

493-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° 005-2014, celebrada el 24 de enero del 2014, mediante acuerdo 002-005-2014, de las 11:20 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-017-2014

“SE APRUEBA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIÓN PRESENTADA POR RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. PARA LA ADQUISICIÓN DE LA BASE DE ACTIVOS Y CLIENTES DE VIRTUALIS S.A.”

EXPEDIENTE SUTEL CN-107-2014

RESULTANDO

1. Que en fecha 15 de enero de 2014, mediante oficio DE-13-2013 (NI-0361-2014), la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. presentó formal solicitud de autorización de concentración ante la SUTEL para la adquisición de la base de activos y clientes de la empresa VIRTUALIS S.A. (folios 002 al 043).
2. Que en fecha 15 de enero de 2014, mediante oficio 0252-SUTEL-DGM-2014, la Dirección General de Mercados (DGM) solicitó a la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) emitir su criterio, en los términos de lo definido en el artículo 56 de la Ley N° 8642, respecto a la solicitud de autorización de concentración presentada RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A., para lo cual remite copia del expediente administrativo junto con un análisis preliminar de la solicitud presentada (folios 044 al 055).
3. Que el 17 de enero de 2014, mediante oficio 300-SUTEL-DGM-2014, la DGM requirió a RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. completar los requisitos a los que se refiere el artículo 26 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones (folios 056 al 099).
4. Que el 21 de enero de 2014, mediante oficio 264-045-2014 (NI-0543-2014), el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD remitió los requisitos solicitados en la nota 300-SUTEL-DGM-2014 (folios 100 al 101).
5. Que el 21 de enero de 2014, mediante oficio DE-021-2014 (NI-0548-2014), la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. remitió los requisitos solicitados en la nota 300-SUTEL-DGM-2014, exceptuando lo referente a los procesos conexos que se deben tramitar para la prestación de servicios de operador móvil virtual (folios 102 al 296).
6. Que el día 23 de enero de 2014, mediante Opinión 01-14 (NI-0611-2014), la COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA, emitió su criterio técnico respecto a la solicitud de autorización de concentración remitida por RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. (folios 297 al 300).
7. Que el día 23 de enero de 2014, mediante oficio 0428-SUTEL-DGM-2014, la DGM emitió su Informe final de recomendación sobre la solicitud de autorización de concentración presentada por RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. para la adquisición de la base de activos y clientes de VIRTUALIS S.A.

8. 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 en la operación de concentración descrita es RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. (RACSA), cédula jurídica 3-101-009059, fue creada por medio de las Leyes N° 47 del 25 de julio de 1921 y N° 3293 del 18 de junio de 1964. Conforme a la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones (Ley N° 8660) es un operador y proveedor de servicios de telecomunicaciones y se encuentra autorizada para prestar servicios en todo el territorio nacional, actualmente presta los servicios de transferencia de datos en distintas modalidades.

RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. es una empresa que forma parte del Grupo ICE, definido de esta manera en la resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-307-2009 de las 15:35 horas del 24 de setiembre de 2009, siendo que en virtud de esta relación es que el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE) es quien inyectará los recursos necesarios para que RACSA pueda adquirir a la empresa VIRTUALIS S.A.

II. Empresas Vendedora.

La empresa que pretende vender su cartera de clientes, marcas y derechos es VIRTUALIS S.A., cédula jurídica 3-101-593640, la cual fue autorizada para presentar servicios de telecomunicaciones bajo la modalidad de Operador Móvil Virtual (OMV) mediante resolución del Consejo de la SUTEL número RCS-250-2010 de las 10:12 horas del 21 de mayo de 2010. Esta empresa ha venido ofreciendo el servicio de telefonía móvil en la modalidad de OMV del Instituto Costarricense de Electricidad desde el mes de octubre de 2011.

III. Tipo de concentración.

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 tanto en el mismo mercado (servicio de telefonía móvil); como en mercados distintos (servicio de telefonía fija, servicio de transferencia de datos, entre otros), resultando que por las características de las redes de telecomunicaciones involucradas y la naturaleza de complementariedad de los servicios ofrecidos, la operación tiene tanto efectos horizontales como de conglomerado.

TERCERO: SOBRE LA EVALUACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

- I. 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 0428-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.

Las partes no indican en su solicitud cuál es el mercado relevante de producto afectado. Para valorar el mercado relevante afectado por la concentración es necesario analizar los servicios ofrecidos por las empresas que participan de la operación de concentración.

