vista en la resolución de la SUTEL NO RCS -295-2012, al día de hoy se encuentra vigente una tarifa de 0,0076 colones por kb descargado en el caso del servicio de datos móviles prepago y la modalidad de tarifa plana ilimitada en el caso de la tarifa de datos móviles post pago para el uso nacional. Con vista en la resolución de la SUTEL N° RCS-295-2012, al día de hoy se encuentra vigente una tarifa de 0,0076 colones por kb descargado en el caso del servicio de datos móviles prepago y la modalidad de tarifa plana ilimitada en el caso de la tarifa de datos móviles post pago para el uso nacional. En el caso del servicio de datos en modalidad roaming, el cargo contempla las tarifas internacionales que cobra el proveedor internacional donde se encuentre el cliente; y se determinará a partir de las tarifas interoperadores acordadas entre las partes. A esto debe sumarse los costos de prestación de servicio de roaming en que debe incurrir el operador para dar el servicio al cliente; y que están por encima de la tarifa negociada. Tales son los costos de membresías, cámaras de compensación y señalización, conexión internacional, entre otros, sin los cuales no es posible dar el servicio.

De esta manera, en el caso específico de los clientes postpago aplicar las mismas condiciones de tasación que tiene contratadas en Costa Rica, significa que los clientes ICE que viajen a México, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Panamá, podrían utilizar su plan de datos de manera ilimitada, lo cual no es posible replicar, por cuanto el ICE depende de la red de otros operadores, en cada uno de esos países para ofrecer el servicio a sus clientes, y las condiciones de tasación en esos países están asociadas al volumen de descarga de información.

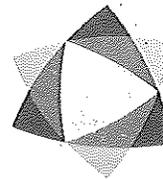
Con base en la publicidad expuesta, la empresa MOVISTAR no hay recargos de roaming de datos y se aplican las condiciones pactadas en los planes que tenga el cliente. Lo anterior, hace presumir que para los clientes costarricenses que tienen un plan de datos móviles postpago, MOVISTAR estaría adecuando sus redes en México, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Panamá, de tal manera que esos clientes podrían hacer un consumo ilimitado de datos cuando visiten esos países, sin embargo en el Reglamento del servicio "Movistar sin fronteras", adjunto en el Anexo 2 de este documento, se indica:

**"Los Clientes Movistar podrán utilizar el paquete de navegación — capacidad de descarga - de su plan contratado localmente para roaming datos o bien de su paquete de navegación de datos contratado localmente; una vez consumido o superado el límite de descarga del plan, se cobrará el servicio de navegación de datos a la tarifa local de Costa Rica de 00.0086/KB (99017,751GB) incluye i.v.i y serán sujetos de aplicación de throttling, aplicando para ello las condiciones de navegación de las políticas de uso justo contempladas en el artículo 30 del contrato marco para la prestación de servicios de Movistar publicado en la página web [www.movistar.cr](http://www.movistar.cr)".**

Bajo estas condiciones, en el caso específico de los clientes de Costa Rica, la oferta comercial que se ofrece al cliente o usuario, no se ajusta a la política tarifaria definida por SUTEL, ello por cuanto los servicios o planes postpago no operan bajo la modalidad tarifaria por descarga, sino que se trata de una tarifa plana de consumo ilimitado.

Conforme a lo anterior, la publicidad que se hace del servicio de datos en la modalidad de postpago, es engañosa y no se ajusta a la realidad y a la estructura tarifaria vigente en Costa Rica.

El artículo 45 de la Ley General de Telecomunicaciones, establece en su inciso 1, la obligación de los proveedores y operadores de servicios de telecomunicaciones de dar a sus clientes y usuarios, información clara, suficiente y veraz, sobre los servicios que presta.



SESIÓN ORDINARIA 042-2015  
5 de agosto del 2015

"ART/CULO 45.- Derechos de los usuarios finales de telecomunicaciones

Los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público tendrán los siguientes derechos:

- 1) Solicitar y recibir información veraz, expedita y adecuada sobre la prestación de los servicios regulados en esta Ley y el régimen de protección del usuario final...

Por otra parte, resulta evidente la afectación que sufre el mercado móvil producto directo de estas ofertas comerciales que se encuentran apalancadas en economías de escala regionales, que solo poseen CLARO y MOVISAR (sic) y cuyos efectos en el mercado, se ven profundizados con la aplicación de tarifas planas en los servicios de datos móviles postpago, vigentes en Costa Rica por disposición del Regulador.

Lo anterior, es una prueba más de la urgente necesidad de revisar los mercados relevantes de telecomunicaciones, con el objetivo de establecer la posición de dominio de los operadores participantes en cada uno de ellos, definir la estructura de mercado y establecer las medidas regulatorias necesarias para corregir los fallos identificados en cada uno de esos mercados.

**TERCERO:** En la información reproducida por Estrategia y Negocios en su página web: [www.estrategiavnegocios.net](http://www.estrategiavnegocios.net), se realizan afirmaciones que desde un punto de vista de competencia son muy graves, como por ejemplo:

"Hoy eliminamos, para nuestros clientes, las fronteras del consumo de datos entre México, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica y Panamá, garantizando conectividad automática a la misma tarifa local, sin costos adicionales", aseguro Luz Amanda de Salazar, subdirectora de Publicidad de Telefónica en El Salvador, según publicó La Prensa Gráfica. (El destacado no es del original)"

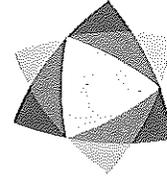
Como se desprende de lo anterior, es fundamental que se realice un análisis de mercados, que deberá necesariamente valorar la posición de dominio de MOVISTAR, y que evalúe la forma en la que dicha empresa estaría apalancando su posición de dominio para reafirmar su liderazgo en toda la región y en todos los países en los que presta servicio. En consecuencia, como parte de los análisis de mercados se debería tomar en cuenta no solo el ámbito de producto, sino también el ámbito geográfico en el que el operador estaría prestando servicios.

De esta manera, la forma en la cual MOVISTAR plantea este servicio y los atributos en términos tarifarios, demuestra que la empresa está visualizando su red desplegada en los países de la región, no de manera individualizada en cada país, sino como una única red, un único mercado, situación que se agravaría en una eventual declaratoria de competencia efectiva en el mercado móvil, ello sin haber agotado las etapas precedentes y necesarias, que implican la revisión de los mercados relevantes y la identificación de los operadores con poder significativo en cada uno de esos mercados; es decir, si la declaratoria se realiza según la propuesta metodológica aprobada por el Consejo de la SUTEL el pasado miércoles 13 de mayo mediante resolución RCS-082-2015.

Las economías de escala que tiene la empresa para poder realizar este tipo de ofertas comerciales, son claramente superiores a las de cualquier operador individual en cada uno de los mercados nacionales. Solo el caso de CLARO es comparable, donde dicho operador está presente en todos los países centroamericanos, México y Panamá.

Producto de dichas economías de escala, MOVISTAR estaría beneficiándose de un efecto club o efecto red, donde sus clientes se verían favorecidos por tarifas excepcionales, un efecto red extendido a todos los países de la región centroamericana donde MOVISTAR tiene red; y México. Esto tiene consecuencias en términos del cumplimiento del principio de no discriminación. Más aun, debido a las mayores economías de escala que MOVISTAR estaría teniendo, lo cual impacta de manera negativa el mercado nacional, por cuanto genera un alto riesgo de inducir al mercado al estrechamiento de márgenes de los demás competidores como el ICE para poder competir con el servicio "Movistar sin fronteras".

Al respecto, mas allá de la mera consideración cuantitativa de cuotas de mercado, los aspectos mencionados, como el control de instalaciones esenciales, a nivel nacional y centroamericano, para prestar servicios de telefonía móvil celular y las economías de escala que ello genera, son condiciones


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

que le han permitido a MOVISTAR modificar unilateralmente las tarifas del servicio de roaming datos internacional, en los países de la región que integra la oferta comercial, incluido nuestro país. Estas acciones afectan indudablemente el mercado nacional de itinerancia, lo que obliga a la SUTEL como regulador y garante de una competencia sana y transparente en el mercado de las telecomunicaciones costarricenses, a determinar e implementar acciones que busquen neutralizar los efectos nocivos que representa para este mercado, la existencia del poder sustancial de la empresa MOVISTAR en el mercado relevante de cita y aplicar las sanciones que correspondan cuando se demuestre que ha existido abuso de ese poder sustancial de mercado.

**CUARTO:** Efectivamente, la presencia a nivel regional, las mayores economías de escala, la discriminación en precios y la regulación asimétrica, al no tener en cuenta el ámbito geográfico en el que MOVISTAR presta sus servicios, apalancando su posición de dominio, podría generar en el corto plazo un desplazamiento de algunos operadores de este mercado, producto de los costos financieros que implica desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes y las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales, que tienen consecuencias directas para cualquier operador nacional que no tiene las mismas economías de escala, ni la arquitectura de red a nivel regional, que sí dispone MOVISTAR, lo que obliga a la revisión de este mercado relevante y de la posición de dominio de este operador, dado que solamente MOVISTAR y CLARO poseen carácter de operadores regionales.

Existe en esta situación, una grave limitación a la capacidad de los usuarios costarricenses para utilizar infraestructuras alternativas, pues como la propia publicidad de MOVISTAR lo indica: "Eso sí el usuario tiene que garantizarse conectarse a la red Movistar".

