

5522-SUTEL-SCS-2016

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 artículo 35 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria 040-2016, celebrada el 27 de julio del 2016, mediante acuerdo 033-040-2016, de las 18:00 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

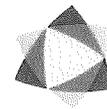
RCS-149-2016

**“SE RESUELVE DENUNCIA PRESENTADA CONTRA LAS EMPRESAS CLARO CR
 TELECOMUNICACIONES S. A. Y TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S. A.
 POR PRESUNTAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS”**

EXPEDIENTE SUTEL PM-435-2016

RESULTANDO

1. Que el 17 de febrero del 2016 (NI-1850-2016), mediante escrito número 6000-0763-2016 el señor Jaime Palermo Quesada, en su condición de apoderado generalísimo sin límite de suma del ICE denuncia que TELEFÓNICA y CLARO presentaron ofertas económicas idénticas para la contratación 005-2015 de la Zona de Matina, lo cual en su criterio es un indicio suficiente para presumir la comisión de una práctica monopolística absoluta (folios 002 al 007).
2. Que el 26 de febrero de 2016, mediante oficio 1508-SUTEL-DGM-2016, la Dirección General de Mercados (DGM) de la SUTEL recomienda iniciar una investigación preliminar a fin de recabar información adicional para determinar si es procedente o no iniciar un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio por los hechos denunciados por el ICE (folios 019 al 028).
3. Que el 10 de marzo de 2016, mediante oficio 1903-SUTEL-SCS-2016, la Secretaría del Consejo de la SUTEL notifica la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-058-2016 de las 13:00 horas del 09 de marzo de 2016, mediante la cual se lleva a cabo la apertura una investigación preliminar a fin de recabar información adicional para determinar si es procedente o no iniciar un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio contra TELEFÓNICA y CLARO por los hechos denunciados por el ICE (folios 008 al 018).
4. Que el 30 de marzo de 2016, mediante oficio 2207-SUTEL-DGM-2016, el Órgano de Investigación preliminar, de conformidad con las competencias que le fueron asignadas por el Consejo de la SUTEL en su RCS-058-2016, solicitó al Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, remitir una serie de información necesaria para valorar la denuncia presentada por el ICE (folios 29 al 34).
5. Que el 15 de abril de 2016 la Unidad de Gestión del Fideicomiso N° 1082 GPP-SUTEL-BNCR, mediante escrito número DFE-867-2016 (NI-3960-2016), suministró mediante CD la información que había sido solicitada en el oficio 2207-SUTEL-DGM-2016 (folios 40 y 41).
6. Que el 29 de abril de 2016 la empresa CLARO, mediante oficio RI-058-2016 (NI-4495-2016) remite a la SUTEL una serie de consideraciones sobre la denuncia presentada por el ICE (folio 042 al 055).
7. Que en fecha 24 de junio de 2016, mediante oficio 4555-SUTEL-DGM-2016, la DGM solicitó a la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) su criterio sobre la procedencia o no de llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo sancionador contra las empresas TELEFÓNICA y CLARO por los hechos denunciados por el ICE (folios 056 al 069).



8. Que en fecha 14 de julio de 2016, mediante Opinión 011-2106 (NI-7474-2016), la COPROCOM rindió su criterio técnico sobre la procedencia o no de llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo sancionador contra las empresas TELEFÓNICA y CLARO por los hechos denunciados por el ICE (folios 080 al 088).
9. Que en fecha 22 de julio de 2016, mediante oficio 5272-SUTEL-DGM-2016, el Órgano de Investigación preliminar rindió su informe de recomendación sobre la procedencia o no de llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo sancionador contra las empresas TELEFÓNICA y CLARO por los hechos denunciados por el ICE.
10. Que se han llevado a cabo las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SOBRE LAS FORMALIDADES DE LA DENUNCIA PRESENTADA

La denuncia fue presentada por el señor Jaime Palermo Quesada, cédula de identidad número 3-0239-0128 en su condición de Apoderado Generalísimo del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, mediante oficio número 6000-0763-2016 (NI-1850-2016) recibido en fecha 17 de febrero de 2016.

A continuación se analiza el cumplimiento de las formalidades que debe contener toda petición a instancia de parte para la apertura de un procedimiento conforme lo definido en el artículo 285 de la Ley General de Administración Pública, Ley 6227, en relación con el artículo 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones.

a. Indicación de la oficina a la que se dirige

El escrito presentado se encuentra dirigido al Presidente del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). La SUTEL es el Órgano competente para conocer por oficio o por denuncia, así como para corregir y sancionar cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores de redes y/o proveedores de servicios de telecomunicaciones que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado, según lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 8642.

b. Nombre y apellidos, residencia y lugar para notificaciones

La denuncia fue interpuesta por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, cédula de persona jurídica 4-000-042139-02. El denunciante señala como lugar para recibir notificaciones el correo electrónico notificaciones.DRR@ice.go.cr.

c. Pretensión

EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD solicita lo siguiente:

