

San José, 02 de mayo del 2024.

03139-SUTEL-OTC-2024

Señora

María Marta Allen

Jefa Unidad Jurídica

Superintendencia de Telecomunicaciones

Asunto: INFORME DE OPINIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA PARCIAL AL DECRETO EJECUTIVO N° 34765-MINAET, “REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES”

Estimada señora:

La Dirección General de Competencia (DGCO) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), con base en las competencias establecidas en los artículos 46 bis y 46 tris del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF) y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 52 incisos a), d), k) y l) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642; 2, 3, 13, 14, 15 y 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736; 24 del Reglamento a la Ley 9736, Decreto Ejecutivo 43305-MEIC y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la SUTEL, se permite remitir su análisis en relación con la consulta pública relativa a la “REFORMA PARCIAL DEL REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES, DECRETO EJECUTIVO N° 34765-MINAET”, del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT).

1. CONSIDERACIONES INICIALES

1.1. Sobre el marco general.

El proyecto de reforma parcial al “Decreto Ejecutivo N° 34765-MINAET, “Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones”, del MICITT (en adelante, proyecto de reforma al RLGT) plantea dos artículos específicos. El primero adiciona un Transitorio V al Reglamento citado, donde se plantea ampliar por un año la vigencia de los títulos habilitantes de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, manteniendo las mismas condiciones bajo las que originalmente se otorgaron. El segundo artículo hace referencia a la vigencia, la cual se sitúa a partir del 28 de junio de 2024, fecha de vencimiento de las concesiones indicadas.

1.2. Sobre la competencia de la SUTEL.

La SUTEL es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, de conformidad con los artículos 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Ley 7593), 1 y 2 inciso d) de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas

San José, 02 de mayo del 2024.

03139-SUTEL-OTC-2024

del Sector Telecomunicaciones (Ley 8660) y 6 inciso 27) de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 8642).

En ese sentido, es obligación fundamental de la SUTEL aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.

Dentro de ese marco de rango legal de la SUTEL, se estableció un régimen sectorial de competencia a su cargo, que se rige según lo dispuesto en el Título III, Capítulo II, de la Ley 8642 y supletoriamente por los criterios establecidos en el Capítulo III de la Ley 7472; régimen sectorial sobre el que la Procuraduría General de la República en el dictamen 015 del 19 de enero de 2010 refirió en lo que interesa:

*“Cabe señalar, además, que cuando el artículo 52 de la Ley de Telecomunicaciones define la competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones como regulador en materia de competencia efectiva, le atribuye la promoción de los principios de competencia, analizar el grado de competencia efectiva en los mercados, **determinar los actos que pueden afectar la competencia**, garantizar el acceso al mercado y el acceso a las instalaciones equitativas; evitar abusos y prácticas monopólicas, así como conocer, corregir y sancionar las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones”.* (Lo resaltado es intencional)

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, facultan a la SUTEL como autoridad sectorial de competencia, a velar porque la regulación impulsada e implementada no genere restricciones anticompetitivas, que afecten el desempeño eficiente del mercado de telecomunicaciones.

De conformidad con lo anterior, la operación de redes, incluyendo aquellas que soportan los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, y la prestación de servicios de telecomunicaciones, están sujetos al régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones y su aplicación corresponde exclusivamente a la SUTEL (artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736); régimen que se aplica en igualdad de condiciones a todos los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, sean estos públicos o privados.

En este sentido, el artículo 20 de la Ley 9736 establece que la SUTEL realizará actividades de promoción y abogacía de la competencia con el objetivo de fomentar e impulsar mejoras en el proceso de competencia y libre concurrencia en el mercado; eliminar y evitar las distorsiones o barreras de entrada, así como aumentar el conocimiento y la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia.

Legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que posee la SUTEL en materia de promoción y abogacía de la competencia, tales como **emisión de opiniones y recomendaciones**, emisión de guías, realización de estudios de mercado, actividades de asesoramiento,

San José, 02 de mayo del 2024.

03139-SUTEL-OTC-2024

capacitación y difusión, acuerdos de cooperación, programas de cumplimiento voluntario, además de la difusión y publicación de su labor¹.

En particular, según los artículos 21 de la Ley 9736, 24 del Reglamento a esa misma Ley y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la SUTEL establecen que **la SUTEL tiene la potestad de emitir opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia**, de oficio o a solicitud del Poder Ejecutivo, de la Asamblea Legislativa, demás entidades públicas o de cualquier administrado, sobre la promulgación, **modificación** o derogación de leyes, **reglamentos**, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción.

El proyecto de reforma al RLGT se refiere a la prórroga de los títulos habilitantes para servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre por el plazo de un año, y por ende se considera que lo dispuesto en la propuesta de modificación reglamentaria tiene incidencia en los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre y por tanto esto faculta el actuar de la SUTEL².

2. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA AL RLGT DE CARA A LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN LA OPERACIÓN DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

2.1. Sobre el marco para el análisis de la regulación que se pretende promulgar.

En términos generales, el documento en análisis está conformado por dos artículos. El primero adiciona un Transitorio V al Reglamento citado, donde se plantea ampliar por un año la vigencia de los títulos habilitantes de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, manteniendo las mismas condiciones bajo las que originalmente se otorgaron. El segundo artículo hace referencia a la vigencia, la cual se sitúa a partir del 28 de junio de 2024, fecha de vencimiento de las concesiones indicadas.

Visto lo anterior, el documento no se constituye en una propuesta normativa o regulatoria en sí misma, sin embargo, sus disposiciones tienen un impacto en el mercado, afectando a un sector de suma relevancia a nivel país, como lo es el de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre; por ello resulta preponderante su evaluación por parte de esta Superintendencia como autoridad sectorial de competencia.

Sin embargo, la aplicación de la metodología utilizada para el estudio de normas y regulaciones denominada: *“Guía para la Evaluación de la Regulación desde la Perspectiva de la Competencia”* aprobada mediante acuerdo 037-061-2022 del 5 de setiembre del 2022, no resulta en un ejercicio óptimo en este caso, debido a la naturaleza del instrumento en consulta; pese a ello, como se indicó líneas arriba, es de relevancia analizar si la propuesta de modificación Reglamentaria en cuestión: i) promueve principios de competencia y libre concurrencia; ii) tiene el potencial de afectar la competencia del mercado y iii) corresponde a una alternativa adecuada que resulte favorable al proceso competitivo del mercado de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre.

¹ Artículos 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Ley 9736.

² Al respecto se pueden consultar el Dictamen C-089-2010 del 30 de abril de 2010 y el Dictamen C-003-2013 del 15 de enero de 2013, ambos de la Procuraduría General de la República, así como resolución RCS-242-2016 del Consejo de la SUTEL.

San José, 02 de mayo del 2024.
03139-SUTEL-OTC-2024

2.2. Sobre la importancia del sector de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre

La radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre es un servicio que se presta mediante la propagación de señales a través del espectro radioeléctrico y mediante el empleo de infraestructura de red que soporta la transmisión de dichos servicios. De tal forma este servicio se encuentra en la intersección de los medios de comunicación y las telecomunicaciones y, por lo tanto, comparte cuestiones regulatorias y de competencia con ellos.

Sin embargo, el sector de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre cumple un fin público de particular importancia para el país, de ahí el especial cuidado que ameritan las acciones regulatorias y normativas que se tomen en relación con este sector.

Este servicio posee dos características económicas que lo diferencian de otros servicios, su consumo es no excluyente y no rival, y eso implica que el mismo puede ser accedido de manera gratuita por todos los usuarios que cuenten con un receptor adecuado, bien sea radio o televisión; son justamente estas características específicas las que sustentan la importancia de dicho sector.

Las actividades realizadas en este sector, si bien en muchos casos son de naturaleza privada, gozan de una importancia pública particular. De lo cual deviene la necesidad de garantizar condiciones de competencia que faciliten el cumplimiento de otros principios asociados a este sector como lo son la pluralidad, la diversidad y la veracidad.

El pluralismo resulta en un pilar de los derechos a la información y la libertad de expresión, por tanto, como tal resulta en un elemento esencial para preservar la democracia³.

Considerando la importante función que juega el sector de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, el Poder Ejecutivo debe promover en relación con éste una política pública transparente, segura y coherente que garantice la continuidad y el desarrollo de dicho sector, con el objetivo de que los usuarios tengan acceso a la diversidad de contenidos que proveen dichos medios.

En ese sentido, **resulta indispensable, que el Poder Ejecutivo analice el apego a derecho de la modificación reglamentaria puesta en consulta, de cara principalmente a la figura jurídica empleada**, sea la modificación de un transitorio, considerando que dicha figura aplica en general para situaciones temporales existentes de previo a la emisión de la norma en cuestión, lo cual no ocurre en el presente caso; en cuanto a la vinculación de dicha figura con el marco normativo consagrado en la Ley General de Telecomunicaciones, en vista de la condición de bien demanial que posee el espectro radioeléctrico, que implica que este sólo se puede asignar por ley o por una ley habilitadora, es decir, es reserva de Ley, de tal forma que resulta necesario determinar si la figura de ampliación que se pretende aplicar vía decreto pudiera resultar inconsistente con los artículos 73 inciso d) de la Ley 7593 y 39 inciso d) de la Ley 8660, y con el citado principio de reserva de Ley.

³ Parlamento Europeo. (2008). “*Concentración y pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea*”. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de septiembre de 2008, sobre la concentración y el pluralismo de los medios de comunicación en la Unión Europea (2007/2253(INI)).

San José, 02 de mayo del 2024.

03139-SUTEL-OTC-2024

Dada la importancia de este sector para el país, y considerando adicionalmente los innegables retos que enfrenta el mismo en términos de competencia provenientes de la evolución tecnológica, **es innegable la necesidad de encontrar un mecanismo jurídico válido que permita la continuidad de los concesionarios actuales por un período que resulte razonable para la realización de una licitación del espectro radioeléctrico.**

Si bien desde la perspectiva de la competencia la licitación es el escenario ideal, dada la cercanía del plazo del vencimiento de las concesiones en cuestión y el tiempo necesario para la realización de un proceso concursal en relación con dichos servicios, la ampliación se convierte en un escenario necesario para la continuidad de los servicios prestados.

La no ampliación de las concesiones en cuestión implicaría en términos prácticos una salida de activos del mercado, lo cual resulta perjudicial para el mercado y los usuarios. Así, ante la inevitabilidad del vencimiento de las concesiones es más conveniente permitir una ampliación de las concesiones actuales que simplemente dejar que las empresas salgan del mercado y los usuarios pierdan el acceso a dichos servicios. Amén de la importancia particular ya recalcada líneas arriba que juegan los servicios de radiodifusión para el país.

2.3. Sobre la importancia de la certeza jurídica para la inversión, la innovación y la competencia

En diversas opiniones emitidas al Poder Ejecutivo⁴ por parte de la SUTEL se ha sido enfático en la importancia de garantizar la seguridad jurídica como mecanismo indispensable para promover la inversión, la innovación y la competencia en el mercado.

Decisiones que puedan generar dudas sobre su asidero legal no incentivan una sana dinámica en el sector en cuestión, desincentivando a su vez a potenciales nuevos entrantes de ingresar al sector ante la falta de certeza en relación con los plazos y condiciones en que se materializaría una eventual licitación del espectro radioeléctrico en relación con el espectro para la provisión de servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre.

La SUTEL ha hecho saber los plazos que requiere para la realización de una licitación del espectro radioeléctrico (mismos que devienen de la propia normativa legal), los cuales superan el año planteado por el Poder Ejecutivo en su propuesta, y por tanto el plazo propuesto resultaría insuficiente para un eventual proceso concursal. Esta situación genera falta de certeza de lo que ocurriría cuando venza dicho plazo y aún no se cuente con los nuevos contratos de concesión, generando falta de seguridad jurídica para los administrados y para el sector en general.

La falta de certeza jurídica afecta no sólo al sector radiodifusión, sino que impacta la dinámica de muchos otros mercados asociados a este, por ejemplo, la publicidad, la producción y distribución de contenidos, los mercados de empleo de profesiones asociadas a la comunicación, entre otros.

De tal forma es clave que la política pública genere los mecanismos que permitan a los usuarios continuar contando con un servicio de radiodifusión, lo cual requiere de acciones apegadas al marco jurídico vigente, evitando cualquier tipo de ambigüedad que pueda afectar a quienes se encuentran bajo su

⁴ Véanse informes 09228-SUTEL-OTC-2022, 09061-SUTEL-OTC-2023 y 02649-SUTEL-OTC-2024.

San José, 02 de mayo del 2024.

03139-SUTEL-OTC-2024

alcance; tanto a los actuales concesionarios como a los potenciales interesados en poder acceder a dicho espectro en el corto plazo. Esto es un elemento esencial para la inversión, innovación y competencia en este sector.

2.4. Sobre la importancia de un proceso concursal que promueva los principios de competencia

Como se indicó de previo, desde la perspectiva de la competencia, pero también de la diversidad informativa, el mecanismo de licitación es el escenario ideal cuando se logra estructurar una licitación que cumpla con los requisitos mínimos necesarios.

Si bien se entiende que en el momento actual la ampliación de las concesiones es una necesidad, **el Poder Ejecutivo no debe perder de vista la importancia de continuar impulsando el proceso de licitación como el mejor mecanismo para garantizar el fin público.**

En este sentido **las eventuales prórrogas que se otorguen deben ser las adecuadas para permitir estructurar y ejecutar un correcto proceso concursal que promueva la competencia y a través de ella la pluralidad, pero no ir más allá.**

Una licitación pública de espectro para servicios de radiodifusión debe contener elementos que promueven la libre y mayor concurrencia, incorporando elementos asociados al control de la concentración, que garanticen justamente tanto la competencia como la diversidad que este tipo de servicios debe tener para cumplir con su fin público. Esto pasa por la incorporación de nuevas tecnologías⁵ que faculden el ingreso de un mayor número de agentes en el mercado y también la innovación, como un mecanismo que facilite a su vez la supervivencia del sector en un entorno cambiante y altamente competitivo.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Al tenor de lo desarrollado de previo, la DGCO concluye lo siguiente:

- A.** Los artículos 21 de la Ley 9736, 24 del Reglamento a esa misma Ley y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones de la SUTEL, esta tiene la potestad de emitir de oficio o a solicitud, opiniones y recomendaciones en materia de competencia y libre concurrencia sobre la promulgación, modificación o derogación de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y demás actos y resoluciones administrativas, vigentes o en proceso de adopción.
- B.** El proyecto de reforma al RLGT plantea dos artículos específicos. El primero adiciona un Transitorio V al Reglamento citado, donde se plantea ampliar por un año la vigencia de los títulos habilitantes de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, manteniendo las mismas condiciones bajo las que originalmente se otorgaron. El segundo artículo hace referencia a la

⁵ El paso del espectro analógico al digital, más eficiente, ha reducido la escasez de capacidad de frecuencias para servicios de radiodifusión, permitiendo transportar más canales a través de menos ondas.

San José, 02 de mayo del 2024.

03139-SUTEL-OTC-2024

vigencia, la cual se sitúa a partir del 28 de junio de 2024, fecha de vencimiento de las concesiones indicadas.

C. A partir de la revisión realizada se concluye lo siguiente:

- i. El sector de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre cumple un fin público de particular importancia para el país, de ahí el especial cuidado que ameritan las acciones regulatorias y normativas que se tomen en relación con este sector.
- ii. La no ampliación de las concesiones en cuestión implicaría en términos prácticos una salida de activos del mercado, lo cual resulta perjudicial para el mercado y los usuarios.
- iii. Es innegable la necesidad de encontrar un mecanismo jurídico válido que permita la continuidad de los concesionarios actuales por un período que resulte razonable para la realización de una licitación del espectro radioeléctrico.
- iv. Decisiones que puedan generar dudas sobre su asidero legal no incentivan una sana dinámica en el sector en cuestión, pudiendo afectar tanto a los actuales concesionarios del espectro, por la falta de certeza de si la propuesta en consulta cumple con el principio de reserva de Ley; a la vez que pudiera desincentivar a potenciales nuevos entrantes interesados de ingresar al sector, ante la falta de certeza en relación con los plazos y condiciones en que se materializaría una eventual licitación del espectro radioeléctrico en relación con el espectro para la provisión de servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre.
- v. El Poder Ejecutivo debe promover una política pública transparente, segura y coherente con el marco normativo que garantice la continuidad del sector radiodifusión, hasta tanto pueda tener lugar un proceso concursal para la asignación de espectro radioeléctrico para dicho servicio.

D. Que de acuerdo con los elementos evaluados se recomienda lo siguiente:

- i. Solicitar al Poder Ejecutivo que analice el apego a derecho de la modificación reglamentaria puesta en consulta, de cara principalmente a la figura jurídica empleada, sea la modificación de un transitorio, considerando que dicha figura aplica en general para situaciones temporales existentes de previo a la emisión de la norma en cuestión, lo cual no ocurre en el presente caso; y en cuanto al apego de dicha figura con el marco normativo consagrado en la Ley General de Telecomunicaciones, en vista de la condición de bien demanial que posee el espectro radioeléctrico, resultando necesario determinar si la figura de ampliación que se pretende aplicar vía decreto pudiera resultar inconsistente con los artículos 73 inciso d) de la Ley 7593 y 39 inciso d) de la Ley 8660, y con el principio de reserva de Ley.
- ii. Indicar al Poder Ejecutivo que el plazo planteado en la propuesta en consulta resultaría insuficiente para un eventual proceso concursal. Esta situación genera falta de certeza de lo que ocurriría cuando venza dicho plazo y aún no se cuente con los nuevos contratos de

San José, 02 de mayo del 2024.

03139-SUTEL-OTC-2024

concesión, generando falta de seguridad jurídica para los administrados y para el sector en general, lo que a su vez afecta la inversión, innovación y competencia en este sector.

- iii. Hacer saber al Poder Ejecutivo que, si bien se entiende que en el momento actual la ampliación de las concesiones es una necesidad, el Poder Ejecutivo no debe perder de vista la importancia de continuar impulsando el proceso de licitación como el mejor mecanismo para garantizar el fin público. De tal forma que las eventuales prórrogas que se otorguen deben ser las adecuadas para permitir estructurar y ejecutar un correcto proceso concursal que promueva la competencia y a través de ella la pluralidad, pero no ir más allá.

De esta forma queda rendido por parte de la DGCO, formal criterio sobre el proyecto de reforma parcial al “Decreto Ejecutivo N.º 34765-MINAET, “Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones” del MICITT, en relación **exclusivamente** con los potenciales efectos del citado proyecto en materia de competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones, en particular en relación con la generación de distorsiones o barreras de entrada a la competencia entre los agentes del mercado, así como lo relativo a la aplicación efectiva de la normativa de competencia en el sector telecomunicaciones.

Atentamente,

DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA

Silvia Elena León Campos
Jefa

Unidad de Instrucción y Promoción y Abogacía

Deryhan Muñoz Barquero
Directora

Dirección General de Competencia

Expediente: GCO-OTC-CGL-00111-2024