En esta situación, el mercado está ante un riesgo competitivo importante, producto de la falta de revisión y actualización de los estudios de mercado y posiciones de dominio de los operadores participantes, generando condiciones de discriminación en perjuicio del ICE, al ser el único operador declarado con Poder Significativo de Mercado, cuando la realidad demuestra lo contrario y que existen en el mercado al menos dos operadores más que pueden ostentar y hasta abusar de sus posiciones de dominio, con importante participación en la prestación de servicios móviles, y propietarias de su infraestructura, es decir, con control de instalaciones esenciales, con importantes economías de escala a nivel regional, que les permiten apalancar sus operaciones comerciales en Costa Rica, para citar algunos de los criterios contemplados en el artículo 12 del Reglamento de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones..."

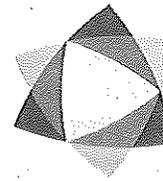
9. Que la petitoria del ICE es:

"En razón de lo anterior, se solicita a la SUTEL realizar las investigaciones correspondientes de las acciones de MOVISTAR con base en lo establecido en el Título de Régimen de Competencia de la Ley General de Telecomunicaciones, y se verifique especialmente la existencia de poder sustancial de dicha empresa en los mercados relevantes que se ven afectados por la oferta comercial lanzada por MOVISTAR, y en ese sentido, se reitera la necesidad de revisar los mercados relevantes y las posiciones de dominio declaradas mediante resolución RCS-307-2009 del 24 de setiembre del 2009, al constituirse las acciones de MOVISTAR hoy prueba irrefutable de una conducta independiente de sus competidores de fijación de precios, derivado de un evidente poder sustancial.

De igual forma, por las razones expuestas, el servicio "Movistar sin fronteras" de la empresa MOVISTAR está generando efectos anticompetitivos en los términos del artículo 54 de la Ley General de Telecomunicaciones y 22 del Reglamento del Régimen de Competencia tales como el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada en el mercado.

De manera adicional, se solicita de previo a especial pronunciamiento ordenar la suspensión de la oferta investigada, como una medida cautelar y se mantengan hasta que se resuelva de forma definitiva la presente solicitud" (ver folio 12)

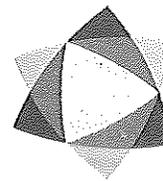
4. Que la marca comercial de MOVISTAR es propiedad de TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S. A. (TELEFÓNICA) cédula jurídica número 3-101-610198 según consta en Formulario de Actualización de Datos presentado el 11 de noviembre del 2013 (NI-9461-13).


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

5. Que el 03 de julio de 2015, mediante oficio 4552-SUTEL-DGM-2015, la Dirección General de Mercados (DGM) emitió su "Informe sobre solicitud de investigación e imposición de medidas cautelares interpuesta por el ICE contra TELEFÓNICA en relación con el servicio "Movistar sin fronteras"

**CONSIDERANDO**
**B. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUTEL**

- I. Que conforme al artículo 60 inciso k) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, es una obligación fundamental de la SUTEL conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones.
- II. Que el artículo 52 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 dispone en lo que corresponde que *"[l]a Sutel tendrá la competencia exclusiva para conocer de oficio o por denuncia, así como para corregir y sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones"*
- III. Que de conformidad con el numeral 33 inciso 31 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF), al Consejo de la SUTEL le corresponde corregir y sancionar, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.
- IV. Que el mismo RIOF en sus artículos 43 y 44 inciso e) dispone que corresponde a la DGM la recepción, tramitación y recomendación sobre los conflictos de competencia así como evitar los abusos y las prácticas monopolísticas por parte de operadores o proveedores en el mercado.
- V. Que por otro lado el artículo 66 de la Ley 8642 indica que: *"[d]urante 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 de 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"*.
- VI. Que aunado a la anterior normativa específica del marco jurídico de las telecomunicaciones, hay que tener en consideración lo que dispone el ordenamiento jurídico en su totalidad. En este sentido, la Ley General de la Administración Pública, Ley 6227 (LGAP) 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"*.
- VII. Que por su parte, el Código Procesal Contencioso Administrativo (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"*


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

- VIII. Que asimismo el artículo 24 del CPCA dispone que: "1) El Tribunal o el respectivo juez o la jueza dará audiencia a las partes hasta por tres días, acerca de la solicitud de la medida, salvo lo previsto en el artículo siguiente de este Código. 2) Transcurrido ese plazo, el tribunal o el respectivo juez o jueza resolverá lo procedente, excepto si estima necesario realizar una audiencia oral, en cuyo caso la realizará en un plazo máximo de tres días hábiles."

**C. SOBRE LAS FORMALIDADES DE LA SOLICITUD DE INVESTIGACIÓN**

- I. Que el artículo 284 de la LGAP dispone que el procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a instancia de parte. En este sentido, el señor Jaime Palermo en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma del ICE en el escrito del 25 de mayo del 2015 señaló *"procedo a interponer formal SOLICITUD DE INVESTIGACIÓN contra las actuaciones de la empresa MOVISTAR, en relación con la oferta comercial lanzada el 20 de mayo del 2015, denominada "Movistar sin fronteras", para los clientes del servicio móvil post pago, prepago y control, que contempla la posibilidad de utilizar sus planes de datos en los países de América Central y México, con las condiciones y tarifas que rigen localmente"*.
- II. Que esta solicitud de investigación no cumple con las formalidades establecidas en el artículo 285 de la LGAP, por cuanto no señala ni se infiere lugar para recibir notificaciones. En este orden de ideas, el artículo 285 párrafo 2 de la LGAP dispone el rechazo y archivo de la petición.
- III. Que la jurisprudencia ha sido clara en indicar que *"que las normas de procedimiento deben interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados, por lo que, el operador jurídico deberá ponderar en cada caso concreto y dependiendo de las circunstancias que rodeen el supuesto en análisis, si de conformidad con lo dispuesto en los artículos 214, 221, 224 y 297 de la Ley General de la Administración Pública (...), si ante la omisión o ante la duda relativa al cumplimiento o no de requisitos formales previstos en el artículo 285 de la Ley General de la Administración Pública, y en aras de favorecer la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados, procede la subsanación o no de dichos requisitos formales"* (Ver resolución 251-2011 de las 15:40 horas del 17 de noviembre del 2011 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI).
- IV. Que en este orden de ideas, si bien no señala expresamente un lugar para recibir notificaciones, el mismo día presentó otro escrito con el número 6000-0608-2015 (NI-4897-2015), en el cual tampoco señalo lugar para recibir notificaciones pero del mismo se desprenden los números de teléfono 2000-7444 y de fax 2296-3132, así como el correo electrónico [ipalermo@ice.go.cr](mailto:ipalermo@ice.go.cr), los cuales se pueden emplear para realizar la notificaciones pertinentes.

**D. SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO**

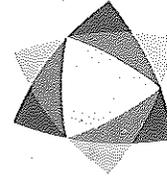
- I. Que el señor Jaime Antonio Palermo Quesada, en su condición apoderada generalísimo sin límite de suma del ICE *"solicita de previo a especial pronunciamiento ordenar la suspensión de la oferta investigada, como una medida cautelar y se mantenga hasta que se resuelva de forma definitiva la presente solicitud"* (visible a folio 12).
- II. Que el artículo 66 de la Ley 8642 dispone lo siguiente:

**"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.*

*Quando 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,*



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

*modifica o revoca la medida adoptada en un plazo máximo de dos meses, contado a partir del inicio del procedimiento".*

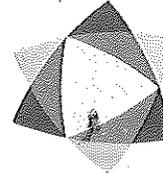
- III. Que de conformidad con lo dispuesto en la ley la SUTEL tiene competencia para dictar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar el resultado de un procedimiento sancionatorio, o bien para evitar que se pueda comprometer la actividad prestada, así como la integridad de instalaciones, redes, equipos y aparatos.
- IV. Que en este orden de ideas, el artículo 31 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones indica 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.
- V. Que los artículos 4 y 65 de la Ley 8642 dispone que la SUTEL para determinar las infracciones y sanciones va aplicar el procedimiento administrativo establecido en la LGAP. En igual sentido, el artículo 30 el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones dispone que para la investigación de prácticas monopolísticas se debe seguir el procedimiento administrativo establecido en la Ley 6227. Esta Ley en su artículo 229 dispone la aplicación supletoria de lo dispuesto en el CPCA.
- VI. Que 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 el 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.
- VII. Que de lo anterior se desprende que si bien la tutela cautelar es un derecho de la parte, el órgano decisor está supeditado a la verificación del cumplimiento de los presupuestos básicos, por ende, la decisión no es discrecional.
- VIII. Que en su solicitud del ICE no hace referencia a los presupuestos y características de la medida cautelar que pretende; sin embargo, se procede analizar cada uno de ellos a efecto de determinar el mérito de la medida.
- IX. Que para resolver sobre la solicitud de medida cautelar, conviene extraer del informe de la DGM rendido mediante oficio 4552-SUTEL-DGM-2015, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo lo siguiente:

**1. Sobre la apariencia de buen derecho**

*En relación a la apariencia de buen derecho, hay que tener presente que el artículo 21 del CPCA, dispone que la pretensión no debe ser temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad. El ICE es una institución autónoma descentralizada creada por Ley N° 449, la cual se encuentra facultada, conforme lo definido en el artículo 6 de la Ley N° 8660, para operar redes y proveer de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, así las cosas, tiene el derecho a participar en el mercado de las telecomunicaciones sin que medien conductas contrarias al ordenamiento jurídico.*

*En este sentido, el ICE pretende que se apliquen las sanciones correspondientes a TELEFÓNICA por supuestamente: i) ofrecer un precio al cliente o usuario que no se ajusta a la política tarifaria definida por la SUTEL por cuanto los planes post pago no operan bajo la modalidad tarifaria por descarga, ii) publicidad que se hace del servicio de datos en la modalidades postpago, es engañosa, iii) las acciones son prueba irrefutable de una conducta independiente de sus competidores de fijación de precios, derivada de un evidente poder sustancial y iv) el servicio ofrecido está generando efectos anticompetitivos como el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada en el mercado (ver folios 8 y 12).*

*Con base en lo anterior, existe algún grado de probabilidad de la existencia de la situación jurídica*


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015.**  
**5 de agosto del 2015**

sustancial invocada, es decir, la realización por parte de otro operador y proveedor de servicios de telecomunicaciones de conductas contrarias al ordenamiento jurídico que le perjudican y por tanto, la solicitud de medida cautelar cumple el principio de la apariencia de buen derecho.