"De conformidad con lo anterior y en virtud de la obligación legal que tiene la SUTEL de evitar los abusos y las prácticas monopolísticas, formalmente solicitamos, que se inicie a la brevedad la investigación correspondiente a efecto de dilucidar la verdad real de los hechos y de ser procedente, se apliquen las sanciones de ley, máxime que la eventual falta se estaría cometiendo en contra de los fondos públicos de FONATEL, cuyo propósito solidario, se vería seriamente afectado" (folio 5 y 6).

d. Motivos o fundamentos de hecho

Que los principales argumentos del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD son los siguientes:

"Primero: El día 12 de octubre del 2015, el Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas SUTEL-

BNCR publicó en el diario La Nación los carteles oficiales para los concursos N° 003-2015 Guácimo, N° 004-2015 Limón, N° 005-2015 Matina, N° 006-2015 Pococí, N° 007-2015 Siquirres y N° 008-2015 Talamanca, mediante los cuales se contratará la provisión del acceso a los servicios de voz y el acceso desde una ubicación fija, al servicio de Internet a todas las comunidades y los servicios de voz e internet, desde una ubicación fija, a los Centros de Prestación de Servicios Públicos ubicados en esas comunidades, esto con aportes del Fondo Nacional de Telecomunicaciones.

Segundo: El día 22 de enero del 2016, se llevó a cabo la apertura de ofertas, las cuales fueron presentadas por los diferentes operadores en los siguientes términos:

CARTELES FONATEL ZONA ATLÁNTICA					
Análisis Comparativo de Ofertas (Precio y Tiempo)					
Cantón	Subvención máxima	Oferente	% sobre subvención	Precio ofertado USD	Tiempo de entreg (días hábiles)
Talamanca	\$2.357.670,00	ICE	30,56	720.519,8	215
		Telefónica	50,00	1.178.835,0	61
		Claro CR	65,10	1.534.843,0	186
Siquirres	\$4.316.101,00	ICE	27,49	1.186.491,2	215
		Telefónica	33,00	1.424.313,0	61
		Claro CR	29,00	1.251.699,0	186
Matina	\$4.086.697,00	ICE	25,56	1.044.563,6	215
		Telefónica	34,00	1.389.477,0	61
		Claro CR	34,00	1.389.477,0	186
Guácimo	\$1.500.181,00	ICE	30,70	460.620,0	215
		Telefónica	100	1.500.181,0	61
		Claro CR	32,10	481.558,0	186
Limón	\$3.663.765,00	ICE	26,21	960.429,9	215
		Telefónica	34,90	1.278.662,0	61
		Claro CR	168,14	6.160.134,0	357
Pococí L1	\$2.976.260,00	ICE	33,24	989.438,0	215
		Claro CR	29,00	863.115,0	186
Pococí L2	\$1.155.223,00	ICE	37,74	435.985,2	215
		Claro CR	196,47	2.269.689,0	275
		Claro CR (Alternativa)	29,47	340.453,0	220

[Fuente: Elaboración propia del ICE contenida en su denuncia]

Tercero: Como se puede observar del acta de apertura de ofertas, las empresas Claro y Telefónica presentaron IDENTICA oferta económica para la contratación 005-2015, de la Zona de Matina, por la suma de 1.389.477,00 USD, hecho que hace presumir válidamente que dichas empresas se pusieron de acuerdo de previo a presentar sus ofertas (Ver Anexo N° 1 Acta del 22 de enero de 2016 Fideicomiso N° 1082 GPP-SUTEL B.N.C.R., contratación N° 005-2015).

(...)

Como se desprende de lo anterior, la presentación de ofertas económicas idénticas por parte de las empresas TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. y CLARO C.R.S.A. para la contratación 005-2015 de la Zona de Matina, es indicio suficiente para presumir válidamente la comisión del acto monopolístico absoluto sancionable en los términos de la norma legal transcrita, en razón de lo cual, se impone que el Consejo de la SUTEL inicie a la brevedad las investigaciones pertinentes con el fin de determinar la verdad real de los hechos y establecer las sanciones correspondientes, de conformidad con las potestades que para ello le otorgan los artículos 52, 65 y 67 de la Ley General de Telecomunicaciones." (folio 2 al 5)

e. Fecha y firma

La denuncia tiene fecha 16 de febrero de 2016, siendo presentada ante la SUTEL el 17 de febrero del 2016 (NI-1850-2016) y fue firmada por el señor Jaime Palermo Quesada, cédula de identidad número 3-0239-0128 en su condición de Apoderado Generalísimo del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD.

f. Pruebas aportadas

El INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD indica que aporta como prueba documental lo siguiente:

- Copia del Acta del 22 de enero de 2016, presentación de ofertas del concurso Zona Atlántica. Fideicomiso N° 1082 GPP-SUTEL B.N.C.R. contratación N° 005-2015.

Sin embargo, dicha copia no consta en autos.

