

23 de noviembre del 2021

10968-SUTEL-SCS-2021

Señores

Deryhan Muñoz Barquero, Directora General de Competencia

Silvia León, Unidad de Competencia

Eduardo Castellón Ruiz, Encargado de Competencia

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 078-2021 del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, celebrada el 18 de noviembre del 2021, se adoptó, por unanimidad, lo siguiente:

ACUERDO 044-078-2021

CONSIDERANDO:

- I. Que el artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, establece como objetivos, entre otros los siguientes:

“e) Promover la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, como mecanismo para aumentar la disponibilidad de servicios, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles.

...

g) Asegurar la eficiente y efectiva asignación, uso, explotación, administración y control del espectro radioeléctrico y demás recursos escasos.

h) Incentivar la inversión en el sector de las telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que contenga mecanismos que garanticen los principios de transparencia, no discriminación, equidad, seguridad jurídica y que no fomente el establecimiento de tributos.

i) Procurar que el país obtenga los máximos beneficios del progreso tecnológico y de la convergencia”.

- II. Que el artículo 3 de la Ley 8642 define como principios rectores los siguientes:

*“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.*

*g) **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.*

...

*i) **Optimización de los recursos escasos:** asignación y utilización de los recursos escasos y de las infraestructuras de telecomunicaciones de manera objetiva, oportuna, transparente, no discriminatoria y eficiente, con el doble objetivo de asegurar una competencia efectiva, así como la expansión y mejora de las redes y servicios”.*

- III. Que 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

23 de noviembre del 2021

10968-SUTEL-SCS-2021

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

- IV. Que dentro de ese marco de rango legal, se estableció un régimen sectorial de competencia a cargo de 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”.

- V. Que la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, facultan a SUTEL, como autoridad sectorial de competencia, a velar porque los actos y resoluciones administrativas no generen restricciones que afecten el desempeño eficiente del mercado de telecomunicaciones.
- VI. Que 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.
- VII. Que, en relación con el Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones, la Ley 8642, a la Sutel le corresponde:
- a)** Promover los principios de competencia en el mercado nacional de telecomunicaciones.*
- b)** Analizar el grado de competencia efectiva en los mercados.*
- ...
- d)** Garantizar el acceso de los operadores y proveedores al mercado de telecomunicaciones en condiciones razonables y no discriminatorias”.*
- VIII. Que el artículo 20 de la Ley 9736 establece que 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.
- IX. Que el artículo el 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, 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.
- X. Que las redes neutras son adecuadamente desarrolladas pueden funcionar como mecanismo capaz de permitir el desarrollo de mayor competencia en el mercado.

23 de noviembre del 2021

10968-SUTEL-SCS-2021

- XI. Que existe la posibilidad de que este tipo de redes se financien con fondos públicos, en cuyo caso desde la perspectiva de la competencia existe un objetivo de promoción y abogacía que busca garantizar que esta intervención no afecte el nivel de competencia de los mercados.
- XII. Que el 17 de setiembre de 2021, mediante oficio 08794-SUTEL-OTC-2021, la DGCO rindió “Opinión referente a elementos para promover la competencia y evitar el falseamiento de esta en el despliegue de redes neutras financiadas con fondos públicos, donde concluyó y recomendó lo siguiente:

“A partir de los elementos desarrollados de previo se puede concluir lo siguiente:

- a) Las redes neutras son el resultado de un modelo de orientación mayorista a partir del cual los proveedores tienen la posibilidad de utilizar la infraestructura (activa y pasiva) de una red existente, que pertenece a un tercero.*
- b) Pueden existir tanto redes neutras a nivel de transporte troncal con alcance nacional o regional cuyo objetivo sea servir de “autopista” de comunicación entre distintas zonas geográficas, como a nivel de acceso resaltando su mayor capilaridad, esencial para alcanzar a los usuarios finales.*
- c) En el plano internacional se observan casos de adopción de redes neutras basadas particularmente en el despliegue de fibra óptica, con resultados variados en términos de atracción de proveedores de servicios interesados en utilizarlas.*
- d) En Costa Rica la normativa vigente no establece limitante alguna para que los proveedores de telecomunicaciones seleccionen la forma y tecnología que empleen para competir en la provisión de servicios de telecomunicaciones, siendo que un operador puede hacerlo mediante el despliegue de una red propia, a través de una competencia de redes, o bien través del empleo de la red de un tercero, mediante una competencia de servicios, todo esto en concordancia con el principio de libertad que rige el ámbito privado de los administrados. En ese sentido se puede concluir que la normativa costarricense permite el despliegue de redes neutras.*
- e) Dado el principio de neutralidad tecnológica, no se puede forzar a los operadores a hacer uso de una red neutra, sino que estos poseen la independencia de decidir qué esquema emplean para prestar sus servicios.*
- f) En nuestro país a nivel regulatorio se cuenta con un instrumento, el Régimen de Acceso e Interconexión, que permite a los proveedores de servicios de telecomunicaciones que no son dueños de una red, acceder a la red de un operador con el objetivo de prestar servicios a los usuarios finales, las obligaciones establecidas en este régimen también aplican a las redes neutras, como garantía de acceso a terceros operadores.*
- g) Las redes neutras pueden ser desarrolladas a través de distintas fuentes de inversión. En primer lugar, puede tratarse de redes construidas a partir de inversiones privadas, que son desarrolladas a partir de una decisión de financiera por parte de un determinado operador. En segundo lugar, este tipo de redes se pueden desplegar mediante el uso de fondos públicos. Existen diversos motivos que pueden llevar a un Estado a invertir recursos públicos en el despliegue de este tipo de redes, entre ellos podrían mencionarse aquellos enfocados en alcanzar metas de banda ancha para toda la población o bien cumplir con objetivos de servicio universal.*
- h) En el despliegue privado de redes neutras no interviene el estado más que a nivel regulatorio para garantizar los mecanismos de acceso que se encuentren contemplados en la respectiva normativa, y desde la perspectiva de la competencia, la intervención se circunscribe a prevenir y sancionar los eventuales abusos anticompetitivos o restricciones verticales en que pueda incurrir un determinado operador que goce de una posición de mercado.*

- i) Para prevenir que un proyecto de esta naturaleza no afecte el grado de competencia del mercado, se debe garantizar en primer lugar, que no sustituya las eventuales inversiones de los operadores de telecomunicaciones, sino que resulte complementario a estas, y en segundo lugar que el mismo no genere una ventaja a un determinado operador o grupo de ellos capaz de afectar la competencia del mercado.*
- j) Para evitar que una red neutra financiada con fondos públicos afecte la competencia esta debe estar disponible para todos los operadores del mercado interesados en acceder a ella, de tal forma que el despliegue que se haga debe tratarse de una infraestructura de red neutra y abierta, esto con el objetivo de que dicha red sea capaz de permitir una competencia efectiva a nivel minorista.*
- k) En particular cuando un mercado funciona de manera eficiente se debe tener especial cuidado en las intervenciones mediante fondos públicos con el objetivo de no perjudicar la competencia del mercado. Sin embargo, se debe reconocer que existen determinadas situaciones, asociadas a la existencia de fallos de mercado, que puedan generar la necesidad de llevar a cabo una intervención estatal de esta naturaleza, por ejemplo, a nivel de una deficiencia de la prestación de mercado o a la existencia de desigualdades en dicha prestación.*
- l) A nivel internacional se ha considerado que es posible desplegar este tipo de redes neutras debiéndose garantizar la idoneidad de la subvención estatal como instrumento de política pública diseñado para atender un determinado objetivo para lo cual se debe asegurar que la red subvencionada produzca un cambio considerable en términos de disponibilidad de banda ancha, lo cual ocurriría si la infraestructura subvencionada aporta un nivel significativo de nuevas capacidades al mercado en términos de disponibilidad y capacidad de servicios de banda ancha velocidad y competitividad.*
- m) En el caso del empleo de redes neutras para garantizar la cobertura de zonas de servicio universal es recomendable seguir una metodología de identificación de zonas blancas, grises o negras.*
- n) Para garantizar que la intervención pública en los casos servicio universal no entorpezca las inversiones privadas y por tanto no afecte los incentivos para competir, se establece debe: i) Determinar qué infraestructuras de banda ancha existen en la zona objetivo, y ii) Verificar si hay inversionistas privados que tengan planes concretos para desplegar su propia infraestructura en un futuro próximo.*
- o) Se ha reconocido que las intervenciones estatales en zonas blancas que todavía no están cubiertas por redes de banda ancha constituyen una prioridad y persiguen objetivos de verdadera cohesión y desarrollo económico y que por tanto en ellas las intervenciones tienen menos potencial de resultar lesivas para la competencia.*
- p) Las intervenciones para la construcción de una red alternativa en zonas en las que ya existe un operador de red de banda ancha pueden falsear la dinámica del mercado. Por consiguiente, el apoyo estatal para el despliegue de redes de banda ancha en estos casos sólo está justificado cuando que se demuestre claramente que persiste una deficiencia del mercado.*
- q) En las intervenciones públicas para la construcción de una red neutra es esencial garantizar el acceso a la infraestructura de la red en condiciones de mercado favorables, de forma pública y transparente; pues si las acciones estatales tienden a generar la falta de estas características, la situación tiene el potencial para constituirse en sí misma en una barrera que no permita el desarrollo idóneo del proyecto. Es en ese sentido que promover el surgimiento de la competencia en ese ecosistema, se relaciona directamente con la aplicación de lineamientos de acceso a la red y de uso compartido de toda la infraestructura desplegada.*
- r) Entre los elementos por considerar para que un proyecto de esta naturaleza no tenga el potencial de afectar la competencia se encuentran:*

