

21 de octubre del 2016
7763-SUTEL-SCS-2016

Señor
Víctor Manuel García Talavera
Apoderado General
CLARO CR TELECOMUNICACIONES S. A.
E-mail: notificaciones.sutel@claro.cr, o notificaciones.judiciales@claro.cr

Estimado señor:

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el inciso 10) del artículo 22 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus órganos desconcentrados, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria 058-2016 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el 12 de octubre del 2016, se adoptó, por unanimidad, lo siguiente:

ACUERDO 010-058-2016

En relación con la denuncia por presunto incumplimiento del Instituto Costarricense de Electricidad en torno a la portabilidad numérica en telefonía fija, así como el informe del oficio N° 07260-SUTEL-DGM-2016, del órgano de investigación; el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones acuerda lo siguiente:

RESULTANDO

1. Que mediante acuerdo 014-060-2014 alcanzado en sesión ordinaria 060-2014 celebrada a las 15:00 horas del 08 de octubre de 2014, el Consejo de la Sutel dictó la resolución **RCS-253-2014**, denominada "DISPOSICIONES REGULATORIAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PORTABILIDAD NUMERICA FIJA EN COSTA RICA" (*Expediente 600-DGC-POR-OT-21-2012, folios 5643 al 5663*).
2. Que mediante oficio con número 6000-0172-2015 (**NI-01391-2015**) presentado el 10 de febrero del 2015, el ICE da respuesta a lo requerido mediante acuerdo 013-005-2015 indicando que las disposiciones de la Sutel en cuanto a la obligatoriedad de implementar portabilidad numérica en telefonía básica fija adolecen de vicios de ilegalidad, además de encontrarse inhibidos para cumplir la prevención hecha, razones por las cuales solicitan al Consejo de la Sutel que se inhiba de proceder con lo indicado en el resuelve segundo del acuerdo respecto de la aplicación del régimen sancionatorio previsto en la Ley General de Telecomunicaciones.
3. Que mediante oficio con número RI-0158-2015 (**NI-8441-2015**) presentado el 31 de agosto del 2015, el señor Víctor García Talavera en su condición de apoderado general de CLARO, solicita realizar una investigación de las actuaciones del ICE ya que supuestamente dicha empresa ha venido obstaculizando el proceso de portabilidad fija al tiempo que ofrece dicha portabilidad a sus propios clientes; además, en el mismo escrito solicitó a la Sutel la imposición de una medida cautelar consistente en que "[...] se ordene de forma inmediata la portabilidad fija en telefonía tradicional, de forma que los proveedores de servicios VoIP puedan replicar la oferta del ICE mediante VoIP" (*Expediente C0262-STT-MOT-PM-02170-2015, folios 3 al 21*).
4. Que el día 20 de enero de 2016, el ICE interpuso una **acción de inconstitucionalidad** ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para que se declare inconstitucional la resolución de Sutel RCS-253-2014 por violentar lo dispuesto en el artículo 121,14 de la Constitución Política (*Expediente FOR-EXT-PJ-SIV-000936-CO-00961-2016*).

