



JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO
JUNTA DIRECTIVA

SESIÓN ORDINARIA N° 5.229

27 DE NOVIEMBRE DEL 2017

ARTÍCULO No.

ASUNTO

**1.- INFORME INFOCOMUNICACIONES SOBRE ATENCIÓN
RECOMENDACIONES CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.**

2.- ASUNTOS VARIOS.

FIRMA DEL ACTA

**JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO****JUNTA DIRECTIVA****ACTA 5.229**

Sesión ordinaria, celebrada por la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago. **VERIFICACIÓN DE QUÓRUM:** al ser las diecinueve horas del día veintisiete de noviembre del año dos mil diecisiete, están presentes en el Salón de Sesiones los Directores Salvador Rojas Moya, Presidente, Mariangella Mata Guevara, Luis Gerardo Gutiérrez Pimentel, Alejandra Pereira López, Lisbeth Fuentes Calderón, Secretaria, Alfonso Viquez Sánchez, Vicepresidente, Víctor Hernández Cerdas, por lo que se cuenta con el quórum reglamentario para la celebración de la sesión. Además, participan los señores: Ing. Carlos Quirós Calderón, Gerente General a.i., Lic. Francisco Calvo Solano, Subgerente a.i., Lic. Juan Antonio Solano Ramírez, Asesor Jurídico, Lic. Raúl Quirós Quirós, Auditor Interno, ingresó al ser las diecinueve horas y cincuenta y cinco minutos.

**ARTÍCULO 1.- INFORME INFOCOMUNICACIONES SOBRE ATENCIÓN
RECOMENDACIONES CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.****DECLARATORIA DE CONFIDENCIALIDAD punto 2 de la Sesión Ordinaria 5.230 del
Miércoles 29 de noviembre del 2017.**

Que en la sesión ordinaria N°. 5.229 a celebrarse por la Junta Directiva de JASEC, el día lunes 27 de noviembre del 2017 a las 7:00 P.M. (19: 00 Horas) se conocieron 1 documento dentro del punto 2 del orden del día titulado:

2.-	INFORME INFOCOMUNICACIONES SOBRE ATENCIÓN RECOMENDACIONES CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.
------------	---

Los documentos incluidos dentro de dicho punto de agenda u orden del día se titulan como sigue:

1. Oficio GG-942-2017.

El punto número 4 fue presentado por las empresas Dinámica Consultores y Van der Leer Consultoría, Software y Capacitación, empresa que fue contratada por JASEC para realizar un análisis de la situación actual del negocio de infocomunicaciones.



JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO

JUNTA DIRECTIVA

La información que contienen dichos documentos es de gran interés institucional que permanezcan fuera del conocimiento público ya que constituyen información empresarial y de negocio sensible y que por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulta conveniente su divulgación a terceros, ya que puede generar competencia desleal y dar ventajas a otros operadores o proveedores de telecomunicaciones, así como también a afectar a esos mismos operadores dado que los clientes mayoristas han brindado información sensible a JASEC la cual no puede ser divulgada, además de que se incluye importante información financiera interna de JASEC la cual es de carácter muy sensible ya que si se conoce públicamente puede afectar la imagen institucional.

Como regulación aplicable a JASEC que fundamentan la presente solicitud de confidencialidad de información indicamos lo siguiente:

Reforma a la Ley de Creación de JASEC N° 7799:

Respecto a esta normativa los artículos aplicables son el segundo, el cual faculta de forma expresa a JASEC a prestar los servicios de telecomunicaciones, infocomunicaciones y otros servicios en convergencia, por lo que convierte a JASEC en un operador y proveedor de servicios de telecomunicaciones y el numeral 23 el cual de forma expresa indica que a JASEC se le aplicará el mismo régimen de contratación administrativa que al ICE.

Ley De Fortalecimiento Y Modernización De Las Entidades Públicas Del Sector Telecomunicaciones, No. 8660 de 29 de julio del 2008, Publicado en el Alcance No. 31 a La Gaceta No. 156 de 13 de agosto del 2008, y reformada mediante ley N° No. 9046 de 25 de junio del 2012. Alcance No. 104 a La Gaceta No. 146 de 30 de julio del 2012 y Ley No. 8839 de 24 de junio del 2010. La Gaceta No. 135 de 13 de julio del 2010.

