

7308-SUTEL-SCS-2014

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 sus órganos desconcentrados, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria N° 061-2014, celebrada el 15 de octubre del 2014, mediante acuerdo 007-061-2014, de las 10:15 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-255-2014

“SE APRUEBA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIÓN PRESENTADA POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD PARA LA ADQUISICIÓN DE LAS CAPACIDADES DE CABLE SUBMARINO DE RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A.”

EXPEDIENTE SUTEL CN-1824-2014

RESULTANDO

1. Que en fecha 27 de agosto de 2014, mediante nota 6000-1079-2014 (NI-7338-14), el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, comunicó a la SUTEL que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE iba a proceder a trasladar a dicho Instituto la totalidad de la capacidad internacional en el cable submarino con que cuenta dicha empresa (folios 002 al 009).
2. Que en fecha 29 de agosto de 2014, mediante oficio 5685-SUTEL-DGM-2014, la DGM emitió un “Informe sobre comunicación del ICE y RACSA sobre traslado de capacidad en cables submarinos a casa matriz”, indicando que a criterio de dicha Dirección sí resulta procedente que RACSA y el ICE presenten una solicitud formal de autorización de concentración para la operación notificada mediante nota 6000-1079-2014 (folios 010 al 014).
3. Que en fecha 29 de agosto de 2014, mediante oficio 5690-SUTEL-SCS-2014, la Secretaría del Consejo de la SUTEL notificó el acuerdo 001-051-2014 de la sesión extraordinaria 051-2014 del 29 de agosto de 2014 en el cual se procedió a indicar al ICE y a RACSA que la operación de concentración indicada en la nota 6000-1079-2014 requiere someterse al procedimiento de autorización de concentración definido en el artículo 56 de la Ley General de Telecomunicaciones (folios 015 al 020).
4. Que en fecha 10 de setiembre de 2014, mediante oficio 6000-1170-2014 (NI-7877-14), el INSTITUTO COSTARRICENSE y RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. notifican conjuntamente la solicitud de autorización de concentración para el traslado de la capacidad de cable submarino con que cuenta RACSA al ICE (folios 021 al 327).
5. Que en fecha 18 de setiembre de 2014, mediante oficio 6260-SUTEL-DGM-2014, la DGM solicitó formalmente a la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) emitir su criterio técnico en relación con la solicitud de autorización de concentración para el traslado de la capacidad de cable submarino con que cuenta RACSA al ICE (folios 329 al 344).
6. Que en fecha 22 de setiembre de 2014, mediante oficio 6294-SUTEL-DGM-2014, la DGM previno al ICE de presentar información de la cantidad de IRU y MIU con que contaba dicho

Instituto en los cables submarinos, además de que le solicitó aclarar la solicitud de confidencialidad presentada sobre los Estados Financieros (folios 345 al 347).

7. Que en fecha 29 de setiembre de 2014, mediante oficio 264-786-2014 (NI-8617-14), el ICE solicitó confidencialidad en relación con la respuesta a la prevención hecha mediante oficio 6294-SUTEL-DGM-2014 (folios 348 al 349).
8. Que en fecha 29 de setiembre de 2014, mediante oficio 6000-1274-2014 (NI-8617-14), el ICE respondió a la prevención hecha mediante oficio 6294-SUTEL-DGM-2014 (folios 350 al 354).
9. Que en fecha 18 de octubre de 2014, mediante Opinión 18-2014, la COPROCOM emitió su criterio técnico en relación con la solicitud de autorización de concentración para el traslado de la capacidad de cable submarino con que cuenta RACSA al ICE.
10. Que el día 09 de octubre de 2014, mediante oficio 6888-SUTEL-DGM-2014, la DGM emitió su Informe final de recomendación sobre la solicitud de autorización de concentración presentada por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD para la adquisición de las capacidades de cable submarino de RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A.
11. Que se han llevado a cabo las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

PRIMERO: SOBRE EL MARCO LEGAL APLICABLE

1. Ley General de Telecomunicaciones

El artículo 56 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley N° 8642) establece que una concentración se entiende como la fusión, la adquisición de control accionario, las alianzas o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general, que se realicen entre operadores de redes y proveedores de servicios en general que han sido independientes entre sí.

Igualmente define dicho artículo que de previo a realizar una concentración, los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán solicitar autorización a la SUTEL, a fin de que ésta evalúe el impacto de la concentración sobre el mercado, resultando que dicha autorización se requerirá a efectos de evitar formas de prestación conjunta que se consideren nocivas para la competencia, los intereses de los usuarios o la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones.

Finalmente se establece que la SUTEL no autorizará las concentraciones que resulten en una adquisición de poder sustancial o incrementen la posibilidad de ejercer poder sustancial en el mercado relevante, que faciliten la coordinación expresa o tácita entre operadores o proveedores o produzcan resultados adversos para los usuarios finales. No obstante, la SUTEL podrá valorar si la concentración es necesaria para alcanzar economías de escala, desarrollar eficiencias o para evitar la salida, en perjuicio de los usuarios, de un operador o proveedor.

El artículo 57 de la Ley N° 8642 a su vez establece que la SUTEL podrá imponer al operador o proveedor algunas condiciones para aprobar la concentración, resultando que dichas condiciones podrán aplicarse en el plazo máximo otorgado al operador o proveedor en la concesión o autorización.

2. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

El artículo 14 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley N° 7472) establece los elementos necesarios para definir el mercado relevante que debe ser analizado en materia de análisis de concentraciones.

Por su parte el artículo 15 de la Ley N° 7472 establece los elementos que deben valorarse para definir lo referente al poder sustancial en el mercado, entre otros: participación de un agente en el mercado, posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento del mercado, existencia de barreras de entrada, existencia y poder de los competidores, las posibilidades de acceso a fuentes de insumos, y comportamiento reciente.

3. Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones

El artículo 23 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, publicado en el Alcance N° 40 a La Gaceta N° 201 del 17 de octubre de 2008, define una concentración en los mismos términos indicados en el artículo 56 de la Ley N° 8642.

El artículo 24 de dicho Reglamento establece que toda concentración de operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones estará sujeta a autorización de la SUTEL, resultando que: no se autorizarán concentraciones que resulten de una adquisición de poder sustancial o incremento en la posibilidad de ejercer poder sustancial en el mercado o mercados relevantes; la SUTEL podrá valorar si la concentración es necesaria para alcanzar economías de escala, desarrollar eficiencias o para evitar la salida en perjuicio de los usuarios de un operador o proveedor; finalmente indica dicho artículo que para que la SUTEL tenga en cuenta las eficiencias económicas invocadas por las partes, el notificante deberá describir su naturaleza y efectos, cuantificando los mismos cuando sea posible, así como el plazo en el que se prevé que se desarrollen.

Igualmente define el artículo 26 los requisitos formales y elementos que deben aportar los operadores de redes o proveedores de telecomunicaciones que pretendan concentrarse.

Por su parte el artículo 27 establece que están obligados a notificar una eventual concentración: a) conjuntamente las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas; b) individualmente la parte que adquiere el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

Otros elementos definidos en dicho Reglamento se refieren a la presentación de compromisos por parte de las partes que pretenden concentrarse los cuales se presentarán cuando de una concentración puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva. Estos compromisos se presentarán bien sea por iniciativa de las propias partes notificantes o a instancia de la SUTEL.

Finalmente, define el artículo 19 lo referente a las eficiencias que puede valorar la SUTEL: la obtención de ahorros en recursos que permiten, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o mayor cantidad del bien al mismo costo; la obtención de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta o separada; la disminución significativa de los gastos administrativos; la disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura.

SEGUNDO: SOBRE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

I. Empresa Adquiriente.

La empresa adquiriente de los activos a ser trasladados en la concentración es el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, creado mediante Ley N° 449, que 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.

II. Empresa que Traslada.

La empresa que traslada los activos en la operación de concentración es RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A., cédula jurídica 3-101-09059, creada mediante Ley N° 3293, que según la Ley N° 8660 es una empresa subsidiaria del ICE.

III. Tipo de concentración.

De conformidad con lo indicado en la solicitud de autorización de concentración se tiene que la operación sometida a autorización se trata del traslado de los MIU e IRU con que cuenta actualmente la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. en los cables submarinos MAYA 1, ARCOS y GLOBAL CROSSING al ICE, se trata de un total de 8,9 Gbps de capacidad de ancho de banda.

Lo descrito de previo permite concluir que la operación aquí analizada se refiere a una adquisición de activos, no así de capital accionario, por parte de operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones que operan en el mismo mercado (acceso a facilidades de cable submarino), resultando entonces que la operación tiene efectos horizontales.

Según la Comisión Europea¹ las concentraciones horizontales se producen “cuando las empresas afectadas son competidores reales o potenciales en el mismo mercado”. Al respecto, igualmente se considera pertinente tener en consideración los siguientes elementos indicados por la Comisión Europea en las citadas Directrices:

- Es improbable que la Comisión detecte problemas de competencia horizontal en un mercado que después de la concentración tenga un IHH inferior a 1 000. En general, no es necesario proceder a un análisis pormenorizado de este tipo de mercados.
- Asimismo, es improbable que la Comisión encuentre problemas de competencia horizontal en una concentración que dé lugar a un IHH de entre 1 000 y 2 000 y a un delta inferior a 250, o en una concentración que arroje un IHH superior a 2 000 y un delta inferior a 150, salvo que se den circunstancias especiales.

TERCERO: SOBRE LA EVALUACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

Que para el análisis de la operación de concentración entre las empresas RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. y VIRTUALIS S.A. conviene extraer del informe técnico presentado mediante oficio 6888-SUTEL-DGM-2014, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo, lo siguiente:

2.3. Análisis de los Posibles Efectos de la Concentración en el Mercado.

2.3.1. Etapa I: Definición del Mercado Relevante

2.3.1.1. Mercados relevantes de producto.

La parte notificante de la concentración indica en su escrito número 6000-1170-2014 (NI-7877-14) (folio 27) lo siguiente respecto al mercado relevante afectado por la concentración:

¹ Comisión Europea. (2004). *Directrices para la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*. Diario Oficial de la Unión Europea 2004/C 31/03.

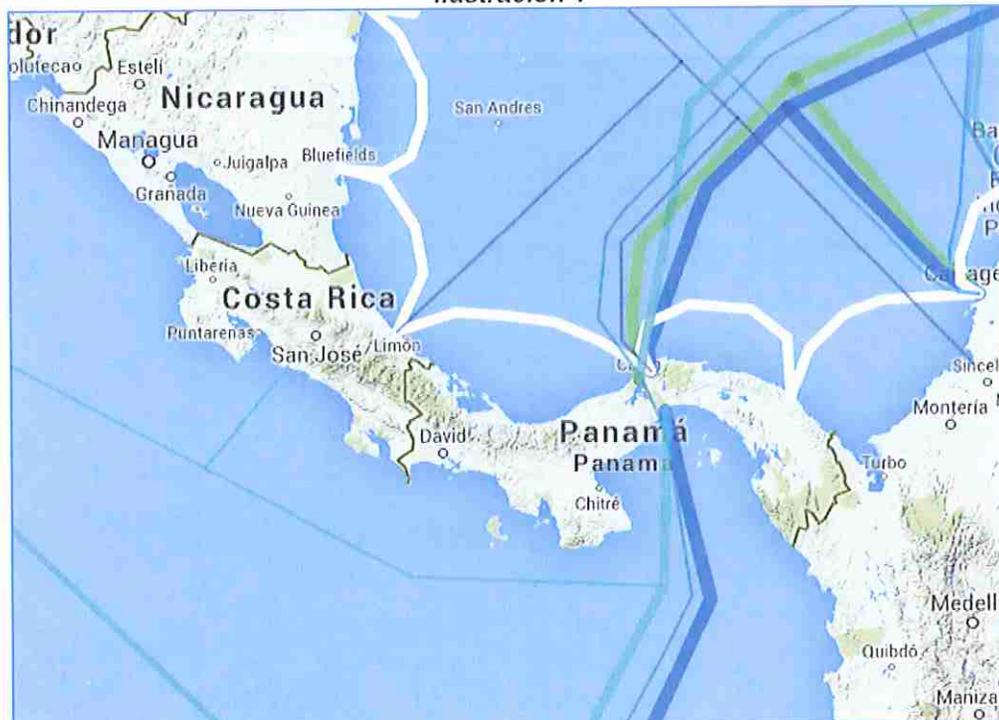
“... los competidores que participan en el mercado relevante afectado de cable submarino... Para el caso del mercado geográfico relevante del servicio afectado, la SUTEL en el mismo Resultado Tercero de la resolución antes indicada, establece que es de carácter nacional” (lo destacado es intencional).

A partir de lo anterior se puede determinar que el servicio involucrado por la concentración es el siguiente:

- Servicio de acceso a capacidades de cable submarino internacional.

Siendo el servicio afectado por la concentración el acceso al cable submarino internacional, según se detalla en la siguiente Ilustración.

Ilustración 1



Fuente: <http://www.cablemap.info/>

El servicio de cable submarino se puede entender a partir de lo establecido en el artículo 3 de la Ley que Autoriza Anclaje y Paso de Cables Submarinos por Mar Territorial, Ley N° 7832, el cual indica lo siguiente:

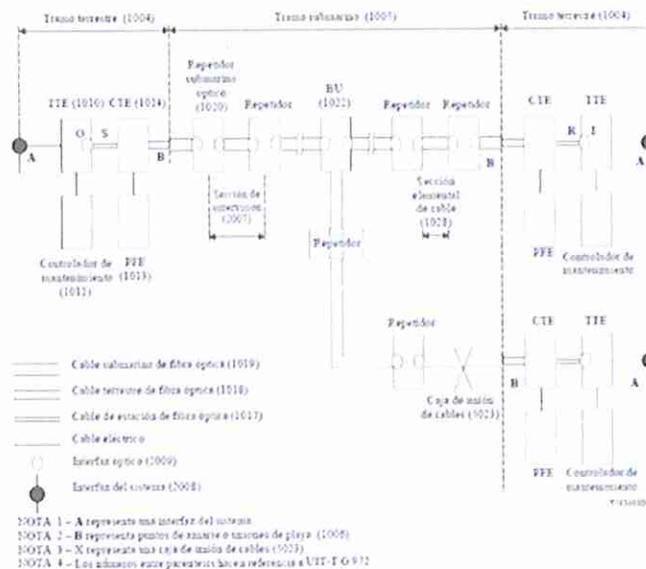
“Los operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, autorizados legalmente para operar en el territorio nacional, quedan facultados para firmar con los desarrolladores de los cables submarinos para telecomunicaciones, los contratos y convenios garantes de la interconexión y el acceso a la capacidad en los cables, en forma tal que puedan beneficiarse de las ventajas que otorga esta obra de infraestructura. Los desarrolladores estarán obligados a ofrecer capacidad en los cables a cualquier operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones, autorizados legalmente para operar en el territorio nacional, según corresponda, en términos, precios y condiciones competitivas a nivel internacional. Según los términos de los contratos de interconexión, el operador o proveedor autorizado legalmente, según el caso, se encargará de conectar el sistema de cable con la red de telecomunicaciones correspondiente, desde el punto de

interconexión acordado con el desarrollador y situado, para este fin, dentro de la estación de anclaje referida...” (lo destacado es intencional).

Adicionalmente se puede considerar lo indicado al respecto por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) en su Recomendación ITU-T G.972 titulada “Definición de términos pertinentes a los sistemas de cable submarino de fibra óptica”, en la cual se indica que este servicio se puede definir como un “enlace que interconecta dos estaciones terminales utilizando un solo sistema de cable submarino de fibra óptica o un sistema integrado en el que se emplean partes de sistemas suministradas por diferentes suministradores”, dicho servicio tiene dos tramos:

- o **Tramo terrestre:** Tramo entre la interfaz del sistema en la estación terminal (A) y el punto de amarre (B) o la unión de playa, si existe. Incluye el cable terrestre de fibra óptica, las uniones de tierra y el equipo terminal del sistema.
- o **Tramo submarino:** Tramo del sistema tendido sobre el lecho marino, entre uniones de playa o puntos de amarre (B), que incluye el cable submarino de fibra óptica y el equipo submarino (por ejemplo, repetidor o repetidores submarinos ópticos, unidad o unidades de derivación submarinas ópticas y la caja o cajas de unión del cable submarino óptico).

Ilustración 2
Ejemplo de un Sistema de Cable Submarino



Fuente: UIT, Recomendación UIT-T G.971, “Características generales de los sistemas de cable submarino de fibra óptica”.

El servicio de acceso al cable submarino permite el transporte de todo tipo de información digitalizada, como son datos e imágenes, de los clientes ubicados en un país con los demás países en los que tiene presencia el cable submarino. A este servicio se le denomina también servicio de Capacidad Internacional o servicio Portador Internacional y es prestado directamente por los propietarios del cable submarino o revendido por los operadores de servicios de telecomunicaciones nacionales o locales.

Una vez que la información es transportada a lo largo del cable submarino llega al segmento seco; en particular, al lugar ubicado en la playa en el cual se ancla el cable submarino y se conecta con el cable terrestre, se le denomina Cabecera de Cable o Estación de Cable. En

una estación de cable, existe un salón llamado Sala de Colocación o Coubicación, en el cual algunos de los operadores de servicios de telecomunicaciones, que utilizan el servicio de Capacidad internacional, ubican equipos de su propiedad para interconectar dicho servicio de Capacidad internacional con su red de telecomunicaciones tendida en el interior de país. Se denomina servicio de Coubicación al suministro de dicho espacio destinado a ubicar los equipos en la Sala de Coubicación, el servicio involucra además otros servicios tales como instalación de equipos, arrendamiento del espacio, mantenimiento, entre otros.

Es importante mencionar que en general, los demás operadores en un país, pueden tener acceso a la capacidad en el cable submarino, a través de la adquisición de derechos irrevocables de uso (IRUs Indefeasible Rights of Use) o de bien de unidades de mínima inversión (MIUs Minimum Investment Unit), mediante el alquiler de circuitos internacionales.

2.3.1.2. Mercado geográfico relevante.

Como se detalló de previo las partes indican en su solicitud que el mercado geográfico relevante afectado por la concentración es nacional. A partir del mercado de producto definido de previo se puede concluir que el mercado geográfico relevante del servicio involucrado en la concentración es nacional, conforme se explica a continuación.

En el caso del servicio de acceso a capacidades de cable submarino internacional, se tiene que el punto de conexión se ofrece en el punto de aterrizaje del cable submarino (Unqui en Esterillos en la costa pacífica y Cerro Garrón/Bribri en Limón en la costa atlántica), tal que desde ahí los usuarios del servicio, que pueden estar ubicados en cualquier parte del país, se interconectan y el tráfico es transportado hasta el punto de presencia definido por el usuario para hacer uso de la capacidad de salida internacional.

A partir de lo cual se determina que, de conformidad con la información que consta en la SUTEL, las siguientes empresas son las competidoras que operan en el mercado relevante afectado de cable submarino: AMNET CABLE COSTA RICA S.A., CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A., COLUMBUS NETWORKS DE COSTA RICA S.A., GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES COSTA RICA S.A., INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, LEVEL THREE COMMUNICATIONS COSTA RICA S.R.L., RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. y RSL TELECOM (PANAMA) S.A.

2.3.2. Etapa II: Evaluación de la Adquisición de Poder Sustancial de Mercado

2.3.2.1. Análisis de la Estructura Actual del Mercado Relevante

2.3.2.1.1. Participación de las partes en el mercado relevante

En el mercado relevante de cable submarino los datos de participación por proveedor, cuantificados a nivel de capacidad contratada de salida internacional, son los que se detallan en el siguiente gráfico:

Gráfico 1

Mercado Relevante Servicio de Cable Submarino: Distribución de la Cuota de Mercado cuantificada a nivel de capacidad de cable submarino, Dic-13

CONFIDENCIAL

Fuente: Elaboración propia a partir de información contenida en los expedientes SUTEL CN-178-2014 y CN-1824-2014.

La información contenida en el Gráfico anterior evidencia que en este mercado el Grupo ICE, compuesto por el ICE y RACSA, cuenta con una participación de mercado mayoritaria de [REDACTED], la cual sólo es igualada por COLUMBUS NETWORKS COSTA RICA S.A. quien también posee una cuota de [REDACTED]

2.3.2.1.2. Indicador de concentración en el mercado relevante

En la siguiente tabla se resumen los valores del HHI antes y después de la concentración.

Tabla 1

Mercado Relevante: Cambio en los valores del indicador HHI producto de la concentración

Servicio	Antes de la Concentración	Después de la Concentración	Cambio
Cable submarino	2.456	2.757	301

Fuente: Elaboración propia.

A partir de la Tabla anterior se puede concluir que el valor del HHI antes de la concentración es de 2.577 y después de la concentración sería de 2.725, lo que implica un valor de cambio o delta² de 301. Los datos anteriores evidencian que la concentración entre el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. produce un cambio significativo en la estructura del mercado relevante de acceso a capacidades de cable submarino.

Conforme lo destacado de previo, la Comisión Europea refiere que en el análisis de concentraciones horizontales, los valores anteriores de concentración del mercado y cambio del HHI, son de mayor cuidado e implican un análisis adicional sobre la posibilidad de que la concentración traiga como consecuencia la posibilidad de ejercer poder de mercado, por lo cual se deben valorar elementos adicionales de análisis como existencia y poder de los competidores y barreras de entrada.

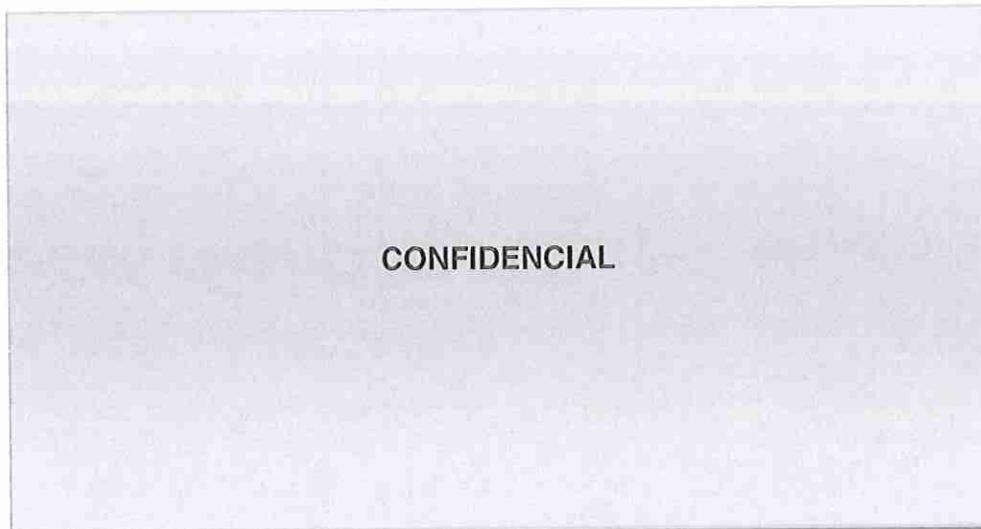
2.3.2.1.3. Existencia y poder de los competidores en el mercado

² Un cambio en el HHI denominado delta es un indicador útil del cambio en el grado de concentración del mercado directamente derivado de la fusión.

En el mercado existen otros competidores que actualmente ofrecen el servicio de acceso y transporte de capacidades de cable submarino, AMNET CABLE COSTA RICA S.A., COLUMBUS NETWORKS COSTA RICA S.A. y RSL TELECOM (PANAMA) S.A., siendo que la mayor cuota de mercado la posee COLUMBUS NETWORKS COSTA RICA S.A.

En este sentido es importante analizar la capacidad con que cuentan las anteriores empresas, en particular es relevante tomar en cuenta la capacidad de salida internacional al cable submarino con que cuentan los distintos competidores del mercado relevante definido.

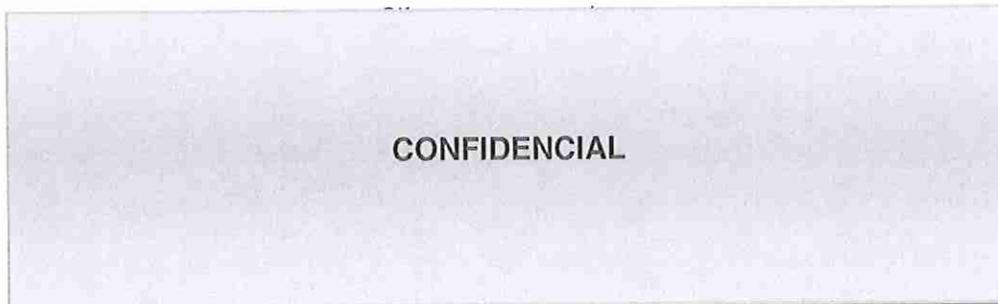
Gráfico 2
Servicio de Cable Submarino: Capacidad Contratada de Salida Internacional, Dic-13



Fuente: Elaboración propia a partir de información contenida en los expedientes SUTEL CN-178-2014 y CN-1824-2014.

El gráfico anterior evidencia que actualmente el proveedor que posee una mayor capacidad de salida internacional es COLUMBUS NETWORKS COSTA RICA S.A. Para completar el anterior análisis resulta necesario valorar adicionalmente el uso actual de la capacidad de salida internacional, en conjunto con la capacidad disponible de transporte de dicha capacidad a través de enlaces dedicados, esta información se encuentra disponible en la siguiente Tabla.

Tabla 2
Mercado Relevante: Porcentaje de uso actual de la capacidad instalada



CONFIDENCIAL

Elaboración propia a partir de información contenida en los expedientes SUTEL CN-178-2014 y CN-1824-2014.

La Tabla anterior evidencia que del total de capacidad contratada por cada operador porcentajes disponibles significativos de capacidad de salida internacional. Es decir, que hay operadores con capacidad contratada disponible que les permite la ampliación futura de sus servicios.

Adicionalmente, hay otras empresas que si bien no operan actualmente, están en la posibilidad de ingresar al mercado a ofrecer este servicio en cuanto las condiciones se presenten favorables para ellas, a saber: CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. y GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES COSTA RICA S.A.

Todo lo anterior permite evidenciar que en el mercado relevante existen competidores capaces de equilibrar las actuaciones del Grupo ICE.

2.3.2.1.4. Barreras de entrada

Respecto a la existencia de barreras de entrada se tiene que en el caso del servicio de acceso a capacidades de cable submarino y su transporte nacional, al igual que en el caso de todos los servicios de telecomunicaciones, estas son altas, en virtud de la naturaleza misma de la industria de telecomunicaciones que se caracteriza por altos costos hundidos para el despliegue de redes, existencia de economías de escala, restricciones regulatorias y legales (solicitudes de concesión de espectro para descenso de señal satelital, permisos de operación, etc.), entre otras.

Siendo que muchas de estas barreras de entrada más bien son producto de la situación de monopolio anterior a la Ley N° 8642, de conformidad con lo indicado por los mismos operadores del servicio de cable submarino en un estudio previo del mercado de cable submarino (expediente SUTEL CN-178-2014).

Por lo anterior se puede concluir que por la naturaleza del servicio aquí analizado y por la existencia de otras empresas que ofrecen el servicio se considera que, a pesar de la concentración planteada, existe poca probabilidad de que esta concentración permita al Grupo ICE aumentar individualmente los precios, disminuir la cantidad ofrecida o bien retrasar la innovación en el mercado del servicio de entroncado, afectando negativamente la competencia del mercado, sino que más bien, como se detalló de previo.

A esta situación contribuye también la existencia de la Oferta de Interconexión de Referencia, que es un instrumento que por su naturaleza misma garantiza que el acceso y la interconexión sean brindados por el ICE en condiciones técnicas y económicas adecuadas.

En ese sentido, considera la DGM que actualmente existe dentro del marco regulatorio de las telecomunicaciones una obligación y un instrumento que son capaces de garantizar que el acceso y la interconexión que preste el Grupo ICE a los otros operadores del mercado se haga en condiciones no discriminatorias (trato no menos favorable) respecto a lo ofrecido a otros operadores. Con lo cual se considera que no existe la necesidad de establecer ninguna obligación adicional en ese sentido, más que aquellas que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD está actualmente en la obligación de cumplir.

2.3.2.1.5. Comportamiento reciente

No hay evidencia reciente que conste en la SUTEL de que las empresas INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. hayan ejecutado acciones tendientes a monopolizar el mercado, siendo más bien que la presente concentración obedece a una operación de restructuración interna, enfocada en mejorar la situación financiera de RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A.

2.3.2.2. Sobre la adquisición de poder de mercado.

Lo desarrollado de previo permite concluir que la concentración sometida a autorización de la SUTEL, al no implicar un cambio significativo en los niveles de concentración del mercado, ni tampoco en la dinámica actual del mismo o en las condiciones de competencia que actualmente prevalecen en el mercado de acceso a capacidades de cable submarino, hace presumir que es poco probable que tenga un efecto anticompetitivo en el mercado.

2.3.2.3. Sobre la presunción favorable

El artículo 25 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones indica que se presume, salvo prueba en contrario que una concentración no tiene como objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, entre otros, en el siguiente caso:

“Cuando la transacción implique una reestructuración corporativa en la que los operadores y proveedores involucrados pertenezcan a un mismo grupo económico y no participe un tercero en la concentración”.

En relación con ese tema las empresas habían indicado lo siguiente (folio 30):

“La transacción a realizar entre el ICE (casa matriz) y RACSA (empresa subsidiaria) se ajusta plenamente a los supuestos a) y c) establecidos en el artículo 25 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, lo cual permite afirmar la existencia de presunción favorable que permite descartar que dicha operación tenga como objeto o efecto disminuir, dañar, o impedir la competencia y libre concurrencia.

Acorde con el inciso a) del referido artículo, la presente transacción está enmarcada y contextualizada en una transformación de la estructura patrimonial y económica de RACSA enfocada hacia la permanencia de dicha subsidiaria en el mercado, donde los involucrados, a criterio de la SUTEL, según resolución RCS-307-2009 de las 15:35 del 24 de setiembre de 2009, pertenecen a un grupo económico sin que participe un tercer operador en dicha transacción.

Por su parte, en lo que respecta al inciso c) del numeral antes referenciado, se tiene por demostrado en virtud de las leyes vigentes y antecedentes históricos que el ICE, como casa matriz, es propietario de la totalidad del capital social y activos de la subsidiaria RACSA, teniendo por ende el control, operando dicha transferencia de control desde antes de la apertura del mercado de telecomunicaciones”.

En virtud de la naturaleza de la operación de concentración, la cual se refiere a una transferencia de activos de una empresa a otra, las cuales forman parte del mismo grupo económico, se considera que la operación sometida a autorización efectivamente encaja en el supuesto del principio de presunción favorable definido en el artículo 25 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, con lo cual se estima que la misma no tiene el objeto o el efecto de disminuir la competencia del mercado.

Respecto a este tema la COPROCOM indicó en su Opinión 18-2014 de las 18:00 horas del 7 de octubre del 2004, lo que de seguido se detalla:

“...la concentración de marras se trata por consiguiente, de un supuesto concreto de aplicación de la presunción favorable prevista en el artículo 25 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones. Dado lo anterior, no se identifican impactos negativos significativos en la competencia, además no existe ningún cambio en la estructura del mercado o en los niveles de concentración por lo que no se requiere de un mayor y especial análisis en ese sentido.”

2.3.3. Etapa III: Valoración de las Eficiencias de la Concentración

Las empresas notificantes de la concentración no indican ninguna eficiencia, en los términos de lo definido en el artículo 19 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, producto de la concentración, con lo cual no se consideran en el análisis las eficiencias”.

CUARTO: OPINIÓN DE COPROCOM

- I. En su Opinión 18-14 de las 18:00 horas del 7 de octubre de 2014 la COPROCOM emitió criterio respecto a la solicitud de autorización de concentración presentada por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD para la adquisición de las capacidades de cable submarino de la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. en el siguiente sentido:

“Se emite criterio favorable respecto a la operación consultada”

QUINTO: SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA

- I. Que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. solicitaron mantener como confidencial la siguiente información contenida en los oficios:
 - a. Oficio 6000-1079-2014: descripción de las razones corporativas que llevaron a tomar la decisión de trasladar las capacidades de cable submarino de RACSA al ICE (folios 004 al 009).
 - b. Oficio 6000-1170-2014:
 - i. Titularidad de la capacidad en cables submarinos que aterrizan en Costa Rica y datos de participación del ICE y RACSA en los cables submarinos (folios 004 al 033)
 - ii. Estados financieros del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. (folios 041 al 318).
 - iii. Oficios adjuntos a la solicitud de concentración número 264-115-2014 y AJ-88-2014, los cuales habían sido declarados previamente como confidenciales en la RCS-077-2014 (folios 319 al 354).
 - c. Oficio 6000-1274-2014: descripción ampliada de la titularidad de la capacidad en cables submarinos que aterrizan en Costa Rica (folios 350 al 354)
- II. Que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. indican la siguiente razón para que los mismos sean declarados como confidenciales contienen información muy sensible para las empresas, siendo que esta calificación tiene por objeto evitar que las empresas sean afectadas por la divulgación a terceros no autorizados lo que podría provocar inconvenientes graves o perjuicios de difícil o imposible reparación.
- III. Que para la elaboración del Informe remitido a COPROCOM para solicitar su criterio técnico en relación con la operación sometida a autorización, nota número 6250-SUTEL-DGM-2014, la DGM se basó en datos que habían sido declarados como confidenciales mediante resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-077-2014 de las 15:35 horas del 30 de abril de 2014, los cuales se detallan a continuación:
 - a. Gráfico 1: Servicio de Cable Submarino: Distribución de la Cuota de Mercado cuantificada a nivel de capacidad de cable submarino (folio 340).
 - b. Gráfico 2: Servicio de Cable Submarino: Capacidad Contratada de Salida Internacional (folio 341).
 - c. Tabla 2: Porcentaje de uso actual de la capacidad instalada (folio 342).

- IV. Que para la elaboración del Informe técnico y jurídico de recomendación sobre la concentración rendido mediante nota 6888-SUTEL-DGM-2014, la DGM se basó en datos que habían sido declarados como confidenciales mediante resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-077-2014 de las 15:35 horas del 30 de abril de 2014, los cuales se detallan a continuación:
- Gráfico 1: Servicio de Cable Submarino: Distribución de la Cuota de Mercado cuantificada a nivel de capacidad de cable submarino (página 7).
 - Gráfico 2: Servicio de Cable Submarino: Capacidad Contratada de Salida Internacional (página 8).
 - Tabla 2: Porcentaje de uso actual de la capacidad instalada (página 9).
- V. Que el artículo 273 de la Ley General de Administración Pública Ley N° 6227 dispone lo siguiente:
- "1. No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente.*
- 2. Se presumirán en esta condición, salvo prueba en contrario, los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos".*
- VI. Que en este sentido, la Procuraduría General de la República en el dictamen C-344-2001 del 12 de diciembre del 2001 ha reconocido que podría considerarse como confidencial *"la información que sólo es útil para la empresa y respecto de la cual ésta tiene un derecho a que no se divulgue, como las copias de las declaraciones tributarias, cartas, correspondencia, certificaciones personales, libros contables, los informes relativos a los estados financieros, balance de situación, los relativos a estrategias de mercado, las políticas comerciales de la empresa, los métodos de producción, etc."* (lo destacado es intencional).
- VII. Que el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, publicado en el Alcance N° 40 a la Gaceta N° 201 del 17 de octubre de 2008, dispone en su artículo 33 que *"la Sutel deberá determinar cuál información de la aportada por las partes tiene carácter confidencial, ya sea de oficio o a petición de la parte interesada. La información determinada como confidencial deberá conservarse en legajo separado y a ella sólo tendrán acceso los representantes o personas debidamente autorizadas de la parte que aportó la información"*. De lo anterior se desprende que corresponde a la Administración examinar la pieza o piezas que contienen los expedientes, a fin de determinar cuáles están protegidas por el principio de confidencialidad y por lo tanto deben ser restringidas al público.
- VIII. Que la declaratoria de confidencialidad de las piezas de los expedientes debe ser temporal y corresponde a la SUTEL fijar el plazo durante el cual esa información mantendrá el carácter confidencial conforme a las reglas de la sana crítica, proporcionalidad y razonabilidad, y considerando aspectos tales como los motivos expuestos por el operador o proveedor en la solicitud de confidencialidad, la naturaleza de la información presentada y su impacto en el mercado.
- IX. Que la información referente a Estados Financieros, descripción de las razones corporativas que llevaron a tomar la decisión de trasladar las capacidades de cable submarino de RACSA al ICE y titularidad de la capacidad en cables submarinos que aterrizan en Costa Rica y datos de participación del ICE y RACSA en los cables submarinos reúne las características suficientes para ser considerada como información confidencial.

- X. Que la actual dinámica del mercado de telecomunicaciones trae aparejada una continua variación tanto en las redes de telecomunicaciones y en los servicios ofrecidos a través de estas, lo que lleva a que la información antes detallada pierda su valor comercial en un período largo. Que en razón de lo anterior, lo procedente es declarar como confidencial la información de Estados Financieros por un período de cinco (5) años.

POR TANTO

Con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones, ley 8642 y su Reglamento; Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, ley 7593; Ley General de la Administración Pública, ley 6227.

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

1. **AUTORIZAR** sin ninguna condición la operación de concentración sometida a autorización por el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD para la adquisición de las capacidades de cable submarino de RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A.
2. **ADVERTIR** a RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. que se entiende que para la continuidad de los servicios ofrecidos actualmente esta empresa deberá contratar capacidad de salida internacional, para lo cual deberá suscribir un contrato de acceso con algún otro operador del mercado, bien sea el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD u otro operador, siendo que de conformidad con lo definido en el artículo 60 de la Ley General de Telecomunicaciones, dicho acuerdo de acceso a capacidades de cable submarino deberá ser remitido a la SUTEL para su aprobación y eventual incorporación en el Registro Nacional de Telecomunicaciones.
3. **DECLARAR** como confidenciales por un plazo de cinco (5) años los siguientes documentos contenidos en el expediente SUTEL CN-1824-2014:
 - a. Del oficio 6000-1079-2014 la descripción de las razones corporativas que llevaron a tomar la decisión de trasladar las capacidades de cable submarino de RACSA al ICE (folios 004 al 009).
 - b. Del oficio 6000-1170-2014 los siguientes elementos:
 - i. Titularidad de la capacidad en cables submarinos que aterrizan en Costa Rica y datos de participación del ICE y RACSA en los cables submarinos (folios 004 al 033)
 - ii. Estados financieros del INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD y RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. (folios 041 al 318).
 - iii. Oficios adjuntos a la solicitud de concentración número 264-115-2014 y AJ-88-2014, los cuales habían sido declarados previamente como confidenciales en la RCS-077-2014 (folios 319 al 354).
 - c. Del oficio 6000-1274-2014 la descripción ampliada de la titularidad de la capacidad en cables submarinos que aterrizan en Costa Rica (folios 350 al 354)
 - d. Del informe 6250-SUTEL-DGM-2014 de la DGM los siguiente:
 - i. Gráfico 1: Servicio de Cable Submarino: Distribución de la Cuota de Mercado cuantificada a nivel de capacidad de cable submarino (folio 340).
 - ii. Gráfico 2: Servicio de Cable Submarino: Capacidad Contratada de Salida Internacional (folio 341).

- iii. Tabla 2: Porcentaje de uso actual de la capacidad instalada (folio 342).
- e. Del informe 6888-SUTEL-DGM-2014 de la DGM lo siguiente:
 - i. Gráfico 1: Servicio de Cable Submarino: Distribución de la Cuota de Mercado cuantificada a nivel de capacidad de cable submarino (página 7).
 - ii. Gráfico 2: Servicio de Cable Submarino: Capacidad Contratada de Salida Internacional (página 8).
 - iii. Tabla 2: Porcentaje de uso actual de la capacidad instalada (página 9).

En cumplimiento de lo que ordena el artículo 345 de la Ley General de la Administración Pública, se indica que contra esta resolución cabe el recurso ordinario de revocatoria o reposición ante el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, a quien corresponde resolverlo y deberá interponerse en el plazo de tres días hábiles, contados a partir del día siguiente a la publicación de la presente resolución.

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
Secretario del Consejo

