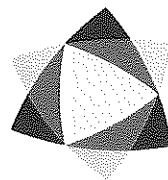


Nº 39914



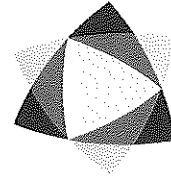
**sutel**  
SUPERINTENDENCIA DE  
TELECOMUNICACIONES

**CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES**

**ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 011-2017**

**A LAS TRECE HORAS Y TREINTA MINUTOS DEL 10 DE FEBRERO DEL 2017**

**SAN JOSÉ, COSTA RICA**

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

Acta de la sesión extraordinaria número 011-2017, celebrada en la sala de sesiones José Gonzalo Acuña Gonzalez, a partir de las trece horas y treinta minutos del 10 de febrero del dos mil diecisiete.

Preside el señor Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, Presidente del Consejo. Asisten los señores Manuel Gilbert Camacho Mora y Maryleana Méndez Jiménez, Miembros Propietarios.

Participan los funcionarios Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo y Mercedes Valle Pacheco, Asesora del Consejo.

**ARTÍCULO 1****PROPUESTAS DE LOS SEÑORES MIEMBROS DEL CONSEJO.****1.1. Análisis de informe de denuncia de Claro CR Telecomunicaciones, S. A.**

**Se deja constancia de que durante el análisis de este tema estuvo presente en el salón de sesiones el señor Harold Chaves Rodríguez, abogado de la Dirección General de Calidad.**

De inmediato el señor Presidente somete a conocimiento de los señores Miembros del Consejo, el oficio 08868-SUTEL-CS-2016, por cuyo medio el señor Harold Chaves Rodríguez, Órgano Investigador, rinde un informe de investigación preliminar sobre la denuncia interpuesta por parte de la empresa Claro CR Telecomunicaciones, S. A., en cumplimiento de lo establecido mediante acuerdo 001-053-2016 de la sesión extraordinaria 053-2016, celebrada el 22 de setiembre del 2016 y una propuesta de resolución que se podría adoptar en esta oportunidad.

Al respecto, el funcionario Chaves Rodríguez brinda una explicación de los principales extremos del documento, dentro de la cual hace referencia al cuadro fáctico, la normativa aplicable, el análisis de fondo y las principales conclusiones de la investigación plasmadas en el documento.

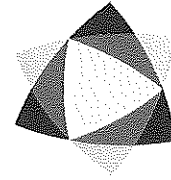
Finalmente, el señor Chaves Rodríguez se refiere a las conclusiones del documento detallando que, si los señores Miembros del Consejo estuvieran de acuerdo y dada la urgencia de resolver este tema a la brevedad, de conformidad con lo establecido en el numeral 2), artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública, lo procedente era adoptar el acuerdo en firme.

De inmediato se produce un cambio de impresiones sobre el particular, en el cual se hace ver que lo conveniente sería aprobar la propuesta de resolución conocida en esta oportunidad y adicionalmente, solicitar a la Unidad de Gestión Documental que con la ayuda de las instancias internas de la SUTEL que considere conveniente, implementen un sistema de gestión documental para el control de los vencimientos de las declaratorias de confidencialidad dictada por este Consejo.

Después de una serie de observaciones y comentarios que se hacen sobre el particular, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, con base en lo indicado por el señor Harold Chaves Rodríguez, Órgano Investigador, resuelve, por unanimidad:

**ACUERDO 001-011-2017**

1. Dar por recibido el oficio 08868-SUTEL-CS-2016, por cuyo medio el señor Harold Chaves, Órgano Investigador, rinde un informe de investigación preliminar sobre la denuncia interpuesta por parte de la empresa Claro CR Telecomunicaciones, S.A., en cumplimiento de lo establecido mediante acuerdo 001-053-2016 de la sesión 053-2016, celebrada el 22 de setiembre del 2016 y la propuesta de resolución remitida en esta oportunidad.



2. Aprobar la siguiente resolución:

**RCS-050-2017**

**“RECHAZO DE LA DENUNCIA INTERPUESTO POR PARTE DE LA EMPRESA CLARO EN  
CONTRA DE LA SUTEL POR PÉRDIDA DE INDEPENDENCIA DEL REGULADOR”**

**Expediente: I0053-CGL-INF-00707-2016**

---

**RESULTANDO**

1. Que el 14 de diciembre de 2010, el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica, suscribieron un “Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica AE-009-10.”
2. Que mediante acuerdo del Consejo de la SUTEL N° 108-SC-SUTEL-2011 de la sesión 019-2011 del 16 de marzo de 2011, se declaró confidencial por el plazo de dos años el citado acuerdo comercial suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica.
3. Que el 10 de abril de 2013, mediante oficio 264-151-2013 (NI-2648-13) las empresas Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica S.A., solicitan a esta Superintendencia de Telecomunicaciones, la declaratoria de confidencialidad de los anexos 7, 9 y 10 del acuerdo comercial suscrito entre ambas empresas.
4. Que el 30 de mayo de 2013, mediante oficio 2722-SUTEL-DGM-2013, la Dirección General de Mercados, en relación con el plazo de la confidencialidad de este tipo de acuerdos indicó:

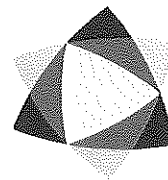
*“El acuerdo 005-019-2011 declaró la confidencialidad por un plazo de dos años mientras que el acuerdo 010-025-2011 no estableció plazo.*

*El citado acuerdo 010-025-2011 no se indicó dicho plazo, siendo que conforme a lo establecido en la RCS-039-2009 de las 17:00 horas del 21 de abril de 2009, se tiene “Que la declaratoria de confidencialidad de 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” (lo destacado es intencional).*

*Así las cosas, para poder determinar cuál es el plazo aplicable a una declaratoria de confidencialidad, hay que revisar que dispone el ordenamiento jurídico en su totalidad. En este sentido, la ley del Sistema Nacional de Archivos N° 7202 publicada en la Gaceta N° 225 del 27 de noviembre de 1990, crea el Sistema Nacional de Archivos el cual está compuesto por el conjunto de los archivos públicos de Costa Rica, y por los privados y particulares que se integren a él, y establece al Archivo Nacional como la máxima autoridad del sistema a la cual le corresponde la emisión de políticas para el desarrollo del sistema (Artículos 1, 11, 23)*

*Entre las políticas que ha emitido el Archivo Nacional está el Instructivo para la Elaboración de “Tablas de Plazos de Conservación de Documentos” en la cual ha señalado que los expedientes administrativos se deben conservar en el archivo institucional por un mínimo de 5 años.*

*Es decir, que al no existir una norma expresa que especifique un plazo de conservación distinto se debe aplicar dicho plazo. En este sentido, ante la falta de indicación de un plazo de confidencialidad, se debe entender que dicho plazo es el mismo que el de conservación del documento, por cuanto vencido el plazo la Administración al no tener en el archivo institucional el documento no podría garantizar la custodia del mismo.*

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

*Con posterioridad a las solicitudes de confidencialidad y a los acuerdos adoptados, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones emitió la resolución número RCS-341-2012 de las 9.45 horas del 14 de noviembre de 2012, adoptada mediante acuerdo 0006-071-2012 de la sesión ordinaria 071-2012, en la que se establecieron diferentes plazos de confidencialidad dependiendo del tipo de información que sea; sin embargo, el plazo máximo de confidencialidad es de 5 años...*

5. Que en fecha 21 de junio de 2013, mediante oficio 3114-SUTEL-DGM-2013, se presentó el "Informe sobre confidencialidad de los Anexos IX y X del "Acuerdo Comercial suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica S.A."
6. Que, en el citado oficio, la Dirección General de Mercados, indicó en torno al plazo de la confidencialidad de la información lo siguiente:

