

6530-SUTEL-SCS-2017

La suscrita, Secretaria a.i 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 055-2017 celebrada el 21 de julio del 2017, mediante acuerdo 021-055-2017, de las 17:00 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-196-2017

“SE RESUELVE DENUNCIA INTERPUESTA POR TELECABLE S.A. CONTRA EL CONDOMINIO AVICENNIA NORTE POR PRESUNTAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS”

EXPEDIENTE T0046-STT-MOT-PM-00496-2017

RESULTANDO

1. Que el 08 de febrero del 2017 (NI-01579-2017) se recibió en la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) el documento mediante el cual, el señor Gerardo Antonio Chacón Chaverri, representante legal de la empresa TELECABLE S.A. (TELECABLE) presentó una denuncia por supuestas prácticas monopolísticas relativas (folio 2 a 4)
2. Que el 17 de febrero del 2017 la Dirección General de Mercados (DGM) presentó para valoración del Consejo de la SUTEL el oficio 01477- SUTEL-DGM-2017: “INFORME DE RECOMENDACIÓN DE INICIAR DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y DESIGNACIÓN DEL ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR PARA INVESTIGAR LOS HECHOS DENUNCIADOS POR TELECABLE ECONÓMICO TVE S.A.” (folio 5 a 10)
3. Que el 22 de febrero del 2017 el Consejo de la SUTEL mediante la resolución RCS-064-2017 de las 14:00 horas, a partir de lo expuesto en el oficio 1477-SUTEL-DGM-2017 resolvió iniciar una investigación preliminar designando a Victoria Rodríguez Durán como órgano encargado de tramitar esa investigación, a Deryhan Muñoz Barquero y a Josué Carballo Hernández como consultores técnicos, resolución que fue notificada el 3 de marzo del 2017 (folio 11 a 16).
4. Que el 22 de marzo del 2017 se programó una reunión e inspección con la señora Inés Zamora, administradora del Condominio Avicennia Norte para ser realizada el 29 de marzo del 2017 en dicho condominio (folio 17 a 19).
5. Que el 29 de marzo del 2017 el órgano designado para llevar a cabo la investigación preliminar realizó una inspección en Condominio Avicennia Norte a efectos de corroborar los hechos denunciados, participaron de parte de la SUTEL los funcionarios Victoria Rodríguez Durán como órgano de investigación preliminar, Deryhan Muñoz Barquero como consultora técnica, en compañía de los funcionarios Juan Gabriel García y Andrés Segura Castro; y por parte del Condominio Avicennia participó la administradora, la señora Inés Zamora Campos, en razón de dicha inspección se levantó la respectiva acta de inspección N°03612-SUTEL-DGM-2017 (folio 24 a 42).
6. Que el 6 de abril del 2017 (NI-05109-2017) el Condominio Avicennia Norte remitió documento con fecha 18 de diciembre del 2013 referente al acta de Junta Directa del Condominio Avicennia Norte (folio 20 a 23)
7. Que el 08 de mayo del 2017, mediante el oficio 03690-SUTEL-DGM-2017, en virtud de los resultados de la inspección realizada el 29 de marzo del 2017 en el Condominio Avicennia Norte, la DGM realizó una

6530-SUTEL-SCS-2017

solicitud de información a la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH) a fin de verificar si la postería ubicada en dicho condominio le pertenecía a la ESPH (folio 43 a 46).

8. Que el 22 de mayo del 2017 (NI-05694-2017) la ESPH dio respuesta a lo solicitado en el oficio 03690-SUTEL-DGM-2017 (folio 47 a 49).
9. Que el 22 de mayo del 2017, mediante oficio 04164-SUTEL-DGM-2017, 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 Condominio Avicennia Norte por los hechos denunciados por la empresa TELECABLE (folio 50 a 63)
10. Que el 26 de junio de 2017 (NI-07194-2017), se notificó a la DGM la Opinión 08-17 de la COPROCOM mediante la cual rindió su criterio técnico sobre la procedencia o no de llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo sancionador contra Condominio Avicennia Norte por los hechos denunciados por la empresa TELECABLE (folios 64 al 73).
11. Que el 06 de julio de 2017 (NI-07792-2017) la empresa TELECABLE aportó información acerca del usuario solicitante del servicio residente del Condominio Avicennia Norte (folio 074).
12. Que el 14 de julio del 2017, mediante oficio N° 05779-SUTEL-DGM-2017, 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 el Condominio Avicennia Norte por presuntamente cometer prácticas monopolísticas relativas.
13. 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

El escrito presentado se encuentran dirigido la Dirección General de Mercados de la Superintendencia de Telecomunicaciones (en adelante SUTEL), quien 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.

a. Nombre y apellidos, residencia y lugar para notificaciones

La denuncia fue interpuesta por el señor Gerardo Antonio Chacón Chaverri en su condición de representante legal de la empresa TELECABLE, S.A. (en adelante TELECABLE).

