

795-SUTEL-SCS-2015

El suscrito, Secretario del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en ejercicio de las competencias que le atribuye el inciso b) del artículo 50 de la Ley General de la Administración Pública, ley 6227, y el artículo 35 del Reglamento interno de organización y funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su órgano desconcentrado, me permito comunicarle(s) que en sesión ordinaria 007-2015, celebrada el 4 de febrero del 2015, mediante acuerdo 010-007-2015, de las 11:30 horas, el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones aprobó por unanimidad, la siguiente resolución:

RCS-021-2015

“SE APRUEBA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIÓN PRESENTADA POR LAS EMPRESAS E-DIAY, S. A. Y REDES INALÁMBRICAS DE COSTA RICA, S. A.”

EXPEDIENTE SUTEL CN-2412-2014

RESULTANDO

1. Que el 08 de diciembre del 2014 (NI-11145-2014), las empresas EDIAY, S.A. (en adelante EDIAY), cédula jurídica 3-101-569753, y REDES INALÁMBRICAS DE COSTA RICA, S.A. (en adelante REICO), cédula jurídica 3-101-348082, presentaron solicitud de autorización de concentración (folio 2 al 69).
2. Que el 12 de diciembre del 2014, mediante oficio 008832-SUTEL-DGM-2014, la DGM previno a las empresas EDIAY y REICO de aportar una serie de información faltante en la solicitud de autorización de concentración (folios 70 al 73).
3. Que el 12 de diciembre del 2014, mediante oficio 08838-SUTEL-DGM-2014, en concordancia con el artículo 55 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, y el artículo 32 de su Reglamento, la DGM le solicitó a la Comisión Nacional para Promover la Competencia (COPROCOM) criterio técnico en relación con la solicitud de concentración presentada por EDIAY y REICO (folios 125 al 138).
4. Que el 17 diciembre del 2014, mediante escrito PRE-2014-061 (NI-11501-2014), las empresas EDIAY y REICO aportaron la información prevenida, mediante oficio 8838-SUTEL-DGM-2014 (folios 074 al 124).
5. Que en fecha 30 de enero de 2015, se recibió la Opinión 01-2015 de la COPROCOM, con el criterio técnico en relación con la solicitud de autorización de concentración de las empresas EDIAY y REICO (folios del 139 al folio 150).
6. Que el día 30 de enero de 2015, mediante oficio 0675-SUTEL-DGM-2015, la DGM emitió su Informe final de recomendación sobre la solicitud de autorización de concentración presentada por las empresas REICO y EDIAY.
7. 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

- **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.

- **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.

- **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

1.1. De las Partes.

REICO¹ es operador de telecomunicaciones desde el año 2009, su principal servicio es el transporte de datos para empresas con sucursales dentro del territorio nacional y mediante plataforma inalámbrica. Además está habilitado para brindar los servicios de telefonía VoIP y acceso a internet, asimismo ofrece estudios de factibilidad para enlaces inalámbricos y enlaces de punto a punto mediante tecnología inalámbrica (folio 4).

Por su parte EDIAY² ofrece líneas telefónicas VoIP, lo que le permite brindar llamadas salientes a números fijos y móviles locales e internacionales, personalización del desvío de llamada, buzón de voz a correos electrónicos, contestadora y central telefónica virtual, multiconferencia, entre otros servicios (folio 4).

1.2. Características de la Operación de Concentración.

La Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, en su artículo 34 estableció el Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), como órgano responsable de la administración de los recursos para financiar proyectos que permitan cumplir el acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en dicha Ley.

Desde el año 2012, FONATEL inició la implementación de proyectos; actualmente se encuentran en proceso las licitaciones N° 10-2014, N° 011-2014, N° 012-2014, N° 013-2014, N° 014-2014 y N° 015-2014 de FONATEL³.

Precisamente la operación sometida a autorización se trata de la oferta consorcial por parte de los involucrados en las licitaciones supra indicadas (folio 16).

1.3. Tipo de Concentración

¹ Empresa autorizada mediante resolución RCS-107-2009 de las 17:30 horas del 22 de junio del 2009 del Consejo de la SUTEL, tramitado bajo el expediente número SUTEL-OT-023-2009.

² Empresa autorizada mediante resolución RCS-577-2009 de las 11:00 horas del 27 de noviembre del 2009 del Consejo de la SUTEL, modificada mediante las resoluciones RCS-32-2010 de las 18:20 horas del 6 de enero del 2010 y RCS-230-2014 de las 14:20 horas del 19 de setiembre del 2014, tramitado bajo el expediente número SUTEL-OT-636-2009.

³ Se pueden consultar los proyectos FONATEL en el sitio Web: <http://www.sutel.go.cr/fonatel/carteles-proyectos-fonatel>

Tanto EDIAY como REICO, son operadores en el mercado de telecomunicaciones costarricense, siendo competidores potenciales en el mercado de referencia de telefonía fija, ya que si bien REICO cuenta con autorización para brindar dicho servicio actualmente no cuenta con numeración asignada por parte de la SUTEL que le permita ofrecer el mismo, por lo cual de ambas empresas actualmente sólo EDIAY participa del mercado de referencia de servicios de telefonía fija.

Por su parte en el mercado de acceso a internet sólo la empresa REICO se encuentra presente, ya que EDIAY no sólo no ofrece dicho servicio sino que tampoco cuenta con autorización para ofrecer el mismo.

Por tanto, se concluye que la operación sometida a autorización se trata de una concentración cuyos efectos son de tipo horizontal y de conglomerado.

TERCERO: SOBRE LA EVALUACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

Que para el análisis de la operación de concentración entre las empresas REICO y EDIAY conviene extraer del informe técnico presentado mediante oficio 0675-SUTEL-DGM-2015, el cual es acogido en su totalidad por este Consejo, lo siguiente:

“

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

2.5.1. Etapa I: Definición del Mercado Relevante

2.5.1.1. Mercados relevantes de producto.

Las licitaciones promovidas por FONATEL tienen por objetivo proveer, en ciertas zonas del país, el acceso a los servicios de internet y telefonía fija de forma gratuita a centros de salud, Ebais, centros comunitarios inteligentes, escuelas y colegios públicos, y una vez desplegada la red hasta la zona, el servicio estará disponible para quienes deseen contratarlo.

Los respectivos carteles de las licitaciones determinan el alcance de los proyectos⁴:

- *Proveer el acceso a los servicios fijos de voz e Internet de Banda Ancha a todas las comunidades y Centros de Prestación de Servicios Públicos (CPSP) ubicados en el área de la licitación.*
- *Proveer los servicios fijos de voz e internet de banda ancha a los Centros de Prestación de Servicios Públicos (CPSP) ubicados en estas comunidades o en cualquier lugar dentro del perímetro geográfico en el área de la licitación.*

En resumen, los proyectos licitados consisten en brindar el servicio de acceso a los servicios fijos de voz e internet de banda ancha para las poblaciones, empresas, los CPSP y otras organizaciones ubicadas en el área de prestación de los servicios, por el plazo y en las condiciones definidas en los respectivos carteles.

Cada uno de los servicios involucrados en las licitaciones posee características propias.

El servicio de transferencia de datos se define, conforme el artículo 8, inciso 75) del Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios, publicado en La Gaceta N° 82 del 29 de abril de 2009, como “el servicio que permite el intercambio de información entre redes a través de diversos medios de transmisión, mediante la utilización de protocolos de comunicación”; adicionalmente la resolución del Consejo de la SUTEL, número RCS-307-2009 de las 15:35 horas del 24 de setiembre de 2009, define dentro de los servicios de transferencia de datos, que se refieren particularmente al acceso a internet, los cuales son de dos tipos: el servicio de acceso conmutado, el cual “corresponde a los servicios de acceso a redes de transferencia de datos a través de redes de acceso conmutado”; y el servicio de acceso permanente, el cual “corresponde a los servicios de acceso a redes de transferencia de datos a través de tecnologías que aseguren la conectividad permanente del cliente. Incluye el acceso a través de redes cableadas y a través de redes móviles, satelitales e inalámbricas.” Las comunicaciones se “(...) logran,

⁴ Numeral 1.3.1 de cada cartel de licitación.

generando paquetes de información que se reenvían por la red independientemente del medio de propagación o red utilizada. Se base en dos técnicas: el enrutamiento de datagramas y los canales virtuales. (...).⁵

Los carteles especifican que el “(...) oferente deberá garantizar que los usuarios finales podrán acceder al servicio de Internet de Banda Ancha, a velocidades de hasta 2 Mbps de bajada y 512Kbps de subida, con calidad de servicio domiciliario. (...)”.⁶ En el caso de los CPSP, “(...) el oferente debe proveer el servicio de Internet de banda ancha a velocidades mínimas de 6Mbps de descarga (bajada) y 1Mbps de carga (subida) con calidades de servicio ofrecidas a pequeñas y medianas empresas, de acuerdo con el Reglamento de Prestación y Calidad de Servicios.(...)”⁷

Por su parte, el servicio fijo de voz es el “(...) servicio telefónico que permite el intercambio bidireccional de tráfico de voz en tiempo real, entre diferentes clientes o usuarios cuyos terminales tienen un rango de movilidad limitado. En esta categoría se incluyen los servicios brindados mediante conmutación de circuitos y voz sobre IP, a través de medios alámbricos o inalámbricos. (...)”⁸.

Ambos servicios deben cumplir con los requerimientos del Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios que se encuentre vigente⁹, además de apegarse a las tarifas autorizadas para el respectivo servicio¹⁰.

Así las cosas, los servicios licitados son independientes, con características muy propias, por lo cual, los mercados relevantes de producto afectados por la concentración son los siguientes:

- Servicio de acceso a la telefonía de voz fija.
- Servicio de acceso a internet de banda ancha.

2.5.1.2. Mercado geográfico relevante.

Los carteles de los concursos FONATEL establecen para cada proyecto el área geográfica¹¹ ¹², áreas que fueron establecidas por medio de criterios uniformes¹³.

Las áreas de cada licitación poseen características similares en cuanto a ubicación geográfica, niveles de desarrollo, mancha de cobertura móvil, nivel de telecomunicaciones existente y nivel socioeconómico, tipo de inversión requerida, entre otros.

Dadas las características y necesidades reales que definen cada zona de licitación, en el expediente no existen indicios de diferencias a nivel poblacional y al formar cada una de las áreas parte de un mismo concurso, se considera apropiado para el análisis integrarla en una sola, considerándose el mercado geográfico relevante el área de cada licitación, específicamente:

- En la licitación Nº 10 el área de la licitación está integrada por los poblados ubicados en los distritos de Biolley, Brunka, Buenos Aires, Chánguena, Colinas, Pilas, Potrero Grande y Volcán, especificados en el inciso 1.4.1.1. de la licitación.
- En la Licitación Nº 11 el área de la licitación está integrada por los poblados ubicados en los distritos de Palmar, Piedras Blancas y Sierpe, especificados en el inciso 1.4.1.1. de la licitación.
- En la Licitación Nº 12 el área de la licitación está integrada por los poblados ubicados en los distritos de Cajón, El General, Páramo, Pejibaye, Platanares, Río Nuevo, Rivas y San Pedro, especificados en el inciso 1.4.1.1. de la licitación.

⁵ Definición tomada del Estadísticas del Sector de Telecomunicaciones. Informe 2010-2013. Costa Rica. Arias, Herrera, Irigaray, Rodríguez, Rodríguez 2014, p.23.

⁶ Numeral 2.1.2.3 de cada cartel de licitación.

⁷ Numeral 2.1.2.4 de cada cartel de licitación.

⁸ Definición tomada del Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones. Artículo 3.

⁹ Numeral 2.2.2 de cada cartel de licitación.

¹⁰ Numeral 2.1.1.3 de cada cartel de licitación.

¹¹ Numeral 1.4.1.1. de cada cartel de licitación.

¹² El nivel de desagregación dado en cada licitación es incluso a nivel poblacional, con coordenadas geográficas.

¹³ Informe sobre la selección de distritos para el programa de Zona Sur. Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), 2013.

- En la Licitación N° 13 el área de la licitación está integrada por los poblados ubicados en los distritos de Limoncito, Pittier, Sabalito y San Vito, especificados en el inciso 1.4.1.1. de la licitación.
- En la licitación N° 14 el área de la licitación está integrada por los poblados ubicados en los distritos de Guaycará, Pavón, Puerto Jiménez, especificados en el inciso 1.4.1.1. de la licitación.
- En la Licitación N° 15 el área de la licitación está integrada por los poblados ubicados en los distritos de Laurel y Canoas, especificados en el inciso 1.4.1.1. de la licitación.

Así las cosas, el mercado relevante está integrado por:

1. Servicios fijos de voz, en el área de la licitación N° 10-2014 FONATEL.
2. Servicio de acceso internet de banda ancha, en el área de la licitación N° 10-2014 FONATEL.
3. Servicio fijos de voz, en el área de la licitación N° 11-2014 FONATEL.
4. Servicio de acceso internet de banda ancha, en el área de la licitación N° 11-2014 FONATEL.
5. Servicios fijos de voz, en el área de la licitación N° 12-2014 FONATEL.
6. Servicio de acceso internet de banda ancha, en el área de la licitación N° 12-2014 FONATEL.
7. Servicio de acceso a los servicios fijos de voz, en el área de la licitación N° 13-2014 FONATEL.
8. Servicio de acceso internet de banda ancha, en el área de la licitación N° 13-2014 FONATEL.
9. Servicios fijos de voz, en el área de la licitación N° 14-2014 FONATEL.
10. Servicio de acceso internet de banda ancha, en el área de la licitación N° 14-2014 FONATEL.
11. Servicios fijos de voz, en el área de la licitación N° 15-2014 FONATEL.
12. Servicio de acceso internet de banda ancha, en el área de la licitación N° 15-2014 FONATEL.

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

2.5.2.1. Análisis de la Estructura Actual del Mercado Relevante

La concentración en análisis se limita a la presentación de oferta conjunta por parte de las empresas en los proyectos FONATEL, con el fin de la provisión de la infraestructura necesaria para brindar los servicios de acceso a internet y telefonía fija, por un periodo de tiempo de cinco años¹⁴, en específicas poblaciones de la zona sur del país.

La información de los respectivos carteles¹⁵ muestra que la zona sur del país se caracteriza por:

- Tener particularidades geográficas y demográficas que generan dificultad en cuanto al despliegue de la infraestructura, dado lo disperso de la misma.
- Poseer características socioeconómicas que no han mejorado de manera sustancial en los últimos años.
- Mostrar niveles de competitividad muy bajos y concentrar un 35% de hogares pobres.

Justamente las peculiaridades citadas supra podrían explicar que si bien a la fecha existen compañías de telecomunicaciones que operan en las zonas de las licitaciones, en los poblados elegidos como beneficiarios de los proyectos FONATEL, el desempeño de los servicios de internet es de baja calidad o nulo, sobre todo en los más alejados de la cabecera de distrito y la cobertura de voz es considerada como aceptable en las rutas principales¹⁶, incluso, "(...) las redes celulares encontradas en terreno no son en su mayoría de última generación 3G (HSPA+) y las pruebas de velocidad no superan en promedio los 700Kbps.(...)"¹⁷

Las poblaciones incluidas en las licitaciones no están conectadas y/o sub conectadas¹⁸, así las cosas, dado que en los mercados relevantes definidos los niveles de calidad no son adecuados, se debe considerar que la participación, no solo de las compañías consultantes, sino de cualquier empresa competidora de estas, es del 0%.

¹⁴ El plazo es prorrogable según las especificaciones de los carteles de licitación.

¹⁵ Numeral 1.4.3.1. de cada cartel de licitación.

¹⁶ Numeral 1.4.3.4. de cada cartel de licitación.

¹⁷ Informe sobre la selección de distritos para el programa de Zona Sur. Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), pág. 40.

¹⁸ Comunidades que tienen servicio de voz, pero no de datos.

Es un hecho que existen operadores en la zona sur del país y podría asumirse que el agente económico con mayor presencia en la zona sur del país es el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), dado que incluso en los cantones de Coto Brus, Buenos Aires, Golfito, Osa y Pérez Zeledón tiene una participación cercana al 100% para el servicio de telefonía fija y superior al 75% para el servicio de acceso a internet¹⁹.

A nivel nacional, según los datos aportados por las empresas consultantes, su participación no supera el 10% en los mercados de productos analizados, repartiéndose el mercado costarricense con siete competidores.

Cuadro I. Agentes económicos. Participación de mercado según mercado relevante de producto. Costa Rica

Operador	Participación de mercado	
	Acceso a internet	Telefonía VoIP
ICE	50% - 60%	0%
Tigo	20% - 30%	50% - 60%
Cable Tica	10% - 20%	≤ 10%
Telecable	≤ 10%	10% - 20%
Racsa	≤ 10%	0%
Cable Visión	≤ 10%	0%
Coopesca	≤ 10%	0%
Reico	≤ 10%	0%
Ediay	0%	≤ 10%
CallMyWay	0%	10% - 20%

Fuente: Elaboración propia con información aportada por las empresas interesadas al Expediente. N. CN-02412-2014.

2.5.2.2. Sobre la adquisición de poder de mercado.

Tal como evidencia el Cuadro I, las empresas REICO y EDIAY se complementan para efectuar la oferta en consorcio, dado que la primera posee experiencia en el servicio de acceso a internet y la segunda en telefonía fija. Sin embargo, ninguna posee una alta participación de mercado, que de resultar adjudicatarias genere cambios en la estructura actual del mercado costarricense.

En el caso de que las empresas consorciadas resultaran adjudicatarias del concurso, inicialmente serían las únicas que proveerían los servicios de acceso a internet y telefonía fija en las zonas geográficas establecidas en el cartel de licitación, sin embargo, en este caso en particular, una alta participación no implica que las compañías puedan actuar de manera independiente, para imponer condiciones en el mercado relevante analizado u otras zonas.

En primer lugar, es necesario resaltar que competidores potenciales de las consorciadas están en la libertad de ingresar a prestar los servicios de acceso a internet y telefonía fija, posibilidad que es más factible si se toma en consideración que existen compañías importantes en el mercado de telecomunicaciones que ya operan en zonas aledañas a los poblados, situación que ejerce presión para regular el poder que podrían tener las consorciadas como operadores únicos en específicas zonas geográficas.

En segundo lugar, se debe recordar que las adjudicatarias del concurso están obligadas a cumplir con las regulaciones en términos de política de competencia, calidad y tarifas estipuladas por la legislación costarricense, por lo cual, cualquier tipo de comportamiento abusivo en esos términos, sería automáticamente contrarrestado por la SUTEL.

Finalmente, de resultar adjudicatarias las compañías consultantes, si bien inicialmente serían los únicos oferentes en determinadas áreas, a nivel nacional esto no tendría mayor impacto a nivel de suscriptores de los servicios, dado que según se estipula en los carteles de las licitaciones²⁰, la cantidad de viviendas y el número de habitantes no es representativo a nivel nacional.

Lo desarrollado de previo permite concluir que de resultar adjudicatario el consorcio del proyecto, no existen indicios de que la concentración analizada genere efectos anticompetitivos en los mercados

¹⁹ De conformidad con la información que consta en la SUTEL, Expediente SUTEL OT-015-2012.

²⁰ Inciso 1.4.2.1. cartel de licitación.

relevantes analizados, al no implicar un cambio significativo en el poder de mercado, los niveles de concentración, ni tampoco en la dinámica actual del mismo.

2.5.2.3. Análisis de posibles impactos en la competencia

La Comisión Europea²¹ ha indicado en relación con las concentraciones verticales y de conglomerado lo siguiente:

“Existen dos formas principales en las que las concentraciones no horizontales pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva: los efectos no coordinados y los efectos coordinados.

Los efectos no coordinados pueden aparecer principalmente cuando las concentraciones no horizontales dan lugar al cierre del mercado. En este documento, el término «cierre del mercado» se empleará para describir cualquier situación en la que el acceso de los rivales reales o potenciales a las fuentes de suministro o a los mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la concentración, reduciendo así la capacidad y/o el incentivo de estas empresas para competir. Como consecuencia de dicho cierre del mercado, las empresas de la concentración —y, posiblemente, también algunos de sus competidores— pueden, en función de sus intereses, incrementar los precios aplicados a los consumidores. Estas situaciones dan lugar a una obstaculización significativa de la competencia efectiva y por lo tanto se denominarán en lo sucesivo «cierre anticompetitivo del mercado».

Los efectos coordinados aparecen cuando la concentración altera la naturaleza de la competencia de tal manera que resulte mucho más probable que empresas que previamente no coordinaban su comportamiento pasen a coordinarse y a incrementar sus precios o a perjudicar por otros medios la competencia efectiva. Una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración”.

En ese sentido se encuentra que para valorar los impactos de la competencia en el mercado se debe estudiar la posibilidad de que se presenten efectos no coordinados y/o coordinados en el mercado.

2.5.2.3.1. Efectos no coordinados

Como se indicó de previo una concentración puede tener efectos no coordinados si da lugar a un cierre del mercado cuando el acceso de los rivales reales o potenciales a las fuentes de suministro o a los mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la concentración, reduciendo así la capacidad y/o el incentivo de estas empresas para competir. Respecto al análisis de los efectos no coordinados la Comisión Europea²² añade lo siguiente:

“Cabe distinguir dos formas de cierre del mercado. La primera existe cuando es probable que la concentración aumente los costes de los rivales en sentido descendente restringiendo su acceso a un insumo importante (bloqueo de insumos). La segunda existe cuando es probable que la concentración excluya a los rivales en sentido ascendente restringiendo su acceso a una base suficiente de clientes (bloqueo de clientes)”.

Sin embargo, por la posición de los competidores en los mercados relevantes se puede concluir que estos no poseen capacidad de excluir a otros rivales actuales o potenciales de los mercados relevantes asociados.

2.5.2.3.2. Efectos coordinados

Respecto a la posible aparición de efectos coordinados se encuentra que en la prestación de servicios de acceso a internet y telefonía fija son ofrecidos por una gran cantidad de operadores lo que hace difícil que se pueda presentar una conducta de coordinación en los mismos, sobre todo para el caso particular en el cual los operadores involucrados son pequeños.

²¹ Comisión Europea. (2008). *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*. Diario Oficial de la Unión Europea 2008/C 265/07.

²² Ídem.

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

En los documentos aportados por los gestionantes al expediente administrativo SUTEL CN-2490-2014 no se efectúa la valoración sobre las eficiencias de la concentración en los términos de lo definido en el artículo 19 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, sin embargo, en este caso en particular, se puede tomar en consideración que la figura de consorcio permite que las empresas o personas que desean ofertar en una licitación puedan unirse temporalmente para suplir sus debilidades, con las fortalezas de los otros miembros del consorcio, y de esta forma mejorar sus cualidades y capacidades con el fin de ganar un concurso licitatorio.

La posibilidad de que las empresas puedan efectuar consorcios podría generar que una mayor cantidad de empresas efectúen una oferta para las licitaciones promovidas por FONATEL, en ese contexto, la libre competencia en el proceso de licitación se convierte en un principio estratégico, que impulsa y estimula la participación de la mayor cantidad de oferentes, de modo que el Estado tenga una amplia gama de ofertas, para seleccionar la que mejores condiciones le ofrezca”.

CUARTO: OPINIÓN DE COPROCOM

- I. En su Opinión N° 01-15 de las 18 horas 15 minutos del 20 de enero del 2015, la COPROCOM emitió criterio respecto a la solicitud de autorización de concentración presentada por las empresas REICO y EDIAY en el siguiente sentido:

“Se emite criterio favorable respecto a la operación consultada”

- II. Que sin embargo conviene aclarar lo siguiente en relación con la Opinión 01-15, de conformidad por lo indicado en el informe 0675-SUTEL-DGM-2015:

“En relación con la concentración entre las empresas EDIAY y REICO tramitada en el expediente SUTEL CN-2412-2014 la COPROCOM indica en su Opinión 01-15 lo siguiente:

“En ese sentido, de los hechos expuestos en la solicitud de marras, se infiere que en el sub examine se está en presencia de una alianza de naturaleza estratégica entre las empresas EDIAY S.A. y REDES INALÁMBRICAS DE COSTA RICA S.A., se tiene como fin principal, la participación en consorcio para ofertar en los proyectos de FONATEL a desarrollarse en la zona sur del país, sin que por lo tanto se denoten elementos concretos que hagan presumir la existencia de una concentración propiamente de esas sociedades, sus acciones su capital social o sus activos en general.

*Sobre el particular, en la definición legal que se asienta en el citado artículo 56 LGT, se establece que se entenderá por concentración “(...) la fusión, la adquisición del control accionario, las alianzas o cualquier otro acto **en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general**, que se realicen entre operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones que han sido independientes entre sí (...)” (el resaltado es nuestro).*

Si bien es cierto las alianzas podrían eventualmente ser consideradas una concentración económica, la definición legal de comentario exige el cumplimiento de los demás elementos descritos en la norma y que en la especie ---en los indicados y sobresaltados expresamente en el párrafo anterior--- no parecen estar presentes, lo que implica en consecuencia la falta de tipicidad de la operación consultada como tal y por ende el innecesario análisis de competencia a la luz del ordenamiento jurídico aplicable”.

En relación con lo indicado por la COPROCOM se considera pertinente indicar lo siguiente:

- *Que el objetivo del legislador al establecer el control previo de las concentraciones por parte del regulador era el de evitar “formas de prestación conjunta que se consideren nocivas a la competencia, los intereses de los usuarios finales o la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones” de conformidad con lo definido en el artículo 56 de la Ley N° 8642.*
- *Que adicionalmente define el artículo 24 el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones que la SUTEL no autorizará las concentraciones que “faciliten la coordinación expresa o tácita entre operadores o proveedores”.*

- Que en ese mismo sentido se puede ampliar lo que respecto a concentraciones reconoce la Comisión Europea²³ donde se destaca que las concentraciones ocurren cuando tenga lugar un cambio del control, siendo que según lo indicado por la misma Comisión Europea que “las relaciones puramente económicas pueden jugar un papel decisivo en la adquisición de control...”²⁴ más aún “que puede haber una adquisición de control aun cuando no exista una intención declarada de las partes...”²⁵.
- Que en virtud de que una alianza eventualmente puede llevar a formas de prestación conjunta nocivas a la competencia, a los intereses de los usuarios finales, a la libre competencia o puede llevar a facilitar la coordinación expresa o tácita entre operadores o proveedores es importante que la SUTEL lleve a cabo un control previo de las mismas.
- Que si bien el objeto de la alianza aquí analizada es muy específico, mediante esta se podrían facilitar los medios para que se presente coordinación entre los proveedores involucrados. Por lo cual resulta pertinente someter la misma al proceso de autorización previa definido en el artículo 56 de la Ley N° 8642.
- Que igualmente, según lo definido en el acuerdo consorcial adjunto a la solicitud de concentración se encuentra que en el caso particular la concentración se caracteriza por los siguientes elementos “Que la concentración de mercado que se solicita es firme, definitiva e invariable en los cantones y los concursos mencionados y que los Miembros asumen individual y en forma conjunta la responsabilidad del contenido jurídico, técnico y económico como una sola manifestación de voluntad contractual. Para todos los efectos legales los Miembros que suscriben el presente acuerdo conforman un único centro de imputación de efectos jurídicos, actuando bajo la misma dirección y reglas comunes y en torno a un fin común” (folios 66 al 69).
- Que en virtud de lo anterior se puede concluir que la alianza sometida a autorización sí tipifica como una concentración en los términos de lo definido en el artículo 56 de la Ley N° 8642, en ese sentido es evidente que la alianza pretendida lleva a una concentración de activos ya que las empresas involucradas deben emplear sus redes actuales en conjunto con las redes futuras que desarrollen para la prestación de servicios de telecomunicaciones en las zonas pretendidas.

Igualmente destaca la Opinión 01-15 de la COPROCOM lo siguiente:

“Por otro parte, con vista de las características particulares de la operación de concentración que se somete a estudio, destáquese a modo de referencia lo previsto en el artículo 53 inciso b) del Reglamento de la Ley N° 7472, en cuanto al supuesto en donde opera el tópic de la presunción favorable, según el cual:

“(…) Salvo prueba en contrario, al analizar una concentración notificada, se presumirá que no tiene como objeto o efecto adquirir o aumentar el poder sustancial de forma significativa, facilitar la coordinación expresa o tácita entre competidores o disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre competencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados; en los siguientes casos:

(...) b) Cuando la participación de las involucradas en los mercados, por su escasa importancia, claramente no sea susceptible de afectar significativamente la competencia.

Se presumirá que existe una participación de menor importancia cuando los agentes involucrados en la concentración: 1) No alcancen una participación conjunta superior al 25% en el mismo mercado relevante, o en el caso de alcanzar una participación conjunta superior al 25% e inferior al 40%, la variación de no sea superior al 2%, ó 2) no alcancen una cuota

²³ “Reglamento comunitario de concentraciones”, Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del 29 de enero de 2004.

²⁴ “Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas”. Documento (2008/C 95/01), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del 16 de abril de 2008.

²⁵ Ídem.

individual o conjunta del 30% en un 25 mercado verticalmente relacionado con un mercado en el que opere cualquier otra parte de la concentración. (...). (El resaltado es nuestro).

Tal y como se expondrá posteriormente, dicho supuesto aplicaría eventualmente en el caso concreto, de estimarse una concentración económica propiamente como tal la alianza descrita.

En relación con dicho tema es importante aclarar que el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones cuenta con un artículo propio sobre qué concentraciones se deben considerar bajo la figura de presunción favorable, siendo que dichas condiciones no son equivalentes totalmente a las definidas en el Reglamento a la Ley N° 7472. En particular el artículo 25 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones define lo siguiente:

“Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una concentración no tiene como objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los siguientes casos:

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

b) Cuando la transacción implique la participación del adquirente por primera vez en el mercado relevante. Para estos efectos, la estructura del mercado relevante no debe modificarse y sólo debe implicar la sustitución de operadores y proveedores. Los involucrados en la concentración no deben participar en mercados relacionados con la concentración ni ser competidores potenciales del mercado relevante o mercados relacionados.

c) Cuando el titular de las acciones o participaciones sociales tenga el control de una sociedad o incremente su participación relativa en el capital social de dicha sociedad”.

Que en ese sentido considera e la DGM que la SUTEL debe entender por presunción favorable en el caso de las concentraciones lo definido en el artículo 25 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones y no lo definido en el artículo 53 del Reglamento a la Ley N° 7472, tal que el artículo 52 de la Ley N° 8642 establece que la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones estará sujeta al régimen sectorial de competencia previsto en dicha Ley y supletoriamente por los criterios establecidos en el capítulo III de la Ley N° 7472.

En virtud de lo anterior se considera, que la SUTEL no puede emplear en presente caso los criterios indicados por la COPROCOM en su Opinión 01-15, sino que debe analizar la concentración sometida a autorización a la luz de las normas definidas en el Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones, las cuales se definen en el Capítulo II del Título III de la Ley N° 8642 y en el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones.

QUINTO: SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA

- I. Que las empresas EDIAY S.A. y REDES INALÁMBRICAS DE COSTA RICA, S.A. aportaron información de Estados Financieros, la cual ha sido catalogada como confidencial por esta Superintendencia en reiteradas ocasiones por considerarla como información con un alto valor confidencial, dicha información fue aportada mediante el siguiente escritos:
 - a. Oficio ED-068-2014 (NI-11145-2014) de fecha 08 de diciembre de 2014 (folios 52 al 59).
- II. 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.

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

POR TANTO

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

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

1. **AUTORIZAR**, sin ninguna condición, la operación de concentración sometida a autorización por la empresa EDIAY S.A. y REDES INALÁMBRICAS DE COSTA RICA, S.A. para la presentación de una oferta conjunta para los proyectos FONATEL para la Zona Sur 010-2014 Pérez Zeledón, 011-2014 Buenos Aires, 012-2014 Coto Brus, 013-2014 Osa, 014-2014 Golfito, 015-2014 Corredores promovidos por el FIDEICOMISO SUTEL-BNCR
2. **DECLARAR** como confidenciales por un plazo de cinco (5) años los siguientes documentos contenidos en el expediente SUTEL CN-2412-2014:
 - a. Del oficio ED-068-2014 (NI-11145-2014) de fecha 08 de diciembre de 2014 la información referente a Estados Financieros (folios 52 al 59).

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
NOTIFÍQUESE**

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

Atentamente,
CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

Luis Alberto Cascante Alvarado
Secretario del Consejo

CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN

RCS-021-2015

“SE APRUEBA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIÓN PRESENTADA POR LAS EMPRESAS E-DIAY, S. A. Y REDES INALÁMBRICAS DE COSTA RICA, S. A.”

EXPEDIENTE SUTEL CN-2412-2014

Se notifica la presente resolución a:

EDIAY S. A., al correo electrónico info@ediay.cr y al fax 4040-0405

REDES INALÁMBRICAS DE COSTA RICA, S. A., al correo electrónico msolis@reicocr.com y al fax 2227-5420

NOTIFICA: _____ FIRMA: _____