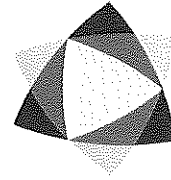
*"En lo referente al plazo por el cual debe protegerse como confidencial esta información, se considera suficiente otorgar el plazo confidencialidad que el mismo Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual suscrito entre ambas empresas establece, el cual es la vigencia del contrato más dos años, siendo que la vigencia del contrato es de 3 años y que el mismo fue suscrito el 14 de diciembre de 2010, el mismo estaría vigente hasta el 14 de diciembre de 2013 y permanecería como confidencial hasta el 14 de diciembre de 2015, con lo cual resulta suficiente que la SUTEL mantenga como confidencial estos anexos del acuerdo por 2 años y medio."*

7. Que el Consejo de la SUTEL, mediante la resolución RCS-222-2013 de las 10:00 horas del 19 de julio de 2013, tomada en el acuerdo 017-037-2013 de la sesión N°037-2013, resolvió:

*"Indicar que los anexos IX y X del "Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual entre el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. AE-009-10", referentes a la información vinculada con el cronograma de implementación del servicio de operador móvil virtual y al listado de servicios ofrecidos en el marco de la relación comercial establecida entre ambas empresas, respectivamente, que fueron remitidos por escrito recibido en fecha 16 de marzo de 2011, y que fueron previamente declarados como confidenciales por el Consejo de la SUTEL en el acuerdo 005-009-2011, se mantendrán como confidenciales por un plazo adicional de dos (2) años y medio..."*

8. Que la resolución RCS-222-2013 del Consejo no fue recurrida en ninguno de sus extremos, por parte de las empresas suscribientes del Acuerdo Comercial.
9. Que el plazo de la confidencialidad establecida en la resolución RCS-222-2013, sobre el "Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica AE-009-10", venció el pasado mes de enero de 2016.
10. Que, de previo al vencimiento de esta confidencialidad, ninguna de las empresas involucradas en el acuerdo comercial se manifestó en torno a una eventual solicitud de prórroga de dicho acuerdo.
11. Que el 10 de mayo de 2016, el licenciado Daniel Arias Bustamante, de la firma Soley - Saborío, mediante oficio registrado bajo el NI-4913-2016, solicitó que se le remitiese copia de los folios 497 al 551 del expediente administrativo OT-0486-2009, en virtud de que la confidencialidad que existía sobre estos documentos había vencido en enero de 2016.
12. Que la Dirección General de Mercados, mediante oficio 3528-SUTEL-DGM-2016, del 16 de mayo de 2016, le remitió un oficio a las empresas Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica S.A., en donde se les manifestó en lo que interesa lo siguiente:

*"En atención a la solicitud en fecha 10 de mayo de 2016 (NI-4913-2016) ante la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) para la copia de los folios 497 al 551 del expediente SUTEL OT-486-2009 los cuales se refieren a Anexos del "Acuerdo Comercial para la prestación de servicios de operador móvil virtual (OMV) suscrito entre el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y TELEVISORA DE COSTA RICA S.A.", declarado confidencial por un periodo de dos años y medio mediante la resolución*



*RCS-222-2013 de las 10:00 horas del 19 de julio de 2013, plazo que al día de hoy se encuentra vencido, damos traslado en el presente acto a la solicitud referida para que sus representadas se refieran a la misma."*

13. Que el Instituto Costarricense de Electricidad, mediante oficio 264-401-2016 del 19 de mayo de 2016 (NI-5351-2016) y suscrito por parte de José Luis Navarro Vargas, en respuesta al oficio 3528-SUTEL-DGM-2016, presenta la solicitud de ampliación del plazo de confidencialidad del Convenio citado, a fin de que no se brinde copia de los documentos solicitados en el oficio identificado con el NI-4913-2016. Asimismo, adjunta a su oficio, una Declaratoria de Confidencialidad de los Anexos IX y X del Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual entre el ICE y Televisora de Costa Rica, con fecha del 20 de mayo de 2016 y emitida por Luis Chaves González en su condición de Director de Desarrollo Nuevos Negocios División Innovación y Estrategia del Negocio del ICE.

14. Que en el numeral XII de la sección de "**Motivos de la Calificación de Confidencialidad**" de la mencionada Declaratoria de Confidencialidad emitida por el ICE, se indicó lo siguiente:

*"Que a pesar de que el acuerdo comercial contenido en el expediente OT-486-2009 cumplió su plazo, la información contenida en los anexos IX y X se mantienen en esencial dentro de la relación comercial entre ambas empresas y reflejadas en el acuerdo comercial vigente, por lo que es indispensable mantener dicha información como confidencial".*

15. Que la empresa Televisora de Costa Rica, no se pronunció en relación con el oficio 3528-SUTEL-DGM-2016, del 16 de mayo de 2016, remitido por parte de la Dirección General de Mercados.

16. Que la Dirección General de Mercados, mediante oficio 4130-SUTEL-DGM-2016 del 07 de junio de 2016, le remitió un oficio al Instituto Costarricense de Electricidad y a Televisora de Costa Rica S.A., en donde se les indica en lo que interesa, lo siguiente:

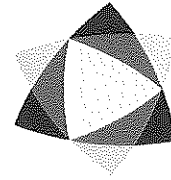
*"La Dirección General de Mercados (DGM) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), se permite requerirle presentar copia del Acuerdo Comercial vigente entre las empresas INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. para la prestación de servicios de operador móvil virtual. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el acuerdo 002-042-2011 de la sesión ordinaria 042-2011 celebrada por el Consejo de la SUTEL el 03 de junio de 2011 y con el objetivo de validar que la información contenida en los folios 497 al 551 del expediente OT-486-2009 aún amerita tratamiento confidencial".*

17. Que la Dirección General de Mercados, mediante oficio 4131-SUTEL-DGM-2016, del 07 de junio de 2016, le indicó al licenciado Daniel Arias, en relación con su solicitud del 10 de mayo de 2016, en lo que interesa lo siguiente:

*"En atención a la solicitud presentada en fecha 10 de mayo del 2016 (NI-4913-2016) ante la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) para la copia de los folios 497 al 551 del expediente SUTEL-OT-486-2009, me permito indicarle que la SUTEL ha recibido una solicitud del Instituto Costarricense de Electricidad para que se declare como confidencial la información requerida por su persona. Actualmente la Dirección General de Mercados (DGM) se encuentra tramitando la solicitud de confidencialidad presentada por el ICE, hasta el tanto no se resuelva la gestión presentada por el ICE; la SUTEL se encuentra imposibilitada de suministrarle la información referente a los folios 497 al 551 del expediente SUTEL OT-486-2009".*

18. Que el día 09 de junio de 2016, el Licenciado Daniel Arias Bustamante en atención al oficio 4131-SUTEL-DGM-2016, mediante oficio registrado por medio del NI-6124-2016, interpuso la siguiente petitoria:

*"Respetuosamente encomiendo a esa Superintendencia valorar las consideraciones anteriores, y consecuentemente otorgar acceso a los folios 497 al 551 del expediente SUTEL OT-486-2009, que corresponde a información de carácter público, rechazando así eventuales solicitudes de confidencialidad.*



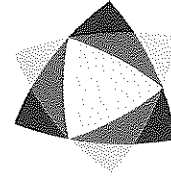
**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

*Solicito asimismo nuevamente el envío de los folios 497 al 551 del expediente SUTEL OT-486-2009. En caso de negativo, les solicito referirse sobre cada uno de los puntos de este escrito, e incluir el fundamento que justifica rechazar el acceso a información de esta naturaleza en este caso en particular”.*