SEGUNDO: SOBRE LA DENUNCIA PRESENTADA

a. Denunciante

El denunciante es el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD quien fue creado mediante la Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), Ley 449, modificada parcialmente por la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660; según la cual el ICE es una institución autónoma de la República de Costa Rica con facultad legal para instalar y operar redes, prestar, adquirir y comercializar productos y servicios de telecomunicaciones e info-comunicaciones, así como otros productos y servicios de información y otros en convergencia, de manera directa o mediante acuerdos, convenios de cooperación, asociaciones, alianzas estratégicas o cualquier otra forma de asociación con otros entes nacionales o extranjeros, públicos o privados.

b. Denunciados

Las empresas denunciadas son:

- CLARO CR TELECOMUNICACIONES, S.A. (CLARO), cédula de personería jurídica 3-101-460479, quien es un operador de telecomunicaciones que ofrece productos y servicios de telefonía móvil, internet y televisión por suscripción, en los segmentos personal y corporativo. Esta empresa está autorizada para ofrecer servicios de telecomunicaciones de conformidad con el acuerdo ejecutivo 001-2011-MINAET del 18 de enero del 2011 y la RCS-078-2011 de las 11:30 horas del 13 de abril de 2011 de la SUTEL, ampliada mediante la resolución RCS-2011-2015 de las 17:20 horas del 28 de octubre del 2015.
- TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC, S.A. (MOVISTAR), cédula de personería jurídica 3-101-610198, quien es un operador de telecomunicaciones que ofrece productos y servicios de telefonía móvil, internet y telefonía fija, en los segmentos personal y corporativo. Esta empresa está autorizada para ofrecer servicios de telecomunicaciones de conformidad con el acuerdo ejecutivo 001-2011-MINAET del 18 de enero del 2011 y la RCS-158-2011 del 26 de julio de 2011.

c. Sobre la práctica denunciada

El denunciante indica que la conducta de CLARO y MOVISTAR constituye una práctica monopolística absoluta. Al respecto se indica *"la presentación de ofertas económicas idénticas por parte de las empresas TELEFÓNICA DE COSTA RICA T.C.SA. y CLARO C.R.S.A para la contratación 005-2015 de la Zona de Matina, es indicio suficiente para presumir válidamente la comisión del acto monopolístico absoluto sancionable en los términos de la norma legal transcrita"* (folio 5)

En ese sentido, la práctica denunciada se trata de una presunta concertación de ofertas en uno de los procesos de licitación para la adjudicación de uno de los proyectos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), en particular en el proceso de concursos para la Zona Atlántica en relación con el concurso 005-2015 Matina.

De lo anterior se desprende que la conducta denunciada podría enmarcarse dentro de lo definido en el artículo 53 inciso d) de la Ley 8642, es decir un acto, contrato, convenio, arreglo o combinación entre

operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones competidores entre sí, actuales o potenciales, con el propósito de establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas. Es decir, un acuerdo colusorio para la presentación de ofertas concertadas en un proceso licitatorio, práctica conocida como licitación colusoria.

De conformidad con el artículo 6 inciso d) del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones se constituye como indicio de la existencia de esta práctica *“que uno o varios operadores o proveedores actúen con negligencia evidente en la presentación de ofertas en licitaciones u otros procedimientos de concurso, presenten ofertas inusualmente similares o sin fundamento económico, o que de las circunstancias del caso se deduzca la existencia de un patrón atípico de precios, de ofertas ganadoras, asignación geográfica o de clientela entre las ofertas presentadas”*.

En relación con la práctica de licitaciones colusorias la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha indicado lo siguiente:

“La manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) se presenta cuando las compañías, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación [...]

El proceso competido puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas [...]

Aunque las personas y empresas puedan acordar llevar a cabo esquemas de manipulación de licitaciones mediante de varias formas, generalmente implementan al menos una de las estrategias más comunes.[...] Estas estrategias pueden resultar a su vez en patrones que los funcionarios encargados de las adquisiciones públicas puedan detectar, y por lo tanto, contribuir en el desvelamiento de esquemas de manipulación de licitaciones. [...]”¹

En el citado documento la OCDE identifica una serie de posibles esquemas bajo los cuales se puede presentar una práctica de licitación colusoria, a saber:

- **Ofertas de resguardo:** también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas. Este tipo de prácticas son las maneras más frecuentes de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Esto ocurre cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplan por los menos un elemento entre los siguientes: 1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado, 2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada, o 3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se saben que resultan inaceptables para el comprador. Las ofertas de resguardo son designadas para dar la apariencia de una competencia genuina.
- **Supresión de la oferta:** los esquemas de supresión de ofertas incluyen acuerdos entre competidores en los cuales una o más compañías acuerdan abstenerse de ofertar o retiran una oferta previamente remitida de tal forma que la oferta designada como ganadora sea elegida. En esencia, la supresión de oferta significa que la compañía no remite una oferta final para consideración.
- **Rotación de las ofertas:** en los esquemas de rotación de ofertas las empresas conspiradoras continúan ofertando, pero están de acuerdo en tomar turnos para resultar la oferta ganadora. Las formas en que la rotación de ofertas es implementada puede variar. Por ejemplo, los conspiradores pueden acordar asignar aproximadamente iguales valores monetarios de un determinado grupo de contratos a cada firma o pueden asignar volúmenes que corresponden con el tamaño de la compañía.
- **Asignación de mercado:** los competidores se reparten el mercado y acuerdan no competir por ciertos competidores o en ciertas áreas geográficas. Las empresas competidoras pueden, por ejemplo, asignar consumidores específicos o tipos de consumidores a diferentes empresas, así los competidores no ofertarán en contratos ofrecidos por una cierta clase de potenciales compradores que han sido asignados a

¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2016). *Lineamientos de la OCDE para combatir la colusión entre oferentes en contrataciones públicas*. División de Competencia. París, Francia. Pág. 5 y 6 visible en http://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_fighting-bid-rigging-2012-ES.pdf

una firma específica. En intercambio, este competidor no ofertara competitivamente a otro grupo designado de clientes que han sido asignados a otras firmas en el acuerdo.

