

ALCANCE N° 95

PODER EJECUTIVO

DECRETOS

RESOLUCIONES

REGLAMENTOS

BANCO POPULAR

Y DE DESARROLLO COMUNAL

INSTITUCIONES DESCENTRALIZADAS

SUPERINTENDENCIA

DE TELECOMUNICACIONES

NOTIFICACIONES

OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES

INSTITUCIONES DESCENTRALIZADAS

SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el artículo 35 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria 023-2018 celebrada el 20 de abril del 2018, mediante acuerdo 010-020-2018, de las 10:00, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-138-2018

“CRITERIOS PARA LA DECLARATORIA DE UN GRUPO DE INTERES ECONÓMICO”

EXPEDIENTE GCO-NRE-REL-00375-2018

RESULTANDO

1. Que el 06 de febrero de 2017, mediante oficio 01803-SUTEL-SCS-2017, el Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), comunicó el acuerdo 25-005-2017 de la sesión 005-2017 del 25 de enero de 2017, donde se solicitó “a la Dirección General de Calidad y la Dirección General de Mercados que de manera conjunta, elaboren y sometan a consideración del Consejo una propuesta de procedimiento para la adecuada atención y trámite de solicitudes de declaratoria de grupo de interés económico” (folios 003 al 004).
2. Que el 31 de enero de 2018, mediante oficio 00741-SUTEL-DGM-2018, las Direcciones Generales de Calidad y Mercados remitieron su informe titulado “Criterios para la Declaratoria de un Grupo de Interés Económico” (folios 005 al 023).
3. Que el 08 de febrero de 2018, mediante oficio 00996-SUTEL-SCS-2018, el Secretario del Consejo de la SUTEL, comunicó el acuerdo 009-007-2018 de la sesión 007-2018 del 01 de febrero de 2018, donde se acordó: “Instruir a la Dirección General de Mercados para que lleve a cabo las gestiones necesarias en relación con la consulta pública relativa a los “Criterios para el análisis de la declaratoria de un Grupo de Interés Económico” de conformidad con el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública, para lo cual deberá publicar un aviso en el diario oficial La Gaceta, para que quien lo desee, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes a dicha publicación, exponga por escrito las razones de hecho y derecho que considere pertinentes en relación con la consulta” (folios 024 al 027).
4. Que el 09 de marzo de 2018, se publicó en La Gaceta N° 45, la invitación a participar en la consulta pública relativa a los “Criterios para el análisis de la declaratoria de un Grupo de Interés Económico” (folios 028 al 029).
5. Que la consulta pública relativa a los “Criterios para el análisis de la declaratoria de un Grupo de Interés Económico”, de conformidad con el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública, estuvo abierta por un plazo de diez (10) días hábiles, a saber, del 12 al 23 de marzo de 2018.
6. Que el 21 de marzo de 2018, mediante oficio MICITT-DVT-OF-215-218, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT) remitió sus observaciones en relación con la consulta pública relativa a los “Criterios para el análisis de la declaratoria de un Grupo de Interés Económico” (folios 032 al 034).
7. Que el 12 de abril de 2018, mediante oficio 02612-SUTEL-DGM-2018, la Dirección General de Mercados (DGM) presentó para valoración del Consejo de la SUTEL su “Informe de Consulta Pública Relativa a los Criterios para el Análisis de la Declaratoria de un Grupo de Interés Económico”.
8. Que se han llevado a cabo las acciones útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

A. COMPETENCIA DE LA SUTEL PARA ESTABLECER LOS CRITERIOS PARA LA DECLARATORIA DE UN GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO

1. Que mediante artículos 1 y 38 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, Ley 8660, se creó el sector de telecomunicaciones, así como del órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, sea la SUTEL.
2. Que, en concordancia con lo anterior, el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, establece que le corresponde a la SUTEL regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual se regirá por lo dispuesto en la misma Ley y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.
3. Que el artículo 6 inciso 9) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, establece que un grupo económico se define como "agrupación de sociedades que se manifiesta mediante una unidad de decisión, es decir, la reunión de todos los elementos de mando o dirección empresarial por medio de un centro de operaciones, y se exterioriza mediante dos movimientos básicos: el criterio de unidad de dirección, ya sea por subordinación o por colaboración entre empresas, o el criterio de dependencia económica de las sociedades que se agrupan, sin importar que la personalidad jurídica de las sociedades se vea afectada, o que su patrimonio sea objeto de transferencia".
4. Que las razones que justifican la necesidad de conocer sobre la existencia de un GIE en la tramitación de un determinado procedimiento son distintas en cada caso y no se constituye en un objetivo en sí mismo, sino que deviene de una necesidad identificada en un proceso particular, necesidad que, en términos generales, tiene la finalidad de evitar los abusos de la personalidad jurídica en relación con el tema objeto de análisis.
5. Que la Ley 8642 sólo hace referencia al concepto de grupo económico en el artículo 6 inciso 9, donde se define dicho concepto según se cita de previo, y que en el artículo 68, establece que para efectos de imponer una sanción la SUTEL deberá valorar si el infractor forma parte de un grupo económico.
6. Que el marco legal y regulatorio de las telecomunicaciones no establece procedimientos adicionales en los cuales la SUTEL debe considerar o declarar la existencia de un GIE. Sin embargo, tal como se expuso en el punto 3. de este acuerdo, hay una serie de procesos en los cuales resulta pertinente y necesario para la SUTEL conocer si un determinado conjunto de empresas constituyen un GIE, entre otros casos, sin que se constituya en una lista expresa, se pueden mencionar la tramitación de los procedimientos relacionados a los artículos 12 (concesión por concurso), 20 (cesión), 21 (reasignación), 26 (permisos), 36 (asignación proyectos FONATEL), 54 (prácticas monopolísticas), 56 (concentraciones) y 60 (intervenciones acceso e interconexión) de la Ley 8642 y 73 inciso i) de la Ley 7593 (definición mercados relevantes).
7. Que la declaratoria de un GIE no debe ser hecha de manera aislada, toda vez que no constituye un fin en sí mismo, sino que es parte de las acciones propias que corresponde determinar en algunos procedimientos específicos, como los indicados de previo.
8. Que cuando resulte necesario determinar la existencia de un GIE esto debe tramitarse como un procedimiento accesorio dentro de un procedimiento principal.
9. Que lo anterior evidencia que es una necesidad de la SUTEL determinar la existencia de GIE en determinados procesos regulatorios.
10. Que de conformidad con el artículo 59 de la Ley 7593, la SUTEL es un órgano de desconcentración

máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, con personalidad jurídica instrumental.

11. Que la SUTEL es el órgano competente para analizar y determinar la existencia de GIE entre operadores y proveedores de servicios de telecomunicaciones, todo con fundamento en lo dispuesto en los artículos 59 de la Ley 7593 y 6 inciso 9) de la Ley 8642.
12. Que en el caso que una agrupación de sociedades que podría constituir un GIE tenga el interés que se habilite por parte del Poder Ejecutivo el uso y explotación del espectro radioeléctrico, deberá presentar su solicitud ante el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, en la cual deberá incluir tanto los requisitos para optar por una eventual habilitación de uso del espectro, como los requeridos para el estudio de un posible Grupo de Interés Económico, la cual será remitida a la SUTEL, para que ésta efectúe el análisis y declaratoria correspondiente sobre la existencia o inexistencia del Grupo de Interés Económico, y le remita al Poder Ejecutivo la recomendación respecto a la habilitación de las frecuencias requerida por el interesado. Lo anterior en aplicación del artículo 39 de la Ley No 8660 Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, 73 de la Ley N° 7593 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, y 11, 12, 26 y 56 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones.

B. SOBRE LOS MOTIVOS PARA EL DICTADO DE LOS CRITERIOS PARA LA DECLARATORIA DE UN GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO

1. Que existe una necesidad por parte de la SUTEL de llevar a cabo el análisis sobre la existencia o no de un GIE en determinados procesos regulatorios.
2. Que en este análisis la SUTEL deberá velar por el cumplimiento de las obligaciones legalmente conferidas en la Ley 8642.
3. Que, de conformidad con la mejor práctica nacional e internacional en esta materia, se requiere que el regulador del sector determine de manera previa los criterios que empleará en sus análisis para la declaratoria de un GIE, ya que esto proveerá predictibilidad y consistencia en la tramitación de eventuales procesos de esta naturaleza a lo largo del tiempo.
4. Que mediante la publicación de los criterios para la definición de un GIE se busca hacer del conocimiento de los distintos agentes del mercado la naturaleza del análisis que llevaría a cabo la SUTEL, garantizando de este modo el cumplimiento del principio de transparencia contenido en el artículo 3 inciso d) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642.
5. Que el establecimiento, consulta y publicación de los presentes criterios garantiza no sólo que los análisis efectuados por la SUTEL en esta materia sean conducidos de manera objetiva, estructurada y transparente, sino también que los resultados que se alcancen sean consistentes con una metodología previamente establecida y conocida por el mercado.
6. Que en virtud de los elementos desarrollados de previo y en atención de lo solicitado por el Consejo de la SUTEL se considera no sólo que es pertinente sino también necesario emitir un documento que contenga los criterios e información que requerirá la SUTEL para la declaratoria de un GIE.
7. Que por lo anterior y en apego a los principios de transparencia, consistencia y seguridad jurídica, se deben establecer una serie de lineamientos para la tramitación de la declaratoria de un GIE.
8. Que por lo anterior el Consejo de la SUTEL para efectos de consistencia en la tramitación de los procesos para la declaratoria de un GIE consideró que no sólo es necesario contar con un procedimiento interno para la tramitación de eventuales procesos de declaratoria de un GIE que delimite entre otros, responsables y roles, sino también con una serie de criterios que definan los

lineamientos de análisis que llevará a cabo la SUTEL en esta materia.