El denunciante señala como lugar para recibir notificaciones el fax 2219-0607.

b. Pretensión.

El denunciante solicita, en lo conducente, lo siguiente:

“-Solicitamos se realicen las investigaciones pertinentes y se declare nulo el acuerdo entre el operador de Telecomunicaciones y el condominio Avicennia, aun cuando fuese tácito.

-Al mismo tiempo solicitamos el pronunciamiento al respecto por parte de la SUTEL.

-Para mí representada esta situación se ha vuelto inmanejable, debido a que carecemos del fundamento de la negativa por parte de la Junta del Condominio, para brindar nuestros servicios, hasta el día de hoy no tenemos

6530-SUTEL-SCS-2017

conocimiento si nos encontramos ante una Práctica anticompetitiva, un Convenio de Exclusividad una imposibilidad técnica, por lo que obliga a mi representada a solicitar una intervención de uso compartido". (folio 4)

c. Motivos o fundamentos de hecho

El denunciante indica en el documento que se identifica con el número interno NI-1579-2017 los siguientes motivos en los que fundamenta la denuncia (folios 02 y 03):

"Primero: La red de mi representada cubre la zona geográfica en donde se encuentra ubicado el Condominio Avicenia.

Segundo: Producto de nuestro esquema de competencia, que está centrado en dos grandes sectores, calidad de servicio y precio competitivo, hemos recibido peticiones de clientes que residen en el Condominio de referencia que lamentablemente no hemos podido satisfacer en virtud de que se nos ha informado que la Junta Administradora del Condominio Avicenia ha establecido que únicamente puede acceder a ese inmueble un operador de telecomunicaciones. Esta situación, además de ilegal y violatoria de los principios de libre competencia que rigen nuestro marco jurídico, constituye también una práctica monopolística relativa al tenor de lo establecido en el artículo 52 de la ley general de telecomunicaciones

Tercero. Que la decisión de la Junta Administradora del Condominio Avicenia ha beneficiado directamente al operador de telecomunicaciones que actualmente presta sus servicios en la zona por cuanto es el único autorizado a acceder al inmueble de referencia. El acuerdo suscrito entre el operador y la Junta Administradora debe considerarse nulo por cuanto privilegia el acceso a recursos esenciales (ductos, cuarto de telecomunicaciones y acometida final a los apartamentos) e impide la libre competencia." (folio 2 y 3).

d. Fecha y firma

La denuncia fue presentada ante la SUTEL 08 de febrero de 2017 (NI-01579-2017) mediante documento de la misma fecha.

El documento de la denuncia fue debidamente firmado por el denunciante, el señor Gerardo Antonio Chacón, representante de la empresa TELECABLE.

e. Pruebas aportadas

En el escrito de la denuncia presentado por TELECABLE no se aportan pruebas de ningún tipo.

Sin embargo, indican con relación al caso en concreto:

"Solicítese a la Junta Administradora del Condominio Avicenia por intermedio de quien ostente la representación, el acuerdo suscrito entre dicho condominio y el operador de telecomunicaciones a fin de acreditar la práctica monopolística relativa.

En caso de que no existiese acuerdo, solicitamos subsidiariamente se incorpore prueba testimonial que deberá evacuar el administrador del Condominio Avicenia." (folio 3)

SEGUNDO: SOBRE LA DENUNCIA PRESENTADA

a. Denunciante.

La denuncia fue interpuesta por el señor Gerardo Antonio Chacón Chaverri representante legal de la empresa TELECABLE., cédula jurídica número 3-101-336262, que es un proveedor de servicios de telecomunicaciones autorizado mediante la resolución del Consejo de la SUTEL números RCS-160-2009 de las 15:25 horas del 24 de julio de 2009; la cual se amplió mediante las resoluciones del Consejo de la SUTEL RCS-499-2009 de las 11:20 horas del 21 de octubre de 2009, acuerdo 008-007-2010, acuerdo 023-039-2010, acuerdo 017-038-2010 y RCS-050-2013 y se encuentra facultado para ofrecer los siguientes servicios de telecomunicaciones:

6530-SUTEL-SCS-2017

televisión por suscripción, acceso a internet, telefonía IP, transferencia de datos y acarreador de tráfico internacional IP.

b. Denunciado.