De acuerdo a lo expuesto por el denunciante y con fundamento en la Ley 8642 y el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, los hechos denunciados podrían constituirse en una práctica monopolística absoluta en los términos de lo definido en el artículo 53 de la Ley 8642, la cual es sancionable conforme el artículo 67 inciso a) aparte 13), del mismo cuerpo normativo, el cual indica que se considera como una infracción muy grave "*realizar las prácticas monopolísticas establecidas en esta Ley*", siendo que a su vez el artículo 68 inciso a) de la Ley 8642 indica que: "*Las infracciones muy graves serán sancionadas mediante una multa de entre cero coma cinco (0,5%) y hasta un uno por ciento (1%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior*", siendo que cuando un operador o proveedor no haya obtenido ingresos brutos o se encuentre imposibilitado para reportarlos, la SUTEL utilizará como parámetro para la imposición de sanciones el valor de sus activos.

TERCERO: SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUTEL

- I. Que el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, establece que la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.
- II. Que según el artículo 60 inciso k) de la Ley N° 7593 es una obligación fundamental de la SUTEL conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones.
- III. Que el artículo 52 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, señala que la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia, el cual se regirá por lo previsto en dicha Ley y supletoriamente por los criterios establecidos en el capítulo III de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472. En ese sentido, la SUTEL tiene competencia exclusiva para conocer de oficio o por denuncia, así como corregir y sancionar, cuando proceda, 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.
- IV. Que los artículos 3 inciso g) y 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones establecen que le corresponde a la SUTEL conocer de oficio o por denuncia, así como corregir y sancionar, cuando proceda, 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 el artículo 30 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones establece que la SUTEL deberá investigar de oficio o por denuncia las prácticas monopolísticas previstas en la Ley N° 8642.
- VI. Que el artículo 55 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que a la SUTEL de previo a resolver sobre la procedencia o no procedencia del procedimiento sobre una práctica monopolística solicitará a la COPROCOM el criterio técnico correspondiente.
- VII. Que el artículo 44 inciso 1, sub inciso f) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y sus Órganos Desconcentrados (RIOF), establece que a la Dirección General de Mercados, le corresponde preparar de oficio o por denuncia, los estudios técnicos necesarios para que el Consejo pueda conocer de 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. Asimismo, le corresponde a esta Dirección solicitar, conocer y tomar en cuenta en sus análisis, el criterio de la Comisión para Promover la Competencia, de previo a emitir su recomendación al Consejo, así como proponer las razones para apartarse de los criterios de dicha Comisión; sea para la procedencia de la apertura del procedimiento administrativo correspondiente o para el dictado del acto final (incisos i., q., y t.).

CUARTO: SOBRE PROCEDENCIA O NO DE LLEVAR A CABO UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE COMPETENCIA

- I. Para efectos de resolver el presente asunto conviene extraer del informe técnico de recomendación rendido mediante oficio número 5272-SUTEL-DGM-2016, el cual es acogido en su totalidad por este Órgano decisor, lo siguiente:

“

D. SOBRE EL ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS ABSOLUTAS

En lo que respecta a la denuncia planteada es necesario analizar lo que indica la legislación existente, para determinar si existen indicios fundados que justifiquen el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

El artículo 53 de la Ley 8642 establece que “se considerarán prácticas monopolísticas absolutas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones entre operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones competidores entre sí, actuales o potenciales, con cualquiera de los propósitos siguientes: [...] d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas”.

Define, en ese mismo sentido, el citado artículo 53 de la Ley 8642 que las prácticas monopolísticas absolutas “[...] son prohibidos y serán nulos de pleno derecho y se sancionarán conforme a esta Ley.”

Para comprobar la existencia de una práctica monopolística absoluta, el artículo 53 de la Ley 8642 define que debe comprobarse lo siguiente:

- *Que la conducta se dio entre operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones que son competidores entre sí*
- *Que se dio la existencia de un acto, contrato, convenio, arreglo o combinación, con el objetivo de incurrir en alguna de las conductas tipificadas en el artículo 53 de la Ley 8642.*

a) Sobre si existen indicios de que las empresas denunciadas son competidores actuales o potenciales.

Para determinar si las empresas CLARO y MOVISTAR son competidoras entre sí en los procesos de licitación de los proyectos de FONATEL, debe estudiarse si estas empresas están en la capacidad de ofertar en los procesos de licitación pública para la adjudicación de los proyectos de FONATEL.