9. Que por lo anterior se considera pertinente remitir el presente oficio como complemento al informe 00545-SUTEL-DGM-2018, de tal forma que puedan establecerse por parte del Consejo de la SUTEL tanto el procedimiento para la declaratoria de un GIE como los criterios que se emplearán en dicho análisis.

C. OBSERVACIONES RECIBIDAS EN LA CONSULTA PÚBLICA PARA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO MAYORISTA DE ACCESO Y ORIGINACIÓN MÓVIL, ANÁLISIS DEL GRADO DE COMPETENCIA EN DICHO MERCADO, Y SEGÚN CORRESPONDA, DETERMINAR EL OPERADOR Y PROVEEDOR IMPORTANTE E IMPONER LAS OBLIGACIONES QUE CORRESPONDAN

1. Que en el proceso de consulta pública relativo a los “Criterios para el análisis de la declaratoria de un Grupo de Interés Económico” que se llevó a cabo entre el 12 y el 23 de marzo de 2018, según publicación en La Gaceta No. 45 del 09 de marzo del 2018 se recibió solamente un escrito de observaciones por parte del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT).
2. Que el día 12 de abril de 2018, mediante el informe 02612-SUTEL-DGM-2018, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo, el equipo técnico analizó las observaciones recibidas en el proceso de consulta pública. En lo que interesa, indica lo siguiente:

“

4. ANÁLISIS DE LAS OBSERVACIONES RECIBIDAS DURANTE LA CONSULTA PÚBLICA

El equipo técnico de la SUTEL se ha dado a la tarea de analizar la observación presentada durante el plazo conferido en la consulta pública. Para lo cual se procede a transcribir la observación presentada, posteriormente se realiza el análisis correspondiente, el cual se divide en tres secciones: Fundamento Jurídico, Análisis Técnico y Conclusión. En el Fundamento Jurídico se indica la normativa aplicable en relación con la observación; en el Análisis Técnico, se desarrollan los argumentos en relación con la posición sean estos ingenieriles, económicos o jurídicos, y en la Conclusión, se indica si del análisis correspondiente, se debe modificar o adicionar algún argumento a la propuesta sometida a consulta pública.

4.1. Observación presentada por el Viceministerio de Telecomunicaciones

4.1.1. Formalidades

La observación fue presentada por el señor Edwin Estrada Hernández en su condición de Viceministro de Telecomunicaciones del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, institución que se encuentra facultada para ser parte de la Consulta Pública como ente rector del Sector de Telecomunicaciones.

Como medio de notificaciones consta el correo electrónico secretaria.telecom@micit.go.cr

4.1.2. Posición

El Viceministerio de Telecomunicaciones manifiesta que:

“Al respecto, le informo que el equipo técnico de este Viceministerio, procedió con el análisis económico y técnico jurídico, advirtiendo una observación específicamente en el Punto 2.12 del dictamen técnico N° 00741-SUTEL-DGM-2018 de fecha 31 de enero de 2018, que indica expresamente:

“[...] toda solicitud de declaración respecto a una agrupación de sociedades que podría constituir una GIE, para efectos de títulos habilitantes relacionados con el uso y explotación del espectro, deberá ser presentada ante el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, y remitida a la SUTEL, en aplicación de los artículos 11, 12 y 26 de la Ley General de Telecomunicaciones”.

En el texto anterior se está haciendo referencia a la participación de la Rectoría de Telecomunicaciones.

con el fin de habilitar el uso de las frecuencias al Grupo de Interés Económico (GIE) que haya así sido declarado previamente por la Superintendencia de Telecomunicaciones.

No obstante lo anterior, es criterio de este Viceministerio someter a valoración de la SUTEL aclarar este extremo, en el sentido de que lo que se requiere presentar ante el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones es la solicitud para que se habilite a dicho Grupo el uso y explotación del espectro radioeléctrico, y no la solicitud de declaración de la existencia de un Grupo de Interés Económico, como podría eventualmente entenderse de su redacción.

Así las cosas, se sugiere el siguiente texto:

"En el caso que una agrupación de sociedades que podría constituir un GIE tenga el interés que se habilite por parte del Poder Ejecutivo el uso y explotación del espectro radioeléctrico, deberá presentar su solicitud ante el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, la cual será remitida a la SUTEL, para que ésta efectúe el análisis y declaratoria correspondiente sobre la existencia o inexistencia del Grupo de Interés Económico, y se le remita al Poder Ejecutivo la recomendación respecto a la habilitación de las frecuencias requerida por el interesado. Lo anterior en aplicación del artículo 39 de la Ley No 8660 Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, 73 de la Ley N° 7593 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, y 11, 12, 26 y 56 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones". (Lo destacado es intencional).