En el documento presentado no se determina cuál operador se encuentra presuntamente involucrado en los hechos que se denuncian.

Por lo anterior, el Consejo de la SUTEL mediante la resolución RCS-064-2017, de las 14:00 horas del 22 de febrero del 2017 resolvió iniciar una investigación preliminar a efectos de recabar indicios suficientes para precisar cuál es la presunta práctica que se denuncia, así como los presuntos autores responsables de la misma.

c. Sobre la práctica denunciada.

El denunciante indica que los hechos que acusa pueden configurar una práctica monopolística relativa, según el artículo 52 y 54 de la Ley General de Telecomunicaciones, por parte de otro operador de telecomunicaciones quien cuenta con un beneficio de exclusividad. Y a criterio del denunciante dicha situación, es además de ilegal, violatoria de los principios de libre competencia que rigen el marco jurídico costarricense.

Lo anterior permite concluir que las conductas denunciadas podrían enmarcarse dentro de lo definido en el artículo 54 inciso d) de la Ley 8642, sea la fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de servicios de telecomunicaciones, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluso la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre operadores o proveedores.

En relación con dicha práctica el artículo 11 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones define lo siguiente:

“Exclusividad. Para efectos del inciso d) del artículo 54 de la Ley N° 8642 se configura esta práctica con la fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de servicios de telecomunicaciones, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre operadores o proveedores”.

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 relativa en los términos de lo definido en el artículo 54 de la Ley 8642. Dicha práctica es sancionable conforme el artículo 67 inciso a) aparte 13) el cual indica que se considera como una infracción muy grave “realizar las prácticas monopolísticas establecidas en esta Ley”. 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

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.

6530-SUTEL-SCS-2017

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.

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.

Los artículos 3 inciso d) 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.

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.

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.

El artículo 44 inciso f) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (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 N° 5779-SUTEL-DGM-2017, el cual es acogido en su totalidad por este Órgano Decisor, lo siguiente:

[...]

a. Determinación del mercado relevante

En lo referente a la determinación del mercado relevante el artículo 14 de la Ley 7472 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 14.- Mercado relevante.

Para determinar el mercado relevante, deben considerarse los siguientes criterios:

- a) Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.*

6530-SUTEL-SCS-2017

b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero; para ello se tendrán en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias, así como las limitaciones impuestas por los agentes económicos o sus organizaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros sitios.

c) Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.

d) Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos.”

Igualmente destaca el hecho de que el mercado definido debe establecerse tanto desde el punto de vista del producto, como de su dimensión geográfica, tal que permita identificar con claridad a aquellos competidores reales del mismo.

La denuncia no indica cuál es el servicio sobre el cual se acusa el supuesto monopolio. Sin embargo, de la oferta de servicios de la empresa TELECABLE se desprende que los servicios afectados se refieren al acceso a internet, televisión por suscripción y telefonía fija.

Con lo cual se determina preliminarmente que los mercados relevantes de producto se tratan de los servicios de acceso a internet, televisión por suscripción y telefonía fija.

A la anterior conclusión se arriba luego de considerar los elementos contemplados en el artículo 14 de la Ley 7472 en relación con cada mercado, a saber:

- **Mercado de producto**
- **Sobre las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.**

Primero, en relación con el servicio de televisión por suscripción, en Costa Rica se hace uso principalmente de tres sistemas distintos para ofrecer el servicio de televisión por suscripción, a saber: HFC, satelital e IPTV. En virtud de que las características, parrilla de canales y precios de las anteriores tecnologías son similares se considera que, desde la perspectiva de sustituibilidad de la demanda, todas las anteriores tecnologías forman parte del mismo mercado relevante, en tanto que mediante las mismas el usuario puede obtener el servicio de televisión por suscripción, lo que permite concluir que dichas tecnologías pueden considerarse como sustitutos¹.