**2. Sobre el periculum in mora**

De manera preliminar, de conformidad con el numeral 21 del CPCA, para que sea acogida una solicitud de medida cautelar, los efectos de la conducta (aparentemente a impugnar) deberán producir graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, lo que justificaría su adopción.

El enunciado derivado de la Ley exige que el solicitante, a quien le corresponde la carga de la prueba, realice un ejercicio probatorio eficaz que permita arribar a un juicio de verosimilitud, suficiente o al menos indiciario que sustente la adopción - en este caso conservación - de la medida solicitada. (Voto 5-f-2008 de la Sala Primera y sentencia Nº 4074-2010 de las 13:21 hrs del 29 de octubre de 2010 del Tribunal Contencioso Administrativo).

Sobre este elemento el apoderado del ICE no hace referencia puntual a los daños graves actuales o potenciales que le causaría la continuación de la ejecución del acto cuya suspensión pretende, pero ofrece como prueba publicaciones en medios de circulación nacional como La Nación, La República y El Financiero, (folios 13, 16 y 19) y en otros medios como Estrategia y Negocios, El Nuevo Diario (folios 20 y 22).

De esta prueba se desprenden ciertas características del servicio "Movistar sin fronteras" que a saber son: i) se ofrece a los usuarios de postpago, prepago y control; ii) aplica para servicios de datos en México, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Panamá; iii) que el consumo adicional de datos que se genere fuera del plan contratado también se cobrará a la tarifa local; iv) que dicho servicio también es ofrecido por Movistar Nicaragua para sus clientes que viajan a Centroamérica, México y Venezuela.

En este sentido, también aportó el Reglamento de términos y condiciones del servicio "Movistar sin fronteras" (folios 23 al 25) en el cual se detallan las condiciones del servicio que a saber son:

**1. USO DEL SERVICIO DE ROAMING "MOVISTAR SIN FRONTERAS"**

Podrán utilizar el servicio todos los clientes Movistar que cuenten con un plan contratado o Plan activo en alguna de las modalidades de uso (Prepago, Postpago y/o Control), de los segmentos Residenciales, Negocios y Empresas, y que se encuentren al día en el pago de sus facturas y/o cuentan con saldo de recarga en su servicio Móvil,

Los Clientes Movistar que se encuentren en algunos de los siguientes países: México, Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Panamá, y que se encuentran conectados a la red Movistar estos países, podrán disfrutar del beneficio del servicio que consiste en utilizar el paquete de navegación de datos de su plan conectado o bien su saldo de recarga a la velocidad de navegación establecida en la red Movistar del país visitado.

Los Clientes Movistar podrán utilizar el paquete de navegación -capacidad de descarga- de su plan contratado localmente para roaming de datos o bien de su paquete de navegación de datos contratado localmente; una vez consumado o superado el límite de descarga del plan, se cobrará el servicio de navegación de datos a la tarifa local de Costa Rica de \$0.0086/KB (\$9017,75/GB) incluye i.v.i. y serán sujetos de aplicación de throttling, aplicando para ello las condiciones de navegación de las políticas de uso justo contempladas en el artículo 30 del contrato marco para la prestación de servicios de Movistar publicado en la página web [www.movistar.cr](http://www.movistar.cr).

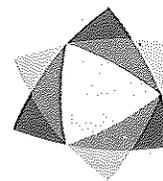
Los Clientes Movistar podrán contratar paquetes adicionales de datos que le permitirán aumentar el cupo de descarga y navegar a la velocidad ofrecida en la zona movistar del país (México, Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Panamá), de conformidad con la oferta comercial vigente ofrecida por Movistar Costa Rica. Los clientes prepago que se encuentre en el extranjero podrán contratar los paquetes de navegación únicamente a través del comando \*123# y seleccionando el paquete de su preferencia, una vez activado el servicio será descontado de su saldo de recarga. Los Clientes Postpago podrán contratar paquetes de navegación extra cuando lo deseen.

(...)

**2. CONDICIONES DE USO**

El Cliente ENTIENDE y ACEPTA que para poder hacer uso del servicio Movistar sin fronteras, deberá cumplir con las siguientes condiciones:

a) Contar con un plan Postpago, Prepago, Control de los segmentos Residencial, Empresas o


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

*Negocios de Movistar.*

- b) Si es cliente Prepago o Control deberá contar con saldo de recarga en su número telefónico.
- c) Encontrarse en alguno de los siguientes países: México, Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Panamá.
- d) Estar conectado en la red Movistar de alguno de los países del punto c).
- e) Los clientes Postpago deberán haber activado el servicio de Roaming previo a la utilización del servicio "Movistar sin Fronteras"

**3. FACTURACIÓN Y CARGOS**

El Cliente ENTIENDE y ACEPTA que el servicio "MOVISTAR SIN FRONTERAS" aplica únicamente para navegación en zonas Movistar de México, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, por lo que si el CLIENTE hace uso del servicio de Roaming en la red de otros operadores -Red que no sea Movistar-, utiliza Roaming voz o SMS, o no cumple con los términos y condiciones del presente contrato se le cobrará la tarifa establecida de consumo para los eventos realizados de conformidad con el operador y país de destino.  
 (...)".

Analizados los argumentos expuestos por la parte accionante, así como la documentación ofrecida para sustentar sus manifestaciones, se estima que la empresa ICE no ha demostrado de modo alguno los daños graves, actuales o potenciales que le causaría la continuación del servicio "Movistar sin fronteras" por parte de la empresa TELEFÓNICA, cuya suspensión transitoria pretende. Nótese que la documentación aportada y ofrecida como muestra de los supuestos daños graves, actuales o potenciales, ni siquiera pueden considerarse indicios de la afectación aducida. Lo propio habría sido que la empresa solicitante aportara suficientes elementos de prueba para acreditar al menos indiciariamente la existencia de hechos que pueden dañar sus intereses.

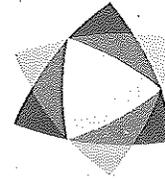
Así, se considera que no es suficiente alegar que las acciones desplegadas por TELEFÓNICA le perjudican al ICE por cuanto "no es posible replicar, por cuanto depende de la red de otros operadores, en cada uno de esos países para ofrecer el servicio a sus clientes, y las condiciones de tasación en esos países están asociadas al volumen de descarga de información" (ver folio 8) lo que se podría traducir en un impacto en los ingresos actuales y potenciales. La accionante debe referirse concretamente al daño que causa la continuación de los actos denunciados y la dilación en la resolución final del procedimiento.

En la especie, no se aporta prueba alguna del cual se logre al menos suponer la existencia de daños, perjuicios y su impacto o gravedad en la situación jurídica del ICE, siendo que no demuestra siquiera indiciariamente la probabilidad efectiva de ocurrencia del riesgo que cieme sobre su patrimonio. En tal sentido, como nos recuerda el Magistrado Jinesta, "...lo normal y lo ordinario, es que el administrado que solicita la medida cautelar, acredite el periculum in mora (...) En tal sentido (...) la cognición (...) debe asumir un nivel de certeza...".<sup>5</sup> En cambio, la empresa petente asume una gravedad no demostrada del eventual daño, sin que este resulte constatable, verificable o con una demostración mínima.

En ese sentido, véase el voto de la Sala Primera N° 5-F-2008 en relación con el principio de que la carga de la prueba corresponde a quien acciona, respecto de los hechos en que funda su pretensión. De conformidad con el artículo 317 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba es de la parte accionante, que consiste en la obligación y responsabilidad de quien alega los hechos de demostrarlos. Sobre este punto el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, ha indicado que es necesario, para inferir los daños graves actuales o potenciales, aportar la información que ponga de relieve efectivamente ese daño que sufriría en caso de no conceder la medida cautelar solicitada.<sup>6</sup> En esa línea, ha dicho el Tribunal Contencioso Administrativo: "Si bien es cierto sobre las medidas cautelares, con la nueva normativa procesal ha mediado una flexibilización en cuanto a los daños y perjuicios, los cuales ahora se aprecian tanto en su actualidad como su potencialidad, aunado a que ya no deben ser de imposible o difícil reparación, bastando con que sean graves; lo cierto es que sobre esa gravedad sí tiene la parte que hacer llegar medios probatorios que la acrediten, al

<sup>5</sup> Ernesto Jinesta Lobo y otros. "El nuevo proceso contencioso" San José, Poder Judicial, 2006. Página 170.

<sup>6</sup> Resolución N° 168-2010 de las 8:30 horas del 26 de abril de 2010.


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

menos mediante aproximaciones probatorias o indicios (...) es absolutamente necesario que el promovente acredite, al menos mediante aproximaciones probatorias o indicios, los daños o perjuicios, actuales o potenciales, que habrían de producirse." (Véase la resolución N° 4074-2010 de las 13:21 horas del 29 de octubre de 2010).