La forma más simple de llevar a cabo dicha determinación, consiste en analizar si estas empresas han participado de los procesos de concursos de FONATEL, para lo cual en la siguiente Tabla se presenta un resumen de los oferentes que han participado en los distintos procesos de licitación organizados por FONATEL a la fecha.

Tabla 1. Licitaciones de proyectos de FONATEL: Oferentes por número de concurso. Año 2016.

Concurso		Oferentes				
Número	Zona	Oferente 1	Oferente 2	Oferente 3	Oferente 4	Oferente 5
003-2013	Siquirres		CLARO	MOVISTAR		IBW
004-2013	La Roxana	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR		
005-2013	Guatuso	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR	Consorcio EDIAY-IDNET-REICO	
006-2013	Los Chiles	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR	Consorcio EDIAY-IDNET-REICO	
007-2013	San Carlos	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR	Consorcio EDIAY-IDNET-REICO	
008-2013	Sarapiquí	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR		
009-2013	Upala	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR	Consorcio EDIAY-IDNET-REICO	
010-2014	Buenos Aires	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR	Consorcio EDIAY-REICO	
011-2014	Osa	Consorcio ICE	CLARO	MOVISTAR	Consorcio EDIAY-	Consorcio ANDITEL-

		Huawei			REICO	TRANSDATELECOM-PRD
012-2014	Pérez Zeledón	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR	Consorcio EDIAY-REICO	
013-2014	Coto Brus	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR	Consorcio EDIAY-REICO	
014-2014	Golfito	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR	Consorcio EDIAY-REICO	Consorcio ANDITEL-TRANSDATELECOM-PRD
015-2014	Corredores	Consorcio ICE-Huawei	CLARO	MOVISTAR	Consorcio EDIAY-REICO	
003-2015	Guácimo	ICE	CLARO	MOVISTAR		
004-2015	Limón	ICE	CLARO	MOVISTAR		
005-2015	Matina	ICE	CLARO	MOVISTAR		
006-2015	Pococí	ICE	CLARO			
007-2015	Siquirres	ICE	CLARO	MOVISTAR		
008-2015	Talamanca	ICE	CLARO	MOVISTAR		

Fuente: Elaboración propia a partir de la información remitida por la Unidad de Gestión del Fideicomiso N° 1082 GPP-SUTEL-BNCR.

La Tabla anterior evidencia que CLARO ha participado en todos los procesos de concurso para el desarrollo de infraestructura de telecomunicaciones que ha emitido FONATEL hasta el momento, mientras que MOVISTAR (TELEFONICA) ha presentado ofertas para casi todos los proyectos, exceptuando para el concurso 003-2013.

Lo anterior permite evidenciar que efectivamente las empresas CLARO y MOVISTAR son competidores actuales en cuanto al desarrollo de proyectos de FONATEL. Dada su condición de operadores de servicios de telecomunicaciones móviles, ambos están en la capacidad técnica de desarrollar el tipo de proyectos de telecomunicaciones, de tal manera que han venido presentando ofertas para los distintos procesos licitatorios promovidos por FONATEL hasta la fecha.

En relación con este tema la COPROCOM mediante la Opinión 011-2016 indicó lo siguiente:

1. "Sobre si los supuestos infractores son competidores entre sí.

Las empresas MOVISTAR Y CLARO son empresas operadoras de los servicios de telecomunicaciones que ofrecen productos y servicios de telefonía móvil y fija e internet en los segmentos personal y corporativo, En el caso particular de Claro además ofrece el servicio de televisión por suscripción. Sumado a lo anterior, ambas empresas han participado en los distintos concursos promovidos por el Banco Nacional de Costa Rica en calidad de fiduciario del Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas SUTEL-BNCR que Cuenta con un aporte del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) y tiene como objetivo proveer el acceso a los servicios de voz y el acceso desde una ubicación fija al servicios de internet al cantón de Matina, entre otros. Considerando lo anterior, se considera que las empresas denunciadas (CLARO-MOVISTAR) son competidoras entre sí".

- b) **Sobre si existen indicios de que se dio un acto, contrato, convenio, acuerdo o combinación con el objetivo de establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.**

En relación con el hecho de si existen indicios suficientes que ameriten abrir un procedimiento administrativo contra las empresas CLARO y MOVISTAR por un presunto establecimiento, concertación o coordinación de sus ofertas en relación con el concurso 005-2015 Matina promovido por FONATEL, conviene analizar en detalle la coincidencia de las ofertas de las empresas CLARO y MOVISTAR a la luz del hecho de que el artículo 6 inciso d) del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones define que se constituye como indicio de la existencia de una práctica de licitación colusoria el hecho de que uno o varios operadores presenten ofertas inusualmente similares o sin fundamento económico.

- i. Sobre las ofertas de las empresas CLARO y MOVISTAR en el concurso de FONATEL 005-2015 Matina.

La siguiente Tabla resume las ofertas presentadas por las empresas CLARO y MOVISTAR en el concurso de FONATEL 005-2015 Matina.

