

7 de junio del 2021
04734-SUTEL-SCS-2021

Señor
Lic. Carlos Azofeifa Arias
Presidente de Cable Brus, S. A.
cablebrus@gmail.com y cazofeifaa@gmail.com

Señora
Lourdes Fernández Quesada
Directora de Fideicomisos
Banco Nacional de Costa Rica
E-mail: fideicomisosutelbnrc@bnrc.fi.cr

Señoras
Deryhan Muñoz
Silvia León

Estimados señores:

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el inciso 10) del artículo 35 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado, me permito comunicarles que en la sesión ordinaria 042-2021 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el 3 de junio del 2021, se adoptó, por unanimidad, lo siguiente:

ACUERDO 014-042-2021

CONSIDERANDO:

- I. Que 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).
- II. Que es una 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.
- III. Que al artículo 52 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, establece que la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia; 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”.

7 de junio del 2021

04734-SUTEL-SCS-2021

- IV. Que el artículo 2 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia, Ley 9736, dispone que la SUTEL es la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, según se establece en el artículo 29 y en el capítulo II del título III de la Ley 8642, Ley General de Telecomunicaciones, de 4 de junio de 2008 y sus reglamentos; régimen sectorial que se aplica en igualdad de condiciones a todos los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones, sean estos públicos o privados.
- V. Que la Ley 8642 y la 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.
- VI. Que 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.
- VII. Que 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.**
- VIII. 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 (FONATEL) denominado programa “Espacios Públicos Conectados”; en el que señaló 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 “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 brindado a ésta facilidades y ventajas que las demás empresas no tienen; y aún más, hasta

7 de junio del 2021

04734-SUTEL-SCS-2021

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)

- IX. Que el 12 de mayo de 2021, mediante oficio 03929-SUTEL-OTC-2021, la Dirección General de Competencia de la SUTEL rindió formal “**INFORME SOBRE CONSULTA REALIZADA SOBRE EL PROGRAMA “ESPACIOS PÚBLICOS CONECTADOS”**”; en el que después de un análisis pormenorizado de la legislación sectorial de competencia y del Concurso 002-2017, concluyó en lo que interesa lo siguiente:

“

(...)

- 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.”*
- 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.*

7 de junio del 2021

04734-SUTEL-SCS-2021

- x. 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”.*
- 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.*

7 de junio del 2021

04734-SUTEL-SCS-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”.*

POR TANTO, EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

1. Dar por recibido y aprobar el oficio 03929-SUTEL-OTC-2021, del 12 de mayo del 2021, por el cual la Dirección General de Competencia de SUTEL rinde formal **“INFORME SOBRE CONSULTA REALIZADA SOBRE EL PROGRAMA “ESPACIOS PÚBLICOS CONECTADOS”**.
2. Remitir al señor Carlos Azofeifa Arias, Presidente de Cable Brus, S. A., el oficio 03929-SUTEL-OTC-2021; 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”**.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE**

7 de junio del 2021

04734-SUTEL-SCS-2021

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

Atentamente,

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo

Arlyn A.

EXP: GCO-OTC-OPI-00463-2021