El Grupo ICE en la figura del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) ofrece, entre otros, los siguientes servicios de telecomunicaciones: telefonía fija, telefonía móvil, transferencia de datos, servicios de acceso e interconexión. Mientras que en la figura de RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. (RACSA) ofrece los siguientes servicios de telecomunicaciones: transferencia de datos, servicios mayoristas de acceso.

Por su parte, VIRTUALIS S.A. ofrece solamente el servicio de telefonía móvil.

De lo anterior se tiene que el único servicio en el cual concurren las operaciones de las empresas involucradas en la concentración es en el servicio de telefonía móvil. Siendo que la telefonía móvil engloba la prestación de una serie de servicios de telecomunicaciones, a saber: llamadas nacionales a las distintas redes públicas de telecomunicaciones, llamadas internacionales, acceso a internet móvil, terminación de llamadas.

2.3.1.2 Mercado geográfico relevante.

Las partes no indican en su solicitud cuál es el mercado relevante geográfico afectado por la concentración.

Para valorar el mercado geográfico relevante, se considera pertinente analizar la cobertura del servicio de telefonía móvil que constituye el servicio afectado por la concentración. Al respecto es importante destacar que si bien VIRTUALIS S.A. opera con su propia red de manera independiente al ICE, su condición de operador móvil virtual implica que la cobertura de su servicio está dada por la cobertura del operador móvil de red con el que opera, en este caso con el ICE, lo que permite concluir que el nivel de cobertura que constituiría el mercado geográfico relevante vendría dado por la cobertura de la red móvil del ICE. Tal que, según los mapas de cobertura de la SUTEL¹ este servicio cuenta con cobertura a nivel nacional. Lo que permite concluir que el mercado geográfico relevante sería todo el territorio.

Respecto a la definición del mercado relevante la COPROCOM indicó en su Opinión 01-14 de las 19:15 del 21 de enero de 2014 que “En el caso concreto el mercado relevante definido por la SUTEL es el servicio de telefonía móvil a nivel nacional. Analizando el informe de la DM y la información que consta en el expediente, esta Comisión comparte esa definición”.

¹ Los mapas de cobertura se encuentran disponibles en la siguiente página: <http://mapas.sutel.go.cr/>

2.3.1.3 Competidores del mercado relevante

Para determinar las empresas que participan del mercado relevante definido lo pertinente es considerar aquellas empresas que ofrecen el servicio de telefonía móvil en el territorio nacional, a saber:

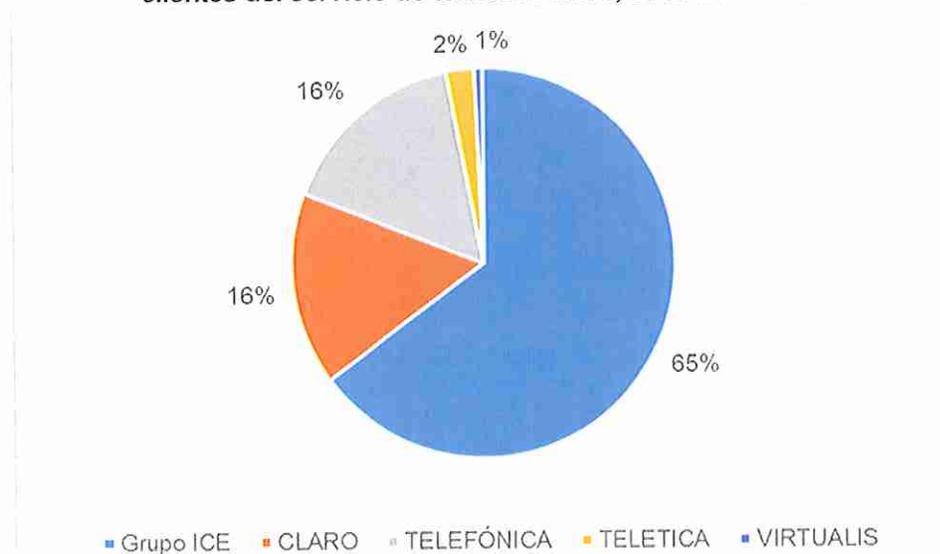
- INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE)
- CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. (CLARO)
- TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. (TELEFÓNICA)
- TELEVISORA DE COSTA RICA S.A. (TELETICA)
- VIRTUALIS S.A. (VIRTUALIS)

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

2.3.2.1 Participación de las partes en el mercado relevante

Para valorar la posibilidad de que la concentración signifique un incremento del poder de mercado o de la posibilidad de ejercer este poder, es necesario valorar la participación de las empresas involucradas en la operación en el mercado relevante definido de previo. Un primer elemento a considerar se refiere a la participación de las empresas del mercado. Como lo refiere la Comisión Europea "las cuotas de mercado y el grado de concentración del mercado proporcionan unas indicaciones preliminares de la estructura del mercado y de la importancia competitiva tanto de las partes de la concentración como de sus competidores"². En el siguiente Gráfico se resumen los datos de participación de los anteriores competidores, cuantificados a nivel de clientes.