Tabla 2. Licitaciones de proyectos de FONATEL: Ofertas de las empresas CLARO y MOVISTAR en el concurso de FONATEL 005-2015. Cifras en US\$. Año 2016.

Ítem	CLARO	TELEFÓNICA
Subsidio/Oferata	1.389,4	1.389,4
Plazo Ejecución (días)	1	

Fuente: Elaboración propia a partir de la información remitida por la Unidad de Gestión del Fideicomiso N° 1082 GPP-SUTEL-BNCR.

El cuadro anterior permite evidenciar, como se desprende también de la demanda del mismo ICE, que las ofertas presentadas por CLARO y MOVISTAR no son iguales, pues si bien coinciden en el precio de la oferta, sea en el monto del subsidio a solicitar, **no coinciden en el plazo de ejecución del proyecto.**

Adicionalmente, de los desgloses de los montos de las ofertas presentadas por CLARO y MOVISTAR contenidos en la Tabla 2 parece evidenciarse que, si bien el monto del subsidio solicitado es el mismo, obedece más a una situación de mera coincidencia que a un acuerdo (oficio DFE-867-2016 NI-3960-2016).

ii. Sobre los términos de referencia del "Cartel 005-2015 Matina".

Los términos de referencia del Concurso No. 005-2015 "Contratación para proveer el Acceso a los Servicios de Voz y el Acceso desde una ubicación fija al servicio de Internet a todas las comunidades de los distritos de Batán, Carrandi y Matina del cantón de Matina, provincia de Limón y la provisión de los servicios de voz e internet, desde una ubicación fija, a los Centros de Prestación de Servicios Públicos ubicados en esas comunidades, con aporte del Fondo Nacional de Telecomunicaciones", que es el cartel al que hace referencia la denuncia aquí analizada, indicaba lo siguiente en relación con los criterios de calificación de las ofertas:

"4.5.1 Criterios de Calificación de las Ofertas.

Las ofertas admitidas serán calificadas de acuerdo con los criterios especificados en la Tabla de Distribución de la Calificación siguiente.

Tabla 2 Distribución de la Calificación

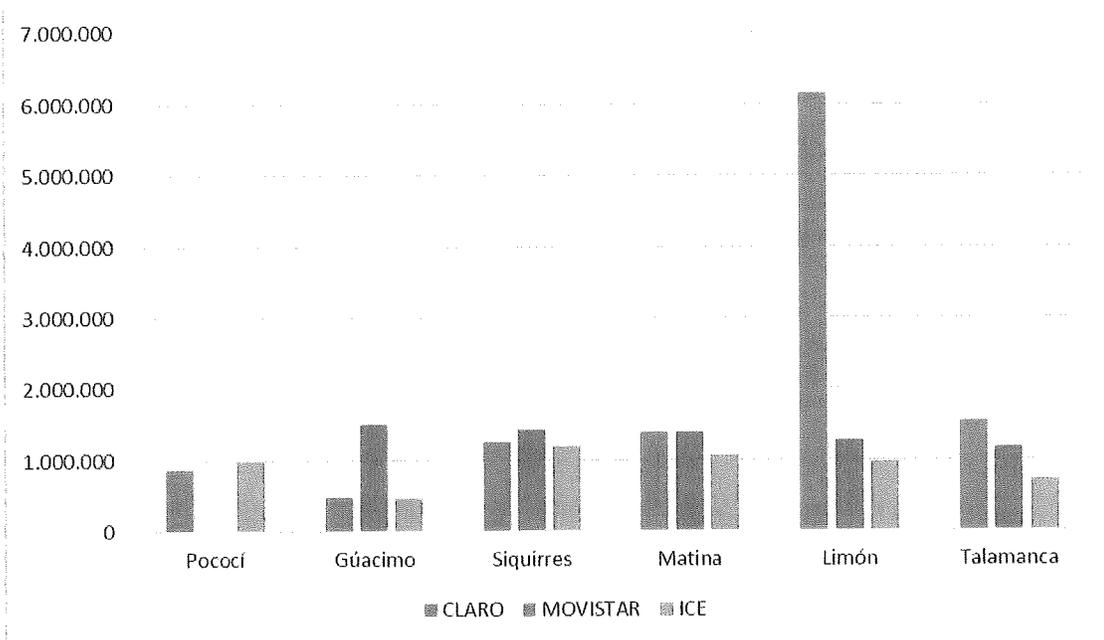
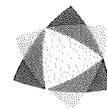
Parámetro	Puntaje
i. Subvención de FONATEL Solicitada para proveer el acceso a los servicios de telecomunicaciones requeridos en el Área de Servicio.	90
ii. Plazo de Entrega de la implementación del proyecto	10
TOTAL	100

Lo anterior pone de manifiesto el hecho de que la coincidencia en precio de las ofertas de CLARO y MOVISTAR no era un elemento suficiente para afirmar que dichas ofertas eran iguales, ya que básicamente contemplan una diferencia significativa en términos del plazo de entrega, diferencia que las lleva a obtener un puntaje diferente al entrar al Sistema de Calificación de Ofertas, y por tanto vuelve una oferta más atractiva que la otra.

iii. Sobre los carteles de FONATEL de la Zona Atlántica.