19. Que el Instituto Costarricense de Electricidad, mediante oficio 9010-289-2016 del 10 de junio de 2016 y registrado con el NI-6242-2016, remitió a la SUTEL el “Acuerdo Comercial para la operación móvil virtual entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica”, documento en el cual manifiesta que, en virtud de la naturaleza de la información aportada, esta requiere tratamiento confidencial.
20. Que el *mismo* ICE, mediante oficio 9010-290-2016 del 10 de junio de 2016 y registrado bajo consecutivo NI-6243-2016, remitió a la SUTEL la Declaratoria de Confidencialidad del Anexo B y Anexo C del Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica.
21. Que dicha declaratoria de confidencialidad fue realizada el 10 de junio de 2016, por la Dirección de Desarrollo de Nuevos Negocios de la División Innovación y Estrategia del Negocio de la Gerencia de Telecomunicaciones del ICE por parte de su Directora Francia Picado Duarte.
22. Que, en el Por Tanto de dicha declaratoria, se establece lo siguiente:
 

*“I. Con base en la argumentación expuesta el ICE califica como confidencial la información denominada: ANEXO B “CONDICIONES TECNICAS” (de la página 52 a la 88) y “ANEXO C CONDICIONES COMERCIALES Y ECONOMICAS” (de la página 87 a la 106) DEL ACUERDO COMERCIAL PARA OPERADOR MOVIL VIRTUAL ENTRE EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD Y TELEVISORA DE COSTA RICA S.A., DURANTE EL PLAZO QUE SE MANTENGA LA RELACION COMERCIAL EXISTENTE ENTRE ELLOS (páginas desde la 52 a la 106 del acuerdo)*

*II. Esta calificación de confidencialidad tiene por objeto que el ICE-Telecomunicaciones no sea afectado por la divulgación a “terceros no autorizados” de la información que fue entregada, para que pueda realmente competir en igualdad de condiciones con las demás empresas participantes del mercado, pues su acceso no autorizado implicaría un grave perjuicio de difícil o imposible reparación, en relación con los planes estratégicos que tiene el Sector de Telecomunicaciones para enfrentar la competencia”*
23. Que la Dirección General de Mercados de la SUTEL, por medio del oficio 4446-SUTEL-DGM-2016 del 20 de junio de 2016, presentó al Consejo de la SUTEL el “Informe Técnico sobre la Solicitud de Confidencialidad presentada por el Instituto Costarricense de Electricidad sobre la Información correspondiente al Anexo B y Anexo C del Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica Sociedad Anónima”.
24. Que, dentro de los antecedentes del citado oficio realizado por parte de la Dirección General de Mercados y que sirven de sustento para la solicitud presentada al Consejo, se hace mención a la solicitud presentada por parte del ICE el día 10 de junio de 2016 para declarar confidencial la información de los anexos B y C del citado acuerdo comercial, no obstante, no se hace referencia alguna a las solicitudes realizadas por parte del abogado de Soley-Saborio, ni hay *referencia* a las actuaciones previas realizadas por parte de la propia Dirección, en relación con el intercambio de las notas entre ella y el operador ICE.
25. Que el Consejo de la SUTEL, en la sesión ordinaria 035-2016 del 24 de junio de 2016, conoció por parte de la Dirección General de Mercados la fundamentación del oficio el oficio 4446-SUTEL-DGM-2016
26. Que como parte de la exposición de motivos al Consejo de la SUTEL por parte de la Dirección General de Mercados, la funcionaria Cinthya Arias Leitón, tal y como consta en el acta del Consejo realizó la siguiente participación:



**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

*"Interviene la funcionaria Cinthya Arias Leitón, quien hace de conocimiento del Consejo la información referente a este caso y menciona que desde el año 2011 Televisora de Costa Rica; cuenta con un título habilitante para brindar los servicios de OMV y tiene un contrato con el Instituto Costarricense de Electricidad para ejecutarlo. Menciona los antecedentes del caso y lo dispuesto por el Consejo en relación con temas de interconexión en lo que respecta a la confidencialidad.*

*Indica que en vista de que la confidencialidad otorga en su oportunidad ya venció, la empresa hace llegar un nuevo acuerdo para que se les otorgue la condición de confidencial, manteniendo las condiciones pactadas anteriormente y se refiere a los ajustes específicos que se integrarán.*

*Detalla los análisis efectuados por esa Dirección y los resultados obtenidos, a partir de los cuales se recomienda al Consejo declarar confidencial la información contenida en los Anexos B, correspondiente a las "Condiciones Técnicas" y Anexo C, "Condiciones Comerciales y Económicas" del Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual, suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y la empresa Televisora de Costa Rica S.A., por el plazo en que se mantenga vigente la relación entre las partes suscribientes, así como mantener confidencial por el mismo plazo los Anexos IX y X del "Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual entre el Instituto Costarricense de Electricidad (AE-009-10), visible a folios 497 a 551 del expediente T0062-STT-AUT-OT-0486-2009".*

*Interviene el señor Jorge Brealey Zamora, quien destaca que la información se declara confidencial debido a que ésta no debería ser remitida a SUTEL, pues la que debe constar en el expediente respectivo es la que interesa según las disposiciones legales y gestión correspondientes. Lo anterior, en el sentido de que SUTEL valore que información del acuerdo comercial debe ser remitida por el Regulador y que no, a efectos de custodiar la información indispensable.*

*La funcionaria Arias Leitón solicita al Consejo, en vista de la necesidad de dar trámite a este asunto a la brevedad, que se apruebe con carácter firme..."*

27. Que el Consejo de la SUTEL, mediante resolución RCS-114-2016, tomada en la sesión ordinaria 035-2016 del 24 de junio de 2016, dispuso la "Declaratoria de Confidencialidad de Acuerdo Comercial para la prestación de Servicio de Operador Móvil Virtual (OMV) suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica".

28. Que, en el Por Tanto de la citada resolución, el Consejo de la SUTEL, resolvió lo siguiente:

*"(...)*

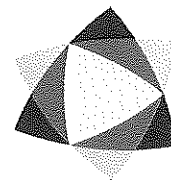
*1. Declarar confidencial la información contenida en los Anexos B correspondientes a las "Condiciones Técnicas" y Anexo C "Condiciones Comerciales y económicas" del Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual suscrito entre el ICE y Televisora por el plazo en que se mantenga vigente la relación entre las partes suscribientes, anexos visibles de folio 271 a 325 del expediente administrativo IOO53-STT-INT-05858-2013.*

*2. Mantener confidencial por el plazo en que se mantenga vigente la relación entre las partes suscribientes, los Anexos IX y X del "Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual entre el Instituto Costarricense de Electricidad" (AE-009-10), visible a folios 497 a 551 del expediente IOO62-STT-AUT-OT-00486-2009. (...)"*

29. Que el Consejo de la SUTEL, en el Considerando XI de su resolución RCS-114-2016, indicó:

*"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"*

30. Que, en contraposición a lo indicado por parte del Consejo de la SUTEL, no se encontró dentro de los expedientes respectivos, un acuerdo u oficio alguno que brinde soporte o justificación para que se haya dado la determinación de brindarle confidencialidad a la información por un plazo indefinido apegado a la vigencia del contrato comercial.