Gráfico 1
Mercado Relevante: Distribución de las cuotas de mercado medidas por la cantidad de clientes del servicio de telefonía móvil, Setiembre 2013



Fuente: Proyecto de Indicadores de Mercado de la SUTEL.

A partir de la información anterior se concluye que el Grupo ICE tiene una participación de mercado del 65% en el servicio de telefonía móvil, mientras que la participación de VIRTUALIS S.A. es de un 1% del mercado relevante analizado.

2.3.2.2 Indicadores de concentración

² Comisión Europea (2004). Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones de empresas. Diario Oficial de la Unión Europea 2004/C 31/03.

La concentración de mercado es uno de los indicadores más utilizados para analizar los efectos que sobre la competencia tendría una fusión entre dos empresas del mercado. Existen diversos tipos de mediciones para valorar lo anterior. Entre las medidas más empleadas para tales efectos se encuentra el índice Herfindahl-Hirschman (HHI)³. La forma en la que se usa el mismo en el análisis de concentraciones tiene que ver con el valor que adopta el mismo antes y después de la concentración, y el contraste de dichos valores con niveles de previo establecidos.

Para ponderar adecuadamente los niveles de los valores adoptados por el HHI el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio⁴ han definido una serie de rangos para valorar la afectación de un mercado relevante como consecuencia de la concentración, los mismos se resumen a continuación:

- Las concentraciones que impliquen un incremento en el HHI inferior a los 100 puntos es improbable que tengan efectos anticompetitivos.
- Las concentraciones que se presenten en mercados no-concentrados (los que tienen un HHI inferior a 1.500 puntos) es improbable que generen efectos adversos en la competencia.
- Las concentraciones que se presenten en mercados moderadamente concentrados (los que tienen un HHI entre 1.500 y 2.500 puntos) y que generen un incremento en el HHI de más de 100 puntos, potencialmente aumentan las preocupaciones sobre la competencia y deben ser sujeto de escrutinio.
- Las concentraciones que se presenten en mercados altamente concentrados (los que tienen un HHI superior a 2.500 puntos) y que generen un incremento en el HHI de entre 100 y 200 puntos, potencialmente aumentan las preocupaciones sobre la competencia y deben ser sujeto de escrutinio. Si el incremento en el HHI resultante de la concentración es superior a 200 puntos se debe presumir que la concentración refuerza el poder de mercado.

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

Tabla 1
Mercado Relevante: Cambio en el valor del indicador HHI producto de la concentración
 Cifras en cantidad de clientes a setiembre de 2013

Empresa	Antes de la concentración		Después de la concentración	
	Cantidad Clientes	Participación	Cantidad Clientes	Participación
Grupo ICE	4.278.183	65%	4.322.189	66%
CLARO	1.055.695	16%	1.055.695	16%
TELEFÓNICA	1.063.148	16%	1.063.148	16%
TELETICA	153.269	2%	153.269	2%
VIRTUALIS	44.006	1%		0%
Total	6.594.301	100%	6.594.301	100%
HHI		4.731		4.818

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Proyecto de Indicadores de Mercado de la SUTEL.

Se tiene que el valor del HHI antes de la concentración es de 4.731 y después de la concentración⁵ sería de 4.818, lo que implica un valor de cambio o delta⁶ de 87. Los datos anteriores evidencian que la

³ El índice HHI se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de cada una de las empresas que conforman el mercado, siendo que éste índice puede alcanzar valores entre 0 y 10.000 puntos. Y el mismo se calcula empleando la siguiente fórmula:

$$\sum_{i=1}^n s_i^2, \text{ donde } s \text{ es igual a la participación de mercado.}$$

⁴ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission. (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. USA

⁵ Las cuotas de mercado posteriores a la concentración se calculan partiendo de la presunción de que la cuota combinada de las partes tras la concentración equivale a la suma de las cuotas previas a la concentración, lo anterior con base en lo definido por la Comisión Europea en el documento "Directrices sobre la evaluación de las

concentración del Grupo ICE, en la figura de RACSA, y el VIRTUALIS S.A. no produce un cambio significativo en la estructura del mercado relevante de telefonía móvil.

Conforme lo destacado de previo, en el análisis de concentraciones horizontales los valores anteriores del HHI permiten presumir que es improbable que la concentración tenga un efecto anticompetitivo en el mercado y por tanto no se requiere de un análisis mayor de los efectos de la concentración sobre el mercado.

2.3.2.3 Existencia y poder de los competidores en el mercado

Como se desarrolló de previo, en el mercado de telefonía móvil actualmente existen además del ICE dos grandes competidores que actualmente ofrecen un servicio similar, CLARO CR TELECOMUNICACIONES S.A. y TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A. Estos proveedores cuentan con redes desplegadas con cobertura semejante a la del ICE, al tiempo que ofrecen servicios, paquetes y promociones que pueden competir con los del ICE, generando de este modo una buena dinámica de rivalidad en el mercado que contribuye a disciplinar cualquier posible conducta anticompetitiva que pudiera desarrollar el ICE.

2.3.2.4 Barreras de entrada

Las barreras de entrada son obstáculos que impiden o dificultan el ingreso de nuevas empresas en un determinado mercado o el crecimiento de las que ya existen en el mercado. Los mercados con barreras permiten que las empresas tengan el poder para imponer a sus clientes precios o condiciones de forma unilateral.

Respecto a la existencia de barreras de entrada se tiene que en el caso del servicio de telefonía móvil, 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 (concesión de espectro, permisos de operación, etc.), entre otras. Sin embargo, la existencia de estas barreras es una condición que debe analizarse para demostrar si un determinado proveedor, luego de una concentración, estaría en la capacidad de ejercer poder de mercado en el mercado relevante definido, al respecto debe considerarse que la existencia de otras empresas grandes que ofrecen el servicio y compiten con el ICE implica que a pesar de la concentración planteada existe poca probabilidad de que posteriormente el Grupo ICE, como consecuencia de la concentración, pueda afectar la competencia del mercado de telefonía móvil a nivel minorista.

Respecto al tema de la aparición de posibles barreras de entrada producto de la concentración la COPROCOM indicó en su Opinión 01-14 de las 19:15 del 21 de enero de 2014 lo siguiente:

“... no puede perderse de vista que VIRTUALIS, venía funcionando como OMV del ICE. El ICE, según la información aportada, es el único operador con concesión de espectro que actualmente tiene contratos con OMV (VIRTUALIS y TELEVISORA DE COSTA RICA), por lo que su tránsito ya se generaba a través de la red del ICE.

En ese sentido, analizando las condiciones de competencia en el mercado más estrecho posible, sien éste el de los operadores de servicios móviles virtuales, las condiciones de mercado se mantendrían iguales, con dos únicos competidores, con la única diferencia de la integración vertical del ICE con RACSA. En ese sentido, deberá ser vigilante la SUTEL de las condiciones que regirán las relaciones del Grupo ICE en calidad de operador de redes con los operadores móviles virtuales incluido RACSA, con el fin de garantizar el respeto a los principios de no discriminación: al brindar un trato no menos favorable al otorgado a su nuevo OMV y el de transparencia, al poner a disposición los términos, condiciones y la información que requieran los demás OMV, a fin de garantizar que todos compitan en condiciones de igualdad”.

En ese sentido, COPROCOM recomienda pertinente que se tomen las medidas necesarias para evitar que el Grupo ICE pueda generar algún tipo de política de trato discriminatorio a favor de una de sus

concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones de empresas”.

⁶ 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.

empresas, en ese sentido se considera que la imposición de una serie de condiciones de transparencia en materia de acceso e interconexión limitaría la posibilidad de que el Grupo ICE pueda ejercer poder de mercado y afectar la competencia.

En ese sentido vale destacar que de conformidad con lo definido en el acuerdo 002-042-2011 de la sesión 042-2011 del Consejo de la SUTEL del 03 de junio de 2011, los Operadores Móviles Virtuales deben perfeccionar su relación con un Operador Móvil de Red mediante un acuerdo comercial, el cual en el caso de los Operadores Móviles Virtuales categorías 3 y 4 debe incluir un anexo referente al acceso e interconexión entre las redes de telecomunicaciones involucradas.

Este acuerdo de acceso e interconexión no sólo debe ser remitido a la SUTEL para efectos de que se verifique el cumplimiento de los parámetros de calidad, la protección de los derechos de los usuarios finales, entre otros; además de que el mismo estaría sujeto a los principios de publicidad y transparencia que caracterizan al Régimen de Acceso e Interconexión, de conformidad lo definido en el artículo 60 de la Ley N° 8642, el artículo 62 del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones y el artículo 80 inciso e) de la Ley N° 7593.

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 al nuevo Operador Móvil Virtual del Grupo ICE. Con lo cual se considera que no existe la necesidad de establecer ninguna obligación adicional en ese sentido, más que aquellas que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. y el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD están actualmente en la obligación de cumplir.

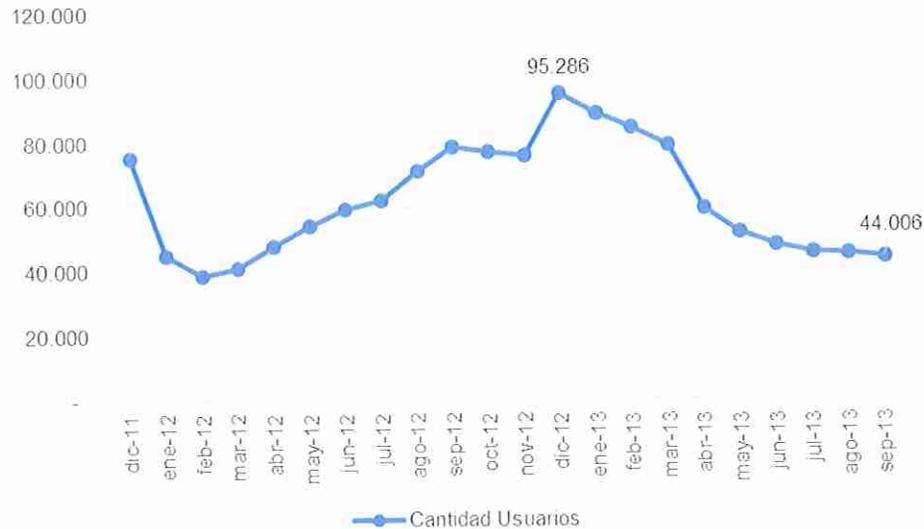
2.3.2.5 Comportamiento reciente

Respecto al comportamiento reciente se tiene que actualmente SUTEL se encuentra tramitando diversas denuncias contra el ICE por presunto abuso de poder dominante, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la posición de dominio que ostenta el Grupo ICE obedece a su posición de operador incumbente, tal que dicha posición no se ve afectada de manera significativa por la concentración aquí analizada.

Más aún no se encuentra evidencia de que la operación planteada obedezca a una estrategia del ICE de deshacerse de uno de sus competidores, sino que la concentración planteada tiene el objetivo de evitar una afectación producto de la salida inminente de VIRTUALIS S.A. del mercado, ya que se por la condición de OMV de VIRTUALIS S.A. los clientes de esta empresa han venido generando tráfico e ingresos a la red del ICE.

En ese sentido, se tiene que VIRTUALIS S.A. ha venido perdiendo clientes en el último año, como se evidencia en el Gráfico siguiente, con lo cual decidió en el marco de su libertad de empresa abandonar el negocio de telefonía móvil, poniendo a la venta su cartera de clientes.

Gráfico 2 **Mercado Relevante: Evolución de los Clientes de Telefonía Móvil de la Empresa** **VIRTUALIS S.A., Diciembre 2011-Setiembre 2013**



Fuente: Proyecto de Indicadores de Mercado de la SUTEL.

Al respecto, el contrato para la operación de OMV suscrito entre el ICE y VIRTUALIS S.A., le ofrece al ICE una opción preferente para la compra de la base de clientes de VIRTUALIS S.A., en caso de que esta empresa decidiera cerrar sus operaciones, en ese sentido el "Acuerdo Comercial para Operador Móvil Virtual entre el Instituto Costarricense de Electricidad y Virtualis S.A.", suscrito en fecha 25 de enero de 2011, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO NUEVE (9): DERECHO DE OPCIÓN PREFERENTE

a. Seis (6) meses antes del vencimiento del contrato o cualquiera de sus prórrogas, VIRTUALIS deberá informar al ICE sus intenciones de migrar sus clientes a la red de otro operador. En cuyo caso concederá al ICE la posibilidad de igualar las condiciones técnicas y económicas de la mejor oferta del servicio de acceso que le conceda ese operador.

b. Durante la ejecución del contrato, en caso de que VIRTUALIS decida salirse del negocio o ceder su cartera de clientes a otro operador, deberá informarlo y comunicarlo previa, expresa y formalmente al ICE quién tendrá derecho de opción preferente para adquirirla. Lo anterior sin perjuicio de que el ICE pueda recurrir a la vía judicial a reclamar a VIRTUALIS las responsabilidades derivadas de su incumplimiento del contrato.

VIRTUALIS enviará al ICE una comunicación en cuanto a la cesión que se pretende hacer, expresando el precio, términos y condiciones de pago y demás información necesaria sobre la misma.

El ICE contará con un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la fecha de recepción de la oferta, para manifestar por escrito si desea o no ejercer el derecho de opción preferente. La no respuesta por escrito por parte del ICE se considera para todos los efectos como su negativa de ejercer el derecho de opción preferente.

Por Derecho de Opción Preferente se entiende el derecho que le asiste al ICE para realizar la primera oferta de compra de la Base de Clientes de VIRTUALIS que iguale o supere a la oferta firme de un tercero que VIRTUALIS le haya comunicado al ICE. Para esos efectos VIRTUALIS deberá brindarle al ICE los elementos financieros, técnicos y jurídicos de la mejor oferta que posee, a fin de que en el plazo establecido el ICE pueda manifestar por escrito si desea o no ejercer el derecho de opción preferente, igualando o mejorando la oferta antes indicada. Para que dicha oferta del ICE tenga validez deberá ser firme, irrevocable y contemplar el pago integral del precio.

En caso de no ejercitarse por el ICE el Derecho de Opción Preferente en el citado plazo de cuarenta y cinco (45) días, VIRTUALIS podrá ceder libremente a un tercero, sin más trámite, en todo o en parte, su Base de Clientes.

Ejercido por el ICE el Derecha de Opción Preferente y, en consecuencia, recibida por VIRTUALIS la propuesta del ICE, las Partes iniciarán las negociaciones para acordar y formalizar las condiciones de la cesión.

Transcurrido el plazo de un (1) mes a contar desde la recepción por VIRTUALIS de la propuesta del ICE sin que las Partes hubieren alcanzado un acuerdo, o transcurrido el plazo que de común acuerdo aquéllas acordasen para llevarlo a cabo, VIRTUALIS podrá ceder libremente a un tercero, sin más trámites, en todo o en parte, su Base de Clientes, siempre y cuando las condiciones y precio ofrecido por el tercero fueren mejores y/o superiores a las propuestas por el ICE.

Formalizada la cesión de la Base de Clientes a favor del ICE, VIRTUALIS entregará al ICE todos los elementos de la misma que a su juicio fueren necesarios para la adecuada utilización por parte del ICE, tales como, nombres, direcciones, números telefónicos, así como, de ser este el caso, la devolución de tarjetas SIM existentes en stock, a título enunciativo y no limitativo, respetando la normativa de protección de datos y los contratos que VIRTUALIS haya suscrito con sus clientes.

Formalizada la cesión a favor del ICE, y durante el plazo que las Partes así convengan, VIRTUALIS mantendrá y garantizará el cumplimiento de todas las obligaciones que hasta entonces venta asumiendo como operador virtual prestador de servicios de comunicaciones móviles electrónicas, especialmente las de cobro y continuidad del servicio. Las Partes acordarán la fecha en la que se liquidarán, conciliarán, compensarán y, en su caso, reembolsarán los importes de los que sean recíprocamente acreedoras y deudoras.

La cesión de la Base de Datos no afectará a la titularidad de las marcas y cualesquiera signos distintivos empleados por VIRTUALIS para la comercialización de sus Ofertas, de las cuales continuará siendo el único propietario.

Formalizada la cesión a favor del ICE, y durante el plazo de un (1) año, VIRTUALIS se obliga a no realizar, directa o indirectamente, ofertas comerciales de servicios similares a los que ha venido brindando en virtud del presente acuerdo, a ninguno de los clientes que forman parte de la Base de Clientes objeto de la cesión.

El incumplimiento de esta obligación, dará lugar a una indemnización, a título de cláusula penal por una suma equivalente a dos veces el monto en que se pactó la cesión".

En ese sentido se tiene que ante la eventual salida del mercado de la empresa VIRTUALIS S.A., se considera pertinente tener en cuenta lo definido en el artículo 56 de la Ley N° 8642 en cuanto a que "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, y cualquier otra circunstancia prevista reglamentariamente". Tal que en el presente caso se considera pertinente evitar que los actuales usuarios de VIRTUALIS S.A. queden desatendidos, perdiendo la continuidad del servicio del que actualmente gozan. Siendo que la actual concentración sujeta a aprobación permitiría evitar una afectación de los usuarios en el sentido descrito de previo, garantizando la continuidad del servicio hasta tanto el Grupo ICE adquiriera la operación de los servicios de telefonía móvil que venía ofreciendo la empresa VIRTUALIS S.A.

En ese sentido la COPROCOM indicó en su Opinión 01-14 de las 19:15 del 21 de enero de 2014 lo que de seguido se detalla:

"Para terminar, cabe hacer ver que el artículo 56 antes citado también tiene una previsión que le permite a la SUTEL, aún detectados efectos anticompetitivos, valorar si la operación tiene eficiencias, es necesaria para desarrollar economías de escala o para evitar la salida de un operador o prestador de servicios, en perjuicio de los usuarios.

En este caso, la posibilidad de que otro agente siga prestando el servicio resulta en un beneficio evidente para los usuarios de VIRTUALIS, de forma tal que en aplicación del principio de

beneficio para el usuario que rige el mercado de las telecomunicaciones, debería valorarse aún si la operación resultara en adquisición de poder sustancial (lo subrayado es intencional).

2.3.2.6 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 telefonía móvil, hace presumir que es improbable que la concentración tenga un efecto anticompetitivo en el mercado.

Respecto a este tema la COPROCOM indicó en su Opinión 01-14 de las 19:15 del 21 de enero de 2014 lo que de seguido se detalla:

“En este mercado, si bien como se indicó antes RACSA no tiene participación actualmente, lo cierto es que al formar parte del Grupo ICE, no puede considerarse esta operación como un simple cambio de un operador a otro sin ninguna injerencia en el mercado.

Ahora bien, se desprende también de la información aportada que la participación de mercado de la vendedora es de un 1% del total del mercado definido, el que bien a sumarse a un significativo 65% con que cuenta el Grupo ICE, el cambio que genera en la estructura de mercado es mínimo, por lo que no resulta en adquisición de poder sustancial ni en la posibilidad de ejercerlo, de forma tal que pueda afectar los niveles de competencia en ese mercado”.

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 01-14 de las 19:15 del 21 de enero de 2014 la COPROCOM emitió criterio respecto a la solicitud de autorización de concentración presentada por la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. para la adquisición de la base de clientes de VIRTUALIS S.A. en el siguiente sentido:

“En virtud de todo lo expuesto, desde el punto de vista de competencia, se emite opinión favorable para la operación consultada. Lo anterior, sin perjuicio de cualquier aspecto regulatorio o cumplimiento de trámites necesarios para su implementación de conformidad con el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.

POR TANTO

Se emite criterio favorable respecto a la operación consultada” (lo destacado corresponde al original).

QUINTO: SOBRE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS FINALES.

- I. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 45 incisos 2) y 3) de la Ley N° 8642 los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones tienen derecho a:

*“2) Elegir y cambiar libremente al proveedor de servicio.
3) Autorizar previamente el cambio de proveedor de servicio.”*

Por lo anterior, todos los usuarios actuales de la empresa VIRTUALIS S.A. tienen el derecho de autorizar o no el cambio de proveedor de sus servicios de telecomunicaciones, por lo cual para que el ejercicio de dicho derecho pueda surtir efectos reales, se hace necesario que se

levante temporalmente cualquier cláusula de permanencia mínima que tengan los usuarios de VIRTUALIS S.A. suscritas en sus contratos para efectos de que aquellos usuarios que no deseen continuar su relación contractual con RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A., producto de los cambios producidos en la estructura de dicha empresa provocada por la concentración autorizada, pueden hacer uso de su derecho de extinguir el contrato suscrito.

En ese mismo sentido destaca el artículo 21 inciso 12) del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones sobre las causas y formas de extinción y renovación del contrato siendo que este se extinguirá por las causas generales de extinción de los contratos y especialmente por voluntad del abonado.

