

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

Señores
Miembros del Consejo
Superintendencia de Telecomunicaciones

**Asunto: INFORME SOBRE CONSULTA REALIZADA SOBRE EL PROGRAMA
“ESPACIOS PÚBLICOS CONECTADOS”**

Estimados señores:

La Dirección General de Competencia (DGCO) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) quien ejerce las funciones de Órgano Técnico de Competencia (OTC) 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 el artículo 52 incisos a), d), k) y l) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642; en los artículos 2, 3, 13, 14, 15 y 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, presenta para valoración del Consejo de la SUTEL el informe sobre la consulta realizada referente al Concurso 002-2017 del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) denominado programa “Espacios Públicos Conectados”.

1. ANTECEDENTES

- I. Que el 11 de junio de 2020 el señor Carlos Azofeifa Arias, Presidente de Cable Brus S.A. presentó, vía correo electrónico, documento sin número de oficio (NI-07676-2020), por el que formuló una consulta referente al Concurso 002-2017 del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (en adelante FONATEL) denominado programa “Espacios Públicos Conectados”. (Folio inicial 3)
- II. Que el 15 de marzo de 2021 mediante oficio 02212-SUTEL-OTC-2021, la Dirección General de Competencia (DGCO), remitió a la empresa TELECABLE S.A. una solicitud de información en relación con el programa “Espacios Públicos Conectados”. (Folio inicial 17)
- III. Que el 13 de abril de 2021 mediante escrito sin número (NI-04465-2021), la empresa TELECABLE S.A. contestó la prevención realizada mediante nota 02212-SUTEL-OTC-2021. (Folio inicial 31)

2. SOBRE LA CONSULTA REALIZADA

El señor Carlos Azofeifa Arias, portador de la cédula de identidad 1-0488-0238, en su condición de Presidente de Cable Brus S.A., presentó el documento con número de ingreso NI-07676-2020), en el cual se consultó y solicitó lo siguiente:

“[...] me remito a Ustedes muy respetuosamente con referencia a la incursión de la empresa TELECABLE S.A. en el cantón de Coto Brus, en la cual dicha empresa está presentando su oferta comercial a clientes particulares, coincidiendo tal incursión con la entrada en operación del

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

“Programa Espacios Públicos Conectados”, de cuya Licitación Pública TELECABLE es contratista; todo lo cual ha generado algunas dudas e inquietudes que paso a exponer a continuación:

En primer término, me refiero a las eventuales ventajas que está obteniendo TELECABLE por su operación dentro del marco de la contratación del citado “Programa Espacios Públicos Conectados”, en cuanto a dos aspectos:

- *Uno, relativo al acceso y al uso de la infraestructura ya existente y al empleo de ésta como base para que la empresa instale su propia Infraestructura;*
- *Y dos, lo concerniente a los términos y condiciones de la contratación, mismas que de conformidad con el respectivo contrato están definidas únicamente para la instalación y puesta en funcionamiento del servicio de Internet inalámbrica en espacios públicos, que es el objeto único y primordial de la contratación.*

[...]

En segundo término, planteo la inquietud precisamente respecto al tema de la competencia. A la vista de la expansión de TELECABLE surge la duda de hasta qué punto está SUTEL, y por su medio el Estado costarricense, permitiendo que dentro del marco legal autorizado por la Licitación Pública del “Programa Espacios Públicos Conectados” se estén vulnerando los principios y reglas de la competencia efectiva y la no discriminación entre empresas, en el tanto que a raíz de la adjudicación de dicha Licitación por parte de TELECABLE se la han brindando a ésta facilidades y ventajas que las demás empresas no tienen; y aún más, hasta qué punto la propia SUTEL y el Estado por causa de esta situación están permitiendo o incluso propiciando la creación de un nuevo monopolio en el sector de las telecomunicaciones

[...]

De conformidad con lo expuesto, solicito a este Consejo dictar un pronunciamiento expreso y de carácter oficial en el cual la Superintendencia de Telecomunicaciones, como ente regulador, manifieste su posición con respecto a si la oferta comercial a clientes o usuarios particulares que esta realizando TELECABLE en las condiciones dichas infringe o no los principios rectores relacionados en la presente gestión en el marco de la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y la Ley para el Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica.” (El resaltado es intencional)

3. 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 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.

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

Dentro de ese marco de rango legal, se estableció un régimen sectorial de competencia a cargo de la SUTEL, 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”.

La Ley 8642 y 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.** Así, legalmente la normativa establece las diversas herramientas no coercitivas que posee la SUTEL, tales como emisión de opiniones y recomendaciones, emisión de guías, realización de estudios de mercado, actividades de asesoramiento, capacitación y difusión, acuerdos de cooperación, programas de cumplimiento voluntario, además de la difusión y publicación de su labor.

En particular, según el artículo el 21 de la Ley 9736, 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.**

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

4. SOBRE EL SERVICIO UNIVERSAL EN LA NORMATIVA COSTARRICENSE

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, emitida en el año 2008, fue parte de la legislación que se debió promulgar en atención a lo establecido en el Tratado de Libre Comercio entre La República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR). En concreto en lo que se refiere a la consulta en análisis, el Anexo 13 de este cuerpo normativo denominado “*Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Telecomunicaciones*” se establecen los principios del marco regulatorio de las telecomunicaciones costarricense, dentro de los cuales se encuentran el de servicio universal y el de competencia, para los que se dispone:

“1. Servicio Universal

Costa Rica tiene derecho a definir el tipo de obligaciones de servicio universal que desee mantener. Dichas obligaciones no se considerarán anticompetitivas per se, a condición de que sean administradas de manera transparente, no discriminatoria y con neutralidad en la competencia y no sean más gravosas de lo necesario para el tipo de servicio universal definido.

[...]

8. Competencia

Costa Rica mantendrá medidas adecuadas con el objeto de prevenir que proveedores quienes, por sí mismos o en conjunto, sean un proveedor importante, empleen prácticas anticompetitivas, tales como no poner a disposición, en forma oportuna, de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones, información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente relevante que éstos necesiten para suministrar servicios públicos de telecomunicaciones.”

El régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad se encuentra regulado a nivel legal en el Título II: Régimen de Garantías Fundamentales, Capítulo I: Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad de las Telecomunicaciones de la Ley 8642, en el cual se establece como objetivos fundamentales:

“a) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.

b) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos.

c) Dotar de servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a las instituciones y personas con necesidades sociales especiales, tales como albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos.

d) Reducir la brecha digital, garantizar mayor igualdad de oportunidades, así como el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento por medio del fomento de la

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

conectividad, el desarrollo de infraestructura y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha.” (Art. 32)

En este sentido, la Ley 8642 define los conceptos de acceso y servicio universal de la siguiente forma:

“1) Acceso universal: derecho efectivo al acceso de servicios de telecomunicaciones disponibles al público en general, de uso colectivo a costo asequible y a una distancia razonable respecto de los domicilios, con independencia de la localización geográfica y condición socioeconómica del usuario, de acuerdo con lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.

[...]