**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

31. Que la Dirección General de Mercados, mediante oficio 4694-SUTEL-DGM-2016 del 29 de junio de 2016, le remite al licenciado Daniel Arias Bustamante de Soley-Saborío, respuesta sobre a solicitud de copia del expediente OT-486-2009.
32. Que en el citado oficio la DGM, se le indica a Daniel Arias en lo que interesa, lo siguiente:

*"(...)*

**a. Sobre la publicidad actual de la información solicitada.**

*...En contrario a lo indicado por su persona, es criterio de esta Dirección que lo procedente ante el ingreso de una solicitud de confidencialidad es mantener el resguardo de dicha confidencialidad hasta tanto la Administración no haya procedido a analizar la petitoria planteada y a determinar si efectivamente la información sobre la cual se solicita la confidencialidad reviste o no un carácter de confidencial; actividad que requiere del tiempo prudencial y suficiente para su trámite.*

*En ese sentido se considera que el deber de la SUTEL es mantener el resguardo de una determinada información sobre la cual se ha realizado una solicitud de confidencialidad hasta tanto la petitoria realizada por el operador no haya sido resuelta...*

*...Ahora bien una vez que ya ha sido resuelta por parte de la SUTEL la solicitud de confidencialidad de una determinada información, el acceso dependerá de la decisión del Consejo de la SUTEL sobre dicha solicitud...*

*En dicha resolución el Consejo de la SUTEL otorgó confidencialidad a los folios 497 al 551 del expediente SUTEL OT-486-2009 por tratarse de información que continúa vigente en la relación comercial actual entre el ICE con TELETICA.*

*Por tanto, se debe denegar el acceso a la información solicitada dado el carácter confidencial que reviste...*

**b. Sobre la naturaleza pública de la información solicitada.**

*...En relación con dichos elementos conviene destacar que en primer lugar la información solicitada fue declarada confidencial mediante RCS-114-2016 de las 13.20 horas del 24 de junio de 2016.*

*En segundo lugar, conviene aclarar que la naturaleza de la información solicitada no es de carácter público como lo considera su persona por pertenecer al Régimen de Acceso e Interconexión, sobre el particular el acuerdo 002-042-2011 de la sesión 042-2011 del Consejo de la SUTEL, celebrada el 01 de junio de 2011 indica con claridad lo siguiente: "Que la relación entre los OMV y OMRs se perfecciona mediante un Acuerdo Comercial (...)"...*

*Por este motivo en su momento mediante RCS-222-2013 de las 10:00 horas del 19 de julio de 2013 el Consejo declaró confidencialidad dicha información (sic). De la revisión de dicha resolución se puede observar que los motivos por los cuales el Consejo otorgó esta protección se mantienen vigentes...*

**e. Sobre la prolongación indefinida de la confidencialidad**

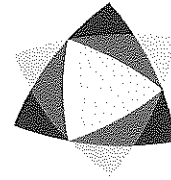
*...Sobre el particular se considera que la reserva del acceso a la información, debe hacerse hasta tanto dicha información tenga un valor comercial para quien la aportó y su divulgación puede generar un daño o significar un beneficio indebido a sus competidores.*

*Al respecto se puede considerar lo indicado en el voto número 02351-94 de la Sala Constitucional, la cual ha establecido que:*

*"Una cosa es, pues el derecho y la legitimación de un órgano del Estado para contar y tener la información necesaria proveniente de una empresa privada a los fines públicos pertinentes, y otra muy diferente es que de ahí se derive un derecho para terceros a tener acceso a esa información".*

*Respecto a dicha sentencia la Procuraduría General de la República en su dictamen C-073-2002 ha indicado que:*





*"Por lo que al igual que la Unidad debe ser garante del derecho de las partes a la información pública, debe también serlo de la confidencialidad de la documentación de carácter privado. Por consiguiente, la decisión que adopte debe de ajustarse a los principios del derecho proceso sustantivo y formal".*

Adicionalmente el citado dictamen C-073-2002 de la Procuraduría General de la República ha dispuesto que:

*"No puede olvidarse que los administrados tienen un derecho a conocer la información constante en una oficina pública que sea de interés público. La Administración es garante de ese derecho, por cuanto si determina que esa información es de interés público no podría denegar el acceso a ella. Pero, correlativamente, la Administración es también garante del derecho a la intimidad e inviolabilidad de la información privada, respecto de la cual la regla es la confidencialidad y no la publicidad.*

*Por lo tanto, el plazo por el cual una determinada información se mantiene confidencial obedece a una serie de circunstancias particular. En el caso particular la información solicitada aún reviste un valor comercial para quien la aportó y su divulgación puede generar un daño o significar un beneficio indebido a sus competidores, dado que dicha información forma parte del nuevo Acuerdo Comercial suscrito entre el ICE y TELETICA para la prestación del servicio de operador móvil virtual.*

*En razón de lo anterior corresponde indicar que, conforme a la resolución señalada, se mantienen los folios 497 al 551 del expediente OT-486-2009 bajo el resguardo de la confidencialidad."*

33. Que la empresa Claro CR Telecomunicaciones, mediante nota del 2 de setiembre de 2016 (NI-09855-2016), interpuso ante el Consejo de la SUTEL una denuncia por la presunta pérdida de independencia y posible captura del regulador.
34. Que, en relación con los hechos acontecidos, la empresa Claro manifestó en forma amplia lo siguiente:

*"Conforme se desprende de los hechos QUINTO y SETIMO, en fecha 07 de junio del 2016 la Dirección General de Mercados de la SUTEL le indicó al Administrado que "se encuentra tramitando la solicitud de confidencialidad por el ICE", ello aun cuando dicho documento ni siquiera existía en ese momento, y sería presentado por el ICE hasta la semana siguiente: en fecha 13 de junio de 2016, mediante los oficios 9010-289-2016 (NI:06243-2016) y 9010-290-2016 (NI:06242-2016), ambos inclusive de fecha posterior (10 de junio) al oficio de la DGM que los menciona.*

*Lo anterior se valida asimismo en la propia resolución RCS-114-2016, que refiere en los resultandos 7 y 8 sobre las solicitudes planteadas por el ICE en fecha 10 de junio de 2016, y que sirven precisamente de base para la declaratoria de confidencialidad...*

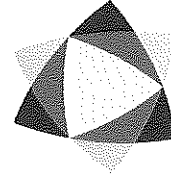
*...Es decir, que la respuesta brindada por parte de la Dirección General de Mercados al Administrador mediante el oficio número 4131-SUTEL-DGM-2016, es inconsistente.*

*No se trata en este caso de una divergencia de orden subjetivo o argumentativo, sino de una argumentación sin fundamento para negar el acceso a información que al momento de la presentación de la solicitud era pública, y respecto la cual no constaba ni existía una solicitud de confidencialidad.*

*Adicionalmente, nos parece incomprensible que esa Superintendencia traslade a dos operadores una solicitud de información que está dirigida a esa Autoridad y cuya resolución compete exclusivamente a la SUTEL, en especial considerando que a la información requerida era de acceso público en ese momento.*

*El DR-CAFTA dispuso entre sus principios regulatorios fundamentales para la apertura, tanto la Transparencia como la independencia de la Autoridad Reguladora.*

*En ese sentido, Costa Rica se comprometió a mantener un Regulador independiente de todo proveedor de servicios de telecomunicaciones, y que no responda ante ellos; cuyas decisiones y procedimientos sean completamente imparciales con respecto a todos los participantes del mercado.*


**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

*Por otra parte, en materia de transparencia administrativa, tomando palabras de la Sala Constitucional (Voto N° 2120-03), todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa; por el contrario, el Secreto y Administración Pública cerrada son ambientes propicios para la corrupción administrativa, entendida como la utilización de potestades públicas para intereses particulares o de terceros.*

*Como bien lo indica el Dr. Ernesto Jinesta Lobo, la Transparencia Administrativa es un instrumento para la realización efectiva de otros principios y derechos constitucionales, al permitir la existencia y fortalecimiento del sistema democrático, la diversificación de los controles de la función administrativa, la interdicción de la arbitrariedad, la seguridad jurídica y la eficacia de la función administrativa, los derechos a comunicar y recibir libremente información veraz y objetiva, entre otros. Tal obligación se traduce en el deber de las Administraciones Públicas de informar a los administrados sobre los diversos aspectos de la gestión pública y en los derechos correlativos a ser informados, por parte de las Administraciones Públicas, veraz y objetivamente y a buscar información de estas.*

*En síntesis, los hechos descritos supra presumiblemente se enmarcan dentro de una estrategia de captura del regulador, de ahí nuestra enérgica protesta y profunda preocupación alrededor de las conductas desplegadas por los funcionarios de esa Superintendencia, en especial en el marco de las recomendaciones de la OCDE sobre política y gobernanza regulatoria referidas a la necesaria independencia del regulador. (...)"*