En lo que respecta a la existencia de una amenaza real de causar un perjuicio inminente o irreparable debe entenderse esto no sólo como un daño de difícil o imposible reparación en un sentido material, sino también como la imposibilidad de ejecutar la sentencia de fondo, es decir, ausencia de efectividad de la justicia. En este sentido, no hay indicio de que el ICE haya sufrido o pueda sufrir un daño o perjuicio irreparable pues en el expediente administrativo no hay prueba al respecto, o, ni tampoco hay indicios de que la resolución final del eventual procedimiento que se abra no pueda ejecutarse dada la duración del procedimiento administrativo, ocasionando un perjuicio a la accionante que amerite el dictado de la medida cautelar solicitada. Es necesario, recordar que el fin del procedimiento es sancionar las conductas por determinarse ex post que constituyen prácticas contrarias al ordenamiento jurídico. En el caso de las prácticas monopolísticas adicionalmente a la imposición de la multa se pueden imponer medidas correctivas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley N° 8642. Cabe advertir que es riesgoso para la Administración incurrir en una arbitrariedad, dado que por la naturaleza y objeto de estos procedimientos sancionadores, el análisis que se realiza de las conductas es ex post y el objeto es determinar la ilicitud de la práctica y aplicar la correspondiente sanción.

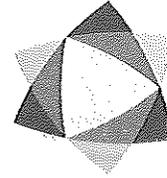
Véase que la prueba aportada al expediente administrativo, tiene como propósito demostrar el ofrecimiento por parte de TELEFÓNICA del servicio "Movistar sin fronteras" con ciertas características que a criterio del ICE son contrarias a las disposiciones contenidas en la Ley General de Telecomunicaciones, N° 8642 y demás normativa de telecomunicaciones vigente. Tal y como consta en la solicitud de investigación, eso también sería el objeto del eventual procedimiento administrativo que se llegaría a abrir, con lo cual la prueba incorporada al expediente por el ICE, no aporta elementos para valorar en particular el peligro en la demora, presupuesto indispensable para dictar la medida cautelar solicitada.

Desde esa perspectiva, el ICE solicita el dictado de una medida cautelar en este caso tendiente a que se ordene la suspensión del servicio "Movistar sin fronteras", y a pesar de tener la obligación de acreditar que se dan los elementos propios que admiten la tutela cautelar, no lo hace. Entonces, con la inexistencia de demostración al menos indiciariamente de los daños pretendidos, tampoco es posible determinar su gravedad, lo que impide acoger la medida solicitada.

### 3. Sobre la ponderación de los intereses en juego, la instrumentalidad y provisionalidad de la medida cautelar solicitada.

Respecto de los requisitos de instrumentalidad y provisionalidad que debe cumplir toda medida cautelar, tal y como se señaló en el apartado anterior, en el caso concreto la prueba aportada intenta demostrar los aspectos de fondo de se analizarían en el eventual procedimiento administrativo que abra, es decir, se entraría a analizar que la empresa TELEFÓNICA está ofreciendo el servicio "Movistar sin fronteras" con ciertas características que a criterio del ICE son contrarias a las disposiciones contenidas en la Ley N° 8642. Por lo anterior, no se cumple tampoco con el carácter instrumental y provisional que caracteriza a una medida cautelar (artículo 22 del CPCA). Sobre esta característica, ha señalado también el Tribunal Contencioso Administrativo, en lo que interesa: "...se trata de acciones que se encuentran al servicio del proceso principal de fondo, de ahí sus características provisional e instrumental. En el primer caso, en tanto lo acordado respecto de la cautelar mantendrá una vigencia condicionada a lo que se resuelva en el proceso de fondo. Cabe resaltar que también 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 del rito. En el segundo aspecto (instrumentalidad), guardan una marcada relación de accesoriedad con la sentencia final, pues en definitiva, sirven de instrumento para mantener la vigencia del objeto del proceso en los términos ya señalados..." (Véase la resolución N° 00849-2010 de las 11:40 horas del 5 de marzo de 2010).

Como es sabido, tanto para la doctrina, la normativa aplicable y los criterios reiterados en la sede jurisdiccional, la finalidad perseguida con la adopción de medidas cautelares está asociada a a garantizar el objeto del proceso, los efectos de una sentencia eventualmente estimatoria y evitar los daños graves. En esa línea, el artículo 19 inciso 1) del CPCA señala que se pueden dictar las medidas


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones de la sede contencioso administrativa ha indicado, "El propósito de una medida cautelar es garantizar la eventual eficacia de una sentencia, desde luego no es resolver por el fondo, ni mucho menos adelantar criterios sobre la forma en que se va a resolver, sino garantizar que una eventual sentencia de un juicio en el evento de que pueda ser acogida la demanda se pueda realizar." (Véase la resolución N° 218-2010 de las 14:57 horas del 13 de mayo de 2010).

En la especie, la valoración de la medida cautelar solicitada y su eventual aceptación involucran de hecho la resolución del fondo del procedimiento que eventualmente se llegue a abrir, o al menos el adelantar de modo sustantivo un criterio o posición sobre el tema que sería debatido en el eventual procedimiento administrativo, lo que por sí mismo determina la improcedencia de la medida cautelar solicitada.

Nótese que las medidas cautelares son **instrumentales** en el sentido de garantizar, anticipando provisionalmente los efectos del acto final que pudiera dictar la SUTEL. En este orden de ideas, los efectos del acto final del eventual procedimiento administrativo serían la imposición de una multa y la supresión de la prestación del servicio "**Movistar sin fronteras**". Así las cosas, la medida cautelar en este tipo de procedimiento debe guardar relación con la finalidad última de la función de la SUTEL en la investigación y sanción de infracciones. En este caso, no se está cumpliendo con la instrumentalidad propia de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares.

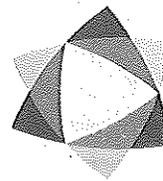
Adicionalmente, toda medida cautelar requiere que sea de carácter **provisional**, y dada la naturaleza del procedimiento sancionador en esta materia, la solicitud del ICE en cuanto a que se ordene a la empresa TELEFÓNICA que en forma inmediata cese brindar el servicio "**Movistar sin fronteras**", desvirtúa ese carácter provisorio. La provisionalidad como característica de las medidas cautelares deviene de su relación con el momento del dictado del acto final de eventual procedimiento sancionador el cual sería la imposición de una multa y la supresión del servicio en cuestión, por lo que no existe en este momento procesal esa necesaria relación directa e intrínseca entre una eventual sanción que se podría imponer (artículos 58, 68 y 69 de la Ley 8642).

Asimismo hay que realizar una adecuada **ponderación de los intereses en juego** involucrados, pues se requiere valorar los intereses no sólo del ICE y de TELEFÓNICA, sino también los intereses de los usuarios y del mercado. En este caso, no ha quedado acreditada la afectación en cuanto a daños y perjuicios graves, actuales o potenciales, a los cuales los usuarios, el mercado o el ICE se estaría viendo expuestos por las acciones desplegadas por TELEFÓNICA; por lo que no es procedente acoger la medida cautelar solicitada.

Adicionalmente, hay que tener presente que de acuerdo con los hechos puestos en conocimiento y la prueba aportada, consideran que en este momento no se cuenta con suficientes elementos para determinar los efectos del servicio "**Movistar sin Fronteras**" en el usuario y en el mercado.

Por las razones dichas, al no cumplir la solicitud de medida cautelar presentada por la empresa ICE con los presupuestos de peligro en la demora, instrumentalidad, provisionalidad y ponderación de los intereses en juego, la misma debe ser rechazada.

- X. Que en virtud de lo anterior este Consejo concluye que la solicitud de medida cautelar de previo y especial pronunciamiento planteada por el ICE si bien cumple con el presupuesto de apariencia de buen derecho no cumple el presupuesto de peligro en la demora, ni tampoco el principio de proporcionalidad y los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del CPCA, con lo cual procede rechazar la solicitud de medida cautelar solicitada contra la empresa TELEFÓNICA.
- XI. Que las medidas cautelares al tener un carácter puramente preventivo, no prejuzgan acerca del fondo de los hechos puestos en conocimiento. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 inciso 2) del CPCA, cuando varíen las circunstancias de hecho que dieron motivo al rechazo de las medidas solicitadas en cualquier momento la SUTEL podrá de oficio o a instancia de parte, considerar nuevamente la procedencia de las medidas cautelares solicitadas u otra.



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

**E. SOBRE LA CONDUCTA QUE SOLICITA QUE SEA INVESTIGADA**

I. Que el ICE solicita que se investiguen las siguientes actuaciones:

- d. Que TELEFÓNICA ofrece un precio al cliente o usuario que no se ajusta a lo definido en la RCS-615-2009 en relación con el cobro del servicio de roaming de datos.
- e. Que TELEFÓNICA está ofreciendo publicidad engañosa.
- f. Que las acciones de TELEFÓNICA son prueba irrefutable de una conducta independiente de sus competidores de fijación de precios, derivada de un evidente poder sustancial, lo que implica la necesidad de llevar a cabo una revisión de mercados relevantes.
- g. Que el servicio ofrecido está generando efectos anticompetitivos como el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada en el mercado.

II. Que una vez que se ha revisado el Reglamento de "TÉRMINOS Y CONDICIONES DEL SERVICIO 'MOVISTAR SIN FRONTERAS' REQUISITOS Y CONDICIONES"<sup>7</sup> se concluye que la promoción denunciada se caracteriza por lo siguiente:

- El servicio aplica a todos los clientes Movistar que cuenten con un plan contratado o Plan activo en alguna de las modalidades de uso (Prepago, Postpago y/o Control,) de los segmentos Residenciales, Negocios y Empresas.
- El servicio aplica a los Clientes Movistar que se encuentren en alguno de los siguientes países: México, Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Panamá y que se encuentren conectados a la red Movistar de estos países.
- El beneficio ofrecido consiste en utilizar el paquete de navegación de datos de su plan contratado o bien su saldo de recarga a la velocidad de navegación establecida en la red Movistar del país visitado.
- Los Clientes Movistar podrán utilizar el paquete de navegación –capacidad de descarga- de su plan contratado localmente para roaming datos o bien de su paquete de navegación de datos contratado localmente; una vez consumido o superado el límite de descarga del plan, se cobrará el servicio de navegación de datos a la tarifa local de Costa Rica de ₡0.0086/KB (₡9017,75/GB) incluye i.v.i y serán sujetos de aplicación de throttling, aplicando para ello las condiciones de navegación de las políticas de uso justo contempladas en el artículo 30 del contrato marco para la prestación de servicios de Movistar publicado en la página web [www.movistar.cr](http://www.movistar.cr).