Segundo, en relación con el servicio de acceso residencial a internet, en Costa Rica se hace uso de varias tecnologías distintas que permiten ofrecer dicho servicio, siendo que, en virtud de las características, velocidades, niveles de sobresuscripción, precios y usos, se considera que las siguientes tecnologías forman parte del mismo mercado relevante, ya que todas son sustitutos desde la perspectiva de la demanda, xDSL, DOCSIS y conexiones fijas inalámbricas² (porque todas permiten dar el servicios de acceso e Internet con velocidad y niveles de calidad similares).

Tercero, en relación con el servicio de telefonía fija pueden considerarse las siguientes opciones tecnológicas que representan alternativas para el usuario residencial costarricense: conmutación de circuitos y telefonía IP. Sin importar

¹ En relación con este mercado se considera que otros servicios como la televisión abierta y los servicios OTT como Netflix, no constituyen parte de este mercado relevante. En el caso del servicio de televisión abierta el mismo en Costa Rica ofrece una limitada gama de opciones en comparación con los servicios de televisión por suscripción, mientras que en el caso de los servicios OTT hay una serie de elementos que hacen que en este momento dicho servicio no se pueda considerar sustituto de los servicios tradicionales de televisión paga, por un lado, el usuario debe tener una conexión a internet para poder acceder a dichos servicios, siendo a su vez que dicha conexión debe tener un ancho de banda mínimo por condiciones de calidad del servicio, por otro lado, estos servicios no ofrecen toda la gama de programación ofrecida por los proveedores del servicio de televisión por suscripción, sobre todo en los países latinoamericanos en donde dichos servicios aún ofrecen un contenido limitado, producto de limitaciones en materia de distribución y propiedad intelectual.

² Los servicios de internet fijo y móvil no son considerados como sustitutos por la mayor parte de usuarios, sino solamente por un grupo pequeño de población que en todos los casos es inferior al 15%. Siendo que según los resultados del Informe “Servicios Profesionales especializados para apoyar a la SUTEL en el trabajo de revisión y análisis de los mercados relevantes definidos en la resolución RCS-307-2009”, de la contratación 2012CDE-000007-SUTEL, la evidencia estadística muestra que ambos servicios son considerados como complementos por parte de la población costarricense, de tal manera que los usuarios perciben que las conexiones a internet fijas y móviles tienen diferentes usos. En virtud de lo cual, se considera que lo pertinente es mantener ambos tipos de servicios como mercados relevantes separados.

6530-SUTEL-SCS-2017

la solución tecnológica de que se trate, las tecnologías anteriores permiten indistintamente al usuario residencial obtener el servicio de telefonía fija, con características, niveles de calidad y precios similares, por lo cual se considera que ambas tecnologías pertenecen al mismo mercado relevante (porque ambas tecnologías permiten dar el servicio de telefonía fija con niveles de calidad similares).

- **Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero; para ello se tendrán en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias, así como las limitaciones impuestas por los agentes económicos o sus organizaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros sitios.**

En relación con las posibilidades de los consumidores de acudir a otros mercados, se encuentra que en el caso de los servicios de telecomunicaciones estas posibilidades están limitadas por el alcance geográfico de las redes, de tal manera que el consumidor sólo está en la posibilidad de adquirir los servicios que ofrecen cobertura en el área geográfica en el que está ubicado, de tal manera que no puede acudir a otros mercados para lograr abastecerse de un determinado servicio. Esta limitación se torna una barrera infranqueable en relación con los mercados internacionales, en cuanto a que el usuario simplemente se encuentra imposibilitado de adquirir dichos servicios en el extranjero para su uso local.

- **Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.**

En el apartado anterior en el caso de los servicios de telecomunicaciones, por limitaciones técnicas asociadas a la cobertura de las redes, los usuarios no se encuentran en la posibilidad de acudir a otros mercados para lograr abastecerse de los servicios aquí analizados. Sino que se ven limitados a contratar el servicio con aquellos operadores que ofrecen cobertura en una determinada área geográfica.

- **Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos.**

En relación con las restricciones normativas debe tenerse presente que para ofrecer sus servicios en el mercado local los proveedores de servicios de telecomunicaciones deben contar con un título habilitante, bien sea vía concesión o autorización, todo de conformidad con el Capítulo Tercero del Título Primero de la Ley 8642, sin lo cual dichos proveedores no están legitimados para prestar servicios en el territorio nacional. Esta es una restricción muy importante que viene a limitar la cantidad de empresas que conforman el mercado relevante a aquellas empresas que cuentan con una autorización para operar en el mercado nacional. En relación con las alternativas internacionales, como ya fue destacado, el acceso a proveedores internacionales no se constituye en una alternativa para el consumidor local, el cual por aspectos de cobertura de redes no puede acceder a dichos proveedores.