35. Que, en consecuencia, dentro de la citada denuncia la empresa Claro presentó la siguiente pretensión:

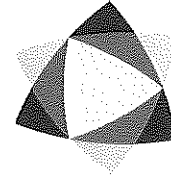
*"Con base en lo anteriormente expuesto, solicito al Consejo de esa Superintendencia de Telecomunicaciones que investigue los hechos denunciados por presunta pérdida de la independencia y captura del regulador; entretanto, solicitamos que esa Autoridad separe del conocimiento de los asuntos directamente relacionados con mi representada y el ICE, a los funcionarios de esa Superintendencia que participaron de los hechos denunciados.*

*Adicionalmente, en el marco de los esfuerzos que lidera COMEX y apoya MICITT para que el país ingrese a la OCDE, solicitamos a la Superintendencia de Telecomunicaciones que ejecute y comunique las acciones administrativas y regulatorias necesarias para recuperar la independencia, la imparcialidad y la transparencia que debe guiar a la SUTEL..."*

36. Que ante la denuncia planteada por la empresa Claro, el Consejo de la SUTEL por medio del acuerdo 001-053-2016, nombró un órgano de investigación preliminar, a fin de contar con elementos suficientes para determinar si resulta procedente o no abrir un procedimiento administrativo.
37. Que mediante oficio del 22 de noviembre de 2016, el órgano de investigación remitió al Consejo de la SUTEL su informe en torno a la denuncia interpuesta por parte de Claro CR Telecomunicaciones.
38. Que el informe del órgano de investigación preliminar concluyó que no existen indicios que acrediten la captura o pérdida de independencia por parte del Órgano Regulador. Asimismo, deja abierta la posibilidad para que este Consejo, una vez analizado la descripción de hechos relacionados a la denuncia, valore y determine el curso a seguir.
39. Que se han realizado las diligencias necesarias para el dictado de la presente resolución.

**CONSIDERANDO**
**I. NORMATIVA APLICABLE:**

1. Sobre el derecho al acceso a la información


**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

- a. El artículo 30 de la Constitución Política define como uno de los derechos y garantías individuales que *"se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado"*.
- b. En relación con el derecho de acceso a la información administrativa, la Sala Constitucional, ha manifestado que la posibilidad de que los administrados accedan a información administrativa de interés público, constituye un medio de control y garantía de transparencia administrativa, lo anterior por cuanto Resoluciones como la 11186-2003 y otras de criterio reiterado, han manifestado: *"(...) el acceso a la información administrativa consiste en la posibilidad con que cuenten los administrados de imponerse de la información administrativa de interés público, contenida en archivos, registros, expedientes, bases de datos, entre otros, existentes en departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos, como medio o mecanismo de control a favor de los administrados, y como una forma de garantizar el principio de transparencia en la actuación de los órganos y entes de la Administración Pública, acorde con lo establecido en el artículo 11 de la Ley Fundamental, estando ésta última sometida a procedimientos de evaluación de resultados y rendición de cuentas (...)"*.

**2. Sobre el derecho a la intimidad**

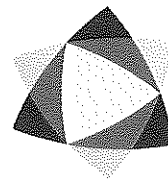
*El artículo 24 de la Constitución Política dispone la garantía al derecho a la intimidad, a la libertad y el secreto de sus comunicaciones. De igual forma indica que son inviolables los documentos privados.*

**3. Algunas las normas que regulan la confidencialidad de los documentos**

- a. El artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública, dispone en su inciso primero que *"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. (...)"*
- b. La Ley número 7475, denominada Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), establece que para ser susceptible de protección, la información deberá: *"i) ser secreta, es decir que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información; ii) tener un valor comercial por ser secreta; iii) haber sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, tomadas por su titular (artículo 39 del "Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio <ADPIC>"). Las Partes del Acuerdo se obligan a mantener la confidencialidad de la información que recaben para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal."*
- c. La Ley N° 7975, Ley de Información No Divulgada, en su numeral 2 dispone:

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

- a) *Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus*


**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

*componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información.*

- b) *sté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreta.*
- c) *Tenga un valor comercial por su carácter de secreta.*

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

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

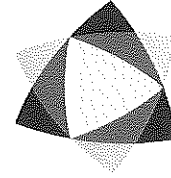
*La información que se considere como no divulgada deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares."*

- d. El artículo 19 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, denominado "*Solicitud de confidencialidad*" establece que "(...) *la SUTEL revisará la solicitud y emitirá su decisión dentro de un plazo de quince días naturales, contados a partir del recibo de la misma, haciendo constar, en el caso de que acceda a la solicitud, el plazo durante el cual la información mantendrá el carácter confidencial. Si las condiciones que motivan la solicitud se mantienen y se acerca la fecha de vencimiento del plazo fijado por el órgano instructor, el solicitante podrá requerir una extensión del indicado plazo, siempre y cuando presente la solicitud con por lo menos diez (10) días de antelación al vencimiento del mismo*". (El resaltado es intencional)
- e. En relación con el resguardo de la información, la Procuraduría General de la República en su dictamen C-244-2001 del 12 de diciembre de 2001, manifestó. "*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*".

#### 4. Análisis constitucional sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la aplicación de normas

La Sala Constitucional ha desarrollado ampliamente el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de las normas, pudiendo destacarse dentro de ellos el voto 2010-6805 de las diez horas del veintisiete de mayo de dos mil once, el cual en lo que interesa manifestó:

*"(...) Así, un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados (ver sentencia número 08858-98 de esta Sala). (...)*


**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

*(...)En este sentido, las leyes, al igual que los actos de la Administración Pública, deben ser idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto. Por otra parte, es tesis de principio en la doctrina más autorizada del Derecho Constitucional y de los Tribunales Constitucionales, así como los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, la vigencia y la aplicación de estos principios. Basta con echar una mirada a alguna de la jurisprudencia de los primeros para comprobar lo que venimos afirmando. En efecto, se ha señalado, claramente, que la razonabilidad es un principio constitucional, que se desprende del Estado de Derecho como una garantía para la protección de los derechos fundamentales. A manera de ejemplo, cabe citar la sentencia N° 77, 179 de la Sala Primera del TFC alemán del 15 de diciembre de 1965:*

*“En la República Federal de Alemania el principio de razonabilidad tiene rango constitucional. Se origina en el principio del Estado de Derecho, en la esencia de los derechos fundamentales, que como expresión general del derecho del ciudadano frente al Estado, sólo puede ser limitado en forma amplia por el poder público, cuando ello sea indispensable”.*

*Se ha indicado que el principio de razonabilidad constituye un límite a las potestades discrecionales de las Administración Pública en lo referente a la restricción de los derechos fundamentales. En la sentencia N° 69,315 del 14 de mayo de 1985, dictada por la Sala Primera del TFC alemán, en la que se resuelve un recurso de amparo que interpuso una asociación ecologista contra la decisión de prohibir las demostraciones adversas a la instalación de una planta de energía nuclear en Brockdorf, se expresa lo siguiente:*

*“La prohibición o disolución presuponen, de una parte, y como ultima ratio, que el medio menos drástico, el establecimiento de imposiciones, se ha agotado. Esto se apoya en el principio de razonabilidad. Esto sin embargo, no sólo limita la potestad discrecional para la elección de los medios, sino también la potestad discrecional que tienen las autoridades competentes para tomar una decisión”.*

*Según se desprende de la jurisprudencia que venimos citando el juicio de razonabilidad está compuesto por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En esta dirección, es importante reseñar la sentencia N° 90, 145 de la Sala Segunda del TFC alemán, dictada el 9 de marzo de 1994, en la que se indicó lo siguiente:*

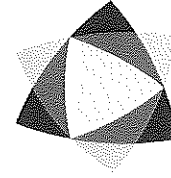
*“De acuerdo con este principio –razonabilidad- la ley que restrinja un derecho fundamental debe ser adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad deseada. Una ley es adecuada, cuando con su ayuda se puede lograr el resultado deseado; es necesaria, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio, igualmente efectivo que no restrinja o limita en menor grado el derecho fundamental (...) Adicionalmente, para sopesar plenamente entre la gravedad de la intervención y el peso, así como la profundidad de los fundamentos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad para los destinatarios de la prohibición. Las medidas, por tanto, no deben gravar en forma exagerada (prohibición de una extralimitación o deber de proporcionalidad en sentido estricto).*

*Por su parte, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia N° 55/1996 del 28 de marzo de 1996, al referirse al principio de razonabilidad sostuvo lo siguiente:*

*“Esta apelación genérica al principio de razonabilidad exige alguna precisión en orden a fijar el objeto exacto y los términos precisos en los que debe desarrollarse el presente proceso constitucional. En primer lugar debe advertirse que el principio de razonabilidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales -y en particular de los aquí invocados- y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación”*

*Para este Tribunal el examen de razonabilidad no sólo es un proceso lógico formal de análisis de la coherencia de las normas jurídicas, sino que es concordante con los valores reconocidos en el Derecho de la Constitución. En la sentencia 115/2001 de 10 de mayo de 2001 indicó lo siguiente:*

*Pero la razonabilidad nos lleva a considerar también, además de la racionalidad de las normas, los valores contenidos en ellas, que deben ser comparados con otros valores consagrados en el ordenamiento constitucional: en este caso, la disciplina militar, la cual desempeña «un papel crucial»*



**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

*para alcanzar los fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas (STC 97/1985, de 29 de julio, FJ 4).*

*Asimismo, se ha señalado que con el juicio o test de razonabilidad se procura contar con una metodología confiable y objetiva, que permita analizar la conducta de las Administraciones. En efecto, en la sentencia 253/1993 del 29 de noviembre de 1993 del TC español, se expresó lo siguiente:*

*"... el test de razonabilidad depende también del tipo de prueba que haya que verificar y, en este extremo, el criterio exigible será la existencia de un parámetro objetivo que fuera de toda duda razonable permita establecer inequívocamente lo que haya que apreciarse como respuestas correctas a determinadas cuestiones. En general, los exámenes tipo test permiten en mayor medida la existencia de estos parámetros objetivos y la correlativa determinación inequívoca de las respuestas acertadas".*

*La Corte Constitucional de Colombia, en múltiples ocasiones, ha definido el principio de razonabilidad como sinónimo de justicia y equidad. Así, en la sentencia Nº 530/93, expresó lo siguiente:*

*"La razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos"*

*Esta Corte ha reconocido que dicho principio se levanta también como un límite de la conducta pública. Precisamente, en la sentencia Nº T-260-93 se indica lo siguiente:*

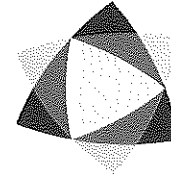
*"Este formidable privilegio de la administración, en la decisión y ejecución de sus actos, sigue siendo un privilegio pero no puede ser arbitrario porque la administración no es un fin en sí mismo sino que está al servicio de la comunidad y porque es de la esencia del Estado Social de derecho que se ejecute, sin dilaciones, la protección legal al trabajador. Es decir, la autotutela administrativa tiene un límite: la razonabilidad"*

*Se ha ratificado que el principio de razonabilidad es un límite para el Poder legislativo cuando se impone restricciones a los derechos fundamentales. En ese sentido, señala la sentencia T-452-95 lo siguiente:*

*"Las limitaciones al derecho a la intimidad, al igual que la de cualquier otro derecho fundamental, deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en el contexto de un sistema democrático. Estos principios han sido aplicados por esta Corporación para examinar las limitaciones a los derechos que haga el legislador, pero también al ponderar el enfrentamiento de derecho".*

*En sintonía con la doctrina más autorizada del Derecho Constitucional y con la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, la Sala Constitucional ha receptado, en su jurisprudencia, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En efecto, ha precisado el contenido necesario de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En reiteradas sentencias ha señalado, sobre el primero, que la ley no puede ni debe ser irracional, ya que el medio que se seleccione debe tener una relación real y sustancial con el objeto que se persigue. Desde esta perspectiva, la racionalidad técnica significa una proporcionalidad entre medios y fines; la racionalidad jurídica implica una adecuación a la Constitución en general y, en especial, a los derechos y libertades reconocidos y garantizados en ella y en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos debidamente vigentes en nuestro país y; por último, la razonabilidad sobre los efectos personales supone que no pueden imponerse a esos derechos otras limitaciones o cargas que razonablemente se deriven de su naturaleza, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la sociedad. En el voto Nº 5236-99 estableció los siguientes componentes de la razonabilidad:*

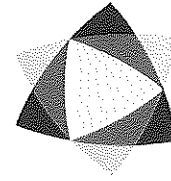
*"...este Tribunal estima prudente hacer referencia a lo que se considera es la 'razonabilidad de la ley como parámetro de constitucionalidad'. Conviene recordar, en primer término, que la 'razonabilidad de la ley' nació como parte del 'debido proceso sustantivo' (substantive due process of law), garantía creada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal. En la concepción inicial 'debido proceso' se dirigió al enjuiciamiento procesal del acto legislativo y su efecto sobre los derechos sustantivos. Al finalizar el siglo XIX, sin embargo, superó aquella concepción procesal que le había dado origen y se elevó a un recurso axiológico que limita el accionar del órgano legislativo. A partir de entonces podemos hablar del debido*


**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

proceso como una garantía genérica de la libertad, es decir, como una garantía sustantiva. La superación del 'debido proceso' como garantía procesal obedece, básicamente, a que también la ley que se ha ajustado al procedimiento establecido y es válida y eficaz, puede lesionar el Derecho de la Constitución. Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada 'razonabilidad técnica' dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de 'razonabilidad técnica' hay que analizar la 'razonabilidad jurídica'. Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin: en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable (en similar sentido pueden consultarse las sentencias números 1738-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos y 08858-98 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho). La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la 'razonabilidad' al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ideas que desarrolla afirmando que "...La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea 'exigible' al individuo..." (sentencia de esta Sala número 3933-98 de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho). En el sentido del criterio anteriormente expuesto, esta Sala ha venido aplicando la institución en su jurisprudencia. Veamos, ahora, el análisis del caso concreto. Sobre la prueba de 'razonabilidad': Para emprender un examen de razonabilidad de una norma, el Tribunal Constitucional requiere que la parte aporte prueba o al menos elementos de juicio en los que sustente su argumentación e igual carga procesal le corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptables los alegatos de inconstitucionalidad. Lo anterior, debido a que no es posible hacer un análisis de 'razonabilidad' sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada. Ello desde luego, cuando no se trate de casos cuya 'irrazonabilidad' sea evidente y manifiesta. Retomando el alegato sobre la irrazonabilidad del plazo de dieciocho meses para optar por una pensión ordinaria, la Sala advierte que los accionantes no sólo no indican los motivos que les llevan a concluir que la norma cuestionada es irrazonable, sino que tampoco aportan prueba alguna que permita a este Tribunal llegar a esa conclusión, transformando el debate en la exposición de conceptos subjetivos. Por otra parte, el caso no presenta las características de ser una situación de 'irrazonabilidad' evidente y manifiesta que además sea fácilmente perceptible, antes bien, de manera abstracta se puede indicar que la norma se ajusta al fin de la reforma legislativa, cual es corregir las distorsiones del sistema de pensiones derogado, creando de manera paralela un nuevo sistema que resguarda el "derecho de pertenencia al régimen del Magisterio Nacional" que esta Sala ha reconocido como un derecho de los cotizantes.(...)" (Lo que está en negritas no corresponde al original).

**5. Sobre la ponderación y el principio de proporcionalidad y razonabilidad**

La doctrina ha definido la ponderación y el principio de proporcionalidad de la siguiente manera: "los principios como mandatos de optimización no sólo exigen explicar, como se acaba de hacer, que hay que optimizar (es decir el valor o bien jurídico que ha sido protegido mediante la proclamación del principio) sino también, hasta dónde hay que optimizar. La respuesta a este interrogante, que había quedado en el aire, es que hay que dar el valor o bien jurídico en juego la máxima efectividad que permitan las circunstancias del caso". De esta manera, en el caso del juicio de ponderación es necesario distinguir entre dos hipótesis: la primera, cuando


**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

*el bien jurídico o el valor a optimizar colisiona con otro valor y, la segunda, cuando en realidad no existe o no se produce dicho conflicto.*

*Un ejemplo de este tipo de ponderación, en el caso de valores o bienes jurídicos contrapuestos, ha sido expuesto por Francisco Fernández Segado, (con respecto al derecho al honor y la libertad de expresión, para dilucidar si se debe o no conceder un amparo solicitado ante el Tribunal Constitucional Español), en los siguientes términos: "es innecesario decir que en el supuesto de conflicto entre derechos o entre un derecho y un bien constitucionalmente protegido habrá que acudir a la necesaria ponderación judicial, en la que el órgano jurisdiccional, sin estimar preponderante en toda caso uno de los derechos en cuestión y atendiendo a las concretas circunstancias del caso, habrá que decidir sobre el conflicto planteado..."*

*...Todo lo anterior también ha sido desarrollado por Bernal Pulido de la siguiente manera " un fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general". En términos similares, Nicolás González-Cuellar Serrano ha explicado la manera en que se aplica este subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, del siguiente modo: "Si el sacrificio de los intereses individuales que comparte la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad"<sup>1</sup>*

Por su parte la Sala Constitucional, en relación con los test de razonabilidad de las normas ha manifestado:

*"(...) Así las cosas, no ha pretendido el constituyente una igualdad absoluta entre las personas, pero sí ha prohibido las distinciones carentes de razonabilidad: las que se valgan de medios contrarios a la Constitución Política; las que se orienten a fines violadores de esta última, o las que no tengan más fundamento que el capricho de los creadores de la ley. Es este, en términos sintéticos, el contenido del denominado "test de razonabilidad", que en última instancia remite a una ponderación de valores por parte de la jurisdicción constitucional (...)", sentencia No. 3872-1996 de las 15:18 hrs. del 30 de julio de 1996.*

*"(...) Claro está la legislación de que se trate estará sujeta a la fiscalización respecto de su proporcionalidad, y razonabilidad, en tanto estos conceptos de referencia permitirían a la judicatura, en especial a esta jurisdicción constitucional, valorar el prudente, moderado y sensato ejercicio de la delegación acordada por la Constitución al establecer esas limitaciones y excepciones (...)" resolución No. 2597-1997 de las 15:39 hrs. del 13 de mayo de 1997.*

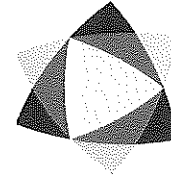
**NUESTRO ANALISIS DE LA DENUNCIA PRESENTADA**

En relación con los hechos la denuncia planteada por parte de la empresa Claro Comunicaciones Cr S.A., tiene como fundamento la supuesta captura del regulador por parte de un operador por cuanto no se remitió la solicitud de información relativa al "Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual suscrito entre el ICE y Televisora de Costa Rica", captura que a juicio de este órgano colegiado no se presenta en virtud del siguiente análisis.

Una vez analizado el expediente administrativo así como el informe realizado por parte del Órgano de Investigación, es criterio de este Consejo que no es necesario la apertura de ningún procedimiento administrativo ordinario tal y como lo dispone el artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública, por cuanto, tal y como se manifestó al amparo de la doctrina el Consejo de la SUTEL realizó un análisis de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad de la aplicación de la norma para determinar que resultada una afectación menor al mercado de las telecomunicaciones como un todo, el mantener el

<sup>1</sup> Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano. La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: Una sentencia emitida por el tribunal constitucional español en materia de libertad religiosa. Revista Judicial, Costa Rica, N° 109, setiembre 2013.




**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

carácter de confidencialidad a la información en contraposición de ponerla a disposición de particulares en virtud de los siguiente.

El fundamento de la declaratoria de confidencialidad y la naturaleza y carácter de la información que suponen un deber y debida diligencia para que la SUTEL en todo momento esté alerta de exponer al mercado información que tiene un carácter reservado y que debe mantenerse reservado, por lo que debe analizar los casos y declarar si procede la confidencialidad. En ese sentido, el deber y diligencia alcanza la información que previamente habría sido declarada y que el plazo está por fenecer, con el objetivo de prorrogar su plazo o extender esa declaratoria inicial.

Sobre el particular, la doctrina concuerda en lo siguiente:

*"...-El acceso a la información pública, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a limitaciones de diversa naturaleza. Las excepciones pueden estar establecidas por la Constitución o en la misma ley de acceso a la información, pero cabe también que leyes especiales ordenen la imposición de confidencialidad o secreto sobre alguna clase de información, debido a una mayor protección que le imprime el derecho a un bien jurídico determinados."<sup>2</sup>*

De la cita anterior, queda claro que las normas que obligan a reguardar los secretos comerciales requieren que la administración respectiva declare u ordene la confidencialidad. En ese sentido, hay que tener presente, que por un lado tenemos, la naturaleza comercial de una determinada información y su carácter reservado (o confidencial) por reunir ciertos requisitos o presupuestos, y por otro, la declaratoria u orden de imposición de confidencialidad.

A partir de esta distinción, es adecuado considerar que la orden o declaratoria imponen la confidencialidad a una información por su naturaleza y carácter específicos; y esta naturaleza y carácter pueden generar que se trascienda, en virtud de condiciones propias de la información, el plazo originariamente establecido en la declaratoria.

Para entender mejor esta interpretación es necesario señalar:

*"En síntesis, puede apreciarse que el derecho de acceso a la información puede ceder frente a otros derechos a los que se concede primacía, para proteger un interés superior de naturaleza pública o privada, si bien estos supuestos deben estar contemplados en una ley y su aplicación debe ser lo más restrictiva posible, ... Sin embargo, la interpretación debe constituir un proceso dinámico y flexible, es decir, no supone una línea divisoria categórica, sino que se observa una puja o tensión permanente entre lo que se considera público o secreto, ya que los criterios de cada administración varían en el tiempo, según los factores políticos, sociales, culturales y económicos en juego."<sup>3</sup>*

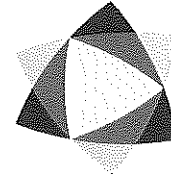
Bajo una interpretación finalista, siendo que lo relevante es salvaguardar el fin y el interés público que dio lugar a la declaración (inicial) en primer lugar, preservando el acceso restringido a la información que, pese a vencer la declaratoria, a criterio de este Consejo se mantuvieron intactas y vigentes los presupuestos y el carácter de secreto comercial por el cual se ordenó inicialmente la imposición de la confidencialidad, por lo que a contrario de cómo lo interpreta la denunciante a juicio de este Consejo para el presente caso se actuó de acuerdo a la ley, de forma diligente y sin discriminación, trato preferente o de cualquier otro modo con un interés ajeno a la protección de la información con miras a salvaguardar la competencia en el mercado, sin que dicha actuación pudiese ser interpretada como producto de la actuación de un operador determinado en perjuicio del denunciante.