23 de noviembre del 2021
10968-SUTEL-SCS-2021

- *Procurar que los recursos se otorguen por medio de un proceso de concurso público abierto que garantice no sólo una selección competitiva, sino también que cualquier subsidio se limite al importe mínimo necesario para el proyecto concreto.*
- *En el proceso de concurso se deben seguir los principios de la normativa de contratación administrativa que buscan el mayor beneficios y competencia a la hora de realizar un concurso público, tales como el de eficacia y eficiencia, de igualdad y libre concurrencia (antes libre competencia), de transparencia (anteriormente, publicidad), continúan vigentes en el nuevo marco normativo de la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986.*
- *Con el objetivo de prevenir que un despliegue de red de banda ancha financiado con fondos públicos afecte la competencia producto de eventuales negativas o retrasos en el acceso a terceros operadores por parte del adjudicatario de la red, es recomendable incluir determinadas consideraciones desde el proceso mismo de selección del operador que desarrollará la red, entre ellas destacan las siguientes:*
 - *Mapa detallado y análisis de la cobertura.*
 - *Consulta pública.*
 - *Procedimiento de selección competitiva.*
 - *Selección de la oferta económicamente más ventajosa.*
 - *Neutralidad tecnológica.*
 - *Utilización de infraestructuras existentes cuando resulte técnicamente posible.*
 - *Acceso mayorista*
 - *Precios de acceso mayorista.*
 - *Trato equitativo y no discriminatorio*
 - *Transparencia.*
- *En los casos en los que se llegara a adjudicar una red de esta naturaleza a un operador de banda ancha verticalmente integrado, resulta indispensable establecer las salvaguardias adecuadas para evitar cualquier conflicto de intereses, una discriminación indebida y cualquier otra ventaja indirecta encubierta.*
- *Cuando un despliegue de una red de banda ancha esté basado en el despliegue de una infraestructura de propiedad pública, deberá establecerse un control adecuado y unas cláusulas de reembolso con el fin de impedir que el proveedor adjudicado obtenga una ventaja indebida al conservar la propiedad de la red que se financió con fondos públicos una vez terminado el período de vigencia del proyecto o la concesión.*

En virtud de lo anterior se recomienda al Consejo de la SUTEL valorar lo siguiente en relación con proyectos asociados al despliegue de redes neutras a ser financiadas con fondos públicos:

- i. Tomar las provisiones para que un proyecto de despliegue de una red neutra financiado con fondos públicos no afecte el grado de competencia del mercado, para lo cual se recomienda valorar:*
 - a. Que el proyecto no sustituya las eventuales inversiones de los operadores de telecomunicaciones, sino que resulte complementario a estas.*
 - b. Que el proyecto no genere una ventaja a un determinado operador o grupo de ellos capaz de afectar la competencia del mercado.*
- ii. Valorar que una red neutra financiada con fondos públicos debe estar disponible para todos los operadores del mercado interesados en acceder a ella en aplicación de las disposiciones del Capítulo III de la Ley 8642 y del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones, de tal forma que el despliegue que se haga debe tratarse de una infraestructura de red neutra y abierta, esto con el objetivo de que dicha red sea capaz de permitir una competencia efectiva a nivel minorista.*

23 de noviembre del 2021

10968-SUTEL-SCS-2021

- iii. *Considerar el empleo de una metodología de identificación de zonas blancas, grises o negras en el caso del empleo de redes neutras para garantizar la cobertura de zonas de servicio universal.*
- iv. *Garantizar que la intervención pública no entorpezca las inversiones privadas y por tanto no afecte los incentivos para competir, para lo cual se recomienda:*
 - a. *Determinar qué infraestructuras de banda ancha existen en la zona objetivo.*
 - b. *Verificar si hay inversionistas privados que tengan planes concretos para desplegar su propia infraestructura en un futuro próximo.*
- v. *Evitar que un despliegue de banda ancha financiado por el Estado se base en la concesión de un derecho especial o exclusivo a un determinado operador.*
- vi. *Considerar los siguientes elementos para que despliegue de una red neutra financiada con fondos públicos disminuya el potencial de afectar la competencia:*
 - a. *Procurar que los recursos se otorguen por medio de un proceso de concurso público abierto.*
 - b. *Seguir los principios de la normativa de contratación administrativa en el proceso de concurso.*
 - c. *Incluir desde el proceso mismo de selección del operador que desarrollará la red los siguientes elementos:*
 - i. *Mapa detallado y análisis de la cobertura.*
 - ii. *Consulta pública.*
 - iii. *Procedimiento de selección competitiva.*
 - iv. *Selección de la oferta económicamente más ventajosa.*
 - v. *Neutralidad tecnológica.*
 - vi. *Utilización de infraestructuras existentes cuando resulte técnicamente posible.*
 - vii. *Acceso mayorista*
 - viii. *Precios de acceso mayorista.*
 - ix. *Trato equitativo y no discriminatorio*
 - x. *Transparencia.*
 - d. *Establecer salvaguardas en los casos en los que se llegara a adjudicar una red de esta naturaleza a un operador de banda ancha verticalmente integrado, para evitar cualquier conflicto de intereses, una discriminación indebida y cualquier otra ventaja indirecta encubierta.*
 - e. *Establecer un control adecuado y unas cláusulas de reembolso con el fin de impedir que un despliegue de una red de banda ancha basado en una infraestructura de propiedad pública, pueda otorgar al proveedor adjudicado una ventaja indebida al conservar la propiedad de la red que se financió con fondos públicos una vez terminado el período de vigencia del proyecto o la concesión”.*

POR TANTO,

El Consejo de SUTEL, de conformidad con las facultades definidas en la Ley General de Telecomunicaciones y en la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, aprueba lo siguiente:

1. Dar por recibido y aprobar el oficio 10175-SUTEL-OTC-2021, del 30 de agosto del 2021, por medio del cual la Dirección General de Competencia presenta para valoración del Consejo la “*Opinión referente a elementos para promover la competencia y evitar el falseamiento de esta en el despliegue de redes neutras financiadas con fondos públicos*”.
2. Emitir los siguientes lineamientos para promover la competencia y evitar el falseamiento de esta en el despliegue de redes neutras financiadas con fondos públicos, los cuales pueden ser considerados por

23 de noviembre del 2021

10968-SUTEL-SCS-2021

cualquier ente del sector de telecomunicaciones involucrado en el proceso, diseño o implementación de proyectos asociados al despliegue de redes de telecomunicaciones a ser financiadas con fondos públicos, a las cuales se les quiera otorgar una vocación de redes abiertas, con el objetivo de que dichas redes no sólo contribuyan a promover mayor competencia en el mercado de telecomunicaciones, sino también de prevenir que eventuales intervenciones estatales puedan lesionar la competencia del mercado:

- i. En el diseño de un proyecto de despliegue de una red neutra financiado con fondos públicos se deben valorar los siguientes elementos para prevenir que dicho proyecto pueda afectar el grado de competencia del mercado:
 - a. Contar con instrumentos que permitan determinar que el proyecto no sustituye las eventuales inversiones de los operadores de telecomunicaciones, sino que resulte complementario a estas.
 - b. Desarrollar los estudios necesarios para analizar que el proyecto no genere una ventaja a un determinado operador o grupo de ellos capaz de afectar la competencia del mercado.
- ii. En el despliegue de una red neutra financiada con fondos públicos se deben tomar las medidas para garantizar que esté disponible para todos los operadores del mercado interesados en acceder a ella en aplicación de las disposiciones del Capítulo III de la Ley 8642 y del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones, de tal forma que el despliegue que se proponga debe procurar ser una infraestructura de red neutra y abierta, esto con el objetivo de que dicha red sea capaz de permitir una competencia efectiva a nivel minorista.
- iii. En el diseño de un proyecto de despliegue de una red neutra con el propósito de cumplir objetivos de acceso y servicio universal se debe considerar el empleo de una metodología de identificación de zonas blancas, grises o negras, para garantizar que la inversión pública no desplace al mercado.
- iv. Emplear mecanismos que permitan garantizar que la intervención pública no entorpezca las inversiones privadas y por tanto no afecte los incentivos para competir, para lo cual se recomienda considerar de previo al desarrollo de un eventual proyecto lo siguiente:
 - a. Determinar qué infraestructuras de banda ancha existen en la zona objetivo.
 - b. Verificar si hay inversionistas privados que tengan planes concretos para desplegar su propia infraestructura en un futuro próximo.
- v. Un eventual despliegue de una red de banda ancha financiado por el Estado no debe otorgar la concesión de un derecho especial o exclusivo a un determinado operador, sino que debe basarse en el despliegue de redes que puedan garantizar el acceso de varios operadores como mecanismo para promover la competencia.
- vi. Considerar en el proceso de desarrollo de un eventual despliegue de una red neutra financiada con fondos públicos los siguientes elementos para que prevenir que dicho proyecto pueda afectar la competencia:
 - a. Garantizar que los recursos se otorguen por medio de un proceso de concurso público abierto.
 - b. Seguir los principios de la normativa de contratación administrativa en el proceso de concurso.
 - c. Incluir desde el proceso mismo de selección del operador que desarrollará la red al menos los siguientes elementos:
 - i. Mapa detallado y análisis de la cobertura.
 - ii. Consulta pública.
 - iii. Procedimiento de selección competitiva.
 - iv. Selección de la oferta económicamente más ventajosa.

23 de noviembre del 2021

10968-SUTEL-SCS-2021

- v. Neutralidad tecnológica.
 - vi. Utilización de infraestructuras existentes cuando resulte técnicamente posible.
 - vii. Acceso mayorista
 - viii. Precios de acceso mayorista.
 - ix. Trato equitativo y no discriminatorio
 - x. Transparencia.
- d. Establecer salvaguardas en los casos en los que se llegara a adjudicar una red de esta naturaleza a un operador de banda ancha verticalmente integrado, para evitar cualquier conflicto de intereses, una discriminación indebida y cualquier otra ventaja indirecta encubierta.
- e. Establecer un control posterior adecuado para que un despliegue de una red de banda ancha que esté basado en el despliegue de una infraestructura financiada con fondos públicos, no le genere al proveedor adjudicatario una ventaja indebida una vez terminado el período de vigencia del proyecto, y prevenir así que se puedan presentar conductas de negativa de acceso al haber concluido el período dentro del cual contaba con obligaciones de acceso.
3. Solicitar a la Unidad de Comunicación que proceda con la publicación de la “*Opinión referente a elementos para promover la competencia y evitar el falseamiento de esta en el despliegue de redes neutras financiadas con fondos públicos*” en la página Web de esta Superintendencia.

**ACUERDO FIRME
NOTIFIQUESE**

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

Atentamente,
CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo

Arlyn A.

EXP: GCO-OTC-OPI-01309-2021