4.1.3. Fundamento Jurídico

El fundamento jurídico de la observación del Poder Ejecutivo se basa en los artículos 39 de la Ley No 8660 Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, referente a las funciones de la Rectoría del Sector Telecomunicaciones, 73 de la Ley N° 7593 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, referente a las funciones del Consejo de la SUTEL y 11, 12, 26 y 56 de la Ley N° 8642, referentes a las concesiones, al procedimiento concursal, a los permisos y a las concentraciones.

4.1.4. Análisis técnico

El escrito presentado por el Viceministerio de Telecomunicaciones se refiere específicamente al apartado referente a "Competencia de la SUTEL". Al respecto solicitó aclarar el párrafo 2.12 de la propuesta puesta en consulta el cual indica lo siguiente:

"Que sin perjuicio de lo anterior toda solicitud de declaración respecto de una agrupación de sociedades que podría constituir un GIE, para efectos de títulos habilitantes relacionados con el uso y explotación del espectro, deberá ser presentada ante el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, y remitida a la SUTEL, en aplicación de los artículos 11, 12 y 26 de la Ley General de Telecomunicaciones".

A criterio del Poder Ejecutivo es necesario clarificar la redacción de dicho párrafo para que se entienda que los administrados requieren presentar ante el MICITT la solicitud para que se habilite a un determinado Grupo de Interés Económico el uso y explotación del espectro radioeléctrico, y no una solicitud de declaración de la existencia de un Grupo de Interés Económico como tal.

En virtud de lo anterior consideran que el párrafo anteriormente citado se debe modificar para clarificar cuál es la participación de la Rectoría de Telecomunicaciones en este proceso, la cual se limita a habilitar el uso de las frecuencias al Grupo de Interés Económico que así haya sido declarado previamente por la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Es importante tener en cuenta que los argumentos del Poder Ejecutivo versan sobre sus propias competencias y participación en el proceso de declaración de la existencia de un Grupo de Interés Económico.

Asimismo, los argumentos del Poder Ejecutivo se consideran oportunos toda vez que pretenden clarificar un punto que podría inducir a error al administrado respecto de la participación de la Rectoría de Telecomunicaciones en el proceso aquí analizado.

En este sentido se considera que el MICITT lleva razón al indicar que el proceso sobre el cual se plantea el ajuste del texto, se refiere a la eventual habilitación del uso de frecuencias, mientras que la SUTEL es la competente para el análisis de la existencia de un Grupo de Interés Económico GIE.

Con lo cual se considera que es necesario acoger la observación planteada por el Poder Ejecutivo y modificar el eventual apartado sobre "Competencia de la SUTEL" de la resolución que emita el Consejo de la SUTEL.

Sin embargo, dada la redacción propuesta, se considera necesario, para efectos de claridad del administrado, indicar que, las empresas que presenten ante el MICITT una solicitud para que se habilite por parte del Poder Ejecutivo el uso y explotación del espectro radioeléctrico a una agrupación de sociedades que constituyan un Grupo de Interés Económico, deben presentar en su requerimiento tanto la información relativa a su solicitud de frecuencias como los requisitos para poder evaluar si constituyen en un Grupo de Interés Económico.

Así, se acepta la redacción propuesta por el Poder Ejecutivo con una frase adicional (que se destaca en negrita en el siguiente párrafo) que establezca claramente que las empresas interesadas deben presentar tanto los requisitos para optar por el permiso de uso de espectro (competencia del MICITT con dictamen de SUTEL) y la declaratoria de un Grupo de Interés Económico (competencia de SUTEL), conforme se detalla de seguido:

"En el caso que una agrupación de sociedades que podría constituir un GIE tenga el interés que se habilite por parte del Poder Ejecutivo el uso y explotación del espectro radioeléctrico, deberá presentar su solicitud ante el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, en la cual deberá incluir tanto los requisitos para optar por una eventual habilitación de uso del espectro, como los requeridos para el estudio de un posible Grupo de Interés Económico, la cual será remitida a la SUTEL, para que ésta efectúe el análisis y declaratoria correspondiente sobre la existencia o inexistencia del Grupo de Interés Económico, y le remita al Poder Ejecutivo la recomendación respecto a la habilitación de las frecuencias requerida por el interesado. Lo anterior en aplicación del artículo 39 de la Ley No 8660 Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, 73 de la Ley N° 7593 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, y 11, 12, 26 y 56 de la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones".

4.1.5. Conclusión

De conformidad con lo desarrollado de previo, se da por analizada y respondida la observación del Viceministerio de Telecomunicaciones, recomendándose acoger el planteamiento del Poder Ejecutivo en relación con la modificación del párrafo 2.12 del apartado "Competencia de la SUTEL" de la propuesta sometida a consulta pública y añadiendo a dicho párrafo una frase adicional que establezca claramente que las empresas interesadas deben presentar tanto los requisitos para optar por el permiso de uso de espectro como para la declaratoria de un Grupo de Interés Económico".