Por otra parte, la Sala Constitucional en el Voto 8422-04 ha señalado:

*"V.- (...) En todo caso, a la Administración le corresponderá analizar y determinar en cada gestión o solicitud de información, si la documentación o piezas requeridas constituyen o no información de la mencionada en la*

<sup>2</sup> Lavalle Cobo, Dolores. *Derecho de acceso a la información pública*. Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 211

<sup>3</sup> Op cit. 212

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

*norma supracitada -artículo 273 LGAP-, para lo cual deberá emitir una resolución debidamente fundada, indicando en forma clara los motivos que sustentan su denegatoria (...)*”.

De igual forma, la Procuraduría General de la República en los dictámenes C-073-2002 y C-344-2001, sostiene que la administración pública debe ser garante de la transparencia y el derecho de acceso de la información pública, pero, también, de la confidencialidad de la información de naturaleza privada.

Así las cosas, se ha llegado a determinar que la administración tiene la facultad ya sea de oficio o a instancia de parte, determinar si la información que le aportaron los operadores tiene carácter confidencial y así proceder a declararlo. En este mismo sentido, si la declaratoria perdió su vigencia, utilizando el mismo razonamiento no existe limitación que impida revisar si los presupuestos y condiciones considerados inicialmente para determinar si su vigencia (y no la de la declaración) se mantienen vigentes.

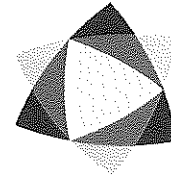
En cuanto a la declaratoria de confidencialidad, es preciso indicar que esta sólo procura restringir el acceso de particulares a determinada información; sino que el valor público a proteger es la intimidad de las personas, la libertad de empresa y el secreto comercial o industrial, entre otros. Lo que se pretende es evitar un daño o lesión a la competencia en el mercado, otorgando una *ventaja significativa para un competidor* o tener un *efecto desfavorable para quien aporta* la información.

Así las cosas, si bien es cierto se negó el acceso a la información (que había sido declarada confidencial que había quedado vencida), la que pudo provocar una lesión al derecho al acceso a la información, esta se hizo al amparo de un ejercicio diligente de salvaguardar información privada que debía seguir manteniendo ese carácter de secreto comercial. De haberse dado acceso a dichas piezas y luego haberse demostrado que mantenía ese carácter confidencial, el daño que le pudo haber provocado al mercado de las telecomunicaciones se hubiese constituido en irreparable.

Lo anterior tiene sustento en el hecho de que estamos en presencia de un choque o tensión entre dos normas de igual rango, las cuales regulan derechos fundamentales que no se pueden considerar como absolutos y que por lo tanto tienen sus restricciones, en este sentido, el Consejo de la SUTEL considera que el negar el acceso a la información constituye un mal menor que el que pudo presentar en el supuesto de que la información se hiciese de conocimiento público, lo anterior en virtud de la trascendencia de su contenido, tanto así que posteriormente por medio del a Resolución RCS-114-2016 se reiterase la condición de confidencialidad de los Anexo B y Anexo C del Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica Sociedad Anónima.

Según lo indicado, se denota de la descripción del cuadro fáctico del presente caso que ni el Consejo de la SUTEL ni ninguna de sus Direcciones actuó de forma irregular, por cuanto, pese al vencimiento de la confidencialidad de la información, lo procedente del caso era consultar en forma preventiva a sus titulares, sobre sus razones para considerar mantener la protección de los datos, más aún si se considera el deseo de terceros de acceder a ella, aspecto que de haberse actuado de forma diferente, se hubiera podido generar un daño grave e irreparable al mercado de las telecomunicaciones.

Con lo anterior, se acredita el actuar independiente del Regulador, tal y como lo dispone el dispone el anexo 13 del capítulo 13 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos (TLC), el cual a la letra dispone lo siguiente: *“Costa Rica establecerá o mantendrá una autoridad reguladora para los servicios de telecomunicaciones, que será independiente de todo proveedor de servicios de telecomunicaciones, y no responderá ante ellos. Costa Rica asegurará que su autoridad reguladora para los servicios de telecomunicaciones esté autorizada a imponer sanciones efectivas para hacer cumplir las medidas domésticas relacionadas a las obligaciones establecidas en este Anexo. Esta autoridad reguladora podrá incluir jurisdicción sobre la administración del espectro, servicio universal, fijación de tarifas y otorgamiento de licencias para nuevos participantes al mercado. Las decisiones y los procedimientos de la autoridad reguladora serán imparciales con respecto a todos los participantes en el mercado.”*

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

Considerando el hecho que ni durante la investigación preliminar ni de los documentos aportados por el denunciante en su oficio, se encontraron prueba idónea que pudiese sustentar la tesis de una pérdida de independencia y de posible captura del regulador por parte un operador en particular, lo procedente del caso es rechazar la denuncia en los términos planteados, reiterando el hecho de que la SUTEL como un regulador imparcial del mercado de las telecomunicaciones, ante la posible tensión por el choque de dos normas jurídicas, al amparo de los principios de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad, determinó negar el acceso a una determinada información, aún y cuando se conociese la presencia de una posible vulneración de un derecho, y mantener precautoriamente su protección en aras de la tutela y protección del mercado de las telecomunicaciones, hasta el tanto se estudiase con más detalle su valor y se determinase la necesidad de una nueva protección al Anexo B y Anexo C del Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica Sociedad Anónima, por medio de la Resolución RCS-114-2016.

**POR TANTO**

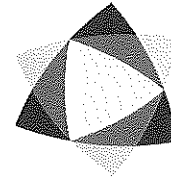
Con fundamento en la Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593, la Ley General de Telecomunicaciones, Ley No. 8642 Decreto Ejecutivo N° 34765-MINAET, el Plan Nacional de Numeración, Decreto No 35187-MINAET, la Ley General 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. Rechazar** la denuncia por pérdida de independencia y de posible captura del regulador interpuesta por parte la empresa Claro Telecomunicaciones CR S.A., por las actuaciones realizadas dentro del proceso de negociación del acceso a la información contenida en el Anexo B y Anexo C del Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Televisora de Costa Rica Sociedad Anónima.
- 2. Indicar** a la empresa Claro Telecomunicaciones CR S.A., que la actuación de la Superintendencia de Telecomunicaciones, al negar el acceso a los citados anexos, obedece a la protección del mercado de Telecomunicaciones, por cuanto a juicio de este Órgano Colegiado su divulgación podría haber generado un daño grave e irreparable al mercado de las telecomunicaciones.
- 3. Indicar** a la empresa Claro Telecomunicaciones CR S.A. que todo lo actuado por parte de esta Superintendencia encuentra su sustento jurídico en los principios de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad para la aplicación de las normas.

**ACUERDO FIRME**  
**NOTIFIQUESE****ACUERDO 002-011-2017****CONSIDERANDO:**

1. Que del análisis realizado por parte de este Consejo, se observa la necesidad de implementar en el sistema de gestión documental, el control que permita llevar un registro de los vencimientos de los acuerdos de confidencialidad.



**SESIÓN EXTRAORDINARIA 011-2017**  
**10 de febrero del 2017**

2. Que el objetivo de este registro sería contar con algún mecanismo de alertas que permitan anticipar los vencimientos y controlar la documentación de conformidad con las declaratorias realizadas.

**RESUELVE:**

Instruir a la Dirección General de Operaciones para que presente una propuesta para cumplir con los objetivos indicados en los considerandos anteriores, integrando al Área de Gestión Documental y las instancias internas de la Sutel que sean necesarias, de manera que se implemente en el sistema de gestión documental el control para los vencimientos de las declaratorias de confidencialidad dictada por este Consejo.

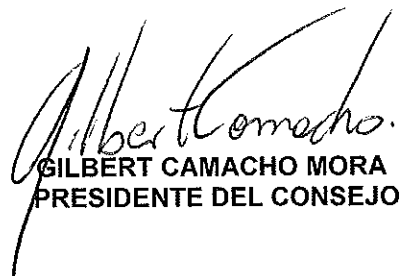
**ACUERDO FIRME**  
**NOTIFIQUESE**

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

**CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES**

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



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