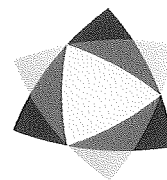


Nº 44611



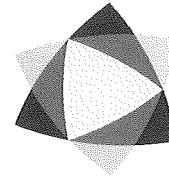
sutel
SUPERINTENDENCIA DE
TELECOMUNICACIONES

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA Nº 091-2017

A LAS QUINCE HORAS DEL 15 DE DICIEMBRE DEL 2017

SAN JOSÉ, COSTA RICA

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017**
15 de diciembre del 2017

Acta de la sesión extraordinaria número 091-2017, celebrada en la sala de sesiones José Gonzalo Acuña González, a partir de las quince horas del 15 de diciembre del dos mil diecisiete.

Presentes los señores Manuel Emilio Ruiz Gutiérrez, quien Preside y Hannia Vega Barrantes, Miembros Propietarios, y el señor Jaime Herrera Santisteban, Miembro Suplente, en sustitución del señor Gilbert Camacho Mora, quien se encuentra disfrutando de parte de sus vacaciones, tal y como quedó consignado en el acuerdo 011-081-2017, de la sesión ordinaria 081-2017, celebrada el 15 de noviembre del 2017.

Participan los funcionarios Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo, Jorge Brealey Zamora, Asesor del Consejo y Walther Herrera Cantillo, Director General de Mercados.

ARTÍCULO 1**PROPUESTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MERCADOS**

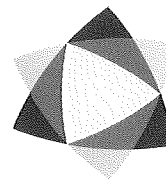
Para el conocimiento de este tema estuvieron presentes las funcionarias Cinthya Arias Leitón y María Fernanda Casafont Mata de la Dirección General de Mercados y Mariana Brene Akerman, Jefa de la Unidad Jurídica.

1.1 Solicitud de medida cautelar de parte de la firma Tigo.

Procede el señor Ruiz Gutiérrez a presentar el oficio 10160-SUTEL-DGM-2017, de fecha el 15 de diciembre del 2017, mediante el cual la Dirección General de Mercados rinde informe respecto a la solicitud de intervención y medida cautelar presentada por Millicom Cable Costa Rica, S. A. (TIGO), con el fin de que se le ordene a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL), el cumplimiento del contrato de arrendamiento de postería suscrito entre ambas partes.

Seguidamente, vía telefónica, el señor Edwin Estrada Hernández, Viceministro de Telecomunicaciones, señala que en reunión con personeros de Conavi, representantes de las Cámaras, y el funcionario de la Sutel, Juan Gabriel García Rodríguez, se le informó a los personeros de Conavi que los operadores recibieron la notificación emitida por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz en la que se les instruyó el traslado de las redes para el 17 de diciembre, seguidamente se le dio un espacio para que analizaran el tema y de seguido se comentó que cumplir con esa instrucción de la CNFL era difícil, ya que los operadores congelan la red al final del año, y que la notificación se estaba recibiendo muy a distiempo.

Añade que en el espacio de preguntas se consultó a los representantes de Conavi si era posible ampliar el plazo, a lo que respondieron que no era posible porque ya estaba planificado de esa manera, luego, al final de la reunión dijeron que podían dar 5 días más, por lo que se está a la espera de que lo señalen por escrito, el nuevo plazo sería el 22 de diciembre. Se solicitó a los señores de Conavi que se abriera un canal de comunicación a partir de ese día, para que se tuviera comunicación con los operadores, y ellos (Viceministerio), fungirían como interlocutores para este tema y también la Cámara, tal y como se hizo con la ruta 32. También consultó si era materialmente posible ejecutar lo solicitado en el plazo indicado, y qué pasaba si no podrían hacerlo y qué riesgos habría en la interrupción de las telecomunicaciones y los servicios para los usuarios. Ellos señalaron que era muy difícil hacerlo en el plazo establecido, por esa razón se les dio por parte de Conavi, los cinco días más, y se habló de un inminente riesgo de la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017**
15 de diciembre del 2017

La señora Vega le consulta que eso era con la fecha del 17, pero con la fecha del 22, qué expresaron los operadores, a lo que el señor Estrada señala que los operadores indicaron que harían un esfuerzo porque podría haber un riesgo de suspensión de servicios, porque Conavi señaló que ellos vienen coordinando este tema desde hace bastante tiempo con la CNFL, por lo que les sorprende que CNFL les notifica hasta el mismo momento que les notificó a las empresas, y que ellos daban por sentado que la CNFL era como el interlocutor de las empresas, por esa razón se les solicitó que a partir de ese momento se tuvieran ese canal de comunicación con ellos o con las empresas para que la planificación de los traslados se hiciera de la mejor manera.

Agrega que también les consultó si ese nuevo lugar de traslado sería la ubicación final de los operadores, porque se les insistió en que las vías públicas eran bienes demaniales y que los operadores no tienen derecho alguno, sin embargo tenían que tener una seguridad jurídica en el tema de los permisos que se les estaban dando, y que también el Estado debía procurar que el impacto económico a la hora del traslado, fuera lo menor posible, porque al final eso podría trasladarse a los usuarios además de que el Estado debe facilitar que todo esto se haga de forma planificada.

Añade que los acuerdos a los que se llegaron en dicha reunión fueron que: i) se iba a abrir el canal de comunicación, ii) que iban a enviar por escrito la aceptación del 22 como nuevo plazo. Al final los operadores se van medianamente satisfechos, porque ubiésen querido que el plazo fuera en enero, por el congelamiento de las redes, además de que en mayo próximo se les volverá a solicitar el cambio de ubicación de las redes.