5. Que mediante resolución de las 10:49 horas del 15 de febrero de 2016 (**NI-01778-2016**), notificada a la SUTEL el 16 de febrero de 2016, la Sala Constitucional da curso a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el ICE contra la resolución RCS 253-2014 y confiere audiencia a la Sutel por quince días. En el mismo acto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dispuso que “[...] *no se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso. Este aviso solo afecta los procesos judiciales pendientes en los cuales se discuta la aplicación de lo impugnado y se advierte que lo único que no puede hacerse en dichos procesos es dictar sentencia, o bien, el acto en que haya de aplicarse lo cuestionado en el sentido en que lo ha sido. Igualmente, lo único que la acción suspende en la vía administrativa es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendentes a agotar esa vía, que son los que se iniciaron con y a partir del recurso de alzada o de reposición interpuestos contra el acto final, claro está que se trate de normas que deben aplicarse durante la tramitación, en cuyo caso la suspensión opera inmediatamente.*” (Expediente FOR-EXT-PJ-SIV-000936-CO-00961-2016).
6. Que mediante oficio RI-0187-2016 (**NI-09815-2016**) presentado el 08 de setiembre de 2016, CLARO brindó su respuesta a lo requerido mediante oficios 00572-SUTEL-DGM-2016 y 06069-SUTEL-DGM-2016 y solicitó continuar el procedimiento de investigación contra el ICE (Expediente C0262-STT-MOT-PM-02170-2015, folios 89 al 95).
7. Que mediante oficio 264-809-2016 (**NI-09967-2016**) presentado el 13 de setiembre de 2016, el ICE brindó su respuesta a lo requerido mediante oficios 00569-SUTEL-DGM-2016 y 06096-SUTEL-DGM-2016 e indicó que “[...] *hoy por hoy, las obligaciones que estableció la resolución RCS-259-2014 al ICE para la implementación de la portabilidad en el servicio de telefonía fija se encuentra suspendidas hasta tanto no exista resolución en firme a nivel judicial, y en ese sentido, respetuosamente, consideramos que realizar una investigación por incumplimiento de esas obligaciones no resulta procedentes*” (Expediente C0262-STT-MOT-PM-02170-2015, folios 96 al 98)
8. Que el Órgano Director de la investigación preliminar, mediante el oficio N° 07260-SUTEL-DGM-2016, del 30 de setiembre de 2016, rindió su informe en relación con la denuncia presentada por Claro en el presente asunto.

CONSIDERANDO

- I. Que el procedimiento administrativo se inicia por el acto que el ordenamiento jurídico le atribuye el efecto de poner en marcha la actividad de la Administración. La naturaleza del acto de inicio es diversa según sea de oficio o a instancia de parte. Cuando la Administración decide iniciar un procedimiento debe dictar un acto de trámite. Este acto de inicio puede emanar del órgano competente, sea por iniciativa propia, orden de un órgano superior o denuncia, que pueden o no estar precedidos de una investigación preliminar.
- II. Que el presente caso responde al caso de “denuncia”. La denuncia es un acto administrativo de colaboración con la función administrativa por el cual se pone en conocimiento del órgano administrativo hechos que pueden determinar el inicio de un procedimiento. La denuncia obliga a la administración pública atenderla y darle trámite, esto es, actuar a través de la iniciación de un procedimiento administrativo, siempre que exista base racional para admitir su veracidad, para cuya constatación puede disponerse una investigación preliminar. En este sentido, no cabe confundir la denuncia como una modalidad de inicio de un procedimiento administrativo a instancia de parte, puesto que no se trata de una petición o pretensión en sentido estricto sino de un acto para poner en conocimiento a la SUTEL de unos hechos presuntamente irregulares, con el propósito de instar a la Superintendencia para que incoe el procedimiento respectivo.
- III. Que en acatamiento de lo dispuesto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución de las diez horas y cuarenta y nueve minutos del quince de febrero de dos mil dieciséis y conforme lo indicado por la Unidad Jurídica de la Sutel, ésta Superintendencia de Telecomunicaciones, en la actualidad y hasta tanto dicho Tribunal Constitucional no resuelva, se encuentra imposibilitada de exigir el cumplimiento de las obligaciones impuestas en aplicación de la resolución del Consejo de la Sutel RCS-253-2014 del 08 de octubre de 2014.

- IV. Que, por consiguiente, este Consejo considera que para conocer el informe de la investigación preliminar y resolver sobre la procedencia de la apertura del procedimiento administrativo, según corresponda, debe esperar a que la Sala Constitucional determine mediante sentencia la constitucionalidad de la normas y actos objeto de la acción indicada en el punto anterior.
- V. Que los documentos de informes, estudios, opiniones o cualquier otro de carácter preparatorio, borrador, proyectos, durante la fase preparatoria y de estudios previo al procedimiento sancionador o para la toma de una decisión regulatoria, se deben considerar de trabajo y reservados o de acceso restringido. Lo anterior tiene como objetivo proteger el proceso de toma de decisiones de la Sutel, lo cual constituye en la legislación y jurisprudencia comparada una exclusión justificada del acceso a la información de la Administración Pública. Nuestra jurisprudencia ha estimado que los proyectos de resoluciones y los dictámenes o criterios de los órganos consultivos o asesores, son reservados o de acceso restringido hasta tanto no sean conocidos por el órgano decisor a quien se dirigen los proyectos o criterios, o los documentos se agreguen al expediente respectivo. La justificación se sustenta en el fin de fomentar las discusiones abiertas entre los subordinados y sus superiores jerárquicos sobre asuntos administrativos y, proteger la información frente a una divulgación prematura antes de llegar a una decisión final; evitando así la confusión del ciudadano que podría resultar de la divulgación de razonamientos y opiniones que no se utilicen como fundamento de la decisión final (ver en ese sentido, Ricardo García Macho, “Derecho administrativo de la información y administración transparente.” Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 219). Esta misma doctrina señala que las Administraciones “realizan de forma constante y correcta un proceso continuado de auto-evaluación, proceso que generará memorándums que contienen recomendaciones que no llegan a madurarse y convertirse en decisiones administrativas.” (ídem.) Transcurrida esta fase de investigación, análisis, elaboración de estudios preliminares e informe preliminar para consulta, se pone a disposición de terceros y en cumplimiento de la transparencia y participación ciudadana, los documentos que forman parte de la consulta y el respectivo expediente. En este sentido, la doctrina señala “que el proceso de toma de decisiones requiere en ocasiones una cierta reserva o secreto para permitir valorar sin presiones las circunstancias del caso y que evite también la difusión de rumores contradictorios, habiendo también casos en que esa reserva o secreto debe mantenerse hasta el momento en que la decisión se formula con plena eficacia” (F. Sainz Moreno, “Secreto y transparencia”, en Estudios para la reforma de la Administración Pública, INAP, Madrid, 2004, p.176.)

POR TANTO

Con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, el Reglamento al Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 7472 y demás normativa de general y pertinente de aplicación,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

PRIMERO. Dar por recibido el oficio 07260-SUTEL-DGM-2016, del 30 de setiembre del 2016, por medio del cual la Dirección General de Mercados somete a consideración del Consejo el informe de la investigación preliminar efectuada con motivo de la denuncia planteada por el presunto incumplimiento del Instituto Costarricense de Electricidad por su actuaciones y omisiones en la portabilidad numérica fija. Asimismo, se indica de acceso restringido en el presente asunto, los documentos de informes, estudios, opiniones o cualquier otro de carácter preparatorio, borrador, proyectos, durante la fase preparatoria o de investigación previo al procedimiento sancionador y, se deben considerar documentos de trabajo o de acceso limitado por su carácter preliminar.

SEGUNDO. Señalar que en acatamiento de lo dispuesto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución de las diez horas y cuarenta y nueve minutos del quince de febrero de dos mil dieciséis, la Superintendencia de Telecomunicaciones en la actualidad y hasta tanto dicho Tribunal

Constitucional no resuelva la acción de constitucionalidad seguida bajo el expediente 16-000936-0007-CO, se encuentra imposibilitada de exigir el cumplimiento de las obligaciones impuestas en aplicación de la resolución del Consejo de la Sutel RCS-253-2014 del 08 de octubre de 2014, situación que se mantendrá en el tanto subsista la suspensión decretada por la Sala Constitucional.

TERCERO: Una vez resuelta la acción de inconstitucionalidad se valorará la procedencia y el mérito para la apertura de un procedimiento administrativo sancionador contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD por los hechos denunciados por CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A.

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 345 de la Ley General de la Administración Pública (6227) y 73 de la Ley de la autoridad reguladora de los servicios públicos (Ley 7593), contra esta resolución procede el recurso de reconsideración o reposición

NOTIFIQUESE

La anterior transcripción se realiza a efectos de comunicar el acuerdo citado adoptado por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, mismo que se encuentra firme. -

Atentamente,
CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo

EXP: PM-02170-2015