D. DEFINICIÓN DE LOS CRITERIOS PARA EL ANÁLISIS DE LA DECLARATORIA DE UN GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO

1. Que el Consejo de la SUTEL acoge en su totalidad la propuesta relativa a los "Criterios para el análisis de la declaratoria de un Grupo de Interés Económico" de conformidad con lo indicado en el informe 02612-SUTEL-DGM-2018, por lo cual resulta necesario referirse a la propuesta:

"

1. ANALISIS GENERAL SOBRE LOS GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO

1. Sobre la figura del grupo de interés económico en la legislación costarricense¹

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642, define qué se debe entender por grupo económico y lo hace de la siguiente manera:

"Artículo 6.- Definiciones. Para los efectos de esta Ley se define lo siguiente:

[...]

9) Grupo económico: agrupación de sociedades que se manifiesta mediante una unidad de decisión, es decir, la reunión de todos los elementos de mando o dirección empresarial por medio de un centro de operaciones, y se exterioriza mediante dos movimientos básicos: el criterio de unidad de dirección, ya sea por subordinación o por colaboración entre empresas, o el criterio de dependencia económica de las

¹ En el Anexo de este informe se presente una referencia sobre la figura del grupo de interés económico en la legislación internacional.

sociedades que se agrupan, sin importar que la personalidad jurídica de las sociedades se vea afectada, o que su patrimonio sea objeto de transferencia". (El resaltado es intencional)

Para efectos de tener claridad en el término "grupo económico", se debe considerar que éste es también conocido como grupo o agrupación de interés económico (GIE).

El artículo 2 del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, define las siguientes figuras que resultan de interés:

"Empresas relacionadas: Empresas que forman parte de un grupo, en el cual una de ellas tiene el control económico sobre la otra, o están sujetas al control común por parte de otra empresa.

Grupo económico: agrupación de personas físicas, jurídicas o unidades de producción económicas, con carácter permanente, bajo un poder o control único que regule o condicione la actividad"

En este sentido, la Comisión para Promover la Competencia, mediante la Opinión 02-16 de las 19:10 horas del 12 de enero del 2016, sobre empresas relacionadas señaló que:

"De conformidad con la normativa de competencia existe la figura de lo que doctrinalmente se denomina empresas relacionadas o grupo de interés económico, que son aquellas empresas que forman parte de un grupo, en el cual una de ellas tiene el control económico sobre la otra, o están sujetas al control común por parte de otra empresa, es decir, son empresas permanentes que están bajo un poder o control único que regula o condiciona la actividad económica de todas ellas, a través de situaciones de derecho, en pos de un objetivo común.

En ese sentido, a pesar de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, éstas se comportan funcionalmente como una sola en el mercado, lo que implica la pérdida de la libertad individual de actuación, considerando lo anterior, la autonomía jurídica de las sociedades carece de contenido material, y ésta podría ser la explicación jurídica del comportamiento de las empresas" (lo destacado es intencional).

Por su parte la Contraloría General de la República en su informe DFOE-DI-1409 del 20 de junio de 2013 indicó lo siguiente sobre los GIE:

"...se puede concluir que estamos en presencia de un grupo de interés económico cuando existe un conjunto o concentración de empresas, aparentemente autónomas o independientes entre sí, que sin embargo se entrelazan para formar un todo único, un complejo unitario, en tanto responden a un único interés, actúan bajo una dirección económica única y operan en una misma actividad o como parte de un ciclo productivo. Asimismo, también como conclusión obtenida de lo analizado en esta sección puede afirmarse que el sentido de esos precedentes invita a no quedarse en la pura forma, sino a considerar los elementos adicionales que puedan brindar indicios y así identificar al grupo económico como un todo y, por lo tanto, que las circunstancias de una empresa se comuniquen a otra u otras que forman el grupo, lo cual obliga a concebir a la empresa –entendida como el conjunto de todas sus partes o componentes– como un todo, más allá de su forma, aspecto en el cual por ejemplo se admite la teoría del levantamiento del velo social para alcanzar y juzgar los actos de la empresa en su real expresión. El grupo de interés económico o conglomerado de empresas supera, entonces, un tema formal para concentrarse en un tema de la realidad bajo la cual está organizada la empresa. Para ello, como veíamos, basta que se tenga una unidad de dirección, bajo un objetivo común, aunque se trate de empresas que aparentemente no estén coaligadas. Distintos elementos podrían servir de apoyo para determinar la conexidad existente entre las distintas empresas, tales como socios comunes, ligámenes gerenciales, cadenas de producción y comercialización, distintos roles entre las empresas coaligadas (especialización), entre otros" (lo destacado es intencional).