22) Servicio universal: derecho al acceso a un servicio de telecomunicaciones disponible al público que se presta en cada domicilio, con una calidad determinada y a un precio razonable y asequible para todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica y condición socioeconómica, de acuerdo con lo establecido en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones.” (Art. 6 de la Ley 8642)

Asimismo, la ya referida Ley 8642, contempla como principios rectores de la Ley, entre otros, la universalidad, solidaridad y competencia efectiva; entendiéndose por ellos:

“a) Universalidad: prestación de un mínimo de servicios de telecomunicaciones a los habitantes de todas las zonas y regiones del país, sin discriminación alguna en condiciones adecuadas de calidad y precio.

b) Solidaridad: establecimiento de mecanismos que permitan el acceso real de las personas de menores ingresos y grupos con necesidades sociales especiales a los servicios de telecomunicaciones, en condiciones adecuadas de calidad y precio, con el fin de contribuir al desarrollo humano de estas poblaciones vulnerables.

[...]

f) Competencia efectiva: establecimiento de mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección.”

A nivel reglamentario, el Reglamento de acceso universal, servicio universal y solidaridad del 6 de octubre del 2008, publicado en el periódico oficial La Gaceta 201, Alcance 40 del 17 de octubre del 2008 (en adelante, RAUSUS del 2008)¹, que se encontraba vigente a la fecha de la realización del Concurso 002-2017 y sobre el cual se ahondará más adelante, reglamentaba la normativa relativa a los procedimientos de la administración y asignación de recursos del FONATEL, así como los temas de ejecución y rendición de cuentas. Sin embargo, esa norma reglamentaria no desarrollaba temas de fondo relativos al servicio y acceso universal; asuntos que sí vino a tratar el Reglamento de acceso universal, servicio universal y solidaridad del 18 de diciembre del 2018, publicado en el periódico oficial La Gaceta 42, Alcance 47 del 28 de febrero

¹ Derogado mediante el artículo 61 del Reglamento de acceso universal, servicio universal y solidaridad, aprobado mediante resolución RE-0216-JD-2018 de la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, tomada en el acuerdo 07-73-2018 de la sesión ordinaria 73-2018, celebrada el 18 de diciembre de 2018.

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

del 2019 (en adelante, RAUSUS del 2019), cuyas definiciones coinciden con las dadas en la Ley 8642 e incorporó adicionalmente como principios para la asignación de los recursos y la administración del FONATEL, entre otros los siguientes:

*“a) **Universalidad:** prestación de un mínimo de servicios de telecomunicaciones a los habitantes de todas las zonas y regiones del país, sin discriminación alguna en condiciones adecuadas de calidad y precio.*

*b) **Solidaridad:** establecimiento de mecanismos que permitan el acceso real de las personas de menores ingresos y grupos con necesidades sociales especiales a los servicios de telecomunicaciones, en condiciones adecuadas de calidad y precio, con el fin de contribuir al desarrollo humano de estas poblaciones vulnerables.*

*c) **Transparencia:** establecimiento de condiciones adecuadas para que los operadores, proveedores y demás interesados puedan participar en el proceso de formación de las políticas sectoriales de telecomunicaciones y la adopción de los acuerdos y las resoluciones que las desarrollen y apliquen. También, implica que Fonatel será objeto de una auditoría externa, la cual será financiada con recursos del Fondo y contratada por la Sutel. Toda la información sobre la operación y el funcionamiento de Fonatel deberá encontrarse disponible para la auditoría interna de la Aresep. Todo lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley General de Telecomunicaciones.*

*d) **Asignación eficiente de recursos:** los recursos de Fonatel, serán asignados mediante alguno de los mecanismos de asignación establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y el presente reglamento, en virtud de los fines públicos perseguidos y demás límites regulados en nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de ofrecer una mayor cobertura, soluciones técnicas más eficientes, tarifas asequibles a los usuarios finales y menores transferencias del Fondo.*

*e) **No discriminación:** trato no menos favorable al otorgado a cualquier otro operador, proveedor o usuario, público o privado, de un servicio de telecomunicaciones similar o igual.*

*f) **Innovación tecnológica:** las obligaciones impuestas y los proyectos y programas financiados con recursos de Fonatel, deberán promover el desarrollo y ajustarse a las necesidades del mercado y al avance tecnológico.*

*g) **Competencia efectiva:** establecimiento de mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección.*

*h) **Neutralidad tecnológica:** posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y se garanticen, en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio, a que se refiere la Ley General de Telecomunicaciones.*

*i) **Igualdad de oportunidades:** La selección de los operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones y de las poblaciones beneficiadas por los programas o proyectos con cargo de Fonatel, se basará en criterios objetivos que garanticen la igualdad de oportunidades.*

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

*j) **Beneficio del usuario:** establecimiento de garantías y derechos a favor de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, de manera que puedan acceder y disfrutar, oportunamente, de servicios de calidad, a un precio asequible, recibir información detallada y veraz, ejercer su derecho a la libertad de elección (en aquellos casos en que sea posible) y a un trato equitativo y no discriminatorio.”*

5. SOBRE LAS FORMAS DE ASIGNACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONATEL

El artículo 36 de la Ley 8642 establece las formas de asignación de los recursos del FONATEL, de la siguiente manera:

“Los recursos de Fonatel serán asignados por la Sutel de acuerdo con el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, para financiar:

a) Las obligaciones de acceso y servicio universal que se impongan a los operadores y proveedores en sus respectivos títulos habilitantes.

Serán financiadas por Fonatel, las obligaciones que impliquen un déficit o la existencia de una desventaja competitiva para el operador o proveedor, según lo dispone el artículo 38 de esta Ley. La metodología para determinar dicho déficit, así como para establecer los cálculos correspondientes y las demás condiciones se desarrollará reglamentariamente. En cada caso, se indicará al operador o proveedor las obligaciones que serán financiadas por Fonatel.

b) Los proyectos de acceso y servicio universal según la siguiente metodología: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de esta Ley, la Sutel publicará, anualmente, un listado de los proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad por desarrollar con cargo a Fonatel. El anuncio especificará, para cada proyecto, las localidades beneficiadas, la calidad mínima del servicio requerido, el régimen aplicable de tarifas, el período asignado, la subvención máxima, la fecha estimada de iniciación del servicio, el plazo de ejecución del proyecto y cualquier otra condición necesaria que se requiera en el cartel. Estos proyectos serán adjudicados por medio de un concurso público que llevará a cabo la Sutel. El operador o proveedor seleccionado será el que cumpla todas las condiciones establecidas y requiera la subvención más baja para el desarrollo del proyecto. El procedimiento establecido se realizará de conformidad con la Ley N.º 7494, Contratación administrativa, de 2 de mayo de 1995, y sus reformas, y lo que reglamentariamente se establezca”. (Lo destacado es intencional)

Al referir el citado artículo que los proyectos del FONATEL deberán asignarse mediante la figura del procedimiento establecido en la Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, y su Reglamento, se dispone que los procesos concursales deberán a su vez regirse por los principios definidos en dicha Ley; en particular conviene destacar los siguientes:

“Artículo 5.-Principio de igualdad y libre competencia.

En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.

La participación de oferentes extranjeros se registrará por el principio de reciprocidad, según el cual a ellos se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos. El Poder Ejecutivo establecerá, reglamentariamente, las disposiciones necesarias para la vigencia plena del principio estipulado en este párrafo.

Los carteles y los pliegos de condiciones no podrán disponer formas de pago ni contener ninguna regulación que otorgue a los oferentes nacionales un trato menos ventajoso que el otorgado a los oferentes extranjeros.

Los órganos y entes públicos no podrán usar sus prerrogativas de exoneración para importar, por medio de adjudicatarios de licitaciones, concesionarios ni otros terceros, productos manufacturados incluidos en los supuestos de prioridad del Artículo 12 de la Ley N° 7017, del 16 de diciembre de 1985.

(Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 1º aparte b) de la ley N° 7612 de 22 de julio de 1996)”

Por su parte, el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa indica lo siguiente:

“Artículo 2º-Principios. La actividad contractual se registrará, entre otros, por los siguientes principios:

[...]

*c) **Publicidad.** Los procedimientos de contratación se darán a conocer por el medio electrónico designado al efecto, atendiendo su naturaleza. Se debe garantizar el libre y oportuno acceso al expediente electrónico, que deberá contener la totalidad de las actuaciones relacionadas con la actividad de contratación administrativa realizada.*

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1º del decreto ejecutivo N° 41243 del 10 de julio del 2018)

*d) **Libre competencia.** Se debe garantizar la posibilidad de competencia entre los oferentes. No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes.*

*e) **Igualdad.** En un mismo concurso los participantes deben ser tratados y examinados bajo reglas similares”.*

Así, en virtud de lo dispuesto en la Ley 8642 los procesos de concurso para la asignación de recursos del FONATEL se rigen por los principios de igualdad y libre competencia.

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

6. SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL Y COMPETENCIA

a. Servicio universal y competencia

Cuando los mercados funcionan de manera competitiva se puede garantizar la existencia de una asignación eficiente de los recursos. Sin embargo, no siempre los mercados funcionan de manera eficiente, o al menos no para todos los segmentos que conforman un mercado, esto ha dado pie al nacimiento de los regímenes de acceso y servicio universal.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España² reconoce que:

“Hay sectores donde el libre mercado no es capaz de garantizar que se presten algunos servicios que se consideran de interés general o no los provee en condiciones suficientes. En estos casos, los poderes públicos pueden intervenir para garantizar el acceso a todos los usuarios, independientemente de su situación económica, social o geográfica: pueden establecer la obligación a una o varias empresas de prestar dichos servicios, con unas condiciones concretas de calidad y precio, a través de las llamadas obligaciones de servicio universal, que constituyen un tipo de obligaciones de servicio público”.

La Comisión Europea en su Directiva de Servicio Universal³ define el servicio universal como “*la prestación de un determinado conjunto mínimo de servicios a todos los usuarios finales a un precio asequible*”.

Asimismo, establece que por su naturaleza el servicio universal tiene una serie de características que lo hacen distinto de los servicios que se prestan bajo condiciones de competencia. En particular, la Comisión Europea en la citada Directiva reconoce que “*garantizar [...] el servicio universal puede implicar la prestación de algunos servicios a algunos usuarios finales a precios que difieran de los resultantes de unas condiciones de mercado normales*”; sin embargo, también indica que lo relevante es que, pese a dicha circunstancia, “**la compensación de las empresas encargadas de facilitar dichos servicios en dichas condiciones no tiene por qué dar lugar a una distorsión de la competencia**, siempre que se compense a dichas empresas por los costes netos específicos en que se incurra y la carga en términos de costes netos se recupere de modo neutral desde el punto de vista de la competencia” (El resaltado es intencional).

Para garantizar que los Regímenes de Servicio Universal no impacten negativamente la competencia, es necesario establecer con claridad el conjunto mínimo de servicios de calidad especificada al que todos los usuarios finales tienen derecho, los derechos que les asisten a los usuarios finales beneficiarios de este servicio y las correspondientes obligaciones que les atañen a las empresas en esta materia. Esto según la Comisión Europea, garantiza “*que se preste un servicio universal dentro de un entorno de mercado abierto y competitivo*” y “*a un precio asequible, sin distorsión de la competencia*”.

² CNMC. (2021). *Los beneficios de la competencia para los consumidores. Preguntas y respuestas*. España.

³ Comisión Europea. (2002). *Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal)*.

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

Asimismo, según la Comisión Europea es necesario que se establezcan mecanismos que permitan la financiación del coste neto derivado de las obligaciones de servicio universal en los casos en que quede demostrado que dichas obligaciones sólo pueden cumplirse con pérdidas o a un coste neto no conforme a las prácticas comerciales normales. Respecto a la estimación de dicho costo, la Directiva de Servicio Universal indica lo siguiente:

- Es importante garantizar que el coste neto derivado de las obligaciones de servicio universal sea objeto de un cálculo adecuado y **que cualquier financiación al respecto se efectúe causando la menor distorsión posible al mercado y a las empresas.**
- **Todo cálculo del coste neto del servicio universal ha de tener debidamente en cuenta los gastos y los ingresos, así como los beneficios intangibles resultantes de la prestación del servicio universal,** pero no debe obstaculizar el objetivo general de garantizar que las estructuras tarifarias reflejen los costes. Todos los costes netos de las obligaciones de servicio universal deben calcularse sobre la base de procedimientos transparentes.
- Tener en cuenta los beneficios intangibles significa que, para determinar los costes globales, del coste neto directo derivado de las obligaciones de servicio universal debe deducirse un cálculo estimado en términos monetarios de los **beneficios indirectos que una empresa obtiene en virtud de su condición de proveedor de servicio universal.**

De igual manera, la Comisión Europea reconoce que en la prestación del servicio universal se pueden imponer a los operadores determinadas obligaciones para prevenir que se afecte la competencia; en ese sentido indica:

“Las obligaciones impuestas podrán prescribir que las empresas identificadas no apliquen precios excesivos, no impidan la entrada de otras empresas en el mercado ni falseen la competencia mediante el establecimiento de precios abusivos, no favorezcan de manera excesiva a usuarios finales específicos, ni agrupen sus servicios de manera injustificada”.

En ese sentido, es claro que, **bajo una adecuada estructuración de los fondos de servicio universal, no tiene por qué existir una contraposición entre los principios que persiguen el servicio universal y la normativa de competencia.**

Como se ha venido desarrollando, en Costa Rica el Régimen de Acceso y Servicio Universal está constituido sobre una serie de principios que establecen las bases necesarias para que el mismo no afecte la competencia en los mercados. Así en particular el RAUSUS del 2019 define, entre otros, los siguientes principios rectores:

- Transparencia
- Asignación eficiente de recursos.
- No discriminación.
- Competencia efectiva.
- Neutralidad tecnológica.
- Igualdad de oportunidades

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

- Beneficio del usuario.

En particular, el principio de competencia efectiva busca que en el abordaje de los proyectos de servicio universal se establezcan *“mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección”*.

b. Ayudas públicas y competencia.

Sobre la intervención estatal en los mercados, la CNMC⁴ reconoce que:

“Existen otros objetivos de interés público que justifican la intervención pública para corregir el resultado de los mercados.

En la jerga de la buena regulación, denominamos “razones imperiosas de interés general” a los intereses públicos que justifican intervenir en los mercados, ya sea por fallos del mercado o porque la solución del mercado no es la mejor solución social”.

Las intervenciones estatales, entre otras formas, pueden darse a través del financiamiento a agentes del mercado de la provisión de determinados bienes o servicios, que el Estado considera que no se satisfacen de manera adecuada por parte de los mercados.

Así, los proyectos del FONATEL se enmarcan como proyectos que tienen como objetivo cumplir con obligaciones de acceso y servicio universal, lo que en otras jurisdicciones se conoce también como obligaciones de servicio público.

Se ha reconocido que **este tipo de intervenciones estatales podrían generar o no una ventaja competitiva a quien las recibe en determinadas circunstancias particulares; por lo que para que las mismas no generen una ventaja a quien las recibe deben reunir una serie de características.**

Así, a nivel europeo, el Tribunal de Justicia, en su sentencia Altmark⁵, aportó aclaraciones referentes a las condiciones en las que la compensación por servicio público no genera ventajas a quien la recibe, definiendo en particular cuatro características⁶:

“— ... En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar claramente definidas. ...