- **Mercado geográfico**

La denuncia se refiere al acceso a los servicios en el Condominio denominado Avicennia Norte, ubicado en San Francisco de Heredia, del Walmart 1 kilómetro al oeste y 50 metros al sur, con lo cual preliminarmente se determina que el mercado geográfico relevante afectado por la práctica se circunscribe al área que abarca dicho condominio.

De lo anterior se concluye que los mercados relevantes asociados a este caso son el mercado de acceso a internet, de televisión por suscripción y de telefonía fija en el Condominio Avicennia Norte.

b. Sobre la práctica

La denuncia presentada se refiere a una supuesta conducta de exclusividad que podría enmarcarse dentro de lo definido en el artículo 54 inciso d) de la Ley 8642. Al respecto dicho artículo define lo siguiente:

“ARTÍCULO 54.- Prácticas monopolísticas relativas

Se considerarán prácticas monopolísticas relativas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones realizados por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos, y cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso

6530-SUTEL-SCS-2017

o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

...

- d) La fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, venta o distribución exclusiva de servicios de telecomunicaciones, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluso la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre operadores o proveedores”.

En relación con la práctica de exclusividad la Comisión Europea³ ha indicado lo siguiente:

“Una obligación de compra exclusiva obliga a un cliente de un determinado mercado a comprar exclusivamente, o en gran parte, únicamente a la empresa dominante...”

Con el fin de convencer a los usuarios la compra exclusiva la empresa dominante debería compensarles, total o parcialmente, por la pérdida de competencia resultante de la exclusividad. Cuando se dé esta compensación, cabe que un cliente tenga interés en suscribir una obligación de compra exclusiva con la empresa dominante. Pero sería erróneo deducir automáticamente de esto que todas las obligaciones de exclusividad, tomadas en su conjunto, son beneficiosas globalmente para los clientes, incluidos los que actualmente no compran a la empresa dominante, y para los consumidores finales. La atención de la Comisión se centrará en aquellos casos en los que es probable que los consumidores en su conjunto no se beneficien. Así sucederá, en particular, cuando existan muchos consumidores y las obligaciones de compra exclusiva de la empresa dominante, en su conjunto, produzcan el efecto de impedir la entrada o la expansión de empresas competidoras.

Si los competidores pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual, suele ser improbable que las obligaciones de compra exclusiva impidan la competencia efectiva a menos que el cambio de proveedor por parte de los clientes resulte complicado debido a la duración de la obligación de compra exclusiva. Generalmente cuanto mayor es la duración de la obligación, mayor es el probable efecto de cierre del mercado. Sin embargo, si para todos o para la mayor parte de los clientes es inevitable mantener relaciones comerciales con la empresa dominante, incluso una obligación de compra exclusiva de corta duración puede dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado”.

Lo anterior implica que el indicio relevante a valorar en relación con una práctica de exclusividad es la supuesta existencia de un acuerdo de exclusividad. Este acuerdo de exclusividad en el caso particular puede darse de manera directa, garantizando el acceso exclusivo a un único operador, o indirectamente mediante la negativa de que otros agentes del mercado oferten sus servicios. Estos elementos se desarrollan a continuación:

- **Sobre la supuesta negativa del ingreso de otros operadores de telecomunicaciones al condominio.**

TELECABLE en el documento de denuncia (NI-01579-2017) indica:

“[...] hemos recibido peticiones de clientes que residen en el Condominio de referencia que lamentablemente no hemos podido satisfacer en virtud de que se nos ha informado que la Junta Administradora del Condominio Avicenia ha establecido que únicamente puede acceder a ese inmueble un operador de telecomunicaciones”

Y en particular, el denunciante remite a la SUTEL (NI-07792-2017) el correo electrónico enviado por el señor Juan Pastor a la administración del Condominio Avicennia Norte, condominio donde reside, mediante el cual le comunica su deseo de cambiar de proveedor de cable y le solicita le indique si necesita algún tipo de permiso especial.

Para verificar lo anterior, el Órgano de Investigación Preliminar, realizó una inspección al Condominio Avicennia Norte en fecha 29 de marzo de 2017, según consta en Minuta de Inspección, Fiscalización y/o Asesoría, oficio 3612-SUTEL-DGM-2017 (folios 24 a 42).