III. Que para resolver sobre la solicitud de investigación planteada, conviene extraer del informe de la DGM rendido mediante oficio 4552-SUTEL-DGM-2015, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo, lo siguiente:

**3. Sobre los elementos denunciados.**

**3.1. Sobre el hecho de que TELEFÓNICA ofrece un precio para el servicio de roaming que no se ajusta a lo definido en la RCS-615-2009.**

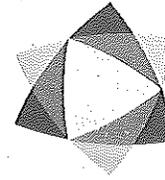
*En lo referente a la regulación vigente en materia tarifaria es necesario tener en cuenta lo siguiente:*

vii. *Que el artículo 50 de la Ley N° 8642 establece que:*

*"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..."*

<sup>7</sup> Consultado el 02-07-15, disponible en la dirección: <http://www2.movistar.cr/reglamentos/20152005-Reglamento-Movistar-Sin-Fronteras/reglamento.pdf>

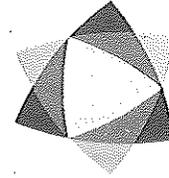


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

- viii. *Que actualmente la SUTEL no ha declarado ningún servicio o mercado en competencia efectiva, con lo cual los proveedores de servicios de telecomunicaciones están en la obligación de ajustar sus tarifas a los topes de precios establecidos por la SUTEL.*
- ix. *Que la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-615-2009 definió cuáles son las tarifas que deben acatar los proveedores de los servicios de telecomunicaciones, siendo que en particular para el servicio de roaming aplican las tarifas establecidas en las resolución de ARESEP número RRG-5957-2006 de las 08:30 horas del 31 de agosto de 2006.*
- x. *Que sin embargo como parte del proceso de simplificación del pliego tarifario, tramitado en el expediente SUTEL ET-001-2012, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) en su resolución RJD-019-2013 indicó en su Por Tanto II lo siguiente: "Declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) contra la resolución RCS-121-2012 del 30 de marzo del 201, en cuanto a: ...b) En cuanto al argumento analizado en la sección V.3.C.II de este dictamen, referente a los servicios "SMS internacional", "mensajería de texto (SMS) roaming internacional" y "roaming datos internacional"..."*
- xi. *Que en relación con el tema del roaming de datos la Junta Directiva de la ARESEP razonó en la citada resolución RJD-019-2013 lo siguiente: "Cabe mencionar que el pliego de la resolución RRG-5957-2006 contenía servicios roaming, sin embargo, a esa fecha solo existía roaming para transmisión de voz. Para dicho servicio, esa resolución indicaba que las tarifas se determinarían según las condiciones de tasación y tarifas que aplique la respectiva empresa celular portadora. Con base en lo expuesto, lleva razón el recurrente en cuanto a que dichos servicios deben excluirse del pliego tarifario."*
- xii. *Que el ICE tiene claro que el roaming de datos internacional se puede cobrar por consumo (por descarga), como se desprende de su propia oferta comercial para el servicio de roaming de datos, la cual consta en la Ilustración 1.*

Ilustración 1





**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

**Cómo realizar llamadas roaming:**

Llamadas Roaming a Costa Rica u otros países			
Llamada a un número fijo o celular			
	Código del país	Código de área (de ser requerido)	Número de teléfono
Llamadas Locales en el país visitado		Llamadas al Casillero de Voz	
Llamada a un número fijo o celular: Únicamente debes digitar el número telefónico.		En Costa Rica: digita 1190	
Enviar mensajes de texto			
A Costa Rica, únicamente debes digitar el número telefónico.			

**Facturación del servicio kómbi roaming**

**VOZ**

Tus llamadas se facturan de la siguiente manera:

- El costo de las llamadas salientes y entrantes, al igual que los mensajes de texto salientes serán cargados a tu facturación.
- Las llamadas para acceder al casillero de voz serán cobradas como una llamada saliente de acuerdo con la tarifa de la región visitada.
- Las llamadas desviadas al casillero de voz serán facturadas como una llamada entrante y como una saliente de acuerdo con los precios de la región visitada.
- Los precios de las llamadas varían según la región visitada; se tarifican en dólares, pero deberás pagar el equivalente en colones según el tipo de cambio del día.
- Si utilizas tarjetas prepago o algún medio alternativo para realizar llamadas internacionales, en donde utilices el celular y servicio del ICE, se generará el cobro respectivo por el uso de la tarjeta y adicionalmente el cobro por la llamada en Roaming.

**DATOS**

Tu navegación en internet se cobra de la siguiente manera:

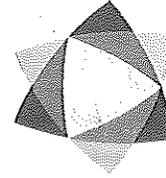
- El servicio Roaming Datos se cobra por Kilobytes (KB) de acuerdo con la cantidad de información transmitida (uplink/downlink).
- La unidad mínima de cobro será de 10 KB.
- El precio por Kilobytes es de 50.007 I.V.C.; pagando su equivalente en colones según el tipo de cambio del día.
- Adicionalmente debes cancelar la tarifa mensual del servicio kómbi Internet que tenga contratado.
- La velocidad dependerá del dispositivo que posea el cliente y la capacidad de la red móvil del ICE.
- Te recordamos que si tenés configurado el celular para que reciba correos electrónicos automáticamente, o alguna aplicación o servicio de tu celular activo que requiera Internet; este estando en Roaming te generará transmisión de datos frecuentemente, por lo que, tu facturación por este rubro puede llegar a ser elevada.
- Te recomendamos desactivar ITINERANCIA DE DATOS para impedir actualizaciones y descargas automáticas, de ésta forma evitarás el alto consumo del servicio Roaming Datos. Para conocer el procedimiento de cómo hacerlo de acuerdo al modelo de tu teléfono podés, ingresar a Activación/ desactivación Itinerancia de Datos o bien llamar al 1193.

Fuente: Consultado el 02-07-15, disponible en la dirección:  
[http://www.grupoice.com/wps/portal/lut/p/c5/lc7BDolwEATQT-rCQrXHCgWKQoG2BrkQDsaQCHgw-vsSTbxJcPa4eZkhDZlv7B79pbv309hdSU0a2rqqPW14xncOhiCPqa24DRLMcP6faGtSRyXB1gMomABJRcYqKgDAe-s4566ddVpgBJZVu7Lg1My76PhRzis0d9uJXwEKfwQqatuKP-v5bHVLkjHFFW0UagLXKMxi3rPJmGM7kNdk79FAEuKGJwd3/d3/L2dJQSEvUUI3QS9ZQnZ3LzZfVEoxT0hDODQwT0U1MzBJRTVEMzZPNJHQiYI/#VZXLnvl\\_NBc](http://www.grupoice.com/wps/portal/lut/p/c5/lc7BDolwEATQT-rCQrXHCgWKQoG2BrkQDsaQCHgw-vsSTbxJcPa4eZkhDZlv7B79pbv309hdSU0a2rqqPW14xncOhiCPqa24DRLMcP6faGtSRyXB1gMomABJRcYqKgDAe-s4566ddVpgBJZVu7Lg1My76PhRzis0d9uJXwEKfwQqatuKP-v5bHVLkjHFFW0UagLXKMxi3rPJmGM7kNdk79FAEuKGJwd3/d3/L2dJQSEvUUI3QS9ZQnZ3LzZfVEoxT0hDODQwT0U1MzBJRTVEMzZPNJHQiYI/#VZXLnvl_NBc)

*De lo anterior se concluye que TELEFÓNICA no está cobrando tarifas indebidas en cuanto dicha empresa, al igual que el resto de operadores móviles, está en la posibilidad de cobrar el roaming de datos por descarga, con lo cual no se encuentra evidencia de que se esté presentando un incumplimiento de la regulación tarifaria vigente por los hechos denunciados por el ICE.*

**3.2. Sobre el hecho de que acciones de TELEFÓNICA está ofreciendo publicidad engañosa.**

*Lo indicado por el ICE en cuanto a este punto se refiere a las condiciones comerciales con las cuales se ofrece el servicio de roaming de datos a nivel centroamericano por parte de la empresa TELEFÓNICA en*


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

ese sentido, tal como se desarrolló en el punto anterior, dicha empresa está en la posibilidad de cobrar el roaming de datos por descarga, con lo cual la aclaración hecha por la empresa denunciada en su Reglamento de "TÉRMINOS Y CONDICIONES DEL SERVICIO 'MOVISTAR SIN FRONTERAS' REQUISITOS Y CONDICIONES" más bien resulta en una forma de informar a sus clientes de las condiciones bajo las cuales se ofrece al servicio, así la indicación denunciada, lejos de tratarse de publicidad engañosa se trata de información que clarifica al usuario las condiciones bajo las cuales operaría el servicio ofrecido por la empresa. Por lo cual no se considera que la aclaración hecha en el sentido Reglamento se trate de publicidad engañosa.

**3.3. Que las acciones de TELEFÓNICA son prueba irrefutable de una conducta independiente de sus competidores de fijación de precios, derivada de un evidente poder sustancial, lo que implica la necesidad de llevar a cabo una revisión de mercados relevantes.**

El ICE ha venido manifestando de manera reiterada que a su criterio el regulador debe llevar a cabo una revisión de los mercados relevantes definidos en la RCS-307-2009. Sin embargo, el hecho de que la SUTEL haya revisado o no los mercados relevantes definidos en la RCS-307-2009 no es una situación que le ataña responsabilidad alguna al resto de operadores del mercado, que a criterio del ICE actualmente gozarían de una posición de dominio.