— ... En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. ...

⁴ CNMC. (2021). *Los beneficios de la competencia para los consumidores. Preguntas y respuestas*. España.

⁵ Asunto C-280/00, Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.

⁶ Comisión Europea. (2012). *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general*. (Texto pertinente a efectos del EEE) (2012/C 8/02)

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

— ... En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. ...

— ... En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones”.

Siguiendo lo anterior, si una intervención estatal ofrece una compensación en contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, y dicha intervención posee las características descritas previamente, se puede concluir que la misma no le genera a las empresas que reciben los fondos públicos una ventaja financiera y por tanto tampoco la sitúa en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras.

c. Competencia por el mercado.

La competencia por el mercado ocurre cuando los productos tienen características que llevan a las empresas a competir para ser el proveedor de un mercado completo de productos o servicios, en lugar de por la participación de mercado.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁷ ha reconocido que en algunos casos puede que no exista ningún otro producto que imponga una restricción suficientemente fuerte y, por lo tanto, la competencia por el mercado podría ser la única competencia posible. Estos incluyen, por ejemplo, casos en los que: a) los productos alternativos existentes pueden ser insuficientemente sustituibles (y por lo tanto se encuentran fuera de los límites del mercado); y, b) las barreras a la entrada de nuevos productos en ese mercado pueden ser demasiado altas.

Asimismo, la OCDE ha indicado que hay cuatro categorías en las que se puede presentar competencia por el mercado:

- Monopolios naturales: protegido por economías de escala del lado de la oferta en sus costos (costos decrecientes de escala).
- Monopolios financiados con fondos públicos: existen por la financiación pública que no puede permitirse que exista una duplicación de costes fijos.
- Monopolios legales: protegidos por derechos legales como patentes.
- Monopolios de plataformas: protegidos por rendimientos a escala beneficiosos del lado de la demanda (economías de red).

⁷ OCDE. (2019). *Competition for the market*. DAF/COMP/GF (2019)7

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

En el análisis de la consulta en cuestión, resulta relevante profundizar sobre la segunda categoría, en donde se incluyen aquellas situaciones en las que el Estado es el único comprador de un producto, y elige comprarlo exclusivamente a una sola empresa, creando así un mercado monopolístico financiado con fondos públicos.

La OCDE reconoce que existen diversas razones por las cuales los gobiernos pueden decidir generar una situación de esta naturaleza, entre ellas se destacan:

- La provisión suficiente del producto no es económica en ausencia de la intervención estatal, de tal forma que existe una sub-provisión de tales servicios por parte de los mercados libres. En tales casos, el gobierno a menudo se convierte en el único comprador del servicio en un área determinada.
- Existen proyectos, en particular asociados a temas de infraestructura, que no es financieramente viable desarrollar para una empresa. Por lo tanto, para que estos proyectos se ejecuten se requiere que el estado lo financie. En este tipo de proyectos el gobierno considera beneficios de ejecutar el proyecto que de otra manera no puede alcanzar.

En tales circunstancias, donde se requieren financiamiento estatal los gobiernos no suelen financiar a más de una empresa para proveer el bien o servicio o para desarrollar el proyecto necesario; así, cuando el gobierno es el único comprador de un producto y elige comprarlo exclusivamente a una sola empresa, crea una situación en la cual el único tipo de competencia que puede existir es la competencia por el mercado.

Finalmente, la OCDE destaca que siguen surgiendo nuevos ejemplos de este tipo de situaciones en las nuevas tecnologías en las que los mercados libres no invierten en productos en determinadas condiciones de mercado, lo que genera una inversión insuficiente que puede limitar el alcance de una economía para el crecimiento inclusivo. Ejemplos recientes incluyen 4G móvil rural y banda ancha ultrarrápida.

7. SOBRE LA REPUESTA A LA CONSULTA

a. Sobre el proceso de concurso

El FONATEL se crea mediante la Ley 8642, como un instrumento de administración de los recursos destinados a financiar el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en esta Ley, así como de las metas y prioridades definidas en el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones (Ley 8642, artículo 34). A su vez, en este mismo cuerpo normativo se establece que la corresponde a la SUTEL la administración de los recursos que se designen al FONATEL y se establece que la administración de dichos recursos se hará mediante la constitución de fidecomisos, los cuales deberán suscribirse con banco públicos (Ley 8642, artículo 35).

Como ya fue indicado, el artículo 36 de la Ley 9736 establece sobre la asignación de recursos a proyectos lo siguiente:

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

“b) Los proyectos de acceso y servicio universal según la siguiente metodología: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de esta Ley, la Sutel publicará, anualmente, un listado de los proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad por desarrollar con cargo a Fonatel. El anuncio especificará, para cada proyecto, las localidades beneficiadas, la calidad mínima del servicio requerido, el régimen aplicable de tarifas, el período asignado, la subvención máxima, la fecha estimada de iniciación del servicio, el plazo de ejecución del proyecto y cualquier otra condición necesaria que se requiera en el cartel. Estos proyectos serán adjudicados por medio de un concurso público que llevará a cabo la Sutel. El operador o proveedor seleccionado será el que cumpla todas las condiciones establecidas y requiera la subvención más baja para el desarrollo del proyecto. El procedimiento establecido se realizará de conformidad con la Ley N.º 7494, Contratación administrativa, de 2 de mayo de 1995, y sus reformas, y lo que reglamentariamente se establezca.” (El resaltado es intencional)

Como bien indica el artículo 36 de la Ley 8642, el procedimiento de concurso para la asignación de los recursos del FONATEL se debe realizar de conformidad con la Ley 7494. De tal forma que el concurso del proyecto en cuestión fue desarrollado mediante los principios definidos en dicha Ley y su Reglamento, sean:

- a) Eficiencia.
- b) Eficacia.
- c) Publicidad.
- d) Libre competencia.
- e) Igualdad.
- f) Buena fe.
- g) Intangibilidad patrimonial.

b. Sobre el cartel

La SUTEL mediante el concurso de contratación directa 2011CD-000091-SUTEL, seleccionó al Banco Nacional de Costa Rica (BNCR), banco público del Sistema Bancario Nacional, como encargado de la constitución del fideicomiso. A su vez, el BNCR en su condición de Fiduciario del Fideicomiso que gestiona los programas y proyectos del FONATEL, promovió el Concurso 002-2017:

“con el propósito de contratar a varios operadores de redes públicas de telecomunicaciones o proveedores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, con el debido título habilitante; para proveer el servicio de acceso gratuito a Internet inalámbrico, por medio de tecnología WiFi, en zonas y espacios públicos seleccionados para el beneficio y disfrute de la población en general y procurar la reducción de la brecha digital.” (Sección 1.1 del Cartel del Concurso 002-2017)

La primera versión del cartel del Concurso 002-2017 fue publicado el 13 de noviembre del 2017 y su versión final el 13 de abril del 2018; en este cartel se estableció que la licitación se adjudicaría a tres operadores de red o proveedores de servicios de telecomunicaciones distintos, esto en virtud de las dimensiones del proyecto, su amplia cobertura nacional e importancia estratégica en su ejecución. Así, el concurso del Programa Espacios Públicos Conectados se dividió en tres

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

Regiones Operativas, tal y como se muestra en la Imagen 1. (Sección 1.3 y 10.2 del Cartel del Concurso 002-2017).