En el artículo primero de dicha normativa de forma expresa indica lo siguiente:

Artículo 1.- Objeto y ámbito de aplicación (*)

Créase, por medio de la presente ley, el sector telecomunicaciones y se desarrollan las competencias y atribuciones que corresponden al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones (Micit), que por medio de su jerarca ejercerá la rectoría de dicho sector. Además, se modernizan y fortalecen el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y sus empresas; también, se modifica la Ley N.º 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de 9 de agosto de 1996, para crear la Superintendencia de Telecomunicaciones, en adelante denominada Sutel, que será el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. (*)



JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO

JUNTA DIRECTIVA

Quedan sometidos al ámbito de aplicación de esta Ley, toda la Administración Pública, tanto la centralizada como la descentralizada, incluyendo a aquellas que pertenezcan al régimen municipal, las instituciones autónomas, las semiautónomas y las empresas públicas y privadas, que desarrollen funciones o actividades relacionadas con las telecomunicaciones, infocomunicaciones, productos y servicios de información, interconexión y demás servicios en convergencia del Sector Telecomunicaciones. Resaltado y subrayado no es del original

(*) El primer párrafo del presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 9046 de 25 de junio del 2012. ALC# 104 a LG# 146 de 30 de julio del 2012.

Una explicación más amplia de la aplicación de la ley 8660 a JASEC se puede ver en la resolución 2008-011210 de la Sala Constitucional, respecto a una Consulta facultativa presentada ante la Sala Constitucional.

Considerando lo expuesto en dicho artículo la Ley 8660 es de eventual aplicación analógica para JASEC dado que la misma hace referencia expresa a todas las empresas sean públicas o privadas, lo cual ajustándonos al bloque de legalidad aplicable a JASEC, hace que dicha normativa sea aplicable, más aun cuando JASEC, como se vio anteriormente, es un operador en el mercado de las telecomunicaciones de Costa Rica por lo que debe estar sujeto a toda la normativa vigente y aplicable al sector de telecomunicaciones.

Además del numeral ya indicado debemos sumarle la aplicación de los numerales 3 inciso i), que se refiere específicamente a la privacidad de la información, en especial a la de los usuarios y a la recibida de otros operadores, el numeral 35 que se refiere claramente al manejo de información confidencial indicando textualmente *“ Es confidencial la información relacionada con las actividades del ICE y sus empresas, calificada por estas como secreto industrial, comercial o económico, cuando, por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros.”* y finalmente el numeral 45, el cual introduce la reforma expresa a la Ley 7799 de JASEC indicando que nos aplica el mismo régimen de contratación administrativa que al ICE.

Respecto al Decreto 35148-MINAET, el cual es aplicable a JASEC dado que es el régimen de contratación que utiliza el ICE, se debe hacer especial mención del numeral 18 el cual en lo que interesa indica:

Artículo 18.- Expediente. (*)

“...La Administración no divulgará información confidencial sin la autorización formal de la persona que la haya proporcionado cuando dicha divulgación pudiera



JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO

JUNTA DIRECTIVA

perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada persona o podría perjudicar la competencia leal entre los proveedores. Asimismo, el ICE podrá abstenerse de divulgar información que: (a) constituya un obstáculo para el cumplimiento de la ley; (b) perjudique la competencia leal entre proveedores; (c) perjudique los intereses comerciales legítimos de las partes del procedimiento, incluyendo la protección de la propiedad intelectual; o (d) pueda ir en contra del interés público. En tales casos, deberá constar en expediente un acto motivado por parte del ICE.

“...Asimismo, es confidencial la información relacionada con las actividades del ICE y sus empresas, calificada por estas como secreto industrial, comercial o económico, cuando, por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros. (*)” Resaltado y subrayado no es del original.

(*) El párrafo final del presente artículo ha sido adicionado mediante Decreto Ejecutivo No. 36010-MINAET de 3 de mayo del 2010. LG# 100 de 25 de mayo del 2010.

Lo descrito y analizado anteriormente es de aplicación analógica para JASEC por lo que puede convertirse en discrecional su aplicación o no para declarar la confidencialidad de información empresarial de JASEC, razón por la que también se debe incluir dentro de la declaratoria la siguiente regulación vigente y aplicable.

La SUTEL como ente regulador del mercado de las Telecomunicaciones en Costa Rica de igual forma ha indicado que cuando se trata de información sensible, sea 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, temas relacionados con el mercado, costos, estudios financieros, información con valor comercial, la misma puede ser declarada confidencial y secreta, y en reiteradas ocasiones ha indicado lo siguiente:

“...Que concordantemente, la Ley No. 7975, Ley de Información No Divulgada, en su numeral 2 dispone:

“Protégese 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:



JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO

JUNTA DIRECTIVA

- a) Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información.
- b) Esté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreta.
- c) Tenga un valor comercial por su carácter de secreta.

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.”

Asimismo, que de conformidad con el **artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227**, corresponde a la Administración examinar la pieza o piezas que contienen los expedientes, a fin de determinar cuáles están protegidas por el principio de confidencialidad y por lo tanto deben ser restringidas al público.

Que de conformidad con el artículo 30 de la Constitución, toda persona tiene el derecho fundamental de acudir a la Administración Pública para obtener información sobre asuntos de valor e interés público (derecho de acceso a la información administrativa) y por lo tanto la declaratoria de confidencialidad únicamente procede sobre las piezas del expediente que sólo afectan y atañen a la empresa.

Que en este sentido, **la Procuraduría General de la República en el dictamen C-344-2001 del 12 de diciembre del 2001** ha reconocido que podría considerarse como confidencial “la información que sólo es útil para la empresa y respecto de la cual ésta tiene un derecho a que no se divulgue, como las copias de las declaraciones tributarias, cartas, correspondencia, certificaciones personales, libros contables, los informes relativos a los estados financieros, balance de situación, los



JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO

JUNTA DIRECTIVA

relativos a estrategias de mercado, las políticas comerciales de la empresa, los métodos de producción, etc.” (lo destacado es intencional)...”

De lo anterior se evidencia de forma clara, que cuando se trate de información comercial y/o financiera sensible de una empresa, la cual considera que debe ser protegida y resguardada con el fin de no ver perjudicados sus intereses comerciales y en aras de proteger los usos comerciales honestos y evitar ventajas indebidas y eventualmente caer en competencia desleal, se debe velar por proteger los datos sensibles de las empresas, además de que son datos la mayoría que solo son útiles para la empresa, sin considerar los análisis de mercado, financieros y proyecciones del tema infocomunicaciones los cuales sí podrían afectar directamente el desarrollo del negocio de infocomunicaciones de JASEC.

Nuestra Sala Constitucional de igual forma ha tratado en diferentes resoluciones (8672-2010, 13750-2010, 2003-2120, 2014-6552, 2016-5108 y otros) el tema del derecho de acceso a la información y su enfoque a la nueva normativa jurídica vigente.

De igual forma la Sala Constitucional en una resolución más reciente de un recurso de amparo en que se tuvo como parte a la SUTEL, ARESEP y al ICE, se hizo referencia directa a la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones enfáticamente al numeral 35 y la Ley General de Telecomunicaciones indicando:

“...El derecho de acceso a la información administrativa. - Este Tribunal mediante el voto número 2003-02120 de las 13:30 horas del 14 de marzo de 2003, desarrolló los alcances y los límites del derecho tutelado en el numeral 30 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“II.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas(...).

...IV.- Resulta relevante hacer referencia a la especial condición del Instituto Nacional de Electricidad, como sujeto pasivo de este derecho fundamental, luego del proceso de apertura en el mercado de Telecomunicaciones, tema que fue abordado por este Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 2010-008672 de las 09:36 horas de 14 de mayo de 2010:



JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO

JUNTA DIRECTIVA

“No cabe la menor duda que algunos entes públicos, tales como el Instituto Costarricense de Electricidad y el Instituto Nacional de Seguros, que, tradicionalmente, ejercieron ciertas funciones o prestaron servicios públicos de carácter económico o industrial a través de un monopolio de hecho o de derecho, se han visto, sustancialmente, modificados en su actuación y régimen jurídico aplicable. En efecto, esa modificación arranca con la suscripción del Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos-República Dominicana el 5 de agosto de 2004 y su posterior aprobación mediante la Ley Referendaria No. 8622, del 21 de noviembre del 2007. Ulteriormente, como parte de la denominada “agenda de implementación” de ese acuerdo multilateral de comercio, fueron dictados varios instrumentos legislativos de relevancia para el logro de la apertura de sectores de actividad como las telecomunicaciones y los seguros, tales como la Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642 de 30 de junio de 2008, Ley Reguladora del Mercado de Seguros, No. 8653 de 22 de julio de 2008 y la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, No. 8660 de 8 de agosto de 2008. (...) Como parte de ese nuevo conjunto normativo, la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades del Sector Telecomunicaciones, introdujo una serie de medidas compensatorias necesarias y adecuadas para evitar que la apertura del mercado de ese sector a la libre competencia, le cause a los entes públicos dedicados a ese giro serios perjuicios o desventajas, por su condición y naturaleza pública frente a los competidores que asumen formas de organización colectiva del Derecho privado más flexibles. Una de las grandes preocupaciones de la colectividad nacional que quedó reflejada y cristalizada normativamente en el instrumento legislativo señalado, fue fortalecer a tales entes públicos y empresas públicas para evitar su debilitamiento ante el papel histórico y protagónico que han tenido en la construcción del Estado nacional y la satisfacción de la demanda nacional. El legislador, con el aval de este Tribunal Constitucional, estimó que no resultaba oportuno y conveniente que la apertura de los mercados supusiera un debilitamiento y hasta la eventual extinción de tales entes públicos, de ahí que para equilibrar su posición sometida a las rígidas formas del Derecho Público se le otorgaron una serie de compensaciones y medidas, en el tanto despliegan una actividad empresarial, mercantil o industrial, las que son naturales y esperables entre sujetos del Derecho privado. En conclusión, este nuevo entramado normativo y jurisprudencial determinó cambios materiales de importancia en el régimen jurídico de los entes públicos que prestan un servicio industrial o comercial ahora en régimen de competencia. Esta transformación, tiene, a su vez, implicaciones en el derecho de acceso a la información administrativa o de interés público consagrado en el artículo 30 de la Constitución, dado que, si se quiere que tales entes públicos actúen de manera expedita y flexible no se les puede someter, irrestricta o indiscriminadamente, a las mismas disposiciones que rigen para cualquier ente público que no ejercita ese tipo de actividades de carácter comercial, industrial o empresarial, por cuanto, implicaría su debilitamiento que fue, precisamente, lo que se quiso evitar...”



JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO

JUNTA DIRECTIVA

“...En ese sentido, el artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, que es la Ley N°8660 prevé la reserva de datos que puedan dejar en desventaja competitiva al instituto frente a la competencia, como lo pueden ser los estados financieros. Dispone el artículo 35:

“ARTICULO 35. Manejo de información confidencial. La información que el ICE y sus empresas obtengan de sus usuarios y clientes, será de carácter confidencial y solo podrá ser utilizada y compartida entre el ICE y sus empresas, para los fines del negocio. Su conocimiento por parte de terceros queda restringido, salvo cuando así lo solicite una autoridad legalmente competente, justificando su necesidad y por los medios respectivos. Es confidencial la información relacionada con las actividades del ICE y sus empresas, calificada por estas como secreto industrial, comercial o económico, cuando, por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros”..”

De lo transcrito supra se evidencia claramente que nuestra Sala Constitucional reconoce que el ICE, así como otras empresas de derecho público y privado, según lo indicado en el numeral 1 de la Ley 8660, están el día de hoy inmersas en el cambiante mercado de las telecomunicaciones, mercado el cual está bajo la libre competencia, por lo que las regulaciones legales se han tenido que modificar para poder permitir que diversas instituciones del Estado o regidas por el derecho público puedan competir bajo las mismas condiciones con empresas privadas, incluyendo esas reformas la posibilidad legal expresa de que las empresas o instituciones públicas puedan determinar cuál información de su giro diario es confidencial y puede y debe ser protegido del acceso público por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros, dado que si dicha información se conoce puede causar y otorgar ventajas indebidas a las otras partes en el mercado y producir una enorme afectación en el desarrollo de negocios institucionales.

Basada, ésta Junta Directiva como superior jerárquico y órgano colegiado, en la legislación indicada y analizada supra y considerando que la información remitida en los oficios y documentos siguientes:

1. Oficio GG-942-2017.

ARTÍCULO 2.- ASUNTOS VARIOS.

2.a. Presenta don Víctor Hernández una moción, la cual será conocida en la sesión del próximo miércoles 29 de noviembre de los corrientes.



JUNTA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO ELÉCTRICO MUNICIPAL DE CARTAGO

JUNTA DIRECTIVA

SE LEVANTA LA SESIÓN A LAS 20: 40 HORAS

Ing. SALVADOR ROJAS MOYA
PRESIDENTE

Licda. LISBETH FUENTES CALDERÓN.
SECRETARIA