Un elemento importante a tener en cuenta es que junto con el "Cartel 005-2015 Matina" se emitieron seis carteles de manera conjunta como parte de la Fase de Zona Atlántica del Programa 1 de FONATEL. Por lo que conviene determinar si existió coincidencia en las ofertas presentadas en alguno de los otros carteles. De la prueba aportada por el propio denunciante en el oficio número 6000-0763-2016 se evidencia que las ofertas de CLARO y MOVISTAR no coinciden ni en plazo, el cual es de 61 días para MOVISTAR y de 186 días para CLARO en las ofertas de los distintos carteles de la Zona Atlántica, ni en precio en ningún otro cartel.

Gráfico 1. Licitaciones de proyectos de FONATEL: Ofertas económicas (subsidio) de las empresas ICE, CLARO y MOVISTAR en los carteles de FONATEL de la Zona Atlántica. Cifras en US\$. Año 2016.



Fuente: Elaboración propia a partir de la información contenida en el oficio 6000-0763-2016.

Lo anterior lleva a concluir que no se presenta coincidencia en las ofertas de los otros carteles de los proyectos de la Zona Atlántica, lo que pone en duda que la coincidencia en el precio del "Cartel 005-2015 Matina" resultara parte de una acción de concertación, ya que no se evidencian signos de concertación en los otros carteles tramitados bajo el mismo proceso. En ese sentido, parece que la coincidencia en las ofertas de CLARO y MOVISTAR en el "Cartel 005-2015 Matina" es solamente eso, una mera coincidencia y no un intento de afectar el resultado de la licitación promovida por FONATEL.

iv. Sobre la razonabilidad de una conducta de concertación o coordinación entre CLARO y MOVISTAR.

Si bien los concursos de proyectos de FONATEL reúnen muchas de las características que fomentan la aparición de licitaciones colusorias, entre ellas: número reducido de oferentes, participación baja o nula de nuevos oferentes, ofertas con condiciones similares o de naturaleza similar recurrentemente, productos o servicios similares ofrecidos por las empresas y pocos o nulos sustitutos, lo cierto del caso es que las empresas practican este tipo de prácticas con un objetivo muy específico.

Como fue detallado previamente el objetivo de una licitación colusoria es "aumentar el precio o disminuir la calidad de los bienes y servicios que ofrecen a los compradores que desean adquirir productos o servicios a través de un proceso de licitación". En ese sentido y en el caso aquí analizado una eventual concertación entre las empresas CLARO y MOVISTAR, sin incluir al ICE, carecería de sentido económico.

Así, una conducta colusoria para concursar en los proyectos de FONATEL practicada sólo entre CLARO y MOVISTAR resulta insuficiente para poder alterar o amañar el proceso licitatorio, en cuanto siempre existe un tercer operador, en este caso el ICE, que al comportarse de manera independiente es capaz de afectar cualquier intento de las empresas CLARO y MOVISTAR de arreglar los resultados del proceso de concurso licitatorio, esto debido a que además de tratarse de un tercer competidor no involucrado en la supuesta colusión, se trata de competidor robusto con la capacidad económica suficiente para presentar ofertas competitivas.

En ese sentido parece improbable que las empresas aquí investigadas coordinaran su conducta a sabiendas de que, desde el punto de vista económico y estando el ICE de por medio, esta eventual coordinación resultaba totalmente inefectiva para los propósitos de alterar los resultados de la licitación. De tal manera que el riesgo de intentar coludirse es demasiado alto como para que dos empresas intenten hacerlo a sabiendas de que dicha colusión no les generará ningún beneficio económico.

En relación con este tema la COPROCOM mediante la Opinión 011-2016 indicó lo siguiente:

"Señala el informe de SUTEL que en las ofertas presentadas por las empresas existe una coincidencia en el precio de subsidio que brindaría FONATEL; no obstante, el plazo de entrega de la obra para cada una

de las empresas es distinto (61 Telefónica y 186 Claro), esta situación evidencia que las ofertas presentadas no son idénticas tal como lo indica el denunciante.

Según se desprende de la información que consta en el expediente digital específicamente del Informe de Estudio de Ofertas y Recomendación de Adjudicación del Concurso N°005-2016, los proyectos serán adjudicados al oferidor o proveedor seleccionado que cumpla con todas las condiciones establecidas y requiera la subvención más baja para el desarrollo del proyecto selectivo.

...
Por tanto, si no fuera por la subvención, el plazo de entrega haría de la oferta del ICE la menor puntaje, por cuanto su plazo de entrega es 3,525 veces más alto que el Telefónica y 1,156 respecto a Claro, aun y cuando la oferta del ICE es 24.8% menor monetariamente hablando. En ese sentido, el mayor plazo de entrega se puede interpretar como una pérdida de bienestar para los usuarios que no gozaran de manera más inmediata de los servicios buscados y que esa pérdida puede contrarrestar los beneficios de un precio más bajo.