Imagen 1: Definición de las Regiones Operativas del Concurso 002-2017.
Costa Rica. 2017

Tabla 12. Definición de las Regiones Operativas

Regiones	PAs	%%
Región Operativa N° 1	382	33%
Región Operativa N° 2	402	35%
Región Operativa N° 3	380	32%
Total	1164	100%

Fuente: Unidad de Gestión N°3

Fuente: Cartel del Concurso 002-2017 “Programa Espacios Públicos Conectados”, pág. 64

Nota: PA (Puntos de Acceso)

En la Imagen 1, se muestra que las Regiones Operativas se dividieron según la cantidad de puntos de acceso (PAs) que fueran requeridos en las zonas, de forma que cada región representara un porcentaje muy similar de la contratación total y por ello, fue que las Regiones Operativas, están conformados por cantones tanto de la Gran Área Metropolitana (GAM) y como fuera de la GAM, tal y como se muestra a continuación:

Imagen 2: Cantones Regiones Operativas del Concurso 002-2017.
Costa Rica. 2017

Tabla 13. Cantones Región Operativa 1

ID	Cantón	ID	Cantón	ID	Cantón	ID	Cantón
1	Acosta	7	Dota	13	Matina	19	Siquirres
2	Alvarado	8	El Guarco	14	Montes de Oca	20	Talamanca
3	Aserri	9	Jiménez	15	Oreamuno	21	Tarrazú
4	Cartago	10	La Unión	16	Paraiso	22	Turrialba
5	Curridabat	11	León Cortes	17	Pococi		
6	Desamparados	12	Limón	18	San José		

Fuente: Unidad de Gestión N°3

San Jose, 12 de mayo de 2021
03929-SUTEL-OTC-2021

Tabla 14. Cantones Región Operativa 2

ID	Cantón	ID	Cantón	ID	Cantón	ID	Cantón	ID	Cantón
1	Abangares	7	Grecia	13	Naranjo	19	San Mateo	25	Valverde Vega
2	Alajuela	8	Guatuso	14	Nicoya	20	San Ramón	26	Zarcoero
3	Atenas	9	Hojancha	15	Orotina	21	Santa Cruz		
4	Bagaces	10	La Cruz	16	Palmares	22	Sarapiquí		
5	Cañas	11	Liberia	17	Poás	23	Tilarán		
6	Carrillo	12	Los Chiles	18	San Carlos	24	Upala		

Fuente: Unidad de Gestión N°3

Tabla 15. Cantones Región Operativa 3

ID	Cantón	ID	Cantón	ID	Cantón	ID	Cantón
1	Alajuelita	8	Esparza	15	Moravia	22	San Isidro de Heredia
2	Barva	9	Flores	16	Osa	23	San Pablo
3	Belén	10	Garabito	17	Parrita	24	San Rafael
4	Buenos Aires	11	Goicoechea	18	Pérez Zeledón	25	Santa Ana
5	Corredores	12	Golfito	19	Puntarenas	26	Santa Bárbara
6	Coto Brus	13	Heredia	20	Puriscal	27	Santo Domingo
7	Escazú	14	Mora	21	Quepos	28	Tibás

Fuente: Unidad de Gestión N°3

Fuente: Cartel del Concurso 002-2017 “Programa Espacios Públicos Conectados”, pág. 65

En este sentido, en la Sección 1.3 del Cartel del Concurso 002-2017 se establecieron los requisitos que debía de cumplir la oferta para resultar adjudicataria de alguna de las regiones:

“[...]”

- *Cumpla todas las condiciones establecidas en este Cartel.*
- *Cumpla con los requisitos de admisibilidad.*
- *Solicite en la Oferta económica, la subvención más baja para el desarrollo del proyecto, de acuerdo con lo que establece el Artículo 36, inciso b) de la Ley General de Telecomunicaciones, N° 8642.”*

Siendo entonces que resulta necesario hacer un análisis de las condiciones establecidas en el cartel, con el fin de determinar si lo allí indicado es compatible con los principios de competencia.

La sección 7.1.1 del Cartel del concurso en cuestión establecía cuáles son los principios y normativa aplicables a la contratación, señalándose en su literalidad:

“Esta contratación se regirá por los principios generales de la Ley de Contratación Administrativa definidos en los artículos 4, 5 y 6, el Régimen de Prohibiciones establecido en el artículo 22 y 22 Bis, 23, 24, 25 y 26 de la Ley de Contratación Administrativa y el Régimen Recursivo según oficio de la Contraloría General de la República No. 01227 (DCA-0270) del 08 de febrero del 2012 [...]”

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

- *Todas las obligaciones y condiciones del presente Cartel serán parte integral del contrato que se llegue a formalizar y tendrán prevalencia sobre disposiciones del contrato cuando exista contradicción entre ellas.*

La Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 (LCA), dispone en los artículos 4, 5 y 6 mencionados en el cartel, los principios de eficacia y eficiencia, de igualdad y libre competencia, y, de publicidad, respectivamente; de manera que interesa particularmente lo establecido en el artículo 5:

“Artículo 5.-Principio de igualdad y libre competencia.

En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.

La participación de oferentes extranjeros se regirá por el principio de reciprocidad, según el cual a ellos se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos. El Poder Ejecutivo establecerá, reglamentariamente, las disposiciones necesarias para la vigencia plena del principio estipulado en este párrafo.

Los carteles y los pliegos de condiciones no podrán disponer formas de pago ni contener ninguna regulación que otorgue a los oferentes nacionales un trato menos ventajoso que el otorgado a los oferentes extranjeros.

Los órganos y entes públicos no podrán usar sus prerrogativas de exoneración para importar, por medio de adjudicatarios de licitaciones, concesionarios ni otros terceros, productos manufacturados incluidos en los supuestos de prioridad del Artículo 12 de la Ley Nº 7017, del 16 de diciembre de 1985.

(Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 1º aparte b) de la ley Nº 7612 de 22 de julio de 1996)”

En suma, **el Cartel del Concurso 002-2017 establecía como norma general del concurso el respeto al principio de igualdad y libre competencia**; lo cual resulta esencial para lo que respecta al análisis en curso.

Ahora bien, con respecto a las especificaciones técnicas requeridas en el cartel, no se encontró elemento alguno que restringiera la participación de agentes en dicho proceso de licitación.

Un elemento relevante para tener en consideración es que **en el cartel en cuestión no se financiaba al operador la infraestructura necesaria para poder prestar los servicios**, sino solamente el servicio de internet en las Zonas de Acceso a Internet Gratuito (en adelante ZAIG) como tal, de manera que **la infraestructura de redes requerida para llegar a las zonas incluidas en la licitación corría por cuenta de inversión propia del operador interesado en presentar una oferta**, lo anterior según se desprende de la cláusula 3.2 del Cartel del Concurso 002-2017:

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

“3.2 Servicios

- *El precio Ofertado por los servicios de enlace a los PA debe ser por el plazo total de operación de cada ZAIG, pagados mensualmente de conformidad con los plazos definidos en el Anexo 2, siempre y cuando el Contratista aporte toda la información que demuestre que el servicio de Internet estuvo activo (de acuerdo con la información suministrada por el sistema de monitoreo de los PA que el Contratista deberá implementar), de acuerdo con los niveles de servicio requeridos en este Cartel.*
- *En el evento de caso fortuito o fuerza mayor, o en el cierre o traslado de una zona ZAIG, el servicio asociado será suspendido sin ninguna penalidad adicional para el contratante y el Contratista deberá informar de inmediato a la Administración de tal situación. Los servicios podrán ser suspendidos mientras se reubican.*
- *El pago por los servicios de telecomunicaciones que se presten a los ZAIG se hará mensualmente, de acuerdo con los plazos definidos en el Anexo 2.*
- *Para que el Contratista pueda facturar los servicios a cada uno de los PA de cada ZAIG, deberá haberse recibido a satisfacción por parte del Fiduciario, la zona de acceso completa. Los ZAIG deberán entregarse de acuerdo con los plazos y etapas definidas en este Cartel. Sin embargo, si el Contratista tiene lista una zona antes, podrá solicitar que esta sea recibida. El pago se hará por mes vencido y se deberá cumplir con la recepción formal y a satisfacción por parte del Fiduciario, acorde con la Guía de Recepción incluida en el Anexo 6 del presente Cartel”.*

También conviene tener presente que dicho Cartel en su sección 2.6 dejaba abierta la posibilidad de que los operadores adjudicatarios pudieran prestar otros servicios en el mercado, al señalar:

“El Contratista podrá ofrecer todos los demás servicios de Telecomunicaciones, mayoristas y minoristas, y generar acciones de comercialización, al menos las siguientes:

- *Transporte: Podrá ofrecer los servicios de transporte adicionales por medio de su infraestructura, que le sean solicitados por otra empresa y que se encuentre en capacidad de ofrecer.*
- *Publicidad y marketing: Podrá explotar las posibilidades de venta de publicidad digital y marketing, a través de un uso no mayor del 10% del área de navegación del usuario. No se podrá publicar actividades o productos relacionados con violencia, actividades ilegales, contenidos inapropiados para menores de edad, drogas o sustancias psicotrópicos. Se deberá resguardar los datos de los usuarios finales de acuerdo con la normativa vigente.*
- *Conexión de cámaras de video vigilancia: Podrá ofrecer los servicios de video vigilancia o conexión de cámaras de video vigilancia de alta resolución, que le sean solicitados por la Municipalidad o institución respectiva, en condiciones comerciales normales.*
- *Los ingresos de todos los servicios del proyecto deben ser incluidos e identificados en la contabilidad separada del proyecto.” (Cartel del Concurso 002-2017, Pág. 30)*

Incluso esta posibilidad de comercializar servicios adicionales en las zonas se consideraba deseable, como un mecanismo para *“disminuir la brecha digital al permitir que nuevos servicios estén a la disposición de las comunidades beneficiadas”*, según se detalla de seguido:

San Jose, 12 de mayo de 2021
03929-SUTEL-OTC-2021

“2.9 Estrategia de Comercialización y sostenibilidad del proyecto

2.9.1 Estrategia de sostenibilidad

Como parte del desarrollo y despliegue del programa los Contratistas podrán definir e implementar una plataforma y estrategia de comercialización que permita solicitar una subvención menor, así como permitir el libre desenvolvimiento de la actividad económica del Contratista seleccionado para cada Región Operativa a través de la comercialización de diversos servicios de Telecomunicaciones.

Este tipo de actividades redundarán en el objetivo del programa de disminuir la brecha digital al permitir que nuevos servicios estén a la disposición de las comunidades beneficiadas directa o indirectamente por las ZAIGs a través de los cuales se promuevan el uso de las nuevas tecnologías de información y conocimiento como agentes de cambio en el diario quehacer de los ciudadanos.

2.9.2 Estrategias de Comercialización

A fin de potenciar esta característica, los Contratistas responsables de su Región Operativa podrán implementar una estrategia de comercialización efectiva y eficiente que les permita contar con diversas fuentes de financiamiento, que logre generar beneficios a la respectiva operación, y también a las comunidades e instituciones beneficiadas por el programa. La implementación del modelo de comercialización es optativa para quienes resulten adjudicatarios conforme se regule. Dicho beneficio se obtendrá con base en las siguientes premisas:

- El Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas SUTEL-BNCR será responsable de la subvención por todo el plazo del contrato, la cual será desembolsada mensualmente durante 3, 5 ó 7 años según el período asignado a cada ZAIG (Anexo 2)
- Plazo del proyecto: desde la firma del contrato hasta el cumplimiento del servicio en cada uno de los sitios de conformidad con los plazos definidos en el Anexo 2.
- Los operadores deberán brindar el servicio gratuito durante todo el plazo contractual, en cada ZAIG de conformidad a los plazos establecidos en el Anexo 2.
- Los operadores podrán comercializar servicios a través de la infraestructura instalada desde el inicio de operación de cada ZAIG aceptada. La comercialización que cada operador realice se medirá a través de la contabilidad separada (en lo que se refiere a comercialización dentro de cada ZAIG a través del Portal Cautivo, mercadeo, etc.).
- Cada operador es libre de definir su estrategia de comercialización.

2.9.3 Modelos de Comercialización

Los Contratistas seleccionados como responsable de cada Región Operativa tienen la libertad y autonomía de implementar medios y alternativas de comercialización a través de diversos servicios de Telecomunicaciones, mayoristas y minoristas, y generar acciones de sostenibilidad en las siguientes categorías:

- **Transporte de Telecomunicaciones:** El Contratista podrá ofrecer los servicios de transporte por medio de su infraestructura, que le sean solicitados por otra empresa y que se encuentre en capacidad de ofrecer.
- **Publicidad y mercadeo digital:** el Contratista podrá explotar las posibilidades de venta de publicidad digital y marketing, a través de un uso no mayor del 10% del área de navegación del usuario. Se prohíbe realizar publicidad a actividades o productos

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

relacionados con violencia, actividades ilegales, contenidos inapropiados para menores de edad, drogas o sustancias psicotrópicas.

- **Servicios de video vigilancia:** *el Contratista podrá ofrecer servicios de video vigilancia o conexión de cámaras de video vigilancia de alta resolución, que le sean solicitados por la Municipalidad o institución respectiva, en condiciones comerciales normales.*

- **Otras fuentes de ingreso a través de la red o los servicios que por ella se deriven:** *Los Contratista pueden considerar y desarrollar diferentes alternativas de comercialización a las anteriormente descritas, las cuales deben describirse y registrarse apropiadamente en el modelo de contabilidad Separada.*

2.9.4 Responsable de la Comercialización

El programa “Espacios Públicos Conectados” debe ser un programa que a lo largo de su vida útil promueva el desarrollo y uso de las tecnologías como motor de desarrollo y bienestar social, y para ello es de suma importancia establecer mecanismos y metodologías de comercialización que permitan percibir ingresos de forma independiente por parte de los oferentes y así requerir una subvención más baja para el desarrollo del programa.

Los ingresos independientes dependerán de las estrategias de comercialización que de forma optativa implementen cada uno de los Contratistas responsables de su Región Operativa de forma efectiva y eficiente, y que se aplicaría para cada ZAIG.

Le corresponderá a cada Contratista especificar en sus estados financieros de contabilidad separada, identificando claramente los ingresos relacionados a actividades de comercialización y comercialización a través de la infraestructura tecnológica implementada en cada ZAIG.” (Lo destacado es intencional).