Ahora bien, a nivel jurisprudencial tanto la Sala Primera como la Sala Segunda se han pronunciado sobre la figura de GIE. La Sala Primera en el voto No. 261-2008, de las 08:05 horas del 11 de abril del 2008 definió el GIE de la siguiente manera:

"(...) Las agrupaciones de interés económico, suponen la existencia de varias empresas que, conservando su entidad jurídica y patrimonios propios, están unidas por vínculos diversos, en virtud de

los cuales, una de ellas, la sociedad controladora (“madre”), gobierna la gestión de una o más filiales. (...)” (El resaltado es intencional)

Por su lado, la Sala Segunda sobre los GIE ha dado las siguientes definiciones:

“El grupo de interés económico se caracteriza por los intereses en común de varias empresas que, desde el punto de vista formal aparecen como sociedades distintas. Al respecto se ha definido el “grupo de empresas”, desde el punto de vista de la doctrina española, como “...el conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única” (CI: Champaud (1962), p. 195 y A. Pla Rodríguez (1981), p.187 citados por Edurne Terradillos Ormaetxea: Los grupos de Empresas ante la Jurisprudencia Social Española, Tirant lo blanch: Colección Laboral, Valencia, España, 2000, p. 17). Entre los puntos de conexión importantes entre las empresas que forman los denominados “grupos de interés económico”, según la doctrina, están: contar con un mismo representante para todas las sociedades y denominaciones parecidas, como ocurrió en el caso de estudio; que las mismas personas tengan participaciones sociales en las sociedades involucradas (caso del padre del actor, quien aparece como socio mayoritario de El Gallo Mágico S.A., según lo dice la codemandada en la contestación); y que haya confusión patrimonial (ver, entre otros, a DOBSON (Juan). El Abuso de la Personalidad Jurídica. Buenos Aires, Ediciones Depalma, Primera Edición, 1985, p. 661 y OLIVENCIA RUIZ (Manuel). La Confusión de Patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio, Estudios de Derecho Mercantil. En Homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Civita S. A. Primera Edición, 1978, pp. 496-524).” (Sala Segunda, voto N°98-2005 de las 10:15 horas del 16 de febrero de 2005) (El resaltado es intencional)

“La doctrina española define al grupo de empresas como “...el conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única” (Champaud (1962), p. 195 y A. Plá Rodríguez (1981), p.187, citados por Edurne Terradillos Ormaetxea: Los grupos de Empresas ante la Jurisprudencia Social Española, Tirant lo Blanch, Colección Laboral, Valencia, España, 2000, p. 17). Dentro de los puntos de conexión entre las compañías que forman los denominados “grupos de interés económico”, según la doctrina, están: contar con un mismo representante, tener denominaciones parecidas, que las mismas personas tengan participaciones sociales en las sociedades involucradas, que haya confusión patrimonial, el compartir servicios tales como una misma línea telefónica, tener el mismo lugar de operaciones, la utilización indistinta de los bienes, no llevar contabilidades separadas, la existencia de una unidad de decisión, la prestación de avales, fianzas y garantías cruzadas entre las sociedades y anunciarse en conjunto (véanse, entre otros, DOBSON (Juan), El abuso de la personalidad jurídica, Buenos Aires, Ediciones Depalma, primera edición, 1985, p. 661; OLIVENCIA RUIZ (Manuel), La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio, Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Civita S. A., primera edición, 1978, pp. 496-524; y FASSI (Santiago) y GEBHARDT (Marcelo), Concursos, Buenos Aires, Editorial Astrea, cuarta edición, 1993, p. 663).” (Sala Segunda, voto N° 210-2010 de las 9:05 horas del 12 de febrero del 2010) (El resaltado es intencional)

Finalmente, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta en el voto No. 0115-2015 de las 15 horas del 13 de noviembre del 2015 señaló lo siguiente sobre los GIE:

“Es decir, aunque existen personas formalmente independientes, surge un GIE porque hay personas entrelazadas por un mismo interés o dirección unificada. Sin embargo, no basta una mera coordinación entre los componentes; deben presentarse elementos de control en el negocio. La influencia en órganos de administración, promocionarse en conjunto, compartir servicios públicos (número telefónico, apartado postal), emisión de directrices o nombramiento de personal por parte de una de las firmas, concentración de las finanzas y control del capital social, entre otros. En caso de determinarse que una empresa forma parte de un GIE, vía jurisprudencial se ha establecido que esta empresa es responsable por lo efectuado por otro componente de su negocio; de manera que para efectos jurídicos se considera una unidad”

Sobre los alcances de los grupos económicos la Sala Primera de la Corte Suprema señaló:

“Esta forma de organización, absolutamente legítima en tanto se ubica en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, libertad de comercio y libertad de asociación, sin embargo, no debe ser usada en fraude de ley. Por ello, la doctrina mayoritaria señala que la independencia jurídica que ostentan los miembros del grupo, no puede constituir mampara para propiciar menoscabos al principio de responsabilidad patrimonial. (...) Con todo, ese fraude de ley se evita a través de la declaratoria de existencia de un grupo de interés económico, el que se justifica en que funciona como una única entidad económica y por lo

tanto, de ese modo debe responder" (...) (no. 985, de las 8:20 horas del 19 de diciembre de 2006) En el mismo sentido ver el voto N° 1565-A-S1-10 de las 9:55 horas del 23 de diciembre del 2010.