Señala que el único operador que ha gestionado la autorización ante Sutel para el traslado de las redes, es Tigo, por lo que se le solicitó a la Cámara que le informara a los socios que están en esa situación, que si bien es cierto que Sutel conoce la situación y está en acción con la presencia en la Comisión, es importante que ellos hagan lo que deben, dentro del marco jurídico, para enterar si corresponde a la Superintendencia.

El señor Ruiz consulta al señor Estrada si tal como se señaló en la minuta verbal del señor García, este sería el traslado final, porque el final, final, sería vía ductería, y que eso quede plasmado y claro para que luego no se presenten argumentos que invaliden lo acordado.

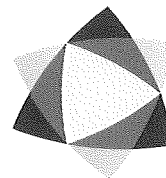
El señor Estrada señala que así quedaría establecido, porque la preocupación de los operadores es que se les ha dicho siempre que hagan el traslado. Les preguntó a los personeros de Conavi si esta solicitud que están haciendo es el punto definitivo, porque también ellos necesitan saber, por un tema de planificación, de costos, etc., a lo que respondieron que no, ese no sería el punto definitivo, hasta mayo se sabrá.

El señor Ruiz señala que esta sería la tercera vez que se les pide a los operadores que se pasen.

El señor Estrada adiciona que, si bien es cierto que esto es un costo para los operadores, el Estado en su papel de articulador debe realizar las acciones necesarias para que se de en forma planificada y que esos costos de los operadores sean lo menor posible.

-Finaliza la conferencia telefónica con el señor Estrada-

De seguido, la funcionaria Casafont Mata contextualiza el tema; señala que al momento de la inspección realizada por funcionarios de la Dirección General de Mercados, trabajadores de la empresa TIGO se encontraban realizando los trabajos en el sitio afectado, en acatamiento a lo indicado por la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, por lo que se concluye que lo procedente es rechazar la medida cautelar solicitada por Millicom Cable Costa Rica, S.A., ya que si bien es cierto las medidas cautelares se pueden acoger en cualquier momento para salvaguardar y proteger un interés superior, o evitar que se generen daños de difícil o imposible reposición, la solicitud realizada es improcedente, en el tanto no se demostró que se cumplieran los presupuestos legales. Asimismo, el Consejo de la Sutel en cualquier momento podrá de oficio o a instancia de parte, considerar nuevamente la procedencia de la medida cautelar solicitada u otra.



SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017
15 de diciembre del 2017

El señor Ruiz hace énfasis en la importancia de incluir en los antecedentes la minuta de la reunión en el Viceministerio de Telecomunicaciones.

Dado lo anterior y a la necesidad de comunicar prontamente el acuerdo que se adopte, se solicita que, de aprobarse positivamente se haga en firme conforme lo que establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de Administración Pública

Discutido el tema con base en lo expuesto y el contenido del oficio 10160-SUTEL-DGM-2017, los Miembros del Consejo acuerdan por unanimidad:

ACUERDO 001-091-2017

1. Dar por recibido el oficio 10160-SUTEL-DGM-2017, de fecha el 15 de diciembre del 2017, mediante el cual la Dirección General de Mercados rinde informe respecto a la solicitud de intervención y medida cautelar presentada por Millicom Cable Costa Rica, S. A. (TIGO), con el fin de que se le ordene a la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL), el cumplimiento del contrato de arrendamiento de postería suscrito entre ambas partes.
2. Emitir la siguiente resolución:

RCS-322-2017

“APERTURA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SUMARIO DE INTERVENCIÓN CON EL FIN DE RESOLVER SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL ENTRE MILLICOM CABLE COSTA RICA S.A. Y COMPAÑÍA NACIONAL DE FUERZA Y LUZ”

EXPEDIENTE A0193-STT-INT-01284-2014

RESULTANDO

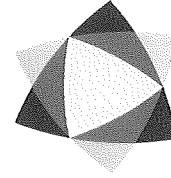
1. Que el 14 de diciembre del 2017 (NI-13838-2017 visible a folios 335 al 362 del expediente administrativo) el señor Juan Carlos Rodríguez Cordero, en su condición de apoderado general de TIGO, mediante escrito sin número de oficio recibido el día 14 de diciembre de 2017, solicita intervención y solicitud de Medida Cautelar, con el fin de ordenar a la CNFL el buen cumplimiento del contrato de arrendamiento de postería suscrito, indicando lo siguiente:

“Como corolario de lo expuesto, se solicita respetuosamente que se inicie el procedimiento de intervención de la SUTEL con la finalidad de que ordene a la COMPAÑÍA NACIONAL DE FUERZA Y LUZ (CNFL), el buen cumplimiento del contrato de arrendamiento de infraestructura que tiene suscrito con Millicom Cable Costa Rica, S. A., con la finalidad de garantizar la continuidad de los servicios de telecomunicaciones y que dependen de la postería arrendada, específicamente en el sector del puente sobre el río Virrilla, en la ruta nacional No. 147 (Radial Santa Ana-Belén).

(...)

De manera URGENTE en este acto se solicita como MEDIDA CAUTELAR que en forma inmediata y hasta tanto no se concluya el presente procedimiento administrativo, se ORDENE la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, se ABSTENGA de remover, trasladar o retirar los postes que actualmente arrienda a Millicom Cable Costa Rica, S. A., en el sector del puente sobre el río Virrilla, en la ruta nacional No.147 (Radial Santa Ana-Belén), así como que se ABSTENGA DE PERMITIR O PERMITA QUE TERCEROS AFECTEN DICHA POSTERÍA con el consecuente perjuicio a los servicios de telecomunicaciones de dicha empresa y que se brinden por medio del mencionado recurso escaso de infraestructura.

(...)

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017**
15 de diciembre del 2017

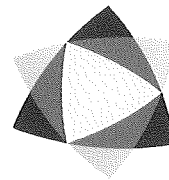
2. Que el 14 de diciembre de 2017, mediante NI-13839-2017, el señor Carlos Arguedas Coto, remite al funcionario Juan Gabriel García Rodríguez un correo electrónico enviado por el señor Álvaro Solís Ramírez, ingeniero de proyectos de la Unidad Ejecutora del BCIE, donde entre otras cosas, se indica la fecha límite establecida en el cronograma de obra para la remoción de las redes de telecomunicaciones que atraviesan el cañón del río Virilla (ver folios 363 al 366 del expediente administrativo).
3. Que en esa misma fecha, funcionarios de la DGM realizaron una inspección en el sitio Radial Santa Ana Belén, en el trabajo de ampliación del puente sobre la ruta 147, y mediante oficio 10121-SUTEL-DGM-2017 levantaron un acta de fiscalización y/o auditoría.
4. Que el 15 de diciembre del 2017, mediante el oficio 10160-SUTEL-DGM-2017, la Dirección General de Mercados rindió informe respecto a la solicitud de medida cautelar urgente realizada por TIGO.
5. Que en sesión extraordinaria del Consejo de Sutel 091-2017, mediante conferencia telefónica con el señor Viceministro de Telecomunicaciones, Edwin Estrada Hernández, se confirmó que se sostuvo una reunión el día 15 de diciembre de 2017 con operadores afectados por los trabajos en la Radial Santa Ana-Belén, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, el CONAVI y el funcionario Juan Gabriel García Rodríguez en representación de Sutel. En dicha reunión se llegó a los siguientes acuerdos principales y constataciones:
 - Ampliar el plazo para concluir los trabajos de relocalización al día 22 de diciembre de 2017.
 - Todos los operadores se encuentran trabajando actualmente en sus redes.
 - La Rectoría quedó como coordinadora entre los operadores y su contraparte, a partir de ahora para coordinar cualquier eventualidad o incidencias con la contraparte.

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

CONSIDERANDO**PRIMERO: COMPETENCIA DE LA SUTEL**

- I. Que de conformidad con el artículo 73 inciso f) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, son funciones del Consejo de Sutel resolver los conflictos que se originen en la aplicación del marco regulatorio de las telecomunicaciones y que puedan sobrevenir entre los distintos operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como entre operadores y proveedores.
- II. Que de conformidad con el artículo 73 inciso j) de la Ley 7593, son funciones del Consejo de Sutel el velar porque los recursos escasos se administren de manera eficiente, oportuna, transparente y no discriminatoria.
- III. Que de conformidad con el artículo 74 de la Ley 7593, se considera una actividad de interés público el establecimiento, la instalación, la ampliación, la renovación y operación de las redes públicas de telecomunicaciones o sus elementos.
- IV. Que de conformidad con el artículo 77 de la Ley 7593:

"La Sutel garantizará el derecho de los operadores al uso conjunto o compartido de las canalizaciones, los ductos, los postes, las torres, las estaciones y las demás instalaciones requeridas para la instalación y operación de las redes públicas de telecomunicaciones, así como para la provisión de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, además, la colocación de equipos.

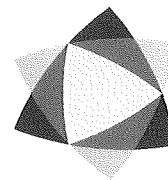
**SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017**
15 de diciembre del 2017

El uso conjunto o compartido de infraestructuras y la colocación serán regulados en forma transparente, objetiva, equitativa y no discriminatoria, de modo que se aseguren la competencia efectiva, la optimización y el aprovechamiento de los recursos.

Las condiciones del uso conjunto o compartido de instalaciones y la colocación, serán establecidas de común acuerdo por los operadores, de conformidad con esta Ley, los reglamentos, los planes técnicos y las demás disposiciones emitidas por la Sutel, según corresponda.

La Sutel podrá intervenir, de oficio o a petición de parte, para resolver las diferencias o controversias que se presenten. El uso conjunto o compartido de estas instalaciones y la colocación, tendrán en cuenta condiciones de factibilidad económica y técnica; además, estará sujeto a un pago a favor del titular, el cual deberá considerar una utilidad en términos reales, no menor que la media de la industria nacional o internacional; en este último caso, con mercados comparables."

- V. Que, el artículo 7 del Reglamento sobre el Uso Compartido de Infraestructura para el soporte de Redes Públicas de Telecomunicaciones (RUCIRP) publicado en el Diario Oficial La Gaceta, Alcance No. 270 del 13 de noviembre de 2017, indica que: *"De conformidad con el artículo 77 de la Ley 7593, así como el artículo 77 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo 34765-MINAET y demás disposiciones aplicables le corresponde a la SUTEL, garantizar el derecho al uso conjunto o compartido de las infraestructuras, canalizaciones, ductos, postes, torres, estaciones y demás instalaciones requeridas para la instalación y operación de redes públicas de telecomunicaciones, así como para la provisión de los servicios disponibles al público y la colocación de equipos."*
- VI. Que el artículo 51 del RUCIRP establece entre otros los supuestos en los que la Sutel puede intervenir en los procesos de uso compartido, tales como cuando fundadas razones de interés público lo requieran o cuando se afectare lo dispuesto en este reglamento, y en aquellas situaciones que la Sutel lo considere pertinente.
- VII. Que según dispone el artículo 54 del RUCIRP, una vez recibida la solicitud de intervención con la información detallada en el artículo 52 del presente reglamento, la SUTEL a través de la Dirección General de Mercados o la unidad que corresponda según decisión del Consejo, dará inicio al procedimiento de intervención. Para tal efecto, el Consejo de la SUTEL, nombrará a un órgano director a cargo del procedimiento.
- VIII. Que, en el presente caso, TIGO presentó formalmente su solicitud de intervención, así como la totalidad de información requerida según el artículo 52 del RUCIRP, sin perjuicio de que la Sutel pueda requerir posteriormente la consignación de cualquier otra información complementaria que resulte pertinente, de conformidad con la legislación vigente y el citado Reglamento.
- IX. Que en virtud de lo anterior, la Sutel debe realizar un procedimiento administrativo sumario en el cual se otorgue audiencia a los operadores involucrados, tal y como lo define el artículo 54 del RUCIRP.
- X. Que asimismo, la Sutel dispondrá de un plazo no mayor a tres (3) meses para dictar la orden correspondiente. De conformidad con el artículo 59 del RUCIRP, dicha orden fijará las condiciones del uso compartido que a su juicio, sean estrictamente necesarias para garantizar el cumplimiento de los fines establecidos en la Ley 7593 y Ley 8642, e incluirá los aspectos sobre los cuales los operadores hayan llegado a algún acuerdo, siempre y cuando éstos se ajusten al ordenamiento jurídico de conformidad con la información suministrada por las partes.
- XI. Que cabe resaltar que la orden de uso compartido o resolución fundada de solución del conflicto que emita la Sutel, con las respectivas condiciones técnicas, económicas y jurídicas, es de acatamiento obligatorio para los operadores y su ejecución deberá efectuarse dentro del término estipulado en la resolución, so pena de la aplicación de las sanciones establecidas en el artículo 68 de la Ley 8642.


SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017
15 de diciembre del 2017
SEGUNDO: TEMPORALIDAD Y PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN Y OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN

- XII.** Que TIGO es operador de redes públicas de telecomunicaciones y proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público en virtud del título habilitante vigente.
- XIII.** Que CNFL es propietario de infraestructura que soporta redes públicas de telecomunicaciones.
- XIV.** Que las partes suscribieron un Contrato de Alquiler de Infraestructura el 16 de diciembre de 2016, el cual se mantiene vigente a la fecha.
- XV.** Que TIGO denuncia que CNFL, ha incumplido las condiciones pactadas en el contrato suscrito según lo indicado en el escrito recibido el día 14 de diciembre de 2017, con número NI-13838-2017 visible a folios 335 al 362 del expediente administrativo.
- XVI.** Que, por lo anterior, con fundamento en el artículo 52 y 54 del RUCIRP, y 74 y 77 de la Ley 7593, ante el interés público que reviste el tema de las telecomunicaciones es que este Consejo considera que se cumplen los presupuestos para iniciar una intervención de esta Superintendencia a efectos de resolver el presente conflicto.

TERCERO: SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA POR MILLICOM CABLE COSTA RICA S.A.

Que con relación a la solicitud de TIGO, de que: " *De manera URGENTE en este acto se solicita como MEDIDA CAUTELAR que en forma inmediata y hasta tanto no se concluya el presente procedimiento administrativo, se ORDENE la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, se ABSTENGA de remover, trasladar o retirar los postes que actualmente arrienda a Millicom Cable Costa Rica, S. A., en el sector del puente sobre el río Virilla, en la ruta nacional No.147 (Radial Santa Ana-Belén), así como que se ABSTENGA DE PERMITIR O PERMITA QUE TERCEROS AFECTEN DICHA POSTERÍA con el consecuente perjuicio a los servicios de telecomunicaciones de dicha empresa y que se brindan por medio del mencionado recurso escaso de infraestructura*" en su escrito del 14 de diciembre del 2017, (NI-13838-2017) conviene extraer del informe de la Dirección General de Mercados rendido mediante oficio N° 10160-SUTEL-DGM-2017 del 15 de diciembre de 2017, el cual es acogido en su totalidad por este órgano decisor, de conformidad con lo siguiente:

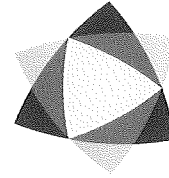
" (...)

B. SOBRE LA DE MEDIDA CAUTELAR
1. APLICACIÓN GENERAL SEGÚN LA DOCTRINA Y SUPUESTOS

La Ley General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), Ley N° 8642, define en el Título III, Capítulo III Régimen de Acceso e Interconexión, específicamente en su artículo 60 indica que: "La Sutel podrá definir, provisionalmente, las condiciones de acceso e interconexión hasta que emita su resolución definitiva, en la cual deberá valorar si existen alternativas técnicas y económicas más factibles y eficientes a la interconexión o acceso que se solicita."

Aunado a la anterior normativa específica del marco jurídico de las telecomunicaciones, hay que tener en consideración lo que dispone el ordenamiento jurídico en su totalidad. La Procuraduría General de la República en el Manual de Procedimiento Administrativo señala que la Ley General de la Administración Pública, otorga el sustento legal a este tipo de medidas en el artículo 14 inciso 2 y artículo 146, que indican:

"Artículo 14.- 1.- Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración. 2.- Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de



los otros propios del particular. 3.- El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones.”

“Artículo 146.- 1. La Administración tendrá potestad de ejecutar por sí, sin recurrir a los Tribunales, los actos administrativos eficaces, válidos o anulables, aún contra la voluntad o resistencia del obligado, sujeta a la responsabilidad que pudiera resultar. 2. El empleo de los medios de ejecución administrativa se hará sin perjuicio de las otras responsabilidades en que incurra el administrado por su rebeldía. 3. No procederá la ejecución administrativa de los actos ineficaces o absolutamente nulos y la misma, de darse, producirá responsabilidad penal del servidor que la haya ordenado, sin perjuicio de las otras resultantes. 4. La ejecución en estas circunstancias se reputará como abuso de poder.”

Asimismo, continúa mencionando que “La medida cautelar supone una necesidad y, consecuentemente, un fin. En el caso concreto de la Administración, y dentro de lo que es el tema de este Manual, tendríamos que precisar que el fin que persigue el procedimiento administrativo lo es la búsqueda de la verdad real, y si para alcanzar tal objetivo se requiere modificar, temporalmente, alguna o algunas situaciones jurídicas de las partes de aquel procedimiento, ello se revela como una necesidad atinente al fin. Pero, a fin de evitar que se convierta en una medida de sanción anticipada, o que no sea, en la realidad, una decisión que tienda efectivamente a resguardar el objeto del procedimiento, se le reviste de una serie de requisitos que obligan a la Administración al momento de su adopción.” (Costa Rica Procuraduría General de la Republica. Manual de Procedimiento Administrativo. San José, CR (2006) p. 117-118.)

En esa línea ha señalado la Sala Constitucional lo siguiente:

“...Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como “un conjunto de potestades procesales del juez –sea justicia jurisdiccional o administrativa– para resolver antes del fallo, con el específico fin de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final”. (Sentencia Nº 7190-94 de las 15:24 hrs. del 6 de diciembre de 1994, criterio reiterado en el Voto Nº 3929-95 de las 15:24 hrs. del 18 de julio de 1995).

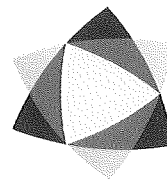
De igual manera la misma Sala ha señalado que se deben cumplir con los siguientes presupuestos:

“Ahora bien, la posibilidad que tienen las administraciones públicas para adoptar las medidas cautelares está subordinada a la concurrencia de los presupuestos y requisitos propios de las mismas. Dentro de las características de toda medida precautoria figuran la instrumentalidad y provisionalidad, lo primero significa que es accesorio respecto del procedimiento principal y lo segundo que tiene una eficacia limitada o *rebus sic stantibus*, esto es, se extingue cuando se dicta el acto final. Otra característica es la urgencia que permite, en ocasiones especiales e intensas, la derogación de las reglas generales del proceso. Finalmente, se tiene la cognición sumaria o *summaria cognitio*, que parte de la verosimilitud de los hechos y no de su determinación absoluta y completa, lo que presupone la verificación por parte del órgano administrativo del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*. (Sala Constitucional, Resolución Nº 10290-2004 de las 16:59 horas del 21 de setiembre del 2004).

De tal manera que al momento de valorar la procedencia de una medida cautelar, la Administración deberá considerar si se da el cumplimiento de los presupuestos previamente señalados: el *periculum in mora*, el *fumus bonis iuris*, la ponderación de intereses en juego, así como la provisionalidad y la instrumentalidad, características que se describen a continuación.

a. Sobre la apariencia de buen derecho

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


SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017
15 de diciembre del 2017
b. Sobre el periculum in mora

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

El peligro en la demora consiste en el peligro actual, real, objetivo, grave e inminente, que podría sufrir la solicitante durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal.

c. Sobre la ponderación de los intereses

La doctrina ha admitido, por virtud de la cláusula supletoria general del artículo 229, p. 2°, LGAP la aplicación de las medidas cautelares previstas en el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo. En este sentido el artículo 22 del CPCA establece que además del *periculum in mora* deben ponderarse los intereses en juego o lo que se ha llamado la bilateralidad del *periculum in mora*, derivado del principio de proporcionalidad que exige al órgano decisor ponderar los diversos intereses involucrados al dictar la medida cautelar.

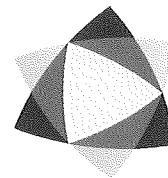
En esencia se trata de valorar comparativamente el interés del solicitante de la medida con el interés público y el de terceros, en donde la medida ha de denegarse cuando el perjuicio sufrido por la colectividad o terceros es cuantitativa y cualitativamente superior al experimentado por el solicitante en caso de que no se otorgue la medida. Es aquí donde se evalúan los posibles impactos sobre el mercado.

En doctrina se ha desarrollado la importancia de la ponderación de intereses, como bien lo señala Eduardo Ortiz Ortiz de la siguiente manera:

"El interés público de la administración y la eventualidad de daños graves al mismo son materia de obligada consideración para decidir sobre la petición de suspensión del acto impugnado y para rechazarla si, otorgarla, lesionaría severamente un fin o interés público de importante rango. De este modo, cabe concluir en que no basta la procedencia de la demanda cautelar de suspensión que el particular invoque y pruebe daños graves o de difícil reparación por obra o con motivo de la ejecución del acto impugnado, sino que es necesario que así resulte ser después de haberlos comparado con los que produciría al interés público la suspensión de esa misma ejecución, dados los hechos del caso y el rango de los bienes jurídicos en conflicto." (Ortiz Ortiz, Eduardo, Justicia Administrativa Costarricense, (Cuatro Estudios), San José, Litografía e Imprenta LIL, 1990, pág. 370).

d. Sobre la instrumentalidad y provisionalidad

Como se refirió líneas arriba, entre las características de la medida cautelar está su carácter instrumental y provisional, es decir, que la misma no resuelve sobre el fondo del asunto ni sustituye la resolución final del mismo. Al respecto la doctrina ha sido abundante al indicar que "(...) La tutela cautelar es provisional porque es instrumental (es decir, no es definitiva porque está en función de un proceso), pero, a la vez, al ser instrumental debe ser provisional (esto es, por estar en función de una resolución principal que la extinguirá, no puede tener un carácter definitivo). La medida cautelar está destinada a extinguirse cualquiera que sea el resultado del juicio principal (...)" (Font Serra, E. Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva. Ediciones Universidad de Navarra, España (1974) p.p. 144-145.)

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017**
15 de diciembre del 2017

Así lo ha señalado la Sala Constitucional en la resolución N° 13016-2003 de las 09:45 horas del 7 de noviembre de 2003 al indicar que la "medida cautelar **tiene un carácter instrumental de la decisión final**, lo que determina su subordinación al proceso principal; es decir, **es provisional**, su eficacia se agota al momento de dictarse la resolución final, cuyo dictado no puede extenderse irrazonablemente, so pena de convertirse en una sanción anticipada" (el resaltado es intencional).

Queda claro entonces que la Sutel debe ordenar las medidas cautelares adecuadas y necesarias para resguardar los derechos y el interés público, y para ello debe ponderar los intereses enfrentados entre quien solicita la medida cautelar y los intereses de quien debe soportarlo, para evitar que se genere un daño más grave al ordenar una medida cautelar. Asimismo, no se debe dejar de lado que entre las características de la medida cautelar está su carácter instrumental es decir, que no resuelve sobre el fondo del asunto ni sustituye la resolución final del mismo. Tampoco debe dejarse de lado su carácter provisional, es decir que la misma no debe perdurar definitivamente, sino que esta es temporal mientras se dicta el acto definitivo.

De conformidad con el artículo 23 del CPCA, se contempla la posibilidad de adoptar y ordenar medidas provisionálicas de manera inmediata. Tal como lo menciona el artículo 25 del CPCA, en casos de extrema urgencia y a solicitud de parte, se podrá disponer de medidas cautelares in necesidad de conceder audiencia.

Asimismo, de conformidad con el artículo 55 del Reglamento sobre el Uso Compartido e Infraestructura para el Soporte de Redes Públicas de Telecomunicaciones (RUCIRP):

"El Consejo de la SUTEL, de oficio o a instancia de los interesados, podrá ordenar provisionalmente el uso compartido solicitado, cuando considere que es técnicamente viable, y fijará las condiciones de la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley N° 8642.

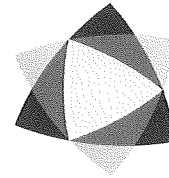
Para tales fines, la SUTEL realizará las actuaciones estrictamente necesarias para proteger los intereses de los usuarios, la seguridad e integridad de los recursos escasos, garantizar el uso compartido de infraestructuras para telecomunicaciones, así como la continuidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público."

2. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR EN EL CASO CONCRETO

Una vez conocidos los presupuestos que se requieren para determinar la procedencia de una medida cautelar, se debe realizar el análisis de los mismos a la luz del caso concreto, que aquí versa sobre la solicitud realizada por el señor Juan Carlos Rodríguez Cordero, en representación de TIGO, contra CNFL, según parte de su petitoria en la solicitud de intervención para "(...) De manera URGENTE en este acto se solicita como MEDIDA CAUTELAR que en forma inmediata y hasta tanto no se concluya el presente procedimiento administrativo, se ORDENE la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, se ABSTENGA de remover, trasladar o retirar los postes que actualmente arrienda a Millicom Cable Costa Rica, S. A., en el sector del puente sobre el río Virrilla, en la ruta nacional No.147 (Radial Santa Ana-Belén); así como que se ABSTENGA DE PERMITIR O PERMITA QUE TERCEROS AFECTEN DICHA POSTERÍA con el consecuente perjuicio a los servicios de telecomunicaciones de dicha empresa y que se brindan por medio del mencionado recurso escaso de infraestructura".

De la información aportada al expediente, la empresa TIGO señala como fundamento para la solicitud de medida cautelar la afectación material en cuanto a la red de telecomunicaciones desplegada y los perjuicios económicos que implicaría, así como la afectación a un número importante de clientes residenciales y empresariales. A este respecto cabe señalar que no se aporta prueba que constate lo señalado. Indican que la Sutel en numerosos precedentes ha admitido medidas cautelares provisionales sin necesidad de demostrar los daños dentro de los procedimientos de intervención (RCS-153-2011, RCS-067-2011 y RCS-130-2011).

TIGO indica que "(...) ante la comunicación reciente por parte de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, de que se realizarían los cambios de postería en razón de los trabajos requeridos por la ampliación del puente sobre el río Virrilla, en la ruta nacional No. 147 (Radial Santa Ana-Belén); al amparo de dicho clausulado del contrato citado, y en el entendido de que los plazos establecidos pueden ser aumentados o extendidos cuando las circunstancias lo ameriten y medie la justificación debidamente razonada y por escrito, así se comunicó. No obstante, la CNFL no atendió la solicitud de nuestra representada, respondiendo en forma negativa; conforme se comprueba en la documentación adjunta. (...)"

**SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017**
15 de diciembre del 2017

Adicional a su solicitud de intervención y medida cautelar, TIGO aporta una nota con fecha del 5 de diciembre de 2017 dirigida a la CNFL, indicando que de conformidad con la cláusula sexta del contrato suscrito y los plazos establecidos, les resultaba materialmente imposible atender la solicitud planteada en los tiempos señalados. Enumera que las razones por las cuales les resulta imposible cumplir con el requerimiento se debe a que el 8 de diciembre se prevé el congelamiento de la red y que el período entre la entrega de los postes y la fecha esperada de inicio de trabajos es muy corto y que, a su criterio, se requieren al menos tres ventanas de mantenimiento para la relocalización de clientes y un tiempo prudencial para la instalación de un cable provisional de fibra óptica, además de que se afectarían de manera importante enlaces de backbone de diferentes zonas y nodos.

Asimismo, TIGO aporta la respuesta de CNFL con fecha del 12 de diciembre de 2017, en el cual el señor Mario Venegas Padilla en su calidad de jefe del área de Infocomunicaciones, indica que en cumplimiento con el contrato suscrito entre las partes, en su la cláusula sexta "Modificaciones a la Infraestructura" el 8 de junio de 2017 se realizó una visita de campo al sitio y se adjuntó la bitácora de asistencia, en la cual se observa la presencia de personal de TIGO. Adicionalmente se indica que el 27 de noviembre de 2017, la CNFL remitió un correo electrónico en el cual se adjunta cronograma de actividades para el traslado de redes de comunicaciones y fecha de suspensión eléctrica. En vista de lo señalado en dicho correo TIGO solicitó realizar una visita técnica en sitio para reforzar lo indicado en los otros puntos, la cual se llevó a cabo el 28 de noviembre de 2017. Por lo tanto, la CNFL cumplía con lo pactado entre las partes en el contrato suscrito.

TIGO incluye en su solicitud de intervención la cláusula sexta "Modificaciones en la Infraestructura", en la cual se puede apreciar que dependiendo de la cantidad de postes afectados se daría aviso previo a "la arrendataria" (en este escenario TIGO) de siete días hábiles a dos meses calendario. Asimismo, se indica que TIGO correría con los costos de relocalización dentro del plazo concedido por la compañía.

Al respecto, consta en el expediente administrativo (NI-13839-2017 visible a folios 363 al 366 del expediente administrativo), un correo electrónico con fecha del 11 de diciembre de 2017 remitido por el Ingeniero del Proyecto de la Unidad Ejecutora del BCIE, y dirigido a la CNFL, donde se indica la fecha límite establecida en el cronograma de obra para la remoción de las redes de telecomunicaciones que atraviesan el cañón del río Virilla, esto por motivo que se debe colocar la "Pila 2", actividad que se encuentra en la ruta crítica del proyecto en cuestión.

Es importante señalar, que al momento no constan ante esta Superintendencia, reclamos o solicitudes de intervención de otros operadores o proveedores de servicios de telecomunicaciones que podrían verse afectados por la relocalización de sus redes en la infraestructura de CNFL.

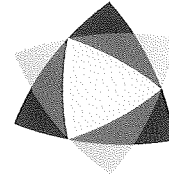
Por otro lado, según se aprecia en el Acta de Inspección y/o Fiscalización, con número de oficio 10121-SUTEL-DGM-2017 del 14 de diciembre de 2017, funcionarios de la DGM acudieron a realizar una inspección en el sitio en cuestión con el fin de tener mayor fundamento previo a realizar el análisis de la solicitud presentada por TIGO, determinando lo siguiente según se aprecia a folios 367 al 373 del expediente administrativo:

"Tigo se encuentra en el sitio instalando red en paralelo. El tendido se encontrará listo la noche del jueves 14 de diciembre.

Álvaro Solís Ramírez funcionario de la unidad ejecutora del BCIE indica que el plazo que se indicó a CNFL es para el 17 de diciembre, dado que los trabajos se tienen que realizar posterior a esa fecha. Indica que siempre han estado coordinando con CNFL y esta a su vez con todos los operadores.

Por otro lado se pudo corroborar lo indicado por el señor Diego Carmona de TIGO en relación con el despliegue de fibra óptica al costado este del puente, donde se tomaron fotografías de un camión de la empresa realizando dicho despliegue."

Al realizar un análisis del cumplimiento de los presupuestos necesarios para la procedencia de una medida cautelar, se evidencia que no se cumple el presupuesto del peligro en la demora, ya que la empresa TIGO se encontraba realizando los trabajos en el sitio en cuestión, en cumplimiento del cronograma y las fechas comunicadas por CNFL. Como prueba de lo anterior se verifica el acta levantada por funcionarios de la DGM, así como fotografías anexadas a la misma (ver folios 367 al 373).


SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017
15 de diciembre del 2017

De ahí que actualmente la empresa está realizando despliegue de una red paralela de fibra óptica al costado este del puente para realizar el bypass de las fibras ópticas que se encuentran al lado oeste. Lo anterior con el fin de evitar afectación a sus usuarios con las obras a realizar, por lo que el argumento de TIGO no se acredita, ya que el peligro en la demora consiste en el peligro actual, real, objetivo, grave e inminente, que podría sufrir la solicitante durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal, y que por su difícil reparación amerite la aplicación de la medida cautelar, lo cual en apariencia no sucede en el presente caso.

Por lo que se indicó líneas arriba en relación con las características de la medida cautelar, se debe tomar en cuenta su carácter instrumental y provisional, es decir, que la misma no resuelve sobre el fondo del asunto ni sustituye la resolución final del mismo. En el presente caso al considerarse que no existe un peligro en la demora, como se señaló en el párrafo anterior, entrar a resolver si se incumplió o no el contrato suscrito entre las partes, sería suplantarse la decisión final del proceso, porque indudablemente se estaría resolviendo sobre el fondo del asunto, desnaturalizando la figura al perder su carácter provisional e instrumental.

Por todo lo anterior se debe concluir con base en lo expuesto anteriormente que lo procedente es rechazar la medida cautelar solicitada por MILLICOM CABLE COSTA RICA S.A., ya que, si bien es cierto las medidas cautelares se pueden acoger en cualquier momento para salvaguardar y proteger un interés superior, o evitar que se generen daños de difícil o imposible reposición, la solicitud realizada es improcedente, en el tanto no se demostró que se cumplieran los presupuestos legales ya que TIGO en el momento de la inspección realizada por funcionarios de la DGM, se encontraba realizando los trabajos en el sitio afectado, en acatamiento de lo indicado por la CNFL.

Pese a lo anterior, se hace la acotación de que las medidas cautelares al tener un carácter puramente preventivo, no prejuzgan acerca del fondo de los hechos denunciados. Asimismo, el Consejo de la Sutel en cualquier momento podrá de oficio o a instancia de parte, considerar nuevamente la procedencia de la medida cautelar solicitada u otra.

C. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Los argumentos expuestos permiten concluir y recomendar para su valoración al Consejo de la SUTEL lo siguiente:

1. *Rechazar la solicitud de medida cautelar realizada por MILLICOM CABLE COSTA RICA S.A., para que: "se ORDENE la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, se ABSTENGA de remover, trasladar o retirar los postes que actualmente arrienda a Millicom Cable Costa Rica, S. A., en el sector del puente sobre el río Virrilla, en la ruta nacional No. 147 (Radial Santa Ana-Belén), así como que se ABSTENGA DE PERMITIR O PERMITA QUE TERCEROS AFECTEN DICHA POSTERÍA con el consecuente perjuicio a los servicios de telecomunicaciones de dicha empresa y que se brindan por medio del mencionado recurso escaso de infraestructura".*

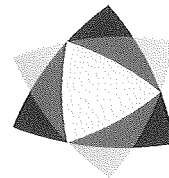
XVII. Que de conformidad con los anteriores resultandos y considerandos, este Consejo, en uso de las competencias que tiene atribuidas para el ejercicio de sus funciones:

POR TANTO

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

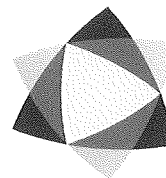
**EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES
 RESUELVE**

1. Acoger en su totalidad el informe rendido por la Dirección General de Mercados mediante oficio 10160-SUTEL-DGM-2017 del 15 de diciembre de 2017.

SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017
15 de diciembre del 2017

2. Rechazar la solicitud de medida cautelar presentada por **MILLICOM CABLE COSTA RICA S.A.**, para que: *“se ORDENE la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, se ABSTÉNGA de remover, trasladar o retirar los postes que actualmente arrienda a Millicom Cable Costa Rica, S. A., en el sector del puente sobre el río Virilla, en la ruta nacional No. 147 (Radial Santa Ana-Belén), así como que se ABSTENGA DE PERMITIR O PERMITA QUE TERCEROS AFECTEN DICHA POSTERÍA con el consecuente perjuicio a los servicios de telecomunicaciones de dicha empresa y que se brindan por medio del mencionado recurso escaso de infraestructura”*, por improcedente al encontrarse que no se cumplen los presupuestos legales para ordenar una medida cautelar.
3. Iniciar un procedimiento administrativo sumario de intervención con el fin de resolver el supuesto incumplimiento contractual de la relación de uso compartido entre MILLICOM CABLE COSTA RICA S.A. Y COMPAÑÍA NACIONAL DE FUERZA Y LUZ.
4. A efectos de concretar los hechos sobre los cuales se va a versar el presente procedimiento de intervención se establece el siguiente punto:
 - La verificación y resolución del supuesto incumplimiento contractual entre las empresas TIGO y CNFL.
5. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 275 de la Ley General de la Administración Pública, téngase como parte interesada dentro del presente procedimiento administrativo a TIGO y CNFL.
6. Nombrar al funcionario Juan Carlos Ovares Chacón como Órgano Director para que instruya el procedimiento administrativo de intervención, para lo cual tendrá todas las competencias otorgadas en la Ley General de la Administración Pública, Ley N°6227 (LGAP).
7. De conformidad con lo estipulado en los artículos 54 del Reglamento sobre el Uso Compartido de Infraestructura para el Soporte de Redes Públicas de Telecomunicaciones y 323 de la Ley General de la Administración Pública, se les confiere audiencia a las partes para que en el **plazo de cinco (5) días hábiles** posteriores a la notificación del presente auto de apertura, manifiesten por escrito lo que consideren oportuno y se refieran a los documentos que constan en el expediente **A0193-STT-INT-01284-2014**.
8. Apercibir a las partes que de conformidad con el artículo 56 del Reglamento sobre el Uso Compartido de Infraestructura para el Soporte de Redes Públicas de Telecomunicaciones, la Sutel podrá realizar las inspecciones, fiscalizaciones y auditorías que se consideren necesarias para el desarrollo de la correspondiente intervención y resolución del supuesto incumplimiento contractual entre las partes interesadas.
9. Los documentos que conforman el expediente administrativo y que se encuentran en custodia de la Sutel, se ponen a disposición de las partes y cualquier profesional en derecho, de conformidad con los artículos 217 y 272 de la Ley General de la Administración Pública, y podrán ser examinados en las oficinas de la Sutel ubicadas en Oficentro Multipark, edificio Tapantí, tercer piso, Guachipelín de Escazú, de las 8:00 horas a las 16:00 horas.
10. Se les informa a las partes que en cualquier momento podrán llegar a un acuerdo respecto a la controversia aquí planteada.
11. El Órgano director podrá solicitar ampliación de la información remitida y consignada en el expediente respectivo en la tramitación e instrucción del presente procedimiento
12. Continúese la tramitación del procedimiento por parte del órgano director nombrado en la presente resolución

Nº 44624



sutel
SUPERINTENDENCIA DE
TELECOMUNICACIONES

SESIÓN EXTRAORDINARIA 091-2017
15 de diciembre del 2017

Se advierte a las partes, que contra la presente resolución no procede recurso alguno, por no corresponder a uno de los supuestos de recurso dentro del procedimiento sumario, de conformidad con el artículo 344 de la Ley General de la Administración Pública (Ley No. 6227).

ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE

A LAS 16:00 HORAS FINALIZA LA SESIÓN

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO
SECRETARIO DEL CONSEJO



sutel
Telecomunicaciones
para todos

MANUEL EMILIO RUIZ GUTIÉRREZ
PRESIDENTE A. I. DEL CONSEJO