De conformidad con lo anterior, es claro que los operadores adjudicatarios de este programa podían comercializar libremente servicios mayoristas y minoristas de telecomunicaciones a través de la infraestructura instalada desde el inicio de operación de cada ZAIG aceptada.

c. Sobre la adjudicación de la Región Operativa 3 del Concurso 002-2017

El cartel del Concurso 002-2017 estableció en la Sección 1.3 relativa a los alcances del proyecto que:

“Los Contratistas podrán proceder con la instalación de los servicios definidos en este Cartel para cada región y zona adjudicada, una vez que tenga debidamente firmado un contrato con el Fiduciario para la prestación de servicios de telecomunicaciones. El Cronograma del Proyecto se describe más adelante en el Anexo 1.” (Sección 1.3 del Cartel del Concurso 002-2017)

La adjudicación de la Región Operativa 3 del Concurso 002-2017 realizada por el BNCR en su condición de Fiduciario, se otorgó a favor de la empresa TELECABLE S.A., cédula jurídica 3-101-336272; quienes, en atención a lo establecido en el cartel, firmaron el Contrato 03-2018, denominado “**CONTRATO PARA PROVEER EL SERVICIO DE ACCESO GRATUITO A INTERNET INALÁMBRICO POR MEDIO DE TECNOLOGÍA WIFI, EN ZONAS Y ESPACIOS PÚBLICOS SELECCIONADOS REGIÓN Operativa 3 PROGRAMA ESPACIOS PÚBLICOS CONECTADOS**”.

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

La Región Operativa 3, según lo indicado en la sección A.1.2 Distribución de cantones por Regiones Operativas y tal como se muestra en la Imagen 2, se encuentra conformada por los siguientes cantones: Alajuelita, Barva, Belén, Buenos Aires, Corredores, Coto Brus, Escazú, Esparza, Flores, Garabito, Goicoechea, Golfito, Heredia, Mora, Moravia, Osa, Parrita, Pérez Zeledón, Puntarenas, Puriscal, Quepos, San Isidro de Heredia, San Pablo, San Rafael, Santa Ana, Santa Bárbara, Santo Domingo y Tibás.

En el caso de la empresa TELECABLE S.A., y según la respuesta dada mediante NI-04465-2021, destaca considerar lo siguiente: “[...] *Telecable como adjudicatario debió asumir la inversión inicial de previo a recibir el subsidio mensual*”; y actualmente se encuentra comercializando en la zona algunos de los productos de su cartera comercial, según sus propias estrategias de negocio.

d. Sobre las características de la contratación desde la perspectiva de la competencia

Como ha sido desarrollado a lo largo de este documento, el Estado a través de las llamadas obligaciones de servicio universal, puede intervenir para garantizar el acceso a todos los usuarios de servicios de telecomunicaciones, independientemente de su situación económica, social o geográfica.

Para garantizar que los Regímenes de Servicio Universal no impacten negativamente la competencia es necesario establecer con claridad:

- a- El conjunto mínimo de servicios de calidad especificada al que todos los usuarios finales tienen derecho.
- b- Los derechos que les asisten a los usuarios finales beneficiarios de este servicio
- c- Las correspondientes obligaciones que les atañen a las empresas en esta materia.

En relación con el primer punto, el artículo 33 de la Ley 8642 establece que “*corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones, definir las metas y las prioridades necesarias para el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad*”, de tal forma que dicho conjunto mínimo de servicios está establecido en el “*Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones*”, en particular el Programa Espacios Públicos Conectados se encuentra definido en el Pilar de Inclusión Digital de dicho Plan.

En relación con el segundo punto, el artículo 10 del Reglamento de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad establece:

“Artículo 10.- Aspectos que deben cumplir las condiciones del acceso y servicio universal.
El acceso universal y servicio universal deben prestarse asegurando el respeto a los principios rectores indicados en la Ley General de Telecomunicaciones y en el artículo 6 del presente reglamento, así como a la atención de las disposiciones contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones. Además, deberá velar por el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a) *La aplicación de la normativa vigente del régimen de protección de los derechos de los usuarios finales. [...]”*

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

Finalmente, en relación con el tercer punto, el cartel del Programa Espacios Públicos Conectados establecía las obligaciones que debería cumplir el contratista en relación con el proyecto particular.

Lo anterior permite concluir que los elementos anteriores están contenidos en el Régimen de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad definido en el Capítulo I Título II de la Ley 8642, así como en los respectivos carteles de licitación.

Asimismo, también se ha indicado que la compensación de las empresas encargadas de facilitar dichos servicios no tiene por qué dar lugar a una distorsión de la competencia; para garantizar lo anterior es necesario lo siguiente:

- Que el coste neto derivado de las obligaciones de servicio universal sea objeto de un cálculo adecuado y que cualquier financiación al respecto se efectúe causando la menor distorsión posible al mercado y a las empresas.
- Que todo cálculo del coste neto del servicio universal ha de tener debidamente en cuenta los gastos y los ingresos, así como los beneficios intangibles resultantes de la prestación del servicio universal.
- Tener en cuenta los beneficios intangibles significa que, para determinar los costes globales, del coste neto directo derivado de las obligaciones de servicio universal debe deducirse un cálculo estimado en términos monetarios de los beneficios indirectos que una empresa obtiene en virtud de su condición de proveedor de servicio universal.

Los anteriores elementos se garantizan en el cartel según lo dispuesto en las cláusulas 4.1, 4.4 y 2.9 respectivamente.

Finalmente, en relación con el cumplimiento de las condiciones para que la compensación por servicio público no genera ventajas a quien la recibe, se tiene que:

- La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar claramente definidas: lo cual se cumple mediante la firma posterior del contrato donde se establecen las obligaciones que deberá cumplir el contratista.
- Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente: la compensación máxima se establece directamente en el cartel de licitación (cláusula 4.1).
- La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público: la compensación máxima se establece directamente en el cartel de licitación (cláusula 4.1), los oferentes podían ofertar a la baja, pero no al alza (cláusula 10.1).

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

- La elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad: lo cual se garantiza por el proceso mismo de licitación del proyecto.

Siguiendo lo anterior, se tiene que en el proceso particular la compensación otorgada para el cumplimiento de obligaciones de servicio público no le genera a las empresas que reciben los fondos públicos una ventaja financiera y por tanto tampoco las sitúa en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras.

Finalmente conviene indicar que el hecho de que la SUTEL asigne sus proyectos del FONATEL a un único oferente por zona no es una situación contraria a la competencia en sí misma, ya que tiene una racionalidad económica detrás, sea evitar la duplicidad de costos que se presentaría al seleccionar más de un agente para la provisión de un servicio en una determinada área geográfica. Y en este tipo de situaciones se plantea que la competencia ocurre de previo, cuando los agentes económicos ofertan por obtener un determinado segmento de mercado, dando lugar a que se genere una situación de competencia por el mercado.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De conformidad con lo desarrollado de previo se concluye lo siguiente:

- i. Que el señor Carlos Azofeifa Arias, portador de la cédula de identidad 1-0488-0238, Presidente de Cable Brus S.A. solicitó lo siguiente:

“De conformidad con lo expuesto, solicito a este Consejo dictar un pronunciamiento expreso y de carácter oficial en el cual la Superintendencia de Telecomunicaciones, como ente regulador, manifieste su posición con respecto a si la oferta comercial a clientes o usuarios particulares que esta realizando TELECABLE en las condiciones dichas infringe o no los principios rectores relacionados en la presente gestión en el marco de la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y la Ley para el Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica”. (NI-07676-2020)

- ii. Que según el artículo 21 de la Ley 9736, 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.
- iii. Que la Ley 8642, contempla como principio rector la competencia efectiva, que se define como el *“establecimiento de mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección.”*