Con base en lo anterior, es posible extraer que **un GIE es un grupo de dos o más personas, ya sean físicas o jurídicas, que se encuentran vinculadas en diversos aspectos como financieros, administrativos o patrimoniales entre sí.**

Asimismo, ese extrae que **la principal condición que caracteriza a un GIE es la unidad de dirección y la existencia de un control económico** (criterio de dependencia económica).

2. Sobre las formas en que se puede constituir un grupo de interés económico

Hay que tener presente que un GIE puede llegar a constituirse de diferentes formas, sea de hecho o de derecho. Aquí cobra especial relevancia la figura de las empresas vinculadas, la cual ha sido desarrollada por la jurisprudencia como sigue:²

"...En estas, generalmente los propietarios del capital accionario son las mismas personas y existe una compañía (que se denomina "madre") que controla el grupo ("holding"). Se buscó regular las concentraciones de capital y poderío económico. En los años noventa tomo importancia el tema en torno a la figura de los grupos financieros bancarias (...) Las agrupaciones de interés económico, suponen la existencia de varias empresas que, conservando su entidad jurídica y patrimonios propios, están unidas por vínculos diversos, en virtud de los cuales, una de ellas, la sociedad controladora ("madre"), gobierna al gestión de una o más filiales. Sin embargo, no siempre que se refiera a estas entidades se alude en exclusiva a su tamaño, sino que existen otras características que surgen en función de su naturaleza o peculiaridades de los vínculos entre las distintas compañías comprendidas. Importa aquí, al denominada "agrupación", que comprende una forma de vinculación sencilla, donde no se presentan relaciones internas de dominación, sino figuras de: cooperación, entrecruzamiento de directivos (...), tipos de participación minoritarias que no implican control y otras similares.

Debido a las distintas formas que pueden adoptar las empresas en su actividad es importante establecer criterios objetivos que puedan ser considerados para declarar que una persona jurídica forma parte de un GIE.

3. Sobre los elementos que configuran un grupo de interés económico

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642, los criterios que deben ser considerados para declarar que una persona jurídica forma parte de un GIE son la unidad de decisión, materializada a través de la unidad de dirección (por subordinación o colaboración) y/o la dependencia económica (control económico).

La Sala Segunda en su voto N° 210-2010 de las 9:05 horas del 12 de febrero del 2010) estableció algunos elementos que pueden ser valorados para determinar la existencia de un GIE:

*"La doctrina española define al grupo de empresas como "...el conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única" (Champaud (1962), p. 195 y A. Plá Rodríguez (1981), p.187, citados por Edurne Terradillos Ormaetxea: Los grupos de Empresas ante la Jurisprudencia Social Española, Tirant lo Blanch, Colección Laboral, Valencia, España, 2000, p. 17). Dentro de los puntos de conexión entre las compañías que forman los denominados "grupos de interés económico", según la doctrina, están: **contar con un mismo representante, tener denominaciones parecidas, que las mismas personas tengan participaciones sociales en las sociedades involucradas, que haya confusión patrimonial, el compartir servicios tales como una misma línea telefónica, tener el mismo lugar de operaciones, la utilización indistinta de los bienes, no llevar contabilidades separadas, la existencia de una unidad de decisión, la prestación de avales, fianzas y garantías cruzadas entre las sociedades y anunciarse en conjunto** (véanse, entre otros, DOBSON (Juan), *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, primera edición, 1985, p. 661; OLIVENCIA RUIZ (Manuel), *La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio*, Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Civita S. A.,*

² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 261-2008, de las ocho horas con cinco minutos del once de abril de dos mil ocho

primera edición, 1978, pp. 496-524; y FASSI (Santiago) y GEBHARDT (Marcelo), Concursos, Buenos Aires, Editorial Astrea, cuarta edición, 1993, p. 663)." (El resaltado es intencional)

Por su parte, la Ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal, Ley 9416, define algunos criterios para determinar la existencia de influencia sustantiva o control:

"Artículo 5.- Suministro de información de personas jurídicas y otras estructuras jurídicas

Las personas jurídicas o estructuras jurídicas domiciliadas en el país, por medio de su representante legal, deberán proporcionar al Banco Central de Costa Rica el registro o la indicación de los accionistas y beneficiarios finales que tengan una participación sustantiva.