Siendo así esa diferencia en el plazo de entrega de cada una de las empresas denunciadas evidencia que no son ofertas iguales y que esa diferencia resulta relevante a efectos de la evaluación y la calificación asignada a cada una de las ofertas y tiene repercusiones en cuanto al agente económico a recomendar para adjudicar.

Aunado a lo anterior, de la información que consta en el expediente enviado por SUTEL no se desprende ningún patrón de comportamiento que arroje indicios suficientes -que analizados de forma conjunta hagan suponer la existencia de un acuerdo colusorio entre las empresas MOVISTAR y Claro; siendo así la simple coincidencia de precios no es suficiente para la apreciación de una conducta colusoria, dado que podrían existir justificaciones que una vez analizadas, resulten razonables para explicar los hechos,

Sumado a lo anterior, la teoría económica establece que cada empresa para producir un bien, requiere de múltiples combinaciones de Inputs (capital, trabajo, tecnología, otros), con el objetivo principal de producir el bien al menor costo posible, lo anterior se denomina función de producción.

Es de esperar que los valores del capital, trabajo, tecnología y otros, no sean los mismos para las distintas compañías ya que dependerá de sus características particulares.

Por tal motivo, a partir de que las empresas cuentan con funciones de producción diferentes, todas esas múltiples alteraciones entre los factores de producción pueden llegar, por un asunto circunstancial, a coincidir en ese elemento exclusivo, en este caso específico, el precio, tal y como parece ser en el caso en estudio.

Lo anteriormente expuesto permite concluir que no existen Indicios de que las empresas MOVISTAR y Claro estén realizando una supuesta práctica anticompetitiva".

- II. Que adicionalmente de conformidad con los artículos 54 y 55 de la Ley N° 8642 de previo a resolver sobre la apertura o no de un procedimiento administrativo sancionador por infracción de los artículos 53 y 54 de la Ley N° 8642 se debe considerar el criterio técnico de la COPROCOM.
- III. Que la COPROCOM emitió su criterio respecto a la la procedencia o no de llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo sancionador contra las empresas TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. y CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A por los hechos denunciados por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD mediante Opinión 011-2016, la cual está contenida en el acuerdo firme contenido en el artículo quinto del acta de la Sesión Ordinaria N°23-2016 celebrada a las 17:30 horas del 12 de julio de 2016, en el siguiente sentido:

"Con fundamento en los hechos e información aportados por la SUTEL que consta en el expediente no es procedente iniciar un procedimiento administrativo sancionador por práctica monopolística absoluta contra las empresas Telefónica de Costa Rica TC, S.A. (MOVISTAR) y Claro CR Telecomunicaciones S.A. (CLARO) por supuestas prácticas monopolísticas absolutas".

- IV. Que el procedimiento administrativo se inicia por el acto que el ordenamiento jurídico le atribuye el efecto de poner en marcha la actividad de la Administración. La naturaleza del acto de inicio es diversa según sea de oficio o a instancia de parte. Cuando la Administración decide iniciar un procedimiento debe dictar un acto de trámite. Este acto de inicio puede emanar del órgano

competente, sea por iniciativa propia, orden de un órgano superior o denuncia, que pueden o no estar precedidos de una investigación preliminar.

- V. Que el presente caso responde al caso de "denuncia". La denuncia es un acto administrativo de colaboración con la función administrativa por el cual se pone en conocimiento del órgano administrativo hechos que pueden determinar el inicio de un procedimiento. La denuncia obliga a la administración pública atenderla y darle trámite, esto es, actuar a través de la iniciación de un procedimiento administrativo, siempre que exista base racional para admitir su veracidad, para cuya constatación puede disponerse una investigación preliminar. En este sentido, no cabe confundir la denuncia como una modalidad de inicio de un procedimiento administrativo a instancia de parte, puesto que no se trata de una petición o pretensión en sentido estricto sino de un acto para poner en conocimiento a la SUTEL de unos hechos presuntamente irregulares, con el propósito de instar a la Superintendencia para que incoe el procedimiento respectivo.
- VI. Que en virtud de los Resultandos y Considerandos que preceden, lo procedente es no llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo de competencia contra las empresas TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. y CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. por infracción del artículo 53 de la Ley N° 8642 por los hechos denunciados por los hechos denunciados por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD en virtud de que no existen indicios de que las empresas denunciadas coordinaran su conducta para la presentación de las ofertas del "Cartel 005-2015 Matina.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley N° 8642, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley N° 7593, el Reglamento al Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 7472 y demás normativa de general y pertinente de aplicación,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

1. **DECLARAR** que no existen indicios suficientes para acreditar la comprobación de los supuestos establecidos en el artículo 53 de la Ley N° 8642, específicamente en relación con la existencia de indicios de que las empresas TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. y CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. coordinaran su conducta para la presentación de las ofertas del "Cartel 005-2015 Matina.
2. **ORDENAR** el archivo de la denuncia presentada por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD contra TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. y CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A.

NOTIFÍQUESE

La anterior transcripción se realiza a efectos de comunicar el acuerdo citado adoptado por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Atentamente,
CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO (FIRMA)
Firmado digitalmente por LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO (FIRMA)
Fecha: 2016.08.04 09:06:41 -06'00'

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo