

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

ACTA DE LA SESIÓN EXTRAORDINARIA N° 021-2023

A LAS QUINCE HORAS CON CUARENTA MINUTOS DEL 27 DE MARZO DEL 2023

SAN JOSÉ, COSTA RICA

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Acta número veintiuno, correspondiente a la sesión extraordinaria celebrada por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, de manera privada y remota con la utilización de la herramienta *Microsoft Teams*. Se deja constancia de que si bien esta sesión fue convocada para iniciar a las 15:00 horas, debido a que los Miembros del Consejo debieron atender una serie de asuntos propios de sus cargos, la misma inició a las 15:40 horas del 27 de marzo del 2023. Participan los señores Federico Chacón Loaiza, quien preside y Cinthya Arias Leitón, Miembro Propietario. Asimismo, los funcionarios Luis Alberto Cascante Alvarado, Secretario del Consejo y Mariana Brenes Akerman, Asesora del Consejo.

La presente sesión se lleva a cabalidad con todas las disposiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para la celebración de sesiones virtuales. Se mantiene la conexión, tanto en audio como en video, durante toda la sesión, de conformidad con la normativa vigente.

ARTÍCULO 1

APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA

De inmediato, la Presidencia da lectura a la propuesta del orden del día. Al amparo de lo que se establece en el numeral 4 del artículo 54 de la Ley General de Administración Pública:

AGENDA

1 - APROBACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA.

2 - PROPUESTAS DE LOS MIEMBROS EL CONSEJO.

- 2.1 - *Análisis de la resolución final del procedimiento especial de competencia del caso ESPH Condominio Torres de Heredia y resolución de confidencialidad de la Unidad Jurídica.*
- 2.2- *Modificación del acuerdo 023-018-2023, en lo que respecta a las vacaciones de la Semana Santa de los señores Cinthya Arias Leitón y Federico Chacón Loaiza.*

Conocido en detalle el tema, los Miembros del Consejo resuelven por unanimidad:

ACUERDO 001-021-2023

Aprobar el orden del día antes expuesto para la presente sesión extraordinaria.

ARTÍCULO 2

PROPUESTAS DE LOS MIEMBROS EL CONSEJO

- 2.1 - *Análisis de la resolución final del procedimiento especial de competencia del caso ESPH- Condominio Torres de Heredia y resolución de confidencialidad de la Unidad Jurídica.*

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

Se unen a la sesión las funcionarias María Marta Allen Chaves, Bernarda Cerdas Rodríguez y Yessica Espinoza González, para participar en la exposición del siguiente tema.

Procede la Presidencia a informar que se recibió recomendación de declaratoria de confidencialidad de piezas e informe final del Órgano Decisor sobre el procedimiento especial de competencia contra la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S. A., tramitado en el expediente GCO-OTC-PM-000695-2020.

De seguido el intercambio de impresiones:

“María Marta Allen: Sí, buenas tardes. El tema de la sesión extraordinaria es el informe final del procedimiento especial de competencia que se tramita en contra de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, para lo cual Bernarda Cerdas y Yessica Espinoza van a presentar el resultado de lo que fue la audiencia oral que se llevó a cabo y la propuesta de informe final. Gracias.

Bernarda Cerdas: Sí, buenas tardes, gracias. Vamos a hacer un resumen bastante concreto para indicarles, dado que la resolución es tan extensa, básicamente el procedimiento seguido contra la ESPH se desarrolló bajo el procedimiento especial de competencia dictado por la Ley 9736 y su reglamento. Este procedimiento dio inicio en el 2020, a partir de una serie de denuncias presentadas por condóminos del condominio Torre de Heredia contra la ESPH, por supuestamente cometer prácticas monopolísticas relativas dentro del condominio.

En la etapa de investigación se determinaron ciertos elementos e indicios importantes que fueron trasladados a la etapa de instrucción, donde ya básicamente hay instrucción, se daba el inicio del procedimiento y se le imputó a la ESPH una serie de hecho;, 18 hechos en concreto, de los cuales 17 se dieron por probados, menos 1 que corresponde a la práctica de estrechamiento de márgenes, por las razones que ahorita les vamos a indicar.

Todas estas prácticas, que correspondían a negativa de trato, a estrechamiento de márgenes y exclusividad, se encuentran tipificadas en el artículo 54 de la Ley General de Telecomunicaciones. La negativa de trato fue analizada en el entendido de precios excesivamente altos, así como también las tácticas dilatorias, el acuerdo de exclusividad de facto y el estrechamiento de márgenes.

Aquí todos los elementos probatorios, tanto de prueba documental recabada en la etapa de investigación preliminar, como la instrucción en la audiencia preparatoria, como en la audiencia de la comparecencia oral y privada que se realizó por parte del órgano decisor, se valoraron todos los elementos necesarios, así como el análisis económico correspondiente al artículo 14 y 15, que establece la ley 7472, Ley de promoción de competencia, bajo los cuales tienen que ser analizadas estas prácticas para poder determinar si realmente hubo o no una práctica por parte de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia. Yessica ahorita les va a explicar en concreto las pruebas analizadas en relación con cada una de las prácticas y la multa correspondiente.

Yessica Espinoza: Buenas tardes. Es importante aclarar que estas prácticas se desarrollan dentro de dos mercados relevantes, se analizaron dentro del mercado mayorista de servicios de acceso a la red de fibra óptica en la modalidad digital y el mercado minorista de servicio de Internet residencial, que eran los mercados en los cuales la ESPH tenía participación. Posterior a la recolección de las pruebas y realizada la audiencia oral y privada, se determinó que la ESPH cometió, del 2017 al 2022, dos prácticas en específico, la negativa de acceso y directa a través de lo que corresponde a precios excesivamente altos por el acceso a la red de la ESPH, es decir, el establecimiento de un precio alto a un insumo esencial.

En relación con las prácticas dilatorias que se habían tipificado dentro de la negativa de trato, estas se determinaron que están relacionadas con la instalación de una red de fibra óptica para ingresar a ofertar servicios minoristas. Por tanto, se excluyó del análisis, puesto que esa infraestructura pertenece a otro

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

mercado. En relación con el acuerdo de exclusividad de facto, se determinó que la ESPH cometió esa práctica (entre la administración del condominio y la ESPH), lo que tuvo como principal efecto la exclusión de competidores; en el caso del estrechamiento de márgenes, considerando la naturaleza del efecto producido por la ESPH, se optó por enmarcar la conducta investigada como un abuso en la figura de negativa de trato. En tal sentido, se propone sancionar a la ESPH por negativa de trato y acuerdo de exclusividad con una multa de 4.794.781, una multa que es equivalente al 0,79% sobre los ingresos brutos del período fiscal 2021.

La metodología utilizada para el cálculo de esta multa establecida en la Ley 8642, con base en los criterios de valoración tipificados en la Ley 9736, que consiste en gravedad de la infracción, tamaño del mercado, duración de la conducta, entre otros. Con base en estos criterios, se determinaron si las conductas eran agravantes o atenuantes, se comprobaron 4 de estos 7 criterios, como agravantes.

Adicional a la multa, se le estaría ordenando a la ESPH abstenerse de realizar acuerdos de exclusividad contractuales o no, cuyo objeto efecto sea el desplazamiento indebido de otros operadores y abstenerse en el futuro de realizar cualquier otra práctica monopolística anticompetitiva. Ese sería el resumen del caso.

Federico Chacón: Muchas gracias, no sé si doña Bernarda, Mariana o María Marta desean agregar algo más.

María Marta Allen: Sí, nada más le solicito a Bernarda y a Yessica que nos refiramos al tema de la consulta a la Coprocom

Bernarda Cerdas: En la resolución se propone, como parte del análisis que se hizo, antes de emitir el acto final siempre hay una consulta preceptiva a la Coprocom, en la cual se le traslada el expediente los principales motivos que se analizaron en el caso.

Coprocom emite una opinión que no es vinculante, pero en caso de no estar de acuerdo con lo indicado por Coprocom, se tiene que fundamentar por qué se aparte de ese criterio. Básicamente, lo que se hizo fue transcribir las conclusiones a las que llegó Coprocom, en las cuales indicaba, básicamente en el 100% del caso, que no había ninguna gestión de prácticas monopolísticas relativas realizadas por parte de la ESPH, o sea, no se cumplía ninguno de los presupuestos para ninguna de las prácticas de negativas, ni de estrechamiento, ni de acuerdo de exclusividad.

Básicamente puntualizaban -en relación con el mercado relevante- que no se había hecho el análisis de la sustitución del producto. También indicaban que al ser un condominio había otros operadores alrededor de la zona geográfica en la cual los condóminos podían solicitar el servicio, sin embargo, se les hace la aclaración de que, por la naturaleza del condominio, no es posible que el usuario tenga la posibilidad de ir a buscar el servicio y que este ingrese de manera de fácil al condominio, sin embargo, como sabemos tiene que requerir de ciertos permisos de acceso.

También se les aclaraba lo del estrechamiento de márgenes, que aquí se hizo el análisis puntual sobre el uso más bien de la negativa de trato, se cambiaba esa configuración. También venía al análisis del mercado relevante, la definición.

Yessica Espinoza: En la parte de acuerdo de exclusividad, por ejemplo, se aclara que un acuerdo de exclusividad no siempre tiene que ser contractual, sino que este puede ser contractual o no y lo importante en este caso son los efectos. Se explica en la resolución en qué puntos estamos a favor y en qué puntos estamos en contra. Entonces nos acogemos parcialmente a la opinión de la Coprocom.

Bernarda Cerdas: Exacto. Se explica cada uno de los puntos y se hace esa observación, que es parcialmente.

Federico Chacón: Muy bien, muchas gracias. No sé si doña Cinthya tiene algún comentario o consulta.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

CinthyA Arias: ¿Esta resolución se les comunicaría a las partes y a Coprocom?

Bernarda Cerdas: Se le comunicaría solamente a la ESPH y al condómino, que era parte del procedimiento y que estuvo como parte, pero no participó de todo el procedimiento, entonces sería únicamente a ellos dos. A Coprocom se le notifica la resolución de confidencialidad, que es el siguiente tema para analizar.

CinthyA Arias: Perfecto.

Federico Chacón: Podríamos repasar el por tanto de la propuesta de acuerdo, por aquello”.

Seguidamente se da lectura a la parte dispositiva.

Federico Chacón: De acuerdo, no tengo consultas, ni comentarios. Ahora veamos el punto de la confidencialidad.

Bernarda Cerdas: Dentro del procedimiento especial en las diferentes etapas que lo componen, se han venido declarando confidenciales datos que han sido de carácter privado para quien le corresponde, productos de requerimientos de información que han sido necesarios. En este caso, se utilizó un dato en el oficio de solicitud de criterio a la Coprocom, un dato que únicamente le corresponde a Telecable, un dato financiero aportado por ellos en relación con el costo para desplegar una red. Ese dato, desde la etapa de investigación preliminar se declaró confidencial solo para Telecable, pero en este caso como se utilizó para el oficio de Coprocom y ésta en su opinión utilizó también esta referencia, consideramos importante mantener esa confidencialidad con acceso solo a nosotros y a Coprocom, entonces únicamente sería en relación con ese dato en particular.

Federico Chacón: Bueno, no tengo comentarios en este tema, ¿doña CinthyA?

CinthyA Arias: No, no tengo dudas, nada más, me imagino que igual ocupan que se vote en firme.

Federico Chacón: En firme también. Muchísimas gracias. Ahora, ¿Cómo se hace la notificación, por correo, normal, no hay alguna cosa en particular?

Bernarda Cerdas: No, sería a los correos que ya están indicados dentro del procedimiento.

Federico Chacón: Cuántos días tienen para apelar ellos, 15 días, dijiste.

Bernarda Cerdas: Sí, 15 días.

Federico Chacón: 15 días ¿qué pasa con Semana Santa?

Bernarda Cerdas: No se contabiliza.

Federico Chacón: O sea, va a favor de ellos.

Bernarda Cerdas: Exacto.

María Marta Allen: A finales de abril.

Federico Chacón: Bueno, muchísimas gracias entonces.

CinthyA Arias: Muchas gracias, todo muy bien”.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

La Presidencia hace ver la conveniencia de atender este tema a la brevedad, y solicita al Consejo adoptar el acuerdo correspondiente con carácter firme, de conformidad con lo que establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública.

La Presidencia somete a votación la propuesta de acuerdo que se tiene a la vista y con base en la información expuesta, los Miembros del Consejo resuelven por unanimidad:

ACUERDO 002-021-2023

1. Dar por recibido la recomendación de declaratoria de confidencialidad de piezas e informe final del Órgano Decisor sobre el procedimiento especial de competencia contra la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S. A., tramitado en el expediente GCO-OTC-PM-000695-2020.
2. Emitir las siguientes resoluciones:

RCS-073-2023**“SE RESUELVE CONFIDENCIALIDAD DE PIEZAS
DEL EXPEDIENTE GCO-OTC-PM-00695-2020”****RESULTANDO:**

1. El 27 de marzo del 2020 mediante oficio DAC-PACO-OF-033-2020 (NI-03873-2020), la Plataforma de Apoyo al Consumidor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), remitió a la Dirección General de Calidad (DGC) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) una reclamación interpuesta (CAS-32431-R9L2X9) por Ricardo Toledo Lora por supuestos problemas con el servicio de telefonía, cable e internet suscrito con la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (en adelante ESPH), servicio que se brinda en el Condominio Torres de Heredia (Documento electrónico, folio inicial 2).
2. El 13 de abril del 2020 por resolución ROTC-00009-SUTEL-2020, de las 11:15 horas, el Encargado de Investigaciones del OTC dispuso el inicio de la etapa de investigación preliminar, por supuesta infracción a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y a la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736 (Documento electrónico, folio inicial 36).
3. El 13 de octubre del 2021 mediante resolución ROTC-00069-SUTEL-2021 de las 13:07 horas, la Jefatura de Investigación y Concentraciones “RESUELVE DENUNCIA POR PRESUNTAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN EL CONDOMINIO TORRES DE HEREDIA” tramitada en el expediente GCO-OTC-PM-00695-2020 (documento electrónico, folio inicial 992).
4. El 03 de noviembre del 2021 se dictó la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 de las 13:50 horas, mediante la cual la Jefatura de Instrucción y Promoción y Abogacía ordeno el “AUTO DE INICIO DE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN Y TRASLADO DE CARGOS EN CONTRA DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA S.A. POR LA PRESUNTA COMISIÓN DE PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS” (documento electrónico,

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

folio inicial 1058). Dicha resolución fue notificada a las partes de este procedimiento especial en fecha 8 de noviembre del 2021 (páginas 54 y 55).

5. El 10 de agosto del 2022, mediante oficio 07125-SUTEL-OTC-2022 el Órgano de Instrucción de la Dirección General de Competencia (DGCO) de conformidad con el artículo 51 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, remitió a los miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Órgano Superior) el *"Informe de actuaciones de la etapa de instrucción de procedimiento especial y traslado de expediente al Consejo de la SUTEL"* (documento electrónico, folio inicial 1558).
6. El 07 de octubre del 2022 el Órgano Superior mediante oficio 08898-SUTEL-SCS-2022 notificó la resolución RCS-252-2022 de las 14:25 horas del 07 de octubre del 2022, en el cual cita a la comparecencia oral y privada a la ESPH y al señor Carlos Riviera Triunfo, para los días 01 y 02 de noviembre del 2022. Dicha resolución fue notificada a las partes a los medios de notificación indicados (documento electrónico, folio inicial 1571).
7. El 01 de noviembre de 2022 se realizó la comparecencia oral y privada señalada por el Órgano Superior con la presencia de los miembros del Órgano Superior Gilbert Camacho, Federico Chacón y Cinthya Arias, el personal de apoyo técnico María Marta Allen y Yessica Espinoza, funcionarias de la Unidad Jurídica de la SUTEL y por parte de la ESPH, el Licenciado William Villalobos, según consta en acta número 09587-SUTEL-CS-2022 (documento electrónico, folio inicial 1599)
8. El 15 de noviembre de 2022 continuó la comparecencia oral y privada para abarcar la prueba para mejor resolver solicitada por el Órgano Decisor, según consta en acta número 10140-SUTEL-CS-2022 (documento electrónico, folio inicial 1628)
9. El 28 de noviembre del 2022, mediante documento de ingreso (NI-18260-2022) la ESPH dentro del plazo estipulado en el artículo 55 de la Ley 9736 remitió sus alegatos de conclusiones dentro del procedimiento seguido en el expediente GCO-OTC-PM-00695-2020 (documento electrónico, folio inicial 1632).
10. El 16 de enero del 2023, mediante oficio 00220-SUTEL-CS-2023 el Órgano Decisor solicita el criterio técnico sobre el procedimiento especial de competencia tramitado en el expediente GCO-OTC-PM-000695-2020 a la Comisión para Promover la Competencia (documento electrónico, folio inicial 1678).
11. El 17 de enero del 2023, la Comisión para Promover la Competencia confirmó el recibido del oficio 00220-SUTEL-CS-2023 y el acuerdo 00234-SUTEL-SCS-2023 (documento electrónico, folio inicial 1678, folio inicial 1774).
12. El 06 de febrero del 2023, la Comisión para Promover la Competencia remitió su opinión 001-2023 sobre el procedimiento especial de competencia tramitado en el expediente GCO-OTC-PM-000695-2020 (documento electrónico, folio inicial 1637).
13. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO:

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023****PRIMERO: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN**

- I. Que de conformidad con el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios públicos, Ley 7593, y el artículo 1 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660, la SUTEL es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones.
- II. Que el artículo 60 inciso a) de la Ley 7593 establece como una obligación fundamental de la SUTEL aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del Sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, la Ley 8642, las disposiciones establecidas en esta Ley y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables.
- III. Que el artículo 52 de la Ley 8642, establece que la operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones, estarán sujetas a un régimen sectorial de competencia, el cual se regirá por lo establecido en esta Ley y de manera supletoria, por los criterios dispuestos en el capítulo III de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472 y por lo previsto en la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736.
- IV. Que conforme al artículo 2 de la Ley 9736, la SUTEL es la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, según se establece en el artículo 29 y en el capítulo II del título III de la Ley 8642.
- V. Que el artículo 14 de la Ley 9736, establece que cada autoridad de competencia contará con un Órgano Técnico (OTC) para cumplir con sus funciones.
- VI. Que el artículo 30 de la Ley 9736 establece que el procedimiento especial comprenderá tres etapas: investigación preliminar, instrucción y decisión. Y que este podrá iniciar, de oficio, por el Encargado de Investigaciones del OTC, ya sea a iniciativa propia o del Órgano Superior de la autoridad de competencia correspondiente, o bien, por denuncia.
- VII. El artículo 52 de la Ley 9736 y los numerales 82 y 83 del Reglamento a la Ley 9736, Decreto Ejecutivo 43305-MEIC, disponen que la etapa decisoria tiene como propósito realizar la comparecencia oral y privada para recibir los alegatos de defensa, evacuar la prueba que así se requiera, escuchar la formulación de conclusiones y emitir la resolución final, esta etapa estará a cargo del Órgano Superior de la Autoridad de Competencia, sea el Consejo de la SUTEL.
- VIII. El artículo 57 de la Ley 9736 y el artículo 89 del Decreto Ejecutivo 43305-MEIC dispone que el Órgano Superior dictará la resolución final dentro de los 60 días hábiles contados a partir de la conclusión de la comparecencia oral y privada.
- IX. Que de conformidad con el artículo 30 de la Constitución Política, toda persona tiene el derecho fundamental de acudir a la Administración Pública para obtener información sobre

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

asuntos de valor e interés público (derecho de acceso a la información administrativa) y por lo tanto la declaratoria de confidencialidad únicamente procede sobre las piezas del expediente que sólo afectan y atañen a la empresa.

- X. Que el artículo 273 de la Ley General de Administración Pública, Ley 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”.*

- XI. Que el artículo 274 de la Ley 6227, dispone lo siguiente:

“La decisión que negare el conocimiento y acceso a una pieza deberá ser suficientemente motivada. Cabrán contra la misma los recursos ordinarios de esta ley.”

- XII. Que de conformidad con la Ley de Información No Divulgada, Ley 7975, en su artículo 2, para que cierta información tenga carácter de confidencial debe ser secreta, tener un valor comercial por su carácter de secreta, debe constar en documentos y debe haber sido objeto de medidas razonables para mantenerse secreta.

- XIII. Que de conformidad con el artículo 4 de la Ley 7975, hay una serie de información que por su carácter no puede ser declarada como confidencial, entre ella: aquella información que sea del dominio público, la información que resulte evidente para un técnico versado en la materia con base en información disponible de previo; aquella información que deba ser divulgada por disposición legal u orden judicial.

- XIV. Que la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales, Ley 8968, artículo 9, establece en su inciso 2, que son datos personales de acceso restringido

“[...] los que, aun formando parte de registros de acceso al público, no son de acceso irrestricto por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública. Su tratamiento será permitido únicamente para fines públicos o si se cuenta con el consentimiento expreso del titular.”

- XV. Que, en ese 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.”

- XVI. Que, a su vez, en el caso particular de los procedimientos de competencia, la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-073-2002 del 12 de marzo de 2002, amplió lo

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

anterior en referencia a la Comisión Nacional para Promover la Competencia (COPROCOM) en el siguiente sentido:

“En el dictamen C-344-2001 de 12 de diciembre de 2001 se hizo referencia a que en los procedimientos regulados por la Ley N. 7472 de 20 de diciembre de 1994, la Unidad Técnica de la Comisión debe valorar previamente e incluso de oficio si determinada información es de interés público o es de interés privado, para efectos de separar los legajos relativos a la información pública y a la confidencial. Y ello tanto si la información ha sido aportada voluntariamente por la empresa como si lo ha hecho por requerimiento administrativo. No puede olvidarse que los administrados tienen un derecho a conocer la información constante en una oficina pública que sea de interés público. La Administración es garante de ese derecho, por cuanto si determina que esa información es de interés público no podría denegar el acceso a ella. Pero, correlativamente, la Administración es también garante del derecho a la intimidad e inviolabilidad de la información privada, respecto de la cual la regla es la confidencialidad y no la publicidad.

Podría decirse que toda autoridad administrativa es susceptible de enfrentarse al problema de definir si una determinada información es o no pública y, por ende, si puede o no divulgarla. Pero esa determinación es más evidente en tratándose de procedimientos como los que regula la Ley de Promoción de la Competencia y su Reglamento. Para resolver esos procedimientos se requiere información e información que recae directamente sobre el accionar y políticas de empresas privadas que intervienen en el mercado y que, por ende, normalmente tienen un interés porque determinada información no llegue, no sólo al público, sino ante todo a las empresas con que compiten en el mercado”.

XVII. Que la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-003-2003 del 14 de enero de 2003, indica que

“La confidencialidad se ejerce en relación con información y documentos privados y significa una obligación para toda persona distinta de su titular de guardar la reserva necesaria sobre dicha información o documentación. Lo cual implica que, si el derecho habiente confía dicha información o documentos a un tercero, normalmente la Administración, está impedida de divulgarla o a darla a conocer por algún otro medio a otras personas, salvo que el ordenamiento lo autorice. Esa excepción implicaría, entonces, que hay un interés público superior que justifica dejar sin efecto la confidencialidad [...]”.

XVIII. Que por consiguiente, el derecho de acceso a la información administrativa debe concebirse como un derecho verdaderamente amplio y tal como lo indicó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 2003-02120 de las 13:30 horas del 14 de marzo del 2003, que comprende un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados, facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, y derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales.

XIX. Que la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-295-2006 del 21 de julio del 2006, indicó:

“Ahora bien, la inviolabilidad de la información y de los documentos privados es una de las manifestaciones del derecho a la intimidad consagrada expresamente en el texto constitucional.»
“Esta garantía protege la confidencialidad de los documentos e informaciones privadas, impide a los particulares el acceso a ellos y prohíbe a las instituciones y los privados su suministro a

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

terceros" (Voto N.5376-94 de las 11:45 horas del 16 de setiembre de 1994). Como ya lo ha señalado esta Procuraduría en anteriores ocasiones, para que pueda hablarse de que se está ante información privada "(...) es requisito indispensable que dicha información atañe directamente a la esfera de la persona, Física o jurídica, ya sea porque concierne a las actividades a que se dedica, su situación económica o financiera, sus lazos comerciales o en el caso de las personas físicas se refiera a sus lazos familiares, creencias u opiniones, sus preferencias sexuales, por ejemplo. Para que la persona pueda alegar el interés privado de la información debe existir un nexo entre la información de que se trata y la propia persona [...]" (Dictamen C-003-2003 del 14 de enero del 2003)."

SEGUNDO: ANÁLISIS DE LA CONFIDENCIALIDAD

- I. Que el expediente GCO-OTC-PM-00695-2020 contiene información de carácter confidencial en concordancia con el artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública, artículo 6 de la Ley General de Control Interno, Ley 8292 y el artículo 2 de la Ley de Información No Divulgada, Ley 7975.
- II. Que en particular se considera que la información confidencial contenida en el expediente GCO-OTC-PM-00695-2020 es la siguiente, según las justificaciones que se detallan de seguido:

Tipo de Información	Justificación
Datos financieros	Se refiere a información que sólo es útil para la empresa y respecto de la cual ésta tiene un derecho a que no se divulgue, referida a ingresos, inversión, gastos, pagos, entre otros. Lo anterior de conformidad con el dictamen C-344-2001 del 12 de diciembre del 2001 de la Procuraduría General de la República.

- III. Que la protección asociada a la confidencialidad se brinda en relación con actividades que se desarrollan en un mercado, en el cual compiten varios agentes en la provisión del servicio, porque sólo puede hablarse de que existe una ventaja competitiva si existe un mercado en el cual participan otros agentes. Razón que fundamenta adicionalmente, que la información de todos los operadores en cuestión sea declarada confidencial, a partir de lo indicado en el artículo 123 de la Ley 6227 y demás preceptos legales, incluyendo las potestades del regulador de velar por la sana competencia en el mercado de telecomunicaciones.
- IV. 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 ese carácter, 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. Se considera que el plazo por el cual la documentación debe mantenerse como confidencial debe ser el mismo por el cual la SUTEL mantiene en custodia el expediente administrativo, sea en el caso particular de los expedientes de investigación preliminar, **por cinco (5) años**.
- V. Que en resguardo del principio de transparencia establecido en el artículo 3 inciso d) de la Ley 8642, el Órgano Decisor procede a realizar versiones públicas, con acceso a partes o confidenciales de determinados documentos declarados como confidenciales, esto con el objeto de que exista una lectura más fluida por parte de quien tenga acceso a cada una de las versiones, procurando garantizar una mejor comprensión del documento; de tal forma

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

que al declarar confidencial determinada información se limite lo menos posible el acceso a la información a terceros y a su vez se pueda proteger la información privada.

- VI. Que cuando existan versiones públicas, con acceso a partes y confidenciales de los documentos, cada una de las respectivas versiones, incluyendo las confidenciales y con acceso a partes, se mantendrán de manera íntegra en sus respectivos legajos garantizando así la integridad y continuidad en la lectura de cada documento.
- VII. Que la presente resolución se emite en cumplimiento de sus funciones, establecidas en el artículo 52 incisos g) e i) de la Ley 8642, con fundamento en el artículo 13 de la Ley 9736.

POR TANTO,

Con fundamento en las competencias otorgadas por la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y su Reglamento, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660 y la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, y a partir de las anteriores consideraciones, resuelve:

1. Declarar como confidenciales por **un plazo de cinco (5) años con acceso únicamente a COPROCOM** los siguientes documentos contenidos en el expediente GCO-OTC-PM-00695-2020:
 - A. Oficio 00220-SUTEL-CS-2023:
 - a. Dato sobre costo de inversión: página 74 (Datos financieros)
 - B. Opinión COPROCOM-001-2023 (NI-01609-2023):
 - a. Dato sobre costo de inversión: página 28 (Datos financieros)
2. Autorizar al área de Gestión Documental de la Dirección General de Operaciones para que una vez recibida la resolución de confidencialidad traslade de manera íntegra aquellos documentos que sean declarados confidenciales con fin de mantener para consulta el expediente completo.
3. Establecer que el Órgano Superior elaborará las versiones públicas de los documentos correspondientes y se las remitirá a la Unidad de Gestión Documental de la Dirección General de Operaciones, para lo que corresponda.
4. Establecer que en los documentos subsecuentes en los cuales el Consejo de la SUTEL como Órgano Decisor de conformidad con el artículo 52 de la Ley 9736 emplee la información anterior o en los que haga referencia a la misma, se deberá resguardar su carácter confidencial.
5. Establecer que en los documentos subsecuentes en los cuales la SUTEL y/o COPROCOM emplee la información anterior o se haga referencia a la misma, se deberá resguardar el carácter de confidencialidad de dicha información.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

En cumplimiento según lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 9736 la presente resolución posee únicamente recurso de revocatoria ante el Encargado de investigaciones y concentraciones del Órgano Técnico. **El plazo para interponer el recurso será de tres (3) días hábiles, contado a partir del día hábil siguiente a la última comunicación del acto.** Dicho recurso deberá presentarse debidamente firmado, al correo electrónico gestiondocumental@sutel.go.cr o bien, en las oficinas de la Superintendencia de Telecomunicaciones, ubicadas en San José, Guachipelín de Escazú, Multipark, Edificio Tapantí.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE****ACUERDO 003-021-2023****RCS-074-2023****“RESOLUCIÓN FINAL DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE COMPETENCIA CONTRA LA
EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA S.A, CÉDULA JURÍDICA 3-101-042028”****EXPEDIENTE GCO-OTC-PM-00695-2020**

RESULTANDO:

1. El 27 de marzo del 2020 mediante oficio DAC-PACO-OF-033-2020 (NI-03873-2020), la Plataforma de Apoyo al Consumidor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), remitió a la Dirección General de Calidad (DGC) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) una reclamación interpuesta (CAS-32431-R9L2X9) por Ricardo Toledo Lora por supuestos problemas con el servicio de telefonía, cable e internet suscrito con la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (en adelante ESPH), servicio que se brinda en el Condominio Torres de Heredia (Documento electrónico, folio inicial 2).
2. El 01 de abril del 2020 mediante oficio 02875-SUTEL-DGC-2020, la DGC trasladó al Órgano Técnico de Competencia (OTC)¹ la reclamación interpuesta por Ricardo Toledo Lora por supuestas prácticas monopolísticas por parte de la ESPH (Documento electrónico, folio inicial 12).
3. El 03 de abril del 2020 mediante oficio 02981-SUTEL-OTC-2020, el Encargado de Investigaciones² del OTC previno al señor Ricardo Toledo Lora sobre el cumplimiento de las formalidades de la denuncia (Documento electrónico, folio inicial 15).
4. El 04 de abril del 2020 mediante correo electrónico (NI-04312-2020), el señor Ricardo Toledo

¹ A partir de la modificación realizada el 7 de julio del 2020 del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF), la Dirección General de Competencia es la responsable de fungir como el órgano técnico de la SUTEL, como autoridad sectorial de competencia en telecomunicaciones.

² A partir de la modificación realizada el 4 de agosto del 2020 del Manual de Clases y Cargos de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la Jefatura de Investigaciones y Concentraciones de la Dirección General de Competencia (DGCO) es el responsable de fungir como encargado de investigaciones del Órgano Técnico.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Lora dio repuesta a la prevención de cumplimiento de las formalidades de la denuncia, solicitadas por oficio 02981-SUTEL-OTC-2020 (Documento electrónico, folio inicial 18).

5. El 13 de abril del 2020 por resolución ROTC-00009-SUTEL-2020, de las 11:15 horas, el Encargado de Investigaciones del OTC dispuso el inicio de la etapa de investigación preliminar, por supuesta infracción a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y a la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736 (Documento electrónico, folio inicial 36).
6. La Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO realizó diferentes solicitudes de información a través de los documentos numerados: 03877-SUTEL-OTC-2020, 03878-SUTEL-OTC-2020, 03879-SUTEL-OTC-2020, 03880-SUTEL-OTC-2020, ROTC-00010-SUTEL-2020, ROTC-00003-SUTEL-2021, ROTC-00007-SUTEL-2021, ROTC-00027-SUTEL-2021, ROTC-00028-SUTEL-2021, ROTC-00029-SUTEL-2021, ROTC-00054-SUTEL-2021, ROTC-00056-SUTEL-2021, ROTC-00059-SUTEL-2021 (documentos electrónicos, folios iniciales: 39, 42, 48, 51, 123, 236, 272, 667, 675, 697, 771, 778 y 779 respectivamente).
7. El 19 de octubre del 2020 mediante oficio 09348-SUTEL-OTC-2020, la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO efectuó una solicitud de visita de verificación en el Condominio Torres de Heredia a la señora Maybel Bado, administradora del inmueble (documento electrónico, folio inicial 159).
8. El 26 de octubre del 2020, se remitió al expediente administrativo el acta de la visita de verificación y registro fotográfico realizada el día 22 de octubre del 2020 en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 162).
9. El 29 de octubre del 2020 mediante correo electrónico (NI-14753-2020), el señor Felipe Suarez Fernández interpuso una denuncia contra la ESPH por una supuesta práctica monopolística en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 178).
10. El 24 de noviembre del 2020 mediante oficio 10691-SUTEL-OTC-2020, la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO solicitó una nueva visita de verificación a la señora Maybel Bado, Administradora del Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 196).
11. El 25 de noviembre del 2020 mediante oficio 10765-SUTEL-OTC-2020, se remitió al expediente el informe de la visita de verificación realizada el 22 de octubre del 2020 en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 199).
12. El 16 de diciembre del 2020, se remitió al expediente el acta de la visita de verificación y registro fotográfico realizado el 15 de diciembre del 2020 en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 217).
13. El 06 de enero del 2021 mediante resolución ROTC-00001-SUTEL-2021 de las 14:47 horas, la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO le previno al señor Felipe Suarez Fernández sobre el cumplimiento de las formalidades de la denuncia (documento electrónico, folio inicial 229).

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

14. El 15 de marzo del 2021 mediante oficio 02146-SUTEL-OTC-2021, se emitió el informe de la segunda visita de verificación realizada el 15 de diciembre de 2020 en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 613).
15. El 12 de abril del 2021 por resolución ROTC-00022-SUTEL-2021 de las 15:55 horas, la Jefatura de Investigación y Concentraciones dispuso ampliar el plazo de la investigación preliminar por un período de seis meses adicionales, computado a partir del vencimiento del plazo original, conforme al artículo 38 de la Ley 9736 (documento electrónico, folio inicial 635).
16. El 05 de mayo del 2021 mediante oficio 03652-SUTEL-OTC-2021, se remitió al expediente administrativo un acta de diligencias previas (documento electrónico, folio inicial 665).
17. El 07 de junio del 2021 mediante correo electrónico (NI-07065-2021), ingresó a la DGC un formulario de reclamación de servicios presentado por Carlos Rivera Triunfo (documento electrónico, folio inicial 806).
18. El 25 de junio del 2021 mediante oficio 05362-SUTEL-DGC-2021, la DGC remitió a la DGCO (Dirección General de Competencia) una reclamación interpuesta por Carlos Rivera Triunfo contra la ESPH en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 755).
19. El 19 de julio del 2021 mediante resolución ROTC-00040-SUTEL-2021 de las 12:27 horas, la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO previno a Carlos Rivera Triunfo sobre el cumplimiento de los requisitos de la denuncia (documento electrónico, folio inicial 760).
20. El 22 de julio del 2021 mediante correo electrónico (NI-09179-2021), el señor Carlos Rivera Triunfo remitió a la DGCO el cumplimiento de los requisitos de la denuncia (documento electrónico, folio inicial 767).
21. El 29 de setiembre del 2021 mediante resolución ROTC-00062-SUTEL-2021 de las 10:30 horas, la Jefatura de Investigación y Concentraciones rechazó de plano la denuncia interpuesta por Felipe Suarez Fernandez por presunta práctica monopolística en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 890).
22. El 29 de setiembre del 2021 mediante correo electrónico (NI-12588-2021) se recibió respuesta por parte de Felipe Suárez Fernández, en relación con el rechazo de plano de la denuncia interpuesta (documento electrónico, folio inicial 895).
23. El 13 de octubre del 2021 mediante resolución ROTC-00069-SUTEL-2021 de las 13:07 horas, la Jefatura de Investigación y Concentraciones “RESUELVE DENUNCIA POR PRESUNTAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN EL CONDOMINIO TORRES DE HEREDIA” tramitada en el expediente GCO-OTC-PM-00695-2020 (documento electrónico, folio inicial 992).
24. El 03 de noviembre del 2021 se dictó la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 de las 13:50 horas, mediante la cual la Jefatura de Instrucción y Promoción y Abogacía ordeno el “AUTO DE INICIO DE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN Y TRASLADO DE CARGOS EN CONTRA DE

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA S.A. POR LA PRESUNTA COMISIÓN DE PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS” (documento electrónico, folio inicial 1058). Dicha resolución fue notificada a las partes de este procedimiento especial en fecha 8 de noviembre del 2021 (páginas 54 y 55).

25. El 14 de febrero del 2022, mediante documento sin número de oficio (NI-02204-2022) el representante especial administrativo de la ESPH presentó sus alegaciones de defensa y prueba de descargo (documento electrónico, folio inicial 1141).
26. Entre el 04 de marzo al 05 de abril del 2022, el Órgano Instructor solicitó de oficio una serie de pruebas documentales con el fin de averiguar la verdad real de los hechos que se investigan, a propósito de la contestación dada por la ESPH (NI-02204-2022) respecto del traslado de cargos que se le hizo por resolución ROTC-00076-SUTEL-2022.
27. El 30 de junio del 2022 mediante resolución ROTC-00069-SUTEL-2022, el Órgano Instructor citó a las partes para que comparecieran a la audiencia preparatoria oral y privada a celebrarse el 26 de julio del 2022 a partir de las 09:00 horas en las instalaciones de la SUTEL. Tal resolución fue notificada a las partes vía correo electrónico en esa misma fecha (documento electrónico, folio inicial 1508).
28. El 04 de julio del 2022 mediante oficio sin número (NI-09511-2022), el representante especial administrativo de la ESPH presentó una solicitud de reprogramación de la audiencia citada por resolución ROTC-00069-SUTEL- 2022 (documento electrónico, folio inicial 1505).
29. El 15 de julio del 2022 mediante resolución ROTC-00071-SUTEL-2022, el Órgano Instructor reprogramó y citó a las partes para que comparecieran a la audiencia preparatoria oral y privada a celebrarse el 04 de agosto del 2022 a partir de las 09:00 horas en las instalaciones de la SUTEL. Tal resolución fue notificada a las partes vía correo electrónico en esa misma fecha (documento electrónico, folio inicial 1531).
30. El 15 de julio del 2022 mediante correo electrónico (NI-10164-2022), el denunciante Ricardo Toledo Lora desistió del procedimiento (documento electrónico, folio inicial 1530).
31. El 03 de agosto del 2022 mediante resolución ROTC-00077-SUTEL-2022, el Órgano Instructor resolvió la solicitud de desestimación presentada por el denunciante Toledo Lora, acogiendo su solicitud y ordenando la continuación del procedimiento siendo que en este se han apersonado otros interesados y que la tramitación del expediente entraña un interés general y es conveniente sustanciarlo para su definición y esclarecimiento (documento electrónico, folio inicial 1547).
32. El 04 de agosto del 2022 se realizó la audiencia preparatoria oral y privada, con la presencia del apoderado especial administrativo de la ESPH según consta en el acta de audiencia con número de oficio 07101-SUTEL-OTC-2022 (documento electrónico, folio inicial 1553).
33. El 10 de agosto del 2022, mediante oficio 07125-SUTEL-OTC-2022 el Órgano de Instrucción de la Dirección General de Competencia (DGCO) de conformidad con el artículo 51 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, remitió a los miembros del Consejo de la Superintendencia de Telecomunicaciones (Órgano Superior) el *“Informe de actuaciones de la etapa de instrucción de procedimiento especial y*

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

traslado de expediente al Consejo de la SUTEL” (documento electrónico, folio inicial 1558).

34. El 07 de octubre del 2022 el Órgano Superior mediante oficio 08898-SUTEL-SCS-2022 notificó la resolución RCS-252-2022 de las 14:25 horas del 07 de octubre del 2022, en el cual cita a la comparecencia oral y privada a la ESPH y al señor Carlos Riviera Triunfo, para los días 01 y 02 de noviembre del 2022. Dicha resolución fue notificada a las partes a los medios de notificación indicados (documento electrónico, folio inicial 1571).
35. El 01 de noviembre de 2022 se realizó la comparecencia oral y privada señalada por el Órgano Superior con la presencia de los miembros del Órgano Superior Gilbert Camacho, Federico Chacón y Cinthya Arias, el personal de apoyo técnico María Marta Allen y Yessica Espinoza, funcionarias de la Unidad Jurídica de la SUTEL y por parte de la ESPH, el Licenciado William Villalobos, y la Licenciada Mariela Vega según consta en acta número 09587-SUTEL-CS-2022 (documento electrónico, folio inicial 1599)
36. El 01 de noviembre del 2022, durante la comparecencia oral y privada se recibió prueba testimonial, previamente admitida en la etapa de instrucción y aportada por la ESPH, según consta en oficios 09588-SUTEL-CS-2022, 09589-SUTEL-CS-2022, 09589-SUTEL-CS-2022 (2) y 09590-SUTEL-CS-2022.
37. El 02 de noviembre del 2022 mediante oficios 09657-SUTEL-CS-2022 y 09658-SUTEL-CS-2022 se expidieron los autos de citación de los testigos Maybel Bado Morales y Ricardo Molina Quirós (documento electrónico, folio inicial 1619).
38. El 15 de noviembre de 2022 continuó la comparecencia oral y privada para abarcar la prueba para mejor resolver solicitada por el Órgano Decisor, según consta en acta número 10140-SUTEL-CS-2022 (documento electrónico, folio inicial 1628)
39. El 15 de noviembre del 2022, durante la comparecencia oral y privada, se recibió prueba testimonial solicitada en carácter de prueba para mejor resolver por el Órgano Decisor, de la señora Maybel Bado, según consta en el oficio 10139-SUTEL-CS-2022 (documento electrónico, folio inicial 1626).
40. El 28 de noviembre del 2022, mediante documento de ingreso (NI-18260-2022) la ESPH dentro del plazo estipulado en el artículo 55 de la Ley 9736 remitió sus alegatos de conclusiones dentro del procedimiento seguido en el expediente GCO-OTC-PM-00695-2020 (documento electrónico, folio inicial 1632).
41. El 16 de enero del 2023, mediante oficio 00220-SUTEL-CS-2023 el Órgano Decisor solicitó el criterio técnico sobre el procedimiento especial de competencia tramitado en el expediente GCO-OTC-PM-000695-2020 a la Comisión para Promover la Competencia, según lo estipulado en la Ley 8642, artículo 55 (documento electrónico, folio inicial 1678).
42. El 17 de enero del 2023, la Comisión para Promover la Competencia confirmó el recibido del oficio 00220-SUTEL-CS-2023 y el acuerdo 00234-SUTEL-SCS-2023 (documento electrónico, folio inicial 1678, folio inicial 1774).
43. El 06 de febrero del 2023, la Comisión para Promover la Competencia remitió su opinión 001-2023 sobre el procedimiento especial de competencia tramitado en el expediente GCO-

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

OTC-PM-000695-2020 (documento electrónico, folio inicial 1637).

44. Que se han realizado las diligencias útiles y necesarias para el dictado de la presente resolución.

CONSIDERANDO

PRIMERO. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

El presente procedimiento se ha desarrollado en su totalidad, con el fin de determinar si la ESPH ha incurrido en alguna o varias prácticas monopolísticas relativas establecidas en los artículos 54, incisos b), d) y j) de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, y los artículos 7, 9, 11 y 17 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial La Gaceta 201 del 17 de octubre de 2008, Alcance 40, calificadas como faltas muy graves; conocidas como: negativa de trato, estrechamiento de márgenes y/o acuerdos de exclusividad relacionadas con la prestación de servicios de telecomunicaciones en el Condominio Torres de Heredia ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana (el Condominio).

Lo anterior, en síntesis, por cuanto, se recibieron denuncias de usuarios que referían a la ESPH como único proveedor del servicio de internet el Condominio Torres de Heredia, a pesar de haber otros competidores interesados en prestar servicios en dicho inmueble condominal.

Durante la investigación, se pudieron identificar conductas que, en grado de posibilidad, hicieron suponer la existencia de un acuerdo de exclusividad entre el Condominio y la ESPH, una posible negativa de trato por parte de la ESPH a esos otros competidores potenciales relacionada con el acceso a su red de fibra óptica y/o un estrechamiento de los márgenes, ya que el costo cobrado por el acceso le impidió a esos posibles entrantes ingresar.

Las conductas desarrolladas por la ESPH tuvieron como consecuencia el impedimento de la entrada de nuevos competidores, negando así a los usuarios finales, los beneficios del proceso competitivo libre de restricciones.

SEGUNDO. HECHOS PROBADOS

La prueba que conforma los hechos acreditados proviene de diversas fuentes. Por un lado, de la información recabada en las inspecciones llevadas a cabo por la SUTEL en fechas 22 de octubre y 15 de diciembre ambas de 2020, las cuales se realizaron en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana. Por otro lado, se basa en la información aportada en las contestaciones a los requerimientos de información realizados por la SUTEL, concretamente por el OTC, al operador investigado, sea la ESPH, a terceros operadores afectados por las prácticas investigadas en este procedimiento especial de competencia, así como en los testimonios de funcionarios de la ESPH y de la señora Maybel Bado Morales como administradora del Condominio.

Para una mejor comprensión de los hechos acreditados en esta Resolución los hechos se ordenan conceptualmente, lo que hace que algunos de ellos se reiteran en varios apartados, cuestión que se referencia en cada caso.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Conforme con lo anterior, a los efectos del presente procedimiento especial de competencia, los siguientes hechos han quedado acreditados:

- **Hecho 1.** El Consejo de la SUTEL autorizó a la ESPH, cédula jurídica 3-101-042028, a prestar servicios de telecomunicaciones mediante las siguientes resoluciones: RCS-132-2010 de las 10:00 horas del 5 de marzo del 2010, por la cual se autorizó a prestar los servicios de televisión por cable, acceso a internet, telefonía IP, redes privadas virtuales (VPN), televisión IP (IPTV) y transferencia de datos en la provincia de Heredia; RCS-174-2011 de las 10:20 horas del 10 de agosto del 2011, mediante la cual se resolvió autorizar la ampliación de los servicios brindados, agregando los servicios de canales punto a punto y canales punto a multipunto; RCS-284-2011 de las 11:10 horas del 14 de diciembre del 2011, por la cual se resolvió ampliar el área de cobertura de los servicios de despliegue de fibra óptica, canales punto a punto y canales punto a multipunto a todo el territorio nacional; RCS-225-2015 de las 18:00 horas del 11 de noviembre del 2015, por la cual se amplió la zona de cobertura a todo el territorio nacional del servicio de transferencia de datos en las modalidades de acceso a internet, líneas arrendadas y redes virtuales privadas (VPN); RCS-034-2020 de las 10:35 horas del 6 de febrero del 2020, mediante la cual se prorrogó la vigencia del título habilitante otorgado mediante la resolución RCS-132-2010 de las 10:00 horas del 5 de marzo del 2010, por un período de 5 años. Lo cual se comprueba con el apartado “DE LA EMPRESA INVESTIGADA” de la presente resolución, no es un hecho controvertido.
- **Hecho 2.** La ESPH, se dedica a la comercialización y administración de servicios de telecomunicaciones, tales como servicios de enlaces dedicados, internet corporativo y residencial, redes de acceso mediante fibra óptica (FTTx), alquiler de postería, entre otros. Lo cual se comprueba con el apartado “DE LA EMPRESA INVESTIGADA” de la presente resolución, no es un hecho controvertido.
- **Hecho 3.** El Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana fue desarrollado por la empresa denominada Inmobiliaria Punta Fina F.P.S.O, S.A., cédula jurídica 3-101-666064 y en la cual en su Junta Directiva se desempeñaron como presidente el señor Carlos Alberto Federspiel Pinto, cédula de identidad 1-0389-0757, como tesorero el señor Carlos Alberto Federspiel Pacheco, cédula de identidad 1-0992-0117 y como secretario el señor Kristian Federspiel Pacheco, cédula de identidad 1-1070-0235; siendo que este último, constituyó la empresa denominada KOMMUNA SOCIEDAD ANONIMA, cédula jurídica 3-101-703783, la cual posteriormente se transformó a una de responsabilidad limitada, denominada KOMMUNA S.R.L, cédula jurídica 3-102-703783, empresa destinada a brindar servicios de administración de condominios, teniendo supuestamente la administración del Condominio Torres de Heredia desde el 20 de mayo del 2020, no es un hecho controvertido.

Se constató mediante prueba documental que, tanto Inmobiliaria Punta Fina F.P.S.O S.A. y Kommuna SRL guardan relación, la primera como desarrolladora del proyecto y la segunda como administradora del complejo residencial de Torres de Heredia. Lo anterior consta en los siguientes documentos: folios 646 (consulta estudio registral Inmobiliaria El Parque), 647 (consulta estudio registral Inmobiliaria Punta Fina), 648 (publicación en La Gaceta), 649 a 650 (certificación literal), 683 a 686 (Escritura Komunna S.A.) y folios 687 a 696 (escritura

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

transformación Kommuna S.A. a SRL) teniéndose así acreditado el hecho tercero.

- **Hecho 4.** El 27 de noviembre del 2014, la ESPH y el Condominio Torres de Heredia, suscribieron el denominado *“CONTRATO DE DOTACION DE SERVICIOS DE AGUA Y ELECTRICIDAD PARA CONDOMINIO VERTICAL, RESIDENCIAL, COMERCIAL, TURISTICO TORRES DE HEREDIA.”* suscrito por Edgar Allan Benavides Vílchez, cédula 4-0102-0132, en calidad de Gerente y Apoderado General de la ESPH y José Luis Salinas Ollé, cédula 1-0508-0513, en carácter de presidente, con facultades suficientes, en representación de la sociedad denominada Inmobiliaria PUNTA FINA FP S.A., cédula jurídica 3-1016-66064, el cual establece en la cláusula quinta:

“1) TELECOMUNICACIONES: LA DESARROLLADORA se compromete a autorizar el uso gratuito a LA EMPRESA, de las facilidades e infraestructuras de telecomunicación y afines ubicadas en las áreas comunes del Condominio. La autorización de uso se realiza con el fin exclusivo y excluyente de que la ESPH, bajo su propio riesgo, desarrolle, administre y gestione una red de telecomunicaciones, en adelante denominada LA RED, en los términos que se establece en el Anexo número uno (1).”

El 15 de junio del 2015, las mismas personas referidas en este punto, suscribieron el Adendum al *“CONTRATO DE DOTACION DE SERVICIOS DE AGUA Y ELECTRICIDAD PARA CONDOMINIO VERTICAL, RESIDENCIAL, COMERCIAL, TURISTICO TORRES DE HEREDIA.”* Se tiene por probado este hecho a partir de la información que consta en el escrito NI-06224-2020 (Respuesta a la Solicitud de Información Adicional).

- **Hecho 5.** El Condominio Torres de Heredia, desde su constitución, cuenta con el *“REGLAMENTO DE CONDOMINIO Y ADMINISTRACION O REGLAMENTO INTERNO DEL CONDOMINIO VERTICAL RESIDENCIAL TORRES DE HEREDIA FFM SEIS”*; el cual indica en el artículo veinticinco que:

“[...] Expresamente el Condominio otorga derecho de paso por las áreas comunes a favor de todas las entidades gubernamentales y locales, rectoras y reguladoras de los servicios públicos básicos tales como Instituto Costarricense de Electricidad, Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Compañía Nacional de Fuerza y Luz, Empresa de Servicios Públicos de Heredia y cualquier otra empresa de infocomunicaciones o servicios generales del Condominio que hayan sido previamente aprobadas y contratadas por la Desarrolladora, la Administración o por la asamblea de propietarios, para que realicen las obras que sean necesarias para la explotación y mantenimiento de los servicios e instalaciones, así como realizar excavaciones y zanjas necesarias para mantener el correcto funcionamiento de las instalaciones subterráneas o de infraestructura general.”

Y en su artículo veintisiete se indica:

“Se prohíbe a los propietarios o arrendatarios y a cualquier otra persona que ocupe o posea inmuebles en el Condominio a cualquier título: [...] ix - Introducir modificaciones o reformas que afecten la conformación general del Condominio o sus fachadas, salvo acuerdo de la Asamblea de Propietarios. Esta disposición incluye el no colocar avisos o letreros en las ventanas de la edificación, a no ser que se encuentren autorizados por la Asamblea; así como no pintar o decorar los bienes comunes o la parte exterior de las paredes, ventanas y puertas de entrada de los apartamentos sin autorización previa del Administrador. No podrán los propietarios cambiar la forma externa de las fachadas, ni decorar las paredes, puertas o ventanas exteriores en forma alguna, o con colores, o estilos distintos a los del conjunto de la edificación [...]” “[...] xxv - Instalar

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

cualquier tipo de antena de radio, radioaficionado o radar, televisión u otro uso, salvo las autorizadas por la Junta Directiva [...]"

De manera que la normativa citada imposibilita a los residentes del Condominio Torres de Heredia para optar por otro servicio de telecomunicaciones que no utilice la infraestructura previamente construida para dicho fin; la cual, es administrada por el Condominio Torres de Heredia y en la que se encuentra instalada la red de fibra óptica de la ESPH.

Tal y como quedó indicado anteriormente, el hecho quinto está probado por cuanto el Condominio Torres de Heredia, desde su constitución, cuenta con el **"REGLAMENTO DE CONDOMINIO Y ADMINISTRACION O REGLAMENTO INTERNO DEL CONDOMINIO VERTICAL RESIDENCIAL TORRES DE HEREDIA FFM SEIS"**; el cual indica en el artículo veinticinco que:

"[...] Expresamente el Condominio otorga derecho de paso por las áreas comunes a favor de todas las entidades gubernamentales y locales, rectoras y reguladoras de los servicios públicos básicos tales como Instituto Costarricense de Electricidad, Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Compañía Nacional de Fuerza y Luz, Empresa de Servicios Públicos de Heredia y cualquier otra empresa de infocomunicaciones o servicios generales del Condominio que hayan sido previamente aprobadas y contratadas por la Desarrolladora, la Administración o por la asamblea de propietarios, para que realicen las obras que sean necesarias para la explotación y mantenimiento de los servicios e instalaciones, así como realizar excavaciones y zanjas necesarias para mantener el correcto funcionamiento de las instalaciones subterráneas o de infraestructura general."

Y en su artículo veintisiete se indica:

"Se prohíbe a los propietarios o arrendatarios y a cualquier otra persona que ocupe o posea inmuebles en el Condominio a cualquier título: [...] ix - Introducir modificaciones o reformas que afecten la conformación general del Condominio o sus fachadas, salvo acuerdo de la Asamblea de Propietarios. Esta disposición incluye el no colocar avisos o letreros en las ventanas de la edificación, a no ser que se encuentren autorizados por la Asamblea; así como no pintar o decorar los bienes comunes o la parte exterior de las paredes, ventanas y puertas de entrada de los apartamentos sin autorización previa del Administrador. No podrán los propietarios cambiar la forma externa de las fachadas, ni decorar las paredes, puertas o ventanas exteriores en forma alguna, o con colores, o estilos distintos a los del conjunto de la edificación [...]" "[...] xxv - Instalar cualquier tipo de antena de radio, radioaficionado o radar, televisión u otro uso, salvo las autorizadas por la Junta Directiva [...]"

De manera que la normativa citada imposibilita a los residentes del Condominio Torres de Heredia para optar por otro servicio de telecomunicaciones que no utilice la infraestructura previamente construida para dicho fin.

El anterior hecho corresponde a una de las barreras de entrada de tipo legal, el cual impidió a los condóminos del complejo residencial desde el año 2017 hasta el I semestre del 2022 optar por servicios de otros operadores de telecomunicaciones, que no fueran la ESPH. Esta barrera fue analizada en el apartado 4. Poder de mercado en la sección b. Barreras de entrada.

- **Hecho 6.** Desde el año 2017 y hasta la actualidad, la ESPH, instaló una red de fibra óptica en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia,

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana. Lo cual ha quedado comprobado a partir del escrito NI-06224-2020 y de las visitas de verificación realizadas por la SUTEL en fechas 22 de octubre y 15 de diciembre (Actas de verificación disponibles en el expediente a partir de Folio inicial 162 y 217, respectivamente).

- **Hecho 7.** Desde el 2017 y hasta el 08 de enero de 2022, la ESPH, comercializó de forma exclusiva el servicio de telecomunicaciones de acceso residencial a internet en el Condominio Torres de Heredia ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana, puntualmente el servicio de internet residencial. Lo cual ha quedado comprobado a partir de las visitas de verificación realizadas por la SUTEL en fechas 22 de octubre y 15 de diciembre (Actas de verificación disponibles en el expediente a partir de Folio inicial 162 y 217, respectivamente) y de los elementos desarrollados en la Sección “DEL ANÁLISIS DE LOS HECHOS PROBADOS EN RELACIÓN CON LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS”.
- **Hecho 8.** En la zona geográfica donde se ubica el Condominio Torres de Heredia, en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana, existen redes de varios operadores y/o proveedores que eventualmente podrían haber ofrecido servicios de telecomunicaciones fijos (en particular el servicio de internet residencial) a través de diferentes tecnologías de acceso en el citado inmueble. Pese a ello, la ESPH, desde el 2017 y hasta el 08 de enero de 2022, fue el único oferente del servicio de internet residencial que podían contratar los residentes del Condominio Torres de Heredia, siendo que el servicio de televisión por suscripción era provisto por TRANSDATELECOM S.A., cédula jurídica 3-101-303323 (en adelante Transdatelecom) y el servicio de telefonía fija, no se brindaba en el Condominio Torres de Heredia durante ese período. Lo cual ha quedado comprobado a partir de las visitas de verificación realizadas por la SUTEL en fechas 22 de octubre y 15 de diciembre (Actas de verificación disponibles en el expediente a partir de Folio inicial 162 y 217, respectivamente) y de los elementos desarrollados en la Sección “DEL ANÁLISIS DE LOS HECHOS PROBADOS EN RELACIÓN CON LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS” y del informe de investigación preliminar ROTC-00069-SUTEL-2021.
- **Hecho 9.** La ESPH, tiene dos modalidades de oferta mayorista en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana; a saber (1) Acceso al bucle de fibra bajo la modalidad RFoG y (2) acceso al bucle de fibra bajo la modalidad digital, no es un hecho controvertido.
- **Hecho 10.** El 03 de octubre del 2016 la ESPH, firmó un contrato mayorista de acceso al bucle de fibra bajo la modalidad RFoG con la empresa Transdatelecom, para la prestación de servicios de televisión por suscripción a clientes finales en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana, no es un hecho controvertido.
- **Hecho 11.** En el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana, los costos de acceso que cobra la ESPH, bajo la modalidad de RFoG eran de \$12 mensuales por cada cliente conectado, mientras que para la modalidad digital se aplicaba una fórmula ($y = -$

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

0.0021x 2+0.3328x+16.35), en la cual el costo, en otros aspectos, estaba en función de los megas de descarga por cliente conectado.

Se dan como probados los hechos 9, 10 y 11 del auto de traslado de cargos, por cuanto:

1. La ESPH, tiene dos modalidades de oferta mayorista en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana; a saber (1) Acceso al bucle de fibra bajo la modalidad RFoG y (2) acceso al bucle de fibra bajo la modalidad digital.
2. La ESPH, firmó un contrato mayorista de acceso al bucle de fibra bajo la modalidad RFoG con la empresa Transdatelecom, para la prestación de servicios de televisión por suscripción a clientes finales en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana.
3. La ESPH en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana, cobra por costos de acceso, bajo la modalidad de RFoG \$12 mensuales por cada cliente conectado.

La red de fibra óptica desplegada por la ESPH ofrecía la modalidad de acceso al bucle de fibra bajo la modalidad RFoG, hecho que quedó acreditado con lo indicado por el mismo operador en el NI-13016-2021 (folios 909 a 913), y a través de esta modalidad Transdatelecom firmó con la ESPH un contrato de acceso indirecto al bucle de fibra en redes FTTH punto multipunto, mismo que fue remitido por Transdatelecom en el NI-04407-2022 (folios 1360 a 1397).

En ese sentido, se tuvo por comprobado que dicho operador ofreció el servicio de televisión por suscripción a los condóminos del complejo residencial, sin embargo, la ESPH requirió el retiro de los servicios a Transdatelecom, según consta en NI-04407-2022 en el cual la empresa Transdatelecom indicó:

“Nuestra empresa brindó servicios en dicho condominio a inicios del 2016 hasta su período final en el año 2021 (...) en la actualidad y desde hace varios meses no ostentamos con ningún cliente dentro del condominio ya que por petición expresa de la administración del condominio y de la ESPH se nos requirió el retiro de nuestra operación.”

También consta dentro del expediente que durante la etapa de investigación preliminar mediante oficio ROTC-00027-SUTEL-2021 del 07 de mayo del 2021 se solicitó información a la ESPH referente a: *“Para el período de tiempo comprendido entre el año 2016 a abril 2020, indique los precios cobrados por su empresa para acceder a la red de fibra óptica.”*

En respuesta a dicha solicitud, la ESPH contestó (NI-06517-2021, folio 3): *“R/ Hoy en día brindamos el servicio de interconexión de acceso indirecto al bucle de fibra bajo la modalidad RFoG, y de momento al único operador que le ofrecemos este servicio es el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), el costo de servicio es de \$12 dólares mensuales por cada cliente conectado (...).”*

Adicionalmente, la ESPH aclaró e indicó los componentes de esa tarifa y el porcentaje que

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

cada uno representa en la tarifa (NI-11570-2022, folios 4 y 5).

En relación con todo lo indicado, en la definición de mercado relevante en el servicio minorista se estableció el mercado de servicio de televisión por suscripción, sin embargo, dicho mercado no fue analizado por parte de este órgano en relación con las prácticas realizadas por la ESPH puesto que no tuvo participación, únicamente se da por acreditados los hechos dado que consta prueba documental que así lo acredite.

- **Hecho 12.** Desde setiembre del 2019 y hasta el 08 de enero de 2022, la ESPH, recibió como mínimo dos solicitudes de ingreso al Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana; de las empresas TELECABLE S.A., cédula jurídica 3-101-336262 y CABLETICA S.A., cédula jurídica 3-101-747406, las cuales no pudieron ingresar al Condominio Torres de Heredia, debido a una negativa expresa de instalación por parte del representante del desarrollador del Condominio Torres de Heredia, a saber el señor Ricardo Molina en su condición de encargado de la administración, seguimiento y control del contrato referenciado en el hecho cuarto de este apartado; y porque posteriormente se vieron involucrados en un círculo interminable de trámites con la ESPH y la administración del Condominio Torres de Heredia, sin lograr obtener acceso a la infraestructura de soporte. Lo que queda comprobado con los escritos número NI-06088-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional; NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA; y NI-07443-2021 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional aportados por las empresas TELECABLE S.A.M INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD Y CABLETICA S.A., respectivamente, así como en la Sección “DEL ANÁLISIS DE LOS HECHOS PROBADOS EN RELACIÓN CON LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS” y del informe de investigación preliminar ROTC-00069-SUTEL-2021.
- **Hecho 13.** Que para que un tercero pueda brindar servicios de telecomunicaciones a un cliente final en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana, solamente es posible hacerlo por medio de la red de la fibra óptica de la ESPH y bajo la modalidad digital, para lo cual el tercero tendría que destinar entre un 67% y un 79% aproximadamente de la tarifa cobrada al consumidor por el servicio de internet fijo para el pago del uso de la red y en el caso del servicio de televisión por suscripción ese tercero tendría que destinar alrededor de un 65% de la tarifa cobrada al consumidor por dicho servicio para el pago del uso de la red. Lo que queda comprobado con lo desarrollado en la Sección “DEL ANÁLISIS DE LOS HECHOS PROBADOS EN RELACIÓN CON LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS” y del informe de investigación preliminar ROTC-00069-SUTEL-2021.
- **Hecho 15.** Que el 22 de octubre del 2020, funcionarios de la SUTEL, realizaron una primera inspección en el Condominio Torres de Heredia ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana; diligencia en la que participó la Administradora del citado condominio y que resaltó los siguientes puntos:
 1. Que al margen de la calle pública se ubica un primer poste en el cual se visualizan cuatro ductos de PVC de 2" pulgadas de diámetro aproximadamente; en dos de los ductos se observa el ingreso de dos redes de telecomunicaciones de fibra óptica identificadas con la etiqueta de "ICE-RACSA" que, según indicó la administradora, son los que dan acceso

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

al condominio.

2. Que se observa un segundo poste sobre la misma calle, el cual está rotulado como propiedad de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, con el número de identificación 13M310317 y que tiene cuatro ductos de PVC paralelos a su estructura, una red eléctrica en su parte superior, varias redes de telecomunicaciones tanto de cobre como coaxial y en este una red de fibra óptica identificada con la etiqueta de "UFINET".
3. Que en la postería localizada en la entrada de ingreso al Condominio e indicada por la Administradora del Condominio, como de ingreso de las redes de telecomunicaciones, no se logró localizar, ni visualizar la red pública de telecomunicaciones propiedad de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH) que ingresa al Condominio.
4. Que, siguiendo el recorrido hacia el portón de ingreso al complejo residencial, se visualizaron dos estructuras subterráneas correspondientes a las cajas de registros de telecomunicaciones, las cuales no se abrieron dado que según indicó la administradora son de acceso y uso exclusivo de la ESPH. De igual manera la administradora manifestó que para brindar cualquier tipo de servicio de telecomunicaciones deberá realizarse de manera subterránea por los registros correspondientes.
5. Que en el sótano de la Torre A, se ubican tres cuartos con equipo e infraestructura de telecomunicaciones.
6. Que en el primer cuarto de telecomunicaciones se observa el ingreso de una red de telecomunicaciones de fibra óptica identificada con una etiqueta con el nombre de "ESPH" y su correspondiente logo; además, se observa otra fibra óptica que no está identificada ni etiquetada. Asimismo, se visualiza un ducto de salida de PVC en donde se identifican cinco redes de telecomunicaciones de fibra óptica, las cuales no se encuentran identificadas o etiquetadas. Por último, se observa un ducto principal de plástico corrugado con cuatro subductos de colores los cuales dos están ocupados y los otros desocupados.

Lo cual ha quedado comprobado a partir del Acta de la visita de verificación realizada por la SUTEL en fecha 22 de octubre (Acta de verificación disponibles en el expediente a partir de Folio inicial 162).

- **Hecho 16.** Que el 15 de diciembre del 2020, funcionarios de la SUTEL, junto con trabajadores de la ESPH, realizaron una segunda inspección en el Condominio Torres de Heredia ubicado en la provincia de Heredia, cantón de Heredia, distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana; diligencia que resaltó los siguientes puntos:
 1. Que la visita inicia al margen de la calle pública frente a la Zona Franca Metropolitana, con la ubicación del poste propiedad de la ESPH (número de identificación 0513M166M) que, según lo indicado por los funcionarios de esa empresa, es para el soporte de la red de distribución eléctrica y las redes de telecomunicaciones del Condominio Torres de Heredia.
 2. Que en el poste se observan cuatro ductos paralelos, cada uno de 2" de diámetro, de los

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

cuales dos ductos poseen, respectivamente, un ducto de transición, por donde ingresan las redes de fibra óptica (F.O.)

3. Que cercano al poste de la ESPH, se ubica una arqueta de telecomunicaciones y en el interior se observa en cuanto a los cuatro ductos de entrada que tienen 2" de diámetro, lo siguiente: i. Un ducto posee una red de F.O., identificada con la etiqueta del "ICE". ii. Un ducto posee dos redes de F.O., una red identificada con la etiqueta de la "ESPH" y otra con una etiqueta de "UFINET". iii. Dos ductos no poseen cableado. Y en cuanto a los cuatro ductos de salida, las cuales tienen un tamaño de 2" de diámetro, se observa que: i. Uno posee dos redes de F.O., una identificada con la etiqueta de la "ESPH" y otra con la etiqueta del "ICE". ii. Uno posee una tercera red de F.O. identificada con la etiqueta de Ufinet. iii. Dos ductos no poseen cableado.
4. Que en una segunda caja de registro se observa respecto a los ductos de entrada que hay 3 poliductos de 1 1/4" cada uno, con el siguiente detalle:
 - i. En el poliducto denominado "1":
 - Existen tres redes de F.O. sin identificación que ocupan dos subductos. En particular, un subducto posee ocupación de una red y otro posee ocupación de dos redes.
 - Se visualizan los subductos de color amarillo y rojo completamente libres de cableado,
 - ii. En el poliducto denominado "2":
 - Todos los subductos están disponibles.
 - iii. En el poliducto denominado "3":
 - Existen tres redes F.O. que ingresan. Una de las redes está etiquetada con la identificación "ICE.", otra como "ESPH", y finalmente, una sin identificación. No es posible visualizar la ruta de ingreso de las redes en los ductos.
 - En este poliducto, se visualizan los dos subductos completamente libres de cableado

Respecto a los ductos de salida en esta segunda caja de registro se visualizan dos rutas (bifurcación) de las redes de telecomunicaciones; que, según lo indicado por los funcionarios de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, a cada una le corresponde atender un sector particular que componen el complejo Torres de Heredia: la zona residencial y la zona comercial:

- i. Se visualizan tres poliductos, que se subdividen en doce subductos de 1 1/4" de diámetro cada uno; y en los subductos se ubican cinco redes. Se visualizan al menos cuatro ductos libres de cableado.
 - ii. En la ruta denominada como "2" se observan dos poliductos con ocho subductos de 1 1/4" de diámetro cada uno, observándose cuatro redes sin identificación que se dirigen a la zona comercial de Torres de Heredia. Se visualizan seis subductos libres de cableado.
5. Que en el cuarto de telecomunicaciones se observa el ingreso subterráneo de una red de F.O., propiedad de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH) a un rack; el rack posee dos equipos pasivos de telecomunicaciones que hacen la distribución y conexión de las redes de telecomunicaciones hacia la Torre A y la Torre B; una canasta

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

de distribución de red de F.O; una arqueta subterránea, que tiene veinte subductos instalados de 1" de diámetro cada uno, que distribuyen tres redes de F.O. Existen al menos diez subductos sin ningún cableado de telecomunicaciones.

Lo cual ha quedado comprobado a partir de Acta de la visita de verificación realizada por la SUTEL en fecha 15 de diciembre (Acta de verificación disponible en el expediente a partir de Folio inicial 217).

- **Hecho 17.** Que de las dos inspecciones realizadas en fechas 22 de octubre y 15 de diciembre, ambas fechas del 2020, es posible concluir en cuanto a la infraestructura de soporte, que esta se observa con un nivel de ocupación que no supera el 50% de la capacidad disponible, llegando incluso a ser menor en algunos casos inspeccionados por la SUTEL, en el que la presencia de ductos y subductos totalmente libres de redes y arquetas y cajas de registro con la mayor parte de su volumen libre, es una constante en el inmueble; entendiéndose de esta forma que a nivel técnico la introducción de redes de telecomunicaciones adicionales en el Condominio Torres de Heredia era factible y que el espacio disponible dentro de esta infraestructura no se constituye en una barrera de entrada para este fin. Similar situación se observa a nivel de los cuartos de telecomunicaciones, siendo que en el cuarto externo a las Torres A y B existe la posibilidad de colocar equipos en el rack que ya se encuentra instalado e incluso introducir más racks si esto resultase necesario, circunstancia traslativa a las canastas de distribución presentes, las cuales también tienen una reducida ocupación.

Lo cual ha quedado comprobado a partir de Acta de la visita de verificación realizada por la SUTEL en fecha 15 de diciembre (Acta de verificación disponible en el expediente a partir de Folio inicial 217).

- **Hecho 18.** Que el 7 de octubre del 2021 la ESPH, le comunicó a la SUTEL, sobre el cese del servicio de internet residencial a partir del 8 de enero del 2022, en el Condominio Torres de Heredia. Se da probado el hecho 18 por cuanto la ESPH solicitó el cese del servicio de internet ante la SUTEL, hecho que quedó acreditado mediante documento de ingreso NI-13069-2021 (folios 1319 a 1326), el cual señala que dejará de ofrecer el servicio de internet residencial en el Condominio Torres de Heredia a partir del 8 de enero del 2022.

TERCERO. HECHOS NO PROBADOS

Dentro del procedimiento especial de competencia seguido contra la ESPH, no se tienen por probados los siguientes hechos:

- **Hecho 14.** Que la ESPH, obtenía una ganancia económica al controlar la red digital, ya que únicamente brindaba el servicio de internet para velocidades superiores a 10 Mbps y sus precios eran de los más altos del mercado. Y a pesar de que los precios a los que brinda ese servicio son altos, en apariencia, el porcentaje que resta de la tarifa cobrada al consumidor y el costo de alquiler que presuntamente indica la ESPH que cobraría a un tercero, podría generar que la ESPH no pueda cubrir costos propios de operación y obtener alguna utilidad.

CUARTO. SOBRE EXCEPCIONES, CUESTIONES INCIDENTALES Y DE MERO TRÁMITE

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

La representación de la ESPH, durante la audiencia oral y privada celebrada el día 01 de noviembre del 2022, misma que continuó el 15 de noviembre del 2022 para la evacuación de la prueba para mejor resolver, no interpuso excepciones o incidentes, que se tengan pendientes por resolver.

QUINTO. DE LA PRUEBA EVACUADA DURANTE LA COMPARECENCIA ORAL Y PRIVADA**I. DE LA PRUEBA ADMITIDA****1. DE LA PRUEBA DOCUMENTAL QUE CONSTA EN EL EXPEDIENTE**

En la etapa de instrucción, a través de la resolución ROTC-00076-SUTEL-2022 (documento electrónico, folio inicial 1538) se indicó que el expediente está conformado por:

- Oficio DAC-PACO-OF-033-2020 del 23 de marzo del 2020 (NI-03873-2020) mediante el cual la Plataforma de Apoyo al Consumidor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), remitió a la Dirección General de Calidad (DGC) de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) una reclamación interpuesta (CAS-32431-R9L2X9) por Ricardo Toledo Lora por supuestos problemas con el servicio de telefonía, cable e internet suscrito con la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH) (documento electrónico, folio inicial 2).
- Oficio 02875-SUTEL-DGC-2020 del 01 de abril del 2020 mediante el cual la DGC traslada al Órgano Técnico de Competencia (OTC) reclamación interpuesta por Ricardo Toledo Lora por supuestas prácticas monopolísticas por parte de la ESPH (documento electrónico, Folio inicial 12).
- Oficio 02981-SUTEL-OTC-2020 del 03 de abril del 2020 mediante el cual el Encargado de Investigaciones del OTC previno al señor Ricardo Toledo Lora sobre el cumplimiento de las formalidades de la denuncia (documento electrónico, Folio inicial 15).
- Correo electrónico del 04 de abril del 2020 (NI-04312-2020) mediante el cual el señor Ricardo Toledo Lora da repuesta a la prevención de cumplimiento de las formalidades de la denuncia solicitadas por oficio 02981-SUTEL-OTC-2020 (documento electrónico, Folio inicial 18).
- Resolución ROTC-00009-SUTEL-2020, de las 11:15 horas del 13 de abril del 2020, mediante la cual el Encargado de Investigaciones del OTC dispuso el inicio de una investigación preliminar, por supuesta infracción a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y a la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736 (documento electrónico, Folio inicial 36).
- Oficio 03877-SUTEL-OTC-2020 del 06 de mayo del 2020 mediante el cual el Encargado de Investigaciones del OTC, solicitó información a la señora Maybel Bado, Administradora del Condominio Torres de Heredia (Documento electrónico, Folio inicial 39).
- Oficio 03878-SUTEL-OTC-2020 del 06 de mayo del 2020 mediante el cual el Encargado de Investigaciones del OTC, solicitó información a la Empresa de Servicios Públicos de

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Heredia (ESPH) (documento electrónico, Folio inicial 42).

- Oficio 03879-SUTEL-OTC-2020 del 06 de mayo del 2020 por el cual el Encargado de Investigaciones del OTC, solicitó información al señor Pablo Rojas como miembro de la Junta Directiva del Condominio Residencial Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 48).
- Oficio 03880-SUTEL-OTC-2020 del 06 de mayo del 2020 por el cual el Encargado de Investigaciones del OTC, solicitó información a Telecable S.A. (documento electrónico, folio inicial 51).
- Correo electrónico del 12 de mayo del 2020 (NI-06088-2020) por el cual Telecable S.A. remitió la información solicitada mediante oficio 03880-SUTEL-OTC-2020 (documento electrónico, folio inicial 54).
- Correo electrónico del 15 de mayo del 2020 (NI-06224-2020) por el cual la señora Maybel Bado, Administradora del Condominio remitió la información solicitada mediante oficio 03877-SUTEL-OTC-2020 (documento electrónico, folio inicial 78).
- Correo electrónico del 27 de mayo del 2020 (NI-06822-2020) por el cual la ESPH remitió la información solicitada mediante oficio 03878-SUTEL-OTC-2020 (documento electrónico, folio inicial 92).
- Oficio 07680-SUTEL-OTC-2020 del 28 de agosto del 2020 por el cual se remitió al expediente administrativo un acta de diligencias previas (documento electrónico, folio inicial 109).
- Oficio 08040-SUTEL-OTC-2020 del 09 de setiembre del 2020 por el cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la Dirección General de Competencia (DGCO) le previno al señor Pablo Rojas como miembro de la Junta Directiva del Condominio Residencial Torres de Heredia, la entrega de la solicitud de información requerida en el oficio 03879-SUTEL-OTC-2020 (documento electrónico, folio inicial 116).
- Oficio 08042-SUTEL-OTC-2020 del 09 de setiembre del 2020 mediante la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO remitió una solicitud de aclaración sobre el estado del trámite ante la ESPH a Telecable S.A. (documento electrónico, folio inicial 120).
- Resolución ROTC-00010-SUTEL-2020 de las 8:45 horas del 16 de setiembre del 2020, por la cual la Jefatura de Investigaciones y Concentraciones de la DGCO, solicitó información a Cabletica S.A. (Documento electrónico, folio inicial 123).
- Correo electrónico del 28 de setiembre del 2020 (NI-13129-2020) por el cual Cabletica S.A. remitió la información solicitada mediante resolución ROTC-00010-SUTEL-2020 de las 8:45 horas del 16 de setiembre del 2020 (documento electrónico, folio inicial 133).
- Correo electrónico del 29 de setiembre del 2020 (NI-13211-2020) por el cual Telecable S.A. remitió la información solicitada mediante oficio 08042-SUTEL-OTC-2020

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

(documento electrónico, folio inicial 138).

- Oficio 09348-SUTEL-OTC-2020 del 19 de octubre del 2020 por el cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO efectuó una solicitud de visita de verificación en el Condominio Torres de Heredia a la señora Maybel Bado, administradora del inmueble (documento electrónico, folio inicial 159).
- Correo electrónico del 21 de octubre del 2020 (NI-14337-2020) por el cual la señora Maybel Bado, Administradora del Condominio confirma la fecha para la visita de verificación en el Condominio Torres de Heredia (Documento electrónico, folio inicial 161).
- Correo electrónico del 26 de octubre del 2020, por el cual se remitió al expediente administrativo el acta de visita de verificación y registro fotográfico realizada el día 22 de octubre del 2020 en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 162).
- Correo electrónico del 29 de octubre del 2020 (NI-14753-2020) por el cual el señor Felipe Suarez Fernández interpone una denuncia contra la ESPH por una supuesta práctica monopolística en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 178).
- Oficio 10690-SUTEL-OTC-2020 del 24 de noviembre del 2020 mediante el cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO solicita la asistencia y colaboración de la ESPH en la visita de verificación programada para el 15 de diciembre del 2020 en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 194).
- Oficio 10691-SUTEL-OTC-2020 del 24 de noviembre del 2020 por el cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO solicita una nueva visita de verificación a la señora Maybel Bado Administradora del Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 196).
- Correo electrónico del 24 de noviembre del 2020 (NI-16124-2020) por el cual señora Maybel Bado, Administradora del Condominio confirma la fecha para la visita de verificación en el Condominio Torres de Heredia (Documento electrónico, folio inicial 198).
- Oficio 10765-SUTEL-OTC-2020 del 25 de noviembre del 2020, por el cual se remitió al expediente el informe de visita de verificación realizada el 22 de octubre del 2020 en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 199).
- Correo electrónico del 1 de diciembre del 2020 (NI-16475-2020) por el cual el señor Felipe Suarez Fernández presentó una consulta sobre el estado del expediente (documento electrónico, folio inicial 207).
- Correo electrónico del 1 de diciembre del 2020 (NI-16503-2020) por el cual la ESPH remite respuesta a la información solicitada mediante oficio 10690-SUTEL-OTC-2020 (documento electrónico, folio inicial 211).
- Correo electrónico del 1 de diciembre del 2020 por el cual la DGCO da respuesta sobre

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

el estado del expediente planteada mediante NI-16475-2020 (documento electrónico, folio inicial 213).

- Correo electrónico del 16 de diciembre del 2020, por el cual se remitió al expediente el acta de visita de verificación y registro fotográfico realizado el 15 de diciembre del 2020 en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 217).
- Resolución ROTC-00001-SUTEL-2021 de las 14:47 horas del 06 de enero del 2021, por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO le previene al señor Felipe Suarez Fernández sobre el cumplimiento de las formalidades de la denuncia (documento electrónico, folio inicial 229).
- Resolución ROTC-00003-SUTEL-2021 de las 13:25 horas del 08 de enero del 2021 por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO, le previene a la señora Maybel Bado, Administradora del Condominio que aporte una copia del Reglamento del Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 236).
- Correo electrónico del 08 de enero del 2021 (NI-00390-2021) por el cual la señora Maybel Bado, Administradora del Condominio Torres de Heredia remite copia en formato .doc el Reglamento del Condominio (documento electrónico, folio inicial 243).
- Resolución ROTC-00007-SUTEL-2021 de las 15:45 horas del 23 de febrero del 2021, por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO, le solicitó información a la señora Maybel Bado, Administradora del Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 272).
- Correo electrónico del 25 de febrero del 2021 (NI-02561-2021) por el cual la señora Maybel Bado, Administradora del Condominio Torres de Heredia, indica que la documentación puede ser retirada en sus oficinas (documento electrónico, folio inicial 279).
- Correo electrónico del 26 de febrero del 2021 por el cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO solicitó la remisión de la documentación solicitada mediante ROTC-00007-SUTEL-2021 de manera física a la SUTEL o en su defecto por correo electrónico (documento electrónico, folio inicial 280).
- Documento del 01 de marzo del 2021 (NI-02635-2021) recibido en la SUTEL el 26 de febrero del 2020 por el cual la señora Maybel Bado, Administradora del Condominio Torres de Heredia, remite de manera electrónica la documentación solicitada mediante resolución ROTC-00007-SUTEL-2021 (Documento electrónico, folio inicial 281).
- Oficio 02146-SUTEL-OTC-2021 del 15 de marzo del 2021, por el cual se emitió el informe de segunda visita de verificación realizada el 15 de diciembre de 2020 en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 613).
- Correo electrónico del 9 de abril del 2021 (NI-04375-2021) por el cual la señora Maybel Bado Administradora del Condominio Torres de Heredia presentó una consulta sobre el estado del expediente (documento electrónico, folio inicial 633).

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

- Resolución ROTC-00022-SUTEL-2021 de las 15:55 horas del 12 de abril del 2021, por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones dispuso ampliar el plazo de la investigación preliminar por un plazo de seis meses adicionales a partir del vencimiento del plazo original, conforme al artículo 38 de la Ley 9736 (documento electrónico, folio inicial 635).
- Correo electrónico del 15 de abril del 2021 por el cual la DGCO da respuesta sobre el estado del expediente plantado mediante NI-04375-2021 (documento electrónico, folio inicial 641).
- Extracto de un artículo denominado *“COSTA RICA: Grupo Inmobiliario del Parque invierte más de US\$30 millones en nuevo proyecto”* publicado en la Revista SUMMA del 25 de abril del 2014 (documento electrónico, folio inicial 642).
- Estudio registral realizado al sistema electrónico de consultas CREDID de la sociedad GRUPO INMOBILIARIO DEL PARQUE S.L.B SOCIEDAD ANÓNIMA, con cédula jurídica 3-101-451889 (documento electrónico, folio inicial 646).
- Estudio registral realizado al sistema electrónico de consultas CREDID de la sociedad INMOBILIARIA PUNTA FINA FPSO SOCIEDAD ANÓNIMA, con cédula jurídica 3-101-666064 (Documento electrónico, folio inicial 647).
- Publicación del Diario Oficial La Gaceta N° 197 del lunes 14 de octubre del 2013, página 74, en el cual se publicó un edicto para la inscripción del nombre comercial CONDOMINIO TORRES DE HEREDIA (documento electrónico, folio inicial 648).
- Certificación literal de la sociedad KOMMUNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, con cédula jurídica 3-102-703783 (documento electrónico, folio 649).
- Documento denominado *“Reglamento de Condiciones técnicas para la accesibilidad de la infraestructura de postería de la ESPH S.A.”* publicado en La Gaceta N°163 del 25 de agosto del 2011 (Documento electrónico, folio inicial 651).
- Oficio 03652-SUTEL-OTC-2021 del 05 de mayo del 2021 por el cual se remitió al expediente administrativo un acta de diligencias previas (documento electrónico, folio inicial 665).
- Resolución ROTC-00027-SUTEL-2021 de las 08:35 horas del 07 de mayo del 2021 por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO, solicitó información a la ESPH (documento electrónico, folio inicial 667).
- Resolución ROTC-00028-SUTEL-2021 de las 08:45 horas del 07 de mayo del 2021 por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO, solicitó información a Cabletica S.A. (documento electrónico, folio inicial 675).
- Escritura de constitución de la sociedad KOMMUNA SOCIEDAD ANÓNIMA (primera parte) (documento electrónico, folio inicial 683).

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

- Escritura de constitución de la sociedad KOMMUNA SOCIEDAD ANÓNIMA (segunda parte) (documento electrónico, folio inicial 685).
- Escritura de transformación de la sociedad KOMMUNA SOCIEDAD ANÓNIMA a KOMMUNA SOCIEDAD RESPONSABILIDAD LIMITADA (documento electrónico, folio inicial 687).
- Resolución ROTC-00029-SUTEL-2021 de las 09:55 horas del 11 de mayo del 2021 por el cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO, solicitó información a Telecable S.A. (documento electrónico, folio inicial 697).
- Correo electrónico del 20 de mayo del 2021 (NI-06203-2021) por el cual la ESPH presenta a la DGCO una solicitud de prórroga para la entrega de la información solicitada mediante resolución ROTC-00027-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 704).
- Correo electrónico del 26 de mayo del 2021 (NI-06517-2021) por el cual la ESPH remite a la DGCO la información solicitada mediante la resolución ROTC-00027-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 706).
- Resolución ROTC-00033-SUTEL-2021 de las 15:20 horas del 28 de mayo del 2021, por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO resolvió la solicitud de prórroga de entrega de información solicitada por la ESPH (documento electrónico, folio inicial 710).
- Resolución ROTC-00035-SUTEL-2021 de las 14:15 horas del 02 de junio del 2021, por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO previno a Cabletica S.A. sobre la entrega de información solicitada mediante resolución ROTC-00028-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 715).
- Resolución ROTC-00036-SUTEL-2021 de las 14:20 horas del 02 de junio del 2021, por el cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO previno a Telecable S.A. sobre la entrega de información solicitada mediante resolución ROTC-00029-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 722).
- Correo electrónico del 08 de junio del 2021 (NI-07265-2021) por el cual Telecable S.A. remite a la DGCO la información solicitada mediante la resolución ROTC-00029-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 729).
- Documento del 08 de junio del 2021 (NI-07267-2021) en el cual, la ESPH remite a la DGCO la información solicitada mediante resolución ROTC-00033-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 750).
- Correo electrónico del 14 de junio del 2021 (NI-07443-2021) por el cual Cabletica S.A. remite a la DGCO la información solicitada mediante resolución ROTC-00035-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 752).
- Oficio 05362-SUTEL-DGC-2021 del 25 de junio del 2021 por el cual la Dirección General

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

de Calidad (DGC) remitió una reclamación interpuesta por Carlos Rivera Triunfo contra la ESPH en el Condominio Torres de Heredia (Documento electrónico, folio inicial 755).

- Resolución ROTC-00040-SUTEL-2021 de las 12:27 horas del 19 de julio del 2021 por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO previene a Carlos Rivera Triunfo sobre el cumplimiento de los requisitos de la denuncia (documento electrónico, folio inicial 760).
- Correo electrónico del 22 de julio del 2021 (NI-09179-2021) por el cual el señor Carlos Rivera Triunfo remite a la DGCO el cumplimiento de los requisitos de la denuncia (documento electrónico, folio inicial 767).
- Resolución ROTC-00054-SUTEL-2021 de las 11:28 del 26 de agosto del 2021 por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO solicita información a la ESPH (documento electrónico, folio inicial 771).
- Resolución ROTC-00056-SUTEL-2021 de las 14:42 del 01 de setiembre del 2021, por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones de la DGCO solicita a la ESPH completar la información remitida el 26 de mayo del 2021 mediante documento de ingreso NI-06517-2021 (documento electrónico, folio inicial 778).
- Correo electrónico del 8 de setiembre del 2021 (NI-11497-2021) por el cual la ESPH remite la información solicitada mediante resolución ROTC-00056-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 784).
- Correo electrónico del 09 de setiembre del 2021 (NI-11570-2021) por el cual la ESPH remite la información solicitada mediante resolución ROTC-00054-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 789).
- Resolución ROTC-00059-SUTEL-2021 de las 14:55 horas del 17 de setiembre del 2021, por la cual la Jefatura Investigación y Concentraciones de la DGCO, solicita información al ICE (documento electrónico, folio inicial 799).
- Correo electrónico del 28 de setiembre del 2021, por el cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones solicita al área de Gestión Documental de la SUTEL incorporar una copia del NI-07065-2021 con sus adjuntos (documento electrónico, folio inicial 805).
- Copia del correo electrónico del 07 de junio del 2021 (NI-07065-2021) por el cual ingresa a la SUTEL a la DGC un formulario de reclamación de servicios presentada por Carlos Rivera Triunfo (documento electrónico, folio inicial 806).
- Resolución ROTC-00062-SUTEL-2021 de las 10:30 horas del 29 de setiembre del 2021, por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones rechaza de plano la denuncia interpuesta por Felipe Suarez por presunta práctica monopolística en el Condominio Torres de Heredia (documento electrónico, folio inicial 890).
- Correo electrónico del 29 de setiembre del 2021 (NI-12588-2021) por el cual se recibe respuesta por parte de Felipe Suárez en relación con el rechazo de plano a la denuncia

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

interpuesta (documento electrónico, folio inicial 895).

- Resolución ROTC-00063-SUTEL-2021 de las 12:15 horas del 01 de octubre del 2021, por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones solicita a la ESPH aclarar la información remitida mediante documento de ingreso NI-06517-2021 (documento electrónico, folio inicial 896).
- Correo electrónico del 1 de octubre del 2021 por el cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones remitió al expediente administrativo copia de un correo electrónico enviado a Raquel Cordero Araica, funcionaria de la Dirección General de Mercados (DGM) en relación con la información suministrada por la aplicación Mi Comparador (documento electrónico, folio inicial 903).
- Correo electrónico del 04 de octubre del 2021 (NI-12812-2021) por el cual el ICE remite la información solicitada mediante resolución ROTC-00059-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 904).
- Correo electrónico del 06 de octubre del 2021 (NI-13016-2021) por el cual la ESPH remite la información solicitada mediante resolución ROTC-00063-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 909).
- Correo electrónico del 07 de octubre del 2021 (NI-13059-2021) por el cual el ICE remite información complementaria a la enviada mediante documento de ingreso NI-12812-2021 (documento electrónico, folio inicial 914).
- Resolución ROTC-00065-SUTEL-2021 de las 10:05 horas del 13 de octubre del 2021, la Jefatura de Investigación y Concentraciones emitió la confidencialidad de piezas del expediente (documento electrónico, folio inicial 920).
- Resolución ROTC-00066-SUTEL-2021 de las 10:10 horas del 13 de octubre del 2021, la Jefatura de Investigación y Concentraciones emitió la confidencialidad de piezas del expediente (documento electrónico, folio inicial 936).
- Resolución ROTC-00067-SUTEL-2021 de las 09:07 horas del 13 de octubre del 2021, la Jefatura de Investigación y Concentraciones emitió la confidencialidad de piezas del expediente (documento electrónico, folio inicial 957).
- Resolución ROTC-00068-SUTEL-2021 de las 08:55 horas del 13 de octubre del 2021, por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones emitió la confidencialidad de piezas del expediente (documento electrónico, folio inicial 976).
- Resolución ROTC-00069-SUTEL-2021 del 13 de octubre del 2021 de las 13:07 horas, por la cual la Jefatura de Investigación y Concentraciones “RESUELVE DENUNCIA POR PRESUNTAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN EL CONDOMINIO TORRES DE HEREDIA” tramitada en el expediente GCO-OTC-PM-00695-2020 (documento electrónico, folio inicial 992).
- Correo electrónico del 13 de octubre del 2021 por el cual la Jefatura de Investigación y

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Concentraciones solicita al área de Gestión Documental de la SUTEL darle acceso al expediente a la señora Silvia León Jefatura de Instrucción de la Dirección de Competencia (documento electrónico, folio inicial 1003).

Los cuatro legajos confidenciales, se encuentran conformados de la siguiente manera:

A. El legajo confidencial de acceso a Kommuna S.R.L y a la SUTEL se encuentra conformado por los siguientes documentos:

- Correo electrónico del 15 de mayo del 2020 (NI-06224-2020) por el cual la señora Maybel Bado, Administradora del Condominio remitió la información solicitada mediante oficio 03877-SUTEL-OTC-2020 (documento electrónico, folio inicial 78) y por los siguientes documentos electrónicos relacionados con este correo electrónico:
 - “Edgar Allan Benavides 4”
 - “Edgar Benavides 5”

B. El legajo confidencial de acceso a la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE HEREDIA y a la SUTEL se encuentra conformado por los siguientes documentos:

- Correo electrónico del 27 de mayo del 2020 (NI-06822-2020) por el cual la ESPH remitió la información solicitada mediante oficio 03878-SUTEL-OTC-2020 (documento electrónico, folio inicial 92) y por los siguientes documentos electrónicos relacionados con este correo electrónico:
 - “Addendum al Contrato Torres de Heredia 4”
 - “Contrato Torres de Heredia 5”
 - “Reporte de listado de clientes Torres de Heredia”
- Correo electrónico del 09 de setiembre del 2021 (NI-11570-2021) por el cual la ESPH remite la información solicitada mediante resolución ROTC-00054-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 789) y por los siguientes documentos electrónicos relacionados con este correo electrónico:
 - INV-178-03-08-3-2019
 - INV-178|03-08-3-2020
 - INV-178-03-08-3-2021
 - INV-178-03-08-6-2016
 - INV-178-03-08-6-2017
 - INV-178-03-08-6-2018
 - INV-178-03-08-9-2015
 - MAN-980-01-08-10-2017
 - MAN-980-01-08-10-2018
 - MAN-980-01-08-11-2016
 - MAN-980-01-08-3-2019
 - MAN-980-01-08-3-2020
 - MAN-980-01-08-3-2021

C. El legajo confidencial de acceso al INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (en adelante ICE) y a la SUTEL se encuentra conformado por los siguientes documentos:

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

- Correo electrónico del 04 de octubre del 2021 (NI-12812-2021) por el cual el ICE remite la información solicitada mediante resolución ROTC-00059-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 904).
- Correo electrónico del 07 de octubre del 2021 (NI-13059-2021) por el cual el ICE remite información complementaria a la enviada mediante documento de ingreso NI-12812-2021 (documento electrónico, folio inicial 914).
 - "Adjunto 1. Anexo 1 carta 9084-306-2021"
 - "Adjunto 4. Anexo carta 9182-385-2021"
 - "Adjunto 5. Anexo 6000-2196-2021"

D. El legajo confidencial de acceso a TELECABLE S.A. y a la SUTEL se encuentra conformado por los siguientes documentos:

- Correo electrónico del 08 de junio del 2021 (NI-07265-2021) por el cual Telecable S.A. remite a la DGCO la información solicitada mediante la resolución ROTC-00029-SUTEL-2021 (documento electrónico, folio inicial 729).
 - "Carta de autorización de ingreso Telecable-03"
 - "Propuesta de Telecable red FTTH para condominio Torres de Heredia-02"
 - "Propuesta fibra óptica Telecable_ejemplo-04"
 - "Respuesta oficio 0036-SUTEL-ROTC-2021 FD-05"

Además, del informe de actuaciones de la etapa de instrucción de procedimiento especial, remitido al Órgano Decisor del procedimiento, mediante oficio 07125-SUTEL-OTC-2022, se detalla la siguiente prueba documental:

- Reportes de facturación a Operadores (archivos .pdf identificados como: "Prueba 1 parte 1", "Prueba 1 parte 2", "Prueba 1 parte 3", "Prueba 1 parte 4").
- Comunicaciones con Telecable (archivo .pdf identificado como: "Prueba 2")
- Trámites de Solicitudes de Infraestructura (archivos .pdf identificados como: "Prueba 3 parte 1", "Prueba 3 parte 2").
- Legajo confidencial de ESPH que consta en el expediente y que incorpora los archivos .pdf (i) NI-06822-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional, (ii) NI-11570-2021 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional.
- Reglamento de condominio y administración interno del condominio vertical, residencial, comercial, turístico de Torres de Heredia
- NI-03873-2020 Formulario de Reclamación
- NI-04312-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- NI-06088-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- NI-06224-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- NI-06822-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- 07680-SUTEL-OTC-2020 - Acta de realización de diligencias
- NI-13129-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- NI-13211-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- Acta de visita y Registro fotográfico Condominio Torres de Heredia
- NI-14753-2020 Aporte de Información

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

- 10765-SUTEL-OTC-2020 - INFORME DE VISITA DE VERIFICACIÓN
- Remisión acta de visita de verificación
- NI-00390-2021 REMISIÓN DE REGLAMENTO
- NI-02635-2021 REGLAMENTO Y ACTA CONSTITUTIVA
- 02146-SUTEL-OTC-2021 - Informe de segunda visita
- Revista Summa 25/04/2014
- Consulta Estudio Registral (Inmobiliaria el Parque)
- Consulta Estudio Registral (Inmobiliaria Punta Fina)
- Publicación en La Gaceta
- Certificación Literal
- Reglamento posteria ESPH
- 03652-SUTEL-OTC-2021 - Acta de realización de diligencias
- Escritura Kommuna S.A.(Parte I)
- Escritura Kommuna S.A. (Parte II)
- Escritura transformación Kommuna S.A. a SRL
- NI-07065-2021 Formulario de Reclamación
- NI-07265-2021 Aporte de Información
- NI-07443-2021 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- Remisión de Información Mi Comparador
- NI-09179-2021 RESPUESTA A AUDIENCIA
- NI-12812-2021 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA
- 02167-SUTEL-RNT-2022 - Respuesta a solicitud
- NI-13069-2021 SOLICITUD DE MODIFICACIÓN
- 09694-SUTEL-DGC-2021 - Criterio Técnico sobre Cese del servicio de Internet residencial
- 09967-SUTEL-SCS-2021 - Acuerdo del Consejo
- 10957-SUTEL-SCS-2021 - Acuerdo del Consejo
- 11548-SUTEL-SCS-2021 - Acuerdo del Consejo
- 00435-SUTEL-SCS-2022 - Acuerdo del Consejo
- NI-04407-2022 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- NI-05038-2022 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- NI-05475-2022 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional
- NI-05591-2022 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional

2. DE LA PRUEBA TESTIMONIAL OFRECIDA POR LA PARTE

De conformidad con el oficio 07125-SUTEL-OTC-2022, la Jefatura de Instrucción, Promoción y Abogacía admitió como prueba testimonial aportada por la ESPH, a los siguientes testigos:

Cuadro 1
Prueba testimonial ofrecida por la ESPH

Testigo	Hecho controvertido declarado
Johan Montero Araya	11 y 15
Francisco Rodríguez Rodríguez	4, 5, 6,7,13,14,16 y 17
Daniel Vargas Salas	4, 5, 6,7,13,14,16 y 17
Max Elizondo Castro	12

Fuente: Elaboración propia con información del expediente GCO-OTC-PM-00695-2020

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

En la comparecencia oral y privada, celebrada el 01 de noviembre del 2022, el Órgano Decisor procedió a evacuar a los testigos admitidos en la etapa de instrucción. Las declaraciones de dichos testigos constan en los siguientes archivos de audio dentro del expediente administrativo:

Cuadro 2

Prueba testimonial: declaraciones de los testigos

Testigo	Archivo de audio
Johan Montero Araya	r06830 2022-11-01 11-20-31, r06830 2022-11-01 11-40-32, r06830 2022-11-01 12-07-12 y r06830 2022-11-01 12-27-13
Francisco Rodríguez Rodríguez	r06830 2022-11-01 09-04-29, 09-24-28, 09-44-28, 09-58-43 y 10-18-43
Daniel Vargas Salas	r06830 2022-11-01 10-34-20
Max Elizondo Castro	r06830 2022-11-01 13-46-05 y r06830 2022-11-01 14-13-55

Fuente: Elaboración propia con información del expediente GCO-OTC-PM-00695-2020

3. DE LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER REQUERIDA POR EL ÓRGANO DECISOR

Durante la comparecencia oral y privada celebrada el 01 de noviembre del 2022, el Órgano Decisor solicitó como prueba para mejor resolver la prueba testimonial de las siguientes personas:

- Maybel Bado Morales, portadora de la cédula de identidad 5-0328-0513 administradora del Condominio Torres de Heredia.
- Ricardo Molina Quirós, portador de la cédula de identidad 1-0733-031 contacto en el Contrato de dotación de Servicios entre el Condominio Torres de Heredia y la ESPH.

Para ser evacuada en la comparecencia del 15 de noviembre del 2022, fecha que fue consultada a la representación de la ESPH durante la comparecencia e indicó su disponibilidad para evacuar la misma (minutos 00:00 a 3:18 del archivo r06830 2022-11-01 14-29-36 y acta de comparecencia oficio 09587-SUTEL-CS-2022, folios 1599 a 1610).

En relación con el diligenciamiento de las citaciones de los testigos, se tiene que la citación fue entregada a la señora Maybel Bado el día 07 de noviembre pasado (documento electrónico, folios 1619 a 1620), mientras que para la citación del señor Ricardo Molina se realizaron 2 intentos de notificación en su lugar de trabajo y no fue posible su localización (documento electrónico, folios 1621 a 1623).

El 15 de noviembre del 2022, fecha establecida para la continuación de la comparecencia para evacuar la prueba para mejor resolver, estuvieron presentes la representación de la ESPH y se apersonó la señora Maybel Bado Morales como testigo del Órgano Decisor, la cual rindió su declaración en relación con los hechos 4 y 5 de la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 (documento electrónico, folios 1058 a 1112, archivos de audio r06830 2022-11-15 09-01-54, r06830 2022-11-15 09-21-54 y r06830 2022-11-15 09-41-54 y acta de declaración de testigo oficio 10139-SUTEL-CS-2022 folios 1626 a 1627).

SEXTO. DE LA COMPETENCIA DE LA SUTEL

Toda persona física, jurídica, pública, privada, nacional o extranjera que opere redes o preste

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

servicios de telecomunicaciones que se originen, terminen o transiten por el territorio nacional, está sometida a lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642 y a la jurisdicción costarricense (artículos 1 párrafo segundo de la Ley 8642 y 2 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Ejecutivo 34765).

La SUTEL es el órgano encargado de regular, aplicar, vigilar y controlar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, según las siguientes normas: artículos 59 y 60 inciso a) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, artículos 1 y 2 inciso d) de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley 8660 y artículo 6 inciso 27) de la Ley 8642. Es obligación fundamental de la SUTEL aplicar el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, para lo cual actuará en concordancia con las políticas del sector, lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, las disposiciones establecidas en la Ley 8642 y las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables (artículo 60 inciso a) de la Ley 7593).

La operación de redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones están sujetas a un régimen sectorial de competencia, el cual se rige por lo establecido en la Ley 8642 y, de manera supletoria, por los criterios dispuestos en el capítulo III de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472 y por lo previsto en la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736. La SUTEL es la autoridad sectorial encargada de la defensa y promoción de la competencia y libre concurrencia en el sector de telecomunicaciones y redes que sirvan de soporte a los servicios de radiodifusión sonora y televisiva de acceso libre, según se establece en el artículo 29 y en el capítulo II del título III de la Ley 8642 y en el artículo 2 de la Ley 9736.

Es una obligación de la SUTEL conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones; así como aquellas cometidas por quienes exploten redes de telecomunicaciones o presten servicios de telecomunicaciones de manera ilegítima (artículos 65 de la Ley 8642 y 174 de su Reglamento, 60 inciso k) de la Ley 7593 y 60 inciso k) de la Ley 8660).

El procedimiento administrativo especial que se debe seguir para conocer y sancionar las infracciones administrativas en que incurran los operadores de redes y los proveedores de servicios de telecomunicaciones comprende tres etapas: investigación preliminar, instrucción y decisión (artículo 30 de la Ley 9736).

La etapa de investigación preliminar tiene como propósito determinar si concurren, los elementos y las condiciones que ameriten que se inicie la etapa de instrucción del procedimiento especial. La investigación preliminar tendrá carácter confidencial y es dirigida por el encargado de investigaciones del Órgano Técnico, o por aquellos funcionarios en que este delegue dichas labores de investigación (artículo 38 de la Ley 9736).

La etapa de instrucción tiene como propósito ordenar todas las actuaciones necesarias para preparar el procedimiento especial para la etapa decisoria, de manera que el expediente esté listo y saneado para la comparecencia oral y privada ante el Órgano Superior (artículo 42 de la Ley 9736).

El Consejo de la SUTEL, como Órgano Superior de la Autoridad Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones, le corresponde sancionar en la etapa decisoria, cuando sea procedente, las

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

prácticas monopolísticas, las concentraciones ilícitas y demás infracciones contenidas en los artículos 116, 117 y 118 de la Ley 9736, así como imponer las condiciones necesarias para restablecer el funcionamiento eficiente de los mercados (artículo 33 bis inciso 1) del Reglamento Interno de Organización y Funciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado (RIOF)) (artículo 52 y 57 de la Ley 9736).

SÉTIMO: ANÁLISIS DE FONDO DE LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS

I. DEL ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS MONOPOLÍSTICAS RELATIVAS

En lo que respecta a las conductas investigadas es necesario analizar lo que indica la legislación vigente en materia del Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones para determinar la existencia de una práctica monopolística relativa.

En el artículo 54 de la Ley 8642, se establece: “*se considerarán prácticas monopolísticas relativas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones realizados por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, **por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos, y cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada** o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas (...)*”.

Define en este mismo sentido el citado artículo 54 de la Ley 8642 que las prácticas monopolísticas relativas “... estarán sujetas a la comprobación de los supuestos establecidos en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N.º 7472, Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor... y se sancionarán conforme a esta Ley”.

Los artículos anteriormente mencionados hacen referencia al principio básico de análisis de las prácticas monopolísticas relativas, es decir, al análisis de los efectos que genera la conducta en el mercado, dando pie a la llamada *regla de la razón*. Dicho razonamiento se encuentra plasmado en la Guía de análisis de Conductas Anticompetitivas de la SUTEL y es conforme con lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones:

“[...] para que un operador o proveedor o un grupo de operadores o proveedores incurran en una o más prácticas monopolísticas relativas, deben demostrarse concurrentemente, en el procedimiento seguido al efecto, de las siguientes circunstancias:

- a)** Que el operador tiene poder sustancial en el mercado relevante, o que un grupo de éstos han adquirido ese poder sustancial en forma conjunta.*
- b)** Que la práctica tiene efectos anticompetitivos”*

Como se puede ver, aún en caso de comprobarse que el investigado cuenta con poder sustancial, el artículo 54 de la Ley 8642 y el 19 del Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, requiere la demostración de un objeto o efecto anticompetitivo “[...] desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, **el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada** o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.”

Ese objeto o efecto puede ser actual o potencial por lo que no es necesaria la demostración de efectos reales del mercado siempre que haya indicios suficientes de posibles efectos perjudiciales y que sean razonablemente previsibles como consecuencia de las conductas, es decir, no se trata de cualquier posible consecuencia, remota o improbable. De tal manera, el efecto debe ser

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

razonablemente atribuible a la conducta del agente económico investigado.³

Finalmente, se efectuará un balance entre los efectos pro competitivos alegados y comprobados por las partes y el efecto negativo de la conducta, eso determinará *“el efecto neto de la conducta analizada”*. Si el efecto negativo derivado del carácter anticompetitivo de la conducta es superior al efecto positivo derivado de las ganancias de eficiencia de la conducta entonces el efecto neto de la conducta será negativo y será por consiguiente susceptible de ser sancionada⁴.

De tal manera, para determinar la ilegalidad de las prácticas anticompetitivas relativas, se deben analizar los siguientes aspectos:

1. Identificación del agente que comete la conducta investigada.
2. Tipificación de la conducta investigada.
3. Definición del mercado relevante en el que se comete la presunta práctica.
4. Determinación del poder sustancial en el mercado relevante previamente definido.
5. Determinación del objeto o efecto de la conducta investigada (análisis de los hechos probados en relación con las conductas investigadas).
6. Determinación del objeto o efecto de las conductas investigadas
7. Evaluación del efecto neto de las conductas demostradas

1. IDENTIFICACIÓN DEL AGENTE QUE COMETE LA CONDUCTA INVESTIGADA

De conformidad con la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 de las 13:50 horas del 03 de noviembre del 2021, se tiene como parte involucrada en el procedimiento especial de competencia a la ESPH, como agente económico denunciado por cometer prácticas monopolísticas en el Condominio Torres de Heredia.

A. DE LA EMPRESA INVESTIGADA

La ESPH, es operador de redes y prestador de servicios de telecomunicaciones autorizado por la SUTEL.

Tiene sus orígenes en 1976, como la responsable temporal de la administración, mantenimiento y control del acueducto y del alcantarillado sanitario de la Municipalidad de Heredia. Posteriormente, mediante la Ley Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia ESPH, Ley 7789; en 1998 se transforma en una sociedad anónima, con cédula jurídica 3-101-042028.

Se tiene por probados los hechos 1 y 2 del auto de traslado de cargos, por cuanto el Consejo de la SUTEL autorizó a la ESPH, cédula jurídica 3-101-042028, a prestar servicios de telecomunicaciones mediante las siguientes resoluciones:

³ Guía de análisis de conductas anticompetitivas.

⁴ Guía de análisis de conductas anticompetitivas.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

- RCS-132-2010 de las 10:00 horas del 5 de marzo del 2010, por la cual se autorizó a prestar los servicios de televisión por cable, acceso a internet, telefonía IP, redes privadas virtuales (VPN), televisión IP (IPTV) y transferencia de datos en la provincia de Heredia.
- RCS-174-2011 de las 10:20 horas del 10 de agosto del 2011, mediante la cual se resolvió autorizar la ampliación de los servicios brindados, agregando los servicios de canales punto a punto y canales punto a multipunto.
- RCS-284-2011 de las 11:10 horas del 14 de diciembre del 2011, por la cual se resolvió ampliar el área de cobertura de los servicios de despliegue de fibra óptica, canales punto a punto y canales punto a multipunto a todo el territorio nacional.
- RCS-225-2015 de las 18:00 horas del 11 de noviembre del 2015, por la cual se amplió la zona de cobertura a todo el territorio nacional del servicio de transferencia de datos en las modalidades de acceso a internet, líneas arrendadas y redes virtuales privadas (VPN).
- RCS-034-2020 de las 10:35 horas del 6 de febrero del 2020, mediante la cual se prorrogó la vigencia del título habilitante otorgado mediante la resolución RCS-132-2010 de las 10:00 horas del 5 de marzo del 2010, por un período de 5 años.

Además, quedó comprobado que la ESPH se dedica a la comercialización y administración de servicios de telecomunicaciones, tales como servicios de enlaces dedicados, internet corporativo y residencial, redes de acceso mediante fibra óptica (FTTx), alquiler de postería, entre otros.

En particular en el Condominio Torres de Heredia, la ESPH tenía clientes del servicio de internet y brinda el servicio mayorista de acceso a esa red digital (NI-06822-2020) (**HECHOS PROBADOS 1 Y 2**).⁵

B. DE LAS DENUNCIAS REALIZADAS

En la tramitación del procedimiento especial de competencia, se recibió en un primer momento, la denuncia del señor Ricardo Tolero Lora (NI-03873-2020 y NI-04312-2020) el cual señaló:

“Por más de cuatro años la ESPH brinda el único servicio de teléfono, cable, internet disponible en Torres de Heredia. Sus precios son descomunales. En este momento mi factura por el alquiler de cable modem y un servicio de internet de 15 MB de velocidad es de 42.302 colones, ya con los impuestos correspondientes. En 4 años de estar en el condominio, no han bajado los precios, ni aumentado los límites de velocidad. Se ha intentado solicitar que entren otros servicios a competir con ellos, pero cobran un peaje ya que instalaron la infraestructura de fibra óptica. Esto hace que la competencia prefiera no entrar porque no podrían mantenerse competitivos. El Internet es un servicio vital y, para muchos, una herramienta de trabajo, pero sus precios son realmente altos y nada puede justificar sus precios”.

Adicionalmente señaló:

“Cuando hemos tratado de avanzar con otros operadores de telecomunicaciones resulta que la situación se vuelve bastante complicada porque tanto el poste de luz como la red pertenece al propio ESPH por lo que cobran un tipo “peaje” por utilizar su infraestructura. Según nos dijeron algunos

⁵ Por estrategia comercial, la ESPH dejó de ofrecer servicios de internet residencial a partir del 08 de enero 2022.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

proveedores, ESPH está cobrando hasta \$10 por mbit de conexión ofrecida, volviendo cualquier otro servicio sumamente caro, o bien obligándolos a llegar a un punto de ganancia prácticamente nulo” (NI-04312-2020)

“(…) hemos intentado negociar con ESPH propiamente para buscar la manera de al menos reducir los precios de internet y ver si pueden mejorar la oferta de televisión, pero aseguran que su servicio de internet amerita el precio y que subcontratan el servicio de televisión por lo que no pueden hacer mucho por nosotros” (NI-04312-2020)

“Creo que, en primer lugar, se está dando un claro monopolio en esta instancia, ya que controlan la infraestructura del edificio y cobran un “peaje” sumamente alto que no permite el ingreso de otros servicios. En segundo lugar, aprovechando esta situación, mantienen unos precios sumamente elevados que no han bajado en los 5 años que tiene el proyecto de existir” (NI-04312-2020)

Posteriormente se recibió la denuncia del señor Carlos Rivera Triunfo el cual manifestó (NI-07065-2021 y NI-09178-2021)

“Normalmente esto no sería un problema tan enorme dado que simplemente podría pasarme a otro proveedor, pero eso me lleva al MAYOR PROBLEMA que tengo:

Actualmente vivo en Condominio Torres de Heredia, Torre A, donde ESPH (IBUX) instaló la infraestructura y red de fibra óptica, entonces son EL ÚNICO proveedor que puedo instalar. Ningún otro proveedor, como Tigo, CableTica, etc., puede instalar un servicio de internet en este edificio porque ESPH (IBUX) les cobra un “peaje” para poder usar su infraestructura y eso hace que los proveedores no ofrezcan sus servicios aquí.

Según me informa la señora Maybel Bado, Administradora de mi Condominio, ya hay otra denuncia de parte de ellos a la SUTEL para que ESPH abra la infraestructura a otros proveedores” (NI-07065-2021).

Se debe dejar patente, que las denuncias fueron interpuestas por los señores Ricardo Toledo Lora cédula de identidad 1-1254-0617 y Carlos Rivera Triunfo cédula de identidad 3-0363-0661 como inquilinos del Condominio Torres de Heredia, los cuales forman parte del procedimiento, sin embargo, durante la tramitación de la etapa de instrucción el señor Tolero Lora, solicitó el desistimiento de su denuncia, el cual fue acogido por el Órgano Instructor en la resolución ROTC-00077-SUTEL-2022 de las 10:08 horas del 3 de agosto del 2022 (Folios 1547 a 1552) .

Dentro del expediente consta que, el señor Carlos Rivera Triunfo cédula de identidad 3-0363-0661, fue notificado de todas las actuaciones del procedimiento al medio de notificaciones señalados, a saber riveratriunfo@gmail.com sin que, a la fecha, haya realizado o presentado alguna gestión particular sobre el procedimiento de marras.

2. DE LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

En la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 de las 13:50 horas del 03 de noviembre del 2022 “Auto de inicio de la etapa de instrucción y traslado de cargos en contra de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A. por la presunta comisión de prácticas monopolísticas relativas” se imputaron las siguientes prácticas reguladas en el artículo 54, Ley 8642. (Páginas 35 a 36):

- A.** Negativa de trato, inciso b).
- B.** Estrechamiento de márgenes, inciso j).

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

C. Acuerdo de exclusividad, inciso d)

La regulación específica de cada una de las conductas y los requisitos de tipificación serán detallados más adelante en el análisis de cada una de ellas.

3. DEL MERCADO RELEVANTE AFECTADO POR LA PRÁCTICA

La definición del mercado relevante es el elemento que permite delimitar el mercado en el cual supuestamente se está realizando una práctica anticompetitiva, lo anterior para poder analizar el nivel de competencia en este, si el agente económico investigado cuenta o no con poder sustancial y valorar correctamente los posibles efectos de esa práctica.

Los criterios para determinar el mercado relevante están establecidos en el artículo 14 de la Ley 7472 y se refieren, fundamentalmente a:

- Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate por otro de origen nacional o extranjero,
- Los costos de distribución del bien,
- Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados y,
- Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos.

El artículo 2 del Reglamento a la Ley 7472 define el mercado relevante como el *“Conjunto de productos o servicios que el consumidor considera como intercambiables o sustituibles en un momento dado, en razón de sus **características, precio, o su uso esperado**. Lo anterior, en un área geográfica donde se ofrecen o demandan productos o servicios en condiciones de **competencia suficientemente homogéneas y apreciablemente distintas de las condiciones de competencia de otras áreas vecinas**”*.

De tal manera que la definición del mercado gira alrededor de dos conceptos, (1) la determinación de un grupo de servicios que se consideran como sustitutos entre sí, y (2) que son ofrecidos en un área geográfica determinada. Así, esta determinación tiene dos dimensiones, las posibilidades de sustitución de un producto por otro (mercado del producto) y la sustitución del producto en otro territorio o zona geográfica (mercado geográfico). En ese sentido, para determinar el mercado relevante es necesario hacer un análisis de sustituibilidad, es decir, de aquellos bienes o servicios que podrían resultar como sustitutos para los consumidores.

En la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 de las 13:50 horas del 03 de noviembre del 2022 *“Auto de inicio de la etapa de instrucción y traslado de cargos en contra de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A. por la presunta comisión de prácticas monopolísticas relativas”*, el mercado de producto fue definido de la siguiente manera:

- Mercado mayorista de servicio de acceso a la red de fibra óptica en modalidad digital a nivel del Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón Heredia, distrito Ulloa frente a Zona Franca Metropolitana.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

- Mercado minorista de servicio de internet residencial (individual o empaquetados) a nivel del Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón Heredia, distrito Ulloa frente a Zona Franca Metropolitana.
- Mercado minorista de servicio de televisión por suscripción (individual o empaquetados) a nivel del Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón Heredia, distrito Ulloa frente a Zona Franca Metropolitana.
- Mercado minorista de servicio de telefonía fija (individual o empaquetados) a nivel del Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón Heredia, distrito Ulloa frente a Zona Franca Metropolitana.

La justificación para la definición de dichos mercados relevantes es la siguiente:

En cuanto a los elementos definidos en el artículo 14 de la Ley 7472, y dadas las limitaciones técnicas asociadas a la cobertura de una red de telecomunicaciones, no se consideran en la presente definición los elementos que impliquen recurrir a mercados extranjeros, en relación con ninguno de los incisos, siendo que la cobertura de una red está limitada por su ubicación, esta situación se vuelve una barrera infranqueable para operadores interesados en brindar sus servicios en el Condominio Torres de Heredia lo que imposibilita la compra en los mercados internacionales de la capacidad de entrega de servicios de naturaleza fija en su inmueble.

La naturaleza condominal de la parte residencial de Torres de Heredia implica que los propietarios posean derecho exclusivamente sobre una finca filial y al mismo tiempo, el derecho proporcional que poseen sobre los bienes comunes, siendo que a pesar de que un inquilino desee que un operador en particular le brinde el servicio, el derecho conjunto podría generar limitación al interior del inmueble, situación que no pasaría en una vivienda fuera de propiedad condominal donde el propietario dispone sobre esta.

Y es que un operador de telecomunicaciones debe tener a disposición dos elementos⁶ para brindar servicios de telecomunicaciones de naturaleza fija (1) red e (2) infraestructura de soporte; situación que no es excepción en los inmuebles de naturaleza condominal, tal como el Condominio Torres de Heredia.

En el Condominio Torres de Heredia existe un mercado ascendente (mayorista), que corresponde al alquiler de la red de fibra óptica de la ESPH y b) el descendente, (minorista) que se refiere a la puesta a disposición del consumidor de servicios de naturaleza fija, televisión por suscripción, Internet y telefonía fija.

En cuanto al mercado mayorista de **servicio de acceso a la red de fibra óptica en modalidad digital** la ESPH era la única empresa que al momento en que ocurrieron los hechos en cuestión poseía una red instalada para brindar servicios de telecomunicaciones de naturaleza fija en el Condominio Torres de Heredia, siendo la única que poseía la facilidad técnica de ofrecer el acceso a su red, a través de interconexión con las redes de otros operadores, mediante las modalidades RFoG y digital. Sin embargo, estas modalidades poseen características técnicas heterogéneas:

- Mediante RFoG solo existe acceso analógico sobre la fibra, lo que se traduce en una oferta

⁶ Sea propia o alquilada.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

exclusiva de servicios de televisión por suscripción, sin acceso a servicios en alta o ultra definición o de video interactivo. Y no es posible la coexistencia con otros proveedores, es decir, **la modalidad solo soporta el uso de un proveedor**.

- Mediante la modalidad digital es posible brindar los servicios de televisión por suscripción, Internet y telefonía fija. Permite la coexistencia de operadores y por ende, la pluralidad de opciones a nivel precio, calidad y atención.

Así que, si bien las modalidades RFoG y digital coexisten bajo la misma red, son servicios de naturaleza diferentes y, por lo tanto, independientes.

La existencia de un contrato de la ESPH con la empresa Transdatelecom en la modalidad RFoG, implica que dicho mecanismo de acceso ha sido copado en su totalidad y por tanto no existe capacidad ociosa para alquilarla a otro operador, razón por la cual la tecnología RFoG no se considera como un medio de acceso al condominio, toda vez que técnicamente no es posible utilizar dicha modalidad como mecanismo de acceso. En particular, en el expediente existe evidencia que en el condominio la ESPH únicamente ofrecía el servicio de Internet residencial a sus clientes finales. Mientras que el servicio de televisión por suscripción era brindado por la empresa Transdatelecom⁷.

El mercado del servicio de **acceso a Internet fijo residencial** consiste en la provisión de un enlace de telecomunicaciones con origen en una ubicación fija o con un rango de movilidad limitado, que permite el acceso a una red global, que provee una variedad de información y facilidades de comunicación⁸.

Se considera que no se justifica la segmentación por tipo de tecnología, dado que las diferentes opciones disponibles para el consumidor en el mercado⁹ son sustitutas entre sí, en función de sus características, velocidades, precios y usos. En cuanto a la comparación de los servicios móviles de Internet y a los fijos residenciales, desde el punto de vista del consumidor los servicios de Internet móvil no son sustitutos del servicio de Internet fijo, a nivel de precios, capacidad y usos. Asimismo, dadas las características técnicas del servicio Wi-Fi móvil residencial ¹⁰, este no sustituye al Internet fijo residencial y por lo tanto, no forma parte del mismo mercado de producto. Acerca de la segmentación según el tipo de cliente, se considera necesario la subdivisión de segmentos, para la prestación de servicios a nivel empresarial y residencial, esto debido a la diferencia en los clientes, sobre todo al considerar los requerimientos a nivel de seguridad, atención de averías y ancho de banda.

El mercado del **servicio de televisión por suscripción** corresponde a la prestación a clientes finales o espectadores de servicios de transmisión o retransmisión de señales audiovisuales, utilizando frecuencias del espectro radioeléctrico o directamente del satélite ¹¹. Para acceder al servicio debe mediar un contrato entre el suscriptor y el proveedor del servicio, estableciéndose las condiciones de la suscripción.

⁷ Televisión por suscripción ofrecido por Transdatelecom y no se tiene evidencia que se brinde el servicio de telefonía fija.

⁸ Se puede consultar RCS-258-2016 de las 14:20 horas del 23 de noviembre del 2016

⁹ ADSL, cable coaxial y conexiones fijas inalámbricas. Las soluciones inalámbricas WiMAX, WiFi y Satelital llevan a precios mayores, por lo que no se consideran sustituibles desde el punto de vista de la demanda.

¹⁰ Dispositivo con batería que permite la movilidad, posee capacidad limitada y asociada a una torre de telecomunicaciones.

¹¹ Artículo 5 inciso 31 del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto 34765-MINAET

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Se considera que entre las tecnologías cable y IPTV no existe una diferencia significativa a nivel de características, parrilla de canales y precios, considerándose todas sustitutas perfectas entre sí, e integrándose en un solo mercado^{12 13}. Por el contrario, si se estima necesario realizar la segmentación de la televisión abierta y de los servicios over the top (OTT); la primera por ser de libre acceso y con programación limitada; y la segunda, al poseer los servicios OTT características tecnológicas particulares para poder contratarlos que no los hacen ser considerados parte del mismo mercado que la televisión por suscripción.

El mercado del servicio de **telefonía fija** permite las comunicaciones vocales con origen en una ubicación fija o con un rango de movilidad limitado. Sin importar la tecnología de acceso así como la red, el servicio de telefonía fija es prestado indistintamente, en características, niveles de calidad y precios similares. Además, desde el punto de vista del usuario, ha considerado que la telefonía fija no es sustituto de la móvil; y más bien existe una relación de complementariedad entre ambas¹⁴. En cuanto a la sustitución desde el punto de vista de la oferta, se estima que los operadores que no se encuentran brindando este servicio no pueden ser considerados parte del mercado, puesto que requieren cumplir una serie de requisitos legales y de inversión.

En este caso en particular, **la definición del mercado geográfico del servicio televisión por suscripción, Internet residencial, telefonía fija, se da en función de la ubicación de los clientes¹⁵**, dado que estos no se pueden desplazar para recibir dichos servicios; más bien son los proveedores los que entregan en la ubicación de los inquilinos, en este caso, en el departamento ubicado en el Condominio Torres de Heredia.

Así las cosas, están imposibilitados para vender a los inquilinos del Condominio Torres de Heredia, aquellos proveedores que no poseen una red, propia o alquilada, dentro del inmueble. En consecuencia, en este caso en particular, los límites del mercado geográfico se circunscriben al Condominio Torres de Heredia ya que las condiciones de oferta de los servicios minorista fijos en el Condominio Torres de Heredia son ser distintas y diferenciables de otras áreas colindantes, en cuanto precios, velocidades, parrilla de canales, empaquetamiento de servicios e incluso la aparente ausencia del servicio de telefonía fija, toda vez que la naturaleza condominal del inmueble vuelve al mismo un mercado geográfico en sí mismo.

En atención a los mercados relevantes indicados, se debe considerar lo siguiente:

En el Condominio Torres de Heredia en el período comprendido entre los años 2017 a 2022 existió:

- Un mercado ascendente (mayorista o “aguas arriba”), que corresponde al acceso de la red de fibra óptica, siendo que, en esa época, la única red existente era la de la ESPH. Este mercado es comúnmente conocido por los especialistas en competencia como los mercados de los eslabones iniciales de la cadena productiva (OCDE, 2014)¹⁶, es decir, mercados de

¹² Sin embargo, se debe señalar que, por tipo de tecnología de acceso, el cable coaxial es el predominante con un 65 %, satelital con un 29 %, e IP y multipunto que agrupan un 6 %

¹³ Se debe recordar que por Reglamento en el Condominio Torres de Heredia está prohibido instalar cualquier tipo de antena de radio, radioaficionado o radar, televisión u otro uso, salvo las autorizadas por la Junta Directiva, [...]” (NI-00390-2021), por lo cual, no son factibles las opciones de televisión que involucren estos medios, no considerándose la opción satelital.

¹⁴ Encuesta de sustituibilidad realizada por la SUTEL por medio de la Licitación abreviada N° 2015LA-000006-SUTEL “Contratación de servicios estadísticos para la elaboración de una encuesta a hogares que permita analizar el acceso, uso y percepción de los usuarios finales para servicios de telecomunicaciones”.

¹⁵ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines Página 14.

¹⁶ OCDE (2014). Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia. Disponible en <https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-es.pdf>

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

proveedores, mayoristas o materias primas; en esta resolución en particular cuando se refiera al mercado ascendente, mayorista o aguas arriba, se hace mención al mercado mayorista de acceso a la red de fibra óptica, en el cual la ESPH es proveedor del insumo.

- Tres mercados descendentes (minorista o “aguas abajo”), que se refieren a la puesta a disposición del consumidor de servicios de naturaleza fija, televisión por suscripción, internet y telefonía fija, según se detalla en la Figura 1. Los mercados minoristas son comúnmente conocidos por los especialistas en competencia como los mercados de los eslabones subsiguientes de la cadena productiva (OCDE, 2014)¹⁷, en otras palabras, el mercado de distribuidores o minoristas; en esta resolución en particular cuando se refiere al mercado descendente, minorista o aguas abajo, se hace mención de los mercados minoristas ofrecidos a los consumidores finales del Condominio Torres de Heredia.

Figura 1

Condominio Torres de Heredia: Modelo de la oferta mayorista y minorista de servicios de telecomunicaciones de la ESPH. Octubre 2021.



Nota:

Los círculos con las letras A y B representan a operadores que se conectan a la red de fibra de la ESPH, pero su ubicación es representativa dado que el acceso físico a la red se da en un lugar preestablecido por la ESPH para este fin y no directamente en el Condominio Torres de Heredia.

Fuente: ROTC-00069-SUTEL-2021.

Una vez celebrada la comparecencia oral y privada y evacuada la prueba admitida, así como la prueba para mejor resolver se determina lo siguiente:

- La ESPH tenía el 100% de participación en el mercado mayorista de acceso a la red de fibra óptica, dado que era el único proveedor existente.
- La ESPH participó hasta el 08 de enero del 2022 en el mercado minorista de internet

¹⁷ IBID

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

residencial; en los otros mercados minoristas no tenía participación; por tanto, se descarta el análisis en los mercados de telefonía fija y televisión por suscripción.

- Los mercados de telefonía fija y televisión por suscripción eran proporcionados a los usuarios finales a través de la modalidad RFoG, a través del operador Transdatelecom, quien tuvo un contrato de acceso e interconexión con la ESPH hasta el 2021 (NI-04407-2022).
- Existen dos mecanismos posibles de ingreso de operadores para ofertar sus servicios en el Condominio Torres de Heredia:
 - La primera, la constituye la figura de acceso a la red de fibra óptica, modalidad digital; ya instalada en el condominio y propiedad de la ESPH; lo anterior a través del alquiler de esta.
 - La otra figura, la constituye el acceso a la infraestructura de soporte, propiedad del condominio, es decir, los cuartos de comunicaciones o los ductos de telecomunicaciones disponibles en el edificio, por medio de los cuales sería posible que uno o varios nuevos operadores, desplieguen su propia red a lo interno del inmueble condominal.
- La red de telecomunicaciones y la infraestructura soportante son elementos básicos y escasos para que, exista la posibilidad de oferta múltiple en los mercados minoristas de servicios fijos de telecomunicaciones, en un inmueble con características condominales, como el Condominio Torres de Heredia.
- El mercado de acceso a la infraestructura de soporte no se consideró como un sustituto en la definición de mercado relevante, en virtud de que, en el período comprendido desde el año 2017 al año 2022, la exclusividad de la ESPH y las ventajas absolutas y estratégicas derivadas del comportamiento de este agente y de la administración del Condominio, como se analizan más adelante, hicieron que dicha alternativa no resultara un sustituto viable para el acceso a través de la red digital de la ESPH.
- A tal efecto, no había manera alternativa posible para llegar al usuario final, sino no era por medio de la red en modalidad digital de la ESPH.
- La naturaleza condominal del complejo Torres de Heredia, se circunscribe en la Ley 7933, Ley de Reguladora de la propiedad en Condominio y su respectivo reglamento. A tal efecto, los propietarios poseen un derecho exclusivo sobre una finca filial, y al mismo tiempo, un derecho proporcional sobre los bienes comunes, siendo que los propietarios están sujetos a las normas que lo rigen, en este caso el reglamento. Así si un propietario quisiera contratar a un proveedor en particular que le brinde un servicio de telecomunicaciones, podría verse limitado ese derecho en particular.
- En este caso, aun dado que en las colindancias externas del Condominio existieran operadores con redes desplegadas y otros proveedores prestando servicios, esto no implica que dichos operadores pudieran ingresar libremente a este, tal que la situación de competencia del Condominio es distinta y diferenciable de lo que ocurre a lo externo de

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

dicho inmueble.

- Por otro lado, el reglamento condominal aplicable establece no solo barreras al despliegue de redes sino a su propia modificación, razón por la cual la situación imperante no era ni fácilmente modificable.
- No hay posibilidades de los usuarios de desplazamiento para recibir otros servicios, dado que sus opciones se limitan a los operadores que se encuentran a lo interno del Condominio.
- En este caso en particular, los límites del mercado geográfico se circunscriben en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón Heredia, distrito Ulloa frente a Zona Franca Metropolitana.

Con base en lo anterior, y **a partir de la prueba evacuada, y al considerar que la ESPH no prestaba en el Condominio a nivel minorista servicios de televisión por suscripción ni de telefonía fija, se descarta que dichos mercados minoristas hayan sido afectados por las conductas aquí analizadas**, por lo cual para efectos de resolver el presente caso, se establece que el único mercado minorista de los definidos en la etapa de investigación preliminar sobre el cual las actuaciones de la ESHP se refiere es el mercado del servicio de internet residencial, por lo cual se establecen los siguientes dos mercados relevantes como mercados en los cuales se analizará el impacto de la conducta de la ESPH:

- Mercado mayorista servicio de acceso a la red de fibra óptica en modalidad digital a nivel del Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón Heredia, distrito Ulloa frente a Zona Franca Metropolitana.
- Mercado minorista de servicio de internet residencial (individual o empaquetados) a nivel del Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón Heredia, distrito Ulloa frente a Zona Franca Metropolitana.

4. DEL PODER SUSTANCIAL

En este apartado, se analiza si la ESPH cuenta con poder sustancial, también conocido como poder de mercado, en alguno de los dos mercados relevantes definidos.

Se entiende por poder sustancial la capacidad de una empresa de poder fijar precios o imponer condiciones unilateralmente y en forma sustancial sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en un futuro cercano, contrarrestarlo; no es ilegal en sí mismo, lo que se analiza en estos casos es la posibilidad de que se abuse de este en detrimento del proceso competitivo, lo cual, a la postre, podría afectar a los usuarios.

Los aspectos para determinar la existencia de este poder están establecidos en el artículo 15 de la Ley 7472, según el cual, debe valorarse:

- A. La participación de mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en ese mercado, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

- B. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.
- C. La existencia y el poder de sus competidores en el mercado relevante.
- D. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos.
- E. El comportamiento reciente del agente económico.

Cada uno de ellos se desarrolla a continuación.

A. PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO RELEVANTE

- **Mercado mayorista servicio de acceso a la red de fibra óptica en modalidad digital en el Condominio Torres de Heredia**

Un primer indicador del poder sustancial de una empresa para reflejar la presión competitiva a la que se enfrenta en un momento dado es su cuota de mercado en el mercado relevante.

La ESPH desplegó su red de fibra óptica y empezó a brindar el servicio de acceso a su red desde el año 2017 en el Condominio Torres de Heredia, condición que no ha variado hasta la fecha (**Hecho probado 6**).

La ESPH era la única empresa con red de fibra óptica instalada en el inmueble, que ofrecía el acceso en modalidad digital¹⁸, y según ella misma indicó en la comparecencia oral y privada, no hubo ningún operador fuera de su empresa que utilizara la red para la provisión del servicio de acceso a internet.

Esta situación se mantuvo así hasta enero de 2022, pues actualmente se conoce que otro proveedor Fibra en Casa, utiliza la red digital de la ESPH (según señaló la señora Maybel Bado, en la Comparecencia Oral y Privada para evacuar prueba para mejor resolver: ver archivo de audio r06830 2022-11-15 09-21-54) (**HECHO PROBADO 18**).

Ante esta condición **la ESPH proveía el insumo en condiciones monopólicas**, perteneciéndole el 100% del mercado, ver Gráfico 1.

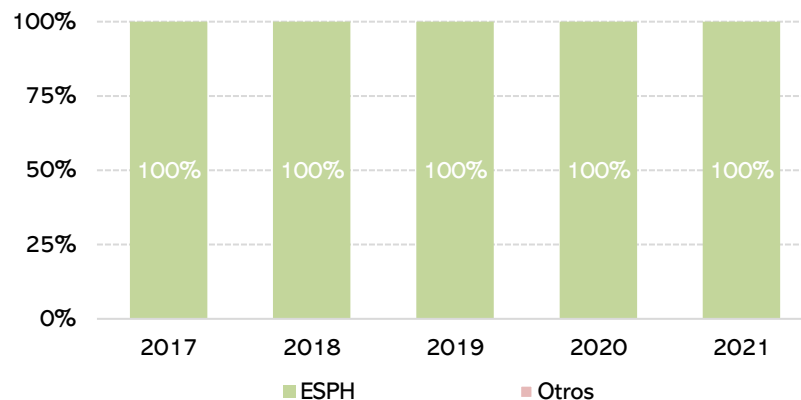
Gráfico 1

Mercado mayorista acceso a red de fibra modalidad digital ESPH. Cuota de participación de mercado, cuantificada en función del volumen de datos que se transporta al Condominio Torres de Heredia. Período 2017-2021. (Distribución porcentual)

¹⁸ La modalidad RFoG no es sustituta de la modalidad digital, según se explicó en el apartado 7.5 Sobre el mercado relevante.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023



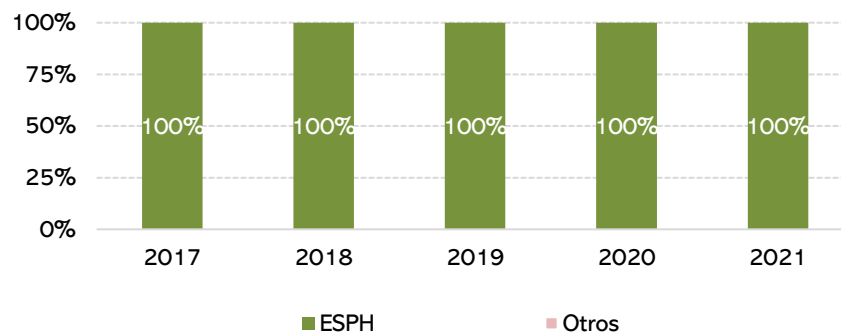
Fuente: Elaboración propia con información del expediente GCO-OTC-PM-00695-2020.

- Mercado minorista de servicio de Internet residencial en el Condominio Torres de Heredia

La ESPH indicó que desde el año 2017 y hasta el 08 de enero del 2022, brindó el servicio de internet residencial en el Condominio Torres de Heredia en forma exclusiva (HECHO PROBADO 7), por lo cual, indistintamente de la cantidad de clientes, su cuota de participación se mantuvo invariable, al no existir otros operadores que brindaran el servicio a los residentes del Condominio Torres de Heredia, ver Gráfico 2.

Gráfico 2

Mercado minorista de Internet residencial: ESPH. Cuota de participación de mercado cuantificada en función de la cantidad de clientes. Condominio Torres de Heredia. Período 2017-2021 (Distribución porcentual).



Fuente: Elaboración propia con información del expediente GCO-OTC-PM-00695-2020.

A partir de los anteriores elementos, se obtiene que la participación de mercado de la ESPH en los dos mercados relevantes, desde el 2017 hasta el 2022, es la que se detalla a continuación:

- Mercado mayorista servicio de acceso a la red de fibra óptica en modalidad digital en el Condominio Torres de Heredia: **100%**

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

- Mercado minorista de servicio de Internet residencial en el Condominio Torres de Heredia: **100%**

Respecto a la cuota de mercado, la Comisión Europea¹⁹ ha indicado que: *“una cuota de mercado que supere el 50% basta habitualmente para demostrar la existencia de una posición dominante”*. Además, ha indicado que²⁰ *“la experiencia sugiere que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuánto mayor es el período de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante...”*

A la ausencia de competidores en el mercado relevante contribuyeron las conductas ejecutadas por la ESPH analizadas a lo largo de la presente resolución.

B. LA EXISTENCIA DE BARRERAS DE ENTRADA

Adicionalmente, para evaluar el poder sustancial resulta necesario tener en cuenta otros factores importantes, como la probabilidad de entrada de competidores potenciales, y para determinar este tema el análisis de barreras de entrada se convierte en esencial. Así, para analizar una posible competencia potencial y las razones que podrían explicar la ausencia de competidores actuales, es necesario estudiar la existencia de barreras de entrada. Todo lo anterior resulta relevante a los efectos del presente caso, en la medida en que el comportamiento de la ESPH resultó en una exclusividad de facto en el Condominio.

a. Ventajas absolutas

- **Barreras técnicas**

Existen dos mecanismos posibles de ingreso de operadores para ofertar sus servicios en el inmueble:

- La primera, la constituye la figura de acceso a la red de fibra óptica, modalidad digital; ya instalada en el condominio, propiedad de la ESPH; lo anterior a través del alquiler de esta.
- La otra figura, la constituye el acceso a la infraestructura de soporte, propiedad del condominio, es decir, los cuartos de comunicaciones o los ductos de telecomunicaciones disponibles en el edificio, por medio de los cuales sería posible que uno o varios nuevos operadores desplieguen su propia red a lo interno del inmueble condominal.

De esta manera, el acceso de una red ya instalada o el acceso a la infraestructura soportante interna para el despliegue de una red de telecomunicaciones, se constituyen en recursos escasos para que exista la posibilidad de oferta múltiple en los mercados minoristas de servicios fijos de telecomunicaciones en un inmueble con características condominales, como el Condominio Torres de Heredia.

¹⁹ Comisión Europea. (1998). Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (98/C 265/02)

²⁰ Comisión Europea. (2009). Comunicación de la Comisión- Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Diario Oficial de la Unión Europea (2009/C 45/02).

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

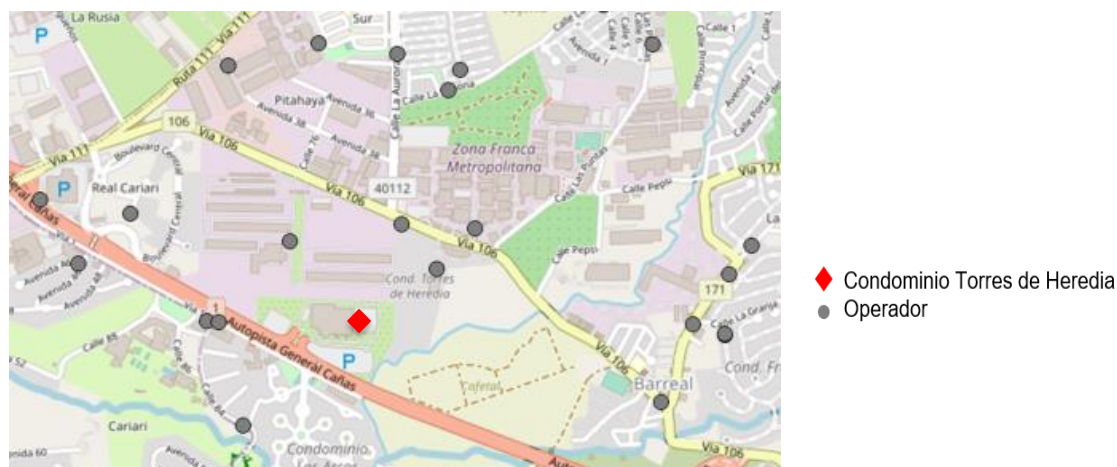
En particular, en el caso del Condominio Torres de Heredia, en el exterior del inmueble existen al menos cuatro operadores de telecomunicaciones con nodos desplegados a menos de 1 km del inmueble²¹, que hubieran podido prestar el servicio a lo interno del condominio porque ya contaban externamente con la infraestructura necesaria para brindar sus servicios de telecomunicaciones en el inmueble, incluso dos de estos operadores mostraron interés de ingresar.

Sin embargo, **la sujeción del condominio a normas específicas por su naturaleza, hacen que su realidad sea muy diferente a la del entorno circunvecino, en primer lugar debido a las restricciones reglamentarias, la necesaria autorización del condominio para ingresar y la existencia de una red cuyas condiciones de ingreso no resultaron adecuadas** (Ver Gráfico 3).

Así si bien el acceso de otros proveedores de telecomunicaciones podía haberse materializado bien a través del acceso a la red ya instalada de la ESPH o mediante el acceso a la infraestructura soportante interna para desplegar una red propia, **las circunstancias del caso en particular, como se verán de seguido, hicieron que lo segundo resultara imposible, dado el actuar seguido tanto por la ESPH como por la administración del Condominio, que impusieron a los proveedores de telecomunicaciones como mecanismo de acceso único al Condominio el acceso a través de la red digital de la ESPH** (correos aportados por TELECABLE, NI-06088-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional, de CABLETICA, NI-07443-2021 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional y del ICE, NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA), **con lo cual dicha red se constituyó en un insumo esencial, resultando indispensable para que terceros proveedores pudieran prestar sus servicios en el Condominio**²².

Figura 2

Diagrama de nodos de operadores de telecomunicaciones, ubicados en el exterior del Condominio Torres de Heredia. Año 2021.



Fuente: Elaboración propia con información de los nodos suministrada por la Dirección General de Calidad, SUTEL.

²¹ Solo son considerando los operadores con nodos desplegados, dado que por Reglamento los propietarios tienen restricción de instalar cualquier tipo de antena de radio, radioaficionado o radar, televisión u otro uso, salvo las autorizadas por la Junta Directiva, [...] (NI-00390-2021)

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Así que, en este caso en particular, a pesar de que consta en el expediente que: (1) los condóminos del Condominio Torres de Heredia estaban interesados en que otras empresas ingresaran a brindar sus servicios (ver NI-06088-2020, donde se aporta carta firmada por una serie de condóminos, páginas 19 a 21), y (2) algunos operadores estaban interesados en ingresar al inmueble; no concretaron su ingreso para brindar servicios a los inquilinos, dado que nunca lograron tener acceso a la infraestructura de soporte, ni tampoco a la red digital de la ESPH (insumo esencial)

En este punto cabe recordar que, en la primera visita de verificación realizada por los funcionarios de la SUTEL al Condominio Torres de Heredia, **se le solicitó a la administradora la apertura de las estructuras subterráneas, correspondientes a las cajas de registros²³ de telecomunicaciones** – que permiten la integración de los componentes de redes, entre ellas la de fibra óptica-; sin embargo, **esta negó su apertura indicando que eran de acceso y uso exclusivo de la ESPH. Además, manifestó que para brindar cualquier tipo de servicio de telecomunicaciones, se debe realizar de manera subterránea por dichos registros** (Informe de visita de verificación, oficio 10765-SUTEL-OTC-2020, folio inicial 199), **esto evidencia que el actuar de la Administración del Condominio se ajustaba a las disposiciones emanadas de la ESPH.** De tal forma que SUTEL no pudo tener acceso a la infraestructura soportante del inmueble hasta que se hizo acompañar en la visita de verificación de la propia ESPH.

En igual sentido ante visita técnica realizada por el ICE en el Condominio, la administradora del inmueble indicó lo siguiente a los funcionarios del ICE: **“el condominio está con infraestructura de ESPH, no entra ningún proveedor de cable al Condominio”** (NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA, Adjunto 1. Anexo 1 carta 9084-306-2021 Boleta de visita Condominio Torres de Heredia).

Asimismo, en una carta firmada por condóminos a la administración del Condominio se detalla lo siguiente: *“Actualmente tenemos contratados los servicios de telecomunicaciones con el proveedor Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH) como la única opción que provee la Administración del Condominio para los usuarios finales”* (NI-06088-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional).

De igual manera, en el expediente conta que ante solicitud de Cabletica, de los inquilinos, así como de representantes del desarrollador del proyecto Torres de Heredia, presidente de la administración del inmueble, inició las gestiones para instalar su red, sin embargo, según lo indicado por el señor Ricardo Molina²⁴, sus opciones de ingreso se limitaban a la red de la ESPH:

“Nosotros no tenemos ninguna objeción en que ingresen a ofrecer los servicios....es un tema puramente legal entre ESPH y ustedes...si logran ponerse de acuerdo entre ustedes de nuestra parte cuenten con nuestro apoyo.”

De tal manera cuando Cabletica dio a conocer el cronograma de instalación de su red, existió una

²³ Definido en el Reglamento sobre el uso compartido de infraestructura para el soporte de redes públicas de telecomunicaciones como “Estructura subterránea donde se realiza la distribución de ductos, subductos y canalizaciones y donde se realizan empalmes, bifurcaciones y se albergan reservas de cables de telecomunicaciones.”

²⁴ Por medio de correo electrónico rmolinaq@icloud.com, del martes, 28 de enero de 2020 11:20 horas

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

negativa expresa para su instalación, por parte de Ricardo Molina Quirós²⁵ ²⁶:

“[...] en ningún momento hemos autorizado el ingreso de ustedes, a Amelia Hidalgo le respondí un correo diciéndole que no era posible que entraran con una nueva red, que si querían ingresar deberían hacerlo por medio de la red de ESPH.

Me sorprende que nadie me ha enviado planos ni se ha reunido con nosotros para esto y me comuniquen que van a ingresar. No tienen autorización para ingresar.”

Lo anterior pone de manifiesto que los alegatos de defensa de la ESPH no se ajustan a la realidad, toda vez que sí existían disposiciones expresas en el Condominio que permitían a la ESPH disponer o no sobre el uso de la infraestructura de soporte del Condominio.

Aunado a lo anterior, para este caso en particular no solo la infraestructura soportante se convirtió en un obstáculo o barrera para ingresar al inmueble; dada la capacidad de decisión que en la práctica tenía la ESPH sobre dicha infraestructura, sino también por las condiciones financieras inviables ofrecidas por la ESPH para ingresar al inmueble a través de su red que era la única existente (PRUEBA 2. COMUNICACIONES CON TELECABLE aportada por la ESPH, donde TELECABLE responde sobre el acceso a través de la red digital indicando: “***estábamos en proceso de buscar una viabilidad Financiera y Técnica para poder tener opción rentable de Ingresar a los condominios que ESPH tiene la red; sin embargo luego de nuestros análisis no vemos viable presentar una propuesta económica para el usuario final con un costo de intermediación***” y en el escrito del ICE NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA, donde indica “***se valoró tener una solución a través de un alquiler de hilos de fibra por parte de ESPH; sin embargo, la cotización fue tan elevada que se desestimó por onerosa***”). De esta forma, y para nuevos entrantes, ingresar al condominio a ofertar servicios se vio impedido; siendo esto un sinónimo de la existencia del monopolio local al interior del Condominio Torres de Heredia.

- **Barreras normativas**

Por otro lado, el Condominio Torres de Heredia se rige por el “Reglamento del Condominio Torres de Heredia”, en el cual se establece en el artículo 25 lo siguiente:

“(...) Expresamente el Condominio otorga derecho de paso por las áreas comunes a favor de todas las entidades gubernamentales y locales, rectoras y reguladoras de los servicios públicos tales como Instituto Costarricense de Electricidad, Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Compañía Nacional de Fuerza y Luz, Empresa de Servicios Públicos de Heredia y cualquier otra empresa de infocomunicaciones o servicios generales del Condominio que hayan sido previamente aprobadas y contratadas por la Desarrolladora, la Administración o por la asamblea de propietarios, para que realicen las obras que sean necesarias para la explotación y mantenimiento de los servicios e instalaciones, así como realizar excavaciones y zanjas necesarias para mantener el correcto funcionamiento de las instalaciones subterráneas o de infraestructura general”. (NI-00390-2021) (Lo resaltado es intencional)

Además, el artículo 27 indica:

“Se prohíbe a los propietarios o arrendatarios y a cualquier otra persona que ocupe o posea inmuebles

²⁵ NI-07443-2021. Correo electrónico. De: Ricardo Molina rmolinag@icloud.com. Enviado el: martes, 17 de marzo de 2020 15:24. Para: Lilliana Alvarez Naranjo. CC: Wilbert Pizarro; Johan Lizarme; administracionth@kommunacr.com; Brenda Molina Medal; Haykel Jose Sibaja Cubillo. Asunto: Re: Ingreso de Red de Cabletica Condominio Torres de Heredia

²⁶ Ricardo Molina Quirós fue designado como responsable por parte del desarrollador del seguimiento y control de los términos del contrato firmado por el ESPH en el inmueble.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

en el Condominio a cualquier título:

[...]

ix - Introducir modificaciones o reformas que afecten la conformación general del Condominio o sus fachadas, salvo acuerdo de la Asamblea de Propietarios. Esta disposición incluye el no colocar avisos o letreros en las ventanas de la edificación, a no ser que se encuentren autorizados por la Asamblea; así como no pintar o decorar los bienes comunes o la parte exterior de las paredes, ventanas y puertas de entrada de los apartamentos sin autorización previa del Administrador. No podrán los propietarios cambiar la forma externa de las fachadas, ni decorar las paredes, puertas o ventanas exteriores en forma alguna, o en colores, o estilos a los del conjunto de la edificación [...]

[...]

xxv - Instalar cualquier tipo de antena de radio, radioaficionado o radar, televisión u otro uso, salvo las autorizadas por la Junta Directiva, [...] (NI-00390-2021) (Lo resaltado es intencional)

Específicamente, del artículo 4, del Reglamento del Condominio Torres de Heredia se desprende lo siguiente:

“Artículo cuatro. Este Reglamento entrará en vigencia al quedar inscrito en la sección respectiva del Registro Público. **La reforma de este reglamento o la emisión de uno nuevo, corresponderá únicamente a la Asamblea de Propietarios**, la que sólo podrá hacerlo mediante acuerdo de propietarios reunidos en Asamblea, de conformidad con el artículo veintisiete inciso a) de la Ley Reguladora de la Propiedad en Condominios. Las reformas o el nuevo reglamento se asentarán en escritura pública.”

Asimismo, el artículo 27 inciso a) de la Ley Reguladora de la Propiedad en Condominios señala:

“Artículo 27. La Asamblea actuará con base en los siguientes acuerdos:

a) Solo por el acuerdo unánime de todos los propietarios se podrá:

(...)

- **Variar las cláusulas de la escritura constitutiva o del reglamento de condominio y administración.”**

De tal manera, se desprende que los operadores que deseen ingresar al inmueble a través de antenas o radares están limitados por el reglamento interno del propio condominio, y que, la única manera posible de cambiar dicha condición es modificando los estatutos del Condominio en una Asamblea de Condóminos, con la voluntad unánime de todos los propietarios en modificar dichas condiciones.

En conclusión, existen barreras normativas para el ingreso a prestar servicios en el condominio, para el despliegue de redes de telecomunicaciones requieren permiso (mismos que como ya se vio fueron negados en conjunto por la administración y la ESPH), y para el uso de la red existente requerían el permiso de la ESPH.

b. Ventajas estratégicas

La ESPH fue la primera empresa que instaló la red de fibra óptica modalidad digital en el Condominio Torres de Heredia, según se detalló en la cláusula quinta: “Infraestructura de telecomunicaciones y red eléctrica” del “*Contrato de Dotación de Servicios de agua y electricidad para condominio vertical, residencial, comercial, turístico Torres de Heredia*”. A través de esta cláusula quinta y, durante la construcción del inmueble, la ESPH tuvo prioridad y exclusividad temporal, respecto a la estructura de soporte del Condominio Torres de Heredia, en relación con

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

otros competidores, para la instalación de una red de fibra óptica que les permitiera realizar el transporte de datos a lo interno del inmueble.

Esto se demostró a través de los años, porque del 2017 al I semestre del 2022, ningún operador pudo ingresar al inmueble, a pesar del interés de algunos (Cabletica y Telecable). **Esta situación en el Condominio Torres de Heredia generó exclusividades de facto, sin necesidad de recurrir a cláusulas de exclusividad temporales o a la constitución de derechos de uso sobre la infraestructura de soporte**, en ese sentido, la negativa de la administración del condominio de otorgar el acceso a la infraestructura soportante, por supuestamente requerir permiso de la ESPH, llevó a que la ESPH ostentara una situación de exclusividad en el condominio, exclusividad que logra, como se verá, a través del empleo de mecanismos que disuaden a otros proveedores de servicios de telecomunicaciones de acceder al inmueble.

Todo lo anterior permite concluir que, durante el período comprendido del 2017 al I semestre del 2022 existieron tres tipos de barreras de entrada para ingresar al inmueble, las cuales representaron un obstáculo de gran importancia para competidores potenciales, que corresponden a las siguientes:

- La ESPH obtuvo una ventaja estratégica al ser el primer operador en instalar una red en el inmueble, manteniéndose como el único hasta el primer semestre del 2022.
- El acceso a la infraestructura de soporte y las condiciones de entrada se constituyeron como barreras para el ingreso.
- Las condiciones económicas de acceso a la única red en el condominio, también se constituyó en una barrera.
- Las barreras normativas resultado de los impedimentos establecidos en el reglamento del condominio.

En tal sentido, se considera que las barreras de entrada al mercado eran altas. Estas situaciones impidieron por un período determinado, desde el año 2017 hasta el I semestre del 2022, que distintos proveedores de telecomunicaciones pudieran ingresar al Condominio Torres de Heredia y, por consecuencia, se vieron impedidos de prestar sus servicios en el mercado minorista.

C. EXISTENCIA Y PODER DE SUS COMPETIDORES

La ESPH fue la única empresa con una red instalada en el Condominio Torres de Heredia que brindaba el servicio de acceso digital desde el año 2017 y aproximadamente hasta el I semestre del 2022, durante este periodo ningún operador fuera de la ESPH la utilizaba.

Dado que no existía ninguna empresa alternativa a la ESPH que transportara datos digitales al Condominio Torres de Heredia, la participación de mercado de otros operadores era del 0% (Ver Gráfico 1, Considerando Sétimo, Punto 4 sobre **“Participación en el mercado relevante”**).

Por su parte, en el mercado minorista el internet residencial era provisto de manera exclusiva por la ESPH (ver Gráfico 2, Considerando Sétimo, Punto 4 sobre **“Participación en el mercado relevante”**), siendo este el único servicio que formaba parte de su portafolio de servicios.

De tal manera, desde la entrada en operación de la red de fibra de la ESPH en el condominio, no

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

existió ningún operador que pudiera actuar como contrapeso, en el mercado mayorista del transporte de datos y, contrarrestar un eventual comportamiento abusivo que, se pudiera implementar de forma unilateral en el inmueble por parte de ESPH, con efectos en el mercado minorista del servicio de internet.

Si bien, como ya se indicó existían competidores potenciales que pudieron haber ingresado al Condominio, estos enfrentaban sendas barreras externas que les impidieron su ingreso al mercado, a pesar de su interés de hacerlo.

D. LAS POSIBILIDADES DE ACCESO DEL AGENTE ECONÓMICO Y SUS COMPETIDORES A LAS FUENTES DE INSUMOS

Como se abordó previamente, la red de telecomunicaciones y la infraestructura soportante, son elementos básicos y escasos para que exista la posibilidad de oferta múltiple en los mercados minoristas de servicios fijos de telecomunicaciones en un inmueble con características condominales, como el Condominio Torres de Heredia.

La ESPH fue hasta el I semestre del 2022 la propietaria, en el Condominio Torres de Heredia, de la única red digital que podía ser usada para brindar servicios de naturaleza fija, a los clientes finales del inmueble.

En el período comprendido entre el año 2017 y hasta el 08 de enero del 2022 ningún operador concretó el ingreso al mercado aguas arriba y por consecuente al mercado aguas abajo; producto de las distintas barreras de entrada existentes, según se analizó en la sección anterior.

Así las cosas, **al menos en ese lapso el acceso de los competidores a las fuentes de insumos necesarias para prestar servicios en el mercado minorista no era posible producto de las conductas ejecutadas por la ESPH.**

Como se señaló anteriormente, la red de la ESPH generaba limitaciones económicas a potenciales entrantes (PRUEBA 2. COMUNICACIONES CON TELECABLE aportada por la ESPH, donde TELECABLE responde sobre el acceso a través de la red digital indicando: ***“estábamos en proceso de buscar una viabilidad financiera y técnica para poder tener opción rentable de ingresar a los condominios que ESPH tiene la red; sin embargo luego de nuestros análisis no vemos viable presentar una propuesta económica para el usuario final con un costo de intermediación”*** y escrito del ICE NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA, donde indica ***“se valoró tener una solución a través de un alquiler de hilos de fibra por parte de ESPH; sin embargo, la cotización fue tan elevada que se desestimó por onerosa”***), dado que el precio cobrado no hacía posible el ingreso al Condominio a través de dicha red y el despliegue de sus propias redes **estaba limitado por el propio condominio en conjunto con la actuación de la ESPH, quien, a través del contrato firmado con el Condominio, se garantizó que en la práctica se estableciera como único mecanismo de acceso al Condominio el acceso a través de la red digital de la ESPH eliminando cualquier forma de acceso alternativa** (ver correos del señor Ricardo Molina aportados por CABLETICA, adjunto a la nota NI-07443-2021 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional; Acta de inspección aportada por el ICE firmada por la señora Meybel Bado, Adjunto a la nota NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA bajo el nombre “Adjunto 1. Anexo 1 carta 9084-306-2021 Boleta de visita Condominio Torres de Heredia”).

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

E. SU COMPORTAMIENTO RECIENTE DEL AGENTE ECONÓMICO

La SUTEL no cuenta con antecedentes de conductas comprobadas de la ESPH que incumplan la normativa de competencia.

A partir de los anteriores elementos se confirma que la ESPH tuvo poder sustancial en los siguientes mercados relevantes:

- Mercado de servicio de acceso a la red de fibra óptica en la modalidad digital. Lo anterior desde el 2017 y hasta el ingreso de otra red de fibra óptica en el condominio en el año 2022²⁷.
- Mercado de servicio de internet residencial, desde 2017 al 08 de enero del 2022, fecha en la que dejó de prestar servicios minoristas en el Condominio.

Es importante llamar la atención sobre el hecho de que **el acceso al Condominio tanto a través de la red digital de la ESPH como del acceso a infraestructura común (según testimonio de Maybel Bado) ocurre una vez que se da la salida de la ESPH como proveedor minorista de servicios de acceso residencial a internet, lo que refuerza el argumento de que la ESPH tenía un incentivo por excluir competidores a nivel minorista mientras se encontraba prestando servicios en ese nivel de la cadena.**

F. DE LOS ARGUMENTOS DE LA ESPH EN RELACIÓN CON LA IMPOSIBILIDAD DE CONTAR CON PODER SUSTANCIAL

En relación con este tema la ESPH en la contestación del traslado de cargos indicó lo siguiente (documento electrónico, folio inicial 1632):

“(...) Tampoco puede hablar de poder sustancial ejercido; puesto que, al no pertenecer la infraestructura civil a la ESPH, es el administrador del condominio el único con facultad única y exclusiva para otorgar o denegar a otros operadores al condominio nunca ha sido una atribución que se le pueda imputar a la ESPH. Por el contrario, la oferta para hacer uso de la red siempre ha estado abierta a todos los operadores que deseen dar sus servicios a los residentes del Condominio en condiciones de igualdad, transparencia y no discriminación.

ESPH no usa la red pasiva neutral de manera exclusiva o como único operador pues hasta el 17 de enero del 2022 los servicios de internet residencial eran brindados por dos operadores, a saber: Supercable y ESPH por estas razones no se puede afirmar que la ESPH acapara el 100% del mercado o que se está en situación de monopolio en Condominio Torres de Heredia, huelga advertir que, inclusive en el sector comercial del propio condominio se brindan servicios de telecomunicaciones por parte de otros operadores tales como: Instituto Costarricense de Electricidad y la empresa Luminet.

Recientemente, recuérdese que incluso, esta Superintendencia en fecha 17 de enero del 2022 modificó el título habilitante de la ESPH donde se aprueba el cese del servicio de internet residencial por parte de la ESPH de manera tal, que ya no presta este servicio en el Condominio.

Téngase incluso acreditado que, durante el período en que ESPH ofreció el servicio, invitó - igualmente- a participar a otros operadores prueba ello es que en fecha 04 de junio de 2019, se

²⁷ Según señaló la señora Bado en la recepción de prueba para mejor resolver celebrada el 15 de noviembre del 2022, Liberty ahora presta servicios en el mercado minorista a través de su propia red de fibra óptica paralela a la de la ESPH.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

sostuvieron reuniones con TELECABLE para que ingresara a ofrecer los servicios a través de la red pasiva neutral, de esta manera es claro y evidente que la ESPH no ha incurrido en la interposición de barreras de acceso a otros operadores, o bien cualquier práctica que atente con la competitividad de mercado y sobre todo en este caso el acceso compartido de infraestructura esencial.

Se advierte y así tiene que acreditarse que, la no existencia o acceso de otros operadores de telecomunicaciones en el Condominio Torres de Heredia en la actualidad no es un tema que pueda resolver la ESPH ya que es una atribución única del Condominio (...)"

Al respecto, este Órgano decisor no comparte la posición de la ESPH con fundamento en lo siguiente:

- a. Sobre el poder sustancial: como ha quedado acreditado se cumplen todos los elementos para acreditar que la ESPH tenía poder sustancial en los dos mercados relevantes definidos en el presente caso circunscritos al Condominio Torres de Heredia.
- b. En cuanto a los alegatos de defensa de la ESPH conviene aclarar que el Complejo Torres de Heredia consta de dos segmentos: residencial y comercial; en el caso en análisis, el mercado relevante se delimitó al Condominio Torres de Heredia a nivel residencial. Por lo que, para este caso, es indiferente cuáles son los operadores que ofrecen servicios en el sector comercial del complejo, dado que estos no brindan servicios a lo interno del condominio (residencial).
- c. El mercado relevante mayorista que es analizado se definió como “Mercado mayorista servicio de acceso a la red de fibra óptica en modalidad digital en el Condominio Torres de Heredia”; en otras palabras, se excluye el análisis la modalidad RFoG. Por lo que no resulta relevante para el análisis en cuestión dicho segmento.
- d. Se debe descartar a Supercable como competidor de la ESPH en el mercado minorista de internet residencial, dado que dicho proveedor sólo ofrecía servicios a nivel de televisión por suscripción, los cuales como se detalló de previo en el apartado de definición del mercado relevante fueron descartados a nivel de mercado relevante por este Órgano Decisor en relación con los mercados que resultaron afectados por las conductas de la ESPH.
- e. Desde el año 2017 hasta enero 2022, la ESPH fue el único operador que utilizaba la red de fibra óptica neutral para ofrecer servicios minoristas en el Condominio Torres de Heredia.
- f. Las altas cuotas de mercado de la ESPH, en el mercado mayorista y mercado minorista de internet, evidencian el poder de dicho operador, que se hizo con el 100% del mercado.
- g. Aunado a lo anterior, la existencia de altas barreras de entrada y, por consiguiente, la imposibilidad que tuvieron otros operadores de ingresar al inmueble, le otorgó a la ESPH poder sustancial en el mercado mayorista y minorista de internet residencial.

5. DEL ANÁLISIS DE LOS HECHOS PROBADOS EN RELACIÓN CON LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS

El presente procedimiento busca encontrar la verdad real de los hechos, con fundamento en los principios de carácter procesal definidos en el artículo 29 de la Ley 9736 y 32 de su reglamento, y que le fueron intimados a la ESPH, en la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 de las 13:50 horas

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

del 03 de noviembre del 2021, visibles a folios 1058 a 1112 y dictada por el Órgano de Instrucción.

Específicamente se intimaron las siguientes conductas:

A. “negativa de trato” (Artículo 54 inciso b), Ley 8642), por los siguientes dos motivos:

- En cuanto a “**precios excesivamente altos**”, ya que la ESPH prestaba de manera monopólica, los servicios de telecomunicaciones en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, en el cantón Central, en el distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana, por lo menos desde el año 2017 hasta la actualidad, al momento de ofrecer los servicios mayoristas de acceso a la red digital a sus competidores, los precios por esos servicios son excesivamente altos, lo que provoca que los competidores no puedan ingresar de forma efectiva al Condominio a brindar sus servicios.

- En cuanto a “**condiciones que no son razonables y que impiden competir en forma efectiva, materializadas a través de tácticas dilatorias**” (Artículo 54 inciso d), Ley 8642), siendo que la ESPH, prestaba de manera monopólica los servicios de telecomunicaciones de acceso residencial fijo en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, en el cantón Central, en el distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana, por lo menos desde el año 2017 hasta la el 08 de enero de 2022 y, al momento de que un competidor realizaba las solicitudes de ingreso, se enfrentaba a cualquiera de estas dos situaciones: 1. Ante una negativa expresa de instalación por parte del representante del desarrollador del Condominio Torres de Heredia, a saber el señor Ricardo Molina, en su condición de encargado de la administración, seguimiento y control del “**CONTRATO DE DOTACION DE SERVICIOS DE AGUA Y ELECTRICIDAD PARA CONDOMINIO VERTICAL, RESIDENCIAL, COMERCIAL, TURISTICO TORRES DE HEREDIA**”, o, 2. Se veía involucrado en un círculo interminable de trámites con la ESPH, y la administración del Condominio Torres de Heredia, con una duración aproximada de un año; todo lo cual impedía que el competidor obtuviera acceso a la infraestructura de soporte y que pudiera ingresar al Condominio Torres de Heredia a brindar sus servicios. Lo anterior, pese a que existe la factibilidad técnica en la infraestructura de soporte del Condominio Torres de Heredia para la presencia de redes multioperador, con lo cual las tácticas dilatorias utilizadas tenían el objetivo de negar, bloquear o desincentivar el ingreso de la red de otro operador al inmueble.

B. “estrechamiento de márgenes” (Artículo 54 inciso j), Ley 8642), ya que la ESPH prestaba de manera monopólica los servicios de telecomunicaciones en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, en el cantón Central, en el distrito Ulloa, específicamente frente a la Zona Franca Metropolitana, por lo menos desde el año 2017 hasta la actualidad y al momento de ofrecer los servicios mayoristas de acceso a la red digital a los competidores, los precios por esos servicios son excesivamente altos; con lo cual aparentemente la ESPH, al controlar la red digital podría obtener una ganancia económica con ello, siendo que el porcentaje que resta de la tarifa cobrada al consumidor y el costo de alquiler que presuntamente la ESPH que cobraría a un tercero, podría generar que la ESPH no pueda cubrir costos propios de operación y obtener alguna utilidad.

C. “acuerdo de exclusividad” (Artículo 54 inciso d), Ley 8642), ya que aunado a lo que

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

estipula el “**REGLAMENTO DE CONDOMINIO Y ADMINISTRACION O REGLAMENTO INTERNO DEL CONDOMINIO VERTICAL RESIDENCIAL TORRES DE HEREDIA FFM SEIS**”, la ESPH, actuando en conjunto con la empresa Inmobiliaria Punta Fina FPSO, S.A., cédula jurídica 3-101-666064, desarrolladora del Condominio Torres de Heredia, suscribieron aparentemente el contrato denominado “**CONTRATO DE DOTACION DE SERVICIOS DE AGUA Y ELECTRICIDAD PARA CONDOMINIO VERTICAL, RESIDENCIAL, COMERCIAL, TURISTICO TORRES DE HEREDIA.**”, en el cual la desarrolladora se comprometió a autorizar el uso gratuito a la ESPH, de las facilidades e infraestructuras de telecomunicación y afines ubicadas en las áreas comunes del Condominio Torres de Heredia; autorización que se realizó con el fin exclusivo y excluyente de que la ESPH, bajo su propio riesgo, desarrollara, administrara y gestionara una red de telecomunicaciones, en los términos que se establecía en el Anexo número uno (1) de dicho contrato; por lo que, aparentemente, se dio una exclusividad de facto a favor de la ESPH, por la cual ningún otro operador ni proveedor de telecomunicaciones ha podido ingresar al Condominio Torres de Heredia a brindar sus servicios a los inquilinos de este inmueble, ya que para ello deberán hacerlo únicamente a través de la red de telecomunicaciones desarrollada por la ESPH.

A continuación, se procede a desarrollar el criterio de este Órgano. Este criterio, se fundamenta en el análisis de las pruebas evacuadas durante la audiencia oral y privada celebrada el 01 de noviembre del 2022, y seguida el 15 de noviembre del 2022 para recabar prueba para mejor resolver solicitada por este Órgano, así como, demás documentación y actuaciones que constan en el expediente administrativo de marras.

De lo anterior se analizará, conforme a los hechos intimados, si la ESPH incurrió en alguna de esas prácticas monopolísticas relativas en los mercados relevantes definidos (mayorista: servicio de acceso a la red de fibra óptica en modalidad digital en el Condominio Torres de Heredia y minorista: servicio de acceso de internet residencial, en el Condominio Torres de Heredia):

A. DE LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO DE EXCLUSIVIDAD DE FACTO ENTRE EL CONDOMINIO TORRES DE HEREDIA Y LA ESPH

Sobre las exclusividades, el inciso d) del artículo 54 de la Ley 8642 incluye entre las conductas que pueden tipificar como una práctica monopolística relativa:

El inciso d) del artículo 54 de la Ley 8642 incluye entre las conductas que pueden tipificar como una práctica monopolística relativa:

*“La fijación, la imposición o el establecimiento de la compra, **venta** o distribución exclusiva de servicios de telecomunicaciones, por razón del sujeto, la situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluso la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre operadores y proveedores de telecomunicaciones, o entre estos y otros agentes económicos que no sean competidores entre sí”.*

En este punto, debe recordarse que el mismo artículo establece que pueden ser “**realizados por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos...**”. Lo anterior es concordante con el Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Como se desprende de la norma, las exclusividades podrían presentarse con diversas conductas, según sea el caso que se analiza.

En general, los acuerdos exclusivos pueden ser contractuales o no, y estos **se caracterizan porque una de las partes acuerda no negociar con los competidores de la otra**. Abarca tanto obligaciones de compra exclusiva como de venta exclusiva, la primera ocurre cuando un cliente (el comprador) tiene prohibido adquirir productos que no sean de un proveedor determinado, mientras que la de venta ocurre cuando quien tiene restricción es el vendedor para vender a los competidores de su comprador.

El caso que nos ocupa se enmarca en este último, por estarse investigando si el Condominio proveyó el acceso a los insumos necesarios para la prestación de servicios mayoristas de telecomunicaciones en el **CONDominio** en forma exclusiva a **ESPH**, teniendo esto como consecuencia, la prestación exclusiva de algunos de ellos en los mercados minoristas.

Esto es lo que en doctrina se conoce como un acuerdo de suministro exclusivo. *“El suministro exclusivo se refiere a las restricciones que obligan o inducen al proveedor a vender los productos objeto del contrato solo, o principalmente, a un comprador, en general o para un fin especial.”*²⁸

Como se puede ver, estas restricciones pueden obligar al proveedor –en este caso el condominio- a que provea solamente a un comprador -la ESPH- a efectos de reventa o para un fin especial. **En este caso, los efectos principales tienden a ser la exclusión de competidores**, que será mayor dependiendo del alcance de esa exclusividad y de su duración.

En el caso concreto, se trataba de identificar si, por algún medio, en la relación entre el Condominio y la **ESPH** se había establecido un acuerdo, de facto o contractual, por medio del cual, se asegurará la exclusividad de esta última para prestar servicios de telecomunicaciones en el **CONDominio**.

La Guía de Análisis de Conductas Anticompetitivas de la SUTEL²⁹ indica que el análisis de las exclusividades **se centra en aquellos acuerdos que, excluyan del mercado a empresas competidoras o que, impidan la entrada de nuevas empresas en el mercado**.

Según lo ha resuelto la COPROCOM (1997) este tipo de acuerdos son anticompetitivos solamente cuando puedan *“eliminar o restringir una porción del mercado tan significativa que otros competidores en la práctica no puedan competir eficientemente”*. Así coincide también la tendencia más aceptada internacionalmente, según la cual:

“[...] un acuerdo de exclusividad no es ilegal a menos que limite la competencia en una “porción significativa” del mercado. Un acuerdo exclusivo normalmente no puede tener un efecto anticompetitivo salvo que las oportunidades de otros competidores para entrar o mantenerse en el mercado se limiten de forma significativa” (ABA, 2006, p.267).

Del estudio de mercado *“Acceso a la infraestructura común y telecomunicaciones en condominios, apartamentos y residenciales cerrados”* elaborado por SUTEL (2019) se desprende que, **los acuerdos de exclusividad tienen muchas formas de materializarse y ejecutarse**, desde

²⁸ Comisión Europea. (2009). Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. 2009/C 45/02.

²⁹ Superintendencia de Telecomunicaciones. Guía de análisis de prácticas anticompetitivas. Pág 54

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

prohibiciones absolutas hasta cobros a nuevos entrantes. Sin embargo, **su finalidad es siempre la misma: garantizar a un único operador/proveedor de servicios el ser el único autorizado en brindar servicios** dentro del condominio en condiciones razonables, al menos por un plazo determinado.

En esta misma línea, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (2014)³⁰ señala que, en algunos casos, el cableado realizado por el primer operador, involucraría la constitución de derechos de uso respecto de la estructura de soporte; de este modo, una vez cableado el edificio por el operador seleccionado por la inmobiliaria, el posterior ingreso de un segundo operador estaría condicionado por diversos factores: a) factibilidad técnica, b) existencia de un número mínimo de consumidores, c) autorización de la asamblea de copropietarios, d) financiar obras asociadas a la remoción y reposición de aceras o áreas verdes, entre otros. Debido a lo anterior, este tipo de cláusulas pueden generar “monopolios locales” al interior de edificios y condominios, pues pese a existir superposiciones de redes a nivel nacional, no se verifica el ingreso de segundos o terceros operadores en los inmuebles sujetos al régimen de copropiedad inmobiliaria.

A tal efecto, la Fiscalía Nacional Económica de Chile (2014)³¹ señala que se producirían verdaderas exclusividades de facto, sin necesidad de recurrir a cláusulas de exclusividad³²; asimismo, Davidson, (2014, p.7)³³ agrega que *“Las exclusividades no siempre se dan por medio de un contrato explícitamente, los acuerdos de exclusividad de facto se caracterizan por la ausencia de una cláusula explícita en un contrato que obligue al comprador a comprar exclusivamente al vendedor”*.

Asimismo, en el caso estadounidense ZF Meritor LLC v. Eaton Corp. (Meritor): Tercer Circuito, 28 de septiembre de 2012, 696 F. 3d 254, cert. denied, 133 S. Ct. 2025 (2013)³⁴, se hace referencia a que, **no es necesario un requisito expreso de exclusividad, y se expone que se debe mirar más allá de los términos del contrato, para determinar la relación entre las partes y el efecto del acuerdo en el mundo real**; por lo tanto, los acuerdos de exclusividad de facto son reconocibles bajo las leyes antimonopolio, cuando su propósito sea la exclusión de competidores de una forma indebida y que, por tanto, conlleven a un daño de la competencia.

En tal sentido, un acuerdo de exclusividad de facto se entenderá en este caso como aquel que se da entre un operador/proveedor de telecomunicaciones y el propietario, administrador, constructor, desarrollador de infraestructura que soporte redes públicas de telecomunicaciones, en el entendido de que el efecto de este sea que, otros competidores (actuales y/o potenciales) en la práctica, no puedan ingresar al inmueble a competir, esto sin necesidad de cláusulas contractuales que la establezcan.

El 27 de noviembre de 2014 la ESPH y el Condominio Torres de Heredia suscribieron el “*Contrato de Dotación de Servicios de agua y electricidad para condominio vertical, residencial, comercial, turístico Torres de Heredia*”, suscrito por Edgar Allan Benavides, cédula 4-0102-0132, en calidad

³⁰ Expediente de Recomendación Normativa sobre prestación de servicios de telecomunicaciones en inmuebles sujetos a régimen de copropiedad inmobiliaria Rol ERN N° 15-2013.

³¹ IBID

³² IBID

³³ Davidson, R. M. (2014). *De facto exclusive dealing, foreclosure, and market share discounts*. University of Toronto (Canada).

³⁴ United States Court of Appeals for the third circuit. ZF Meritor, LLC; Meritor Transmission Corporation. Appellant N° 11-3301.

Disponible en <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca3/11-3301/11-3301-2012-09-28.pdf?ts=1410921688>.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

de Gerente y Apoderado General de la ESPH y José Luis Salinas Ollé, cédula 1-0508-0513, en carácter de presidente, con facultades suficientes, en representación de la sociedad denominada Inmobiliaria Punta Fina FPSO, S.A., cédula jurídica 3-101-666064, el cual establece en la cláusula quinta:

"1) TELECOMUNICACIONES: La Desarrolladora se compromete a autorizar el uso gratuito a la Empresa, de las facilidades e infraestructuras de telecomunicación y afines ubicadas en las áreas comunes del Condominio. La autorización de uso se realiza con el fin exclusivo y excluyente de que la ESPH, bajo su propio riesgo, desarrolle, administre y gestione una red de telecomunicaciones, en los términos que se establece en el Anexo 1"³⁵.

Sobre este tema, la ESPH en sus argumentos de oposición señaló (documento electrónico, folio inicial 1141):

"Esta exclusividad que indica la cláusula se da únicamente para la instalación y administración de dicha red de fibra óptica neutral, pero no se puede interpretar esta "exclusividad" como una limitante para que cualquier operador pueda prestar por su cuenta sus servicios de telecomunicaciones dentro del condominio (negociación que es exclusiva entre el administrador del condominio y el operador interesado), pues este nunca fue ni es el objeto del contrato suscrito.

Recuérdese y así se insiste en que, el ingreso de operadores solicitantes al Condominio es una potestad que le compete exclusivamente a la administración del Condominio Torres de Heredia y no de ninguna manera a la ESPH"

Adicionalmente señaló que:

"En lo que respecta el hecho 7 se rechaza categóricamente lo indicado (...) no existe una exclusividad en el uso de la red, no solo por las razones indicadas (...) la finalidad de la red pasiva neutral al construirse justamente fue para habilitar una condición que permitiese el ingreso de una gran variedad de operadores que sabemos plenamente existen en el mercado aguas arriba y aguas abajo (...)"

En relación con este punto, aportó como prueba documental: reportes de facturación a operadores, contratos de operadores y listado de clientes activos del ICE; estos documentos fueron rechazados en la etapa de instrucción dado que ninguno de ellos se refería a los hechos en particular y, porque algunos de estos documentos electrónicos no pudieron ser verificados (ver página 7 del oficio 07125-SUTEL-OTC-2022).

En tal sentido, fue ofrecida prueba testimonial para referirse a los hechos 6, 7 y 16 de la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 (corresponden a los que se tienen por probados en esta práctica) en la que los testigos refirieron que la red neutra de la ESPH estaba a disposición de cualquier operador y que conocían del contrato de dotación, sin embargo, señalaron que los términos del contrato correspondían únicamente al despliegue de una red sin exclusividad dentro del condominio.

Por otro lado, la ESPH señaló en la oposición del traslado de cargos que Transdatelecom y el ICE ofrecían servicios de telecomunicaciones. Respecto a dicha afirmación conviene tener en consideración en primer lugar, que el ICE nunca ofreció servicios en el Condominio (el ICE mediante escrito NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA confirma no tener clientes en el Condominio Torres de Heredia), y en segundo lugar que Transdatelecom ofrecía servicios

³⁵ Anexo 1 (Documento electrónico, folios del 1403 al 1417), especifica materiales y cronogramas de trabajo.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

de televisión por suscripción a través de la modalidad RFoG, no incluido en el mercado relevante afectado directamente por la conducta, el cual se delimitó al mercado del servicio de internet residencial.

Considera este Órgano Decisor que, producto de la cláusula 5 del “*Contrato de Dotación de Servicios de agua y electricidad para condominio vertical, residencial, comercial, turístico Torres de Heredia*” y durante la construcción del inmueble, la ESPH tuvo -a título gratuito- prioridad y exclusividad temporal, respecto al acceso a la estructura de soporte del Condominio Torres de Heredia para la instalación de una red que le permitiría realizar el transporte de datos a lo interno del inmueble, en relación con otros competidores. De este modo, una vez cableado el edificio por la ESPH, el posterior ingreso de un segundo operador estuvo condicionado por la autorización de la administración del condominio, quien en sus actuaciones demuestra la realización de una serie de actos tendientes a garantizar las ventajas exclusivas otorgadas a la ESPH en cuanto al acceso a la infraestructura que soporta redes de telecomunicaciones.

En este punto se reiteran los siguientes hechos que permiten evidenciar que en la relación entre la ESPH y la administración del Condominio existía de facto una situación de acceso exclusivo a la infraestructura del Condominio:

- 1- En la primera visita de verificación realizada por los funcionarios de la SUTEL al Condominio Torres de Heredia, **se le solicitó a la administradora la apertura de las estructuras subterráneas, correspondientes a las cajas de registro³⁶ de telecomunicaciones** – que permiten la integración de los componentes de redes, entre ellas la de fibra óptica-; sin embargo, **esta negó su apertura indicando que eran de acceso y uso exclusivo de la ESPH.** Además, manifestó que, para brindar cualquier tipo de servicio de telecomunicaciones, se debe realizar de manera subterránea por dichos registros (Informe de visita de verificación, oficio 10765-SUTEL-OTC-2020, folio inicial 199), **esto evidencia que el actuar de la Administración del Condominio se ajustaba a las disposiciones emanadas de la ESPH.** De tal forma que SUTEL no pudo tener acceso a la infraestructura soportante del inmueble hasta que se hizo acompañar en la visita de verificación de la propia ESPH.
- 2- En igual sentido ante visita técnica realizada por el ICE en el Condominio, la administradora del inmueble indicó lo siguiente a los funcionarios del ICE: **“el condominio está con infraestructura de ESPH, no entra ningún proveedor de cable al Condominio”** (NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA, Adjunto 1. Anexo 1 carta 9084-306-2021 Boleta de visita Condominio Torres de Heredia firmada por la señora Maybel Bado).
- 3- En tercer lugar, en carta de varios condóminos a la administración del Condominio se detalla lo siguiente: **“Actualmente tenemos contratados los servicios de telecomunicaciones con el proveedor Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH) como la única opción que provee la Administración del Condominio para los usuarios finales”** (NI-06088-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional).
- 4- En cuarto lugar, ante solicitud de Cabletica, para instalar su red, el señor Ricardo Molina,

³⁶ Definido en el Reglamento sobre el uso compartido de infraestructura para el soporte de redes públicas de telecomunicaciones como “Estructura subterránea donde se realiza la distribución de ductos, subductos y canalizaciones y donde se realizan empalmes, bifurcaciones y se albergan reservas de cables de telecomunicaciones.”

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

designado como responsable por parte del desarrollador del seguimiento y control de los términos del contrato firmado por el ESPH en el inmueble, indicó a dicha empresa lo siguiente: *“Nosotros no tenemos ninguna objeción en que ingresen a ofrecer los servicios...es un tema puramente legal entre ESPH y ustedes...si logran ponerse de acuerdo entre ustedes de nuestra parte cuenten con nuestro apoyo.”* Posteriormente, cuando Cabletica dio a conocer a la administración del Condominio el cronograma de instalación de su red, existió una negativa expresa para su instalación, por parte del señor Ricardo Molina Quirós³⁷: *“[...] en ningún momento hemos autorizado el ingreso de ustedes, a Amelia Hidalgo le respondí un correo diciéndole que no era posible que entraran con una nueva red, que si querían ingresar deberían hacerlo por medio de la red de ESPH. Me sorprende que nadie me ha enviado planos ni se ha reunido con nosotros para esto y me comuniquen que van a ingresar. No tienen autorización para ingresar.”*

Lo anterior pone de manifiesto que los alegatos de defensa de la ESPH no se ajustan a la realidad, toda vez que sí existían disposiciones expresas en el Condominio que permitían a la ESPH disponer o no sobre el uso de la infraestructura de soporte del Condominio, garantizándose a través de las acciones de la administración del Condominio de una exclusividad de facto en el Condominio.

Se debe recordar que, en el régimen de propiedad condominal, la infraestructura interna que permite el desarrollo y despliegue de redes de telecomunicaciones a lo interno del inmueble, se cataloga como bienes de uso compartido propio del condominio, constituyéndose en un elemento esencial para que, los habitantes del condominio gocen de los servicios de telecomunicaciones.

Las exclusividades en condominios son particularmente lesivas para los usuarios finales, dado que, distorsionan negativamente las condiciones competitivas del mercado, mediante la creación de pequeñas zonas de exclusión, en donde no se puede disfrutar de los beneficios propios de la rivalidad entre las diferentes ofertas de servicios (SUTEL, 2019)³⁸. Limitando así no sólo el derecho de libre elección de los usuarios, sino también, como ocurrió en el caso particular, forzando a los usuarios a pagar un precio más alto que el que deben pagar otros usuarios por el mero hecho de vivir en un condominio en donde se ha restringido artificialmente la competencia.

Contrario a las prácticas comerciales legales, la ESPH se apalanca en las acciones de la administración del Condominio encaminadas a garantizar su exclusividad sobre la infraestructura de uso común del Condominio, y garantizarse que el único mecanismo de acceso al Condominio sea el otorgado por ella misma a través de su red digital, lo que elimina así cualquier presión competitiva que pudiera haber provenido de un mercado relevante de acceso alternativo, como pudo haber sido el acceso a la infraestructura común del Condominio, motivo por el cual en el presente caso no se contempla otros mercados de acceso a infraestructura, por el simple hecho de que los mismos no existían al encontrarse bloqueados producto de las actuaciones de la ESPH.

En ese sentido, en el expediente constan los elementos que permiten dar fe de las ventajas

³⁷ NI-07443-2021. Correo electrónico. De: Ricardo Molina rmolinag@icloud.com. Enviado el: martes, 17 de marzo de 2020 15:24. Para: Lilliana Alvarez Naranjo. CC: Wilbert Pizarro; Johan Lizarme; administracionth@kommunacr.com; Brenda Molina Meda; Haykel Jose Sibaja Cubillo. Asunto: Re: Ingreso de Red de Cabletica Condominio Torres de Heredia

³⁸ SUTEL (2019). Estudio de mercado: Acceso a la infraestructura común de telecomunicaciones en condominios, apartamentos y residenciales cerrados para la prestación de servicios a los usuarios finales.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

exclusivas con que cuenta la ESPH.

La señora Maybel Bado en la Comparecencia Oral y Privada manifestó “(...) *lo que a mí me explicaron desde que ingresé al proyecto fue que mostrara todo el tema de canalización e infraestructura a los proveedores que querían ingresar al inmueble, pero con quien tenían que hablarlo y verlo es con la ESPH*”. (ver archivo de audio r06830 2022-11-15 09-21-54) Igualmente, consta en el expediente, (ver NI-07443-2021) que quien constituyó la sociedad administradora del proyecto -relacionado también con la desarrolladora-, señor Kristian Federspiel, indicó a un competidor que solicitó desplegar su red en el condominio: “ (...) *es mi obligación aclarar que en ningún momento hemos estado en contra de que su representada brinde servicios en nuestro desarrollo. Contrario a esto, hemos sostenido una reunión con la ESPH para que así, facilite la entrada de otros operadores para así nuestros clientes e inversionistas tengan el derecho de escoger el proveedor de sus servicios.*” (lo resaltado es nuestro)

En similar sentido, en un posterior correo el Señor Ricardo Molina, quien fungía como punto de contacto en el Contrato de Dotación de Servicios, señaló: “*Nosotros no tenemos ninguna objeción en que ingresen a ofrecer los servicios... es un tema puramente legal entre ESPH y ustedes... si logran ponerse de acuerdo entre ustedes de nuestra parte cuenten con nuestro apoyo.*” Luego de que, Cabletica diera a conocer el cronograma de instalación de la red, el mismo Ricardo Molina indicó expresamente: “...*que no tienen permiso para ingresar*”. (Ver NI-07443-2021)

Por otro lado, la empresa Telecable S.A. solicitó también el ingreso a la infraestructura del Condominio Torres de Heredia a la ESPH a solicitud de varios inquilinos (NI-06088-2020 página 19 a 21); sin embargo, la ESPH hasta alrededor de un año después rechazó la solicitud, indicando que esa decisión corresponde al Condominio.

Al respecto, el representante de Telecable indicó (NI-13211-2020, página 2 respuesta a la pregunta 1):

“(...) extrañó a mi representada siendo que Telecable de previo a iniciar el proceso, había negociado el ingreso con el personal administrativo del condominio desde el 14 de Febrero del 2019 mediante llamadas y correos electrónicos (los cuales se adjuntan a la presente respuesta), e incluso la administración nos colaboró de manera escrita, dándonos no sólo la autorización de ingreso, sino que también nos levantó una carta de residentes interesados en contratar nuestros servicios. Aclarada tal situación se procedió a darle continuidad al trámite con ESPH y su respuesta fue que la Administración del Condominio permite el ingreso, pero a través de la red (ya instalada) de fibra óptica ubicada dentro del Condominio (...).”

Otra prueba de lo anterior fueron las visitas de verificación que realizaron los funcionarios de la SUTEL, pues, requirieron de una segunda visita en la cual los funcionarios de la ESPH estuvieran presentes para abrir la infraestructura de soporte -esto a solicitud de la propia administración, a pesar de ser la dueña de la infraestructura soportante -(folio del 199 al 206 y del 217 al 228). Lo anterior, pese a que, según se pudo comprobar en la comparecencia oral y privada, tanto la ESPH como la administración del condominio, contaban con llaves para el acceso de esa infraestructura (ver audios archivos de audio r06830 2022-11-15 09-01-54, r06830 2022-11-15 09-21-54 y r06830 2022-11-15 09-41-54).

Es relevante indicar que, **cuando un proveedor dominante**, como ha quedado demostrado en el presente caso, **celebra acuerdos comerciales exclusivos de facto, es posible que se expulse**

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

a otros competidores, no porque no puedan competir en términos de precio, sino porque **nunca se les da la oportunidad de competir** (ZF Meritor LLC v. Eaton Corp. (Meritor)). Tal es el caso de los efectos del acuerdo entre la ESPH y el condominio, dado que, a pesar de que al menos tres operadores intentaron ingresar al inmueble, nunca se les dio la oportunidad de ingresar y competir, como se puede ver claramente, **generando confusión en quién debe tomar la decisión de autorizar el ingreso, alegando una razón u otra, o atrasando la respuesta por plazos de 1 año** (prueba aportada por la ESPH titulada “PRUEBA 3 (parte 2) Trámites de postería devueltos”, donde se acredita solicitud de TELECABLE presentada el 02-10-2019 y resuelta el 15-09-2020).

De este modo, **aunque la cláusula quinta del contrato de dotación de servicios no afirma un acuerdo de exclusividad contractual del Condominio Torres de Heredia con la ESPH, el Condominio concede en la práctica a esta última, ventajas exclusivas sobre la infraestructura de su propiedad** que impiden la entrada de nuevos operadores, y se materializan así en una exclusividad de facto.

Los efectos del acuerdo de exclusividad de facto entre la ESPH y el Condominio Torres de Heredia generan la ausencia de competidores en el mercado aguas arriba y como consecuencia, le generan una situación monopólica en el acceso al Condominio a la ESPH, lo que le permite a la ESPH impedir de manera sustancial el acceso de otros competidores al Condominio,

A raíz de este acuerdo, los competidores potenciales de la ESPH no pudieron ingresar en el Condominio, los usuarios de servicios de telecomunicaciones vieron restringidas sus opciones de escoger al proveedor de su preferencia sin tener alternativas de mejor calidad, servicio o precio, entre otras, siendo que fue la ESPH el único actor que recibió los beneficios de esta exclusividad. Por otro lado, la empresa no invocó eficiencia alguna derivada de esta exclusividad.

De todo lo descrito anteriormente, se considera que queda acreditado el acuerdo de exclusividad descrito en el artículo 54 inciso d) de la Ley General de Telecomunicaciones realizada por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia en el Condominio Torres de Heredia.

B. DE LA NEGATIVA DE INGRESO DE OTROS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES AL CONDOMINIO TORRES DE HEREDIA POR MEDIO DE LAS TÁCTICAS DILATORIAS (ARTÍCULO 54 INCISO B, LEY 8642)

En este caso, se pretendía determinar, como ya se indicó, si la ESPH había incurrido en una negativa de trato por dos motivos:

- En cuanto a “**precios excesivamente altos**” que provocan que los competidores no puedan ingresar de forma efectiva al Condominio a brindar sus servicios.
- En cuanto a “**condiciones que no son razonables y que impiden competir en forma efectiva, materializadas a través de tácticas dilatorias**” al momento de que un competidor realizaba las solicitudes de ingreso, se enfrentaba a cualquiera de estas dos situaciones: 1. Ante una negativa expresa de instalación por parte del representante del desarrollador del Condominio Torres de Heredia. 2. Se enfrentaba a numerosos de trámites, pese a que existe la factibilidad técnica en la infraestructura de soporte del Condominio Torres de Heredia.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

La negativa de trato está contemplada en el artículo 54 inciso b de la Ley 8642 en relación con el artículo 9 del Reglamento del Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones:

“[...] b) La negativa a prestar servicios de telecomunicaciones normalmente ofrecidos a terceros, salvo que exista una justificación razonable. (...)”.

Según la Guía de análisis de prácticas anticompetitivas de la SUTEL, **esta práctica se configura con la acción unilateral de rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a operadores o proveedores, servicios de telecomunicaciones disponibles, normalmente ofrecidos o adquiridos de terceros, sin que exista una justificación razonable.**

Doctrinalmente y a nivel de derecho comparado, la negativa de trato o suministro como práctica tipificada, se define como la decisión unilateral de negarse a vender o proporcionar un bien o servicio disponible y normalmente ofrecido a terceros a una empresa determinada, bajo condiciones que afecten la competencia en el mercado.

Esta práctica puede darse de manera explícita o implícita mediante la implementación de condiciones como el incremento de costos y precios para los competidores, que tienen un resultado de negativa a contratar por ser poco razonable aceptarlas.

La prohibición de negativa de trato es una excepción al principio general según el cual, como parte de la libertad de comercio, toda empresa tiene libertad de hacer (o no hacer) negocios con quien desee y en las condiciones que prefiera. Esto incluye el derecho a no contratar o no suministrar un servicio si así lo considera mejor para sus intereses.

En ocasiones, sin embargo, quien ostenta poder de mercado no puede negarse a suministrar un servicio sin justificación válida³⁹. A pesar de lo expuesto, aún en este caso, también existen situaciones en las que un proveedor u operador con poder en el mercado puede válidamente negarse a suministrar servicio. Por ejemplo, es posible que exista morosidad de parte de quien solicita el servicio, incapacidad de suministro, incumplimiento contractual de la otra parte, etc. Es necesario; sin embargo, que se trate de un motivo real (no potencial), demostrado y objetivamente justificado. En caso de duda sobre la razonabilidad de la justificación, deberá optarse por exigir el suministro del servicio.

La negativa de acceso a una facilidad esencial como lo pueden ser las infraestructuras para el soporte de redes o una única red existente es una modalidad de negativa de trato, especialmente relevante en el sector de telecomunicaciones, donde el acceso a redes de terceros es central para promover la competencia.⁴⁰

En este caso, se imputó la posible comisión de esta práctica por “precios excesivamente altos”, por parte de la ESPH, al ofrecer los servicios mayoristas de acceso a la red digital a sus competidores, lo que provoca que los competidores no puedan ingresar de forma efectiva al Condominio a brindar sus servicios.

Segundo, en cuanto a “condiciones que no son razonables y que impiden competir en forma

³⁹ SUTEL (2015) Guía de Análisis de Conductas Anticompetitivas. Recuperado el 13 de febrero del 2023 en el sitio web: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/2015_sutel_guia_analisis.pdf

⁴⁰ SUTEL (2015) Guía de Análisis de Conductas Anticompetitivas. SUTEL. Recuperado el 13 de febrero del 2023 en el sitio web: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/2015_sutel_guia_analisis.pdf

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

efectiva, materializadas a través de tácticas dilatorias” debido que al momento de que un competidor realizaba las solicitudes de ingreso, se enfrentaba a una negativa de ingreso por parte del Condominio Torres de Heredia o se veía enfrentado a numerosos trámites y tiempo para obtener una respuesta; todo lo cual impedía que el competidor obtuviera acceso a la infraestructura de soporte y que pudiera ingresar al Condominio Torres de Heredia a brindar sus servicios. Lo anterior, pese a que existe la factibilidad técnica en la infraestructura, con lo cual las tácticas dilatorias utilizadas tenían el objetivo de negar, bloquear o desincentivar el ingreso de la red de otro operador al inmueble.

Las tácticas dilatorias, son otra modalidad de negativa de trato, que consiste en la práctica que, aún sin negar explícitamente el acceso, podrían entorpecer el nivel de competencia, al tener el mismo efecto que la negativa expresa en el mercado. Entre algunas de las tácticas dilatorias se pueden citar: demorar el inicio de las negociaciones, crear trabas innecesarias y carentes de objetividad, o bien, omitir brindar información indispensable para sustentar una solicitud de acceso o no ponerla a disposición.

Específicamente, las tácticas dilatorias:

“[...] pueden adoptar varias formas y realizarse con gran facilidad, retardando las negociaciones en el tiempo o justificando la existencia de problemas técnicos irreales.

La motivación para tales prácticas puede ser doble: por un lado, dilatar lo más posible en el tiempo la entrada de competidores al mercado minorista, dado que dicha entrada podría suponer la erosión del margen de beneficio de las empresas establecidas.”

En relación con esta práctica, en el considerando segundo este Órgano Decisor tiene por probado el hecho 12 del auto de traslado de cargos, el cual corresponde a dos situaciones en concreto:

Como ya se indicó CABLETICA S.A. gestionó una solicitud de ingreso a la infraestructura al Condominio Torres de Heredia para el despliegue de su propia red de telecomunicaciones. “...cuyo resultado fue una negativa (NI-13129-2020, documento electrónico, folios del 133 al 137).

Por otro lado, la empresa Telecable S.A. solicitó a la ESPH el ingreso a la infraestructura del Condominio Torres de Heredia y un año después se le respondió “(...) *que la Administración del Condominio permitía el ingreso, pero a través de la red (ya instalada) de fibra óptica ubicada dentro del Condominio (...)*” (NI-13211-2020, documento electrónico, folios del 138 al 158).

De lo anterior se desprende que, ambas solicitudes fueron rechazadas, la segunda de ellas luego de un largo trámite por la ESPH, sin que finalmente se lograra el ingreso al Condominio.

Debe resaltarse en cuanto a las solicitudes de acceso a la infraestructura de uso compartido con el fin de instalar redes propias, que esa infraestructura pertenece a otro mercado y es propiedad del condominio que no es sujeto de este procedimiento especial, por esa razón, lo cual excede el mercado relevante definido, imputado y conocido por la ESPH en la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 de las 13:50 horas del 03 de noviembre del 2021.

Por lo anterior, y dado que escapa de la esfera jurídica y del análisis económico planteado en la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 de las 13:50 horas del 03 de noviembre del 2021 no corresponde analizarla.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

A pesar de lo anterior, es evidente que la ESPH también tuvo participación en estas circunstancias, que demoró más allá de lo razonable las respuestas y que dirigió esas respuestas al acceso a su red. Estas circunstancias en conjunto con las actuaciones del condominio tuvieron si no por objeto, el claro efecto de mantener a la ESPH como único proveedor.

Ahora bien, además de lo anterior, también procedía analizar si el cobro por el acceso a la red de la ESPH era excesivo a un nivel que configurara una negativa de trato implícita.

Para este fin, en primer lugar, quedó demostrado en el expediente los siguientes operadores tuvieron comunicaciones con la ESPH para valorar el acceso a la fibra óptica en la modalidad digital -dentro del mercado relevante definido-:

- ICE: valoró un alquiler de hilos de fibra por parte de la ESPH, sin embargo, ***“la cotización fue tan elevada que se desestimó por onerosa”*** (NI-13059-2021).
- Telecable: señaló ***“(...) el monto inicial solicitado por cliente para Telecable es alto, ya que en algunos casos representa 50% de la mensualidad de un servicio, esto obviamente encarece para nosotros la utilidad y hace que la opción de usar la red neutral por el momento no sea viable”*** (NI-04312-2020).

En esta misma línea, el Director de Negocios de Infocomunicaciones, señor Johan Montero Araya, quien fue ofrecido como testigo de la ESPH manifestó en la comparecencia oral y privada: ***“(...) Telecable y Cabletica nos decían que el modelo se les salía porque los costos que nosotros estábamos dando no eran para lograr hacer entrega de servicios”***.

En segundo lugar, en concordancia con el punto desarrollado en el apartado anterior, y dada la imposibilidad de acceder a la infraestructura de soporte del Condominio, **el acceso a la red digital de la ESPH se convirtió en un insumo esencial para acceder al Condominio y por tanto era central para promover la competencia en el “mercado aguas abajo”, es decir, en la provisión directa de servicios a los usuarios finales en el Condominio Torres de Heredia.**

El concepto de “facilidad esencial” es especialmente relevante cuando se abordan prácticas relacionadas con negativas de trato y en general con las conductas anticompetitivas como mecanismo para impedir el acceso o la expansión de un competidor en el mercado.

Básicamente para que un insumo sea considerado facilidad esencial debe cumplir tres características:

1. La facilidad esencial debe ser provista en condiciones monopólicas.
2. No se encuentra disponible en la actualidad proveniente de otra fuente y competidores carecen de posibilidades de replicar la misma por motivos económicos.
3. El acceso a la facilidad esencial por parte de terceros es necesario para mantener la competencia.

El concepto de facilidades esenciales cobra relevancia cuando el agente económico que las controla niega su acceso a un competidor o a un tercero, obteniendo una ganancia competitiva

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

con ello. Siendo que **la negativa también se configura de manera indirecta cuando se brinda, pero en condiciones tan desfavorables que impide competir de forma efectiva.**

En este caso en particular, se comprobó que en el plazo indicado:

- La ESPH era la única que poseía una red de fibra óptica, instalada en el Condominio Torres de Heredia, con capacidad disponible para el transporte de datos bajo la modalidad digital, es decir, provee el servicio en el “mercado aguas arriba” en condiciones monopólicas (por los motivos desarrollados en el apartado previo).
- La red de fibra de la ESPH es un activo único que no podía ser replicado en virtud de las normas aplicables al condominio y de las actuaciones ya descritas, tanto del Condominio en sí, como de la ESPH.
- No era posible brindar servicios minoristas de telecomunicaciones fijas en el Condominio Torres de Heredia, si no era por medio del acceso a la red digital de telecomunicaciones instalada en el inmueble por la ESPH, dadas las restricciones existentes.

De tal manera, **la red de fibra óptica perteneciente a la ESPH constituyó una facilidad esencial** dentro del Condominio hasta el año 2022.

Aunado a lo anterior, quedó demostrado que la ESPH prestaba servicios minoristas por medio de esa red. Así las cosas, al tratarse de una facilidad esencial tenía la obligación de prestar ese servicio a sus competidores actuales o potenciales, en condiciones no discriminatorias respecto de sí mismo.

Para terminar, en relación con el precio cobrado por la ESPH para ingresar al mercado aguas arriba, se tiene que las tarifas ofrecidas por la ESPH a los distintos operadores por concepto de acceso a la red de la fibra óptica en la modalidad digital, por cliente eran⁴¹ las que se detallan en el siguiente cuadro.

Cuadro 3
ESPH: Tarifas mayoristas por el uso de la red digital.
Condominio Torres de Heredia. Octubre 2021.

Capacidad de internet (Mbps)	Tarifa con IVA (en dólares)	Tarifa con IVA (en colones)*
10	\$21,98	₡13.856
20	\$25,12	₡15.836
30	\$27,66	₡17.439
40	\$29,75	₡18.757
50	\$31,49	₡19.854

**Como referencia de conversión de monedas se utilizó la información del Banco Central de Costa Rica, el tipo de cambio de venta del dólar de los Estados Unidos de América del 08 de octubre del 2021: 630,43.
Fuente: ROTC-00069-SUTEL-2021 pág 28*

⁴¹ Fuente: NI-05383-2022. Para el 2022 la capacidad de internet (Mbps) ofrecida por la ESPH fue incrementada hasta 100 Mbps, según se detalla en el NI-05383-2022, los precios del Cuadro 3 se conservan con pocas variaciones.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

En relación con este tema, la empresa denunciada indicó (documento electrónico, folio inicial 1141):

“Téngase claro que la tarifa no constituye una ventaja económica pues se acredita en los estudios de composición del precio, la ganancia para la ESPH no llega ni al 18% o 20%, siendo este un margen muy bajo, de tal manera, que no se puede calificar de ser desventajosos a los operadores. Reflejo de lo anteriormente indicado, es que actualmente existen dos operadores como lo son el Instituto Costarricense de Electricidad y Transdatelecom brindando sus servicios a través de esta red en su modalidad RFoG”

Adicionalmente señaló:

“Es importante destacar que la ESPH no obliga a ninguno de los operadores a utilizar su red neutra para llegar hasta el cliente o suscriptor, puede optar pagando una tarifa diferente por el uso compartido de infraestructura compartida en donde este puede desplegar su propia red siempre y cuando exista postería de la ESPH y en los casos de condóminos exista siempre una autorización (...) no se puede afirmar que exista un estrechamiento de márgenes que derive algún tipo de abuso de poder de dominancia por parte de la ESPH”.

Asimismo, para valorar si el precio cobrado por la ESPH por concepto de acceso de la red, en la modalidad digital es factible, se realizó una serie de simulaciones de escenarios. En primer lugar, en caso de que operadores potenciales distintos a la ESPH brindaran el servicio de Internet residencial en el Condominio Torres de Heredia, en dos escenarios de simulación (tomando como base las velocidades de 30 Mbps y 50 Mbps), destaca el porcentaje que le queda disponible al operador arrendante para cubrir sus costos relacionados a la capacidad, inversión y mantenimiento de red externa, soporte y además obtener utilidad, ver cuadro 4y cuadro 5.

Cuadro 4

Condominio Torres de Heredia: Relación entre la tarifa de alquiler de la ESPH y la oferta comercial del servicio de internet asimétrico, octubre 2021. (Velocidad de descarga de 30 Mbps)

Escenarios	Tarifa al cliente	Tarifa alquiler GON ⁴² (30Mbps)	% Tarifa de Alquiler	% Otros costos
CableTica	₡21 990	₡17 439	79%	20,69%
Telecable	₡22 000	₡17 439	79%	20,73%
ICE	₡25 900	₡17 439	67%	32,67%

Fuente: Elaboración propia a partir del informe ROTC-00069-SUTEL-2021

Cuadro 5

Condominio Torres de Heredia: Relación entre la tarifa de alquiler de la red digital de la ESPH y la oferta comercial de internet asimétrico, octubre 2021. (Velocidad de descarga de 50 Mbps)

Escenarios	Tarifa al cliente	Tarifa alquiler GON (50Mbps)	% Tarifa de Alquiler	% Otros costos
CableTica	₡25 100	₡19 854	79%	20,90%
ICE	₡27 900	₡19 854	71%	28,84%

Fuente: Elaboración propia a partir del informe ROTC-00069-SUTEL-2021

⁴² Datos brindados por la ESPH (NI-05383-2022).

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

En caso de que, operadores como Cabletica, Telecable o el ICE decidieran brindar servicios de internet a los inquilinos del Condominio Torres de Heredia, por medio de la red digital de la ESPH, terminarían destinando montos cercanos al 79%-70% de la tarifa cobrada al consumidor al pago del uso de la red. Lo cual es coincidente con las respuestas de los operadores TELECABLE e ICE a la ESPH en relación con que los montos cobrados les impedirían el acceso.

Los porcentajes indicados en el escrito de defensa de la ESPH no sólo no están respaldados en cálculo alguno, sino que también resultan contradictorios no sólo con los cálculos hechos por la propia SUTEL, los cuales constituían parte del expediente al cual la ESPH tuvo acceso y los cuales no refutó, como a las manifestaciones de los operadores TELECABLE e ICE en cuanto estos, las cuales evidencian que dichos precios de acceso imposibilitan la prestación minorista del servicio de internet en el Condominio.

Asimismo, en cuanto a las manifestaciones de que otros operadores pudieron prestar servicios con dichos costos, conviene aclarar lo impreciso de dicha afirmación, en primer lugar, porque como el mismo ICE lo indica (NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA), nunca contó con clientes en el Condominio Torres de Heredia, y en segundo lugar, porque la provisión de servicios realizada por TRANDATELECOM no se refiere al servicio de acceso residencial internet, sino al servicio de televisión por suscripción, el cual como ya se determinó no resultaba afectado por las conductas desplegadas por la ESPH.

Finalmente sobre el hecho de que los operadores contaban con medios alternativos para el ingreso al Condominio, como quedó demostrado en el apartado anterior, producto de la exclusividad de facto con que contaba la ESPH en el acceso a la infraestructura de soporte, dicha circunstancia no resultaba posible, lo que hacía el acceso a través de la red digital de la ESPH el único mecanismo de acceso posible con que contaban terceros proveedores de telecomunicaciones para acceder al Condominio en cuestión.

Por tanto, este Órgano Decisor en contrario a la opinión de la ESPH considera que, **más que ineficiencias financieras por parte de los operadores, los precios de alquiler de la red de fibra óptica de la ESPH se establecieron de forma tal que impidieran el acceso a otros competidores al mercado, aprovechando las ventajas exclusivas de que gozaban en el Condominio.**

Asimismo, en el informe ROTC-00069-SUTEL-2021 de la etapa de investigación preliminar, se realizó una comparación de los precios cobrados por la ESPH en cuanto al acceso de la fibra en el Condominio, con otros operadores⁴³ en condiciones semejantes (redes neutras), de lo que se concluyó: *“De tal manera que al efectuar la comparación de las tarifas de alquiler de la red de la ESPH en el Condominio Torres de Heredia con dicho contrato, la diferencia en las tarifas de costo de uso a terceros operadores a las respectivas redes neutras es notorio”,* en términos absolutos se denotan diferencias de entre \$6.000 y \$12.000, dependiendo de los Mbps alquilados.

⁴³ JASEC y Cabletica.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

Gráfico 3

Servicio de transporte de datos: Tarifa de alquiler de la red de fibra de la ESPH-Torres de Heredia y JASEC-Cabletica. Octubre 2021. (Monto en colones).



Fuente: Elaboración propia con información del expediente GCO-OTC-PM-00695-2020 y Expediente J0053-STT-INT-02360-2015, NI-05802-2019

En relación con el hecho 14, se debe considerar lo establecido por la Comisión Europea (p.10)⁴⁴, la cual afirma que, al evaluar si los precios de una empresa dominante constituyen un abuso de posición dominante, se debe examinar los costes y los precios de la empresa dominante en lugar de los de la empresa real o competidores potenciales⁴⁵. Específicamente la Comisión indica:

“Cuando el operador goce de una posición dominante en el mercado de productos o servicios, la reducción de los precios podría constituir una práctica abusiva. Se puede demostrar que ha tenido lugar una reducción de precios cuando las operaciones descendentes de la propia empresa dominante no son rentables si se aplica el precio que la rama de la empresa dominante dedica a las actividades ascendentes impone a los competidores”⁴⁶

Una aproximación de lo anterior se realizó en el mismo informe ROTC-00069-SUTEL-2021, en donde se utilizó las tarifas cobradas por la ESPH en el mercado descendente⁴⁷ (tarifas de internet residencial)⁴⁸, para verificar el margen de la empresa posterior al pago del costo del alquiler de la red de fibra óptica (mercado ascendente⁴⁹).

Cuadro 6

Condominio Torres de Heredia: relación entre la tarifa de alquiler de la red modalidad digital ESPH y la oferta ⁷⁸ Comercial de internet de la ESPH, octubre 2021.

⁴⁴ OECD (2009). Policy Roundtables: Margin Squeeze. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/46048803.pdf>

⁴⁵ Para determinar el grado de competencia en un mercado no solo es relevante la competencia actual, sino también la competencia potencial.

⁴⁶ Comisión Europea. Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones. Página 19.

⁴⁷ Ver nota 32.

⁴⁸ Si el ejercicio se realiza con las tarifas minoristas de previo a abril 2020, el margen de la ESPH es muy superior. Para 10 Mbps corresponde a 60%, 20 Mbps a un 71% y para 30 Mbps un 79%; es decir, el margen de utilidad sería bastante superior al promedio de la industria (9,6%), he ahí la ganancia del monopolio.

⁴⁹ Ver nota 28.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

Velocidad (Mbps)	Tarifa	Costo red digital (GON)	% Tarifa de Alquiler	% Otros costos
5	₡ 9 900	ND	ND	ND
10	₡ 14 900	₡13 855,91	93%	7%
20	₡ 20 900	₡15 836,34	76%	24%
30	₡ 25 900	₡17 439,21	67%	33%
50	₡ 29 700	₡19 854,20	67%	33%
100	₡ 46 300	ND	ND	ND

Fuente: Informe ROTC-00069-SUTEL-2021

El anterior cálculo deja ver que, conforme la velocidad es más baja, más impacto posee el costo de alquiler de la red en el ingreso de los clientes al brindarles el servicio, llegando a ser tan alta como del 93%. De la cartera de clientes de la ESPH sobresale que, el mayor porcentaje se ubica en las velocidades más bajas ofrecidas por el operador (NI-06822-2020). De tal manera que, el porcentaje que resta de la tarifa cobrada al consumidor podría generar que la ESPH no pueda cubrir costos propios de operación y obtener alguna utilidad⁵⁰.

Del análisis anterior se desprende que, **la ESPH a través del precio de alquiler de la red de fibra óptica en la modalidad digital, obstaculizó y/o impidió la entrada de competidores** (actuales o potenciales) al Condominio Torres de Heredia, es decir, **actúo como una barrera de entrada en el mercado**.

Nótese que **en este caso particular la conducta anticompetitiva no es el establecimiento de un precio alto en sí mismo, sino el establecimiento de un precio a un insumo esencial que hacía imposible competir a nivel de la provisión minorista de servicio**, constituyéndose así dicho precio en un impedimento sustancial del acceso de otros proveedores al mercado relevante en cuestión. Con lo cual **dicho precio se constituye en una negativa de acceso indirecta**.

Así las cosas, **se demuestra que la ESPH efectivamente incurrió en una negativa de trato implícita derivada de un precio de acceso a la red digital que procuró impedir el acceso de nuevos competidores al mercado minorista**.

Es importante **entender los incentivos que puede tener el dueño de un insumo esencial que participa tanto en la provisión mayorista como minorista de un servicio para bloquear el acceso de competidores al insumo esencial, el bloqueo a dicho insumo, a través de estrategias directas o indirectas de negativa, le permite mantener un mercado cautivo y cobrar precios mayores a los usuarios finales por la provisión de sus servicios** (como se acredita en este caso).

En ese sentido **para el operador resulta más ventajoso no tener competidores a nivel minorista**, así en este caso particular, a modo explicativo y con base en la información que consta en el expediente, se puede observar que en el caso de una conexión de 50 Mbps, si dicha conexión era proveída directamente por la ESPH el ingreso que le generaba era de 29.700 colones, mientras que si dicha conexión era proveída por un tercer operador, el ingreso por acceso que obtenía la ESPH era de 19.854 colones, es decir, el ingreso era un 50% mayor cuando la provisión del servicio minorista de acceso residencial a internet era proveída directamente por la ESPH.

⁵⁰ En este último caso, se debe considerar que, la utilidad media de la industria (2020) fue 9,6%, y en específico, la utilidad media de la ESPH para el 2020 fue de 17,93%. Esto implica que un margen de 7% (alquiler de velocidades de 10 Mbps) no era suficiente para subsistir en el mercado.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Este incentivo económico es lo que facilita que se generen acciones anticompetitivas encaminadas a aumentar artificialmente el costo de los competidores para, a través de una negativa indirecta de acceso, se impida sustancialmente el acceso de otros competidores al mercado, lo cual le permite al dueño del insumo esencial, en este caso la ESPH, mantener el mercado minorista para sí mismo.

A raíz de esta negativa, se reforzó la imposibilidad los competidores potenciales de la ESPH de ingresar en el condominio, los usuarios de servicios de telecomunicaciones vieron restringidas sus opciones de escoger al proveedor de su preferencia sin tener alternativas de mejor calidad, servicio o precio, entre otras, siendo la ESPH quien recibió los beneficios. Por otro lado, no se tienen acreditados efectos que benefician el proceso competitivo relacionadas con esta conducta.

C. DEL ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES

También procedía determinar si la ESPH incurrió en un “*estrechamiento de márgenes*”, dado que según se intimó, la ESPH prestaba de manera monopólica los servicios de telecomunicaciones mayoristas en el Condominio Torres de Heredia, al menos desde el año 2017 y hasta la imputación, de tal forma que como se desarrolló previamente, al momento de ofrecer los servicios mayoristas de acceso a la red digital a los competidores, los precios por esos servicios eran excesivamente altos impidiendo el acceso en condiciones razonable.

Así se buscaba determinar, si la ESPH, al controlar la red digital, podía estar en la capacidad económica de obtener una ganancia en caso de que hubiera tenido que cubrir el costo que cobrara a un tercero por acceder al insumo (lo que en normativa de competencia se conoce como “test del operador al menos tan eficiente”).

Se habla de estrechamiento de márgenes, cuando una empresa integrada puede ejercer su poder de mercado mediante la fijación de un precio excesivamente alto en el acceso a un insumo, para evitar que otras empresas ejerzan presión competitiva. Esta conducta es común, cuando el bien esencial (por ejemplo, una infraestructura) es un insumo necesario para poder ofrecer servicios en el mercado aguas abajo (a nivel de los usuarios finales). Como resultado de este comportamiento, el propietario de la infraestructura esencial puede alterar e incluso eliminar la competencia en el mercado aguas abajo (Bruno, Rey, et al; 2014)⁵¹.

Existen dos situaciones muy diferentes que pueden resultar en un estrechamiento de márgenes. Por un lado, el estrechamiento de márgenes puede verse como una práctica exclusoria, dirigida a los competidores aguas abajo (de los mercados minoristas). Por otro lado, el estrechamiento de márgenes puede verse como un abuso de explotación por parte de las empresas dominantes hacia sus consumidores.

En este caso en particular la conducta que se impugna es la primera, es decir un precio que busca excluir a los competidores mediante el impedimento sustancial del acceso, en ese sentido lo que resulta sancionable en relación con el precio establecido por la empresa investigada no es si el precio es alto en sí mismo, sino el hecho de si es alto en el sentido de impedir el acceso a los competidores al mercado.

⁵¹ Jullien, Bruno, Patrick Rey, and Claudia Saavedra. "The economics of margin squeeze." (2014). Disponible en: http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/jullien/Margin_Squeeze_Policy_Paper_revised_March_2014.pdf

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

En este enfoque, el comportamiento de la empresa investigada es el resultado de la voluntad de excluir a los competidores del mercado minorista, generando un escenario donde la empresa integrada intenta proteger su monopolio aguas arriba de la competencia potencial que busca acceder al insumo mayorista para operar aguas abajo (a nivel minorista).

En este caso la empresa dominante cobra un precio por el insumo en el mercado mayorista que, en comparación con el precio que cobra en el mercado minorista, no permite que ni siquiera un competidor igualmente eficiente negocie de manera rentable en el mercado minorista de prestación de servicios a los usuarios finales.

Esta conducta persigue generar un incremento de costes de los rivales, mediante un aumento del margen mayorista, y es beneficiosa para la empresa que la ejecuta porque reduce la presión competitiva sobre la actividad aguas abajo y, en consecuencia, aumenta las utilidades del negocio aguas abajo. Cuando este es el caso, los precios de acceso pueden incluso prevenir la entrada a los competidores al mercado.

En este caso, la empresa integrada ejerce su poder de mercado fijando un cargo de acceso alto para evitar que otras empresas aguas abajo ejerzan presión competitiva y al mismo tiempo estableciendo un precio alto para el servicio a nivel de usuario final, del tal forma esta conducta exclusoria termina perjudicando en última instancia a los consumidores.

Respecto a esta práctica el artículo 54 inciso j de la Ley 8642 dispone que es:

“La diferencia negativa o insuficiente entre el precio que un proveedor integrado verticalmente cobra a sus competidores por un insumo, y el precio al que vende a sus clientes un bien o servicio para el cual dicho insumo sea esencial, de forma tal que impida a un competidor igualmente eficiente subsistir en el mercado o competir de forma efectiva.”

Por otro lado, la Guía de Análisis de Conductas Anticompetitivas de la SUTEL señala que una práctica muy común en el mercado de las telecomunicaciones, por ser una industria de redes altamente dependiente de infraestructura, que puede tener consecuencias anticompetitivas, es el estrechamiento de márgenes, dándose **“cuando el margen entre el precio mayorista que cobra un proveedor integrado a sus competidores y el precio que determina a nivel minorista es tan pequeño que el o los competidores no pueden subsistir en el mercado o competir de forma efectiva.”**⁵²

La misma Guía señala que internacionalmente, se han destacado varios elementos como indispensables para que pueda razonablemente hablarse de un estrechamiento de márgenes⁵³:

- a) Quien la comete debe controlar el mercado “aguas arriba”, en niveles muy superiores que los usualmente requeridos para determinar poder de mercado en otras prácticas, al punto de alcanzar lo que algunos llaman como una “super dominancia”.
- b) El producto o servicio transado debe de carecer de sustitutos razonables para el detallista que lo requiere “aguas abajo”. Es decir, que se trate de una “facilidad esencial”.
- c) El precio al que se vende el producto en el mercado aguas abajo debe ser tan bajo que impida – por un lapso de tiempo considerable – a un competidor tan eficiente como el infractor operar con un

⁵² [Superintendencia de Telecomunicaciones. Guía de análisis de prácticas anticompetitivas.](#) Página 74.

⁵³ [Superintendencia de Telecomunicaciones. Guía de análisis de prácticas anticompetitivas.](#) Página 74.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

margen de beneficio razonable.

- d) *Solo resulta racional si quien la realiza tiene posibilidad de recuperar los beneficios a futuro [...]*"

En particular en este caso se tuvo por probado que:

- La ESPH controló el 100% del mercado aguas arriba, es decir, poseía "super dominancia" (Punto a.).
- La red de fibra óptica de acceso digital fue una facilidad esencial (Punto b.).
- El margen de beneficio por los operadores al alquilar la red digital de la ESPH no era razonable (Punto c.).
- La ESPH era el único operador en brindar el servicio de Internet residencial (único de su portafolio para el inmueble) en un inmueble que, según información pública disponible, tenía previsto crecimiento futuro, en apariencia el inmueble estaría compuesto por 9 torres de 11 o 12 pisos, con un total de 1.280 apartamentos⁵⁴ (Punto d.).

Desde la perspectiva de este órgano, el porcentaje que representa Internet residencial solo o empaquetados, impide a otros operadores, subsistir o competir de forma efectiva en el Condominio Torres de Heredia, ya que después de pagar el alquiler de la red digital de la ESPH, el porcentaje restante pareciera no ser suficiente para cubrir los costos propios de operación y obtener alguna utilidad.

En cuanto al estrechamiento de márgenes, la Comisión Europea indica⁵⁵:

*"Cuando el operador goce de una posición dominante en el mercado de productos o servicios, la reducción de los precios podría constituir una práctica abusiva. **Se puede demostrar que ha tenido lugar una reducción de precios cuando las operaciones descendentes de la propia empresa dominante no son rentables si se aplica el precio que la rama de la empresa dominante dedicada a las actividades ascendentes impone a los competidores.**"* (Lo resaltado es intencional)

Según se desprende del informe "Policy Roundtable: Margin Squeeze" de la OCDE (2009)⁵⁶, del IDEI Report sobre el estrechamiento de márgenes (2014)⁵⁷ o del artículo "Price squeezes, foreclosure and competition law: principles and guidelines" (2003)⁵⁸, cuando una empresa está realizando un estrechamiento de márgenes, esto debe implicar que el precio cobrado por ingresar al mercado aguas arriba constituye una barrera de entrada demasiado alta, o bien, que el precio cobrado por el producto aguas abajo es demasiado bajo, o ambos.

Tal y como se indicó en los hechos probados:

⁵⁴ Información tomada de Costa Rica: Grupo Inmobiliario del Parque invierte más de US\$30 millones en nuevo proyecto. Revista Summa.

⁵⁵ Comisión Europea. [Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector telecomunicaciones](#). Página 19.

⁵⁶ OECD (2009). Policy Roundtables: Margin Squeeze. Disponible en <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/46048803.pdf>

⁵⁷ Jullien, Bruno, Patrick Rey, and Claudia Saavedra. "The economics of margin squeeze." (2014). Disponible en: http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/jullien/Margin_Squeeze_Policy_Paper_revised_March_2014.pdf

⁵⁸ Crocioni, P., & Veljanovski, C. (2003). Price squeezes, foreclosure and competition law: principles and guidelines. *Journal of Network Industries*, (1), 28-60. <https://doi.org/10.1177/178359170300400102>

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

- a. Para que un operador pudiera brindar servicios de telecomunicaciones a un cliente final en el Condominio, únicamente, era posible hacerlo mediante el acceso a la red de fibra óptica en la modalidad digital propiedad de ESPH (mercado mayorista), para lo cual, ese operador tendría que destinar entre un 67% y un 79% aproximadamente, de la tarifa cobrada al consumidor por el servicio de internet fijo para el pago del uso de la red.
- b. La ESPH al tener control de la red digital (mercado mayorista), generaría una ganancia económica ya que, únicamente brinda el servicio de internet para velocidades superiores a 10 Mbps y sus precios eran de los más altos del mercado. Igualmente, a pesar de que los precios a los que brinda ese servicio son altos, el porcentaje que resta de la tarifa cobrada al consumidor y el costo de alquiler que cobraría a un tercero -incluyéndolo en sus costos-, implicaría que ESPH podría no cubrir costos propios de operación y obtener utilidades.
- c. La ESPH en el período comprendido entre el año 2017 al 08 de enero del 2022, creó obstáculos a la entrada de competidores potenciales, abusando de su poder de dominio en el mercado aguas arriba⁵⁹, impidiendo a otros operadores competir en ese mercado.

De esta forma, se tiene por demostrado en este caso:

- La ESPH controló hasta el I semestre del 2022, el 100% del mercado aguas arriba y el mercado aguas abajo del servicio de acceso a internet residencial, es decir, poseía una “super dominancia”.
- La red fibra óptica de la ESPH se constituyó en una facilidad esencial.
- El margen que obtendrían potenciales competidores al alquilar la red digital de la ESPH es de 7% (velocidades de 10Mbps) que debería alcanzar para cubrir costos de inversión, mantenimiento, capacidad, soporte y el porcentaje de utilidad.
- La ESPH dejó de participar en el mercado minorista de internet residencial a partir del 08 de enero del 2022, después de iniciar este procedimiento especial que llevaba la SUTEL.

Como se indicó antes, respecto a esos costos:

- ICE: valoró un alquiler de hilos de fibra por parte de la ESPH, sin embargo, *“la cotización fue tan elevada que se desestimó por onerosa”* (NI-13059-2021).
- Telecable: señaló *“(…) el monto inicial solicitado por cliente para Telecable es alto, ya que en algunos casos representa 50% de la mensualidad de un servicio, esto obviamente encarece para nosotros la utilidad y hace que la opción de usar la red neutral por el momento no sea viable”* (NI-04312-2020).

Lo cual era conocido y fue reiterado por el Director de Negocios de Infocomunicaciones, de la ESPH, quien manifestó en la comparecencia oral y privada: *“(…) Telecable y Cabletica nos decían que el modelo se les salía porque los costos que nosotros estábamos dando no eran para lograr hacer entrega de servicios”*.

⁵⁹ Este mercado es comúnmente conocido por los especialistas en competencia como los mercados de los eslabones iniciales de la cadena productiva (OCDE, 2014)⁵⁹, es decir, mercados de proveedores, mayoristas o materias primas; en esta resolución en particular cuando se refiera al mercado ascendente, mayorista o aguas arriba, se hace mención al mercado mayorista de acceso a la red de fibra óptica, en el cual la ESPH es proveedor del insumo.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

En relación con este tema, la empresa denunciada indicó (documento electrónico, folio inicial 1141):

“Téngase claro que la tarifa no constituye una ventaja económica pues se acredita en los estudios de composición del precio, la ganancia para la ESPH no llega ni al 18% o 20%, siendo este un margen muy bajo, de tal manera, que no se puede calificar de ser desventajosos a los operadores. Reflejo de lo anteriormente indicado, es que actualmente existen dos operadores como lo son el Instituto Costarricense de Electricidad y Transdatelecom brindando sus servicios a través de esta red en su modalidad RFoG”

Adicionalmente señaló:

“Es importante destacar que la ESPH no obliga a ninguno de los operadores a utilizar su red neutra para llegar hasta el cliente o suscriptor, puede optar pagando una tarifa diferente por el uso compartido de infraestructura compartida en donde este puede desplegar su propia red siempre y cuando exista postería de la ESPH y en los casos de condóminos exista siempre una autorización (...) no se puede afirmar que exista un estrechamiento de márgenes que derive algún tipo de abuso de poder de dominancia por parte de la ESPH”.

Considera este Órgano Decisor, en contrario de lo indicado por la ESPH que, no existe reflejo de lo anteriormente indicado, pues no existía ningún operador que participara en el mercado minorista a través del alquiler de la red digital de la ESPH (relacionado con el hecho 7 probado), pues la tarifa cobrada por la ESPH constituyó una barrera de entrada.

Específicamente, Transdatelecom tal y como lo señala la propia ESPH, participó en el mercado de televisión por suscripción a través de la modalidad RFoG, la cual como se indicó en la definición de mercado relevante, no es sustituta de la modalidad digital, y en relación con el ICE el mismo indicó que, no es operador en este condominio, sino en el Condominio Terrafé (NI-05591-2020)⁶⁰.

En la misma línea, la ESPH manifestó lo ya indicado en el análisis de la negativa de trato (documento electrónico, folio inicial 1141) respecto a que no se le puede atribuir a la ESPH, las ineficiencias financieras de los modelos de costo de algunos operadores en el mercado y que la tarifa no supone un costo adicional, sino un costo sustitutivo y ventajoso a cualquier operador solicitante que disminuye al operador los costos que este tendría que cubrir por la implementación de su propia red.

Con base en lo anterior, se desprende que la ESPH (empresa integrada verticalmente) abusó de su poder de mercado en el mercado mayorista de acceso a la red digital modalidad digital (mercado aguas arriba), mediante la fijación de precios que impedían el acceso, con el objetivo de evitar la participación de otros competidores en el mercado aguas abajo, aprovechando así su condición de operador único. Lo anterior, considerando que, la red digital era el único medio de transporte de datos disponible para que, otros operadores pudieran ingresar a ofertar sus servicios, al mercado minorista del Condominio Torres de Heredia.

Igualmente, se llevó a cabo el análisis de razonabilidad de los precios indicado en el análisis de la negativa de trato, determinando así, que impedían a otros operadores ingresar al mercado.

⁶⁰ Esta prueba se desestimó en el informe 07125-SUTEL-OTC-2022; aun así la parte denunciada lo sigue mencionando en el alegato de conclusiones.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Así dada la integración vertical de la ESPH, la condición de facilidad esencial de la red digital, aunado a su posición de dominio en el mercado mayorista, esta conducta es consistente con un estrechamiento de márgenes.

Por último, es importante considerar que, según se desprende de la Decisión de la Comisión Europea del 04 de julio de 2007, asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica (p.227)⁶¹, en relación con el estrechamiento de márgenes señala:

“(...) Este comportamiento, naturalmente, suponía un desincentivo a la entrada de nuevas empresas en el mercado y reducía las posibilidades de elección de los clientes de servicio de telecomunicaciones, ya que limitaba la competencia en precios por los consumidores.”

Lo mismo sucedió en este caso en el que se pudo estrechar los márgenes fungiendo como una barrera de entrada para posibles entrantes, obstaculizando la entrada de futuros competidores en el mercado mayorista estrechando sus márgenes en el mercado minorista, con lo que a criterio de este órgano quedaría acreditada la conducta relativa al estrechamiento de márgenes descrita en el artículo 54 inciso j).

Ahora bien, en el caso concreto se llega a esta determinación con base en las mismas conductas de la ESPH que llevaron a la demostración de la negativa de trato. **Por esta razón, considerando que en este caso los precios de acceso impidieron en forma absoluta el acceso al mercado en el plazo definido y que, si bien los posibles márgenes de los entrantes en el mercado minorista se veían estrechados injustificadamente por ese cobro el acceso a la facilidad esencial, con el resultado de impedir el acceso, se opta por tipificar la infracción cometida con estas conductas como una negativa de trato.**

D. SOBRE LOS PRINCIPALES ALEGATOS DE DEFENSA

La representación de la ESPH, tanto en el escrito de descargo y oposición (NI-02204-2022) contra la resolución ROTC-00076-SUTEL-2021 “Auto de inicio de la etapa de instrucción y traslado de cargos en contra de la ESPH por la presunta comisión de prácticas monopolísticas relativas” como en las conclusiones (NI-18260-2022) del procedimiento especial de competencia manifestó, en lo que interesa, lo siguiente:

- ESPH no es la dueña de la infraestructura civil (entiéndase: ductos, canalizaciones y cuartos de telecomunicaciones) dentro del Condominio Torres de Heredia.
- ESPH desplegó una red neutra que permite a cualquier operador ingresar a ofrecer sus servicios a los residentes del Condominio Torres de Heredia, siendo decisión libre, de cada operador solicitante, el querer utilizar o no la red neutra de la ESPH, pagando el respectivo costo de interconexión o en su defecto, desplegar su propia red, aspecto que es de libre negociación entre cualquier operador con el administrador del condominio.
- ESPH no tiene injerencia ni participación en ninguna decisión referida a solicitudes de

⁶¹ Álvarez y Díaz (2007). El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones. Comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 04 de julio de 2007, asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica. Disponible en [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/margin_squeeze_\(2008\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/margin_squeeze_(2008).pdf)

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

ingreso y/o autorizaciones de ingreso a operadores solicitantes, puesto que toda potestad de ingreso, construcción e implementación de otras redes por parte de cualquier operador interesado de ingresar al Condominio Torres de Heredia es decisión exclusiva de la administración del condominio, en aplicación del reglamento del condominio.

- No es cierto que *“el costo del alquiler de la red por parte de un operador torne poco atractivo -en términos económicos- el precio final al inquilino del inmueble en el condominio”*, en tanto, el precio de uso de la red neutra precisamente sustituye algunos componentes de la estructura de costos de cualquier operador que son asumidos por la ESPH; lo cual, no se traduce en un sobre costo al precio del operador ni mucho menos aún al precio del usuario final.
- ESPH no incurrió en denegatoria de acceso a ningún operador, en tanto ESPH S.A. no podía dar permiso sobre una infraestructura que no era de su propiedad, como en el caso de la ductería, y en el caso del rechazo de solicitud de acceso a postería por parte de la ESPH a Telecable, esta postería pertenece a la empresa Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL).
- ESPH no tiene competencia, injerencia y menos poder de decisión respecto de las condiciones reglamentarias que rigen el Condominio Torres de Heredia. Así, y en línea de lo anterior, debe entenderse y separarse el rol de ESPH como facilitador de una red neutra y abierta, respecto de todas las responsabilidades y comportamientos del administrador del condominio que vienen dadas del propio reglamento.
- A todo lo anterior, indican que no hay contra prueba que respalde cada uno de los hechos señalados en la etapa de instrucción.

Sobre lo anterior considera este Órgano que es cierto que la ESPH no es la dueña de la infraestructura civil dentro del Condominio Torres de Heredia, sin embargo, **la situación de exclusividad de la ESPH derivada de sus actuaciones en conjunto con las actuaciones de la administración del Condominio, hicieron que su red se convirtiera en la única alternativa para el ingreso de otros proveedores de telecomunicaciones al Condominio.**

Si bien la ESPH desplegó una red neutra, que por su naturaleza es abierta, las conductas desplegadas por la ESPH en cuanto a los tiempos (tácticas dilatorias) y precios impidieron que otros operadores no pudieran ingresar al Condominio, en ese sentido, dadas las barreras existentes en el Condominio la red de la ESPH era un insumo esencial, y como tal existía la obligación de dar acceso en condiciones técnicas y económicas que hicieran posible la prestación de servicios minoristas, lo que no sucedió dadas las condiciones ofrecidas por la ESPH.

Aunque la ESPH no es la titular de la infraestructura común del Condominio, sí es la única que poseía acceso a la misma, y de su actuar se demuestra una serie de acciones reprochables en relación con la misma, en particular los tiempos de respuesta a los operadores, en algunos casos de un año como se evidencia de la prueba aportada por la propia ESPH, de responder a los operadores solicitantes del acceso que no era la titular de dicha infraestructura, lo que claramente se constituye en una conducta dilatoria, y por otro lado su actuación en conjunto con el Condominio, que hicieron que todas las solicitudes de acceso que recibió el Condominio fueran remitidas a la ESPH para su aprobación y el otorgamiento del acceso a través de su red digital, lo que derivó en negativas de acceso, impidiendo así el ingreso de terceros operadores al mercado.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

Como quedó evidenciado el costo cobrado por la ESPH implicaba que no podía existir una prestación minorista del servicio por parte de sus competidores, como se analizó en distintas Tablas los precios cobrados por la ESPH por el acceso a su red digital en algunos casos llegaban a representar entre el 67% y el 79% de los precios minoristas, no existiendo ningún ahorro de costos, sino por el contrario un exceso de costos para los operadores que querían ingresar al Condominio.

La negativa de acceso de la ESPH se da producto del costo cobrado por el acceso a su red digital, el cual se vuelve en un elemento que hace a los operadores desistir de ingresar al Condominio por lo oneroso del mismo, en ese sentido es una negatoria de acceso encubierta, porque sin necesidad de negar el acceso directamente, el establecimiento de un precio por el acceso a la red digital que estrecha los márgenes de los competidores tiene el mismo efecto de negar el acceso al insumo esencial y excluir a potenciales entrantes.

La ESPH apalanca sus acciones en torno al acceso a su red digital en las ventajas exclusivas que le otorga la actuación de la administración del Condominio al garantizar la exclusividad de la red desplegada por la ESPH como único mecanismo de acceso al Condominio.

Finalmente, como se ha indicado existe prueba y evidencia de que las conductas desarrolladas por la ESPH en el Condominio Torres de Heredia constituyen prácticas monopolísticas como ha quedado evidenciado en el presente caso.

6. DETERMINACIÓN DEL OBJETO O EFECTO DE LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS

Los principales efectos que provocaron las prácticas monopolísticas relativas demostradas con anterioridad fueron:

A. Exclusión de competidores potenciales. Se demostró que los operadores interesados (ICE, Cabletica y Telecable) no pudieron ingresar al inmueble, dadas las altas barreras de entrada producto de las mismas conductas realizadas (acuerdo de exclusividad de facto y negativa de trato).

B. Reducir la competencia inter-marca. Al ser la ESPH el único participante en el mercado minorista de internet residencial, se obligó a los condóminos del Condominio Torres de Heredia, durante un período determinado, a adquirir los servicios de internet con un único proveedor, en las condiciones que estos los ofrecían.

C. Mayores costos de transacción para los consumidores. Dado que les llevaría más tiempo la búsqueda de sus productos preferidos. Así se demostró, como distintos usuarios enviaban correos a distintos operadores para que, les ofrecieran sus servicios. También consta en el expediente, una carta firmada por varios condóminos solicitando diversidad de operadores (NI-13211-2020). Lo anterior sin éxito, así como, también distintos usuarios (Ricardo Toledo y Carlos Rivera Triunfo) manifestaron su inconformidad ante la SUTEL por el único proveedor existente.

D. Mayores precios y menores velocidades en el servicio de internet fijo residencial. En el cuadro 7 y en el gráfico 4 se ilustra como del 2017 y hasta abril del 2020, la ESPH ofreció a los usuarios del Condominio Torres de Heredia precios más altos y velocidades inferiores

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

que las que otros operadores ofrecían como parte de su oferta comercial general y a la que se podía tener acceso afuera del Condominio. Esto se reafirma en la denuncia realizada contra la ESPH, según consta en la factura 96499935 de la ESPH, pues para marzo 2020, el denunciante pagó ₡42.000 por el servicio de 15 Mbps, tarifa que fue pagada desde junio 2019; siendo estas superiores en más de 50% en relación con tarifas cobradas en ese año por Cabletica o Telecable⁶². A nivel de velocidades, fuera del inmueble los consumidores poseen opciones que llegan hasta los 500 Mbps. Incluso por un precio menor que el pagado por los inquilinos por una velocidad de 100 Mbps podrían obtener el doble de velocidad con un proveedor como Cabletica o Telecable, quienes tuvieron interés de ingresar al inmueble.

Cuadro 7

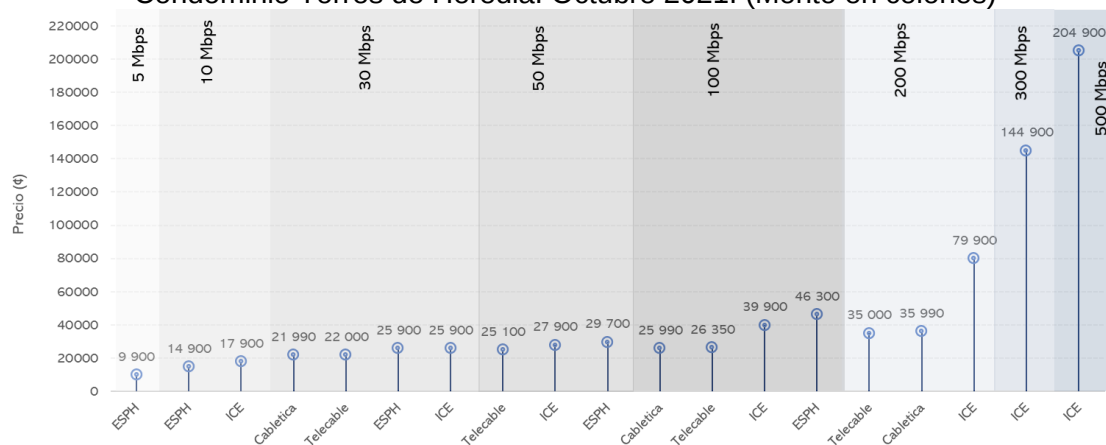
ESPH: Tarifas de internet residencial. (2019-Abril 2020)

Plan	Velocidad	Precio i.v.i
Básico	2 Mbps/1 Mbps	₡ 11 000,00
	3 Mbps/1.5 Mbps	₡ 14 800,00
	4 Mbps/2 Mbps	₡ 17 500,00
	5 Mbps/2.5 Mbps	₡ 19 100,00
	6 Mbps/3 Mbps	₡ 23 000,00
	7 Mbps/3.5 Mbps	₡ 26 800,00
	8 Mbps/4 Mbps	₡ 29 700,00
	9 Mbps/4.5 Mbps	₡ 32 800,00
Intermedio	10 Mbps/5 Mbps	₡ 34 400,00
	15 Mbps/7.5 Mbps	₡ 40 900,00
	20 Mbps/10 Mbps	₡ 54 600,00
Avanzado	25 Mbps/12.5 Mbps	₡ 68 200,00
	30 Mbps/15 Mbps	₡ 81 800,00

Fuente: NI-04312-2020

Gráfico 4.

Características de la oferta del servicio de Internet residencial fijo mercado costarricense y en el Condominio Torres de Heredia. Octubre 2021. (Monto en colones)


⁶² Tarifas de Cabletica (2020), 30 Mbps: ₡ 21.900, 100 Mbps: ₡ 25900, 200 Mbps: ₡ 35.990

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

Fuente: Elaboración propia con información del expediente GCO-OTC-PM-00695-2020 y de los sitios web <https://telecablecr.com/internet/> consultado a las 10:20 horas del 07 de octubre 2021, https://www.kolbi.cr/wps/portal/kolbi_dev/hogares/internet/internet-individual-fibra/de-10-a-500-mbps consultado a las 10:21 horas del 07 de octubre 2021, https://tienda.cabletica.com/cableticastorefront/cabletica/es/residencial?selectedCategory=internetcabletica&gclid=EAlaQobChMluKLT0G48wIVG0WGCh3v8QhTEAAYASAAEgJXMvD_BWE consultado a las 10:53 horas del 07 de octubre 2021

E. Debido a lo anterior, desde el 2017 al 20 de abril del 2020, la ESPH fue el único beneficiado en mantener un “mercado cautivo” en el Condominio Torres de Heredia, resultado de una oferta comercial en el servicio de internet residencial con precios más altos⁶³ para los consumidores que los ofrecidos por operadores interesados en brindar sus servicios en el inmueble. A partir de abril 2020, la ESPH bajó los precios cobrados a los usuarios e incrementó las velocidades ofrecidas; sin embargo, continuó siendo el único operador que ofrecía los servicios de internet residencial hasta el 08 de enero del 2022.

F. No existía opción de empaquetamiento de servicios de telecomunicaciones fijos disponible al usuario final en el condominio, lo que obligaba a los usuarios a tener que suscribir contratos con distintos proveedores para tener acceso a los servicios de televisión por suscripción (Trandatelecom) y acceso residencial a internet (ESPH). El empaquetamiento de servicios le significa a los usuarios finales no sólo una mejora en el precio de los servicios adquiridos, sino también en una reducción de los costos de transacción.

G. Nótese además de la relevancia que el servicio minorista de internet residencial tiene para los usuarios, estas prácticas que se demostraron se dieron durante una parte de la Pandemia decretada por el COVID-19, época en la cual la relevancia y dependencia de los usuarios sobre el servicio de internet fijo aumentó significativamente. Igualmente impactó la situación económica general del país, de manera que para los usuarios que lo requirieran, una oferta de servicios a precios menores era aún de mayor relevancia.

a. CONSIDERACIONES DE LA ESPH EN RELACIÓN CON LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

En relación con este tema, la empresa denunciada en su alegato de conclusiones indicó (documento electrónico, folio inicial 1632):

“Debe quedar claro y sin duda alguna el modelo utilizado es una red neutra y abierta, con beneficios para todas las partes involucradas. Este modelo no es nuevo, las redes neutras se utilizan desde hace ya algún tiempo en todo el mundo con bastante éxito.

Huelga advertir que, contrario a lo que se ha pretendido imputar en grado de probabilidad, un esquema como el que ESPH desplegó -por encargo del Condominio- le abre las puertas del mercado a pequeños operadores que recién inician operaciones o que -de pronto- no tienen capacidad de invertir en infraestructura costosa, brindándoseles así una oportunidad para competir en igualdad de condiciones, inyectando sus servicios y llegar de forma directa a los clientes sin necesidad de desplegar su red y sin preocuparse por la operación de la misma. Y esto, es bueno para todos y el mercado mismo.

Finalmente, cabe destacar a su vez que si en el Condominio no existe alguna otra red desplegada no es tampoco una situación en la que sea responsable la ESPH, esto se debe a una decisión

⁶³ En ciertas velocidades de datos (Mbps)

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

exclusiva y única de la administración del Condominio Torres de Heredia.

Al respecto, este Órgano Decisor, destaca:

- A pesar de que esta red neutra y abierta (modalidad digital) está instalada desde hace aproximadamente cinco años, no hubo ningún operador ni grande ni pequeño que la pudiera utilizar. En este sentido es menester diferenciar la naturaleza de una tecnología abierta como lo es la red digital desplegada por la ESPH que en su concepción técnica es neutral y permite el acceso de diferentes operadores a través de ella, y por otro lado las conductas que puedan ser desplegadas por un determinado operador sobre dicha red, que puede generar que, pese a la naturaleza abierta de la red, se impida el acceso a la misma a otros operadores. En ese sentido, **SUTEL no pone en duda la naturaleza abierta de la tecnología empleada por la ESPH en su red digital, sino que demuestra que el accionar de la ESPH en torno a dicha red impidió justamente que se pudieran aprovechar las eficiencias que la tecnología promueve en cuanto a acceso abierto a diversos operadores.**
- Según señalaron operadores interesados en ingresar al inmueble (ICE, Telecable, Cabletica) las condiciones ofrecidas por la ESPH en el acceso a su red impedían una prestación rentable del servicio de acceso residencial a internet a nivel minorista.
- Al participar la ESPH, tanto en el mercado mayorista como en el mercado minorista de internet residencial, del 2017 y al menos hasta el 08 de enero del 2022, no les brindaba a otros competidores la oportunidad de competir en igualdad de condiciones. Se demostró con el ejercicio de estrechamiento de márgenes que, no sería rentable ni para la misma ESPH, participar en el mercado minorista (velocidades bajas) si tuviera que pagar el precio de alquiler de su propia red.
- Las actuaciones de la ESPH evidencian que es responsable en relación con la exclusión de competidores potenciales producto de las conductas demostradas, algunas a nivel individual, otras apalancadas en el accionar de la administración del Condominio, tendiente a garantizar la exclusividad de la ESPH.

7. EVALUACIÓN DEL EFECTO NETO DE LAS CONDUCTAS DEMOSTRADAS

De la resolución ROTC-00069-SUTEL-2021 de las 13:07 horas del 13 de octubre del 2021 (documento electrónico, visible a folio inicial 992) se extrae:

"[...] del análisis de la información que consta en el expediente no se tienen indicios de que la operación de la ESPH en el Condominio Torres de Heredia genere eficiencias que sólo puedan conseguirse a través de su operación en el inmueble y que puedan contrarrestar los supuestos efectos perjudiciales, siendo que, al parecer, la conducta mantenida desde el año 2017 a la fecha, en el mercado de acceso a la red digital, suprimió o afectó la competencia en los mercados minoristas fijos en el inmueble, distorsionando la dinámica competitiva, situación que en principio no podría ser beneficiosa en términos netos para el consumidor, puesto que no existe evidencia de que la operación de la ESPH en el Condominio Torres de Heredia posea impacto positivo en las tarifas que paguen los inquilinos, o en alguna de las otras condiciones de su oferta en los mercados relevantes analizados." (Pág. 56)

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

En relación con este tema a empresa denunciada indicó que (documento electrónico, folio inicial 1141):

“La administración del condominio al contratar el despliegue de fibra óptica bajo un modelo de red pasiva neutral como servicio abierto procuró fines importantes tanto para operadores solicitantes como para los condóminos, a saber: (i) fomentar la posibilidad que múltiples operadores utilicen la misma infraestructura de telecomunicaciones para brindar los servicios que estos ofrecen, (ii) eficientizar y evitar la duplicación innecesaria de redes dentro del mismo condominio, (iii) permitir un uso compartido de infraestructura escasa a todo operador asegurando su interconexión precisamente por un principio de neutralidad tecnológica. En tanto, justamente la red neutra así desplegada por ESPH -bajo encargo del Condominio Torres de Heredia- al ser una infraestructura abierta, permite: i) optimizar recursos, ii) ofrecer servicios de telefonía, video e internet de alta calidad en un solo punto, iii) optimiza los costos de la inversión inicial y costos de operación de la red; y finalmente, iv) es accesible a cualquier operador solicitante para que preste sus servicios bajo autorización del administrador del condominio.”

En cuanto a las eficiencias deben quedar claro que las mismas no se refieren, como erróneamente se plantea, al despliegue de una red neutra en el Condominio Torres de Heredia, sino a las eficiencias que pudiera derivar las actuaciones de la ESPH en torno a la administración de dicha red.

La SUTEL no niega las eficiencias que puede tener una red neutral, lo que no se tiene por comprobado es que las actuaciones de la ESPH en torno a la administración de dicha red pudieran tener algún tipo de eficiencia o efecto procompetitivo en el mercado, ya que dicha red, contrario a su vocación técnica y a lo indicado por la empresa investigada, fue empleada por la ESPH como un mecanismo para impedir sustancialmente el acceso de competidores alternativos al mercado mediante distintas tácticas dilatorias y el establecimiento de precios de acceso que en la práctica constituían una negativa de acceso indirecta por no permitir una prestación del servicio a nivel minorista a competidores alternativos, lo que desembocó en que ningún proveedor alternativo a la ESPH pudiera prestar sus servicios de internet residencial en el Condominio, esto a su vez permitió a la propia ESPH cargar precios mayores a los usuarios finales que habitaban en dicho inmueble.

Conforme lo establecido en el artículo 19 del Reglamento al Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, este Órgano Decisor considera que no se tienen por acreditadas eficiencias en torno a la conducta investigada.

Asimismo, se señala que, a pesar de los beneficios que implica una red pasiva, según lo señalado por el denunciante, esta no es necesaria para generar eficiencias sustanciales en el mercado. En el caso de los operadores, tal y como se demostró en el informe de investigación RTOC-00069-SUTEL-2021, es factible y más rentable la instalación otras redes; y en el caso de los consumidores, la red pasiva no ha implicado reducción de precios o diversidad de ofertas a lo interno del inmueble. Por tanto, **en conjunto el efecto neto de las conductas imputadas es negativo.**

En consecuencia, se configura el último elemento para determinar el acuerdo de exclusividad y la negativa de trato de la ESPH respecto de su red de fibra óptica como prácticas monopolísticas relativas en los términos de lo definido en las Leyes 7472, 8642 y 9736.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

OCTAVO. SOBRE EL CRITERIO DE LA COPROCOM

En relación con el procedimiento administrativo especial de competencia tramitado contra la ESPH en el expediente administrativo GCO-OTC-PM-00695-2020, la COPROCOM emitió su Opinión 01-2023 de las 17:15 minutos del 06 de febrero del 2023, el cual concluyó:

“(…)

- En relación con la definición de mercado relevante, se advierte que la misma no considera el análisis de sustitución entre la alternativa de despliegue de una red propia por parte de otros operadores de telecomunicaciones y el servicio mayorista de arrendamiento de la red de fibra óptica “modalidad digital” de la ESPH en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, cantón Heredia, distrito Ulloa frente a Zona Franca Metropolitana. En este sentido, no se indica en dicha sección que ambos mercados son independientes entre sí. Lo anterior, es relevante al analizar la realización de las supuestas prácticas anticompetitivas, toda vez que en algunas ocasiones se evalúa la posible entrada de operadores de telecomunicaciones a través del despliegue de su propia red utilizando la infraestructura pasiva (ductería) propiedad del Condominio Torres de Heredia, y en otras ocasiones su entrada mediante la contratación del servicio mayorista de arrendamiento de la red modalidad digital de la ESPH; siendo que en ambos casos el análisis debe ser distinto. Asimismo, se hace notar que el Informe de Sutel parece referirse indistintamente al servicio de “**alquiler**” de la red de fibra óptica de la ESPH y al servicio de “**acceso**” a la red de fibra óptica en modalidad digital de la ESPH, que a criterio de este Órgano Superior pueden ser servicios distintos, por lo que en el presente informe nos referiremos al mercado de alquiler o arrendamiento de la red de fibra óptica.
- En relación con la práctica monopolística relativa de estrechamiento de márgenes en el mercado mayorista de arrendamiento de la red de fibra óptica “modalidad digital” en el Condominio Torres de Heredia, se considera que no existen elementos suficientes para su acreditación. Lo anterior, toda vez que nunca se concretó una transacción comercial entre la ESPH y los supuestos operadores de telecomunicaciones interesados en contratar el servicio mayorista, ni siquiera hubo un contrato para la prestación de dicho servicio. En este sentido, no se estima que la práctica se pueda acreditar de manera potencial.
- En relación con la práctica monopolística relativa de negativa de trato en el mercado mayorista de arrendamiento de la red de fibra óptica “modalidad digital” en el Condominio Torres de Heredia, se considera que no existen elementos suficientes para acreditar la realización de la práctica, pues la ESPH no tenía la facultad de autorizar el acceso a la infraestructura pasiva propiedad del condominio, de manera que tampoco es creíble que pudiera dilatarla entrada. Adicionalmente, el inciso b del artículo 54 de la Ley N°8642 señala respecto de la conducta en cuestión que es: “La negativa a prestar servicios de telecomunicaciones **normalmente ofrecidos a terceros**, salvo que exista una justificación razonable”, sin embargo, el mismo Informe SUTEL indica que la ESPH no le ofreció el servicio relevante a ningún operador de telecomunicaciones en el periodo comprendido entre 2017 y enero de 2022, por lo que no se observa que la ESPH haya realizado alguna diferenciación en el trato para ofrecerle su servicio mayorista a algunos operadores y a otros no. En realidad, los indicios contenidos en el Informe apuntan a que los operadores de telecomunicaciones no deseaban contratar el servicio mayorista de la ESPH porque consideraban que los precios en las distintas capacidades eran muy altos. Al respecto, cabe señalar que ante la eventualidad de posibles “precios abusivos” en un servicio mayorista de telecomunicaciones, estos deberían de analizarse en un contexto regulatorio que corresponde a SUTEL.
- Adicionalmente, en el caso eventual de que ocurra una negativa de trato por parte de un operador de red pública de telecomunicaciones para llevar a cabo negociaciones de interconexión o acceso, o el acuerdo no se concrete dentro de los tres meses siguientes a la notificación, de acuerdo con la Ley General de Telecomunicaciones, le correspondería a la SUTEL, de oficio o a petición de parte, intervenir con el fin de determinar la forma, los términos y las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo el acceso o la interconexión, lo anterior sin perjuicio de las sanciones previstas en la Ley General de Telecomunicaciones. En el caso particular, no se desprende que alguno de los operadores o competidores en los mercados minoristas haya solicitado la intervención de la SUTEL a efectos de que

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

les garanticen sus derechos.

- *En relación con la práctica monopolística relativa de acuerdo de exclusividad en el mercado mayorista de arrendamiento de la red de fibra óptica “modalidad digital” en el Condominio Torres de Heredia, se considera que no existen elementos suficientes para acreditar la realización de la práctica, pues de acuerdo con el contrato entre la ESPH e Inmobiliaria Punta Fina FP S.A., los alcances de la exclusividad que se indican en la cláusula, guardan relación con la instalación y administración de la red de fibra óptica neutral y no es limitante para que competidores puedan prestar servicios minoristas en el condominio. Nótese que para el ingreso de cualquier operador de telecomunicaciones a un condominio existe una negociación entre la empresa administradora del condominio y el operador interesado como parte de los derechos reales condominales definidos en el reglamento de ese inmueble, aspecto totalmente ajeno a la empresa imputada.”*

En relación con la posición de la COPROCOM, este Órgano Decisor se aparta parcialmente de manera motivada, de conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 8642, por las razones que se exponen a continuación:

1. Mercado relevante (producto y geográfico)

- No existe en el caso en cuestión una omisión en el análisis de sustitución entre el servicio de acceso a la infraestructura de soporte y el servicio de acceso a la red de fibra óptica en la modalidad digital. Como se determinó en la investigación preliminar (resolución ROTC-00069-SUTEL-2021) y ha quedado acreditado en este procedimiento, **las barreras de entrada establecidas por la ESPH en conjunto con la actuación de la administración del Condominio, que definieron como único mecanismo de acceso mayorista al Condominio el empleo de la red digital de la ESPH** (según quedó acreditado de los escritos del ICE número NI-13059-2021 INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA; TELECABLE, NI-06088-2020 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional; y CABLETICA, NI-07443-2021 Respuesta a la Solicitud de Información Adicional; así como en la propia prueba aportada por la ESPH) **implicaron que el acceso a la infraestructura del Condominio no constituyera un sustituto al acceso a la red de fibra óptica en modalidad digital de la ESPH.** Por otro lado, si bien la infraestructura de soporte no es propiedad de la ESPH, como se pudo ver la ESPH sí ejerció conductas tendientes a que su red de fibra siguiera siendo la única disponible, teniendo en la práctica manejo sobre dicha infraestructura (según se corrobora de las inspecciones realizadas por la SUTEL).
- Se aclara que la definición del mercado relevante como el servicio de acceso a la red de fibra óptica en la modalidad digital, emplea la nomenclatura de acceso y no de alquiler o arrendamiento porque acceso es el concepto técnico expreso que define la Ley 8642 que aplica en este caso, así los conceptos de alquiler y arrendamiento si bien podrían resultar sinónimos no son técnicamente precisos, en ese sentido el acceso corresponde a la “*puesta a disposición de terceros por parte de un operador de redes públicas de telecomunicaciones o de un proveedor de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, de sus instalaciones o servicios con fines de prestación de servicios*” (SUTEL, 2019). En ese sentido, corresponde a la posibilidad de que entre operadores opere la figura del acceso e interconexión y el uso compartido, en un mercado mayorista. Para este caso en particular, el mercado relevante fue definido como “mercado mayorista de servicio de acceso a la red de fibra óptica modalidad digital”, el cual hace específicamente referencia al alquiler o arrendamiento de la red, en los términos de lo que define COPROCOM.

Sobre lo indicado por COPROCOM en relación con que el mercado geográfico, en relación con la

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

existencia de otros operadores cerca del condominio involucrado que- según su criterio- abre la posibilidad de valorar un ámbito geográfico mayor, como resultado de una oferta de servicios de nuevos operadores, se indica:

- El **mercado geográfico relevante**, si bien COPROCOM señala que se puede considerar un mercado geográfico más amplio, lo cierto es que **las condiciones de competencia a lo interno del inmueble son distintas y diferenciables de las que se presentan de manera externa al Condominio**, en primer lugar, el acceso al Condominio está restringido a los operadores, mientras que a lo externo del Condominio no operan estas condiciones, de tal forma que se está simplemente ante el acceso a redes públicas de telecomunicaciones. En segundo lugar, **el régimen condominal en sí mismo es un elemento diferenciador en torno al acceso al Condominio**, que hace dicha área diferenciable de las áreas colindantes afuera del Condominio. En tercer lugar, la definición de un mercado relevante parte de un análisis de sustitubilidad, de tal forma que es necesario considerar que los usuarios que habitaban a lo interno del Condominio (condóminos) no podían sustituir el servicio que recibían por otro localizado en un área geográfica que no fuera propiamente el Condominio, esta falta de sustituibilidad es un elemento esencial para la definición geográfica del mercado relevante, a diferencia de lo que ocurre con otros bienes, en el caso de los servicios de telecomunicaciones los usuarios no pueden simplemente desplazarse a otras áreas geográficas para abastecerse de ellos, sino que deben abastecerse de las redes desplegadas en su ubicación geográfica. En cuarto lugar, no existe competencia potencial en el área geográfica producto de las altas barreras de entrada que existían en el Condominio, lo que implica a su vez, que no es posible ampliar el área geográfica para considerar otras áreas externas al Condominio en las cuales, por falta de barreras de entrada, sí era posible la competencia entre operadores de telecomunicaciones. Por los elementos anteriores se demuestra que el mercado geográfico en el caso particular debe circunscribirse al Condominio Torres de Heredia, dadas las barreras de entrada existentes a dicho condominio; ya que, independientemente de la capacidad de respuesta de otros proveedores externamente las condiciones de ingreso al inmueble vigentes del período comprendido desde el 2017 al I semestre del 2022 no les permitían la entrada. Nótese aquí que las propiedades en régimen condominal tienen normas que le aplican -como en este caso- que hacen que las condiciones dentro y fuera de este puedan ser totalmente distintas, por lo que la cercanía de otros operadores en las colindancias del Condominio no es un factor determinante que implique que el mercado geográfico puede ser más amplio. Partiendo de lo anterior, se mantiene el mercado geográfico definido.
- Este Órgano Decisor concuerda con la COPROCOM en excluir el mercado minorista de telefonía fija y de televisión por suscripción del análisis de esta resolución, puesto que la ESPH no tiene participación en estos mercados.

2. Estrechamiento de márgenes

COPROCOM considera que el hecho de que no se haya concretado una transacción comercial implica que no se pueda estar ante una práctica de estrechamiento de márgenes. Sin embargo, **contrario a lo indicado por COPROCOM el estrechamiento de márgenes puede tomar una serie de formas con distintos efectos anticompetitivos en el mercado**. Por un lado, es claro que el estrechamiento de márgenes puede provocar el desplazamiento indebido de un agente del mercado, esto ocurre cuando ya existe una relación comercial establecida entre ambos agentes, como en el caso que detalla la COPROCOM.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

La figura de estrechamiento de márgenes también puede tomar la forma del establecimiento de un precio a un insumo esencial que sea demasiado alto, y por tanto evite el ingreso de competidores al mercado provocando un impedimento sustancial del acceso. Al respecto se puede considerar lo indicado por la OCDE⁶⁴

“(2) Cuando se alega que una empresa está realizando una compresión de márgenes, esto debe implicar que el precio cobrado por la entrada de cuello de botella es demasiado alto, el precio cobrado por el producto aguas abajo es demasiado bajo, o ambos.

(2.1) Cuando la atención se centra en que el precio de acceso o de los insumos de la empresa establecida sea demasiado alto, un estrechamiento de márgenes también podría etiquetarse como una negativa a negociar. La responsabilidad por llevar a cabo un estrechamiento de márgenes donde no existe el deber de negociar podría dar lugar a que la empresa aguas arriba se niegue ineficientemente a vender a rivales aguas abajo en absoluto, o retirarse de operar en el mercado aguas abajo, en un intento para evitar la responsabilidad”.

Al respecto Salop & Scherffman⁶⁵ indican lo siguiente: *“Incluso si la demanda del mercado no se ve afectada por la estrategia, los aumentos en los costos marginales pueden reducir la producción de las empresas o aumentar el precio... **Aumentos suficientes en los costos promedio pueden hacer que algunas empresas abandonen la industria y otras que renuncien a la entrada**”.*

En similar sentido Jullen et al⁶⁶ indican *“...un aumento del margen mayorista que reduzca los ingresos mayoristas (debido a una menor demanda) puede ser rentable si reduce la presión competitiva sobre la actividad aguas abajo y, en consecuencia, fomenta el beneficio de la unidad aguas abajo. Cuando este es el caso, los precios de acceso pueden ser excesivamente altos e incluso expulsar a los competidores. Por lo tanto, parece que la base para la preocupación por la compresión de márgenes (incluso en un marco estático) tiene dos vertientes: puede surgir de la preocupación por un precio excesivo (por lo tanto, un abuso de explotación) o por la preocupación de aumentar las prácticas de costos de los rivales”.*

Es decir, hay que considerar que, si los precios establecidos para ingresar al mercado aguas arriba son excesivamente altos (insumo esencial, en este caso la red digital de la ESPH) y consecuentemente, no son rentables para sobrevivir en el mercado aguas abajo, el estrechamiento funge como una barrera de entrada, en el sentido de que, puede potencialmente impedir, restringir o distorsionar el proceso de competencia, lo cual recoge los alcances del artículo 54 de la Ley 8642 en cuanto que *“se considerarán prácticas monopolísticas relativas los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones realizados por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos, y cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas”.*

En este sentido, aunque para el caso en análisis esta conducta no desplazó a otros operadores que ya estaban en el mercado, sí produjo un impedimento sustancial de su acceso, como

⁶⁴ OCDE. (2009). *Margin squeeze*. Comité de Competencia. DAF/COMP(2009)36.

⁶⁵ Salop, S. & Scherffman, D. (1983) *Raising Rivals' Costs*. Working Paper No. 81. Bureau Of Economics Federal Trade Commission. Washington.

⁶⁶ Jullien, B. et al. (2014). *The economics of margin squeeze*. Institut D'Économie Industrielle.

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

consecuencia de las condiciones que la ESPH ofrecía a los operadores interesados en ingresar al inmueble a través de su red digital, es decir, los precios excesivamente altos en el mercado aguas arriba constituyeron condiciones no rentables para participar en el mercado aguas abajo (barreras de entrada), así lo manifestaron los operadores interesados en ingresar (Telecable y el ICE).

Indicamos que, el estrechamiento de márgenes es una conducta de carácter exclusorio, a través de la cual se crean o refuerzan barreras a la entrada de nuevos competidores, eliminando o debilitando la competencia potencial, estos efectos dan lugar a lo que se denomina “cierre anticompetitivo del mercado” (CNDC, 2019)⁶⁷.

A pesar de lo anterior, **como se detalló de previo, considerando la naturaleza del efecto producido por las acciones de la ESPH, este Órgano optó por enmarcar las conductas investigadas como un abuso en la figura de una negativa de trato.**

3. Negativa de ingreso de otros operadores

COPROCOM argumenta que no se pudo haber incurrido en una conducta de negativa de trato por dos situaciones, en primer lugar, porque el servicio no se prestó a ningún operador, por lo que no se trataba de un servicio normalmente ofrecido a terceros y en segundo lugar, porque en el presente caso no se aplicó lo relativo al régimen de acceso e interconexión.

En relación con el primer punto, la COPROCOM desvirtúa la figura de la negativa de trato. Bajo la lógica de la Opinión de la COPROCOM si un proveedor dueño de una infraestructura esencial ofrece un precio que impide el acceso a cualquier otro competidor al mercado, siempre y cuando se ofrezca el mismo precio a todos los competidores del mercado la conducta no resulta abusiva, lo cual contradice toda la doctrina de acceso a facilidades esenciales que establece que **el acceso debe ofrecerse no sólo en términos no discriminatorios, sino en términos que hagan factible tanto a nivel técnico como económico el acceso de los competidores al mercado.**

Al respecto, se puede considerar lo indicado por la Federal Trade Commission⁶⁸ de Estados Unidos: ***“En general, un vendedor tiene derecho a elegir a sus socios comerciales. La negativa de una empresa a tratar con cualquier otra persona o empresa es lícita siempre que la negativa no sea producto de un acuerdo anticompetitivo con otras empresas o parte de una estrategia predatoria o excluyente para adquirir o mantener un monopolio”.***

Incluso lo indicado por COPROCOM en esta oportunidad es contrario a sus propios precedentes administrativos, al respecto se puede considerar el Voto 01-2011 donde indicó:

“Existe jurisprudencia reiterada de esta Comisión que ha determinado que la infraestructura de soporte para redes de telecomunicaciones constituye una facilidad esencial. Asimismo ha señalado esta Comisión que no es aceptable desde el punto de vista de la competencia, una negativa de acceso o la imposición de condiciones discriminatorias a un tercero, por parte del propietario de una facilidad esencial o de quien la controla, salvo el caso, claro está, de que exista una justificación válida y demostrable. En ese sentido, la empresa denunciada ha insistido en el hecho de que la infraestructura de soporte, es decir la postera, tiene un exceso de cableado que ocasiona afectaciones al servicio público esencial de energía eléctrica, no obstante, no existe información

⁶⁷ CNDC (2019). Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante.pdf

⁶⁸ Disponible en: <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-supply-chain/refusal-supply>

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

técnica en el expediente que acredite dicha situación.

Así las cosas, los efectos de excluir competencia, en el caso de la negativa de acceso a una facilidad esencial, resultan absolutamente claros al impedirle a nuevas empresas ofrecer los servicios en el mercado cuya entrada controla la denunciada.

En términos generales, la doctrina de las facilidades esenciales mantiene que las empresas pueden incurrir en responsabilidades relacionadas con disposiciones antimonopólicas si no permiten acceso a éstas sobre bases no discriminadoras.

Lo anterior por cuanto, el propietario de la facilidad que también participa o podría participar en otros mercados competitivos, tales como los de telecomunicaciones, tiene incentivos no sólo para negar el acceso, sino para sabotear a los participantes que entran a ese mercado por medio de ofertas de acceso a precios no competitivos.

Las restricciones estructurales, como la división vertical, son una solución más profunda al problema del sabotaje. Si el dueño de la facilidad no participa en el mercado más cercano al bien final, no tendrá incentivos para excluir a sus clientes en este segmento del mercado. Es por ello que en otros países se encuentran regulados todos los aspectos relacionados con la facilidad esencial, e inclusive se prohíbe que el propietario de la facilidad ofrezca los servicios que se brindan a través de ésta en un régimen de competencia o, en su defecto, se permita que este preste los mismos servicios siempre y cuando dé un trato igual a los demás competidores.

*A pesar de lo expuesto, se debe indicar que la ESPH está en libertad de ingresar al mercado de las telecomunicaciones. **Lo que no debe hacer es negar el acceso de una facilidad esencial a una empresa que desea prestar un servicio, con la única intención de restringir la competencia en ese mercado; como tampoco puede aprovecharse del poder que le otorga esa propiedad para establecer tarifas altas, sin ningún respaldo técnico, con el único fin de sabotear a los competidores.***

Queda así demostrado el efecto anticompetitivo de la conducta denunciada, que no sólo perjudicó a la empresa denunciante al no tener la oportunidad de ofrecer el servicio de transporte de la señal de televisión vía cable, sino que con su actuar ha privado de una nueva opción de servicio a los habitantes y negocios de Heredia”.

El argumento de COPROCOM se refiere exclusivamente a una de las formas que puede tomar un abuso en la figura de negativa de trato. La negativa de trato puede manifestarse de distintas formas, a saber: i) negativa a tratar con no competidores mientras se sirve a otros; ii) negativa a tratar con competidores mientras se sirve a otros; iii) interrumpir el suministro a todos los terceros; iv) negativa a negociar un producto o servicio que está reservado para uso propio; y v) negativa a otorgar licencias de propiedad intelectual que resulten indispensables. En ese sentido, la negativa de trato por parte de una empresa con una posición dominante puede considerarse un acto de abuso cuando impida a los competidores acceder o mantenerse en el mercado.

Siguiendo los lineamientos de la Comisión Europea⁶⁹ se puede indicar que en materia de telecomunicaciones la negativa de trato puede tomar las siguientes formas:

“a) la denegación de acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor haya

⁶⁹ Comisión Europea. (1998). Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. Diario Oficial n° C 265 de 22/08/1998 p. 0002

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

concedido acceso a otro operador para ejercer su actividad en dicho mercado de servicios;

b) la denegación de acceso en relación con un servicio en el caso de que el proveedor no haya facilitado el acceso a ningún otro operador para ejercer su actividad en dicho mercado de servicios;

c) la retirada de acceso a un cliente”.

En ese sentido la normativa nacional no dista de lo dictado a nivel internacional en la materia, así el Reglamento del Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones en relación con la figura de la negativa de trato, el cual establece en su artículo 9 lo siguiente: ***“Para efectos del inciso b) del artículo 54 de la Ley N° 8642, se configura esta práctica con la acción unilateral de rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a operadores o proveedores, servicios de telecomunicaciones disponibles, normalmente ofrecidos o adquiridos de terceros, sin que exista una justificación razonable”.***

En este caso ha quedado comprobado que los hechos denunciados constituyeron una conducta de negativa de trato toda vez que el acceso a la red de la ESPH se trataba de un insumo indispensable para el ingreso de otros competidores al Condominio, se está ante un operador con poder en el mercado relevante definido, cuya negativa ha tenido un efecto distorsionador de cierre anticompetitivo del mercado para otros competidores, y la negativa no está justificada en ningún tipo eficiencia o efecto pro-competitivo.

Ahora bien, sobre el segundo punto, de que los operadores involucrados pudieron haber recurrido a la aplicación del Régimen de Acceso e interconexión, debe tenerse en cuenta que dicho Régimen y el Régimen Sectorial de Competencia en telecomunicaciones, no son excluyentes en su aplicación.

Asimismo, es claro que la aplicación del Régimen de Acceso e interconexión dispuesto en la Ley 8642 es de resorte de los propios operadores de telecomunicaciones, sin embargo, su accionar no es obligatorio, de tal forma que queda a discreción de cada operador su aplicación o no, lo cual no ocurrió en el caso de marras.

Sin embargo, dicha situación no implica que los usuarios, que son quienes accionan la aplicación del Régimen Sectorial de Competencia, quedan impedidos de hacer uso de los instrumentos legales que les otorga la Ley 8642 por el mero hecho de que los operadores hicieron uso del Régimen de Acceso e interconexión.

Nótese que en el caso en cuestión las denuncias que dan origen a la apertura del mismo no provienen de los operadores afectados por la conducta exclusionaria de la ESPH, sino de los usuarios que habitan en el Condominio, quienes se han visto afectados por el efecto que han tenido las conductas de la ESPH, y quienes carecen de toda posibilidad de invocar la aplicación del Régimen de Acceso e Interconexión. **Negar la posibilidad de aplicar el Régimen Sectorial de Competencia en el presente caso no va sólo en perjuicio de la competencia del mercado, sino de los derechos que les asisten a los usuarios de telecomunicaciones de emprender las acciones legales correspondientes para contar con un mercado competitivo según lo dispone el artículo 46 de nuestra Constitución.**

En todo caso el el Reglamento del Régimen Sectorial de Competencia en Telecomunicaciones en relación con la figura de la negativa de trato establece en su artículo 9 lo siguiente: ***“Para las situaciones que se presenten respecto de la interconexión y el acceso, se estará a lo dispuesto al***

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

respecto en la Ley N° 6842 y el reglamento sobre esa materia, **sin perjuicio de que se configure la práctica prevista en este artículo**". Lo que evidencia la posibilidad que le asiste a la SUTEL de emplear el Régimen Sectorial de Competencia en el presente caso.

Este Órgano Decisor concuerda con la COPROCOM, en que las tácticas dilatorias estaban relacionadas con la instalación de una red de fibra óptica para ingresar a ofertar servicios de telecomunicaciones dentro del Condominio Torres de Heredia, por cuanto esa infraestructura pertenece a otro mercado relevante no definido en este procedimiento.

4. Acuerdos de exclusividad

La COPROCOM considera que en el presente caso no puede existir un acuerdo de exclusividad toda vez que en el contrato suscrito entre la ESPH y el Condominio, lo que deviene en que desde su criterio sólo los acuerdos de exclusividad formalizados a través de un contrato resultan sancionables, sin embargo, omite la COPROCOM considerar, como se desarrolló extensamente en el apartado correspondiente a la tipificación de la conducta, que los acuerdos de exclusividad pueden ser tanto a nivel contractual como de facto, tal como ocurre en el presente caso.

En ese sentido el artículo 54 de la Ley 8642 es claro que para que se cometa una práctica monopolística relativa no se debe estar necesariamente ante una relación de naturaleza contractual, en ese sentido dicho artículo define que: "*se considerarán prácticas monopolísticas relativas **los actos, los contratos, los convenios, los arreglos o las combinaciones realizados por operadores de redes o proveedores de servicios de telecomunicaciones, por sí mismos o actuando conjuntamente con otros agentes económicos**, y cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas a favor de una o varias personas*".

En igual sentido, el artículo 70 de la Ley 8642 también dispone: "*Para establecer la verdad real, la Sutel podrá prescindir de las formas jurídicas adoptadas por los operadores o proveedores que no correspondan con la realidad de los hechos investigados*".

Así se reitera que en este caso ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo de exclusividad de facto -específicamente un acuerdo de suministro exclusivo-, es decir, en el entendido que, **más allá de los términos del contrato, se contempla los efectos de este en el mercado y las actuaciones de los distintos involucrados en el mismo para el mantenimiento efectivo de la exclusividad de la ESPH en el Condominio**. A criterio de este órgano, ese acuerdo es más que claro y las acciones de la administración del Condominio y la ESPH para mantenerlo así lo demuestran.

Estos actos consistieron en una limitación para el ingreso de redes alternativas que reforzaron la prestación de servicios en el inmueble por otra vía que no fuera la de la ESPH, impidiendo el proceso competitivo y afectando el derecho de los usuarios finales a escoger su proveedor de servicios de telecomunicaciones, restringiéndose a un único operador/proveedor de telecomunicaciones dentro de inmueble.

En tal sentido, existe la obligación legal de la ESPH, de acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización. (Ver Considerando Séptimo, Inciso II, apartado 5: Del análisis de los hechos probados en relación con las conductas investigadas: punto A)

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

NOVENO: IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN

Para la valoración y determinación de las sanciones correspondientes, la SUTEL se apegará a lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, la Ley Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia en Costa Rica, Ley 9736 y su Reglamento (Artículos 67 de la Ley 8642 y 175 del Reglamento a dicha Ley).

La SUTEL aplicará la sanción considerando los siguientes criterios: a) la gravedad de la infracción, b) la amenaza o el daño causado, c) la intencionalidad, d) el tamaño del mercado afectado, e) la participación del infractor en el mercado, f) la duración de la conducta, g) la reincidencia y h) la capacidad de pago del infractor (Artículo 120 Ley 9736, Artículo 183 del Reglamento a la Ley 9736 y Artículo 70 de la Ley 8642).

Es importante señalar que, la pertinencia en aplicar o no, cada uno de los criterios señalados, serán debidamente fundamentados por este Órgano Superior como se detalla de seguido.

Finalmente, el numeral 58 de la Ley 8642 dispone que sin perjuicio de la sanción que corresponda la SUTEL podrá imponer a los operadores y proveedores las siguientes medidas correctivas, establecidas en los incisos a), b) y f) del artículo 119 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, cuando realicen prácticas monopolísticas o concentraciones no autorizadas en esta ley.

I. CÁLCULO DE LA MULTA

1. Determinación del monto base de la multa

i) Clasificación de la infracción

En el presente procedimiento se acreditaron las siguientes prácticas monopolísticas relativas:

- A. Negativa de trato descrita en el artículo 54 inciso b) de la Ley General de Telecomunicaciones y;
- B. Exclusividad descrita en el artículo 54 inciso d) de la Ley General de Telecomunicaciones ambas realizadas por la ESPH en el Condominio Torres de Heredia, ubicado en la provincia de Heredia, distrito Ulloa frente a Zona Franca Metropolitana.

Las infracciones en materia de telecomunicaciones que pueden ser consideradas como muy graves según lo establecido en el Título V, artículos 67 de la Ley 8642 son:

“ARTÍCULO 67.- Clases de infracciones. Las infracciones en materia de telecomunicaciones pueden ser muy graves o graves.

a) Son infracciones muy graves:

(...)

- 13) Cometer las infracciones a las que se refiere el artículo 118 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica.”

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

Mientras que el artículo 118 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley 9736, define:

“ARTÍCULO 118- Infracciones muy graves. Son infracciones muy graves:

*a) Las prácticas monopolísticas relativas y absolutas.
(...)”*

Considerando lo anterior, las infracciones analizadas se clasifican como **muy graves**.

ii) Determinación de los topes máximos y mínimos

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 8642 inciso a) **las infracciones muy graves** son sancionadas mediante una multa del 0,5% y hasta un 1% de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.

En este caso tenemos que las infracciones acreditadas en los incisos b) y d) del artículo 54 de la Ley 8642 se configuran desde el 2017 y hasta el 08 de enero del 2022, de modo que las multas deben calcularse sobre los ingresos brutos reportados por la ESPH correspondientes al período fiscal 2021.

A tal efecto, los ingresos brutos⁷⁰ de la ESPH sujetos al canon de regulación para el período 2021 fueron de ₡ 610.244.920,00⁷¹, siendo los límites de dicha infracción los siguientes:

Cuadro 8
Topes máximos y mínimos.

Tipo de infracción	Porcentaje	Monto en colones
Muy Graves	0,5%	₡ 3.051.224,60
	1%	₡ 6.102.449,20

Fuente: Ingresos brutos reportados por la ESPH ante la SUTEL por concepto de canon de regulación NI-04046-2022

Con base en lo anterior, se tiene:

$$₡ 3.051.224,60 \leq \text{Multa aplicable} \leq ₡ 6.102.449,20$$

iii) Determinación de los criterios de ponderación aplicables respecto al tope máximo de la multa.

Se empleará la misma ponderación para cada uno de los criterios definidos en el artículo 120 de la Ley 9736, a saber: la gravedad de la infracción, la amenaza o el daño causado, la intencionalidad, el tamaño del mercado afectado, la participación del infractor en el mercado, la duración de la conducta, la reincidencia, con excepción del criterio de la capacidad de pago del infractor, el cual como ha sido definido por el Tribunal Contencioso Administrativo en su sentencia 00046 del Expediente: 13-003925-1027-CA, se refiere al “estudio técnico, contable financiero o económico que permita ... determinar la capacidad de pago de la actora”.

⁷⁰ Es el total de ingresos brutos devengados (antes de deducciones) durante el período fiscal anterior, por la operación de redes públicas de telecomunicaciones o por la provisión de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, y que deberán presentarse como declaración jurada de acuerdo con lo estipulado en el artículo 39, de la Ley 8642 (Artículo 2, Reglamento para la distribución del canon de regulación de la SUTEL)

⁷¹ Ver oficio 05445-SUTEL-DGCO-2022 (folios 1473 a 1475) dentro del expediente GCO-OTC-PM-00695-2020

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

En ese sentido se asigna un porcentaje de 7,14% a cada criterio, lo que corresponde a dividir la diferencia entre el monto mínimo y máximo de la infracción, sea un 50%, entre 7 criterios distintos de ponderación, de tal forma que sólo en caso de cumplirse los 7 criterios se procedería a establecer el monto máximo de la multa, que corresponde al 1% del total de ingresos brutos; mientras que si no se cumple ninguno de los criterios, procedería establecer el mínimo de la multa, que corresponde al 0,5% del total de ingresos brutos, con las combinaciones intermedias que puedan resultar.

A saber:

$$\text{Monto de la sanción: } \text{C}\$3.051.224,60 + \sum_{i=1}^7 CP_i \times \text{C}\$3.051.224,60$$

Donde CP_i corresponde a los criterios de ponderación.

A continuación, se procede a realizar el análisis en relación con cada criterio:

a. Gravedad de la infracción

La gravedad de la infracción se refiere a la naturaleza de la conducta realizada y los efectos potenciales en el mercado, razonablemente, se puede asociar a la conducta infractora. En este sentido, el artículo 183 del reglamento a la Ley 9736, estipula que este criterio de ponderación se puede clasificar en si la infracción es leve, grave o muy grave.

En primera instancia, la Ley General de Telecomunicaciones ya establece una primera graduación en cuanto a la gravedad de las faltas clasificándolas en muy graves, graves y leves (artículo 67 y 68), de modo que el artículo 70, al referirse a este criterio insta a considerar la afectación que las conductas investigadas hayan producido efectivamente en el/los mercado(s) relevante(s).

Adicionalmente, hay que tener presente que, las prácticas monopolísticas relativas son perjudiciales al proceso de competencia y libre concurrencia, lo cual repercute en un eventual perjuicio al usuario final.

En el caso **concreto, las prácticas monopolísticas relativas analizadas generaron serias distorsiones al proceso de competencia dentro del Condominio Torres de Heredia**, entre ellos: la exclusión de otros proveedores, la reducción de la competencia inter-marca, mayores costos de transacción para los consumidores, mayores precios y menores velocidades en el servicio de internet fijo residencial para los consumidores, entre otros (Ver Considerando Séptimo, inciso II, punto 6); asimismo, no se admitieron justificaciones de eficiencia que contrarrestaran los efectos que se produjeron en el mercado relevante (Ver Considerando Séptimo, inciso II, punto 7). **Y por tanto, dado que la conducta es muy grave, se considera que cumplen con el criterio de gravedad como un agravante de la sanción a imponer.**

b. Amenaza o daño causado

Del artículo 183 del reglamento a la Ley 9736, se desprende que la amenaza o daño causado se refiere a las potenciales repercusiones o a las repercusiones concretas que la infracción tuvo en el mercado.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

Para analizar este criterio se puede valorar: la probabilidad que se tenía de dañar la competencia, el efecto concreto o potencial de la infracción en competidores, consumidores y terceros, la cuantía afectada del bien o servicio involucrado y si la conducta afecta algún interés colectivo o difuso de especial relevancia para los consumidores, entre otros.

Anteriormente se evidenció como las conductas de la ESPH en el Condominio Torres de Heredia, retrasaron la entrada de nuevos competidores (a través del estrechamiento de márgenes, y acuerdos de exclusividad de facto), impidiendo la competencia inter-marca dentro del condominio, lo que causó un daño evidente para los condóminos, quienes tuvieron que pagar precios muy altos por servicios con bajas velocidades y ofertas limitadas, al respecto cabe destacar que los problemas experimentados por los condóminos ocurrieron en una época donde el acceso a internet residencial se convirtió en imprescindible para poder trabajar y/o estudiar (pandemia Covid-19).

Esta situación implicó que, los consumidores se tuvieran que enfrentar a altos costos de transacción al tener que estar buscando e insistiendo en el ingreso de otros operadores al inmueble e interponiendo quejas ante la SUTEL por la situación experimentada.

En ese sentido las conductas de la ESPH causaron un daño a los habitantes del Condominio, y por tanto se cumple el criterio de daño como un agravante del monto de la infracción.

c. Tamaño del mercado afectado

Del artículo 183 del reglamento a la Ley 9736, se desprende que el tamaño del mercado se refiere a la porción del mercado en el que la práctica surtió efectos. Dado que el tamaño del Condominio es limitado dentro del mercado de las telecomunicaciones, **se considera que este criterio no se puede considerar como un agravante de la infracción, y por tanto no se cumple.**

d. Duración de la conducta

Del artículo 183 del reglamento a la Ley 9736, se desprende que la duración de la conducta se refiere al tiempo durante el cual el agente económico incurrió en la conducta sancionable.

El tiempo en que la ESPH realizó las prácticas fue de aproximadamente entre 4 y 5 años, específicamente:

- Del 2017 al 08 de enero del 2022.

En este sentido, este Órgano Decisor considera que **la duración de las conductas fue amplio, lo que hizo que los usuarios surtieran los efectos del daño por todo ese período, por lo que se considera que se cumple el criterio de duración como un agravante del monto de la sanción.**

e. Intencionalidad

Del artículo 183 del reglamento a la Ley 9736, se desprende que la intencionalidad hace referencia al carácter deliberado o no con el que se cometió la infracción.

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

La ESPH firmó un contrato con el Condominio Torres de Heredia en el que se le otorgó la posibilidad de ser el primer operador en ingresar al inmueble, instalar una red de fibra óptica y por un tiempo definido, ser el único operador con posibilidad de tener este tipo de red, para transportar datos y ser el único operador en ofrecer el servicio de internet residencial, en un inmueble con crecimiento a futuro. Asimismo, la ESPH impuso precios muy elevados por el alquiler de la red (infraestructura esencial) a sus otros competidores, precios que incluso si hubieran sido cobrados a él mismo, no hubiese sido rentable su participación en el mercado minorista. Además, esta situación de exclusión de los competidores le permitió a la ESPH cobrar a sus clientes precios muy por encima de los del mercado, ofreciendo bajas velocidades, y no teniendo estos, otras posibilidades de elección. **Con base en lo anterior, este Órgano Decisor considera que la ESPH tuvo intención en las conductas desarrolladas, por lo que se considera que se cumple el criterio de intencionalidad como un agravante del monto de la sanción.**

f. Participación del infractor en el mercado

Del artículo 183 del reglamento a la Ley 9736, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia se desprende que la participación del infractor se refiere a la cuota del agente económico o los agentes económicos involucrados en la conducta. **Si bien la ESPH tiene un 100% de participación en los mercados relevantes definidos, se considera que su participación a nivel del mercado de las telecomunicaciones es baja, y en ese sentido no se considera este como un elemento agravante de la infracción.**

g. Reincidencia

Del artículo 183 del reglamento a la Ley 9736, se desprende que la reincidencia es la reiteración de una infracción que se refiere a conductas tipificadas en la misma naturaleza, según lo establecido en los artículos 115, 116, 117 y 188 de la ley citada. **En el caso concreto, a la ESPH no se le ha impuesto ninguna sanción en materia de derecho de competencia por parte de la SUTEL, y en ese sentido no se considera este como un elemento agravante de la infracción.**

Con base en las ponderaciones anteriores se ajusta el monto de la multa mínima como sigue a continuación:

Cuadro 9			
Ponderaciones de la multa, según criterios de ajuste.			
Criterios de Ponderación	Agravante	Atenuante	Total (2 conductas)
Gravedad de la infracción	X		14,29%
Amenaza o daño causado	X		14,29%
Tamaño del mercado afectado		X	
Duración de la conducta infractora	X		14,29%
Intencionalidad	X		14,29%
Participación en el mercado		X	
Reincidencia		X	
Total			57,14%

Con lo cual la fórmula previamente definida se estima como:

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

Monto de la sanción: $\text{C}3.051.224,60 + 57,14\% \times \text{C}3.051.224,60$

Y da un resultado de: 4.794.781,51 colones, lo que equivale al 0,79% de los ingresos brutos por la prestación de servicios de telecomunicaciones de la ESPH en el período 2021.

Por tanto, el monto total para cancelar por las dos conductas acreditadas es de **cuatro millones setecientos noventa y cuatro mil setecientos ochenta y uno con cincuenta y un céntimos (C4.794.781,51)**.

Finalmente, en cuanto al último criterio de ponderación referente a la capacidad de pago de la infractora, de los registros públicos disponibles⁷² se evidencia que la imposición y eventual pago de esta multa no resulta en un perjuicio para la actora, toda vez que de la revisión de la situación financiera real de la empresa se evidencia que cuenta con solvencia económica para hacer frente a la sanción impuesta sin que esto le genere una situación perjudicial que atente contra su estabilidad financiera, lo cual se constata de las utilidades netas obtenidas por la ESPH en el ejercicio fiscal 2021, las cuales correspondieron a monto de C3.595.425.312.

POR TANTO,

Con fundamento en los artículos 52, 53, 54, 55, 56 y 57 de la Ley de fortalecimiento de las autoridades de competencia, Ley 9736, los artículos 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89 y 90 del Reglamento (Decreto ejecutivo 43305-MEIC) a la Ley de fortalecimiento de las autoridades de competencia, Ley 9736, los artículos 52, 54, 55 y 58 de la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 8642, los artículos 7, 9, 11 del Reglamento al Régimen de Competencia en Telecomunicaciones, los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 7472 y demás normativa de general y pertinente aplicación,

EL CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES RESUELVE:

1. Declarar responsable a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA S.A, cédula jurídica 3-101-042028, de la comisión de las prácticas monopolísticas relativas establecidas en el artículo 54, incisos b) y d) de la Ley General de Telecomunicaciones, en la figura de acuerdos de exclusividad y negativa de trato que se califican como faltas graves.
2. Imponer a EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA S.A, cédula jurídica 3-101-042028, como sanción por las infracciones declaradas en el punto anterior, una multa equivalente al 0,79% (cero setenta y nueve por ciento) sobre los ingresos brutos del período fiscal 2021, la cual asciende a **cuatro millones setecientos noventa y cuatro mil setecientos ochenta y uno con cincuenta y un céntimos (C4.794.781,51)**.
3. El pago de la multa impuesta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 8642, deberá efectuarse dentro del plazo de un mes, contado a partir de la notificación de esta resolución, mediante depósito en la cuenta corriente del Banco Nacional de Costa Rica 100-01-000-219443-3, cuenta cliente 15100010012194439, cuenta IBAN: CR39 0151 0001

⁷² Estados Financieros Auditados de la ESPH 2021, disponibles en: <https://opendata.esph-sa.com/es/dataset/informes-financieros/resource/e7d1035d-dcd1-426c-8d8a-9f5bbb13eb67>

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

0012 1944 39 de la Superintendencia de Telecomunicaciones, cédula jurídica 3- 007-566209, cuenta asignada al Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), indicando el número de expediente de referencia GCO-OTC-PM-00695-2020. Una vez efectuado el depósito, deberá remitir una copia del comprobante a esta Superintendencia para su archivo.

4. Ordenar a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA S.A., con base en el artículo 119 de la Ley 9736, lo siguiente:
 1. Abstenerse acordar con cualquier propietario, administrador, constructor, desarrollador de infraestructura que soporte redes públicas de telecomunicaciones, con el propósito de obtener de manera exclusiva el uso de dicha infraestructura y que tenga como objeto o efecto el desplazamiento indebido de otros operadores o proveedores del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de barreras de entrada o de ventajas exclusivas.
 2. Abstenerse en el futuro de realizar cualquier otra práctica monopolística anticompetitiva.
5. Ordenar una vez firme esta resolución la inscripción en el Registro Nacional de Telecomunicaciones de las sanciones impuestas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 80 inciso k) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley 7593, el artículo 149 inciso k) del Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones y el artículo 6 inciso k) del Reglamento del Registro Nacional de Telecomunicaciones (Reglamento RJD-100-2014 de las 15:15 horas del 18 de setiembre del 2014 publicada en el Alcance 53 de La Gaceta N 195 del 10 de octubre del 2014).
6. Se informa que contra la presente resolución procede el recurso de reposición o reconsideración previsto en el artículo 59 de la Ley 9736. El recurso deberá remitirse al correo electrónico gestiondocumental@sutel.go.cr dentro del plazo de 15 días hábiles contado a partir del día hábil siguiente a la última comunicación del acto. El recurso presentado será resuelto por el Órgano Superior en un plazo máximo de 15 días hábiles.

**ACUERDO FIRME
NOTIFÍQUESE****2.2- Modificación del acuerdo 023-018-2023, en lo que respecta a las vacaciones de la Semana Santa de los señores Cinthya Arias Leitón y Federico Chacón Loaiza.**

Procede la Presidencia a señalar que mediante acuerdo 023-018-2023, de la sesión ordinaria 018-2023, celebrada el 16 de marzo del 2023, se aprobó conceder a título de vacaciones los días 03, 04 y 05 de abril del 2023 a los funcionarios de la SUTEL que cuenten con disponibilidad de días, según lo establecido en la Política de Vacaciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y su Órgano Desconcentrado.

No obstante, es necesario preparar y coordinar una serie de reuniones para la instrucción de 5G por parte del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), así

27 de marzo del 2023

SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023

como la presentación del tema ante la Asamblea Legislativa, por lo que los Miembros del Consejo no se acogerán a dicho periodo de vacaciones.

En virtud de lo expuesto, el Consejo decidió adoptar el acuerdo correspondiente, para los trámites respectivos.

La Presidencia hace ver la conveniencia de atender este tema a la brevedad y solicita al Consejo adoptar el acuerdo correspondiente con carácter firme, de conformidad con lo que establece el numeral 2 del artículo 56 de la Ley General de la Administración Pública.

La Presidencia somete a votación la propuesta de acuerdo que se tiene a la vista y con base en la información expuesta, los Miembros del Consejo resuelven por unanimidad:

ACUERDO 004-021-2023

CONSIDERANDO QUE:

1. Mediante Directriz Presidencial firmada el 15 de marzo del presente año, el Gobierno de la República concedió vacaciones colectivas a las personas servidoras públicas los días 3, 4 y 5 de abril del presente año, con motivo de la celebración de la Semana Santa.
2. Mediante acuerdo 06-12-2023 de la sesión 12-2023 celebrada el 9 de febrero del 2023, la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dispuso aprobar, entre otras cosas, de conformidad con el Protocolo para la atención de Gestiones Administrativas de los Miembros del Consejo de la SUTEL ante la Junta Directiva de ARESEP, las vacaciones anuales del señor Federico Chacón Loaiza, las cuales incluían los días 3, 4 y 5 de abril del 2023.
3. Mediante acuerdo 023-018-2023 de la sesión ordinaria 018-2023 celebrada el 16 de marzo del 2023, el Consejo aprobó conceder a título de vacaciones los días 3, 4 y 5 de abril del 2023 a los funcionarios de la SUTEL que cuenten con disponibilidad de días, según lo establecido en la Política de Vacaciones de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos - ARESEP y su Órgano Desconcentrado.
4. Se hace necesario preparar y coordinar una serie de reuniones para la instrucción de 5G por parte del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), así como la presentación del tema ante la Asamblea Legislativa.

RESUELVE:

Dejar establecido que los señores Federico Chacón Loaiza y Cinthya Arias Leitón, Miembros del Consejo, no estarán disfrutando de las vacaciones institucionales aprobadas para todos los funcionarios de la Superintendencia de Telecomunicaciones, mediante acuerdo 023-018-2023 de la sesión ordinaria 018-2023 celebrada el 16 de marzo del 2023, con motivo de la celebración de la Semana Santa, lo anterior por cuanto deben preparar y coordinar una serie de reuniones para la instrucción de 5G por parte del Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT), así como la presentación del tema ante la Asamblea Legislativa.

ACUERDO FIRME. NOTIFIQUESE

27 de marzo del 2023**SESIÓN EXTRAORDINARIA 021-2023**

A las 16:00 horas se levanta la sesión, la cual cumplió a cabalidad con todas las disposiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para la celebración de sesiones virtuales. Se mantuvo la conexión tanto en audio como en video, durante toda la sesión, de conformidad con la normativa vigente.

CONSEJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES**LUIS ALBERTO CASCANTE ALVARADO**
SECRETARIO DEL CONSEJO**FEDERICO CHACÓN LOAIZA**
PRESIDENTE DEL CONSEJO