En virtud de dicha circunstancia, se entiende que los argumentos del ICE sobre este particular constituyen una reiteración a su petición de que se lleve a cabo una revisión de los mercados relevantes definida en la resolución RCS-307-2009.

**3.4. Sobre el hecho de que TELEFÓNICA está generando efectos anticompetitivos como el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada en el mercado, lo que implica la necesidad de llevar a cabo una revisión de mercados relevantes.**

Del análisis de lo denunciado por el ICE se desprende que a criterio de dicho Instituto el "Servicio MOVISTAR SIN FRONTERAS" lanzado por la empresa TELEFÓNICA durante el mes de mayo de 2015 podrían constituirse en una presunta práctica monopolística relativa.

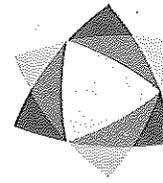
De la denuncia presentada se desprende que a criterio del ICE:

- v. El mercado relevante presuntamente afectado por la práctica es el mercado de roaming regional centroamericano.
- vi. Las conductas que presuntamente se estarían presentando son las de discriminación y estrechamiento de márgenes, de conformidad con los artículos a) y j) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642.
- vii. La empresa TELEFÓNICA presuntamente tendría poder en dicho mercado relevante producto del control de instalaciones esenciales, de la existencia de economías de escala y del alcance de su red regional.
- viii. Los efectos anticompetitivos de la conducta denunciada presuntamente se constituirían en el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada al mercado.

Los anteriores elementos simplemente son enunciados por el ICE, sin que se aporte prueba que permita corroborar los mismos. En virtud de lo anterior y en vista de que de la prueba aportada no permite desprender los indicios mínimos necesarios que justifiquen abrir un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa TELEFÓNICA por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas, se considera que lo pertinente es llevar a cabo la apertura de una investigación preliminar que le permita a la DGM determinar si existen indicios fundados que justifiquen el inicio de un procedimiento contra la empresa TELEFÓNICA.

**IV. Que a partir de lo anterior este Consejo concluye lo siguiente sobre la solicitud del ICE:**

- a) Sobre el hecho de que TELEFÓNICA ofrece un precio para el servicio de roaming que no se ajusta a lo definido en la RCS-615-2009 se concluye que TELEFÓNICA no está cobrando tarifas



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

indebidas en cuanto dicha empresa, al igual que el resto de operadores móviles, está en la posibilidad de cobrar el roaming de datos por descarga, razón por la cual se encuentra que no resulta pertinente llevar a cabo una investigación contra TELEFÓNICA por incumplimiento de la regulación tarifaria vigente por los hechos denunciados por el ICE.

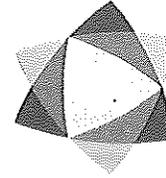
- b) Sobre el hecho de que acciones de TELEFÓNICA está ofreciendo publicidad engañosa se concluye que la aclaración hecha por la empresa denunciada en su Reglamento de "TÉRMINOS Y CONDICIONES DEL SERVICIO 'MOVISTAR SIN FRONTERAS' REQUISITOS Y CONDICIONES" más bien resulta en una forma de informar a sus clientes de las condiciones bajo las cuales se ofrece al servicio, razón por la cual no resulta pertinente llevar a cabo una investigación contra TELEFÓNICA por el uso de publicidad engañosa.
- c) Sobre el hecho de que acciones de TELEFÓNICA son prueba irrefutable de una conducta independiente de sus competidores de fijación de precios, derivada de un evidente poder sustancial, lo que debe llevar a que se lleve a cabo una nueva revisión de mercados relevantes se concluye que los argumentos del simplemente constituyen una reiteración a su petición de que se lleve a cabo una revisión de los mercados relevantes definida en la resolución RCS-307-2009.
- d) Sobre el hecho de que TELEFÓNICA está generando efectos anticompetitivos como el impedimento sustancial del acceso y el establecimiento de barreras de entrada en el mercado se concluye que los elementos aportados por el son insuficientes para proceder a la apertura de un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa TELEFÓNICA por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas, por lo cual lo pertinente es llevar a cabo la apertura de una investigación preliminar que permita determinar si existen indicios fundados que justifiquen el inicio de un procedimiento contra la empresa TELEFÓNICA.

#### **F. SOBRE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR**

- I. Que el artículo 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones indica que *"con el fin de determinar si existen indicios fundados que justifiquen el inicio de un procedimiento formal de investigación, la Sutel podrá ordenar previamente, cuando lo estime pertinente, una investigación preliminar de los hechos"*.
- II. Que de previo al inicio del procedimiento administrativo, existe la posibilidad de que la SUTEL ordene realizar una investigación preliminar, con el objetivo de establecer la procedencia del respectivo procedimiento.
- III. Que la investigación preliminar se define *"(...) como aquella labor facultativa de comprobación desplegada por la propia administración pública de las circunstancias del caso concreto para determinar el grado de probabilidad o verosimilitud de la existencia de una falta o infracción para identificar a los presuntos responsables de esta o recabar elementos de juicio que permiten efectuar una intimación clara, precisa y circunstanciada. En suma, la investigación preliminar permite determinar si existe mérito suficiente para incoar un procedimiento administrativo útil (...). Este trámite de información previa tiene justificación en la necesidad de, eficientar y racionalizar los recursos administrativos, para evitar su desperdicio y, sobre todo, para no incurrir en la apertura precipitada de un procedimiento administrativo"*<sup>8</sup>.
- IV. Que sobre la procedencia de esas diligencias previas, la Procuraduría General de la República, atendiendo al criterio expuesto al respecto por la Sala Constitucional en el Voto N° 2003-09125, señaló en la consulta N° C-082-2005 del 24 de febrero del 2005 en lo que interesa:

*"Sobre el particular, la Sala ha mantenido el criterio de que una correcta inteligencia del carácter y*

<sup>8</sup> Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III (Procedimiento Administrativo). San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2007 p.p. 302 y 303.


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

*fundamentos del debido proceso exige admitir que, de previo a la apertura de un procedimiento administrativo en ocasiones es indispensable efectuar una serie de indagaciones preliminares, pues la Administración –con anterioridad a la apertura del expediente administrativo- podría requerir la realización de una investigación previa, por medio de la cual se pueda no solo individualizar al posible responsable de la falta que se investiga, sino también determinar la necesidad de continuar con las formalidades del procedimiento, si se encuentra mérito para ello. (...) Lo anterior constituye entonces una facultad del órgano administrativo competente, a fin de determinar si existe mérito o no para iniciar un proceso que tienda a averiguar la verdad real de los hechos objeto de las pesquisas y es cuando se ha abierto el procedimiento propiamente dicho, con la conformación del órgano Director, que surge el momento procesal oportuno donde el servidor investigado si puede manifestarse sobre los cargos que le son atribuidos y en consecuencia, tener acceso a las piezas del expediente que le interesan, así como ser asistido por un abogado y poder presenciar la evacuación de la prueba testimonial y cualquier otra que se ordene y ante la cual puede ejercer su derecho de defensa. (...)*

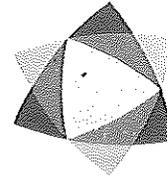
- V. Que el Órgano de Investigación Preliminar debe realizar varias gestiones para allegar al expediente suficientes elementos para que el Órgano Decisor determine con claridad a las partes involucradas en los supuestos hechos denunciados, así como la conveniencia y necesidad de iniciar formalmente un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio.

**POR TANTO**

Con fundamento en las competencias otorgadas por la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660, la Ley General de Administración Pública, Ley 6227, el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones y el Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado (RIOF)

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

1. **RECHAZAR** la solicitud del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD en relación a la adopción de medidas cautelares por parte de la SUTEL para que ordene a TELEFÓNICA DE COSTA TICA TC, S.A. la suspensión del servicio "Movistar sin Fronteras".
2. **RECHAZAR** la solicitud del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD sobre el inicio de procedimiento administrativo de carácter sancionatorio contra la empresa TELEFÓNICA DE COSTA TICA TC, S.A. por el presunto cobro de tarifas indebidas en el servicio de roaming.
3. **INICIAR** una investigación preliminar, a fin de recabar información adicional para determinar si es procedente o no iniciar un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio contra la empresa TELEFÓNICA DE COSTA TICA TC, S.A. por los hechos denunciados por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD.
4. **DESIGNAR** a los funcionarios Daniel Quirós Zúñiga, portador de la cédula de identidad 1-0923-0611, Abogado; Deryhan Muñoz Barquero, portadora de la cédula de identidad 6-0328-0822, Economista; y Andrés Felipe Castro Ulate, portador de la cédula de identidad 1-1337-0030, Ingeniero, todos de la Dirección General de Mercados; para que se constituyan en órgano de investigación preliminar, para lo cual registrará su actuación por las disposiciones contenidas en la Ley General de Telecomunicaciones y su reglamento, Ley General de la Administración Pública, y demás normativa de telecomunicaciones atinente.
5. **FACULTAR** al órgano de investigación preliminar para contactar al operador u operadores involucrados, así como al reclamante, a fin de requerir y obtener todo tipo de informes y documentos que considere necesarios; elaborar las actas correspondientes para ser incluidas en el expediente administrativo, realizar cualquier actuación que se estime necesaria y conveniente para cumplir con el



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

propósito final perseguido, contando para ello con la autorización previa de este Consejo. Asimismo, de las actuaciones desplegadas y los resultados de la investigación, deberá rendir un informe a este Consejo.