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

- iv. Que el Régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad se encuentra regulado a nivel legal en el Título II: Régimen de Garantías Fundamentales, Capítulo I: Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad de las Telecomunicaciones de la Ley 8642
- v. Que dicho Régimen establece dos mecanismos de asignación de recursos, las obligaciones de acceso y servicio universal; y, los proyectos de acceso y servicio universal.
- vi. Que los proyectos de acceso y servicio universal del FONATEL deberán asignarse mediante la figura del procedimiento establecido en la Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, y su Reglamento.
- vii. Que los procesos concursales del FONATEL se deben regir por los principios de igualdad y libre competencia.
- viii. Que el servicio universal tiene una serie de características que lo hacen distinto de los servicios que se prestan bajo condiciones de competencia.
- ix. Que la compensación de las empresas encargadas de facilitar dichos servicios no tiene por qué dar lugar a una distorsión de la competencia, lo cual no ocurrirá siempre que se compense a dichas empresas por los costes netos específicos en que se incurra y la carga en términos de costes netos se recupere de modo neutral desde el punto de vista de la competencia.
- x. Que para garantizar que los Regímenes de Servicio Universal no impacten negativamente la competencia es necesario establecer con claridad el conjunto mínimo de servicios de calidad especificada al que todos los usuarios finales tienen derecho, los derechos que les asisten a los usuarios finales beneficiarios de este servicio y las correspondientes obligaciones que les atañen a las empresas en esta materia.
- xi. Que en la prestación del servicio universal se pueden imponer a los operadores determinadas obligaciones para prevenir que se afecte la competencia.
- xii. Que, bajo una adecuada estructuración de los fondos de servicio universal, no tiene por qué existir una contraposición entre los principios que persiguen el servicio universal y la normativa de competencia.
- xiii. Que bajo el principio de competencia efectiva se busca que en el abordaje de los proyectos de servicio universal se establezcan *“mecanismos adecuados para que todos los operadores y proveedores del mercado compitan en condiciones de igualdad, a fin de procurar el mayor beneficio de los habitantes y el libre ejercicio del Derecho constitucional y la libertad de elección”*.

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

- xiv. Que las intervenciones estatales en las que se asignan recursos a un determinado agente de mercado para el desarrollo de un proyecto podrían generar o no una ventaja competitiva a quien las recibe en determinadas circunstancias particulares.
- xv. Que, sin embargo, para que dichas intervenciones no generen una ventaja a quien las recibe deben reunir una serie de características: En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. Y en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones”.
- xvi. Que sobre el Concurso 002-2017 se encuentra lo siguiente:
1. El procedimiento de concurso para la asignación de los recursos del FONATEL se realizó de conformidad con la Ley 7494. De tal forma que el concurso del proyecto en cuestión fue desarrollado mediante los principios definidos en dicha Ley y su Reglamento, sean: eficiencia, eficacia, publicidad, libre competencia, igualdad, buena fe e intangibilidad patrimonial.
 2. El Cartel del Concurso 002-2017 establecía como norma general del concurso el respeto al principio de igualdad y libre competencia.
 3. Respecto a las especificaciones técnicas requeridas en el cartel, no se encontró elemento alguno que restringiera la participación de agentes en dicho proceso de licitación.
 4. En el cartel en cuestión no se financiaba al operador la infraestructura necesaria para poder prestar los servicios, sino solamente el servicio de internet en las ZAIG como tal; de manera que la infraestructura de redes requerida para llegar a las zonas incluidas en la licitación corría por cuenta de inversión propia del operador interesado en presentar una oferta.

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

5. En dicho Cartel se dejaba abierta la posibilidad de que los operadores adjudicatarios pudieran prestar otros servicios en el mercado; incluso esta posibilidad de comercializar servicios adicionales en las zonas se consideraba deseable como un mecanismo para “*disminuir la brecha digital al permitir que nuevos servicios estén a la disposición de las comunidades beneficiadas*”.
- xvii. Que sobre las características de la contratación desde la perspectiva de la competencia se encuentra lo siguiente:
1. El Estado a través de las llamadas obligaciones de servicio universal puede intervenir para garantizar el acceso a todos los usuarios de servicios de telecomunicaciones, independientemente de su situación económica, social o geográfica.
 2. Los elementos definidos para garantizar que los Regímenes de Servicio Universal no impacten negativamente la competencia se encuentran contenidos en el Régimen de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad definido en el Capítulo I Título II de la Ley 8642, así como en los respectivos carteles de licitación de cada proyecto; sin ser el proyecto en cuestión una excepción.
 3. Que según lo dispuesto en las cláusulas 4.1, 4.4 y 2.9 del Cartel se encuentra que la compensación otorgada por el FONATEL a las empresas adjudicatarias no tenía el potencial de provocar una distorsión de la competencia.
 4. Que según lo dispuesto en las cláusulas 4.1, y 10.1 del Cartel, así como en el Contrato para proveer los servicios, la compensación otorgada a los adjudicatarios de este proyecto no les generaba una ventaja financiera y por tanto tampoco las situaba en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras.
 5. Que el hecho de que la SUTEL asigne sus proyectos del FONATEL a un único oferente por zona no es una situación contraria a la competencia en sí misma, ya que tiene una racionalidad económica detrás, sea evitar la duplicidad de costos que se presentaría al seleccionar más de un agente para la provisión de un servicio en una determinada área geográfica. Y en este tipo de situaciones se plantea que la competencia ocurre de previo, cuando los agentes económicos ofertan por obtener un determinado segmento de mercado, dando lugar a que se genere una situación de competencia por el mercado.
- xviii. Que en el caso del adjudicatario de la zona 3 del Cartel en cuestión, sea la empresa TELECABLE S.A., y según respuesta dada mediante NI-04465-2021, destaca considerar lo siguiente: “... *Telecable como adjudicatario debió asumir la inversión inicial de previo a recibir el subsidio mensual*” y actualmente se encuentra comercializando en la zona algunos de los productos de su cartera comercial, según sus propias estrategias de negocio; todo lo cual es conforme con lo planteado en el Cartel 002-2017.

En virtud de lo desarrollado de previo se recomienda al Consejo de la SUTEL valorar lo siguiente:

- i. Dar por recibido y aprobar el presente informe.

San Jose, 12 de mayo de 2021

03929-SUTEL-OTC-2021

- ii. Remitir al señor Carlos Azofeifa Arias, Presidente de Cable Brus S.A. el presente informe, como parte de las labores de abogacía de la competencia de la SUTEL y como respuesta a la consulta realizada sobre el Concurso 002-2017 del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) denominado programa “*Espacios Públicos Conectados*”.

De esta forma se deja rendido por parte del Dirección General de Competencia (DGCO) formal criterio sobre la consulta realizada por el señor Carlos Azofeifa Arias, Presidente de Cable Brus S.A. referente al Concurso 002-2017 del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) denominado programa “*Espacios Públicos Conectados*”, en relación exclusivamente con los potenciales efectos del citado concurso en materia de competencia y libre concurrencia en el mercado de telecomunicaciones, en particular sobre la generación de distorsiones o barreras de entrada a la competencia entre los agentes del mercado.

Atentamente,
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Silvia Elena León Campos
Jefe de Instrucción y Promoción y Abogacía
Dirección General de Competencia

Victoria Rodríguez Durán
Abogada
Dirección General de Competencia

Deryhan Muñoz Barquero
Jefe de Investigaciones y Concentraciones
Dirección General de Competencia

dmb/vrd
Gestión: GCO-OTC-OPI-00463-2021