En dicha inspección se logró determinar lo siguiente:

³ Comisión Europea. (2009). *Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/c 45/02)*. Diario Oficial de la Unión Europea C 45 del 24.2.2009.

6530-SUTEL-SCS-2017

- La Administración del Condominio Avicennia Norte actualmente mantiene restricciones para el ingreso de nuevos operadores de telecomunicaciones.
- El Condominio Avicennia Norte cuenta con infraestructura que sirve de soporte para el despliegue de redes de telecomunicaciones (postes). Sin embargo, dichos postes están numerados y en apariencia pertenecen a la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH), según consta en la Fotografía 2 de la Minuta de Inspección, Fiscalización y/o Auditoría (folio 31).

Ilustración 1. Condominio Avicennia Norte. Poste de ingreso.



Fuente: Minuta de Inspección 3612-SUTEL-DGM-2017

- La infraestructura de telecomunicaciones disponible en el Condominio Avicennia Norte tiene capacidad para albergar varios operadores. De acuerdo con lo indicado por el administrador, de dicha capacidad se encuentran en uso tres espacios, uno de estos espacios está ocupado por CABLETICA, otro por KÓLBI y otro por TIGO (folios 23 y 25). Por lo cual, de un total de cinco espacios técnicamente disponibles en un poste aún quedan 2 espacios disponibles para que sean utilizados por otros proveedores de servicios.

Actualmente en el Condominio Avicennia Norte se encuentran prestando servicios de telecomunicaciones varios operadores, según se constata de seguido:

- MILLICOM CABLE COSTA RICA S.A. marca TIGO, con los servicios de televisión por suscripción, acceso a internet y telefonía fija.

Ilustración 2. Condominio Avicennia Norte. Red de cable coaxial del operador TIGO.



Fuente: Minuta de Inspección, Fiscalización y/o Asesoría (folio 33).

6530-SUTEL-SCS-2017

- *INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD, marca KÖLBI, con los servicios de acceso a internet y telefonía fija.*

Ilustración 3. Condominio Avicennia Norte.
Poste con presencia de operadores de redes fijas de telecomunicaciones.



Fuente: Minuta de Inspección, Fiscalización y/o Asesoría (folio 32).

- *Operador no identificado con el servicio de acceso a internet por medios inalámbricos.*
- Ilustración 4.** Condominio Avicennia Norte. Servicio de transferencia de datos inalámbrico.



Fuente: Minuta de Inspección, Fiscalización y/o Asesoría (folio 36).

- *SERVICIOS DIRECTOS DE SATÉLITE S.A., marca SKY, con el servicio de televisión por suscripción.*

6530-SUTEL-SCS-2017

Ilustración 5. Condominio Avicennia Norte. Servicio de televisión satelital dentro del condominio.



Fuente: Minuta de Inspección, Fiscalización y/o Asesoría (folio 35)

Así, la inspección realizada permite determinar que en el Condominio Avicennia Norte no existe un único operador de servicios de telecomunicaciones prestando servicios, por lo cual no parece existir exclusividad entre un único operador y el Condominio Avicennia Norte, ya que actualmente hay varios operadores prestando sus servicios en dicho condominio. Logrando identificarse al menos los siguientes operadores de telecomunicaciones: TIGO, KOLBI, SKY. Sin embargo, sí existe una negativa por parte de la Junta Directiva de dicho Condominio para el ingreso de nuevos operadores de telecomunicaciones, pese a que el ingreso de estos podría resultar técnicamente factible, dado que actualmente sólo hay tres operadores de telecomunicaciones haciendo uso de los postes instalados dentro de este condominio.

- **Sobre la existencia de un acuerdo de exclusividad entre el Condominio Avicennia Norte y un operador de telecomunicaciones.**

En la inspección realizada en fecha 29 de marzo de 2017, según consta en Acta de Inspección, Fiscalización y/o Asesoría (folios 27 a 28) se entrevistó a la señora Inés Zamora Campos, portadora de la cédula de identidad 2-0329-0810, quien es la Administradora del Condominio Avicennia Norte.

Dicha inspección permite determinar que la negativa para el ingreso de TELECABLE al Condominio se sustenta en una decisión de la Asamblea de Condóminos, la cual delegó en la Junta Administradora del Condominio la toma de la decisión para que nuevos operadores ingresaran al Condominio. En sustento de lo anterior se aportan los siguientes documentos:

- Copia del acta de la Asamblea Ordinaria y Extraordinaria de Condóminos del Condominio Horizontal Residencial Avicennia Norte, cédula jurídica 3-109-328585, ubicado en San Francisco de Heredia, celebrada a las 10:00 horas del sábado 22 de junio de 2013, la cual indica lo siguiente:

“Artículo Séptimo. Doña Inés explica de la solicitud de permiso que hizo un propietario para que la empresa TeleCable pueda cablear y ofrecer sus servicios al Condominio. Se aprueba por unanimidad la delegación de un poder a la Junta Directiva para que realicen el estudio necesario y permitan o no el ingreso a la empresa Telecable, este poder queda abierto para otras empresas que ofrezcan servicios similares” (lo destacado es intencional) (folios 41 y 42).

Copia de Minuta de la reunión de la Junta Directiva del Condominio Avicennia Norte de fecha 18 de diciembre de 2013, en la cual se acordó lo siguiente:

TEL.: +506 4000-0000
FAX: +506 2215-6821

Apartado 151-1200
San José - Costa Rica

800-88-SUTEL
800-88-78835

gestiondocumental@sutel.go.cr

6530-SUTEL-SCS-2017

“Según acuerdo de Asamblea, esta delegó en la Junta Directiva realizar un estudio para permitir o no el ingreso de más empresas operadoras de cable al Condominio, la Junta Directiva aprueba por unanimidad NO PERMITIR más operadoras de este servicio ya que hay una gran contaminación visual en la postería interna, esto debido a la cantidad de cables que hay; además a la fecha el Condominio cuenta con tres empresas que prestan ese servicio. Cabe - destacar que la instalación de antenas no se restringe, ya que no involucra la instalación de cable en la postería” (lo destacado es intencional) (folio 23).

Con fundamento en lo desarrollado de previo, se logra determinar que no se presentan indicios de la existencia de un acuerdo para la prestación exclusiva de servicios de telecomunicaciones en el Condominio Avicennia Norte, sin embargo sí se determina que existe por parte de la Junta Directiva del Condominio Avicennia Norte una negativa expresa para el ingreso del operador TELECABLE ECONÓMICO TVE S.A. a dicho condominio, decisión tomada por la Junta Directiva del Condominio Avicennia Norte en sesión del 18 de diciembre de 2013.

Sin perjuicio de lo anterior, este Órgano de Investigación Preliminar considera pertinente hacer saber a la Junta Directiva del Condominio Avicennia Norte que el artículo 15 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones indica que: “El cliente o usuario podrá elegir libremente entre operadores y proveedores. Ni los operadores o proveedores, ni ninguna persona que tenga poder de decisión o disposición respecto al acceso o instalación de los servicios de telecomunicaciones, podrán limitar, condicionar o coaccionar la libre elección que realice el cliente o usuario, con respecto al operador o proveedor”, en virtud de lo cual lo idóneo es que los administradores de la infraestructura que soporta las redes de telecomunicaciones tengan políticas enfocadas en permitir al usuario final elegir el proveedor de telecomunicaciones de su preferencia, siempre que esto sea técnicamente factible.

Lo anterior es compartido por la Fiscalía Nacional Económica de Chile, quien en su resolución del 9 de mayo de 2016, estableció con respecto a las limitaciones de ingreso por parte de otro operador en los condominios, que:

“Sin perjuicio de las limitaciones fundadas en aspectos de seguridad o razones estéticas, que pudieren estar contenidos en reglamentos internos de las comunidades de copropietarios, lo cierto es que el principio general aplicable en la materia, es que se promueva que varios proveedores de servicios de telecomunicaciones puedan proveer los mismos dentro de un determinado condominio, edificio, etc. de modo de fomentar la competencia entre ellos y permitirle al consumidor elegir entre la mejor oferta disponible” (lo destacado es intencional).

▪ **Sobre la existencia de indicios en relación con la práctica denunciada de exclusividad**

Los análisis desarrollados en las secciones anteriores permiten concluir que no existen indicios de que exista algún tipo de acuerdo de exclusividad entre algún operador y el administrador y/o el desarrollador del Condominio Avicennia Norte, para la prestación exclusiva de servicios de telecomunicaciones en dicho condominio.