**ACUERDO FIRME. NOTIFIQUESE**

**ARTÍCULO 6**

**PROPUESTAS DE LA DIRECCION GENERAL DE OPERACIONES**

*Ingresan a la sala de sesiones las funcionarias de la Dirección General de Operaciones: Evelyn Sáenz Quesada, para participar durante el conocimiento del punto 5.1 y Sharon Jiménez Delgado, para participar durante el conocimiento de los puntos 5.2 y 5.3*

**6.1 - Solicitud de ayuda para estudio de la funcionaria María Fernanda Casafont Mata, Maestría en Barcelona España.**

De inmediato, el señor Presidente hace del conocimiento del Consejo la solicitud de autorización para capacitación de la funcionaria María Fernanda Casafont Mata, Gestor Profesional en Asesoría Jurídica de la Dirección General de Mercados, para cursar el Máster Universitario en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos, impartido por la Universidad de Barcelona, con un tiempo aproximado 3 trimestres.

Al respecto el señor Mario Luis Campos Ramírez presenta el oficio 5308-SUTEL-DGO-2015 de fecha 20 de julio del 2015, por medio del cual el Área de Recursos Humanos traslada al Consejo los resultados del análisis a la solicitud de capacitación (oficio 4613-SUTEL-DGM-2015, de fecha 06 de julio del 2015), de la funcionaria de la Dirección General de Mercados María Fernanda Casafont Mata, Gestor Profesional en Asesoría Jurídica.

La funcionaria Evelyn Sáenz Quesada señala que se trata de una maestría en economía, la cual deberá ser convalidada por las autoridades competentes en el país. Asimismo, se refiere al tema de la beca y el permiso sin goce de salario. Agrega que la funcionaria Casafont Mata solicita el apoyo de SUTEL para el pago del tiquete aéreo y la matrícula.

Menciona que en el pasado se tramitó una solicitud de beca similar; la cual fue otorgada tal y como se solicitó. Hace un breve resumen de los gastos en los que incurrió la institución en esa oportunidad.

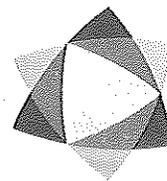
El señor Campos Ramírez señala la importancia de que si el Consejo aprueba lo solicitado por la funcionaria, sea mediante un acuerdo motivado, al tiempo que hace una serie de comentarios sobre los costos de la actividad, y los costos en que se incurriría para la sustitución de la funcionaria.

El señor Walther Herrera Cantillo destaca que la Dirección General de Mercados está conformada por tres Áreas diferentes, y le parece oportuno que el personal se capacite cuando hay oportunidad como es este caso. Realiza un comparativo entre los tipos de ayuda otorgadas en casos anteriores y el la presente solicitud.

El señor Jaime Herrera Santisteban recuerda la importancia de un trato igualitario en este tipo de solicitudes, a lo que el señor Brealey Zamora señala que cada solicitud tiene sus particularidades, por lo que debería analizarse cada caso en forma individual.

El señor Campos Ramírez señala que la presente solicitud se enmarca dentro de la categoría de beca, tomando en cuenta la reglamentación institucional al respecto.

Se da un cambio de impresiones con respecto a los casos en los cuales la SUTEL ha dado aportes para estudios de funcionarios en el exterior.


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

El señor Ruíz Gutiérrez consulta sobre la disponibilidad presupuestaria, a lo cual el señor Campos Ramírez comenta sobre los efectos en el presupuesto para capacitación, considerando la posible improbación del canon por parte de la Contraloría General de la República, lo cual afectaría parcialmente la partida, la cual rondaría un 30% del monto presupuestado.

El señor Ruíz Gutiérrez se refiere a las experiencias positivas que genera el estudiar fuera del país. Señala que el plan de capacitación es una de las mejores inversiones que puede realizar la Institución.

El señor Herrera Santisteban aclara que siempre ha apoyado todo lo que se refiere a capacitación, señala que en el caso de SUTEL se han hecho inversiones muy fuertes en ese rubro: Si bien está de acuerdo, le parece importante hacer un alto en el camino, con el fin de hacer un análisis en la institución para determinar qué beneficios se han obtenido versus las inversiones realizadas en estudios.

Señala que no existe un efecto multiplicador, en el sentido de que un estudiante que ha participado en el exterior venga a impartir posteriormente una capacitación al resto de los funcionarios.

El señor Camacho Mora sugiere analizar la posibilidad de darle un permiso sin goce de salario y algún tipo de asistencia económica. Señala que de acuerdo con la información recibida, la única opción es que el Consejo otorgue un permiso sin goce de salario.

El señor Campos Ramírez se refiere a la necesidad de tener precaución en la decisión a tomar, ya que las becas fuera del país no están tipificadas en la reglamentación de la institución, de manera que se deben tomar acuerdos que no vayan a ser cuestionados por la Auditoría Interna.

Al respecto, la funcionaria Sáenz Quesada aclara que aunque es potestad del Consejo tomar el acuerdo en los términos que estimen pertinentes, la Dirección General de Operaciones presenta la recomendación en idénticas condiciones que las anteriores, siempre dentro del marco de legalidad.

El señor Campos Ramírez señala la importancia de lo planteado por el señor Brealey Zamora y le parece oportuno que la Asesoría Jurídica valore las actuaciones legales que rondan este tema y presente su criterio al Consejo para ayudar en una mejor decisión.

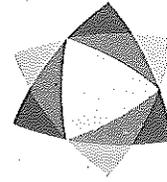
Una vez analizada la solicitud, y discutidas las diferentes posiciones, los Miembros de Consejo, por unanimidad acuerda:

**ACUERDO 012-042-2015**

1. Dar por recibido el oficio 5308-SUTEL-DGO-2015 de fecha 20 de julio del 2015, por medio del cual el Área de Recursos Humanos traslada al Consejo los resultados del análisis a la solicitud de capacitación (oficio 4613-SUTEL-DGM-2015, de fecha 06 de julio del 2015), de la funcionaria María Fernanda Casafont Mata, Gestor Profesional en Asesoría Jurídica, de la Dirección General de Mercados, para cursar el Máster Universitario en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos, impartido por la Universidad de Barcelona, con un tiempo aproximado 3 trimestres.
2. Solicitar a los funcionarios Jorge Brealey Zamora y Mercedes Valle Pacheco, Asesores Legales del Consejo, que lleven a cabo una revisión de la reglamentación vigente, con el fin de determinar si existe posibilidad de brindar ayuda económica y el permiso sin goce de salario para este caso específico, criterio que será analizado conjuntamente con la Dirección General de Operaciones para la recomendación correspondiente.

**NOTIFÍQUESE**

*Se retira de la sala de sesiones el señor Walther Herrera Cantillo, Director General de Mercados.*

**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

Para continuar, el señor Presidente presenta al Consejo la minuta de reunión de la Sesión de trabajo realizada el pasado 31 de julio, en la que se definieron las prioridades y avances de los proyectos del POI 2015. Cede la palabra al señor Mario Luis Campos Ramírez para que se refiera al tema.

Explica el señor Campos Ramírez que el objetivo de la sesión de trabajo fue obtener una justificación del avance de los proyectos, su priorización y la determinación de aquellas partidas en las cuales no se han comprometido recursos, versus las partidas de la Directriz 009-H que limita el gasto público. En esta oportunidad se somete a valoración de los señores Miembros del Consejo la minuta de la reunión, al tiempo que se refiere a la propuesta de acuerdo que podría adoptarse.

El señor Herrera Santisteban se refiere a las valoraciones que se realizan en ARESEP sobre los proyectos, señala que no le queda claro cómo se valoran los proyectos, le parece que es importante que las Direcciones Generales administren sus proyectos con base en una herramienta adecuada, la cual permita llevar seguimientos e informes de avance de los mismos.

El señor Campos Ramírez señala que en el caso de la planificación y coordinación de los proyectos, la atención de dicha función corresponde a la Dirección General de Operaciones y llama la atención que cada vez que se trae este tipo de temas al Consejo, no se considera el costo de oportunidad que eso implica dentro de la ejecución de los mismos, el tiempo que se dedica a otras labores dentro de las Direcciones Generales y ejemplifica casos en los cuales no se ha tomado en cuenta la paralización de los proyectos por tener que atender eventos o capacitaciones y la falta de establecimiento de prioridades en cuanto a la asignación de recursos a los proyectos. Hace un llamado para que se tome conciencia de la situación que se está presentando y las prioridades que se deben dar desde el Consejo.

La funcionaria Rose Mary Serrano Gómez apoya las consideraciones que señala el señor Campos Ramírez. Destaca la importancia que tiene la planificación y la valoración de riesgos de previo a la aprobación de los proyectos, para que se tenga claro cuáles son los efectos, el costo y hasta las posibles oposiciones, para que esto sea valorado de previo.

Destaca la importancia de la correcta ejecución de los proyectos y lo que eso representa desde el punto de vista de política regulatoria, es importante buscar un equilibrio y definir las prioridades y justificar cada uno de los gastos que se llevan a cabo.

Señala su preocupación por el hecho de que los órganos de control tiene su mirada puesta en la SUTEL y, si bien es cierto las responsabilidades son del Consejo, todos los funcionarios deben ser conscientes de la importancia que esto conlleva para la Institución.

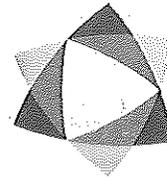
El señor Herrera Santisteban reafirma la importancia de tener una visión detallada de cada uno de los proyectos y su debida estimación, así como el hecho de que efectivamente se llevé a cabo una adecuada planificación de los proyectos con el fin de evitar situaciones tan incómodas como las presentadas con la Juna Directiva de la ARESEP y su llamado de atención a la SUTEL.

La funcionaria Sharon Jiménez Delgado se refiere a las distintas situaciones que han debido enfrentar producto de la subejecución y las alarmas que deben darse durante el proceso de planificación y ejecución de los proyectos.

El señor Jorge Brealey Zamora se refiere a la importancia de que en aquellos proyectos que son claves para la Institución, haya una mayor compenetración de parte de los Miembros del Consejo; considera que más importante que la discusión de los temas, es el accionar de parte de todos los involucrados en la ejecución de los planes. Agrega que también es importante evaluar el valor público que pretende producir con la actuación de la SUTEL a través de los diferentes proyectos y su seguimiento.

Conocido el tema, luego de una amplia discusión, el Consejo decide por unanimidad:

**ACUERDO 013-042-2015**


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

1. Solicitar a las Direcciones General que documenten los avances de cada uno de los proyectos, con su respectiva justificación, que permitan al Consejo de la SUTEL dar seguimiento al avance del POI y lo remitan a más tardar el 17 de agosto del 2015 al Área de Presupuesto, Planificación y Control Interno de la Dirección General de Operaciones.
2. Solicitar a las Direcciones General que establezcan un cronograma de trabajo para cada uno de los proyectos con los ajustes determinados de forma que pueda identificarse la fecha de finalización. Para cada una de las actividades detalladas en el cronograma será necesario asignar los recursos (materiales y humanos) y la ruta crítica para garantizar su ejecución. El cronograma deberá ser remitido a más tardar el 17 de agosto del 2015 al Área de Presupuesto, Planificación y Control Interno de la Dirección General de Operaciones.
3. Requerir a las Direcciones Generales que informen al Área de Presupuesto, Planificación y Control Interno de la Dirección General de Operaciones los proyectos que no se ejecutarán presupuestariamente este año y determinar qué compromisos quedarán pendientes para el 2016. Esta actividad será clave para la determinación del presupuesto 2016 y deberá estar lista para setiembre próximo. El informe respectivo deberá ser remitido a más tardar el 17 de agosto del 2015 al Área de Presupuesto, Planificación y Control Interno de la Dirección General de Operaciones.
4. Solicitar a las Direcciones Generales que envíen al Área de la Proveeduría institucional el orden de las prioridades de cada uno de los proyectos de acuerdo a la consideración del Consejo de la SUTEL, para establecer un cronograma de acción por parte de esa unidad. El informe respectivo deberá ser remitido a más tardar el 17 de agosto del 2015.
5. Requerir al Área de Presupuesto, Planificación y Control Interno de la Dirección General de Operaciones, elaborar un informe tanto de los proyectos como de las partidas contenidas en la Directriz 009-H, a partir de las justificaciones de los Directores Generales; con el fin de que sea presentado en la siguiente sesión de seguimiento que se lleve a cabo sobre el particular. El informe respectivo deberá estar preparado a más tardar el 28 de agosto del 2015.

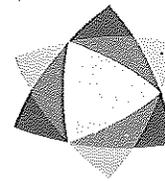
**ACUERDO FIRME. NOTIFÍQUESE**
**6.3 Informe verbal sobre la improbación del canon de regulación 2016, por parte de la Contraloría General de la República.**

Para continuar, el señor Presidente comunica al Consejo la improbación del canon de regulación 2016, por parte de la Contraloría General de la República. Cede la palabra al señor Mario Luis Campos Ramírez para que detalle el tema.

Procede el señor Campos Ramírez a presentar los oficios:

1. 10770 (DFOE-IFR-0308) (NI-7200-2015), mediante el cual la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República consigna aspectos referentes a la "improbación del proyecto del canon de regulación de la SUTEL para el año 2016".
2. 5319-SUTEL-DGO-2015 de fecha 3 de agosto del 2015, por medio del cual se presentó ante la Contraloría General de la República recurso de revocatoria y apelación en subsidio contra el oficio 10770 (DFOE-IFR-0308) (NI-7200-2015) "improbación del proyecto del canon de regulación de la SUTEL para el año 2016".

Señala que el Órgano Contralor aduce que la propuesta presentada por la SUTEL carece de elementos metodológicos y de estimaciones uniformes, además la proyección de costos e inversiones no fundamenta razonablemente los montos requeridos para cubrir los servicios de regulación, de forma tal que permita garantizar de manera razonable su apego al principio de servicio al costo.


**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

En resumen, el Órgano Contralor señala que en 30 subpartidas la metodología de cálculo no fue concordante, el pago a la Auditoría Interna no refleja el principio al costo y en materia de salarios: existe una diferencia de \$1.500.000 en el cálculo del salario escolar y del aguinaldo y falta de división del salario del Director General de Calidad según la fuente de financiamiento.

Analizado cada uno de los argumentos de la improbación, se concluye que la sumatoria de las inconsistencias señaladas por la Contraloría da un monto de \$236.069.609,77 colones, cuyo impacto a nivel total del canon de regulación estimado para el 2016 es de 2.99%, monto que resulta poco significativo y convierte la improbación en un acto que no se ajusta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, dado que la reducción del canon de regulación al ajustarlo al último presupuesto aprobado a la SUTEL es de \$1.800 millones aproximadamente. La totalidad de la suma cuestionada y utilizada como fundamento para improbar tiene efecto negativo en el POI del año 2016, pues deja sin posibilidad de financiar parte de las actividades planificadas; de igual manera, la improbación genera un efecto colateral en la ejecución de proyectos del POI 2015, ya que proyectos de este año, que incluso están en el proceso de adjudicación de sus respectivas licitaciones, no podrían ejecutarse y deberían declararse desiertos los concursos, ya que no se contaría con los recursos financieros en el año 2016 para hacer frente a los gastos recurrentes por arrendamiento que se adquirirían al firmar los contratos de adjudicación de equipos. Lo anterior por ser proyectos de ejecución plurianual, cuyos procesos de contratación ya iniciaron este año y que con la reducción en el monto del canon comprometen seriamente las posibilidades del pago de los mismos en el año 2016.

Finalmente, aclara que la Sutel cuenta, dentro de su planificación anual, con un proyecto para la implementación de la metodología de costeo por actividad, no obstante el hecho de que al día de hoy el proyecto no se encuentra ejecutado en un 100%, no implica que las estimaciones del canon se efectúan sin apego al principio de servicio al costo. Añade que para este proyecto de canon, al igual que los de periodos anteriores, han atendido y aplicado este principio, distribuyéndose la mayoría de los costos directos de los bienes y servicios de la SUTEL según su fuente de financiamiento y quedando pendiente solamente un porcentaje cercano al 5%, que corresponde a los costos indirectos principalmente de las remuneraciones de la Administración Superior y de la Dirección General de Operaciones, en su función de brindar los servicios de apoyo al resto de las Direcciones Generales.

La funcionaria Mercedes Valle Pacheco sugiere llevar a cabo análisis a la rigurosa fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República a la SUTEL. Señala que la institución debe defender su posición teniendo presente que el Ente Contralor difícilmente revoca sus actos.

La funcionaria Sharon Jiménez Delgado se refiere a los recortes presupuestarios y los problemas presentados con los proyectos plurianuales de la Dirección General de Calidad que a la fecha no están adjudicados.

La señora Xinia Herrera Durán sugiere, tomando en cuenta la capacitación -en sus diferentes modalidades-, que han recibido algunos funcionarios respecto a la preparación y administración de proyectos, valorar la posibilidad de que algunos de esos proyectos sean desarrollados en la Institución.

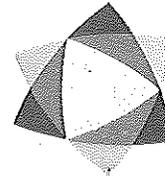
El señor Camacho Mora comenta sobre la ejecución de los proyectos y la situación a la que se enfrenta la Sutel dada la improbación de la Contraloría General de la República. Sugiere analizar la posibilidad de llevar a cabo una sesión de trabajo entre los Miembros del Consejo y los señores Directores para analizar el tema, de manera tal que se valore cuáles proyectos se dejan y cuáles no.

Analizado el tema, los Miembros del Consejo acuerdan por unanimidad:

**ACUERDO 014-042-2015**

1. Dar por recibido los oficios:

- a) 10770 (DFOE-IFR-0308) (NI-7200-2015), mediante el cual la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República consigna aspectos referentes a la "improbación del proyecto del canon de regulación de la SUTEL para el año 2016".



**SESIÓN ORDINARIA 042-2015**  
**5 de agosto del 2015**

- b) 5319-SUTEL-DGO-2015 de fecha 3 de agosto del 2015, por medio del cual se presentó ante la Contraloría General de la República recurso de revocatoria y apelación en subsidio contra el oficio 10770 (DFOE-IFR-0308) (NI-7200-2015) "improbación del proyecto del canon de regulación de la SUTEL para el año 2016".
2. Dar por recibido el informe verbal presentado por el señor Mario Luis Campos Ramírez, Director General de Operaciones respecto a la improbación del canon de regulación 2016, por parte de la Contraloría General de la República.
  3. Solicitar a la Secretaría del Consejo programar una sesión de trabajo para el jueves 13 de agosto a la 1:30 p.m., en la que participarán los Miembros del Consejo, Directores Generales y Asesores, con el fin de analizar el tema al cual se refiere el numeral anterior.

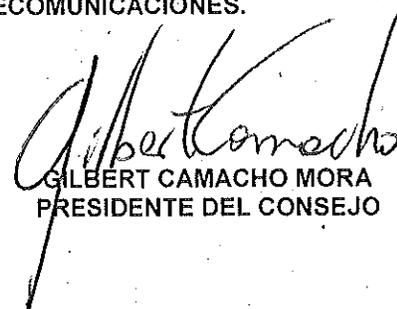
**ACUERDO FIRME**  
**NOTIFÍQUESE**

**A LAS 20:15 HORAS FINALIZA LA SESIÓN.**

**CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES.**

  
**LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO**  
**SECRETARIO DEL CONSEJO**



  
**GILBERT CAMACHO MORA**  
**PRESIDENTE DEL CONSEJO**