Se entenderá por beneficiario final o efectivo la persona física que ejerce una influencia sustantiva o control, directo o indirecto, sobre la persona jurídica o estructura jurídica de manera que cuenta con la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o socios, tenga el derecho a designar o cesar a la mayor parte de los órganos de administración, dirección o supervisión, o que posea la condición de control de esa empresa en virtud de sus estatutos. Se entenderá por control indirecto tener control sobre personas jurídicas que finalmente tienen participación en la persona jurídica o estructura jurídica nacional y, el directo, la posibilidad de tener acciones o participaciones suficientes para controlar la persona jurídica o estructura jurídica nacional. En el caso de personas o estructuras jurídicas domiciliadas en Costa Rica, cuya participación accionaria sustantiva del capital social pertenezca, total o parcialmente, a entidades jurídicas domiciliadas en el extranjero, cuando resulte imposible identificar al beneficiario final, de acuerdo con lo dispuesto en este capítulo, habiendo agotado todos los medios de identificación y siempre que no haya motivo de sospecha, se presumirá que el beneficiario final es el administrador.

Se entenderá por participación sustantiva la tenencia de acciones y participaciones en un porcentaje igual o mayor al límite que a estos efectos fijará reglamentariamente el Ministerio de Hacienda, en atención a parámetros internacionales, y dentro de un rango del quince por ciento (15%) al veinticinco por ciento (25%) de participación con respecto al capital total de la persona jurídica o estructura jurídica. (...)" (El resaltado es intencional)

De lo anterior se extrae que para analizar lo referente a la unidad de decisión se requiere al menos considerar lo siguiente:

- a) La participación accionaria, mayoritaria o minoría decisora, que permita la toma de decisiones:
 - i. Quien cuenta con la mayoría de los derechos de voto.
 - ii. Quien tiene el derecho a nombrar o remover a los órganos de administración, dirección o supervisión.
 - iii. Quien posea la condición de control de esa empresa en virtud de sus estatutos.
 - iv. Quien posee derechos de veto.
- b) La capacidad para ejercer una influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad, por ejemplo, si tiene el derecho a designar o cesar a la mayor parte de los órganos de la administración
- c) La influencia dominante en las decisiones debido a un acto o contrato.
- d) El nivel en la cadena de valor que se encuentra a efecto de determinar el control de los insumos básicos de producción
- e) La compartición de servicios.

En ese sentido, para que la SUTEL proceda con el análisis de las solicitudes de declaratorias de grupos de interés económico, requiere como mínimo la siguiente documentación:

- a) Certificación de personería jurídica
- b) Certificación notarial de composición accionaria
- c) Descripción del modelo de negocio (incluyendo lo relativo a la utilización de activos de otra empresa para el desarrollo de la actividad productiva)".

POR TANTO

Con fundamento en 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, y demás normativa de general y pertinente de aplicación,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

1. **DAR** por recibida y atendida la observación del Viceministerio de Telecomunicaciones.
2. **ACOGER** la propuesta del equipo técnico en relación con los "Criterios para el análisis de la declaratoria de un Grupo de Interés Económico".
3. **ESTABLECER** que los elementos de valoración a ser empleados por la SUTEL en la declaratoria de un grupo de interés económico son los siguientes:
 - a) Unidad de decisión.
 - b) Unidad de dirección.
 - c) Dependencia económica.
4. **DISPONER** que en el análisis de los criterios de unidad de decisión y de dirección (subordinación o por colaboración) y el criterio de dependencia económica la SUTEL considerará los siguientes elementos:
 - a) La participación accionaria, mayoritaria o minoría decisora, directo o indirecta, considerando:
 - i. Quien cuenta con la mayoría de los derechos de voto.
 - ii. Quien tiene el derecho a nombrar o remover a los órganos de administración, dirección o supervisión.
 - iii. Quien posea la condición de control de esa empresa en virtud de sus estatutos.
 - iv. Quien posee derechos de veto.
 - b) La capacidad para ejercer una influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad, por ejemplo, si tiene el derecho a designar o cesar a la mayor parte de los órganos de la administración
 - c) La influencia dominante en las decisiones debido a un acto o contrato.
 - d) El nivel en la cadena de valor que se encuentra a efecto de determinar el control de los insumos básicos de producción.
 - e) La compartición de servicios.
5. **RECONOCER** que la determinación de un Grupo de Interés Económico es una gestión conexas a otros procedimientos y trámites establecidos por Ley o Reglamento, la cual de conformidad con el artículo 4 de la Ley 8220 debe publicarse en el Diario Oficial La Gaceta.
6. **ESTABLECER** que, de conformidad con los criterios anteriormente definidos, por definición y dada su naturaleza, los requisitos mínimos que debe contemplar la solicitud de información a los operadores y proveedores de telecomunicaciones para la definición de un Grupo de Interés Económico, son:
 - a) Certificación de personería jurídica
 - b) Certificación notarial de composición accionaria
 - c) Descripción del modelo de negocio (incluyendo lo relativo a la utilización de activos pertenecientes a otras empresas para el desarrollo de la actividad productiva).

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 publicación de la presente resolución.

NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE EN LA GACETA

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

Atentamente

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo

1 vez.—O. C. N° 3376-18.—Solicitud N° 116699.—(IN2018239758).