En lo referente a los indicios de la comisión de la supuesta práctica anticompetitiva, la COPROCOM en su Opinión N° 08-17 indica lo siguiente:

“Cabe resaltar que no toda exclusión de un competidor de un mercado obedece a una práctica monopolística relativa, en el caso que nos ocupa la exclusión no responde al otorgamiento de una exclusividad, por cuanto en el condominio en cuestión participan varios agentes económicos y no tienen restricciones, por el momento, para el ingreso de otros prestadores de servicios siempre que sean por medios inalámbricos. [...]”

C. Sobre el poder de mercado y la existencia de un objeto o un efecto anticompetitivo

En lo que respecta al análisis de otros elementos necesarios para determinar la existencia de indicios de la comisión de una presunta práctica monopolística relativa, estos se refieren a que el operador o proveedor tiene poder sustancial en el mercado relevante y que la práctica haya tenido un objeto o un efecto anticompetitivo. Se determina para este caso, que estos elementos no son pertinentes de analizar por cuanto conforme el análisis realizado, no se logra determinar que algún operador de telecomunicaciones en particular haya influido en el hecho de que TELECABLE no haya podido ingresar al Condominio Avicennia Norte.

[...].”

6530-SUTEL-SCS-2017

- 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 procedencia o no de llevar a cabo la apertura de un procedimiento administrativo sancionador por los hechos denunciados en relación con el Condominio Avicennia Norte, mediante Opinión N° 008-17, la cual está contenida en el acuerdo firme contenido en el artículo cuarto del acta de la Sesión Ordinaria N° 22-2017 celebrada a las 17:30 horas del 20 de junio de 2017, en el siguiente sentido:
- “[...] esta Comisión no recomienda la apertura de un procedimiento administrativo sancionador, por presuntas prácticas monopolísticas relativas contenidas en el expediente SUTEL T0046-STT-MOT-PM-00496-2017 y el oficio 04164-SUTEL-DGM-2017”. (folio 73)*
- 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 por la denuncia tramitada en el expediente SUTEL T0046-STT-MOT-PM-00496-2017 por infracción del artículo 54 inciso d) de la Ley N° 8642 ya que no se encuentra evidencia de participación de ningún operador de telecomunicaciones en una supuesta conducta de prácticas monopolísticas en relación con la situación denunciada en el Condominio Avicennia Norte.

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 los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N° 7472, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 54 de la Ley N° 8642, específicamente en relación con la existencia de indicios de la comisión de una práctica monopolística del tipo de acuerdo de exclusividad en el Condominio Avicennia Norte, por lo que no hay mérito para proceder con la apertura de un procedimiento administrativo de

6530-SUTEL-SCS-2017

competencia contra un operador de red o proveedor de telecomunicaciones en relación con los hechos denunciados por TELECABLE.

2. **HACER SABER** a la Junta Directiva del Condominio Avicennia Norte que el artículo 15 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones indica que: *“El cliente o usuario podrá elegir libremente entre operadores y proveedores. Ni los operadores o proveedores, ni ninguna persona que tenga poder de decisión o disposición respecto al acceso o instalación de los servicios de telecomunicaciones, podrán limitar, condicionar o coaccionar la libre elección que realice el cliente o usuario, con respecto al operador o proveedor”.*
3. **ORDENAR** el archivo del expediente SUTEL T0046-STT-MOT-PM-00496-2017.
4. Se informa que contra la presente resolución procede el recurso ordinario de revocatoria, previsto en el artículo 343 de la Ley General de la Administración Pública en relación con el artículo 345.1 del mismo cuerpo normativo. El recurso deberá presentarse ante el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (artículo 349 de la Ley General de la Administración Pública), y deberá interponerse en el plazo de 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación 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

Guiselle Zamora Vega
Secretaria a.i. del Consejo

6530-SUTEL-SCS-2017

RCS-196-2017

**“SE RESUELVE DENUNCIA INTERPUESTA POR TELECABLE S.A. CONTRA EL CONDOMINIO
AVICENNIA NORTE POR PRESUNTAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS”**

EXPEDIENTE T0046-STT-MOT-PM-00496-2017

Se notifica la presente resolución a:

TELECABLE S.A., al correo electrónico notificaciones@telecablecr.com y/o al fax 22-19-06-07

Inés Zamora Campos, administradora del **CONDOMINIO AVICENNIA NORTE**, al correo electrónico avicennianorte@inza.co.cr

NOTIFICA: _____ FIRMA: _____