En ese sentido para garantizar el adecuado cumplimiento de los derechos de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, VIRTUALIS S.A., una vez que se realice la adquisición efectiva por parte de RACSA, debe comunicar a sus usuarios que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. adquirió la base de clientes de la empresa. Adicionalmente VIRTUALIS S.A. debe otorgar a sus usuarios un período mínimo de un mes para que aquellos usuarios que manifiesten expresamente su deseo de rescindir unilateralmente su actual contrato puedan hacerlo sin ningún tipo de responsabilidad, incluida la aplicación de cualquier cláusula relativa a la penalización por terminación anticipada de contrato.

- II. Que en ese sentido para el resguardo de los derechos de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones se debe garantizar lo siguiente:
 - a. Que una vez que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. realice la adquisición efectiva de la base de clientes y activos de VIRTUALIS S.A. dicha situación debe ser comunicada a los usuarios.
 - b. Que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. deberá otorgar a los usuarios adquiridos un período mínimo de un mes para que aquellos usuarios que manifiesten expresamente su deseo de rescindir unilateralmente su actual contrato puedan hacerlo sin ningún tipo de responsabilidad, incluida la aplicación de cualquier cláusula relativa a la penalización por terminación anticipada de contrato.
 - a. Que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. debe proceder en el plazo de diez (10) días hábiles a partir de la ejecución de la operación autorizada a cumplir con la obligación de homologar los contratos de usuario final, misma que se encuentra definida en el artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones y en el 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones.

SEXTO: SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA

- I. Que en el oficio número DE-021-2014 presentado en fecha 21 de enero de 2014 (NI-0548-14) por la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. se solicita mantener como confidencial la siguiente información remitida como parte de los requisitos establecidos en el artículo 26 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones:
 - a. Los estados financieros (folios 210 al 295).
- II. Que 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 la empresa sea afectada por la divulgación a terceros no autorizados lo que podría provocar inconvenientes graves o perjuicios de difícil o imposible reparación.

III. 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”.

IV. 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).

V. 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.

VI. 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.

VII. Que la información referente a Estados Financieros suministrada por RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. reúne las características suficientes para ser considerada como información confidencial.

VIII. 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, conforme lo solicitado.

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 la empresa RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. para la adquisición de la base de clientes y activos de VIRTUALIS S.A.
2. **ADVERTIR** a RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. que este trámite de autorización de concentración no la exime de cumplir con la normativa vigente y de cumplir con los diferentes requisitos establecidos en el derecho de las telecomunicaciones costarricense para la prestación del servicio de Operador Móvil Virtual, entre los que destacan los siguientes:
 - a. Notificación de la ampliación de servicios para su inscripción en el Registro Nacional de Telecomunicaciones.
 - b. Suscripción de un contrato con el Operador Móvil de Red para la prestación del servicio de Operador Móvil Virtual.
 - c. Solicitud de asignación de numeración.
 - d. Notificación y suscripción del contrato con la Entidad de Referencia de Portabilidad Numérica.
3. **INDICAR** a a las empresas participantes de la concentración que para el resguardo de los derechos de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, de conformidad con el artículo 45 de la Ley N° 8642, se deberá garantizar lo siguiente:
 - a. Que una vez que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. realice la adquisición efectiva de la base de clientes y activos de VIRTUALIS S.A. dicha situación debe ser comunicada a los usuarios.
 - b. Que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. deberá respetar y mantener los saldos principal y promocional, este último hasta su vigencia, que tengan los usuarios al momento de adquirir la base de clientes de VIRTUALIS, S.A.
 - c. Que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. en caso de llegar a ofrecer el servicio de telefonía móvil postpago, de previo, deberá cumplir con la obligación de homologar los contratos de usuario final ante la Superintendencia de Telecomunicaciones, misma que se encuentra definida en el artículo 46 de la Ley General de Telecomunicaciones y en el 20 del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones.
4. **ESTABLECER** que RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. y VIRTUALIS S.A. deberán notificar oficialmente a la Superintendencia de Telecomunicaciones el momento a partir del cual se realice de manera efectiva la operación de concentración aquí autorizada.
5. **INSTRUIR** a la Dirección General de Mercados para que en los plazos indicados dé seguimiento al cumplimiento de todo lo dispuesto en la presente resolución.
6. **DECLARAR** como confidenciales por un plazo de cinco (5) años los siguientes documentos contenidos en el expediente SUTEL CN-107-2014:
 - a. Estados Financieros de RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S.A. para el período 2011-2012 (folios 210 al 295).

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.

ACUERDO FIRME

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